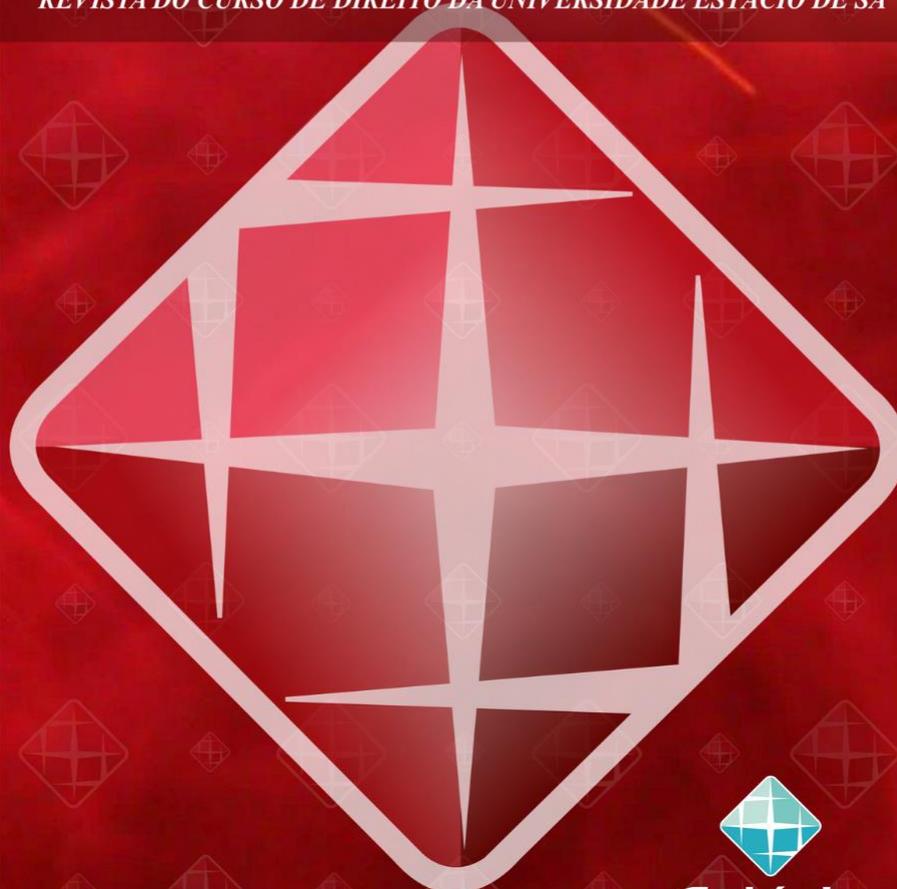


JURIS POIESIS

REVISTA DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ



Estácio

Dossiê

ESTUDOS EM HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES

**Organização: Fábio Corrêa Souza de Oliveira
Fernanda Duarte**

Revista Juris Poiesis, Rio de Janeiro. v. 25, n. 37, 2022. ISSN 2448-0517

SUMÁRIO

DOSSIÊ “ESTUDOS EM HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES”

Organização: Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Fernanda Duarte

APRESENTAÇÃO296

Fábio Corrêa Souza de Oliveira e Fernanda Duarte

DIÁLOGOS COM A OBRA DE PAULO BONAVIDES297

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: O INDULTO PRESIDENCIAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA SUPERPOPLAÇÃO CARCERÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO297

Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Ana Lúcia Tavares Ferreira

CRISE POLÍTICA E CONSTITUINTE COMO CARACTERÍSTICA DO PROJETO MODERNO: O DÉFICIT DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS E AS DIFICULDADES DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES320

Elpídio Paiva Luz Segundo

PARTICIPAÇÃO PÚBLICA PELA VIA PROCESSUAL: A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL BRASILEIRA336

Isabella Franco Guerra

CONSTITUCIONALISMO E ESTADO EM PAULO BONAVIDES360

Leandro Corrêa de Oliveira, Letícia Maria de Maia Resende

APONTAMENTOS SOBRE O CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DE PAULO BONAVIDES: UMA OBRA BASILAR381

Lenio Luiz Streck, Fábio Corrêa Souza de Oliveira

A NARRATIVA DISRUPTIVA DE UMA NOVA CONSTITUINTE E O MOVIMENTO DE CORROSÃO DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: TEXTO EM HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES396

Lília Nunes Silva, Marcelo Pereira de Almeida

O SEMIPRESIDENCIALISMO CONVÉM AO BRASIL? REFLEXÕES A PARTIR DE PAULO BONAVIDES412

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NA OBRA DE PAULO BONAVIDES: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA432

Rubens Beçak, Guilherme de Siqueira Castro

PALAVRAS FINAIS	452
PAULO BONAVIDES E O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL-DEMOCRÁTICO	452
<i>André Gustavo Corrêa de Andrade</i>	

APRESENTAÇÃO AO DOSSIÊ EM HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES

A revista Juris Poiesis, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá, oferece, com este dossiê, uma singela homenagem a um dos grandes nomes do Direito Constitucional, Paulo Bonavides.

Bonavides, formado (1948) pela Faculdade Nacional de Direito (hoje Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro/UFRJ), foi professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, de onde é também professor emérito. Foi professor nos Estados Unidos da América (Universidade de Tennessee), na Alemanha (Universidade de Colonia) e em Portugal (Universidade de Coimbra). Dentre as várias condecorações recebidas, é doutor *honoris causa*, por exemplo, pela Universidade de Lisboa (1998) e pela UFRJ (2013).

Foi autor de uma produção basilar englobando a Ciência Política, a Teoria do Estado e o Direito Constitucional. Formou gerações pelas suas aulas, pelos seus escritos, lições muitas vezes pioneiras, autor de livros de sucesso de público e crítica, obras clássicas, referenciais do bacharelado ao doutorado. Em vida, foi homenageado por pelo menos dois livros coletivos. Falecido em 2020, deixa um legado de excelência, com o qual honrou a literatura jurídica brasileira.

Ao reunir trabalhos sobre Paulo Bonavides, o PPGD/UNESA apresenta seu reconhecimento à centralidade do seu magistério e louva a sua memória.

Rio de Janeiro, abril de 2022.

FERNANDA DUARTE
EDITORA DA REVISTA JURIS POIESIS
PROFA. DO PPGD/UNESA

FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA
ORGANIZADOR DO DOSSIÊ
PROF. DO PPGD/UNESA

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE: O INDULTO PRESIDENCIAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA SUPERPOPLAÇÃO CARCERÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ¹

ANA LÚCIA TAVARES FERREIRA²

INTRODUÇÃO

A obra de Paulo Bonavides constitui um dos pilares sobre os quais desenvolveu-se o intenso debate sobre os temas mais importantes do direito público brasileiro contemporâneo na era do Pós-Positivismo. Em suas obras sobre Ciência Política e em seus textos sobre Direito Constitucional, o autor deixou contribuições inestimáveis sobre questões das mais relevantes, como democracia participativa, nova hermenêutica constitucional, estudo da Constituição como Carta de Princípios, entre outros.

Dentre os temas aos quais o Paulo Bonavides dedicou-se, destaca-se a concretização dos direitos fundamentais, como núcleo essencial da Constituição, a partir da ideia da plena normatividade dos princípios constitucionais, bem como a positivação desses direitos na ordem jurídica internacional.

Uma questão que se destaca nesse âmbito, é a recente positivação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no direito internacional, no contexto da progressiva universalidade dos direitos de liberdade (os chamados direitos de primeira geração).

Ressalte-se que o debate acerca dessa positivação se insere na temática desenvolvida na obra de Paulo Bonavides, vez que a normatização da privação de liberdade desenvolveu-se simultaneamente na esfera estatal e no âmbito do direito internacional, no contexto da

¹ Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e 1º. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

² Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá e Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.

consolidação do direito internacional dos direitos humanos, especialmente a partir de meados do Século XX. É bem de ver que diversos instrumentos internacionais inseriram os direitos das pessoas privadas de liberdade no rol de direitos fundamentais, destacando-se especialmente os direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

A evolução normativa dos direitos das pessoas privadas de liberdade contribuiu para o reconhecimento da precariedade das condições de detenção e, mais especificamente, da superpopulação carcerária como hipótese de violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade à integridade pessoal e reinserção social.

Dentre as várias estratégias utilizadas para o enfrentamento da superpopulação carcerária e proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, destaca-se a edição de decretos de indulto, no exercício da atribuição de graça, destinado à redução da população carcerária.

No caso brasileiro, decretos de indulto foram editados todos os anos desde o fim de República Velha até 2017, tradicionalmente na época das festas natalinas, podendo-se observar, nas últimas décadas, uma tendência de gradual ampliação de alcance e efeitos, para abranger penas mais longas, medidas de segurança e penas restritivas de direitos, além da multa, de forma a reduzir a população carcerária.

Entretanto, o instituto tem sido alvo de inúmeras críticas pela doutrina e jurisprudência, identificando-se uma tendência de se adotar uma visão restritiva, reduzindo sua aplicação a hipóteses excepcionais e irrepetíveis.

Mais que isso, um dos últimos decretos de indulto editados no país (Decreto 9.246/2017, editado pelo Presidente Michel Temer), foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874/DF, tendo-se decidido em sede liminar pela restrição significativa dos efeitos do Decreto.

Ainda que posteriormente a cautelar não tenha sido referendada pelo Supremo Tribunal Federal, após as decisões produzidas na ADI 5874/DF, deixou-se de editar decreto de indulto em 2018 e, posteriormente, restringiu-se significativamente o âmbito de aplicação do indulto e o instituto deixou de ser utilizado, portanto, como medida desencarcerador, limitando-se sua

incidência a hipóteses de enfermidade grave ou crimes praticados por membros do sistema nacional de segurança pública (Dec. 10.189/19 e Dec. 10.590/20).

Nesse contexto, propõe-se uma análise da configuração da atribuição de graça no Estado de Direito, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, pondo em questão o consenso produzido quanto ao caráter derogatório do instituto em relação ao princípio da separação de poderes e, por consequência, os discursos que refutam a utilização ampla do indulto como medida desencarceradora.

O primeiro tópico destina-se a expor brevemente o processo de positivação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com destaque para os direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

Na segunda seção será abordada a atribuição presencial de graça e mais especificamente a modalidade coletiva, o indulto, como instrumento de proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

A terceira seção tratará da superpopulação carcerária e das violações dos direitos das pessoas privadas de liberdades que o problema acarreta, apontando-se o indulto como instrumento de redução da superpopulação carcerária.

Ao final, será apresentado um apanhado sintético das questões abordadas, expondo-se as conclusões resultantes do desenvolvimento do tema proposto.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

Os direitos fundamentais constituem, como observou BONAVIDES “os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais, integrando, de acordo com a nova hermenêutica constitucional, o que o autor chamou de “direito constitucional de cúpula”, vez que não se enquadra nas categorias tradicionais do positivismo jurídico — não pertence ao

direito público nem ao direito privado — compondo a “abóbada do ordenamento jurídico como um todo.”³

Nessa perspectiva, impõe-se o reconhecimento do caráter objetivo e universal dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira geração, decorrendo daí um grau mais elevado de “juridicidade, concretude, positividade e eficácia.”⁴

A progressiva universalidade dos direitos de liberdade (os chamados direitos de primeira geração) teve como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), e tem se manifestado na conformação do direito internacional dos direitos humanos desde então.

Esse processo de universalização tem contribuído, por sua vez, para uma ampla positivação dos direitos das pessoas privadas de liberdade na ordem jurídica internacional, desenvolvendo-se a normatização da privação de liberdade simultaneamente na esfera estatal — a partir do reconhecimento da posição jurídica de sujeitos de direitos das pessoas privadas de liberdade na maioria dos ordenamentos jurídicos orientados pelos princípios da tradição penal-iluminista — e no âmbito do direito internacional, no contexto da consolidação do direito internacional dos direitos humanos, especialmente a partir de meados do Século XX.

Aponta-se como principais marcos desse processo de internacionalização i) a aprovação das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (RMTP), no 1º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime de 1955; ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e iii) a Convenção contra Tortura ou outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanas e Degradantes (CAT) de 1984.

Assim, diversos documentos internacionais inseriram diversos direitos das pessoas privadas de liberdade no rol de direitos fundamentais, destacando-se especialmente os direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

O direito à integridade pessoal foi concretizado no direito internacional dos direitos humanos na proibição de penas cruéis e desumanas em diversos instrumentos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 5), nas Regras Mínimas para o Tratamento de

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 575-588.

⁴ *Ibid.*, p. 573.

Presos das Nações Unidas (1955), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1967), Convenção contra a Tortura (1984), Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), Convenção Americana de Combate à Tortura), entre outros.

Embora os primeiros tratados de direitos humanos tenham incorporado a proibição de tortura e tratamento desumano e degradante das pessoas privadas de liberdade, não foram estabelecidas definições das condutas, cabendo, assim à jurisprudência das órgãos supranacionais de direitos humanos desenvolver conceitos, critérios e parâmetros para delimitação do alcance da vedação.

Assim, o conceito de tortura foi desenvolvido, inicialmente, pela antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos (ComEDH) e, posteriormente, na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH),⁵ identificando-se uma evolução gradual na abordagem do tema, no sentido de se flexibilizar os critérios e parâmetros de definição da conduta para ampliar o âmbito de aplicação da vedação.⁶

A flexibilização desses parâmetros contribuiu para caracterização da violação à integridade pessoal pela precariedade das condições de detenção na jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos.

Assim, a partir dos anos 2000, a CtEDH adotou postura atuante em relação aos direitos das pessoas privadas de liberdade, ao entender, no caso *Kudla v. Polônia* (2000), que uma pena de prisão não pode submeter o interessado a sofrimentos cuja intensidade exceda o nível inevitável inerente à detenção.⁷

No caso *Dougoz e Peers v. Grécia* (2001), por sua vez, constatou-se que as condições de vida deficientes seriam suficientes para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se

⁵ CtEDH. Caso Irlanda v. Reino Unido. Aplicação 5310/71. Julgamento de 13 de dezembro de 1977.

⁶ CtEDH. Caso Selmouni v. França. Aplicação n. 25803/94. Julgamento de 28 de julho de 1999.

⁷ CtEDH. Caso Kudla v. Polónia. Aplicação 30210/96. Julgamento de 26 de Outubro de 2000. Sobre o tema ver CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1. v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.google.fr/search?q=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&oq=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&aqs=chrome..69i57.1023j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8]. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

a vontade de humilhação do indivíduo preso, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene.

No que se refere à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), pode-se identificar uma tendência de harmonização com a jurisprudência europeia nas decisões que tratam da violação do direito à integridade pessoal em razão da precariedade das condições de detenção.

Assim, o caso *Kudla c. Polônia* (2000)⁸ foi mencionado em diversas decisões da CtIDH (*Instituto de Reeducação del Menor c. Paraguai*, 2004;⁹ *caso Tibi c. Equador*, 2004;¹⁰ *caso Yvon Neptune v. Haiti*, 2008)¹¹, para amparar o entendimento segundo o qual o Estado tem a obrigação de proporcionar às pessoas privadas de liberdade condições mínimas compatíveis com sua dignidade.

Também a reinserção social pode ser vista como um direito materialmente fundamental.¹² Entretanto, o modelo de reinserção fornecido pelo direito internacional dos direitos humanos tem sido reinterpretado no âmbito dos órgãos supranacionais, de forma a priorizar uma abordagem baseada na premissa do reconhecimento da dignidade da pessoa privada de liberdade.

Nessa perspectiva, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos editou na Resolução 01/08, os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade, no qual estabelece princípios com base nos quais desenvolve-se um conceito de ressocialização como “meta que o Estado tem a obrigação de perseguir”, mas que não implica tratamentos impositivos às pessoas presas, surgindo, em vez disso, “por ações construtivas

⁸CtEDH. Caso *Kudla c. Polónia*. Aplicação 30210/96. Julgamento de 26 de outubro de 2000.

⁹CtIDH. Caso *Instituto de Reeducação del Menor v. Paraguai*. Aplicação 11666/1996. Julgamento de 2 de setembro de 2004.

¹⁰CtIDH. Caso *Tibi c. Equador*. Aplicação 12.124/1998. Julgamento de 7 de setembro de 2004.

¹¹CtIDH. Caso *Yvon Neptune v. Haiti*. Aplicação 12 514. Julgamento de 06 de maio de 2008.

¹²TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. *Proteção dos Direitos humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*. San José de Costa Rica/Brasília, Brasil -1992. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. OLIVEIRA, Rodrigo Moraes. *Juízo e Prisão: Ativismo Judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

disponibilizadas àqueles que tiverem interesse, aos quais, portanto, estarão acessíveis como faculdade (logo, sem a nota de cogência que se criticou).¹³

A reinserção social deveria pressupor, nessa perspectiva, a “liberdade e vontade” da pessoa presa, a qual, “terá sempre a liberdade de ser diferente e nunca o dever de aprender a ser igual; o máximo que lhe pode exigir é que não pratique crimes.”¹⁴

Assim, as previsões expressas do direito das pessoas privadas de liberdade, à atribuição de trabalho, ao exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, às visitas da família, entre outros, denotam o caráter não coercitivo da ressocialização, reforçando sua inserção no rol dos direitos fundamentais. Em outras palavras, todos esses direitos constituem especificações do direito fundamental à ressocialização.

Entretanto, a reinserção não pode se limitar à obrigação estatal de fornecer condições de reinserção na comunidade, devendo ser orientada, de acordo com o postulado fundamental da dignidade humana, em consonância com os princípios constitucionais da humanidade e individualização das penas, para a finalidade de reduzir a níveis mínimos a imposição da pena privativa de liberdade.¹⁵

A dignidade consiste, de acordo com SARLET, na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade...”¹⁶

¹³ OLIVEIRA, Rodrigo Moraes. *Juízo e Prisão: Ativismo Judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. p. 256. A reinserção social deveria pressupor, de acordo com Rodrigues (2000,p.73), a “liberdade e vontade” da pessoa presa, a qual, “terá sempre a liberdade de ser diferente e nunca o dever de aprender a ser igual; o máximo que lhe pode exigir é que não pratique crimes. RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. Seu Fundamento e âmbito. São Paulo: ICBCrim, 2000. A finalidade de reinserção não teria, assim, sido recepcionada pela Constituição, tendo em vista colisão direta com o princípio da hmanidade. Nesse sentido PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, Andre. *Curso de Penologia e Execução Penal*. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018. Sobre o tema ver também ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32

¹⁴RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. Seu Fundamento e âmbito. São Paulo: ICBCrim, 2000.

¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. El principio de humanidad em Derecho Penal. *Revista Penal México*, núm. 4, marzo-agosto de 2013.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60

Nessa perspectiva, todas as relações humanas que surgem da justiça em geral, e da justiça penal em particular, “devem configurar-se sobre a base do respeito à dignidade da pessoa, da solidariedade recíproca, da responsabilidade social para com os infratores...”.¹⁷

Entretanto, no que se refere à pena privativa de liberdade, essa concepção traz em si um paradoxo, na medida em que a autonomia íntegra necessariamente a dignidade humana e a perda dessa autonomia é inerente ao próprio encarceramento.

A pena de prisão constitui, como observou SNACKEN, por definição uma violação da dignidade humana, na medida em que pressupõe a privação da liberdade, implicando a privação da vida familiar social, perda da segurança pessoal, privação de acesso aos bens e serviços, privação de relações heterossexuais.¹⁸

Tem-se observado, ainda, como decorrência do encarceramento, o fenômeno da prisionização, daí advindo a desorganização da personalidade, perda da identidade e aquisição de nova identidade, sentimento de inferioridade, empobrecimento psíquico, infantilização, regressão, estreitamento do horizonte psicológico, pobreza de experiências, dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazo, dependência, busca de proteção (religião), busca de soluções fáceis, projeção de culpa no outro e dificuldade de elaboração de planos.¹⁹

O reconhecimento de um grau de humilhação e degradação inerente à privação da liberdade vem contribuindo para a evolução de uma concepção do regime penitenciário como instrumento de redução dos riscos de prisionização.

Assim, todos os institutos ligados à execução penal devem ter como finalidade, como bem colocado por BRITO, “diminuir os efeitos ou evitar as consequências danosas do cárcere,” adotando “dois pressupostos essenciais: 1) Assegurar a máxima efetivação dos direitos humanos e 2) formular e aplicar institutos sempre voltados a diminuir a permanência do condenado na prisão.”²⁰

¹⁷BERISTAIN, Antonio. Axiomas Fundamentales de la Criminología ante la Globalización y la Multiculturalidad. *Eguzkilo*. N. 17. San Sebastián. Diciembre 2003.p. 89-97.

¹⁸ SNACKEN, Sonja. *Prisons en Europe: Pour une pénologie critique et humaniste*. Bruxelles: Larcier, 2011.

¹⁹ SÁ, Augusto Alvino. *Criminologia clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁰ BRITO, Alexis Couto. Fundamentos e Limites da Execução Penal no Estado Democrático de Direito. *Delictae*, Vo. 1 n. 1, Jul-Dez 2016.

Além da humanização do cárcere, com o reforço das garantias individuais dos presos e abertura de oportunidade de relações com o mundo exterior, o princípio obriga, ainda, conforme DE LA CUESTA, à adoção de sistemas e mecanismos de execução atenuada da pena privativa de liberdade (prisões domiciliares, semiliberdade, limitações de fim de semana, liberdade controlada) entre outros institutos.²¹

Assim, vem se consolidando uma concepção da reinserção social orientada, não para a reforma ou reeducação, mas para a realização de duas finalidades: a redução dos níveis de encarceramento e a disponibilização de etapas de transição entre a privação de liberdade absoluta e a liberdade plena, por meio de regimes de semiliberdade, permissões de saída, liberação antecipada, entre outros.

O direito fundamental à ressocialização da pessoa privada de liberdade implica, portanto, a imposição ao Estado do dever, acima de tudo, de limitar ou reduzir o tempo de privação de liberdade e, além disso, de fornecer condições mínimas de reinserção.

2. O INDULTO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

O artigo 84 da Constituição da República do Brasil, o qual enumera as atribuições do Poder Executivo, prevê, no inciso XII, atribuição para conceder indulto e comutação.

Conteúdo similar é encontrado nas Constituições alemã, belga, francesa, italiana, portuguesa e norte-americana, em normas constitucionais de organização, que definem a atribuição de órgãos constitucionais.²²

²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. El principio de humanidad em Derecho Penal. *Revista Penal México*, núm. 4, marzo-agosto de 2013.

²² FABRI, Hélène. *La Clémence Saisie par le Droit: Amnistie, Prescription et Grâce en Droit International et Comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, 2007. p. 321.

No direito brasileiro, o indulto é uma espécie do gênero graça de caráter coletivo. Destina-se a um número indeterminado de condenados e é delimitado pela natureza do crime e quantidade de pena aplicada, desde que preenchidos os requisitos previstos no provimento.²³

O indulto não extingue o crime, e sim a punibilidade, aplicando-se tanto às penas principais quanto às acessórias.²⁴ Subsistem os demais efeitos penais e extrapenais da sentença condenatória. Constitui atribuição do chefe do Poder Executivo, com prévia audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei.²⁵

São modalidades do gênero graça o indulto, a graça em sentido estrito ou indulto individual e a comutação de pena. Cada um desses termos designa um tipo de provimento de graça, com regime jurídico que varia de país para país.

A graça tem sido conceituada como decisão extrajudiciária que impossibilita total ou parcialmente a execução da pena criminal, tratando-se, segundo grande parte da doutrina, de um resquício do poder divino das monarquias absolutistas, que se caracteriza, até mesmo nos dias atuais, por um inafastável grau de irracionalidade.

A graça constituiria, segundo FIGUEIREDO DIAS, uma “válvula de segurança do sistema”, um ato de tolerância da ordem jurídica perante modificações supervenientes, de “caráter excepcional, das relações comunitárias ou da situação pessoal do agraciado”, ou ainda, “instrumento de correção de erros legislativos ou judiciários, em “casos excepcionalíssimos.” Seria uma atribuição reservada a “um poder global, “supraordenado aos três poderes separados, onde o direito e a graça se misturavam”, ressaltando-se a exigência de oitiva do Governo como traço que insere o instituto no Estado de Direito.²⁶

Nessa perspectiva, a graça teria sido mantida no Estado Democrático de Direito em detrimento do princípio constitucional da separação de poderes, na medida em que importa invasão, pelo poder executivo, das esferas de atuação típicas dos poderes legislativo e judiciário.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 804.

²⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 402. Diverso é o entendimento adotado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. BRASIL Superior Tribunal de Justiça, REsp. 450.444- RS, publicado no *DJ* em 08/09/2003.

²⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro, 2009. tomo II, p. 139

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal Português: Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 687.

Adota-se, assim, majoritariamente, uma abordagem restritiva, atrelada à concepção clássica da separação de poderes, centrada no conceito iluminista da lei como seu principal ponto de referência.

A graça seria incompatível com essa concepção dogmática de repartição de tarefas, constituindo formalmente um ato administrativo, mas materialmente legislativo, visto que inova na ordem jurídica (estabelecendo pressupostos e consequências específicas e criando direitos), ou jurisdicional, já que tem efeitos retroativos, atingindo os efeitos de decisões judiciais.

Parte da doutrina, porém, adota posição divergente, entendendo que a atribuição de graça conferida ao chefe do poder executivo constitui norma de repartição de poderes estabelecida pelo próprio poder constituinte originário.

Com as rápidas transformações da sociedade técnica e pelas necessidades de um Estado garantidor de liberdades positivas, “não há lugar”, como observado por BONAVIDES, “para a prática de um princípios rigoroso de separação.”

Os órgãos legislativos deixaram de atuar exclusivamente na produção de normas gerais e abstratas com caráter prospectivo, segundo o modelo estabelecido com base no conceito iluminista de lei, passando, também, a atuar na persecução dos objetivos do Estado. A lei perdeu os atributos de generalidade e abstração para atender às necessidades conjunturais mediante medidas econômicas de duração limitada.

No que tange ao poder executivo, o processo de descentralização legislativa se dá de dois modos, a saber: pela intervenção do executivo no procedimento de elaboração (por meio dos institutos de sanção, veto, promulgação e publicação do ato normativo de lei) ou pelo exercício pelo próprio executivo da função de elaborar a lei, em sentido formal ou em sentido material.

A necessidade de proteção de liberdades positivas e direitos sociais redimensionou também o papel do judiciário na divisão de poderes estatais. Na teoria clássica de separação de poderes, reservava-se ao judiciário uma função subalterna ao poder legislativo, competindo-lhe atos de subsunção do fato à norma geral editada pelo poder legislativo soberano. Neutralizava-

se politicamente a atividade jurisdicional, exigindo-se que o juiz fosse imparcial e apartidário no desempenho de suas funções.

Com o desenvolvimento do Estado social e da sociedade tecnológica, atribuiu-se ao judiciário, além do exame da responsabilidade pessoal —atividade voltada para o passado—, o controle do exercício do poder de legislar, tendo em vista a meta de concretização dos objetivos fixados constitucionalmente.

Baseada na experiência constitucional superficialmente resumida acima é que a doutrina constitucional aponta o processo de flexibilização da divisão de poderes estatais. Em lugar do equilíbrio entre poderes que se inibem mutuamente, como pretendia a teoria clássica de separação de poderes, o que se observa é uma predominância cíclica de cada um deles em diferentes contextos históricos.

Constata-se que o princípio constitucional de separação de poderes “expirou desde muito como dogma da ciência”.²⁷ Tornou-se, assim, de pouco interesse a elaboração de teorias de classificação das funções estatais, prevalecendo a importância da análise das funções do Estado como princípio materializado no texto de uma determinada Constituição concreta.

Nessa perspectiva, a relação entre a atribuição de graça e o princípio da separação de poderes não pode ser estabelecida aprioristicamente e em abstrato. O sistema de racionalização do poder político por freios e contrapesos, elemento estrutural do Estado de Direito, é concretizado no texto constitucional.

Eventual conflito entre atribuição constitucional de graça e o princípio de separação de poderes somente pode ser apontada em caso de desequilíbrio entre poderes estatais, com a supremacia de um deles em detrimento dos demais, no contexto de uma determinada Constituição.

O caráter excepcional da atribuição de graça não pode ser presumido, portanto, como consequência necessária da divisão de funções estatais. O estabelecimento de pressupostos de excepcionalidade e limitações qualitativas ou quantitativas, como, por exemplo, vedação da

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 186.

modalidade coletiva, pode ser resultado, e não premissa, do processo de interpretação da Constituição.

A atribuição de graça constitui uma das poucas hipóteses de atuação discricionária do poder executivo no âmbito do sistema penal, de forma que a restrição excessiva da atribuição é que poderia vir a configurar violação do princípio da separação de poderes.

Embora o executivo tenha a oportunidade de intervir em matéria penal por meio do poder de iniciativa e veto presidenciais, predominam, no que se refere à elaboração de leis penais, as decisões político-criminais produzidas no âmbito legislativo.

Também no que diz respeito à aplicação das leis penais, a atuação do poder executivo restringe-se às atividades persecutórias, desenvolvidas pelo ministério público e pela polícia, nos estreitos limites impostos pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal.

E mesmo no que se refere à execução penal, a atuação do poder executivo é pautada e limitada pelo princípio da legalidade, sendo consideravelmente reduzida a margem de discricionariedade da administração quanto às questões penitenciárias, tendo em vista o reconhecimento do apenado como sujeito de direitos e o caráter jurisdicional da execução.

A atribuição de graça constitui, portanto, uma das poucas hipóteses de atuação discricionária do poder executivo na materialização das opções de política criminal estabelecidas em sede constitucional e proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema penal.

A restrição excessiva da atribuição importaria, assim, o desequilíbrio da repartição de poderes no âmbito do sistema penal, configurando violação do princípio da separação de poderes.

O indulto ou graça coletiva constitui, portanto, instituto jurídico, inserido no Estado de Direito pelo legislador constituinte originário, como oportunidade de intervenção do poder executivo no sistema penal, devendo sua prática orientar-se para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

3. O INDULTO COMO ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO DA SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA

A expansão do direito penal, o incremento dos índices de aprisionamento e problemas de superpopulação carcerária são fenômenos encontrados em diversos países, a despeito das distintas políticas criminais adotadas em cada ordenamento.²⁸

Taxas de ocupação elevadas implicam condições de detenção marcadamente precárias, insalubres e promíscuas, falta de espaço vital, além da escassez de prestações essenciais, como alimentação, cuidados de saúde, educação e segurança.²⁹

A superlotação importa, ainda, uma acentuada desproporção entre o número de pessoas presas e de funcionários da administração prisional, intensificando-se o risco de episódios de violência entre os detentos, ou contra aqueles, por parte dos agentes do Estado.

Além de configurar-se, portanto, um quadro grave de violação de direitos fundamentais, as taxas de ocupação elevadas e a precariedade das condições de detenção impossibilitam que o Estado garanta a segurança no ambiente prisional.

A falta de segurança no cárcere resulta, por sua vez, na lesão aos bens jurídicos cuja proteção justifica e legitima o próprio direito penal e, mais especificamente, na frustração das finalidades da pena.

Nesse contexto, a superpopulação carcerária tem sido reconhecida, na jurisprudência dos órgãos supranacionais dos Sistemas de Direitos Humanos como uma violação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, especialmente dos direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

O desenvolvimento da jurisprudência da CtEDH para reconhecimento da precariedade das condições de detenção como forma de violação do art. 3º da Convenção Europeia de

²⁸ DÜNKEL et al. *Les Prisons en Europe*. Paris: L'Harmattan, 2005. *Passim*.

²⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB Ano 1 Vol 1 Nº 1 Junho 2013.

Direitos Humanos (CEDH) contribuiu para a evolução das decisões no sentido de se impor aos Estados-membros a obrigação de controlar a superpopulação carcerária.³⁰ Nesse contexto, os juízes europeus estabeleceram a exigência de um espaço mínimo de vida individual de três metros quadrados, em celas compartilhadas.³¹

No que diz respeito ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a base normativa foi determinante para o desenvolvimento de uma jurisprudência de proteção de direitos das pessoas presas, na medida em que, ao contrário da Convenção Europeia, a Convenção Americana inclui, expressamente, no âmbito de proteção do artigo 5, que disciplina o direito à integridade pessoal, os direitos das pessoas presas, impondo o tratamento compatível com o respeito à dignidade humana.³²

Assim, os direitos das pessoas privadas de liberdade vêm representando grande parte da atuação da CtIDH, de forma que, em 2004, foi instituída formalmente a Relatoria sobre os Direitos das Pessoas Presas, com mandato de monitorar a situação das pessoas submetidas a qualquer forma de privação de liberdade nos Estados-Membros da OEA, realizar visitas aos Estados, promover os mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para proteger os direitos de pessoas privadas de liberdade e preparar informes e recomendações especializados dirigidos aos Estados-Membros da OEA.

A questão da superpopulação carcerária foi abordada em todos os informes da Relatoria, podendo-se observar uma evolução no tratamento do tema no sentido de se reconhecer a

³⁰ Ao contrário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 10, parágrafo 2) e da Convenção Americana de Direitos do Homem (artigo 5, parágrafo 2), os quais estipulam que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito à dignidade humana.

³¹ Nessa perspectiva, a constatação de condições de vida deficientes no ambiente carcerário seria suficiente, de acordo com CÉRÉ, para caracterizar uma violação do art. 3º, dispensando-se a vontade de humilhação do indivíduo preso por parte da administração penitenciária, especialmente nos casos de superpopulação crônica e não observância das regras de higiene. CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1. v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.google.fr/search?q=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&oq=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&aqs=chrome..69i57.1023j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8]. Acesso em 29 de novembro de 2021.

³² OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 5: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

contribuição das decisões político-criminais produzidas nos ordenamentos jurídicos nacionais para o crescimento das respectivas populações carcerárias.

No *Informe sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, publicado em 2011, a Comissão sublinhou que o problema de superlotação deve ser reconhecido como fator que pode chegar a constituir em si mesmo tratamento cruel, desumano ou degradante.³³

Também no Informe sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, publicado em 2013, houve reiteradas alusões ao problema da superpopulação, como fator que pode chegar a constituir, por si só, tratamento cruel, desumano ou degradante, mencionando-se como referência o padrão estabelecido pela Corte EDH no caso *Ananyev v. Rússia*.³⁴

No que diz respeito aos casos concretos submetidos à apreciação da Comissão, identifica-se a questão da superpopulação como situação que gera ou potencializa um quadro de graves violações de direitos das pessoas presas em razão das más condições de detenção.³⁵

A jurisprudência da CtIDH vem evoluindo similarmente, no sentido de se reconhecer a superpopulação carcerária, por si só, como tratamento desumano ou degradante.

Inicialmente, a Corte reconhecia a violação da integridade pessoal da pessoa presa em razão da conjugação da superpopulação com outras circunstâncias, como, por exemplo, falta de higiene, iluminação natural, ventilação,³⁶ tratamento médico inadequado, ausência de cama

³³ ComIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011. p. 7, 177.

³⁴ CtEDH. Caso *Ananyev e outros v. Rússia*. Caso 42525/07.

³⁵ ComIDH. Informe 81/06. Petição 394-02. Admissibilidade. *Pessoas Privadas de Liberdade no Cárcere de Urso Branco v. Brasil*. 21 de outubro de 2006. A Comissão atuou de forma semelhante no caso *Pessoas privadas de liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá, São Paulo v. Brasil*. Informe 41/08. Petição 478=07. Admissibilidade. *Pessoas Privadas de Liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá v. Brasil*. 2e de julho de 2008. Informe 36/07. Petição 1113-06. Admissibilidade. *Pessoas Privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niterói v. Brasil*. 21 de julho de 2007. Informe 34/14 Petição 495-07. OEA/Ser/L/V/II.150. Doc. 38 4 de abril de 2014.

³⁶ CtIDH Caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros v. Trinidad y Tobago*, 2002. Caso *Caesar v. Trinidad e Tobago*, 2005. Caso *Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela*, 2006.

para repouso,³⁷ isolamento ou restrições à comunicação,³⁸ isolamento em cela reduzida,³⁹ restrições indevidas ao regime de visitas,⁴⁰ indisponibilidade de água.⁴¹

Entretanto, no caso Pacheco Turuel e outros *v.* Honduras, a Corte reconheceu a superlotação, por si só, como violação da integridade pessoal, fazendo-se referência, para tanto, às normas internacionais.⁴²

Constata-se, portanto, uma evolução da jurisprudência da Corte IDH no sentido de reconhecer a superlotação como violação da integridade pessoal, ou seja, tratamento desumano ou degradante, independentemente da concorrência de outras condições inadequadas de detenção.

O problema da superpopulação tem sido enfrentado por meio de dois tipos de estratégia, quais sejam: 1º o *front-door*, e 2º o *back-door*.²⁹

A estratégia *front-door* busca evitar o ingresso do condenado na prisão, podendo consistir em uma pena principal ou em uma alternativa à execução da pena privativa de liberdade, como a suspensão condicional da pena ou substituição prestação de serviços à comunidade.

Por sua vez, o modelo *back-door* pressupõe uma redução do tempo do condenado de forma a proporcionar uma readaptação gradual do presidiário ao meio extramuros, seja por meio da substituição do período restante a ser cumprido no cárcere pelo monitoramento eletrônico, seja por meio da liberdade antecipada decorrente de livramento condicional ou indulto.⁴³

A utilização do indulto como forma de solução, ainda que temporária, do problema de superpopulação carcerária é objeto de críticas e questionamentos, tanto pela doutrina quanto pelos meios de comunicação.

³⁷ CtIDH. Caso López Álvares *v.* Honduras, 2006.

³⁸ CtIDH. Caso Fermin Ramirez *v.* Guatemala, 2005. Caso Tibi *v.* Ecuador, 2004.

³⁹ CtIDH. Caso Lori Berenson Mejia *v.* Perú, 2004.

⁴⁰ CtIDH. Caso Raxcacó Reyes *v.* Guatemala, 2005. Caso del Penal Miguel Castro Castro *v.* Perú, 2006. Yvon Neptune *v.* Haiti, 2008. Caso Fleury e otros *v.* Haití, 2011.

⁴¹ CtIDH. Caso Pacheco Turuel e outros *v.* Honduras, 2012.

⁴² CtIDH. Caso Pacheco Turuel *v.* Honduras, 2012.

⁴³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil. Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2014.

Sustenta-se que a aplicação indiscriminada e a edição reiterada de atos de indulto caracterizam abuso da atribuição, por ultrapassar os limites de excepcionalidade e irrepetibilidade, além de importar violação ao princípio constitucional da igualdade.⁴⁴

Entretanto, o indulto constitui, como já mencionado acima, instituto jurídico, inserido no Estado de Direito como oportunidade de intervenção do poder executivo no sistema penal, devendo sua prática orientar-se para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Assim, a adequação da utilização do indulto como instrumento de controle da superpopulação carcerária deve ser verificada com base na sua contribuição para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.⁴⁵

O sistema penitenciário brasileiro apresenta a terceira maior população carcerária do mundo,⁴⁶ contando 667.541 presos e taxa de encarceramento de 317 presos por cada 100.000 habitantes em 2020.⁴⁷

O número de vagas nas unidades prisionais (454.243 em 2020), está significativamente aquém da demanda, configurando-se, portanto, um grave quadro de superpopulação carcerária.

Trata-se de problema estrutural, uma vez que, não obstante a introdução na legislação de substitutivos penais e alternativas à privação de liberdade, persiste a tendência de crescimento da taxa de encarceramento no Brasil, não se identificando, porém, projetos de longo prazo destinados ao enfrentamento da questão, além de um esforço governamental para a ampliação do número de vagas e a edição de indultos natalinos.

⁴⁴ DÜNKEL et al. *Les Prisons en Europe*. Paris: L'Harmattan, 2005. p. 46; DIMOULIS, Dimitri. *Begnadigung in Vergleichender Perspektive*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. p. 426.

⁴⁵ Para DIMOULIS, o indulto para fins de controle do efetivo carcerário se justifica na medida em que contribui para a prevenção negativa, por meio da redução dos índices de reincidência. DIMOULIS, Dimitri. *Begnadigung in Vergleichender Perspektive*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. p. 426.

⁴⁶ ICPR. World Prison Brief. Disponível em < <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em 21 de novembro de 2021.

⁴⁷ DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período de Julho a Dezembro 2020. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 28/11/2021.

Nesse contexto, o exercício da atribuição de indultar para fins de redução da população carcerária constitui um importante instrumento de intervenção no sistema penal pelo chefe do Poder Executivo, possibilitando o enfrentamento da população carcerária no âmbito da execução da pena privativa de liberdade.

A edição de decretos coletivos de indulto de amplo alcance destinado à redução da população carcerária se apresenta como instrumento de enfrentamento do problema de superpopulação carcerária constitui, portanto, mecanismo de efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade à integridade pessoal e à ressocialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a universalização dos direitos fundamentais, diversos instrumentos internacionais inseriram os direitos das pessoas privadas de liberdade no rol de direitos fundamentais, destacando-se especialmente os direitos à integridade pessoal e à reinserção social.

A superpopulação carcerária tem sido reconhecida, na jurisprudência dos órgãos supranacionais dos Sistemas de Direitos Humanos, como uma violação dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, notadamente integridade pessoal e reinserção social.

O indulto constitui instituto jurídico, inserido no Estado de Direito pelo legislador constituinte originário, como oportunidade de intervenção do poder executivo no sistema penal, devendo sua prática orientar-se para a efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Os indultos coletivos destinados à redução da população carcerária constituem mecanismo de concretização do princípio da humanidade das penas e mecanismo de efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERISTAIN, Antonio. Axiomas Fundamentales de la Criminología ante la Globalización y la Multiculturalidad. *Eguzkilore*. N. 17. San Sebastián. Diciembre 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça, REsp. 450.444- RS, publicado no *DJ* em 08/09/2003.

BRITO, Alexis Couto. Fundamentos e Limites da Execução Penal no Estado Democrático de Direito. *Delictae*, Vol. 1 n. 1, Jul-Dez 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro, 2009.

CÉRÉ, Jean-Paul. La Surpopulation Carcerale entre Contraintes Europeennes et Realite Française. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1. v. 1, n. 1, jun. 2013. Disponível em: [https://www.google.fr/search?q=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&rlz=1C1EJFA_enBR711BR729&oq=Revista+Eletr%C3%B4nica+de+Direito+Penal+AIDPGB.+Ano+1.+Vol.+1+n.+1+Junho+2013.&aqs=chrome..69i57.1023j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8]. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

ComIDH. Informe 34/14 Petição 495-07. OEA/Ser/L/V/II.150. Doc. 38 4 de abril de 2014.

_____. Informe 41/08. Petição 478/07. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade no Centro de detenção provisional de Guarujá v. Brasil. 2e de julho de 2008.

_____. Informe 81/06. Petição 394-02. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade no Cárcere de Urso Branco v. Brasil. 21 de outubro de 2006.

_____. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011. p. 7, 177.

_____. Informe 36/07. Petição 1113-06. Admissibilidade. Pessoas Privadas de Liberdade nas Celas da 76ª Delegacia de Polícia de Niterói v. Brasil. 21 de julho de 2007.

CtEDH. Caso Ananyev e outros v Russia. Caso 42525/07.

_____. Caso Irlanda v. Reino Unido. Aplicação 5310/71. Julgamento de 13 de dezembro de 1977.

_____. Caso Kudla v. Polónia. Aplicação 30210/96. Julgamento de 26 de outubro de 2000.

_____. Caso Selmouni v. França. Aplicação n. 25803/94. Julgamento de 28 de julho de 1999.

CtIDH. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros v. Trinidad y Tobago, 2002.

_____. Caso Caesar v. Trinidad e Tobago, 2005.

_____. Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) v. Venezuela, 2006.

_____. Caso Fermin Ramirez v. Guatemala, 2005.

_____. Caso Tibi v. Ecuador, 2004.

_____. Caso Instituto de Reeducação del Menor v. Paraguai. 2005

_____. Caso López Álvares v. Honduras, 2006.

_____. Caso Lori Berenson Mejia v. Perú, 2004.

_____. Caso Pacheco Teruel e outros v. Honduras, 2012.

_____. Caso Raxcacó Reyes v. v. Guatemala, 2005.

_____. Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, 2006.

_____. Caso Yvon Neptune v. Haiti. 2002.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. El principio de humanidad em Derecho Penal. *Revista Penal México*, núm. 4, marzo-agosto de 2013.

DIMOULIS, Dimitri. *Begnadigung in Vergleichender Perspektive*. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. p. 426.

DÜNKEL et al. *Les Prisons en Europe*. Paris: L'Harmattan, 2005.

FABRI, Hélène. *La Clémence Saisie par le Droit: Amnistie, Prescription et Grâce en Droit International et Comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal Português: Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra, 2005.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 402. Diverso é o entendimento adotado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. BRASIL Superior Tribunal de Justiça, REsp. 450.444- RS, publicado no *DJ* em 08/09/2003.

ICPR. World Prison Brief. Disponível em < <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em 21 de novembro de 2021.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos da Execução Penal no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB Ano 1 Vol 1 Nº 1 Junho 2013.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes. *Juízo e Prisão: Ativismo Judicial no Brasil e nos EUA*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PAVARINI, Massimo. GIAMBERARDINO, Andre. *Curso de Penologia e Execução Penal*. Florianópolis: Tirant lo Banch, 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*. Seu Fundamento e âmbito. São Paulo: ICBCrim, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014

SÁ, Augusto Alvino. *Criminologia clínica e Psicologia Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SNACKEN, Sonja. *Prisons en Europe: Pour une pénologie critique et humaniste*. Bruxelles: Larcier, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Proteção dos Direitos humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*. San José de Costa Rica/Brasília, Brasil -1992. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

CRISE POLÍTICA E CONSTITUINTE COMO CARACTERÍSTICA DO PROJETO MODERNO: O DÉFICIT DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS E AS DIFICULDADES DE PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS.

HOMENAGEM A PAULO BONAVIDES

ELPÍDIO PAIVA LUZ SEGUNDO¹

1. A POLÍTICA FORA DO DIREITO: DIMENSÕES DA CRISE POLÍTICA E CONSTITUINTE

A violação cotidiana ao direito constitucional em países subdesenvolvidos, caracterizados por discrepâncias econômicas aponta para uma situação em que o processo político e o exercício do poder tem escapado ao limite da autoridade institucionalizada. Assim é que o Direito Constitucional e a Ciência Política devem estar próximos para que o sistema institucional, com lastro na ordem jurídica, possa ser um ponto de apoio entre a política real e a vida política institucionalizada juridicamente².

Isso requer uma nova tipologia da política que, por não ser considerada categoria jurídica, não dá conta que questões constitucionais são políticas. A Ciência Política tem sido um discurso sobre o poder político e exerce as condições de fundação da legalidade e legitimidade do poder político³. Seria mais rigoroso tomar a política e o direito para além da dicotomia descritivo/normativo para situá-la com as exigências problemáticas dessas práticas e não apenas em caráter finalístico-instrumental, o que requer repensar argumentos reducionistas.

¹ Doutor e mestre em Direito (UNESA/RJ). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Guanambi (UniFG –BA). Advogado. Agradeço ao Prof. Fábio Corrêa Souza de Oliveira pelo convite.

² BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

³ BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/mfLpcmd6hyh8jvcfyH4BL5m/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021. Adaptado.

Do outro lado, não é possível sustentar o direito somente como norma. A revolução copernicana que empresta ao direito sua conotação moderna aprofundou o abismo entre o sujeito e o objeto. Essa clivagem afasta os conceitos. Esta é uma das razões pelas quais o jurista tem dificuldade em compreender a produção jurídica como proveniente da política. Esta, não sendo jurídica, não faria parte das preocupações dos juristas. Isso faz da “Ciência Política” uma disciplina de segunda classe, apenas para legitimar a ordem jurídica. Não há direito sem política. A ausência da política aliena o direito de si mesmo. É como se fosse uma espécie de contra-revolução copernicana em que os objetos pairam sobre os sujeitos.

Ao analisar a Ciência Política no século XX, Paulo Bonavides propõe um prisma filosófico⁴ (Field, Carl Schmitt e Dabin), sociológico⁵ (Weber, Erlich e Vierkandt) e jurídico⁶ (Kelsen e Carré de Malberg). A tendência contemporânea para o tridimensionalismo⁷ é lastreada em Duverger, Vedel, Marcel de La Bigne de Villeneuve. Os autores são clássicos. Porém, a discussão não avança para um debate da política fora do direito.

Acertadamente, Bonavides argumenta que a crise política ou crise constituinte tem base não no projeto constitucional mas na inadequação do sistema político-jurídico ao atendimento das necessidades básicas da ordem social, tragédia do constitucionalismo brasileiro⁸, o que tem provocado a ingovernabilidade dos poderes e das instituições⁹.

Do ponto de vista analítico, crise constitucional e crise instituinte são distintas. A primeira pode estar relacionada a algum aspecto da Constituição. Não abrange o texto na íntegra. A remoção se dá por meio de reforma ou emenda¹⁰. A segunda é uma crise das instituições, dos fundamentos da organização social, da legitimidade, que pode culminar em uma nova forma de governo e de Estado¹¹.

No Brasil, trata-se de uma crise permanente pois não foi superada por quaisquer das Constituições brasileiras, considerando os limites estruturais, os obstáculos internos e externos

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44 – 45.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p.10.

⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p.10.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 192. 8ª ed

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 193. 8ª ed

que impedem que um Estado periférico possa se manifestar em sua completude¹². Essa crise pode ser explicada por fatores ideológicos, perda de crenças e erosão de valores¹³, especialmente, dos direitos humanos que seriam o nascedouro da teorização do poder constituinte¹⁴, que se mostra impotente para equacionar os problemas políticos, econômicos¹⁵ e sociais a afligirem o Estado, as instituições e sociedade em seu conjunto¹⁶.

A conexão entre questões jurídicas, econômicas, sociais, políticas, institucionais não raro tem levado a incompreensões, dificuldade em discernir soluções por parte do jurista afeiçoado somente a questões normativas, lição ainda não apreendida¹⁷ pela imobilidade bacharelesca.

Questão central que tem sido negligenciado nesse debate é que “os direitos do homem” ou “direitos humanos” implica em uma combinação entre dois elementos: “direito” e “homem”. A compreensão adequada de um deles exige distinção analítica. Se o conceito de direito foi um empréstimo da Europa à Roma clássica influenciada pela cultura grega¹⁸, a expressão “direitos do homem” teria aparecido na teologia, em meados do século XVII razão pela qual a tese de que os direitos humanos seriam uma conquista devida ao cristianismo e, também, às mudanças econômicas¹⁹. Assim, ela procede à mescla de duas idéias: o homem, no singular, a natureza genérica do homem, e a noção de direito²⁰, o que parece requerer maior detalhamento, não podendo ser apresentada como um *prius* indiscutido.

Ao examinar a noção de garantia como posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e fragilidade²¹, Bonavides subscreve a visão de Liñares Quintana, Carlos Sánchez Viamonte e Jorge Miranda. Trata-se de posição que recomenda a distinção entre direitos e

¹² BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/mfLpcmd6hyh8jvcfyH4BL5m/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 169. 8ª ed.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 169. 8ª ed.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 11.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 193. 8ª ed.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 11.

¹⁸ VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 16.

¹⁹ VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 16 – 17. Adaptado.

²⁰ VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 17.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 525. 8ª ed.

garantias com base na estrutura, natureza e função. Em uma frase: os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se²².

No debate sobre os direitos fundamentais situa Carl Schmitt, Boutmy e Jellinek. A partir da leitura de Schmitt defende que os direitos fundamentais são os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado²³.

Dito isso, o texto pretende promover um diálogo entre autores para situar o tema, notadamente, com aspectos dos livros “Ciência Política”, especialmente, os capítulos 3 (A sociedade e o Estado), 8 (Legalidade e legitimidade do poder político); do “Curso de Direito Constitucional”, com foco nos capítulos 15 (As garantias constitucionais e institucionais na Constituição de 1988) e 16 (Teoria dos direitos fundamentais), bem como o livro “História constitucional do Brasil”. O critério de escolha foi a atualidade do tema.

2. O SENTIDO PROBLEMÁTICO DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS E FUNDAMENTAIS NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1987 - 1988

Para compreender a discussão sobre garantias institucionais e fundamentais na Assembleia Nacional Constituinte (1987–1988) é necessário observar que os trabalhos foram organizados em oito comissões temáticas e vinte e quatro subcomissões²⁴. As Comissões eram: I) Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II) Comissão da Organização do Estado; III) Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V) Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI) Comissão da Ordem Econômica; VII) Comissão da Ordem Social; VIII) Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência, da Tecnologia e da Comunicação.

²² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 528. 8ª ed.

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 561. 8ª ed.

²⁴ Informações constantes do site da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/lista-de-comissoes-e-subcomissoes. Acesso em: 5 jul. 2021.

Aqui, a expressão “garantia” aparece duas vezes, quais sejam: a) na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; b) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições. Além disso, o termo está presente em três subcomissões: Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e das Garantias e Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, da Comissão I; e Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas, da Comissão IV.

Para efeitos de delimitação do tema, este texto se debruça, especialmente, na análise da Comissão Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições para tentar compreender os sentidos da expressão “garantia das instituições”.

Na maioria das Comissões temáticas da Assembleia Nacional Constituinte foram escolhidos deputados progressistas para relator e, conservadores, para presidi-las²⁵. No entanto, na Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, a presidência coube ao então senador Jarbas Passarinho (PDS-PA), favorável à garantia da defesa da ordem interna pelas Forças Armadas e o relator foi o deputado Prisco Viana (PMDB – BA), aliado do presidente da República, José Sarney.²⁶

No relatório e parecer do anteprojeto da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e sua Segurança, presidida pelo senador Jarbas Passarinho, na Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, lê-se:

“Sendo a sociedade contemporânea constituída por indivíduos, instituições e Estado urge propiciar garantias aos dois primeiros elementos no que concerne aos direitos fundamentais e à ordem sócio-econômica-social, respectivamente. Já para o Estado, a necessidade básica é a da auto-proteção. Nestas duas ordens de defesa, garantia e auto-proteção reside a possibilidade de permanência da sociedade contemporânea como tal. O direito à permanência, ou vida longa, dos elementos que integram a sociedade corresponde ao conceito

²⁵ BRANDÃO, Lucas Coelho. Os movimentos sociais e Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular. São Paulo: USP, 2011, p. 74. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16082012-125217/publico/2011_LucasCoelhoBrandao.pdf. Acesso em: 2 jun. 2021.

²⁶ BRANDÃO, Lucas Coelho. Os movimentos sociais e Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular. São Paulo: USP, 2011, p. 74. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16082012-125217/publico/2011_LucasCoelhoBrandao.pdf. Acesso em: 2 jun. 2021.

operacional de estado de necessidade público. A expressão objetiva desse direito é o Direito Constitucional das crises”²⁷.

No texto, esse “Direito Constitucional das crises” assenta-se em salvaguardas efetivas para enfrentar crises eventuais por meio de sua hierarquização, baseada em grave perturbação da ordem pública, comprometimento da paz social, ameaça à integridade do país e ao funcionamento das instituições²⁸.

Dá a insatisfação de lideranças de esquerda na Assembleia Nacional Constituinte quanto às funções das Forças Armadas no novo regime²⁹. Mesmo que o governo se mantivesse distante de questões que não considerasse fundamentais, como a preservação do mandato de cinco anos de presidente da República e do regime presidencialista³⁰, parece que houve preocupação maior com declaração de direitos do que com o arranjo de instituições ou estabelecimento de garantias. Dois exemplos ilustram o argumento: 1) o acesso à justiça, mais de trinta anos depois da promulgação do texto constitucional, permanece insatisfatório; 2) o conteúdo jurídico mínimo da dignidade da pessoa humana que abrange, pelo menos, o direito a um trabalho decente, moradia, cuidados relativos à saúde, educação, cultura, a integridade física e mental e condições de higiene mínimas³¹ tem sido constantemente ignorado. Sobre esse segundo aspecto, o texto pretende se debruçar ao abordar o desencanto com os direitos fundamentais.

Já em texto de 1990, Diogo de Figueiredo argumenta que o texto constitucional é metodologicamente pobre, resultando em uma repetição e justaposição de dispositivos até mesmo contraditórios entre si. A ambigüidade seria proposital de modo a prevalecer interesses setoriais sobre os gerais. Esse impasse teria favorecido a linha principiológica, ainda que acertada, seria em excesso, o que dificultaria uma melhor prestabilidade técnica dos princípios. Em síntese: a Constituição seria o avanço e o retrocesso³².

²⁷ <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-121.pdf> p. 15.

²⁸ <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-121.pdf> p. 15.

²⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 498.

³⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 491.

³¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 75.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apreciações sobre a Constituição de 1988. Disponível em: <https://revista.esg.br/index.php/revistadaesg/article/view/413/380>. Acesso em: 3 jun. 2021. p. 65 – 66.

No relatório constituinte da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, o relator, José Paulo Bisol (PMDB-RS) escreveu³³:

“Se a cidadania é pressuposto para o exercício da democracia, todo e qualquer cidadão brasileiro em condições subumanas de existência e, concretamente, um não-cidadão, portador de não-direitos, isto é, de direitos que, embora previstos constitucionalmente, são de exercício e eficácia impossíveis. Se a soberania do povo é também pressuposto dos regimes democráticos, a constituição deve firmar, como dever primeiro do Estado, a garantia de condições mínimas de existência digna para esse povo, sem o que o povo algum exerce sua soberania. Por último, se a nacionalidade é elemento fundamental para a democracia, o Estado tem compromisso de resgatar esses nacionais do verdadeiro exílio interno a que estão submetidos. Não há democracia brasileira que possa ser inventada sem o pressuposto do pagamento dessa dívida social; este é nosso dever enquanto Constituintes, sem o que o nosso discurso democrático é hipócrita e mentiroso”.

Ocorre que a discussão sobre as garantias institucionais não tem tido, no direito brasileiro, um tratamento autônomo e sistemático³⁴. São definidas de modo amplo, como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza³⁵”. No direito brasileiro abrangeria, pelo menos, a garantia da propriedade, do direito de herança, do Tribunal do Júri, da língua nacional portuguesa, dos partidos políticos e sua autonomia, sistema de seguridade social, família, autonomia das universidades, dentre outros, atentando-se para a abertura material prevista no art. 5º, § 2º da Constituição³⁶.

Nos ordenamentos jurídicos da América Latina parece haver uma tendência a subsumir as garantias institucionais no âmbito dos direitos fundamentais. Não há uma separação nítida entre elas, de modo que não se pode afirmar que se trata de uma nova garantia³⁷. A garantia

³³ <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-68.pdf>

³⁴ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 180.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 537. 8ª ed.; SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 180.

³⁶ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 181.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 537. 8ª ed.

institucional tem sido apresentada como instituto de direito público materialmente variável, vinculada a uma determinada Constituição ou regime político³⁸. Trata-se de uma das maiores inovações do direito constitucional do século XX³⁹. Garantias institucionais e direitos fundamentais estão alinhavados⁴⁰. No entanto, nem sempre há imbricação entre eles⁴¹. As garantias institucionais nem sempre garantem aos particulares posições subjetivas autônomas. Nada obstante, apenas para citar um exemplo, a proteção do direito fundamental de liberdade de imprensa é indissociável da garantia institucional de uma imprensa livre⁴².

Nesse passo, a teoria das garantias institucionais tenta conferir maior coerência na conformação de direitos fundamentais e na organização do Estado. Isso passa pela proteção dos conteúdos materiais da Constituição dentro de um espectro de segurança jurídica⁴³.

Detalhando melhor o argumento, a concepção de garantia institucional tem base nas elaborações dos juristas alemães da época da Constituição de Weimar (1919), especialmente, Friedrich Giese, Martin Wolff e Carl Schmitt⁴⁴. O ponto comum era a necessidade de salvaguardar o núcleo de determinadas instituições jurídicas, sejam públicas ou privadas, da atuação corrosiva do legislador. Mais do que isso: propunha-se a impedir eventual supressão por parte do Poder Legislativo ou dos demais poderes públicos da função central das garantias institucionais, qual seja, sua identidade⁴⁵.

Talvez, em um contexto periférico, referida identidade deva ser pensada principalmente como direitos de defesa, que podem ser lidos em uma perspectiva ampla. Não se limitariam a direitos de liberdade, igualdade e suas concretizações. Abarcaria, múltiplas posições jurídicas que os direitos fundamentais tentam proteger contra a ingerência de poderes públicos. Como se vê, o âmbito de atuação do direito de defesa é amplo e possibilita um feixe de situações

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 537. 8ª ed.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 537. 8ª ed.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 544. 8ª ed.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 545. 8ª ed.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 545. 8ª ed.

⁴³ OLIVEIRA, Márcio Iorio Aranha. Teoria institucional e garantias institucionais: os direitos fundamentais e a dinâmica institucional de atualização do conteúdo jurídico. (Dissertação de Mestrado em Direito). Brasília: UnB, 1998, p. 165 – 166.

⁴⁴ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 181.

⁴⁵ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 181.

distintas⁴⁶. Exemplos: a) competência negativa dos poderes públicos, com proibição de ingerência na esfera individual; b) a possibilidade de exigir abstenção dos poderes públicos no exercício de direitos fundamentais⁴⁷, o que não significa que não possa ser invocado para a garantia institucional de direitos sociais.

É oportuno lembrar que durante os trabalhos constituintes, em 26 de julho de 1988, o presidente da República, em cadeia de rádio e televisão para o país afirmou que a Constituição não era um fim em si mesma, que deveria ser um instrumento de consenso e o que Brasil corria o risco de “tornar-se ingovernável nas relações de trabalho, na família e na sociedade⁴⁸”.

Sem embargo, o texto constitucional assinalaria a expressão “direitos” e “garantias”, setenta e seis e quarenta e seis vezes, respectivamente, enquanto que deveres e produtividade, quatro e uma⁴⁹. A partir daí, Roberto Campos afirmaria: “um texto que distribui garantias, deveres, benefícios, sem se preocupar com a eficiência e produtividade⁵⁰”.

Aqui parece haver uma confusão conceitual sobre o significado de garantia. Se as garantias constitucionais como meio defensivo estão vinculadas às prestações dos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) isso só pode ser feito em um ordenamento jurídico em que o Estado de Direito não funcione como meio de pilhagem⁵¹ mas de proteção a direitos e instituições.

As garantias institucionais propõem-se a assegurar a permanência da instituição preservando um mínimo de substantividade⁵². A ideia é obstar uma alteração que promova a

⁴⁶ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 169.

⁴⁷ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 168 – 169.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 494.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 493.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 493.

⁵¹ Ugo Mattei e Laura Nader consideram um Estado de Direito ilegal quando, sem legitimidade, relaciona-se ou une-se a um Poder Legislativo impotente, ao qual falta transparência, que não realiza debates ou audiências apropriados, ou recorre a promessas ilegais e enganosas de cooptar ou comprar legisladores. MATTEI, Ugo; NADER, Laura. Quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.27: A ideia de que o Direito é pilhagem rivaliza com bibliotecas inteiras de Direito e Ciência Política que exaltam seus aspectos positivos. Devido a esses desequilíbrios, uma perspectiva histórica e comparativa faz-se imprescindível para compreender o desdobramento da pilhagem perpetrada por grande variedade de usos no Estado de Direito.

⁵² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 542. 8ª ed.

erosão, o esvaziamento, abuso ou lesão da instituição que sejam correspondentes à própria destruição⁵³.

Por fim, apesar dos esforços em distinguir garantias constitucionais e garantias institucionais, elas seguiriam entrelaçadas, formando um conceito único e conjugado⁵⁴. A garantia constitucional disciplina e tutela o exercício de direitos fundamentais, bem como protege o funcionamento das instituições, nos termos da Constituição⁵⁵.

Garantias institucionais independem da existência de direitos fundamentais subjetivos⁵⁶, ao passo que garantias constitucionais estão relacionadas à prática de direito subjetivo, seja como cláusula declaratória ou assecuratória, ou, ainda, como instrumento (remédio jurisdicional) que induz à eficácia, segurança e proteção ao direito⁵⁷, a repercutir em todo arcabouço jurídico.

3. A PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS: MITO DO ETERNO RETORNO?

Em que pese a sofisticação teórica do debate sobre crise (política e instituinte) e garantias (constitucionais e institucionais), a entrada em cena de novas forças sociais e a revolução tecnológica criaram uma nova mentalidade e uma praxe normativa conflitante, sob diversos aspectos, com a ciência oficial, agitando a diversidade entre a realidade social e a norma legislativa⁵⁸.

Em tempos de sociedade do espetáculo⁵⁹, que transforma todas as coisas em mercadoria, inclusive a imagem, e do *big brother*⁶⁰, do panóptico moderno, e das distopias, a reificação percorre todos os campos, da arte à economia, da vida diária à política. O discurso da crise

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 542. 8ª ed.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 537. 8ª ed.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 537. 8ª ed.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 544. 8ª ed.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 533. 8ª ed.

⁵⁸ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 21.

⁵⁹ DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.

⁶⁰ ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

(política, institucional, do direito, da economia) passa à condição de discurso da ordem. De outro lado, as declarações de direito têm dificuldades para se transformarem em garantias.

Ainda que haja avanços no reconhecimento de garantias institucionais e direitos fundamentais há muito a percorrer para proteger o mínimo para existência digna. O caso brasileiro é emblemático nesse sentido, considerando que o Estado tem sido um obstáculo freqüente à implementação desses direitos. Mais: ele é o principal violador, em uma conduta sistemática, seja do ponto de vista de direitos difusos e coletivos ou de direitos individuais.

Ainda há que considerar que na quadra atual tudo se tornou mercadoria e os seres humanos, aviltados em sua condição passam a ter preço, e não dignidade, em oposição às lições kantianas⁶¹. Se instituições financeiras assumem o lugar que era da igreja, governando o crédito e produzindo a fé no/do mercado, isto enseja uma transformação abrupta das categorias com as quais se pensa o Direito.

Em relação aos governos, ainda que eles sejam apresentados, com os apelos mais diversos, incluindo os de caráter publicitário, como democráticos, eles são, sobretudo funcionais e revestidos de caráter econômico, abrangendo desde supostas democracias até regimes autocráticos. Aqui não importa convencer o público não pela razão, mas pelos sentimentos; caprichar na aparência das mensagens, sem grandes explicações sobre o seu conteúdo; insistir que a aceitação do que é proposto não demanda grandes esforços nem custos ingentes, e somente produz benefícios⁶² e não problemas. No entanto, o esvaziamento do poder político é incontestável. Há uma preocupação exarcebada com a vida privada em detrimento da participação política.

Nesse contexto, não faltam argumentos e números sobre a mora do Estado na realização de direitos fundamentais. A título exemplificativo, quase um milhão e quatrocentas mil crianças

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. *Estudos avançados*, v. 25, n. 72, São Paulo, mai. – ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020. Acesso em 12 set. 2017.

⁶² COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. *Estudos avançados*, v. 25, n. 72, São Paulo, mai. – ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020. Acesso em 12 set. 2017.

e adolescentes estão fora da escola no país⁶³, sendo que mais de cinco milhões e meio delas não tiveram atividades escolares em 2020 em razão da pandemia.

No campo da saúde, estima-se cerca de cento e cinquenta e três mil mortes por ano em razão da má qualidade do atendimento e outras cinquenta e mil por falta de acesso ao serviço⁶⁴, ou seja, mais de cinquenta mil pessoas morrem por ano à espera de tratamento.

No Brasil, o déficit habitacional é superior a cinco milhões de moradias. Além disso, mais de cinquenta por cento das famílias têm ônus excessivo com o aluguel⁶⁵. A especulação imobiliária tem expulsado o pobre dos centros para a periferia e o plano diretor, importante instrumento para desenvolvimento adequado das cidades, dificilmente atende a parcela de pessoas abaixo da pobreza. De outro lado, o Judiciário, em diversas situações, ignora o sistema constitucional que modificou a concepção privatista de propriedade. Do ponto de vista institucional, a supressão do Ministério das Cidades da Administração Pública Federal é emblemática. Se não houver moradia, saúde e educação, como falar em vida digna?

Assim, o Estado não tem garantido o mínimo existencial ao ser humano e nem os instrumentos necessários à sua efetivação. A Constituição determina que o Estado preste assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, incumbência institucional da Defensoria Pública, cuja estrutura, carreira, valorização e remuneração está em condição de inferioridade em relação à magistratura e ao Ministério Público, o que mostra a dificuldade que os pobres têm para ingressar em juízo⁶⁶.

De qualquer modo, é necessário um patamar mínimo de civilidade, de respeito aos direitos e à cidadania, pois na lógica de um tecnicismo supostamente produtivista, eles têm sido um alento para a construção de um modelo que preserve as garantias institucionais. Os

⁶³ Brasil tem quase 1,4 milhão de crianças e adolescentes fora da escola, diz estudo do Unicef com dados do IBGE. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/volta-as-aulas/noticia/2021/01/28/brasil-tem-quase-14-milhao-de-criancas-e-adolescentes-fora-da-escola-diz-estudo-do-unicef-com-dados-do-ibge.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁶⁴ Atendimento precário mata mais do que a falta de acesso a médicos, diz estudo. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/atendimento-precario-mata-mais-do-que-a-falta-de-acesso-a-medicos-diz-estudo/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁶⁵ Déficit habitacional e inadequação de moradias no Brasil. Principais resultados para o período de 2016 a 2019. Disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/1MgenDRYIfH10aYirjRYIKwJGHwIxulGq/view>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁶⁶ Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf. Acesso em: 8 nov. 2021.

exemplos (educação, saúde, habitação, acesso à justiça) não tratam de programas de política social inserido na Constituição. São cruciais para a efetividade do texto constitucional.

Não obstante, uma das razões para a dificuldade de compreensão da realidade constitucional contemporânea se dá na negligência da dimensão prática do comportamento das instituições políticas e dos seus rebatimentos em outras esferas de interesse (jurídica, administrativa, democrática, dentre outras), em face da cegueira institucional na consideração das capacidades institucionais e efeitos sistêmicos⁶⁷.

Com efeito, teorias normativas, prescritivas e ideais representativas do modelo principialista de interpretação constitucional não são suficientes para lidar com a complexidade do fenômeno, que deve considerar o desempenho de funções e a possibilidade de relação dialógica interinstitucional em uma dimensão jurídico-política que considere os resultados obtidos, estejam afinados ou não com o arranjo institucional. Equívoco comum é supor que o Estado só viola direitos fundamentais quando emite atos para promover restrições. A obrigação estatal de não afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais é do mesmo porte de efetivar tal categoria de direitos⁶⁸. Não se trata de uma ilusão mas de compromisso com a efetividade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise brasileira de 1988 deixou de ser apenas do governo, da Constituição, dos partidos políticos, da República ou da Federação: é a crise de um povo⁶⁹. Há um Brasil em desencontro

⁶⁷ SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373/334>. Acesso em: 11 nov. 2021.

⁶⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. A hora de fazer navegar o barco constitucional. In: BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 196

com sua história e seu porvir⁷⁰. Diferentemente do que se costuma afirmar, a batalha da constituinte não foi uma batalha vencida.

A análise de perfis parlamentares⁷¹ da Assembleia Nacional Constituinte⁷²⁷³ mostra que as garantias institucionais não foram unânimes no campo da política⁷⁴, o que sinaliza a urgência em revisitar esse debate. Ainda que não seja objeto deste artigo, a questão sobreleva a atualidade das discussões feitas pelo Professor Paulo Bonavides.

O pensamento do homenageado, que deixou marcas na formação não só de seus ex-alunos, mas de todos aqueles que o leram ou o ouviram são lembrados por muitos como um magistério exemplar. Ao permitir a reflexão, incita todos a ocuparem com dignidade e competência um lugar no mundo, especialmente, no Brasil de hoje e do amanhã para que o país tenha instituições sólidas não como ofício retórico, ou que “estejam funcionando” em jargão jornalístico, como sobressai nestes dias, mas que sejam capazes de promover a dignidade de todos os brasileiros, um salto em direção a um estágio superior de vida, processos e relações.

Ocorre que criar qualquer coisa é mudar. Mudar não só as instituições, mas repensar o mosaico da sociedade (considerando a impossibilidade de tomá-la organicamente) e os indivíduos. Ainda que o conhecimento não seja uma agência de transformação social, ele deve estar a serviço da vida e do compromisso com o futuro, mesmo porque um Estado onde há

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. A hora de fazer navegar o barco constitucional. In: BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 196.

⁷¹ A título exemplificativo, mencionam-se três membros das Assembleia Nacional Constituinte: 1) José Luiz Maia (PDS – PI), que foi relator da Submissão de Orçamento e Fiscalização Financeira da Comissão do Sistema Tributário⁷¹. Nos trabalhos constituintes votou contra a limitação ao direito da propriedade privada, à criação de fundo de apoio à reforma agrária. Além disso, votou contra a jornada semanal de quarenta horas e o aviso prévio proporcional; 2) Antônio Carlos Konder (PDS- SC), que foi titular da Comissão de Sistematização, uma das mais importantes da Assembleia Nacional Constituinte, e relator-adjunto da Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte. Votou contra a limitação ao direito de propriedade privada, a estabilidade no emprego, a jornada semanal de quarenta horas e a criação de um fundo de apoio à reforma agrária; 3) Roberto Campos, senador pelo PDS-MT, que assinalaria que o texto constitucional apresenta a expressão “direitos” e “garantias”, setenta e seis e quarenta e seis vezes, respectivamente, enquanto que deveres e produtividade, quatro e uma. Assim, seria “um texto que distribui garantias, deveres, benefícios, sem se preocupar com a eficiência e produtividade”. A complexidade constituinte pode ser aferida quando Luiz Carlos Prestes, histórico líder comunista, diante do recuo do texto em relação à matéria fundiária, considera que a Constituição de 1988 é mais reacionária das Constituições brasileiras. O estudo de perfis parlamentares na Constituinte merece melhor adensamento.

⁷² MAIA, José Luiz. Verbete. Disponível em: <http://fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/jose-luis-martins-maia>. Acesso em: 2 jun. 2021.

⁷³ REIS, Antônio Carlos Konder. Verbete. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/reis-antonio-carlos-konder>. Acesso em: 2 jun. 2021.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 492 – 493.

perda de laços com a sociedade poderá conduzir ao desespero institucional e à desobediência civil⁷⁵. A garantia das instituições é espelho disso. Ela não se resolve por traslados de preceitos constitucionais mas pelo exercício do poder legítimo, diminuindo a distância entre o país real e o país legal⁷⁶.

Se as garantias institucionais independem da existência de direitos fundamentais subjetivos o barco constitucional parece estar salvo. Isso não significa que os direitos fundamentais e as garantias institucionais sejam apartadas. A imbricação entre eles é comum em vários aspectos. Chega-se mesmo a falar em um caráter duplo de certos direitos fundamentais (enquanto direito subjetivo e garantia institucional), de que é exemplo a imprensa livre⁷⁷. Certamente esse é um dos testemunhos do Professor Paulo Bonavides.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/mfLpcmd6hyh8jvcfyH4BL5m/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021.

BONAVIDES, Paulo. A hora de fazer navegar o barco constitucional. In: BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 194 – 197.

BONAVIDES, Paulo. A ideologia da globalização e o antagonismo liberal à Constituição. In: BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 66 – 86.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. A ideologia da globalização e o antagonismo liberal à Constituição. In: BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 83. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 220.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. Constituições brasileiras e cidadania. In: BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 193.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, p. 544 - 545. 8ª ed.

BONAVIDES, Paulo. Constituições brasileiras e cidadania. In: BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das Regiões. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190 – 193.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, s/d, 8ª ed.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANDÃO, Lucas Coelho. Os movimentos sociais e Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular. São Paulo: USP, 2011, p. 74. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16082012-125217/publico/2011_LucasCoelhoBrandao.pdf. Acesso em: 2 jun. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. Estudos avançados, v. 25, n. 72, São Paulo, mai. – ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020. Acesso em 12 set. 2017.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. Quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apreciações sobre a Constituição de 1988. Disponível em: <https://revista.esg.br/index.php/revistadaesg/article/view/413/380>. Acesso em: 3 jun. 2021.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Márcio Iorio Aranha. Teoria institucional e garantias institucionais: os direitos fundamentais e a dinâmica institucional de atualização do conteúdo jurídico. (Dissertação de Mestrado em Direito). Brasília: UnB, 1998.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Rafael Bezerra de; BOLONHA, Carlos. Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/373/334>. Acesso em: 11 nov. 2021.

VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PARTICIPAÇÃO PÚBLICA PELA VIA PROCESSUAL: A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL BRASILEIRA

ISABELLA FRANCO GUERRA¹

INTRODUÇÃO

A temática do Estado Constitucional Ambiental tem relevância e destaque na contemporaneidade, nela está inserida a preocupação com a defesa da democracia e a luta pela prevalência e a efetividade dos direitos humanos fundamentais.

Dentre as premissas do Estado Constitucional estão a soberania popular, a promoção dos direitos humanos, a legalidade, a transparência e a participação pública.

Refletir sobre tão relevantes questões sob o ângulo do constitucionalismo brasileiro traz à lume o trabalho do constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, aqui homenageado, tendo em vista as suas contribuições para pensar e promover os direitos humanos.

Em tempos pandêmicos, de grave crise socioambiental, se faz ainda mais necessário defender a essência da Constituição, com destaque para os valores democráticos e a ordem pública ambiental que encerra.

Nesse contexto, o objeto do presente artigo consiste em delinear os fundamentos constitucionais da participação pública na defesa do meio ambiente via ação popular e realçar os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro perante as Nações Unidas ao assinar, na Conferência de Cúpula realizada no Rio de Janeiro em 1992, a Declaração do Rio, bem como nas responsabilidades aceitas ao firmar a Convenção do Clima, o Acordo de Paris, assim como pela assinatura do Acordo de Escazú, no sentido de promover a defesa do meio ambiente,

¹ Doutora em Direito pela UNESA, Mestre em Direito pela PUC-Rio, Professora do PPGD UNESA, Professora da PUC-Rio, membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil – APRODAB, membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB-RJ, Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental do IAB.

garantir a transparência em matéria de governança ambiental, assegurar o acesso à informação e assegurar a participação pública.

O artigo tem o objetivo de analisar a legitimidade do cidadão para promover a tutela do direito difuso ao meio ambiente através da ação popular e destacar a importância desse remédio constitucional de combate à ilegalidade e ao arbítrio.

Nesse sentido, pretende-se, com base no caput do artigo 225 da Constituição brasileira, que impõe a todos defender o meio ambiente, ressaltar o direito dos cidadãos de exigir do Poder Público o cumprimento dos mandamentos constitucionais e garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, interligando-o às diretrizes dos Tratados internacionais em matéria ambiental.

O estudo do tema partiu da revisão bibliográfica sobre a matéria, com destaque para os referenciais das obras de Paulo Bonavides sobre o constitucionalismo brasileiro, se desenvolveu com base na análise dos Tratados Internacionais atinentes à governança ambiental participativa, na legislação e jurisprudência brasileiras.

1. COMPROMISSOS ASSUMIDOS PELO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A COMUNIDADE INTERNACIONAL DE GARANTIR O ACESSO EFETIVO AOS MECANISMOS DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE

No âmbito das Nações Unidas, o Brasil já havia se comprometido a promover a defesa do meio ambiente desde 1972 ao assinar a Declaração de Estocolmo.

Em 1992 foi realizada no Rio de Janeiro a Conferência de Cúpula organizada pela ONU, ocasião em que importantes documentos foram assinados e compromissos em prol da sustentabilidade ambiental assumidos².

²UNITED NATIONS. Rio Declaration on Environment and Development. A/CONF.151/26 (Vol. I) REPORT OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Ago 1992. Disponível em:

Merece destaque o Princípio da 10 da Declaração do Rio de 1992 que trata da participação popular como forma de promoção da proteção do meio ambiente.

Dentre os deveres estatais definidos na referida Declaração, há a previsão de garantir o acesso efetivo aos mecanismos judiciais de defesa do meio ambiente, o texto do Princípio 10 tem o seguinte teor:

A melhor maneira de tratar questões ambientais e assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos³.

No âmbito da América do Sul, o Tratado de Assunção, que deu origem ao Mercado Comum do Sul- Mercosul em 1991, traçou como diretrizes: a promoção da integração regional, acelerar o processo de desenvolvimento econômico com responsabilidade social, adotando a premissa de que para alcançar esse objetivo a proteção do meio ambiente tem que ser levada em conta, como dita a seguinte passagem de seu Preâmbulo:

“Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social;

Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento da [sic] interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas e a complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio⁴.”

Assim, os Estados- Partes do Mercosul, ao assinarem o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente⁵, reafirmando os princípios da Declaração do Rio de 1992, ressaltando a importância

https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf. Acesso em: 27 set. 2021.

³Declaração do Rio de Janeiro. **Documentos**, Estud. av. 6 (15), ago 1992. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141992000200013>. Acesso em: 27 set. 2021.

⁴BRASIL, Decreto nº 350 de 21 de novembro de 1991, Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado Mercosul). Brasília, 1991. O Congresso Nacional aprovou o referido tratado por meio do Decreto Legislativo nº 197, de 25 de setembro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm. Acesso em 27 set. 2021.

⁵BRASIL, Decreto Legislativo nº 333, de 2003. Aprova o texto do Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente, assinado em Assunção, no âmbito do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, em 22 de junho de 2001. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-333-24-julho-2003-494160-acordo-quadro-1-pl.html. Acesso em: 27 set. 2021.

da cooperação para o desenvolvimento sustentável, reconhecendo a importância da participação da sociedade civil para a proteção do meio ambiente, acordaram o seguinte:

“Art. 3º Em suas ações para alcançar o objetivo deste acordo e implementar suas disposições, os Estados Partes deverão orientar-se, *inter alia*, pelo seguinte:

a) promoção da proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis mediante a coordenação de políticas setoriais, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio;

b) incorporação da componente ambiental nas políticas setoriais e inclusão das considerações ambientais na tomada de decisões que se adotem no âmbito do MERCOSUL, para fortalecimento da integração;

c) promoção do desenvolvimento sustentável por meio do apoio recíproco entre os setores ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam de maneira arbitrária ou injustificável a livre circulação de bens e serviços no âmbito do MERCOSUL;

d) tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problemas ambientais;

e) promoção da efetiva participação da sociedade civil no tratamento das questões ambientais; e

f) fomento à internalização dos custos ambientais por meio do uso de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão”.

O artigo 6º do Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente é importantíssimo, pois estabelece que os Estados Partes deverão aprofundar a análise dos problemas ambientais da sub-região contando com o apoio dos órgãos nacionais competentes e da participação das organizações da sociedade civil, e, dentre as várias ações a implementar, reforça a necessidade de ampliar o intercâmbio de informações sobre a legislação e práticas ambientais dos países membros do Bloco, contribuir para a promoção de condições de trabalho ambientalmente saudáveis e seguras; otimizar a gestão ambiental e promover a educação ambiental⁶.

Ainda sobre o arcabouço normativo do Mercosul, a Declaração de Canela, assinada em 1992 pelos países membros do Bloco, expressou compreensão acerca da necessidade de um marco regulatório em matéria ambiental⁷, tendo sido acordado que os custos ambientais das etapas produtivas devem ser incluídos nas transações comerciais sem que sejam, entretanto, repassados para as gerações futuras⁸, reconhecendo a crise ambiental ameaça a sobrevivência

⁶BRASIL, Decreto Legislativo nº 333, de 2003. Aprova o texto do Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente, assinado em Assunção, no âmbito do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, em 22 de junho de 2001. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-333-24-julho-2003-494160-acordo-quadro-1-pl.html. Acesso em: 27 set. 2021.

⁷ Pereira, M. de P., Pereira, L. C. da S., Pereira, A. P. K., & da Costa, S. S. (2018). HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL. *Revista De Ciências Humanas*, 1(1). Recuperado de <https://periodicos.ufv.br/RCH/article/view/3580>. Acesso em: 17 set. 2021.

⁸MACHADO, Paulo Affonso Leme. Acordo Ambiental no MERCOSUL. Disponível em: Acordo Ambiental no MERCOSUL. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, ago. 2014, p.617. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49559>. Acesso em: 17 set. 2021.

humana na Terra, identificando a necessidade do esforço comum e o firme compromisso de todos os Estados no mundo para efetivar a proteção ambiental⁹.

Na reunião realizada em Las Leñas, na Argentina, no ano de 1992, os países integrantes do Mercosul traçaram metas a serem alcançadas e incluíram a questão ambiental, decidiram realizar a Reunião Especializada do Meio Ambiente (REMA), objetivando, dentre os seus principais objetivos, analisar a legislação vigente nos Estados-Membros e propor medidas de proteção ambiental por meio de recomendações ao Grupo Mercado Comum, e no ano de 1993 foi criada a Comissão de Meio Ambiente no Subgrupo de Trabalho 7 referente à política industrial e tecnológica¹⁰.

Em 1994 foi assinado o Protocolo de Ouro Preto¹¹, de acordo com o seu artigo 42 as normas definidas pelos três órgãos do MERCOSUL, com capacidade decisória e intergovernamental, a saber Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum, e a Comissão de Comércio do MERCOSUL, têm natureza obrigatória para os países do Bloco, e, quando necessário, deverão ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais respeitando os procedimentos previstos na legislação de cada país.

A Primeira Reunião de Ministros do Meio Ambiente do Mercosul ocorreu em 1995, em Montevideu, ocasião em que foi firmada a Declaração de Taranco, que recomendou a consideração dos custos ambientais como forma de assegurar condições equânimes de proteção ambiental e competitividade aos países integrantes do Mercosul¹².

Enfrentar as questões ambientais e buscar soluções traz a necessidade da cooperação, pois o esforço de todos se faz imprescindível para a defesa do meio ambiente. Nesse contexto, é muito relevante ressaltar o tema da responsabilidade jurídico ambiental nas pautas do

⁹Pereira, M. de P., Pereira, L. C. da S., Pereira, A. P. K., & da Costa, S. S. (2018). HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL. *Revista De Ciências Humanas*, 1(1). Recuperado de <https://periodicos.ufv.br/RCH/article/view/3580>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁰Pereira, M. de P., Pereira, L. C. da S., Pereira, A. P. K., & da Costa, S. S. (2018). HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL. *Revista De Ciências Humanas*, 1(1). Recuperado de <https://periodicos.ufv.br/RCH/article/view/3580>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹¹BRASIL, Decreto nº 1.901 de 09 de maio de 1996. Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

¹²Pereira, M. de P., Pereira, L. C. da S., Pereira, A. P. K., & da Costa, S. S. (2018). HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL. *Revista De Ciências Humanas*, 1(1). Recuperado de <https://periodicos.ufv.br/RCH/article/view/3580>. Acesso em: 24 out. 2021.

MERCOSUL e o reconhecimento da importância da articulação entre as dimensões econômica, social e ambiental. Nessa mesma linha, são fundamentais os tratados aprovados a partir das iniciativas da ONU.

Na esfera internacional tem sido realçada a importância da transparência, o dever informar e prestar contas.

A boa governança ambiental requer que haja vontade política de concretizar as políticas públicas com vista à proteção do meio ambiente, exige que seja garantido o acesso à informação e os meios pelos quais a população possa participar do processo de tomada de decisão, ou seja, que os chamados “direitos de acesso” sejam efetivados.

Em relação ao acesso à justiça e à governança ambiental, não se pode deixar de enfatizar a relevância do “Acordo de Escazú” de 2018- Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e Caribe, assinado pelo Brasil, embora este ainda não tenha sido internalizado. Este Tratado tem força vinculante. Em termos de governança ambiental tem como premissa o acesso à informação, enfatiza o dever do poder Público de prestar contas, de assegurar a participação pública nos processos de decisão ambiental e de proteger os defensores dos direitos humanos, sob a lente do princípio da progressividade na promoção dos direitos humanos e de vedação de retrocesso¹³.

2. A DEFESA DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Um dos aspectos positivos, que merece aplausos, sem dúvida, diz respeito ao modo pelo qual a matéria ambiental foi normatizada na Constituição de 1988, o que permite afirmar que o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental indisponível, que a responsabilidade de realizar a sua defesa é de todos, Poder Público e coletividade. Tanto

¹³UNITED NATIONS. Regional agreement on access to information, public participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean, adopted in Escazú, Costa Rica, on 4 March 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43583/1/S1800428_en.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

cidadãos quanto o setor empresarial precisam estar conscientes de que há um referencial ético de proteção da vida em todas as suas formas e que a salubridade ambiental está intimamente ligada ao bem viver, à proteção da saúde e bem-estar das gerações presentes e futuras.

Nos termos do disposto na Ordem Econômica, no artigo 170 da Constituição, a função social das empresas impõe que estas incluam a variante ambiental como valor a ser protegido e incluído no planejamento e estratégias corporativas.

Trata-se de bem comum e, portanto, a sua fruição demanda equilíbrio e impõe limites às atividades humanas.

A unidade da Constituição, assim como a compreensão finalista e busca da máxima efetividade, orienta o intérprete. Nesse caminho, para compreender o Estado Democrático de Direito é preciso entender as dimensões dos direitos humanos e que a dignidade humana, intrínseca aos direitos fundamentais, para ser preservada necessita que exista a acessibilidade universal a um conjunto nuclear de direitos reconhecidos como indispensáveis ao bem-estar, isto é, de fruição de vida, que é mais do que um mero existir. A eles estão ligados o exercício responsável das liberdades, o respeito ao pluralismo, o acesso à moradia adequada, o que inclui acesso à água e esgotamento sanitário, proteção à saúde, assim como, possibilitar que a população tenha os meios laborais de manutenção da subsistência econômica, acesso à educação, cultura e proteção da memória, para que, assim, haja paz, como está articulado nas proposições da ONU, expressas na Agenda 2030, que tem em seu âmago a superação da pobreza, a promoção dos objetivos do desenvolvimento sustentável, de ações para a defesa do meio ambiente, para a mitigação dos problemas climáticos e garantia da sadia qualidade de vida.

É imprescindível entender que os direitos fundamentais interagem em suas diversas dimensões, isto é, não são excludentes. Não se garante vida sem saúde e sem um ambiente hígido. A poluição hídrica retira um elemento essencial para a sobrevivência humana e, nessa ótica, a não potabilidade de água consumida impacta a saúde e coloca em risco a vida, por exemplo.

Essa lógica demonstra que as cláusulas pétreas impedem que o legislador ordinário, que pode vir a exercer o poder constituído, de natureza secundária, derivada, venha a tentar reformar

a Constituição para suprimir direitos fundamentais. Resta claro que além das liberdades negativas, os direitos sociais e ambientais estão protegidos pelo manto da supremacia constitucional, da vedação de retrocessos e pela consequente proibição de supressão desses direitos. Esses direitos abrigam a sensibilidade, a humanidade vista sobre o prisma do bem comum e em oposição à barbárie.

Nesse viés, as lúcidas palavras de Paulo Bonavides:

[...]

No direito constitucional positivo do Brasil são taxativamente direitos sociais aqueles contidos no art.6º da Constituição, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma disposta pelo texto constitucional. Tais direitos, por derradeiro, concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade.

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do poder [...]

Demais, uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica¹⁴.

É nesse sentido que aqui enfatiza-se a interconexão entre os direitos humanos fundamentais, preconizando a vida digna e a fruição das condições de um ambiente hígido para o exercício das liberdades e possibilidades humanas em uma lógica de que os seres humanos não são os únicos habitantes do Planeta e que o meio ambiente ecologicamente equilibrado fornece o conjunto de condições que abrigam e possibilitam a vida em todas as suas formas. Nesses termos, a Assembleia Geral da ONU aprovou, no dia 08 de outubro de 2021, a Resolução 48/13 por meio da qual reconheceu, pela primeira vez, de forma expressa, o direito a um meio ambiente seguro, limpo, saudável, sustentável¹⁵.

Em que pese todos os esforços das Nações Unidas ao conclamar os Estados a cumprir os compromissos climáticos, de promover a igualdade, combater à pobreza, garantir o acesso

¹⁴BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 34ªed.São Paulo: Malheiros, 2019, p.675-677.

¹⁵“43 votos a favor e 4 abstenções contaram como uma vitória unânime para aprovar o texto que cita os esforços de pelo menos 1.100 organizações da sociedade civil, crianças, jovens e povos indígenas, que têm feito campanha pelo reconhecimento global, implementação e proteção dos direitos humanos para um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável.”(nossa tradução). Unites Nations News, 15/10/2021. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2021/10/1103082>. Acesso em: 28 out. 2021.

aos serviços essenciais, buscar a prevalência da paz, o mundo passa por um momento de pandemia e os efeitos dela em países de economia periférica como o Brasil são devastadores, ainda mais tendo que enfrentar as consequências da demora na aquisição das vacinas, além do que inúmeras situações demonstram a omissão do Poder Público em promover os direitos sociais¹⁶ e ambientais, inclusive os dados mostram o alarmante aumento do desmatamento¹⁷, a imprensa denuncia a poluição dos recursos hídricos e inúmeros outros problemas que ferem a democracia e deixam o país longe das perspectivas de vida digna para significativa parcela da população.

Nesse contexto, faz-se mais do que relevante buscar os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais e conhecer as vias para combater arbitrariedades e omissões do Poder Público.

3. GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Garantias constitucionais são meios para assegurar direitos fundamentais, para garantir-lhes a efetividade, são estabelecidas através de normas constitucionais que têm o objetivo viabilizar a fruição de direitos. Elas existem, como explica Paulo Bonavides, “em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar¹⁸”.

Paulo Bonavides chama a atenção para que não haja a confusão entre direitos e garantias, pois eles não se confundem, haja vista que, seguindo a lição de Jorge Miranda, “os

¹⁶O déficit de saneamento no Brasil faz com que 100 milhões de brasileiros vivam sem esgotamento sanitário e a falta desse serviço coloca a população em risco ainda maior nesse momento de pandemia. Sobre essa questão, o jornal Estado de Minas publicou matéria alertando para essa situação. Saneamento precário agrava crise no Brasil. **Estado de Minas**, 07.08.2020. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/08/07/interna_internacional,1173988/deficit-de-saneamento-basico-agrava-pandemia-no-brasil.shtml. Acesso em: 25 out. 2021.

¹⁷Segundo notícia Paulo Basso, a Amazônia perdeu uma área equivalente ao tamanho da cidade do Rio de Janeiro em setembro deste ano, isto é, 1.224 km² de floresta, o que soma aproximadamente 69 milhões de árvores. BASSO, Paulo. Desmatamento da Amazônia em setembro é o pior em 10 anos. **Yahoo/notícias**, 25.10.2021. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/desmatamento-da-amazonia-em-setembro-e-o-pior-em-10-anos-001141973.html>. Acesso em: 25 out. 2021.

¹⁸BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 34^aed.São Paulo: Malheiros, 2019, p. 537.

direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens, os direitos são principais, as garantias acessórias(...)"¹⁹

José Afonso da Silva destaca que as garantias constitucionais “consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”, explica, ainda, que elas são “de dois tipos: (a) *garantias constitucionais gerais* (grifo do Autor), que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes (...) (b) *garantias constitucionais especiais* (grifo do Autor), que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que (...) protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; (...)”²⁰”

Cabe lembrar quanto aos direitos fundamentais que estes são inalienáveis e imprescritíveis, que estão intrinsicamente ligados à dignidade humana, por isso, não se pode deles abrir mão e é imprescindível que o ordenamento jurídico esteja dotado de ferramentas para defende-los. No caso, a Constituição brasileira de 1988 previu um conjunto de garantias constitucionais, dentre as quais, aqui se dará destaque para a ação popular.

4. A AÇÃO POPULAR: BREVES REFERENCIAIS HISTÓRICOS

Uma breve referência inicial se faz necessária para anotar que a ação popular foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição de 1934²¹. Contudo, esta foi uma Constituição marcada pela efemeridade, pois teve uma brevíssima eficácia por ter sido derrubada pelo Estado Novo, período da ditadura de Getúlio Vargas. Houve, com a ruptura da

¹⁹MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, t.IV, “Direitos Fundamentais, p.88-89 *apud* BONAVIDES, op. cit., p.540.

²⁰SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.188.

²¹BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, 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, nos termos seguintes: (...), item 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

ordem institucional, a outorga da Carta Política de 1937 e esta suprimiu a ação popular, remédio constitucional que, na ordem jurídica anterior, tinha o condão de possibilitar ao cidadão pedir ao Judiciário a anulação de ato lesivo ao patrimônio dos entes políticos da Federação.

Esse importante mecanismo processual ressurgiu com a promulgação da Constituição de 1946, tendo havido a ampliação de seu objeto para possibilitar também a defesa do patrimônio das entidades da administração pública indireta ²².

A Carta Política de 1967, período do governo militar, manteve a previsão da ação popular, assim, como também a EC nº 1 de 1969, que é considerada uma nova Carta Política.

Com a redemocratização do país, o constituinte brasileiro deu a devida atenção aos direitos e as garantias constitucionais. Nesse sentido, o objeto da ação popular foi significativamente ampliado pela Constituição de 1988, que incluiu a defesa da moralidade administrativa e do meio ambiente. O texto constitucional estatui no artigo 5º:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência²³;

A legitimidade ativa, portanto, é conferida ao cidadão brasileiro no gozo dos direitos políticos e a comprovação da cidadania é feita com a apresentação da cópia do título de eleitor juntado na petição inicial.

Trata-se de um remédio constitucional através do qual o cidadão pode atuar na defesa de direito difuso, isto é, de um direito de natureza indivisível e de titularidade indeterminada, por isso, atua no interesse de toda a coletividade²⁴.

²²BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, artigo 141(...)§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, artigo 5º, inciso LXXIII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

²⁴ Há controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica da legitimidade ativa concernente à propositura da ação popular. Quanto a essa matéria, autores como Rodolfo de Camargo Mancuso, **Ação Popular**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.201-206, entendem tratar-se de legitimidade ordinária, pois o

5. A AÇÃO POPULAR AMBIENTAL

O Poder Público tem tarefas irrenunciáveis de defesa do meio ambiente, pois as ações governamentais em sua proteção são obrigatórias, para além da atuação estatal, na esteira do Estado Democrático – Participativo ²⁵, é preciso assegurar os espaços de participação da sociedade civil tanto na formação da vontade estatal e na definição das políticas públicas ambientais como também é necessário garantir os meios de fiscalização quanto ao cumprimento dessas políticas.

Essa premissa participativa pode ser bem dimensionada a partir da leitura do artigo 8º do Acordo de Escazú:

Artigo 8

Acesso à justiça em questões ambientais

1. Cada Parte garantirá o direito de acesso à justiça em questões ambientais de acordo com as garantias do devido processo.

2. Cada Parte assegurará, no âmbito de sua legislação nacional, o acesso a instâncias judiciais e administrativas para impugnar e recorrer, quanto ao mérito e procedimento:

a) qualquer decisão, ação ou omissão relacionada com o acesso à informação ambiental;

b) qualquer decisão, ação ou omissão relacionada com a participação pública em processos de tomada de decisões ambientais; e

c) qualquer outra decisão, ação ou omissão que afete ou possa afetar de maneira adversa o meio ambiente ou infringir normas jurídicas relacionadas ao meio ambiente.

3. Para garantir o direito de acesso à justiça em questões ambientais, cada Parte, considerando suas circunstâncias, contará com:

a) órgãos estatais competentes com acesso a conhecimentos especializados em matéria ambiental;

b) procedimentos efetivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciais e sem custos proibitivos;

c) legitimação ativa ampla em defesa do meio ambiente, em conformidade com a legislação nacional;

[...] ²⁶

autor popular, na qualidade de cidadão no pleno gozo dos direitos políticos, estaria pleiteando, em nome próprio, a defesa do direito que lhe assiste à administração pública.

²⁵Canotilho considera que o Estado de Direito Ambiental inclui atentar para o fato de que a proteção do meio ambiente não está restrita a Estados isolados, ela deve ser realizada em termos supranacionais. Apud Leite, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato, organizadores. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.150. Sobre o tema do Estado Democrático de Direito e a participação pública na promoção do direito difuso ambiental ver GUERRA, Isabella Franco. **Participação Pública no Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental à Luz da Teoria Dworkiana**. Orientador: Eduardo Manuel Val. Coorientadora: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. 375f. 2019. Tese (Doutorado em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo) - Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019.

²⁶UNITED NATIONS. Regional agreement on access to information, public participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean, adopted in Escazú, Costa Rica, on 4 March 2018.

Nesse contexto, é relevante a previsão no ordenamento jurídico pátrio de instrumentos processuais hábeis a viabilizar a participação pelo processo, garantindo ao cidadão um meio efetivo de fiscalizar a atuação estatal, de exercer o controle sobre os atos da Administração Pública.

A ação popular tem dimensão coletiva, é um instrumento pelo qual um integrante da sociedade, isto é, o cidadão, se serve para proteger, pela via judicial, direito transindividual. Nesse caso, observa Rodolfo de Camargo Mancuso²⁷, o processo é chamado a operar como um instrumento de controle externo da gestão da coisa pública.

Portanto, a ação popular é um mecanismo que viabiliza a revisão judicial dos atos administrativos, por este meio o cidadão provoca o Poder Judiciário a analisar e desconstituir os atos perpetrados, pelo administrador público, que sejam, por exemplo, lesivos ao meio ambiente e à moralidade administrativa. Assim, a relevância da ação popular, que é uma garantia constitucional, construída amparada na essência do Estado Democrático, pode ser verificada na medida em que permite ao cidadão agir pela via processual em prol do direito fundamental à segurança, ao equilíbrio e à higidez do meio ambiente.

A Administração Pública tem o poder dever de rever seus atos. Assim, no caso de haver vício do ato administrativo, o Administrador terá o dever de anulá-lo e, se não o fizer, o Judiciário poderá ser provocado para fazê-lo. Com base no sistema de freios e contrapesos, existe a possibilidade de revisão judicial do ato administrativo, o que dependerá de uma ação vir a ser proposta.

A Lei nº 4.717 de 1965, recepcionada pela Constituição de 1988, introduziu as normas que cuidam do procedimento da ação popular.

No artigo 2º da Lei da Ação Popular estão previstas as razões para a anulação do ato administrativo, de modo que são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades da administração direta e indireta, daquelas que o Estado participe com recursos econômicos, quando identificados vícios como o da incompetência, que estará caracterizada se o agente que

Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43583/1/S1800428_en.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

²⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 6ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.36.

praticou o ato não tiver atribuição legal para promovê-lo; vício de forma, que, nos termos da lei, consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; ilegalidade do objeto, que ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; inexistência dos motivos, que se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; desvio de finalidade, que ocorre quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência²⁸.

O autor popular cuida para que a legalidade, que é corolário do Estado de Direito, seja respeitada, bem como o direito de todos à administração pública proba e eficiente. E o caput do artigo 37 da Constituição do Brasil impõe, de forma expressa, ao Poder Público, respeitar os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da publicidade, da eficiência, pois na ideia de Estado de Direito está presente a limitação do poder, a submissão dos atos estatais à lei. Logo, os atos administrativos precisam estar em harmonia com as normas jurídicas e fundamentados na lei, ou seja, é preciso haver uma lei autorizando a ação do agente público, esta é uma forma de conter o abuso de poder e de evitar arbitrariedades²⁹.

Ainda em relação ao objeto da ação popular, necessário se faz registrar que no caso de haver ilegalidade do ato administrativo que trate de matéria ambiental a lesividade será presumida.

É pertinente também explicar que o ato administrativo capaz de provocar o dano ao meio ambiente poderá ser anulado por meio da ação popular, não sendo necessário que haja a conjugação do binômio ilegalidade e lesividade, bastando que o ato seja lesivo³⁰, essa é a leitura a ser feita pela lente constitucional e que enseja a aplicação do texto da lei de 1965 com o sentido e alcance ampliados pela Constituição.

²⁸ BRASIL, Lei nº 4.717 de 1965. Regula a Ação Popular. Artigo 2º, parágrafo único. Disponível em: L4717 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 out 2021.

²⁹ Sobre a intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente, o dever do Poder Público ser transparente e zelar pela segurança ambiental sob a égide do Estado de Direito Ambiental, consultar GUERRA, Isabella Franco. O Estado de Direito Ambiental e os 40 Anos da Política Nacional do Meio Ambiente. In: **Política Nacional do Meio Ambiente: 40 Anos da Lei 6938/1981**. Coordenadores: Sidney Guerra, Talden Farias, Pedro Avzaradel. Curitiba: Instituto Memória, 2021, p.48-58.

³⁰ Nesse sentido, ver SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo (org). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.269.

Embora a Lei da Ação Popular fale em prescrição no artigo 21, a leitura de suas normas se dá a partir da Constituição, assim, cabe lembrar que o direito ao meio ambiente seguro, como já afirmado anteriormente, é direito fundamental e, portanto, imprescritível³¹, logo, não há que se falar em prescrição quinquenal para a propositura da ação popular e desconstituição do ato administrativo lesivo ao meio ambiente.

O direito à saúde, ao meio ambiente hígido e a proteção à dignidade da pessoa humana estão relacionados, pois as adequadas condições sanitárias resguardam a saúde e o bem-estar da população, por outro lado, o ambiente poluído afeta a saúde e subtrai a qualidade de vida das pessoas³². Há lesões ao meio ambiente que repercutem sobre o mínimo existencial, pois reduzem a qualidade de vida da população humana, provocam riscos à saúde pública, reduzem o acesso à água, por exemplo. Aí está a razão da Constituição brasileira mandar os entes políticos da Federação combater a poluição em todas as suas formas e da legislação infraconstitucional conceituar poluição através de norma geral na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Dessa forma, a Lei nº 6.938 de 1981 define no artigo 3º, incisos II e III, degradação e poluição, porém, não há um conceito de dano ambiental na lei. Contudo, com base nas construções doutrinárias e conjugando os conceitos jurídicos de degradação e poluição, é possível dizer que o dano ao meio ambiente significa uma alteração adversa do meio ambiente provocada pelo lançamento de matéria ou energia fora dos padrões tolerados pela legislação, é a interferência humana que impacta negativamente o meio ambiente e gera a perda da

³¹O STF já se manifestou sobre o tema declarando por meio da Tese 999 ser imprescritível a pretensão de reparação do dano ambiental difuso. Pleno. **Recurso Extraordinário nº654833-AC**. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. Recorrente: Orleir Messias Cameli. Recorrido: Ministério Público Federal, FUNAI. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 24.06.2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077366>. Acesso em: 25 out. 2021. Há inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça tratando da responsabilidade civil pelo dano ambiental, em ação civil pública, em que a Corte teve a oportunidade de reiterar o entendimento de que não prescreve o dever de reparar a lesão ao meio ambiente. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **Recurso Especial nº 1.644.195-SC**, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 27.04.2017, DJe 08.05.2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603262031&dt_publicacao=08/05/2017. Acesso em 17 out. 2021.

³² Segundo noticiado pela Agência Senado, “a Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI) discutiu nesta quarta-feira (25) a universalização do saneamento básico no Brasil. Durante audiência pública, os expositores alertaram para o fato de que 48% da população brasileira ainda não têm coleta de esgoto.[...] A falta de saneamento básico implica o aumento de doenças na população. Segundo Édison, há mais de 300 mil internações por ano no Brasil causadas por diarreias graves. Além das doenças, há ineficiência da entrega de água”. AGÊNCIA SENADO. Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil. **Agência Senado**, 25.10.2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>. Acesso em: 25 out. 2021.

diversidade biológica, a diminuição de recursos ambientais, modifica a paisagem, prejudica as condições estéticas do ambiente, diminui o fluxo gênico^{33 34}.

Quanto à identificação do poluidor, a lei diz que é aquele que direta ou indiretamente cause a degradação do meio ambiente. Portanto, pode ser pessoa física ou jurídica, esta última de direito público ou de direito privado³⁵. Há, conseqüentemente, a possibilidade dos entes políticos e dos entes da administração pública indireta figurarem no polo passivo de processo judicial que tenha por fim responsabilizar civilmente o degradador do meio ambiente.

Nesse contexto, aplicando o disposto no artigo 23, inciso VI, combinado com o artigo 225 da CRFB/88 e com os artigos 2º e 3º da Lei nº 6.938 de 1981, é certo que o Poder Público pode ser civilmente responsabilizado no caso de se omitir ao deixar de realizar o controle sobre atividades potencialmente poluidoras; se vier a contribuir para causar o dano ambiental - ao financiar obras poluidoras, por exemplo³⁶.

A ação popular ambiental tutela direito difuso indisponível, por isso, há a obrigatoriedade do Ministério Público atuar no processo como fiscal da ordem jurídica, resguardando o interesse público e a regularidade do processo.

Considerando o princípio da continuidade da ação coletiva, uma vez proposta a demanda, não há que se falar em desistência e se o autor popular vier a abandonar o feito, outro cidadão poderá ingressar no polo ativo e dar o devido prosseguimento, e poderá, ainda, ocorrer a situação excepcional do Ministério Público vir a ter que assumir o polo ativo, promovendo os atos necessários à continuidade da demanda judicial. Esse tratamento processual resulta da natureza do direito tutelado, tendo em vista a sua indisponibilidade.

³³BRASIL, Lei nº 6.938 de 1981, artigo 3º. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

³⁴ Quanto ao desenvolvimento dessa temática e aprofundamento da análise do dano ambiental ver GUERRA, Isabella Franco. **Participação Pública no Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental à Luz da Teoria Dworkiana**. Orientador: Eduardo Manuel Val. Coorientadora: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. 375f. 2019. Tese (Doutorado em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo) - Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019.

³⁵BRASIL, Lei nº 6.938 de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

³⁶ Sobre o assunto ver MIRRA, Álvaro Luiz Valery Mirra. “A noção de poluidor na lei nº 6.930 /81 e a questão da responsabilidade civil solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In: LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo (org). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.11 a 15.

Visando garantir o acesso à justiça e superar as barreiras econômicas que dificultam obter a prestação jurisdicional, a Constituição de 1988 estabeleceu que o autor não tem que adiantar as custas processuais.

A leitura integrada e com base no princípio do microsistema do processo coletivo³⁷ leva a entender que o autor não terá que adiantar qualquer tipo de despesa processual, seja a taxa judiciária ou, por exemplo, a despesa com honorários periciais.

Sobre o não adiantamento de despesas, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Embargo de Declaração no Recurso Especial nº 1.225.103- MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, foi muito clara no sentido de não adiantamento de despesas pelo autor e tecendo uma leitura a partir do microsistema de tutela coletiva.³⁸ No Recurso Especial nº 1.225.103- MG, o STJ já havia se manifestado nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ENERGIA ELÉTRICA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ISENÇÃO.

1. Trata-se na origem de ação popular intentada pelo ora recorrente contra a Companhia Energética de Minas Gerais. Tal ação foi promovida no intuito de declarar a ilegalidade do contrato de fornecimento de energia elétrica. Na fase da sentença de mérito, entendeu-se pela necessidade da produção de prova pericial para solucionar o mérito. O acórdão *a quo* manteve o mesmo entendimento da sentença, e condenou o autor da ação e o réu a anteciparem os honorários periciais. É contra a determinação de antecipar os honorários periciais na ação popular que se insurge o autor da ação, ora recorrente. 4. Além do mais, em terceiro lugar, conforme a dicção do artigo 18 da Lei n. 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública, também aplicável à espécie, até mesmo porque esta lei baseou-se na Lei n. 4.717/65: "[n]as ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado custas e despesas processuais". Sendo assim, com razão o

³⁷ Embora não haja um código de processo coletivo no Brasil, há uma integração sistêmica entre os diplomas legais que definem as normas para os mecanismos processuais de defesa de direitos transindividuais, existindo uma coerência nos procedimentos estabelecidos e uma racionalidade que justifica a aplicação intercambiante entre eles, como previsto no artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da Lei nº 7347 de 1985, levando a entender o sentido do princípio do microsistema do processo coletivo.

³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **EDecl no REsp nº 1.225.103- MG**, Relator Ministro Mauro Campbell Marques. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ENERGIA ELÉTRICA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ISENÇÃO. 1. Não existem vícios a serem sanados no acórdão embargado.

2. Esta Corte Superior posicionou de forma clara, adequada e suficiente acerca do entendimento deste Tribunal no sentido de que conforme a dicção do artigo 18 da Lei n. 7.347/85 - Lei da **Ação** Civil Pública, também aplicável à espécie, até mesmo porque esta lei baseou-se na Lei n. 4.717/65: "[n]as **ações** de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras **despesas**, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado custas e **despesas** processuais". Sendo assim, com razão o autor da **ação**, ora recorrente, ao manifestar-se contra o adiantamento de honorários periciais na **ação popular**. Julgado 02.02.2012, DJe 10.02.2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002096388&dt_publicacao=10/02/2012. Acesso em: 17 set. 2021.

autor da ação, ora recorrente, ao manifestar-se contra o adiantamento de honorários periciais na ação popular.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.³⁹

Também merece destaque o fato de que o não adiantamento de custas é deferido pela lei tão somente para o autor popular não sendo cabível estender ao réu. O entendimento do STJ é nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. **AÇÃO POPULAR**. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE PREPARO QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DE CUSTAS QUE SE APLICA SOMENTE PARA A PARTE AUTORA.

1. É deserto o recurso especial sem o recolhimento do preparo, consubstanciado nas custas e porte de remessa e retorno. Salvo deferimento de gratuidade de justiça, o privilégio da isenção de custas no âmbito da **ação popular** é de exclusividade do autor, não se estendendo para a parte ré. (grifo no original)⁴⁰.

A Lei nº 4.717 de 1965 estabelece, em seu artigo 6º, quem figurará como réu na ação popular. Determina que havendo terceiro que tenha se beneficiado do ato administrativo lesivo impugnado, que este também figurará obrigatoriamente do polo passivo ao lado do responsável direto pelo ato.

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 1º Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º No caso de que trata o inciso II, item "b", do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma.

§ 3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado

³⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **REsp nº 1.225.103- MG**, Recorrente Irani Vieira Barbosa, Recorrido Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG e Outros, Relator Ministro Mauro Campbell Marques. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ENERGIA ELÉTRICA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ISENÇÃO. Julgado 21.06.2011, DJe 02.08.2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002096388&dt_publicacao=02/08/2011. Acesso em: 27 set. 2021.

⁴⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **AgRg no REsp 1243317 / SC**, Agravante Carlos Rodolfo Schneider, Agravado Antônio Carlos Vieira e outros, Relator Ministro Humberto Martins, PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE PREPARO QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DE CUSTAS QUE SE APLICA SOMENTE PARA A PARTE AUTORA. Julgado 08.04.2014, DJe 14.04.2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1312604&tipo=0&nreg=201100525294&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140414&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 27 set. 2021.

do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.⁴¹

Observe-se, ainda, que a lei faculta às pessoas jurídicas de direito público ou privado optarem por atuar ao lado do autor, havendo, assim, a possibilidade de reversibilidade da posição do ente público.

A lei também possibilita o litisconsórcio facultativo entre cidadãos na ação popular.

Outro aspecto a destacar é o efeito da decisão, previsto no artigo 18 da Li nº4717 de 1965, pois em razão de estar sendo feita a defesa de um direito difuso, que é indivisível e pertencente a todos, como já anteriormente analisado, a decisão produzirá efeitos para toda a sociedade e no caso do juiz não acolher o pedido do autor por entender haver a insuficiência de provas, não haverá a produção dos efeitos da coisa julgada material, podendo, com base em nova prova, ser proposta uma nova ação popular.

Caso a sentença seja no sentido de entender pela carência de ação ou de não acolher o pedido haverá o duplo grau de jurisdição obrigatório, podendo qualquer cidadão recorrer da decisão e também o Ministério Público⁴².

Verifica-se, portanto, que o Brasil tem um arcabouço de direito material de matriz constitucional que estabelece a todos o dever de proteger o direito difuso ambiental que é direito humano fundamental estando previsto na Constituição mecanismos de defesa judicial desse direito e que leva a possibilidade de combater o arbítrio do Poder Público quando este deixa de cumprir a sua missão. Entretanto, a efetividade desse direito fundamental está longe de ser efetivado e cabe a todos não permitir retrocessos e realizar esforços para que haja uma mudança de rumos que venha a permitir o equilíbrio ambiental, a preservação da diversidade biológica e a segurança climática.

⁴¹BRASIL, Lei nº 4.717 de 1965. Regula a Ação Popular. Disponível em: L4717 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 out. 2021.

⁴²BRASIL, Lei nº 4.717 de 1965. Regula a Ação Popular. Artigo 19, § 2º. Disponível em: L4717 (planalto.gov.br). Acesso em: 16 out. 2021.

CONCLUSÃO

Os direitos humanos fundamentais são parte do núcleo essencial constitucional e a sua concretização é a premissa de um Estado que pretenda ser democrático. Se esses direitos não estiverem assegurados a barbárie se instala. Sob essa lógica, os direitos humanos fundamentais são conquistas históricas que expressam o humanismo e a proteção da dignidade humana.

A construção dos referenciais teóricos do constitucionalismo democrático no Brasil tem no legado deixado pelo Professor Paulo Bonavides uma fonte para a compreensão, interpretação e aplicação das normas constitucionais, sendo importante realçar as relevantes contribuições do constitucionalista brasileiro para refletir e buscar na força normativa da Constituição o combate às propostas que signifiquem retrocesso, uma vez que o tema dos direitos humanos há de ser pensado no esteio da progressividade.

Como bem assinalado por Bonavides e ressaltado nesse artigo, direitos fundamentais não se confundem com as garantias constitucionais, estas últimas são meios através dos quais a segurança, a defesa e a fruição desses direitos são buscadas. Nesse cenário, os remédios constitucionais são espécies de garantias e a ação popular é um importante instrumento através do qual a Constituição possibilita ao cidadão combater o arbítrio e ilícitos perpetrados quando do Poder Público emanam atos administrativos ilegais, abusivos, imorais, lesivos ao patrimônio público, cultural, ao erário, que venham a ferir a moralidade administrativa ou quando coloquem em risco o meio ambiente.

Assim, na esfera do acesso à justiça, a ação popular é um remédio constitucional através do qual o cidadão pode atuar na defesa, por exemplo, do direito difuso ambiental. Portanto, os atos ilegais e lesivos ao meio ambiente emanados dos entes políticos e dos entes da administração pública indireta podem vir a ser guerreados e anulados por decisão judicial.

No cenário atual, verifica-se que dentre os desafios da concretização dos direitos humanos fundamentais está a luta pelo acesso universal a esses direitos atrelada ao combate aos riscos de retrocessos.

Nesse sentido, refletir sobre a proteção dos direitos fundamentais além de requerer analisar a sua positivação, remete ao estudo das garantias constitucionais. Desse modo, assinala-se que embora o ordenamento constitucional brasileiro tenha previsto os meios processuais de combate ao arbítrio, os caminhos para alcançar a efetividade desses direitos não se restringem a esse viés, a concretização exige vontade política para não ceder a retrocessos, impõe assumir compromissos éticos e traz a necessidade da conscientização pública e a consequente promoção da educação para os direitos humanos. Trata-se, enfim, da defesa da dignidade humana e manutenção de conquistas humanísticas civilizatórias.

Assim, a ação popular se insere em um quadro onde estão institucionalizados meios jurídicos-processuais de combate ao arbítrio e no reconhecimento de que a democracia precisa de uma diversidade de meios que estejam ao alcance do cidadão para defender o núcleo essencial do Estado Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil. **Agência Senado**, 25.10.2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>. Acesso em: 25 out. 2021.

BASSO, Paulo. Desmatamento da Amazônia em setembro é o pior em 10 anos. **Yahoo/notícias**, 25.10.2021. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/desmatamento-da-amazonia-em-setembro-e-o-pior-em-10-anos-001141973.html>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988, artigo 5º, inciso LXXIII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL, **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 de out. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 6.938 de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL, **Lei nº 4.717 de 1965**. Regula a Ação Popular. Disponível em: [L4717 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm). Acesso em: 16 out 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário nº654833-AC**. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. Recorrente: Orleir Messias Cameli. Recorrido: Ministério Público Federal, FUNAI. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe 24.06.2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077366> . Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **Recurso Especial nº 1.644.195-SC**, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 27.04.2017, DJe 08.05.2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603262031&dt_publicacao=08/05/2017. Acesso em 17 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **AgRg no REsp 1243317 / SC** , Agravante Carlos Rodolfo Schneider, Agravado Antônio Carlos Vieira e outros, Relator Ministro Humberto Martins, PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE PREPARO QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DE CUSTAS QUE SE APLICA SOMENTE PARA A PARTE AUTORA.

julgado 08.04.2014, DJe 14.04.2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1312604&tipo=0&nreg=201100525294&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140414&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em:27 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **EDecl no REsp nº 1.225.103- MG**. Embargante: Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG e Outros. Embargado: Irani Vieira Barbosa. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ENERGIA ELÉTRICA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ISENÇÃO. Julgado 02.02.2012, DJe 10.02.2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002096388&dt_publicacao=10/02/2012Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, **REsp nº 1.225.103- MG**, Recorrente: Irani Vieira Barbosa. Recorrido: Companhia Energética de Minas Gerais CEMIG e Outros, Relator Ministro Mauro Campbell Marques. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ENERGIA ELÉTRICA.PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ISENÇÃO. Julgado 21.06.2011 , DJe 02.08.2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201002096388&dt_publicacao=02/08/2011. Acesso em: 27 set. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato, organizadores. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 57 a 130.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34^aed. São Paulo: Malheiros, 2019.

Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil. **Agência Senado**, 25.10.2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>. Acesso em: 25 out. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato, organizadores. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS JÚNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. Considerações acerca do Direito Ambiental do Mercosul. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 136, 19 nov. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4448>. Acesso em: 12 nov. 2018.

GUERRA, Isabella Franco. O Estado de Direito Ambiental e os 40 Anos da Política Nacional do Meio Ambiente. In: **Política Nacional do Meio Ambiente: 40 Anos da Lei 6938/1981**. Coordenadores: Sidney Guerra, Talden Farias, Pedro Avzaradel. Curitiba: Instituto Memória, 2021, p.42-63.

GUERRA, Isabella Franco. **Participação Pública no Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental à Luz da Teoria Dworkiana**. Orientador: Eduardo Manuel Val. Coorientadora: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. 375f. 2019. Tese (Doutorado em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo) - Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática** / José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala. 4^a. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo (organizadores). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

Acordo Ambiental no MERCOSUL. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49559>. Acesso em: 12 nov 2018. doi:<https://doi.org/10.22456/2317-8558.49559>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 6^a ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Ação Popular**. 4^a ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “A noção de poluidor na lei nº 6.930 /81 e a questão da responsabilidade civil solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In:

LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo (org). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.1-17.

Pereira, M. de P., Pereira, L. C. da S., Pereira, A. P. K., & da Costa, S. S. (2018). HARMONIZAÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL. *Revista De Ciências Humanas*, 1(1). Recuperado de <https://periodicos.ufv.br/RCH/article/view/3580>. Acesso em: 24 out. 2021.

Saneamento precário agrava crise no Brasil. **Estado de Minas**, 07.08.2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/08/07/interna_internacional,1173988/deficit-de-saneamento-basico-agrava-pandemia-no-brasil.shtml. Acesso em: 25 out. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo (org). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.230-275.

UNITED NATIONS. Regional agreement on access to information, public participation and justice in environmental matters in Latin America and the Caribbean, adopted in Escazú, Costa Rica, on 4 March 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43583/1/S1800428_en.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

CONSTITUCIONALISMO E ESTADO EM PAULO BONAVIDES

LEANDRO CORRÊA DE OLIVEIRA¹

LETÍCIA MARIA DE MAIA RESENDE²

INTRODUÇÃO

Paulo Bonavides e sua teoria ocupam um lugar de destaque no Direito Constitucional brasileiro e no estabelecimento das bases do Estado Democrático de 1988, tendo conseguido, como poucos, ser a um só tempo jurista e pensador das instituições políticas e sociais. Em razão do prestígio de seu pensamento, o presente artigo, em homenagem ao autor, busca identificar qual sua concepção de Estado e de Constituição, em cujo núcleo essencial se encontram os direitos fundamentais. Para esta investigação lança-se mão de uma metodologia analítica que faz os devidos recortes por meio da revisão bibliográfica, tomando-se como ponto de partida os escritos acerca do pós-positivismo, da democracia participativa e da teoria do Estado social.

Na primeira parte, será objeto de investigação a intencionalidade da fala “ontem os Códigos, hoje as Constituições”, retomando algumas discussões acerca do constitucionalismo do segundo pós-guerra, que pretende libertar o texto da constituição de uma hermenêutica prisioneira do historicamente dado, sem se valer de uma justificação idealista, filosófica e moral. Isso indica que a Constituição, que detém força normativa por si só, se fundamenta em motivos reais e tem capacidade de transformar a realidade segundo suas normas programáticas, em virtude de sua alta gama de princípios e direitos de cidadania.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, UNESA; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, UFPR. Professor dos cursos de graduação e mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, FDSM. Advogado. E-mail: leandro_coliveira@me.com

² Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, FDSM; pós-graduanda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC MINAS. E-mail: lemaia2003@yahoo.com.br

Em segundo momento, analisa-se o problema da eficácia das disposições constitucionais em razão da manutenção de uma (já superada) dicotomia sociedade/Estado por meio de uma *práxis* liberal pouco adequada ao constitucionalismo contemporâneo, dissociada, portanto, da pretensão de construção de uma ordem positiva e de um processo social em compasso de mudança, enquanto se compreende a Constituição como um rito de passagem.

Por fim, o artigo desvela o Estado social de Bonavides a partir da compreensão desta estrutura para concluir que o atingimento dos objetivos constitucionalmente estabelecidos, que têm potencialidade de alterar a realidade brasileira, passa por uma mudança de *práxis* da teoria constitucional, vez que política e direito não estão dissociados no texto de 1988.

1. CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: UM PROJETO (AINDA) INACABADO

O constitucionalismo português tem suas raízes na “Súplica” de Constituição feita a Napoleão Bonaparte em maio de 1808, sendo esta, assim, o primeiro documento de aspiração constitucional escrito em língua portuguesa. Enquanto isso, compreende-se que as origens do constitucionalismo brasileiro remetem ao solo da marcante Revolução Pernambucana de 1817,³ de caráter marcadamente republicano. Isso em razão tanto da “natureza do movimento, confessadamente separatista e emancipativo, quanto pelos princípios que o inspiravam, todos derivados da ideologia revolucionária solapadora das monarquias absolutas”.⁴ A Lei Orgânica da nova república, assim, seria um projeto substancial e qualitativamente superior à tal “Súplica” portuguesa, o que marca a originalidade do constitucionalismo do Brasil desde seu início.

Apesar da singularidade do constitucionalismo brasileiro, é possível dividir seu desenvolvimento, de modo geral, em três fases, com base nos valores jurídicos, políticos e ideológicos presentes na caracterização formal das instituições, as quais sofreram os efeitos

³ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000. p.159.

⁴ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000. p.160.

desse preponderante influxo.⁵ No primeiro momento, o constitucionalismo apresentou traços dos modelos inglês e francês de finais do século XIX com a clássica tripartição dos poderes e com a garantia dos direitos individuais e políticos. Em seguida, são notadas marcas do modelo norte-americano em razão da proclamação da República com seus ares de federalismo e presidencialismo. Por fim, a terceira fase, em curso nos dias hodiernos, exhibe atributos do modelo alemão de meados do século XX, quando o constitucionalismo ressalta o aspecto social até então descurado pelas Constituições anteriores.

Nessa perspectiva, “debaixo do influxo republicano e federativo da União Americana”,⁶ surge um verdadeiro constitucionalismo à brasileira que, embora tenha se levantado “sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhe os vícios e as taras”,⁷ ainda atravessa inúmeros obstáculos e caminha em busca da sua construção. Esse projeto inacabado, “fugaz, sujeito às oscilações da ideia e da realidade com as quais não logrou ainda se compatibilizar”,⁸ tem na Constituição, fruto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, sede do poder legítimo delegado pelo povo, seu maior símbolo vanguardista. Segundo Bonavides, que participou dos debates constituintes como um de seus grandes articuladores:⁹

A Constituição de 1988, ao revés do que dizem os seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais. Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço.¹⁰

A superação desse passado constitucional para arremate do projeto é tarefa a ser cumprida pelo Direito constitucional a partir de uma doutrina da efetividade, com a transposição dos aspectos formais da Constituição para o mundo vivido: o constitucionalismo de efetividade que encontra na jurisdição sua ponta de lança. De fato, o constitucionalismo nacional não detém um ponto de partida autônomo, vez que seu início se fundamentou em comoções e sucessos

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.361.

⁶ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008. p.198.

⁷ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000. p.156.

⁸ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000. p.155.

⁹ MACEDO, Dimas. O pensamento político de Paulo Bonavides. p.1-11. In *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. UniBrasil – Faculdades Integradas do Brasil. v.5, 2009. p.8.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000. p.174.

políticos da metrópole portuguesa. Assim, “o constitucionalismo tem sido a grande jornada do pensamento político e de sua criatividade institucional buscando concreção no ordenamento dos povos que se sentem vocacionados para os regimes e governos da legitimidade democrática e representativa”.¹¹

O advento do constitucionalismo social não mais permite que as relações sociais, políticas e econômicas sejam vistas a partir de uma dicotomia entre o privado e o público, competindo a este último apenas o estabelecimento das balizas de sustentação das relações livres de troca, produção e acumulação. Ao contrário, o constitucionalismo do século passado pode ser visto como um projeto que se expande para todas as relações sociais e onde os conflitos decorrentes da infraestrutura econômica podem resolver-se a partir de uma *função social* tal como se retira do inciso XXIII do art. 5 da Constituição da República e seu reflexo no artigo 421 do Código Civil.

As Constituições do século XX não representam mais a composição pacífica do que já existe, mas lidam com conteúdos políticos e com a legitimidade, em um processo contínuo de busca de realização de seus conteúdos, de compromisso aberto de renovação democrática.¹² Neste aspecto, praticamente todas as constituições democráticas posteriores do século XX, como a italiana de 1947, as espanholas de 1931 e 1978, a francesa de 1946, a argentina de 1949, a portuguesa de 1976 e as brasileiras de 1934, 1946 e 1988 incorporaram em seus textos os conflitos econômicos e sociais, tornando, por assim dizer, *formais* as contradições do capitalismo e necessária, por meio da constituição econômica, a busca por soluções constitucionalmente adequadas.

Estas constituições positivam tarefas políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos.¹³ No Brasil, tal como afirma Fábio Konder Comparato, a tarefa significa a transformação das estruturas econômicas e sociais para a superação do

¹¹ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000. p.158.

¹² BERCOVICI, Gilberto. Política Econômica e direito econômico. p.389-406. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.105, 2010. p.389.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. Política Econômica e direito econômico. p.389-406. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.105, 2010. p.389.

subdesenvolvimento.¹⁴ Deveras, “o constitucionalismo brasileiro do século XX é tão caracterizadamente republicano quanto o do século XIX [...] fora imperial”.¹⁵

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.¹⁶

A concretização destas potencialidades se dá no âmbito do dirigismo constitucional, na esteira do que Peter Lerche denominava de *linhas de direção constitucional*¹⁷ que configuram hipóteses de imposição permanente ao legislador,¹⁸ o que, diga-se de passagem, não se amolda à construção da *programaticidade* das normas constitucionais que as tornam algo suscetível ao juízo discricionário do legislador infraconstitucional, que acaba por retirar do próprio texto sua efetividade, conforme explorado adiante.

2. ONTEM OS CÓDIGOS, HOJE AS CONSTITUIÇÕES: O CONSTITUCIONALISMO DO SEGUNDO PÓS-GUERRA E A SUPERANÇA DA RACIONALIDADE JURÍDICA TRADICIONAL

O constitucionalismo contemporâneo apresenta-se como um fenômeno jurídico surgido após a segunda grande guerra e por meio do qual as Constituições não mais devem se limitar apenas ao estabelecimento das competências; da estruturação dos poderes públicos; da gestão administrativa do Estado e do asseguramento de direitos fundamentais. É crucial que o aspecto

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.353, março de 1965. p.22.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000. p.168.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.293.

¹⁷ LERCHE, Peter. Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit. 2. ed. Goldbach: Keip Verlag, 1999. p. VII, 61-62, 64-7" 86-91 e 325.

¹⁸ Também Canotilho adota a concepção de dirigismo constitucional com a diferença de que para este autor o conceito é mais amplo, abrangendo todo o texto constitucional, e não apenas uma parte. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p.224-225, 313.

social assinala o conteúdo substancial dos textos constitucionais, direcionando-os à promoção de direitos fundamentais que não mais isolam os indivíduos. O neoconstitucionalismo, nesse sentido, é compreendido como a grande inovação da segunda pós-guerra cuja aptidão vai de encontro ao comportamento dedutivista do positivismo jurídico clássico.

O Direito Constitucional vem, nas últimas décadas, passando por um grande conjunto de transformações que acabam por modificar a própria percepção de Constituição e seu significado para a interpretação do Direito em geral, que agora se diz “constitucionalizado”. Significa dizer que todos os ramos do Direito se reconstróem a partir da Constituição de modo que todo o ordenamento jurídico acaba transformado, impregnado pelas normas de uma Constituição capaz de direcionar a atividade dos diversos atores institucionais em sua aplicação e concretização, como a legislação, a jurisprudência, a doutrina e as próprias relações sociais.

A unidade do ordenamento, característica reconhecidamente essencial da estrutura e função do sistema jurídico tradicional, decorre agora da existência (pressuposta) da norma fundamental como fator de (re)validação das manifestações jurídicas, o que demanda, como consequência, em alguns casos, a superação e, em outros, a releitura de institutos ou métodos da dogmática ascética. Nessa ótica, (1) é sistema aberto já que tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais, aptas a captarem a mudança da realidade e se conformarem às concepções variáveis de verdade e justiça; (2) é sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; e (3) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios quanto sob sua forma de regras.

Os princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todo o Direito infraconstitucional, revelando a aproximação entre constitucionalismo (e a força normativa da Constituição) e democracia. As relações jurídicas passam a ser, portanto, porosas às construções do direito público e do Estado social, transitando agora por uma outra racionalidade, que tem em seu centro a pessoa em sua dimensão existencial e coexistencial. A Constituição, como vértice do sistema jurídico, não mais se contenta em estabelecer as bases da política, mas, dotada de força normativa, condiciona a própria política ao direito, tornando-se a fonte legitimadora da legislação infraconstitucional. Esta força normativa é hoje condição de possibilidade da existência de um ordenamento jurídico que se pauta pela democracia.

Tratar a Constituição exclusivamente como lei é de todo impossível. Constituição é lei, sim, mas é sobretudo *direito*, tal como a reconhece a teoria material da Constituição. Compreendê-la como direito, e não apenas como lei, ao revés, portanto, do que fazia o positivismo legalista, significa, enfim, desatá-la dos laços silogísticos e dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor *princípial*, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade.¹⁹

Este estado de coisas reintroduz a razão prática no mundo do Direito. O assentamento constitucional, nessa perspectiva, vincula tanto a atividade legiferante (que não pode conceber normas que vão de encontro do ordenamento jurídico) quanto a interpretação da legislação vigente (que não pode ser aplicada, ou interpretada, de maneira dissonante das normas constitucionais). A normativa constitucional insere-se, destarte, no corpo do Direito como elemento de controle e vinculação, seja impedindo o desbordamento, nas relações jurídicas privadas, dos imperativos constitucionais, seja dotando de operabilidade prática tais imperativos, nos casos concretos, seja vinculando a relação Estado-cidadão à perspectiva dos direitos fundamentais, não numa ótica individual e egoísta, mas comunitária e solidária.

Esta nova ótica traz uma importante inversão do alvo de preocupações se comparada como o Direito dogmático tradicional, na medida em que a racionalidade ligada à apropriação e circulação de bens dá lugar à dignidade da pessoa humana em todas as suas variáveis. O eixo fundante do privado sofre, destarte, severo golpe, já que o redirecionamento do patrimônio à pessoa implica uma ruptura: de um método e de uma ideologia, que tinham no Código Civil, a um só tempo, o vértice do ordenamento e o mecanismo assegurador da liberdade e da igualdade (formais, notadamente). Ou como afirmou Paulo Bonavides: ontem os códigos, hoje as Constituições.

3. JURISDIÇÃO E CONSTITUIÇÃO

É inegável que o Direito Constitucional detém hoje um *status* que não tinha no passado. Depois do segundo pós-guerra os textos constitucionais ganharam força normativa de Konrad Hesse justificando a representação piramidal do modelo kelseniano e as bem sucedidas teorias

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.597.

da decisão que têm a Constituição como o *alfa* e o *ômega* do ordenamento jurídico que se assenta em princípios, os quais, nas lições de Dworkin, devem ser levados a sério. Contudo, há um descompasso, ou ao menos um mal entendido, que exsurge da noção de que cumpre ao Poder Judiciário, com exclusividade, o protagonismo na verbalização da vontade da Constituição na medida em que acaba por permitir que seu sentido seja somente o que os tribunais dizem que é, tornando opaca a necessária constitucionalização do Estado, tarefa precípua das instituições majoritárias.

Não se pretende atribuir responsabilidade do estado de coisas à jurisdição, mas identificar no sintoma da judicialização das decisões políticas o quanto ainda temos que caminhar para que a Constituição passe a *constituir-ação* da forma política, o que, na perspectiva deste artigo, se realiza na efetivação da Constituição política e econômica, rejeitando-se a empoeirada noção das normas *meramente* programáticas conforme a também ultrapassada *teoria brasileira da efetividade* de José Afonso da Silva (que interpretou a aplicabilidade das normas constitucionais em *eficácia plena*, *eficácia contida* e *eficácia limitada*).

Em seu *Curso de Direito Constitucional*, Paulo Bonavides se mostra muito empolgado com a teoria da ponderação de Robert Alexy, apontado como autor de obras fundamentais que aprofundaram as críticas aos arestos constitucionais e, dessa maneira, tornaram evidente a importância dos direitos fundamentais. Uma vez que Alexy defende que tais direitos fundamentais têm caráter de princípio, a própria Constituição, composta por um sistema de valores positivados e incorporados pelas instituições do direito público e privado, também se eleva à categoria de princípio. O problema aparece, no entanto, no tocante à efetividade, isto é, surge no momento em que esses valores são ordenados hierarquicamente e aplicados na solução dos casos jurídicos concretos a fim de que produzam efeitos.²⁰

A tese de Alexy, que resolve o conflito de regras na dimensão da validade e a colisão de princípios na dimensão do valor, diferenciando as normas em princípios e regras a depender do nível em que se fundamentam, sendo este deontológico ou axiológico, é vista por Bonavides como uma teoria que “serve para a solução de problemas que envolvem colisão de direitos fundamentais, mútuo entrelaçamento interferencial desses direitos e determinação de seus

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.642.

limites”, e que, ainda, abre caminho para “uma compreensão profunda do caráter sistêmico e unitário da ordem constitucional bem como da globalidade dos direitos fundamentais, legitimando-lhes a superioridade normativa”.²¹

Porém, apesar do prestígio da teoria que desenvolve com muito rigor científico e acuidade “os elementos capitais que compõem a construção sistêmica-axiológica, retirados de reflexões e observações críticas feitas ao redor da realidade jurídica”,²² Bonavides dissente de Alexy ao concluir que este acabou por não atribuir um caráter constitucional de unidade à construção mencionada. Desse modo, compreende Bonavides que a teoria de direitos fundamentais elaborada pelo jurista alemão tende a converter-se em uma teoria alternativa mais satisfatória que as precedentes, mas, por dispensar o sentido de unidade e generalidade, ainda incapaz de solucionar o problema da efetividade.

Diante do modelo distributivista que é o Estado social contemporâneo, é necessário que a Constituição-lei se adeque à Constituição-realidade de modo que não se produza uma grande deformidade entre a estabilidade ingressa nos textos e as garantias concretas que apontam para a liberdade no meio social e econômico onde se perfaz.²³ Por esta razão é que Bonavides afirma ser tarefa medular o cumprimento da Constituição após o reconhecimento de sua legitimidade, compreendendo-se como um texto constitucional carente de legitimidade, nessa perspectiva, aquele desatualizado com a sociedade por colidir com os imperativos da ordem social, política e econômica. Logo, não se pode mais admitir a doutrina do velho e clássico liberalismo que se destina a uma Constituição ilegítima, “Constituição do texto e não da realidade, da forma e não do Direito”.²⁴

Nessa conjuntura ergue-se a particular situação das normas constitucionais programáticas, que, em rigor, vinculam comportamentos públicos futuros ao adotarem como conteúdo princípios implícitos do ordenamento jurídico e enunciarem programas políticos²⁵ e,

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.642.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.646.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.185.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.186.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.246.

justamente por isso, têm sua efetividade e juridicidade intensamente contestada. Para Bonavides, todavia, tal questão já está resolvida, posto que considera que “as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete”.²⁶ Essa programaticidade não pode ser reduzida a um mero devaneio teórico bem intencionado.

Neste ponto é evidente que não há dissociação entre os institutos do direito e da política, uma vez tais normas de eficácia complexa têm os efeitos sociais consumados a partir de fatores eminentemente políticos,²⁷ o que demonstra estarem essas essências intrincadas. Isso indica, ainda, que devido à provável vagueza do texto constitucional, que amiúde fundamenta a abstenção de seus intérpretes, a matéria juridicizada da norma programática, “a que melhor reflete o conteúdo profundo dos valores em circulação e mudança na sociedade, sendo por isso mesmo aquela cujo caráter técnico-jurídico mais fraco e impreciso se mostra”,²⁸ atinge sua eficácia social por meio de decisões de cunho político capazes de tocar as estruturas culturais, sociais e econômicas subjacentes à Constituição. As circunstâncias acarretam, desse modo, uma reconciliação entre Estado e sociedade, caindo por terra a dicotomia do liberalismo.

Com isso, Bonavides entende que o problema da (in)efetividade da Constituição se resolve por meio de uma interpretação sistêmica desta, em razão, inclusive, de ser o princípio da unidade da Constituição o de maior preponderância. Assim, para que os direitos fundamentais se tornem de fato efetivos, é preciso inclinar-se a uma hermenêutica que elimine contradições ao prezar pela compatibilidade e afiançar a unidade do sistema.²⁹ Portanto, que se aposte na força normativa que advém do próprio texto constitucional, sendo este compreendido sistematicamente em toda a sua unicidade, não fechando os olhos, ainda, para os fatores econômicos decisivos à concretização dos direitos fundamentais.

Com efeito, um modelo político e jurídico fundado em palavras tão poderosas como a dos artigos 1 e 3 da Constituição da República Federativa do Brasil não permite que sua prática

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.250.

²⁷ SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional). p.5-14. In *Revista de Informação Legislativa*. a.37, n.147, Brasília, 2000. p.9.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.245.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.610.

ainda esteja atrelada a um liberalismo arcaico, que *ainda* se assenta na dicotomia entre o público e o privado, o que talvez se dê mais por conveniências de classes do que por um apego ao fundamento jusfilosófico que lhe serviu de estrutura na consolidação do poder político da burguesia oitocentista. O aumento do distanciamento social entre ricos e pobres no Brasil; a violência e a baixa efetividade de nosso modelo social de direito são provas disso.

Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam.³⁰

Isso indica que o constitucionalismo brasileiro, apesar de seus inegáveis avanços, ainda não abandonou sua visão privatista, de modo que os dispositivos das assim chamadas constituições econômica, financeira, tributária e política, essencialmente vinculadas às opções das instâncias majoritárias, ainda não atingiram o *hoje* de Bonavides. O novo ainda não substituiu o velho, da mesma forma que o Estado *ainda* não assumiu seu protagonismo no compromisso estabelecido pela sociedade brasileira com o texto constitucional dirigente e compromissório de 1988.

A estruturação das dimensões administrativas e jurídicas do Estado, compreendidas em termos que não sejam tecnicamente neutras, mas sim consoante formas de direito público, é necessária. Isso se justifica sob o propósito de que as formas jurídicas se voltem às relações políticas, nas quais os bens necessários à vida podem ser fruídos pela maior parcela de cidadãos do Estado.³¹ Entretanto, essa correspondência entre jurídico e político deve se ater aos papéis e atribuições de cada esfera para que não haja prevalência de uma sobre a outra, o que causaria uma “politização exagerada da justiça constitucional”,³² como a percebida no país ultimamente.

Em razão da atual época constitucional dos direitos fundamentais, que substituiu a da separação dos poderes,³³ é manifesto que a legitimidade do texto constitucional se confunde à

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.615.

³¹ BERCOVICI, Gilberto. O Estado Desenvolvimentista e seus Impasses: Uma Análise do Caso Brasileiro. In *Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra*, número XLVII, p. 149-180.

³² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.141.

³³ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.127.

legitimidade dos magistrados e seus respectivos tribunais. E isso não é de agora. É, sim, fruto de um processo desencadeado há tempo e sinalizado de maneira definitiva com a Constituição anunciada em outubro de 1988 e então vigente, ao inclinar o Brasil ao sistema misto de fiscalização de constitucionalidade, “combinando, assim, o sistema difuso, introduzido ao alvorecer da primeira República proclamada em 1889, com o sistema concentrado, que, na presente República constitucional, tende a se tornar preponderante, ao passo que provoca a crise de legitimidade”.³⁴

Desde então, o equilíbrio entre os poderes vem sendo ferido. Segundo Bonavides, o Executivo acumulou competência suficiente para constituir-se o maior dos legisladores por meio de Medidas Provisórias, política governativa que introduz no Brasil um fenômeno normativo nada estável, em razão de sua peculiar provisoriedade. A preferência por tais medidas em detrimento dos artigos da Constituição³⁵ gera impactos na lenta, mas segura, substituição do Estado liberal pelo Estado social, plural e de todas as classes, uma vez que a ordem jurídica e o regime em si sofrem com um decisionismo refratário que desarticula o Estado de Direito, desafia a independência dos tribunais e atenta contra a essência republicana e federativa do sistema.³⁶

Ademais, ao Judiciário atribuiu-se a tarefa de guardar a Constituição, no entanto, cada vez mais, constata-se perda de legitimidade e juridicidade desta em virtude do comportamento de seu Excelso Tribunal, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, que “por escrúpulo de envolvimento em questões políticas, às vezes de mantém reservado e arredo desertando não raro a causa constitucional e se dobrando involuntariamente a interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo”.³⁷

Tal proceder se justifica pelo fato de o órgão de cúpula do Judiciário, encarregado de exercer o controle de constitucionalidade, ser composto por 11 Ministros, os quais são, sem exceção, indicados e nomeados por quem ocupa o maior cargo do Executivo, o Presidente da República. Assim sendo, há grande tendência de a imparcialidade da magistratura

³⁴ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.129.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.688.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.11.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.138.

constitucional brasileira ser demasiadamente comprometida, o que impacta o sistema por completo, tocado por desconfiança, enfermidade e crise.

Diante desse contexto, e em prol da defesa dos direitos fundamentais consoante a vigente fase constitucional, a justiça constitucional é atingida por uma politização exagerada, fazendo da Constituição um texto desfalecido, não mais vinculado às ideias dos constituintes originários, senão às decisões tomadas pelos juízes.³⁸ Contudo, é necessário resgatar-se a noção de que a Constituição tem valor, de acordo com Hesse, e que não pode ser vista simplesmente como um folha de papel, conforme ensinamentos de Ferdinand Lassale. Nessa perspectiva, Paulo Bonavides compreende que à Constituição cabe o papel de ordenadora, inspiradora e diretora de todo o ordenamento jurídico, uma vez que designada como a sede da soberania e dos princípios que regem o Estado.

Há, em rigor, duas Constituições paralelas: uma formal, outra jurisprudencial; a segunda, direito positivo concretizado, mais eficaz que a primeira porquanto sendo norma viva, solve os litígios constitucionais. E ao solvê-los, o Tribunal Constitucional mostra-se então fiador do Estado de Direito. Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno.³⁹

O nominalismo constitucional, existente *ainda* hoje, deve ser combatido em defesa da efetividade das normas estipuladas no texto constitucional que têm capacidade para transformar a realidade, desde que sejam cumpridas, levando-se em conta tanto o sistema de unidade da Constituição, quanto os fatores econômicos objetivos e reais decisivos para sua concretização.⁴⁰ Isso indica que aos tribunais, os principais intérpretes da atualidade, não se deve impor a tarefa de fazer uma leitura política, mas sim uma leitura jurídico-interpretativa da Constituição de forma que a efetividade de seu texto seja garantida.

Fato é que “a democracia participativa nos países periféricos, designadamente o Brasil, tem um papel de destaque se puder abrir a porta para o futuro com a proposta de um novo modelo de legitimidade”.⁴¹ Nesse sentido, criou-se a ideia de que o grau de legitimidade será

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.141.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.141.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.659.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.132.

maior quanto mais próximo das camadas populares o magistrado, vinculado ao direito constitucional, posicionar-se. Daí a origem do problema vivenciado no hoje dos *ainda* Códigos.

Ao criar a norma do caso concreto, o juiz ordinário legisla na sentença por raciocínios hermenêuticos. Com o advento do juiz constitucional, dos tribunais da Constituição, isto é, com a jurisdição constitucional se alargando, o juiz “legislador” assume cada vez mais nas estruturas judiciais contemporâneas o lugar do antigo juiz “servo” de lei e do juiz “intérprete” de textos.⁴²

O magistrado, assim, agiria como uma espécie de impulsionador de transformações sociais, e não como o protagonista que vem sendo até então, com fins de que as instituições políticas sejam recuperadas e, mais que isso, a crença nessas instituições. É necessário restabelecer o vínculo do juiz com o texto constitucional, uma vez que a legitimidade dos tribunais constitucionais nada mais é que a legitimidade da própria Constituição. Isso indica que preservar princípios “é dever da magistratura constitucional; a nação tem, portanto, legitimação para provocar-lhe intervenção reparadora. Legitimação tácita. Não está na letra do texto normativo, mas no espírito da Constituição, onde se aloja, em esfera superlativa, que é a dos princípios”.⁴³

4. O ESTADO SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO EM PAULO BONAVIDES

Paulo Bonavides acredita ser o Estado social a única alternativa flexível para o desenvolvimento da democracia nos países ocidentais, isso porque com ele há possibilidade de se criar uma ordem econômica e social verdadeiramente pluralista. Fruto de uma revolução que se irrompeu de modo silencioso e irreprimível em meados do século XX, o Estado social advém de uma “revolução pluralista, democrática, que não derrama sangue nem acende labaredas, inspirada menos na referência indivíduo do que no valor pessoa humana”.⁴⁴

Desse modo, imputa-se ao Estado Social, que possui diversas versões (Estado social conservador fundado em normas programáticas; Estado social do pluralismo democrático;

⁴² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.131.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.143.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.380.

Estado social como instrumento substitutivo e transformador),⁴⁵ o melhor e superior projeto destinado a firmar o compromisso de um pacto econômico, político e social. Pacto este, portanto, com que “se pretende resguardar e ao mesmo tempo aperfeiçoar a opção jurídico-constitucional em proveito de uma ordem econômica e social mais justa e mais humana”.⁴⁶

Estado social, por derradeiro, é a identidade da nação mesma, expressa por um constitucionalismo de libertação, por um igualitarismo de democratização e por um judicialismo de salvaguarda dos direitos fundamentais. Em outras palavras, Estado social é na substância a democracia participativa que sobe ao poder para executar um programa de justiça, liberdade e segurança.⁴⁷

Bonavides, como jurista e cientista político ímpar do caminhar constitucional brasileiro, sempre apostou suas fichas na lei e na Constituição como mecanismo de efetivo exercício democrático. Assim, preocupado com as garantias conquistadas e com as melhores condições de vida propiciadas à sociedade brasileira, assumiu ser finalidade do texto constitucional a transformação da realidade nacional, de modo que, como poucos, compreendeu a essência da força normativa das Constituições.

Insta ressaltar que a implantação de um Estado social deveras comprometido com os valores e princípios expostos no projeto constitucional firmado nos países periféricos é complicada. E no Brasil ainda mais. “Basta a esse respeito ligeira reflexão acerca das comoções do presidencialismo, aquelas que acompanham de perto a sorte desse gênero de Estado [...] que agora afetam instituições e destroçam regimes”.⁴⁸ No entanto, é preciso acreditar na potencialidade de tal modelo estatal, que perfilhado à participação democrática e às instituições políticas, tem aptidão para dar real efetividade às prerrogativas constitucionalmente previstas, afinal, “o Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais”.⁴⁹

O modelo liberal clássico do ente estatal, surgido no contexto de oposição ao Estado absolutista em meados do século XVIII com as Constituições clássicas, também chamadas de *defensivas*, resta superado. A partir da concepção de uma nova dimensão de direitos fundamentais e econômicos, com o dever de prestação positiva atribuído ao Estado, este

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.384-388.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.381.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.11.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.9.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.378.

incorpora a forma social. Nesse cenário, são exemplos as Constituições Mexicana de 1917, de Weimar de 1919 e a do Brasil de 1934, a qual não excluiu a finalidade da constituição *garantia* ou *defensiva*, mas foi além ao retratar um Estado intervencionista, disciplinando, assim, a ordem social, econômica e os direitos fundamentais.

Em virtude do reconhecimento de ser tarefa do Estado a prestação dos serviços referentes aos direitos de segunda geração ou dimensão, resta evidente o aumento das atribuições estatais. E tal modelo se mantém, uma vez que o Estado Democrático de Direito, característico do constitucionalismo contemporâneo, tem primazia perante as versões existentes do Estado Social⁵⁰ e, por isso, preocupa-se tanto com as primeira e segunda dimensões, quanto com as novas, posto que se trata de um processo qualitativo e cumulativo. Nesse sentido, também configuram preocupação estatal os direitos coletivos e difusos que compõem a terceira dimensão, como meio ambiente; e aqueles de quarta dimensão que envolvem questões cibernéticas e que, para Bonavides, são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. O jurista compreende ainda ser de quinta dimensão o direito à paz.

Desse modo, ao afirmar que não há meio de se buscar as liberdades e a dignidade humana sem democracia, uma vez que “os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”,⁵¹ Bonavides acredita ter sido o século XIX do legislador e o XX do juiz, sendo o XXI do cidadão.

O Direito Constitucional passa por uma de suas fases mais delicadas, mormente em países periféricos, onde a concretização simultânea dos direitos fundamentais de três gerações consecutivas, cuja normatividade e conceituação não se acha ainda bem definida, faz a lei flutuar como centro nervoso de uma aplicabilidade que nem sempre satisfaz às exigências da consciência social e jurídica. De tal sorte que o controle de constitucionalidade há de radicar na lei ou “sobre a lei”, mas a lei assentada sobre princípios, porquanto, se não for assim, não haverá justiça social.⁵²

Do excerto percebe-se que o Judiciário há de ser importante, mas não deve assumir o protagonismo quanto ao ditar o Direito. As decisões do Judiciário não são dotadas de mais poder ou competência que as demais instituições do Executivo e do Legislativo. Isso aponta para a necessidade de se desmistificar a confiança cega que se deposita nos magistrados brasileiros. A Constituição tem força normativa e é dela que advém a luz que ilumina todo o

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.16.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.572.

⁵² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.127.

sistema normativo-jurídico-político do Brasil. Portanto, que se deixe a Constituição *constituir-a-ação* e transformar efetivamente a realidade brasileira.

Nessa perspectiva é coerente afirmar que “a crise do Judiciário brasileiro tem sido assim em grande parte a crise do Supremo, como instituição que é a cabeça desse Poder; crise, portanto, de um Tribunal não raro contraposto ao espírito da Constituição e de suas fórmulas principiológicas”.⁵³ Isso ocasiona um Tribunal politizado ao excesso que serve de obstáculo da democracia participativa estabelecida e definida pela Constituição, a qual delineou o Brasil como um verdadeiro Estado Democrático de Direito, com objetivos socializantes que pretendem melhorar as condições de vida de seus nacionais, além de “valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”.⁵⁴

Sem embargo, é bem verdade que o Estado brasileiro já apresenta traços sociais há tempos. Aliás, Estado este que despontou sob a forma de reino unido com o abandono da condição colonial.⁵⁵ Seus atributos sociais foram inaugurados quando, na segunda metade do século XIX, no Brasil entrara “a gravitar ao redor de causas nacionais, como a da abolição, de cunho social; ou as da federação e da república, de caráter institucional. Todas debaixo dos elementos [...] capacitados a abrir o canal de comunicação da sociedade e do Estado com o corpo político da cidadania em gestação”.⁵⁶ Diante disso, compreende-se que o Estado social brasileiro nasceu ainda no Império, e não durante a República. Bonavides afirma que:

A Constituição outorgada em 1824 por Dom Pedro I trazia por igual o germe das regras sociais no art. 179, afirmando que a Constituição também garante os socorros públicos, que a instrução primária é gratuita, que em colégios e universidades serão ensinados os elementos das ciências, belas-letas e artes. A profecia do Estado social do porvir parecia estar posta. [...] Aliás, desde 1934 se intenta edificá-lo, em bases constitucionais, mas em ritmo tão vagaroso que parece ter analogia com a lentidão do cristianismo quando erguia no Ocidente as suas catedrais.⁵⁷

Nesse sentido, compreende-se que o “Estado social, de bases nacionais, busca sob a égide do Estado de direito exercitar um poder democrático, aberto, pluralista e idôneo para

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004. p.138.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.371.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008. p.198.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008. p.200.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008. p.200.

conter os efeitos funestos e devastadores das crises de governabilidade”.⁵⁸ Destarte, mediante o lançar das sementes sociais na história do constitucionalismo brasileiro, depreende-se que essa ideia de Estado social e também a concepção de *nação*, que “representa a luta pelo Estado da cidadania livre, democrática e participativa, garantindo a paz, distribuindo justiça, conciliando classes, protegendo categorias do corpo social”,⁵⁹ foram unificadas na tradição brasileira com o despertar da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

A Constituição, inclusive, acabou por dar estabilidade ao regime constitucional do país, posto que serve como uma Carta de princípios normativos, os quais orientam o caminhar das instituições e dos Poderes. Acredita-se ser esta a única via destinada à plenitude constitucional, cenário em que se alcança “o tão almejado Estado social da justiça, da legitimidade e da democracia participativa, sob a égide, por conseguinte, da nação soberana, do povo livre e da cidadania atuante”.⁶⁰

Contém o texto constitucional uma dimensão emancipadora; não é somente a garantia, ou a coagulação das conquistas políticas, sociais e econômicas. É um verdadeiro *programa para o futuro* ao fornecer o substrato jurídico para a mudança social. Não foi à toa que o constituinte estabeleceu no artigo 3 *cláusulas transformadoras* que, segundo Pablo Lucas Verdú⁶¹ explicita o contraste entre a realidade social injusta e as pretensões de transformação. São normas definidoras dos fins do Estado e permitem uma compreensão dinâmica da Constituição para o futuro.

Para Eros Grau são *normas-fim* que indicam os objetivos a serem perseguidos por todos os meios legais disponíveis para edificar uma nova sociedade, distinta da existente no momento da elaboração do texto constitucional.⁶² O Estado, a partir desta construção, passa a ser o elemento central de uma vontade política determinante que pretende que o projeto

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008. p.202.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008. p.196.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008. p.205.

⁶¹ VERDÚ, Pablo Lucas. *Estimativa y política constitucionales*. (Los Valores y los Principios Rectores dei Ordenamiento Constitucional Espanoty. Madrid: Sección de Publicaciones - Facultad de Derecho (Universidad Complutense de Madrid), 1984. p. 190-198.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoria de la Constitución como Ciência Cultural*. 2.ed. Madrid: Editorial Dykinson,1998. p.50-54.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.130-153.

emancipatório seja posto em andamento. É, assim, entendido como um ente que persegue fins e dispõe de meios escassos suscetíveis de usos alternativos para tanto. Ainda, compreende-se o essencial papel do Estado enquanto agente de coordenação dos meios econômicos para o atendimento dos objetivos constitucionalmente estatuídos, e percebe-se que a economia, a política e o direito⁶³ estão associados.

Portanto, há uma dinâmica nessas relações historicamente constituídas e que se inter-relacionam de forma sistêmica. Desse modo, o jurista pós-positivista constata que os laços indissolúveis criados entre os poderes estatais e os direitos fundamentais “perfazem o espírito de unidade, de sistema e de coesão institucional que [...] deve inspirar e guiar e governar o Estado do Direito sob a égide do contrato social, da constituição aberta, da democracia participativa e do Estado Social”.⁶⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paulo Bonavides parte do pressuposto de que a reconstrução da extensão de todo o direito procede de uma leitura interpretativa vinculada aos preceitos constitucionais, em especial aos direitos fundamentais, os quais se aproximam dos anseios de dignidade e participação. Diante disso, corrobora-se ser o texto constitucional a sede dos direitos fundamentais, devendo, portanto, ser defendido sem cessar. Ainda porque defender a Constituição significa também defender seu conteúdo substancialmente plural e, sobretudo, acreditar em sua verdade normativa, expressa a partir da força de seu próprio texto.

No entanto, o projeto constitucional brasileiro de 1988 ainda não se efetivou. As normas programáticas que marcam o constitucionalismo contemporâneo do país, assim como seus direitos fundamentais de cinco gerações, ainda estão no plano formal, e não material. E a situação se acentua quando se observa o papel exercido pelos tribunais, repletos de magistrados

⁶³ BERCOVICI, Gilberto. Política Econômica e direito econômico. p.389-406. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.105, 2010. p.389.

GRAU, Eros. *Direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44-59.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.5.

de imparcialidade ferida, que retiram parte da legitimidade do texto constitucional com suas decisões altamente politizadas. Exemplo disso dá-se com a atuação do Supremo Tribunal Federal, que desmantela instituições e a crença da competência destas.

Conclui-se, portanto, que o programa para o futuro brasileiro estatuído em 1988 e ainda inacabado somente será passível de arremate a partir do apego ao seu substrato jurídico, que se revela suficiente para a mudança social. Acreditar no potencial da Constituição como sede de princípios e direitos fundamentais se faz necessário, até mesmo para que o Judiciário deixe o papel de protagonista que vem exercendo, cuja imparcialidade é atingida por uma politização exagerada, o que afeta o sistema como um todo. Deve-se, ainda, insistir no modelo brasileiro do Estado social como a alternativa mais adequada ao desenvolvimento da democracia, uma vez que propala um projeto destinado a beneficiar toda a população ao firmar um compromisso múltiplo: econômico, político e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. O Estado Desenvolvimentista e seus Impasses: Uma Análise do Caso Brasileiro. In *Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra*, número XLVII.

BERCOVICI, Gilberto. Política Econômica e direito econômico. p.389-406. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v.105, 2010.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. p.155-176. In *Estudos Avançados*. v. 40, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). p.127-150. In *Estudos Avançados*. v. 51, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. p.195-206. In *Estudos Avançados*. v. 62, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.353, março de 1965.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros. *Direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LERCHE, Peter. Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit. 2. ed. Goldbach: Keip Verlag, 1999. p. VII, 61-62, 64-7" 86-91 e 325.

MACEDO, Dimas. O pensamento político de Paulo Bonavides. p.1-11. In *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. UniBrasil – Faculdades Integradas do Brasil. v.5, 2009.

SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional). p.5-14. In *Revista de Informação Legislativa*. a.37, n.147, Brasília, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Estimativa y política constitucionales*. (Los Valores y los Principios Rectores del Ordenamiento Constitucional Espanol). Madrid: Sección de Publicaciones - Facultad de Derecho (Universidad Complutense de Madrid), 1984.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoria de la Constitución como Ciência Cultural*. 2.ed. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.

APONTAMENTOS SOBRE O *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL* DE PAULO BONAVIDES: UMA OBRA BASILAR

LENIO LUIZ STRECK¹

FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA²

1) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em meio à profusão editorial, uma larga oferta de *Manuais* ou *Cursos*, em meio à publicação de *resumos*, *esquematizações* e *descomplicações* do Direito Constitucional, distingue-se o *Curso de Direito Constitucional*, de Paulo Bonavides, uma obra precursora, que antecipou, conferindo parâmetros, produções e debates da academia nacional, que apresentou autores estrangeiros e os trabalhou com a atenção voltada para a circunstância fática e normativa brasileira.

Paulo Bonavides não *resumiu*, não *esquematizou* e nem *descomplicou* o Direito Constitucional. A complexidade do Direito Constitucional foi assim tratada pelo autor. E, assim, valorizou a matéria. O *Curso*, de Bonavides, não é mais do mesmo. É uma obra doutrinária; que analisa e elabora teoria; que enuncia as fontes; que tem o condão de angariar adesão pelo convencimento, pela força dos argumentos. E, neste passo, o inventário das publicações com este caráter mostra que, até alguns anos atrás, o livro ocupava um lugar único, um perfil consideravelmente diferente dos demais. E, sublinhe-se, o seu conteúdo não está circunscrito à graduação, integrando bibliografia de mestrado, doutorado e de produções de maior envergadura, o que é esperável diante da qualidade da obra.

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor do PPGD da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS).

² Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

O *Curso de Direito Constitucional*, que teve, com este título, a primeira edição em 1993, é sucessor do *Direito Constitucional*, que data de 1982, tendo sido, então, publicado, em continuação, como quarta edição. Em 2020, a obra alcançava a trigésima quinta edição. Autor de uma vasta literatura, Bonavides, por meio deste e de outros livros, foi professor de gerações por todo o país, reuniu muito mais alunos do que aqueles que frequentaram as suas aulas na Universidade Federal do Ceará (UFC).

Este artigo colaciona notas sobre o *Curso de Direito Constitucional*, com as quais busca salientar a importância da obra, o seu protagonismo. Não é uma análise global ou sistemática do livro e sim recortes que, sem prejuízo, servem para a compreensão do pensamento de Paulo Bonavides.

2) A TEORIA FORMAL E A TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

Paulo Bonavides mapeia a Teoria da Constituição por meio de uma divisão em duas vertentes, sem prejuízo das variações existentes em cada uma delas, a Teoria Formal e a Teoria Material da Constituição. Aponta, então, a filiação positivista da Teoria Formal ao retirar ou minimizar a substância da compreensão da Constituição, uma percepção “de cunho neutral e apolítico”, uma *Constituição em branco*.³ Entre Kelsen e Carl Schmitt, com o seu antiformalismo decisionista (“uma legitimação dissimulada do Estado absoluto e totalitário”), Bonavides não se alinha a qualquer deles.⁴

Questão capital, sublinhada pelo autor, é que o texto constitucional pode ser palco de disputa entre a Teoria Formal e a Teoria Material. Isto é: a definição de uma das duas teorias, como teoria da Constituição constitucionalmente adequada, pode não ser uma consequência evidente do texto normativo. E sim objeto de concorrência doutrinária a respeito do que é a Constituição, ou seja, um debate ou uma controvérsia hermenêutica, uma análise que coteja o texto normativo e a ambiência fática. Neste passo, Bonavides louva a Teoria Material da

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 148 e p. 151, respectivamente.

⁴ Ob. cit., p. 154.

Constituição dos Estados Unidos da América.⁵ Entre *interpretativistas* e *não-interpretativistas*, embora as nomenclaturas lá empregadas não sejam elucidativas, o constitucionalista está no segundo grupo. Entre John Hart Ely e Ronald Dworkin, Bonavides estaria com o segundo.

Afinal, com Dworkin, reforça-se a concepção segundo a qual a Constituição e seus princípios, assim como a atuação do Poder Judiciário, são elementos contramajoritários que estabelecem os contornos da própria democracia. Na famosa expressão do norte-americano, os direitos são “trunfos sobre a vontade da maioria”⁶. Tal afirmação só faria sentido, pois, se considerarmos princípios como normas vinculantes, e não meras intenções legislativas. O caráter substancial e deontológico dos princípios é, portanto, incompatível com o ativismo judicial, embora pressuponha a judicialização da política.

Este fenômeno, a judicialização da política, se dá na medida em que o próprio Direito se apresenta como condição de possibilidade para a deliberação e efetivação de políticas públicas (eis a distinção dworkiniana entre *principles* e *policies*⁷). Como dito em *Verdade e consenso*, “a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade própria da Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito”⁸. Esta também é a abordagem de Bonavides, que justifica a tese substancialista e a judicialização da política – se assim se quiser denominar o fenômeno da concretização de direitos fundamentais-sociais pela via judicial – em países em que haja um acentuado grau de inefetividade da Constituição⁹.

Bonavides relaciona a Teoria Material com o Estado Social, o modelo constitucionalmente desenhado, e a junção, também neste passo, entre legalidade e legitimidade.¹⁰ O ganho de força normativa da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais (“a essência mesma das Constituições”), exige uma concepção substantiva da constitucionalidade a conformar e impulsionar a operacionalização do Estado Providência.

⁵ Ob. cit., p. 83-85. “A Constituição material americana é, com efeito, muito mais rica, extensa e fecunda que a Constituição formal, inconcebível e ininteligível sem aquela, a que serve de moldura ou quadro.” P. 84.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 82.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pp. 9 e 10.

¹⁰ Ob. cit., p. 4 e 7, por ex.

Assim, a atuação do judiciário é valorada e valorizada, sem descambar em um *governo dos juízes*. A Constituição de 1988 não é uma Constituição Neutra, não se restringe a ser um código de procedimentos, é uma Constituição Material. O fato de ser uma Constituição Compromissória não significa uma diluição de conteúdo, não traduz uma formalização. O *constitucionalismo social*, defendido por Paulo Bonavides, está atrelado à Teoria Material da Constituição. Ou, se quisermos, a uma Constituição Dirigente e compromissória.¹¹

3) A TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Paulo Bonavides chama a atenção para uma estabilidade político-jurídica das Constituições Liberais e das Constituições Socialistas, pois ancoradas em pautas ideológicas bem definidas e hegemônicas, frutos de movimentos revolucionários ou de tensionamento.¹² Já as Constituições Sociais, firmadas a partir de um compromisso não tão consolidado, em busca de um ponto de equilíbrio, em permanente disputa, uma vez que, em alguma medida, são a aspiração por uma solução conciliatória entre as duas vertentes em concorrência (expressão da chamada *teoria da convergência dos sistemas*),¹³ conhecem a “crise do conceito jurídico de Constituição”.¹⁴ Daí inclusive o drama das normas programáticas.

A problemática diz respeito à classificação das normas constitucionais em definidoras de direitos e programáticas. Tipologia, portanto, segundo a qual não são extraíveis direitos das normas programáticas, ao menos não em feição positiva, embora mesmo direitos em feição negativa sejam postos em dúvida ou com eficácia enfraquecida. A rigor, a programaticidade nem norma seria, não seria vinculante: seria uma sugestão, a configuração de uma meta, de uma exortação. No máximo, com alguma incorporação de juridicidade, teria tão somente eficácia hermenêutica. *Direitos sociais* foram, então, assimilados ora como programas e ora como

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tb. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹² Ob. cit., p. 200 e ss.

¹³ Para uma apreciação crítica desta teoria, consulte-se AVELÃS NUNES, António José. *Do capitalismo e do socialismo: polémica com Jan Tinbergen (prêmio nobel da Economia)*. 2ª ed. Rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

¹⁴ Ob. cit., p. 206.

normas que expressam direitos. Isto corresponde a uma “queda do grau de *juridicidade* das Constituições”, em movimento do *jurídico* para o *político*, este, assim, um domínio ajurídico, sem conformação normativa, campo do *decisionismo*.

Bonavides, diversamente, aposta e afirma o caráter normativo da programaticidade, veículo, conquanto não o único, de manifestação da materialidade constitucional. Não há na Constituição previsão que não seja norma, não há dispositivo sem força cogente. Norma programática é norma preceptiva (embora não *imediatamente preceptiva* ou de *eficácia direta*), possui “eficácia vinculante”. O que fica claro é que o autor, citando Crisafulli, reconhece a eficácia negativa da norma programática.¹⁵ Entende ele que a característica identitária da norma programática é ser voltada para o Estado, para as atividades administrativa e legislativa, notadamente para a segunda função, e, com base no destinatário e na concepção de que a programaticidade não é *diretamente preceptiva*, a diferencia da norma de eficácia diferida.¹⁶

Em que pese não haver, no *Curso de Direito Constitucional* a defesa, ao menos não explícita, de que a norma programática pode produzir eficácia positiva, isto é, que é possível reivindicar comportamentos, prestações com base nela, há uma ineludível vinculação da Administração Pública ao conjunto normativo-principiológico.¹⁷ Ou seja: que se pode afirmar a inconstitucionalidade por omissão com finco em norma programática, o que importa em admitir a possibilidade de ela gerar dever de legislar. A estranheza diminui quando se percebe a vinculação da Administração Pública aos comandos programáticos. Sem embargo, especialmente a partir da entrada em vigor da Constituição atual, incontáveis decisões judiciais encampam a tese da eficácia positiva da norma programática, em maior medida por demandas apresentadas pelo ministério público.

Sendo patente a relação entre o programa constitucional e o dirigismo constitucional, a posição de Bonavides se afigura alinhada a de José Joaquim Gomes Canotilho – embora esta, nos anos 90, tenha sido reformulada pelo pensador português. Com referência a Crisafulli: o Estado não pode se afastar do direcionamento da norma programática a não ser que haja um motivo consistente para tal.¹⁸ Por outras palavras: há um espaço *excepcional* plasmado em

¹⁵ O. cit., p. 220.

¹⁶ O. cit., p. 227.

¹⁷ A respeito: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Eficácia positiva das normas programáticas*. Revista Brasileira de Direito, IMED, v. 11, p. 34-45, 2015.

¹⁸ Ob. cit., p. 221 e 222.

conjunções normativas e fáticas para que não se dê sequência à direção constitucionalmente definida¹⁹, mas a presunção não é esta. Tal medida exige sólida fundamentação e, de qualquer modo, não é decisão à revelia da Constituição e sim no marco da Constituição. A política está constitucionalizada.

4) A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Entre as partes mais emblemáticas do *Curso*, entre aquelas que se tornaram mais famosas e influentes, inclusive pelo seu aspecto pioneiro, estão os capítulos acerca da normatividade dos princípios e do princípio da proporcionalidade. Mais no primeiro caso do que no segundo, uma vez que sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade, que surge também sob o nome de razoabilidade ou na cláusula do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*), já havia bibliografia anterior, embora pontual, a exemplo do texto referencial de San Tiago Dantas,²⁰ a incorporação da normatividade dos princípios na academia brasileira, em análise historiográfica desde nomes anteriores até Ronald Dworkin e Robert Alexy, encontrou aí um momento inicial e norteador.

Adverte o constitucionalista: “Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.”²¹ “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.”²² Sublinha, com esteio em Dworkin, que a normatividade dos princípios combate a *discricionariedade*, o que significa que os princípios fecham e não abrem a interpretação (“a reviravolta antipositivista de Dworkin”).²³ Ao contrário de parte da doutrina, não apenas brasileira, Bonavides leu bem a empreitada de Dworkin (alicerçada na concepção do Direito como *romance em cadeia*) e realçou que a afirmação da

¹⁹ No Tribunal Constitucional de Portugal, veja-se o acórdão nº 184, acerca do pagamento de *propinas* nas instituições públicas de ensino superior. É a seara da *reserva do possível*, da *vedação de retrocesso*.

²⁰ DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a lei e o “due process of law”*: contribuição ao estudo da limitação constitucional ao Poder Legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 116, p. 21-30, 1948.

²¹ Ob. cit., p. 231.

²² Idem.

²³ Ob. cit., p. 238.

índole normativa dos princípios vem de encontro (e não ao encontro) ao *juízo discricionário*, ao solipsismo, ao subjetivismo. E esta elaboração preconiza, como antes anotado, uma Teoria Material da Constituição, uma Teoria Material dos Direitos Fundamentais.²⁴

Há de se destacar, nesse sentido, o afastamento de Bonavides em relação ao movimento de mixagem teórica que ocorreu (e ocorre) no Brasil a partir da Constituição de 1988. Com a importação de teorias alienígenas, juristas passaram a conceber o novo texto normativo como portador de valores éticos cujo conteúdo é indeterminado. Tais valores seriam complementares ao texto positivo e aplicáveis a partir de juízos subjetivos (discricionários) de conveniência. Assim, de acordo com esta doutrina, se antes tínhamos o juiz exegético, limitado pela forma textual, agora teríamos o juiz dos princípios, incumbido de ponderar as demandas sociais e responsável por resolver conflitos políticos concretos.

Ora, tal concepção, como desenvolvido alhures²⁵, enfraquece a autonomia do Direito. Se a Constituição e seus princípios são normas substanciais, como assim defende Bonavides, ou seja, são a condição de possibilidade a partir da qual o Estado Democrático de Direito se concretiza institucional e materialmente, os mesmos não podem ser encarados como uma autorização para que o seu intérprete decida de acordo com a sua conveniência. Dizendo de outra forma, a normatividade da Constituição e o caráter democrático do Direito são incompatíveis com a discricionariedade implicada pela difundida tese de que princípios são valores éticos. Tal crítica também é endossada por Habermas, quando “diz que a moral opera no direito pela positivação (enfim, pelos direitos fundamentais). A moral não está suspensa no ar”²⁶. Nesse sentido, afirma o filósofo alemão:

Quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo a mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular.²⁷

²⁴ OB. cit., p. 248.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Diálogos com Lenio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Morais da Rosa...* [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. I, p. 317-318.

Conforme registrado, a abordagem empreendida por Bonavides é uma das primeiras, a expor, no Brasil, o critério do *tudo ou nada* e da *dimensão do peso*, de Dworkin, e a conceituação dos princípios como *mandamentos de otimização*, de Alexy. Sem embargo, Bonavides não aprofunda o exame de cada um destes autores, não investe na investigação das semelhanças e distinções entre as duas teorias e não toma partido. O seu texto é, antes, uma produção de enquadramento e, assim, serviu e serve de marco para desdobramentos posteriormente realizados pela academia nacional.²⁸

Bonavides abre um capítulo destinado especificamente ao princípio da proporcionalidade, reconhecendo, pois, a centralidade desta norma.²⁹ O princípio em questão é assimilado como princípio constitucional e fundamento do Estado de Direito. Com uma história prévia no Direito Administrativo, conquista sede no Direito Constitucional: do controle do ato administrativo (legalidade) para o controle da legislação (constitucionalidade).³⁰ A lógica é a mesma: conformar o espaço decisório, seja do administrador, ou legislador ou do juiz. A norma da proporcionalidade, por conseguinte, não aumenta a liberdade de decidir. Ao invés, a limita (efeito negativo) e a condiciona (efeito positivo).

Cabe realçar, outra vez, que o emprego do princípio da proporcionalidade não autoriza uma transferência da avaliação do legislador ou do administrador para a avaliação do juiz. Não se trata de uma realocação de *discricionariade*. Não implica em uma *juristocracia*. Enseja a perquirição entre meios e fins e, deste modo, potencializa, inclusive, a eficácia das normas programáticas. Nem a escolha dos fins é livre e nem a escolha dos meios para alcançar os fins. Trata-se de ferramenta da Teoria Material da Constituição³¹ que limita as ações estatais em proteção dos direitos fundamentais (obrigação de não fazer) e que busca o equilíbrio entre direitos fundamentais em conflito (concordância prática). Conquanto Bonavides não mencione este aspecto, o princípio da proporcionalidade também exige condutas estatais em benefício dos

²⁸ Bonavides relaciona os princípios constitucionais aos princípios gerais de Direito, o que faz a partir de um percurso em três fases: a fase jusnaturalista, a fase positivista (privatista/civilista, com os princípios a ocupar uma posição satélite, subsidiária, conforme uma ordem das fontes do Direito, localizados nos códigos) e a fase pós-positivista (“os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”). Ob. cit., p. 260 e ss. Associa também a *jurisprudência dos princípios* com a *jurisprudências dos valores*. Ob. cit., p. 265, p. 582, por ex. Em outro trecho: “E os princípios são valores. E, sendo valores, são também normas, com uma dimensão de juridicidade máxima.” P. 582.

²⁹ Ob. cit., p. 356-397.

³⁰ É entendido como um princípio geral de Direito. Ob. cit., p. 364.

³¹ Ob. cit., p. 385.

direitos fundamentais (obrigação de fazer, obrigação de dar). E, assim, vem sendo utilizado também. Vê-se, pois, o sobredito princípio como instrumento em prol do Estado Social.

A exposição analítica desenvolvida por Paulo Bonavides sobre o princípio da proporcionalidade, concentrada na produção alemã, foi, pelo menos em sua época, a mais rica e minuciosa. E, desta feita, serviu de embasamento teórico para investigações futuras de outros acadêmicos.³²

5) A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As considerações, expositivas e reflexivas, sobre os direitos fundamentais, com a densidade própria do autor, constituem capítulo crucial da doutrina elaborada no Brasil. Símbolo de uma virada teórica no que concerne ao diálogo com autores estrangeiros, principalmente alemães, os quais posteriormente viriam a ser traduzidos e publicados aqui e, assim, mais conhecidos e estudados, como, por exemplo, Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle. Bonavides apresentou categorias, fez concatenações, estabeleceu formulações e foi, mais uma vez, guia para os seus leitores, norteando discussões que se seguiram.

O *Curso de Direito Constitucional* é pautado pelos direitos fundamentais, que são a sua espinha dorsal. Bonavides sugere a adoção do termo *dimensões* em detrimento da palavra *gerações* para sublinhar o caráter integrativo dos direitos que vão sendo progressivamente afirmados ou reivindicados e não apenas uma sucessão cronológica e muito menos da superação de uma gama de direitos por outra ou, ainda, da incompatibilidade entre eles.³³

Um tema caro ao professor Bonavides é a associação entre a Teoria da Constituição e a Teoria dos Direitos Fundamentais, que é ignorada por muitos.³⁴ Ora, não é possível pensar, no quadrante do Direito, os direitos fundamentais e a sua sistemática normativa e fática, sem o

³² Para a nossa própria dissertação de mestrado: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³³ Ob. cit., p. 525.

³⁴ Ob. cit., p. 534.

escoramento em uma doutrina acerca da Constituição. Neste passo, a Teoria dos Direitos Fundamentais é, ou expressa, uma Teoria da Constituição. Da mesma maneira, a relação entre a Teoria do Estado e a Teoria da Constituição, não pode ser um diálogo entre ausentes.³⁵ E a Teoria dos Direitos Fundamentais, que Bonavides defende, é tributária de uma Teoria Material da Constituição.³⁶

A Teoria Material da Constituição, ancorada sobre os direitos fundamentais em todas as suas dimensões, afirmada perante “a queda do positivismo”, preconiza o Estado Social, arquétipo constitucionalmente configurado a fim de ensejar a operação em prol da efetividade de tais direitos.³⁷ Não é o Estado Liberal, não é um constitucionalismo formalista, uma Constituição Formal, “forma jurídica de neutralidade aparente”.³⁸ Marque-se: Constituição Compromissória não é Constituição em Branco, não é constitucionalidade sem materialidade; o compromisso espelha conteúdo, não é a sua negação. O compromisso não está restrito a processos (a Constituição não é um código de procedimentos), os quais, de resto, são construídos a partir de conteúdo normativo. Por outra: Constituição Compromissória é Constituição Material. Constituição Material é Constituição Dirigente. O dirigismo é compromisso constitucional.

Daí a preocupação de Bonavides com a globalização que vem “minar as bases do Estado social” com o neoliberalismo:

Quando o gênero humano se supunha já a um passo dos direitos de quarta dimensão, entre os quais se insere a democracia, eis que a torrente neoliberal, despontando no horizonte político deste fim de milênio, coloca em grave risco todas as dimensões da liberdade, formuladas, desde o *status negativus* ao *status positivus*, pelo contrato social, e que marcaram as lutas constitucionais do século. Tudo com o intento indissimulável de fundar um novo poder feudal e inaugurar uma nova idade média.³⁹

³⁵ Ob. cit., p. 11, v. g. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014; BERCOVICI, Gilberto. *Estado Intervencionista e constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Estado Social, globalização, neoliberalismo e Constituição Dirigente*. *Novos Estudos Jurídicos*, Revista do PPGD/UNIVALI, v. 12, p. 211-234, 2007.

³⁶ Ob. cit., p. 535, p. 551, p. 554 e ss.

³⁷ Ob. cit., p. 537.

³⁸ Idem.

³⁹ Prefácio da oitava edição (1999), p. 17. Tb. p. 552 e p. 553.

Na linha do exposto, a hermenêutica dos direitos fundamentais é a hermenêutica afeita à Teoria Material. Uma hermenêutica contraposta ao “subjativismo clássico cuja unilateralidade se acha de todo ultrapassada”, uma hermenêutica que, assim, supera o positivismo.⁴⁰ Esta superação se dá pela *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, a qual se pode traduzir como *dimensão material*. Nesta esteira, sem prejuízo de outras elaborações, como a de Hesse e a de Häberle, Bonavides se alinha à *hermenêutica estruturante*, de Friedrich Müller.⁴¹

Destaca-se, nesse sentido, que a teoria do direito e a interpretação jurídica sempre foram vítimas de falsos dualismos como, por exemplo, “questão de fato e questão de direito”, “texto e norma”. O grande equívoco da doutrina nacional é reproduzir acriticamente estas dicotomias e conceber que, por terem um caráter inexoravelmente interpretativo, os princípios e direitos fundamentais seriam cláusulas abertas, sem conteúdo pré-determinado. A aposta no privilégio epistêmico dos juízes, todavia, não nos afasta do paradigma positivista. Ela apenas acentua o caráter relativista ou não-cognitivista explícitos tanto em Kelsen quanto em Hart, para mencionar apenas estes. A alternativa ao pensamento dicotômico consiste na consciência de que, como se diz a partir da hermenêutica filosófica, interpretar é aplicar e de que não há texto sem norma ou norma sem texto. Estes também são pressupostos comuns à referida teoria de Müller.

Entre outros autores, Bonavides cita Konrad Hesse para anotar que não há “interpretação da Constituição independente de problemas concretos” e que a interpretação jurídica possui um caráter *criativo*, o que não significa voluntarismo, solipsismo.⁴² Bonavides saúda o alargamento dos intérpretes da Constituição, conforme a *sociedade aberta* de Peter Häberle e a sua *metódica concretista*.⁴³ De Müller, investe na distinção entre *programa da norma, âmbito da norma e norma*.⁴⁴ Menciona a assertiva de Müller segundo a qual os direitos fundamentais não são valores, são normas.⁴⁵ E agrupa estes autores como inspirados pela Tópica.⁴⁶ Tudo a superar ou redefinir os métodos clássicos de interpretação, insuficientes, conforme escreve o autor, para dar conta da interpretação da Constituição, notadamente na quadra do pós-positivismo.

⁴⁰ Ob. cit., p. 4.

⁴¹ Ob. cit., p. 542 e ss.

⁴² Ob. cit., p. 557. V. tb., por ex., p. 479.

⁴³ Ob. cit., p. 465, p. 470.

⁴⁴ Em especial: ob. cit., p. 456-465.

⁴⁵ O. cit., p. 580.

⁴⁶ Ob. cit., p. 473, por ex.

Bonavides sustenta uma tese que escapa da leitura tradicional, que denota uma tensão com o texto constitucional. Defende o constitucionalista em apreço que os direitos sociais também devem ser entendidos como cláusulas pétreas.⁴⁷ Ainda que sem embargo da redação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição.⁴⁸ Na terminologia de Müller (utilizado na argumentação), apesar de a *norma-texto* dizer *direitos e garantias individuais*, isto é, os direitos de primeira dimensão, a *norma decisória* abarca os direitos sociais. Isso porque os direitos sociais compõem os elementos que guarnecem a dignidade humana. E, assim, a dignidade humana confere a “regra hermenêutica” que liga os direitos sociais aos direitos individuais.⁴⁹ E, sem serem normas programáticas, são pressupostos dos objetivos fundamentais da República, consoante o art. 3º da Constituição. Nesse sentido, afirma que “não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais.”⁵⁰ “Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais”.⁵¹ Por outras palavras: os direitos sociais garantem os direitos individuais, de forma que sem os primeiros, os segundos ficam prejudicados.

Esta interpretação que faz os direitos sociais sejam percebidos como limitação material ao poder de reforma está em conformidade com o Estado Social de Direito.⁵² A condição de cláusulas pétreas dos direitos sociais deriva, pois, do comprometimento básico da Constituição, do perfil do Estado, da complementação entre estes direitos e os direitos individuais, relação que é configurada como de equiparação.⁵³ A democracia, isto é, o Estado Democrático depende da efetividade dos direitos sociais; os direitos políticos exigem os direitos sociais. Logo, prejudicar os direitos sociais é prejudicar os direitos civis e os direitos políticos.

A circunscrição do art. 60, § 4º, IV, da Carta de 1988 somente aos “direitos e garantias da tradição liberal” não é conciliável com “o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade”.⁵⁴ Assimilar que os direitos sociais gozam da intangibilidade frente ao poder constituinte derivado é a atitude apropriada ao “conteúdo material” do inciso IV do parágrafo 4º do art. 60.⁵⁵ Fragilizar tais direitos é agredir o projeto constitucional que é a sua identidade

⁴⁷ Ob. cit., p. 588-599.

⁴⁸ “Art. 60 (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

⁴⁹ Ob. cit., p. 595.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

⁵² Ob. cit., p. 597.

⁵³ Ob. cit., p. 599.

⁵⁴ Ob. cit., p. 593.

⁵⁵ Ob. cit., p. 595.

essencial e que, por conseguinte, não poderia ser afetado sem descaracterizar a própria Constituição.

6) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paulo Bonavides é um dos principais constitucionalistas brasileiros comprometido com o constitucionalismo social. Desbravador de teorias, incorporador, no ambiente nacional, de autores estrangeiros, sem, contudo, adotar postura servil. Nunca com *complexo de vira-lata*. Com a seriedade, a exatidão e a excelência.

Sua vasta obra conquistou leitores país afora. E se mantém atual, central. Estudar Direito Constitucional no Brasil e não conhecer Paulo Bonavides é angariar um déficit de formação. Repita-se o que se averbou no início deste artigo: o Direito Constitucional não precisa de *descomplicações*, *resumos* ou *esquematisações*. Precisa da densidade teórica do quilate da produção de Paulo Bonavides, porquanto apenas assim se pode atender à sua complexidade (entraves, desafios, conquistas).

O referido constitucionalista esteve vigorosamente comprometido com o Brasil, com a sua Constituição. Investigou e tirou lições da história constitucional pátria. Não desconheceu ou minimizou a circunstância fática, muitas vezes resistente ou oposta à Constituição. Apostou na força normativa da Constituição, na sua valorização enquanto norma, sem ignorar os *fatores reais de poder*. Preocupado com o incremento da democracia, defendeu a propositura de emenda constitucional para incluir a iniciativa popular de emenda à Constituição (possibilidade existente, por exemplo, na Constituição da Suíça e na Constituição da Venezuela), providência relativa ao debate acerca da limitação implícita ao poder de reforma.⁵⁶

Foi uma voz proeminente na promoção da transição de um período de desprestígio da Constituição, no Brasil notadamente em função do regime militar, o qual, vale repetir, se

⁵⁶ Paulo Bonavides presidiu comissão da Ordem dos Advogados do Brasil, da qual um dos autores deste artigo (Fábio C. S. de Oliveira) foi integrante, que tinha por propósito discutir a hipótese e oferecer um texto para esta emenda constitucional.

instalou em detrimento da ordem constitucional, para um tempo no qual se anunciou a sua valorização. A empreitada por fazer da Constituição de 1988 uma Constituição Normativa, nos termos de Karl Loewenstein. A evolução qualitativa, mas também quantitativa, da doutrina constitucional brasileira ao longo da vigência da presente *Lex Legum*, teve nele um dos seus maiores agentes.

Como exposto, ele foi um dos principais responsáveis pela renovação da doutrina brasileira. Mapeou o terreno das discussões. Deu exemplo de como o pesquisador deve se manter atualizado e comprometido com a autonomia do Direito. É notar, por exemplo, como a elaboração de Peter Häberle, acerca da *sociedade aberta de intérpretes*, afeta decisivamente o debate clássico entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a quem cabe a guarda da Constituição. Bonavides sinalizou bem o caminho: ilustrativamente, ao asseverar que a normatividade dos princípios não ocasiona uma transposição à *discrecionalidade* ou ao alargamento do campo decisório. Ora, a Teoria Material é da Constituição. E não a substância da convicção exclusivista do intérprete (da sua consciência autônoma), que, assim, a rigor, já nem mais intérprete é.

Paulo Bonavides exerceu o magistério por meio das suas aulas e de seus escritos. Por estes reuniu uma legião de alunos que não caberia nas salas de aula ou em auditórios. As suas lições estão vivas, seguem atuais, estão entre as melhores páginas do *romance em cadeia* brasileiro. Sobrevivem à perenidade da vida física. Compõem a vida intelectual deste povo, orgulham o Direito Constitucional. E, assim, hoje e no futuro o ensino de Bonavides vai somando mais e mais alunos. Como é e deve ser. Pela Constituição e por ela.

7) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a lei e o “due process of law”*: contribuição ao estudo da limitação constitucional ao Poder Legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, 1948.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 2012.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Diálogos com Lenio Streck: Hermenêutica, jurisdição e decisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Morais da Rosa... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012,.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

**A NARRATIVA DISRUPTIVA DE UMA NOVA CONSTITUINTE E O MOVIMENTO DE
CORROSÃO DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: TEXTO EM HOMENAGEM A
PAULO BONAVIDES**

LÍLIA NUNES SILVA¹

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA²

1) INTRODUÇÃO

Em 26.10.2020, o Deputado Ricardo Barros no evento online "Um dia pela Democracia" declarou que pretende propor um plebiscito objetivando a convocação de nova Assembleia Nacional Constituinte "para que possamos refazer a Carta Magna e escrever muitas vezes nela a palavra deveres"³.

O plebiscito, consoante se depreende da leitura do artigo 14, I da CF/88 e lei nº 9709/98, consiste em instrumento de soberania popular que possibilita aos cidadãos, de forma direta, serem consultados para deliberar sobre matéria relevante de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

¹ Mestra em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito Processual (UFJF) e Direito e Processo do Trabalho (FDDJ). Advogada e pesquisadora. E-mail: lilianuness@hotmail.com - Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1765941139958947>

² Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor e Coordenador de Pesquisa Científica. Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>

³ Conforme matéria disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-10-26/lider-do-governo-na-camara-defende-plebiscito-e-nova-constituicao.html>> Acesso em 02.11.2020.

Vale lembrar, por oportuno, que no Brasil já foi realizado um plebiscito em 21.04.1993 para consultar a população na escolha entre monarquia ou república e parlamentarismo ou presidencialismo, e o resultado consolidou a forma e o sistema de governo atuais.

A Assembleia Nacional Constituinte, por seu turno, não se trata de simples comissão de reforma constitucional, mas sim processo complexo para constituição de novo sistema jurídico constitucional, e por este motivo não tem qualquer obrigatoriedade de dependência com a Constituição vigente, o que pode significar uma ruptura total com a ordem jurídica conhecida e, no caso do Brasil em 1988, conquistada pela sociedade após 21 (vinte e um) anos de governos militares.

A pretensão externada no mencionado discurso, no contexto turbulento vivido pelo país atualmente, confronta os contornos doutrinários consolidados sobre a matéria e o conjunto normativo-constitucional vigentes, e neste sentido o presente estudo se justifica, para reflexão sobre os institutos apontados na referida fala e a devida colocação do debate.

O artigo tem, portanto, o objetivo de lançar luzes sobre os temas constitucionais do Poder Constituinte e do Plebiscito, contextualizando-os com o que se pode esperar da democracia em um Estado Constitucional de Direito, de modo a demonstrar a impertinência e a inadequação da fala do parlamentar frente aos preceitos da Constituição de 1988, e também prestar as devidas homenagens ao ilustre jurista e cientista político Paulo Bonavides, falecido dias após o ocorrido, em 30.10.2020, um grande defensor das balizas democráticas.

A pesquisa, realizada pelo método dedutivo, desenvolveu-se por meio de pesquisa bibliográfica e análise documental.

O texto foi dividido em quatro seções, tendo a primeira pontuado o que se pode entender como poder constituinte originário, como se dá o seu desenvolvimento, assim como suas principais características e funções.

Em seguida, cumpriu esclarecer quais os limites do poder reformador, também chamado de poder de reforma constitucional, que consiste no mecanismo criado pelo próprio poder constituinte originário para que a Constituição, fruto do processo constituinte, possa adaptar-se, por meio de procedimentos pré-estabelecidos de reformas, a dinâmica social e regular adequadamente as relações jurídicas ao longo da sua vigência.

Na terceira seção desenvolveu-se especificamente sobre o cerne do estudo proposto, qual seja, o discurso do parlamentar no contexto do Estado Democrático e Constitucional de Direito, debatendo de forma crítica sobre as intenções eivadas de patente inconstitucionalidade quando analisados os institutos mencionados, o equilíbrio existente entre direitos e deveres do texto constitucional e o momento que a sociedade brasileira está atravessando. O conteúdo da narrativa em análise, sinaliza para o intento direcionado à promoção do derretimento das democracias contemporâneas que, diante da crise de representatividade, vêm sofrendo investidas, a partir de movimentos internos, que afetam suas bases estruturais, conduzindo a perigosos processos de ruptura.

A quarta e última seção trouxe, com fundamento no clássico Curso de Direito Constitucional do homenageado pelo presente estudo, o jurista e cientista político Paulo Bonavides, as inferências sobre o que seria o entendimento em relação a fala do Deputado Ricardo Barros para concluir, ao final, sobre a impropriedade da proposta diante da existência de limites, expressos e tácitos, ao poder de reforma e ainda a deturpação de um instrumento de participação popular da própria Constituição para concretizar interesses autoritários, em desacordo com os arranjos constitucionais conquistados democraticamente.

2) NOTAS SOBRE O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Como primeiras notas a respeito do poder constituinte, aponta-se a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

O poder constituinte, ao se caracterizar como um poder inicial e anterior para criação de uma nova ordem jurídica estatal, causa de sua adjetivação como originário, implica no rompimento da ordem jurídica anterior para a inauguração de uma nova. Portanto, pode ser considerado um poder autônomo, único no momento em que é exercido e exclusivo por ser decorrente da soberania. Também o é superior e, em certo sentido, juridicamente ilimitado e incondicionado por não estar vinculado a ordem jurídica anterior e; é permanente e inalienável por sempre estar à disposição do povo, de forma latente. (SARLET, 2017, p. 102/104)

Paulo Bonavides afirma que

A teoria do poder constituinte, preconizada por Sieyès e aplicada à constituição francesa de 1791, foi depois alterada pelos constituintes de 1793 e do ano VIII, que a aproximaram de Rousseau.

Com efeito, estabeleceu-se que as novas Constituições só seriam válidas e perfeitas após receberem a sanção do povo, submetidas, por conseguinte a uma espécie de *referendum* constituinte, destinado a conjurar aquele abuso tão excelentemente retratado por Carré de Malberg - o de ver-se a representação do povo soberano transformada em representação soberana do povo, ou seja, a soberania popular transmutada em soberania parlamentar. (2004, p. 146)

Já o poder constituinte derivado está atrelado à Constituição e faz parte dela, apresentando-se com características jurídicas que define limitações expressas e tácitas, previstas para limitar o poder reformador. Decorre da necessidade de harmonizar o “sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.” (BONAVIDES, 2004, p. 146)

A doutrina também esclarece que "o poder constituinte atua de modo desatrelado de processos jurídicos anteriores, assumindo, portanto, a função de criador da própria ordem jurídica estatal, mas situando-se fora desta mesma ordem jurídica". (SARLET, 2017, p. 100)

Pelo pensamento contemporâneo, o poder constituinte se forma pela junção de dois aspectos para conformar-se numa Constituição, sendo estes de caráter formal e material.

O caráter formal está relacionado diretamente à soberania e, no caso, povo ou nação deverão estar presentes no procedimento pelo seu poder inato de criação originária de complexo normativo, a rigor sob o formato de constituição, para reger a vida social. O caráter material constitui-se do que efetivamente o texto deverá prever, quais são os assuntos essenciais previstos, seus valores e princípios fundamentais, tais como a limitação jurídica do poder, liberdade e autodeterminação do indivíduo, socialidade, organização do poder político, princípios estruturais, dentre outros (CANOTILHO, 1993, p. 129/131).

Importante mencionar que destes elementos sobressai a questão da legitimidade do processo. Não basta ao poder constituinte preencher os requisitos de validade formal e material, pois "a constituição não se basta com o manto da legalidade; exige ou postula a dimensão mais profunda da legitimidade" (CANOTILHO, 1993, p. 132) e assim, exercer legitimamente o poder implica na idealização pela comunidade, de forma concreta, na carta constitucional, de seus anseios para um ordenamento considerado justo. Em outras palavras, a efetiva participação

popular em processo constituinte implica na aglutinação dos diversos e radicados valores sociais no texto que será produzido ao final, pois do contrário, não será legítimo.

Esse poder fundante pode ser considerado um fato político, e como força material e social, não subordinada ao Direito positivo vigente ao tempo de sua manifestação, o que não deve conduzir ao entendimento pela inexistência de limites e condições no seu exercício (BARROSO, 2018, p. 84). Cogitar-se tirar do estado de latência o poder constituinte demanda, em verdade, todo um processo formal de constituição para seu desenvolvimento transcorrer de maneira legítima e ainda, que princípios basilares como a busca e defesa da igualdade material e dignidade da pessoa humana sejam respeitados, eis que valores universais indiscutíveis no seio da sociedade contemporânea.

3) OS LIMITES DO PODER REFORMADOR

Dos modelos rígidos de Constituição, surge uma ideia de imutabilidade relativa do texto, revelando um grau de maior ou menor intensidade de estrutura estável ou permanente, que indica, em certa medida, o grau de certeza e solidez jurídica das instituições em determinado Estado. (BONAVIDES, 2004, p. 196)

Bonavides (2004, p. 196) sustenta que a pretensão à imutabilidade foi almejada por alguns iluministas do século XVIII que, confiavam cegamente no poder da razão e, assim, queriam eles a lei como um produto lógico e absoluto, válido para todas as gerações presentes e futuras.

Essa rígida ideia de imutabilidade constitucional, segundo o autor (BONAVIDES, 2004, p. 196), confronta-se com as características dinâmicas da vida e, se fosse adotada, conduziria ao fechamento de todos os caminhos à reforma harmoniosa do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de estado a solução das crises. Segue afirmando que a força e a violência, nesse contexto, acabariam fazendo com que a lei fundamental caísse em descrédito. (BONAVIDES, 2004, p. 197)

Após intensos debates entre membros de seguimento de iluministas, prevaleceu o princípio formulado por Rousseau, integrado na Constituição francesa de 1791, segundo o qual se reconhece à Nação o direito imprescritível de mudar a Constituição e fazer a reforma daqueles artigos que se tornaram inconvenientes para a harmonização das instituições estatais e a convivência social. Assim assentou-se o princípio jurídico da reforma constitucional por intermédio do denominado poder constituinte derivado. (BONAVIDES, 2004, p. 198)

O poder de reforma constitucional atua como uma continuação do poder constituinte e visa dar dinamicidade à Constituição, observando que, de forma nítida "assume a feição de uma competência, já que juridicamente vinculado às normas de competência, organização e procedimento" (SARLET, 2017, p. 119) pré-estabelecidas no texto constitucional original.

A criatividade do poder reformador, por este aspecto, encontra limitações nos parâmetros constitucionais essenciais idealizados pela comunidade naquele momento histórico de (re)construção da ordem jurídica, o que não significa o engessamento para mudanças e tampouco foi esta a intenção do legislador constituinte.

Os limites à reforma se consomem sob o ponto de vista formal, relativo aos procedimentos que devem ser respeitados para a efetivação de mudanças no texto constitucional, tais como as regras de iniciativa e o *quorum* de votação e, sob o ponto de vista material, relativo às matérias que podem ser objeto de alteração, onde normalmente existem conteúdos intangíveis para conservação dos objetivos basilares da ordem jurídica (conhecidos também como cláusulas-pétreas ou no espanhol como *coto vedado*).

No Brasil, os limites ao poder reformador estão elencados no artigo 60 da CF/88⁴ e, pela leitura dos diversos dispositivos constantes no texto legal, assim como em outros artigos

⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

encontrados ao longo da Carta, denota-se o caráter um pouco mais abrangente das limitações brasileiras ao poder reformador, o que decorre do fato da Constituição Federal de 1988 ter sido precedida de um período de ditadura militar. A Constituição, por muitos adjetivada de Cidadã, foi a resposta normativa a este período e, por isso, também pensada primordialmente para proteção do Estado Democrático de Direito em face das possíveis investidas autoritárias porvindouras.

O caráter dirigente da Constituição brasileira traz consigo o significado de que seus termos não consistem em mero instrumento delimitador da ordem jurídica vigente, com o estabelecimento da organização do estado na esfera dos três poderes (executivo, judiciário e legislativo), os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, dentre outras tantas questões inseridas em seu extenso e complexo conteúdo, pois vai além, tendo designado metas e diretrizes para a sociedade ao longo da sua vigência. Ou seja, é um projeto ousado de comunidade que se gestou naquele momento político da sociedade brasileira e os limites ao poder de reforma certamente visaram à sua proteção.

Daniel Sarmiento, ao comentar sobre essa característica diretiva, aduz que, mesmo "estabelecidas em regra através de normas programáticas, não devem ser vistas como meras proclamações retóricas. Elas são normas jurídicas, que de alguma maneira vinculam os poderes políticos, estabelecendo balizas para o exercício das respectivas competências." (2006, p. 12) Justamente tal vinculação que os poderes constituídos devem respeitar e, na medida do possível, zelarem pelo seu cumprimento.

Desse modo, não é demais lembrar que a Magna Carta de 1988 é marcada pelo pluralismo de valores consagrados ao longo do processo constituinte, que teve ampla variedade de forças políticas e de interesses representadas naquele momento (SARMENTO, 2006, p.13), valores que não devem desnaturar-se por majorias transitórias do poder político e assim, importante mecanismo de proteção a estes objetivos, são as limitações à alteração do texto constitucional.

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

4) O DISCURSO DE UMA NOVA CONSTITUINTE POR MEIO DE PLEBISCITO

Pela delimitação normativa e experiência brasileira, resta claro que o plebiscito é instituto voltado para consultar os cidadãos sobre tema relevante dentro do contexto constitucional e não para além dele ou para sua ruptura, observando que o Estado Democrático de Direito e suas respectivas instituições não estão em crise ou em estado de ingovernabilidade, mas sim em período de consolidação após a retomada democrática que teve como marco a própria Constituição Federal de 1988.

Nestes termos, o seu manejo, tal como pretendeu o parlamentar, dota-se de evidente inconstitucionalidade.

Como já comentado, a Constituição provém de amplo e intenso debate de forças políticas e interesses via Assembleia Constituinte ocorrida em 87/88, momento no qual o povo, direta ou indiretamente, uniu esforços almejando a transformação da sociedade, com grande mobilização nacional. Tal período se amoldou perfeitamente ao conceito cunhado pela doutrina de direito constitucional como adequado à saída do poder constituinte do estado de latência, situação esta, que não se verifica de maneira alguma na atualidade.

O ato de convocação de uma nova Assembleia Constituinte, o que já se esclareceu implicar na instauração de um novo poder constituinte (originário) para deflagrar uma nova ordem constitucional, que é o real significado do termo empregado pelo parlamentar deve, portanto, ser mais bem entendido para a devida colocação do debate.

A intenção dessa nova constituinte não se prestará a reformar profundamente a Carta Magna para torná-la "governável" como Ricardo Barros tentou fazer crer, mas se revela como uma possibilidade concreta de rompimento com a ordem vigente para criação de outra ordem jurídica. E não se sabe se esta nova ordem jurídica será pautada nos valores e princípios fundamentais tão caros à sociedade e seus respectivos anseios de justiça cidadã, desconfiança que é deveras pertinente diante do que se tem observado no contexto turbulento e de choque entre os interesses de grande parcela da sociedade civil e alguns setores dos poderes constituídos.

Os limites ao poder reformador e outros instrumentos da própria Constituição servem para que os poderes constituídos, e que geralmente são eleitos democraticamente pelos cidadãos para representar seus interesses, não deturpem os objetivos traçados pelo poder constituinte originário, observando que a atuação das maiorias transitórias eleitas tem pontualmente sua natureza limitada para obstar tentativas de subversão da ordem jurídica à interesses próprios ou de determinado grupo social em detrimento dos demais.

Luigi Ferrajoli acredita na existência cada vez mais corrente de uma crise nas democracias constitucionais, pelas seguintes razões:

a falta de introdução, sobretudo em âmbito supra e internacional, das garantias, sejam primárias ou secundárias, dos direitos estabelecidos nas várias cartas e convenções, como também de funções e instituições de garantia à altura dos novos poderes e dos novos problemas globais; o fato de que a política nunca aceitou realmente a sua sujeição ao direito; a perda da memória das tragédias do passado e daqueles “nunca mais!” que após a segunda guerra mundial estiveram na origem do novo constitucionalismo democrático (2015, p. 54)

As razões identificadas encontram abrigo na realidade de muitos países e no caso do Brasil não é diferente, estando a intenção do parlamentar inserida neste contexto e de forma clara quando se busca refletir sobre os argumentos expostos na sua fala diante do suposto excesso de direitos e ingovernabilidade, posto situarem-se ao revés da real necessidade da sociedade que é a efetividade das normas constitucionais e não o seu rompimento.

A proposição indica mais um ataque deliberado à democracia constitucional brasileira e não uma simples tentativa de adequação normativa aos tempos atuais, pois se fosse o caso de ajustes à Constituição, por óbvio, a via não seria a por ele sugerida ante a corriqueira utilização de instrumentos legítimos pelos ordenamentos jurídicos e que são de indubitosa coerência e pertinência.

Quanto a utilização do plebiscito, além do instituto não servir para esta finalidade, eis que, como "instrumento de democracia direta ou semidireta procura atenuar o formalismo da democracia representativa", e mais, não seria adequado para iniciar processo de rompimento da ordem estatal porque deve-se levar em conta que "a sua utilização não será efetiva, porém, sem que se identifique um adequado nível de politização da população" (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 754). Isto é, importa considerar o contexto social e político atual, que desaconselha qualquer ato de ruptura frente ao ambiente democrático fragilizado por parcela da

sociedade que se insurge ao modelo de Estado - com razões escusas, e principalmente a se deflagrar por meio de plebiscito.

Quanto ao alegado excesso de direitos e falta da existência de deveres, as ponderações de Barbosa Moreira sobre os deveres da comunidade são dignas de nota, pela atualidade da reflexão e pertinência em relação ao fundamento lançado pelo parlamentar. O referido autor menciona exatamente esta crítica que foi feita à Constituição, de que existem muitos direitos previstos e sem equivalência quanto aos deveres, o que considera "uma autêntica ilusão de óptica" (1997, p. 312).

A Constituição realmente elenca rol expressivo de direitos, contudo, partindo do entendimento que as relações jurídicas geralmente são compostas por mais de um sujeito, compreende-se que, se por um lado determinada pessoa, ente ou coletividade é detentora de um direito, por outro alguém estará a ele sujeito, ou seja, carrega um dever de agir ou se abster para que o referido direito seja exercido/respeitado. E para isto não é necessário estar expressamente positivado o dever, por ser inerente à existência do próprio direito este outro aspecto, pois presente em decorrência lógica do direito.

Barbosa Moreira também alerta que seria um grave erro supor que as normas constitucionais, quando asseguram direitos, apenas geram deveres aos poderes públicos, trazendo o exemplo do artigo 5º, inciso X, que claramente demonstra que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem são garantidas em face de quem quer que seja, no plano público ou privado. (1997, p. 313)

Como descrito no tópico anterior, as limitações ao poder de reforma constitucional existem precisamente para proteger a ordem jurídica vigente de investidas autoritárias, o que aparentemente se apresenta na intenção do parlamentar, posição aqui defendida porque a própria Constituição possui instrumentos para sua adaptação à dinâmica social e que são utilizados de maneira regular pelos poderes constituídos nacionais, não se justificando, por conseguinte, a necessidade de convocação de uma nova assembleia constituinte.

Pertinente se afigura, em vista das constatações supra, a visão de Luís Roberto Barroso:

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas

supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana – que se expressa por meio de valores e virtudes – das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. (2018, p. 89)

Por este viés que o regime democrático e os direitos fundamentais devem ser protegidos, com atenção aos ditames constitucionais e manutenção do ordenamento em sua essência, não se deixando levar pelas maiorias transitórias e seus interesses individuais, moldando-se aos tempos atuais guardando a devida ponderação e integridade.

Não se pode deixar de mencionar, por oportuno, o conflito entre o constitucionalismo atual e a democracia, que é objeto de muitas discussões, visto a dificuldade de equacioná-los na realidade dos Estados de Direitos, contudo, este é um dos grandes desafios da contemporaneidade e que não conta com uma resposta exata. E da emergência do convívio harmônico de ambos que os caminhos devem ser traçados, sem radicalismos ou permissividades extremas para que se cumpra o objetivo máximo dos sistemas jurídicos, que consistem na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

No panorama do Estado Constitucional Democrático, Robert Alexy discorre sobre a concepção realista da relação entre direitos fundamentais e democracia, pela qual os direitos humanos são considerados profundamente democráticos e antidemocráticos, pois ao mesmo tempo que asseguram as garantias essenciais relativas às liberdades e igualdades para exercício do procedimento democrático, desconfiam do próprio processo ao limitar o poder de decisão da maioria parlamentar eleita sob seus termos. (2009, p. 38)

Segundo Daniel Sarmiento, na convivência entre constitucionalismo e democracia, "o primeiro aposta na vontade das maiorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões" e ainda que a visão contemporânea os enxergue como complementares, pondera que "a correta dosagem dos ingredientes desta fórmula é essencial para o seu sucesso." (2006, p. 15/16)

Decerto que a adoção de posturas e atos de perfil radical são esperadas ao longo da história de todo sistema jurídico, a própria tensão entre garantir direitos fundamentais e respeitar a liberdade de escolha política dos cidadãos acaba culminando em situações desta natureza, todavia, é daí que a Constituição erigida de forma soberana vem servir de norte para as respostas necessárias ao (re)equilíbrio das forças e (r)estabelecimento da ordem democrática, para que se

respeitem os limites pré-estabelecidos e os instrumentos nela previstos quando preciso os ajustes à dinâmica social sempre em transformação.

Investidas como a percebida na narrativa constante no discurso do Deputado Ricardo Barros revela um movimento que tem se mostrado muito frequente na atualidade, que consiste na corrosão das democracias por movimento internos, identificados a partir da tentativa de utilização distorcida de mecanismos de cariz democrático para tentar fraudar as garantias estruturais de preservação da Constituição dos regimes democráticos, como é o caso do plesbicito.

Nesse sentido, vale trazer o olhar sobre a erosão das democracias contemporânea de dois professores de Ciências Políticas da Harvard University, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, que desenvolvem pesquisas sobre política no mundo em desenvolvimento. Os interesses de pesquisa de Steven Levitsky se concentram nos debates sobre partidos políticos e sistemas partidários; autoritarismos e processos de democratização; e instituições políticas informais, tendo como foco empírico a América Latina. Daniel Ziblatt estuda a política na Europa do séc. XIX aos dias atuais para discutir processos de democratização, transição de regimes políticos e partidos políticos.

Na obra “Como as democracias morrem”, os autores descrevem com propriedade os processos de ascensão de regimes autoritários nesses dois contextos para entender, numa perspectiva comparada, as atuais ameaças à sólida democracia dos Estados Unidos. Sustentam a tese de que hoje as democracias colapsam não apenas pela via da violência, como frequentemente ocorreu através no século XX, mas sim, hoje, mais do que nunca, “o retrocesso democrático começa nas urnas” ((LEVITISKY, ZIBLATT, 2018, p. 16), com o surgimento de figuras autoritárias que, legitimamente eleitas, aos poucos vão minando as democracias de dentro, subvertendo suas instituições para se manter no poder, promovendo uma lenta corrosão que visa manter um verniz de legitimidade e normalidade das instituições quando estas estão corrompidas quanto aos seus propósitos e funcionamento. O discurso do deputado Ricardo Barros de convocar uma assembleia constituinte por intermédio de plesbicito se alinha bem a tese dos autores, como se percebeu nas linhas traçadas no presente ensaio. (LEVITISKY, ZIBLATT, 2018, p. 17)

Esses líderes autocráticos, identificados pelos autores, não escondem em nenhum momento suas tendências autoritárias e apresentam a tipologia de comportamentos desses movimentos e que devem servir de alerta: 1. Rejeição das regras do jogo democrático; 2. Negação da legitimidade dos oponentes políticos; 3. Encorajamento da violência ou tolerância para com ela e; 4. Propensão para restringir liberdades civis dos oponentes, incluindo a mídia. E todos estes sinais costumam se manifestar antes que os autocratas cheguem ao poder. (LEVITISKY, ZIBLATT, 2018, p. 20)

5) O QUE PAULO BONAVIDES DIRIA SOBRE ISSO?

Mesmo sem ter presenciado o discurso do Deputado Ricardo Barros sobre a convocação de plebiscito para criar uma nova constituinte, é possível extrair das lições de Paulo Bonavides (falecido dias após a realização do discurso em 30.10.2020), o que ele diria a respeito da proposta, manifestamente inconstitucional.

Essa proposta ilegítima seria rechaçada pela denominada “limitação tácita” do poder reformador que, segundo o jurista, seriam aquelas que se referem à extensão da reforma, a modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário. (2004, p. 202)

E prossegue dizendo que, em relação à extensão da reforma, no silêncio do texto constitucional, fica excluída a possibilidade de revisão total, tendo em vista que reconhecer essa possibilidade abrir-se-ia espaço para que o poder revisor tivesse capacidade soberana para revogar a Constituição que criou esse poder. (BONAVIDES, 2004, p. 202) E aponta, ainda, a existência de reformas parciais que, removendo determinados artigos da Constituição, como no caso brasileiro, o artigo 60 da Constituição de 1988, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, pois, como no exemplo citado, seriam retiradas as regras que, justamente, tratam das limitações do poder reformador.

Neste sentido, Paulo Bonavides afirma que

Os sistemas ideológicos e totalitários foram bem-sucedidos no emprego dessa técnica fraudulenta, que lhes valeu na Itália fascista, na Alemanha nacional-socialista e em algumas democracias populares e marxistas da Europa Oriental o desimpedido acesso ao poder, sob o respeito aparente e cômodo da legalidade constitucional, cujo formalismo pareciam conservar, ao mesmo passo que com suas reformas violavam a constituição na essência e substância, nos seus valores improfanáveis, afastando assim ou ferindo de morte os preceitos básicos da ordem estabelecida. As leis de Hitler de 24 de março de 1933 e 31 de janeiro de 1934 praticamente despedaçaram a Constituição de Weimar, criando um novo direito constitucional fora da legitimidade democrática, em consonância com o nacional-socialismo e sua fé ideológica. (2004, p. 202/203)

Outra questão importante levantada pelo saudoso professor em relação às limitações tácitas do poder reformador e que aniquilam qualquer possibilidade de fazer prosperar a proposta do Deputado Ricardo Barros, diz respeito à suposta possibilidade de o poder constituinte derivado ser substituído pelo poder constituinte originário, à sombra de uma omissão constitucional. Sobre esse ponto, indica que os defensores dessa possibilidade se baseiam em um argumento aparentemente lógico de que quem pode mais, pode menos.

Para refutar essa possibilidade, o autor afirma que o emprego desse método viola a Constituição, “assim na forma como no espírito”, pois, segundo ele, afronta as regras de convocação do poder constituinte e configuraria uma modalidade de fraude a esse poder originário. (BONAVIDES, 2004, p. 202) Cita como exemplo dessa hipótese fraudulenta, o que ocorreu na França durante a reforma constitucional de outubro de 1960, em que o General Charles de Gaulle, ao invés de observar o disposto no artigo 89 da Constituição, utilizou um processo de revisão diferente daquele previsto no referido dispositivo constitucional, mas aparentemente estaria legitimado, pois recorreu ao povo, detentor do poder constituinte originário. (BONAVIDES, 2004, p. 203)

As lições de Paulo Bonavides permitem inferir que a proposta de uma nova constituinte sugerida pelo Deputado Ricardo Barros representa um verdadeiro golpe à Constituição da República de 1988, uma vez que atinge diretamente as vedações tácitas ao poder reformador, caracterizando expediente já utilizado no decorrer da história, por regimes totalitários, para legitimar seus intentos de imposição de poder.

6) CONCLUSÃO

O que se percebeu na fala do parlamentar foi a tentativa de deturpação da essência do poder constituinte, que nas palavras do jurista homenageado neste trabalho tem sua legitimidade assentada "sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação" (BONAVIDES, 2004, p. 161), haja vista que a ideia da realização de plebiscito para consultar a população sobre a convocação de nova Assembleia Constituinte denota a intenção de utilizar um instrumento de participação popular da própria Constituição para concretizar interesses em desacordo com seus arranjos.

Ademais, a Constituição é dotada de vários mecanismos de reforma (emendas, revisão e internalização de tratados internacionais) e o desenho constitucional permite a sua adaptação às necessidades dinâmicas da sociedade que governa (jurisdição constitucional), não havendo evidência da insuficiência ou falência da ordem constitucional que necessite da adoção da medida pretendida.

Deve-se estar ciente que o Estado brasileiro é regido por uma democracia constitucional, na qual o constitucionalismo e a democracia vivem naturalmente tensionados para que os valores essenciais protegidos pela constituição realmente o sejam e, ao mesmo tempo, o regime democrático possa garantir a liberdade e igualdade de seus cidadãos nas escolhas políticas. Enfim, há de se ter um limite ao jogo democrático e as regras desse jogo seguramente são os direitos fundamentais insertos nas limitações ao poder reformador.

O Brasil não necessita da convocação de uma Assembleia Constituinte para encontrar a solução de seus problemas, mas sim de que os poderes constituídos leiam atentamente o seu conteúdo, que foi elaborado de forma democrática e com ampla participação da sociedade, e possam encontrar as respostas e escolhas que auxiliarão na continuidade saudável do Estado Democrático de Direito.

7) REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. In: Neoconstitucionalismo(s), p. 31-48. Organizador Miguel Carbonell. 4ª Ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso De Direito Constitucional*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: >
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 nov.2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. 1ª Ed. Tradução: Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Coppeti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Junior e Leonardo Menin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (e-book).

Steven LEVITISKY; Daniel ZIBLATT. *Como as democracias morrem*. Trad. Jairo Nicolau, Rio de Janeiro: Zahar. 2018 (e-book).

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os deveres para com a comunidade. In: *Temas de Direito Processual* (6ª Série), p. 309-323. São Paulo: Saraiva, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso De Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Disponível em: >
<https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>>. Acesso em 13 abr.2021.

O SEMIPRESIDENCIALISMO CONVÉM AO BRASIL?

REFLEXÕES A PARTIR DE PAULO BONAVIDES

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS¹

I – INTRODUÇÃO

“Convém ao País a introdução da forma parlamentarista de Governo?” Essa pergunta foi feita por Paulo Bonavides² e respondida com uma defesa da adoção de um tipo de parlamentarismo que ele denominava de “parlamentarismo dualista³”. Ocorre que o conceito de “parlamentarismo dualista” de Bonavides parece muito próximo do conceito de semipresidencialismo⁴ que, por seu turno, entrou no debate político e constitucional brasileiro ao ser defendido como uma solução para parte dos problemas nacionais⁵.

¹ Mestre em direito constitucional pela PUC-RJ. Doutor em direito público pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 187.

³ BONAVIDES já havia dedicado um artigo inteiro à defesa do parlamentarismo embora não trate das características concretas do modelo de parlamentarismo que defendia para o Brasil in BONAVIDES, Paulo. “A solução parlamentarista” in *Revista de Informação Legislativa*, v. 20 n. 80, p. 103-108 out/dez. 1983.

⁴ A denominação “semipresidencialismo”, embora aceita pela maioria da doutrina, ainda é objeto de críticas que não trataremos neste trabalho. Registre-se apenas que dentre as outras denominações propostas encontram-se: “presidencial dualista”, “primeiro-presidencialismo”, “parlamentar com correctivo presidencial”, “semiparlamentarista”, “forma de governo misto parlamentar-presidencial” e várias outras. Para um relato da questão terminológica vide NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo Vol. I Teoria do Sistema de Governo Semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 105-113.

⁵ Vide, a título exemplificativo, a matéria de Israel Medeiros denominada “Semipresidencialismo: o que pensam especialistas e deputados sobre mudança”, publicada em 21.07.21 no Correio Braziliense, disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/07/4938854-semipresidencialismo-o-que-pensam-especialistas-e-deputados-sobre-mudanca.html>, acessado em 24.09.21. Na mesma linha, o cientista político Sergio Fausto menciona “a eventual adoção do semipresidencialismo, em momento adequado”, como um remédio para “mitigar a tendência a crises institucionais de custosa resolução” FAUSTO, Sergio “Perigo à vista: O bolsonarismo, o centrão e o risco de darmos um adeus definitivo ao futuro”, *Piauí*, n. 180, setembro de 2021, p. 23. Vide ainda a matéria de Danielle Brant e Julia Chaib, denominada “Lira retoma articulação do semipresidencialismo”, publicada na Folha de São Paulo em 28.09.21 (p. A5).

Antes de tratar destes conceitos registre-se que, se existe dúvida sobre os exatos contornos do modelo parlamentarista defendido por Bonavides (e se ele se aproxima do semipresidencialismo, como acreditamos), nenhuma dúvida pode haver quanto à sua veemente oposição ao presidencialismo, que, em suas palavras:

“é modelo malgrado que ao longo de cem anos de república demonstrou ser a mais nociva e inidônea das formas usuais de governo, pelo menos no atual grau de desenvolvimento da sociedade brasileira. Outra coisa ele não fez aqui senão gerar no ventre de suas crises a ditadura, a sedição militar, o tumulto social, a rigidez oligárquica e uma sensível atrofia do sentimento de responsabilidade pública nos titulares do poder”⁶.

Assim, a partir da provocação de Bonavides, exemplo da luta de toda sua vida pelo aprimoramento das instituições políticas nacionais, pretendemos verificar qual o conceito de semipresidencialismo, como se caracterizam suas duas experiências mais conhecidas (França e Portugal) concluindo com uma análise sobre a conveniência de sua adoção no Brasil.

II – NOTA HISTÓRICA E CONCEITO DE SEMIPRESIDENCIALISMO

A definição de parlamentarismo dual de Bonavides só pode ser extraída a *contrario sensu*, de sua definição de parlamentarismo *monista*:

“nele os monarcas e os presidentes reinam ou presidem, mas não governam, porque o governo todo é obra do gabinete, designadamente do primeiro ministro (que) concentra ... o exercício do monopólio da autoridade de governo, neutralizando ... a figura do Chefe de Estado, habitualmente desfalcado de faculdades ativas e mero representante ou símbolo da unidade do poder ou da nação.”⁷

Por outro lado, no parlamentarismo *dualista* o chefe de estado teria poderes efetivamente relevantes (bem longe de apenas simbólicos) como foi o caso – ainda segundo Bonavides – da experiência parlamentarista brasileira de 1961.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 196.

⁷ Idem, p. 188.

Ora, a existência de um presidente eleito diretamente pelo povo e com poderes relevantes e sua convivência com um governo politicamente responsável perante o parlamento é exatamente o que caracteriza o semipresidencialismo.

Como experiência histórica o semipresidencialismo surge (sem este nome) com a Constituição da Finlândia de 1919⁸. Já como conceito de direito constitucional e de ciência política, para distinguir esse sistema de governo de seus concorrentes (o parlamentarismo e o presidencialismo), o semipresidencialismo é uma criação – ou uma constatação – do constitucionalista francês Maurice Duverger⁹.

Com efeito, ao analisar a Constituição Francesa de 1958, após a emenda (de 1962) que introduziu a regra da eleição direta para presidente, Duverger chegou à conclusão de que com ela teria surgido o que ele denomina pela primeira vez de “regime semipresidencial”¹⁰, por ele caracterizado:

“pelo fato de que o Chefe de Estado é eleito por sufrágio universal direto e possui certos poderes que excedem aqueles de um chefe de estado parlamentar normal. No entanto, o governo é confiado a um gabinete formado por um primeiro ministro e demais ministros que podem ser derrubados por um voto do parlamento”¹¹

Para compreender o semipresidencialismo o melhor caminho é o de partir do conceito de parlamentarismo. Embora existam sistemas parlamentaristas com características muito distintas¹² (assim como existem sistemas presidencialistas¹³ e semipresidencialistas também

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo Vol. I Teoria do sistema de Governo Semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198/200. O mesmo autor esclarece que reformas constitucionais recentes (1991 e 2000) reduziram os poderes do presidente da república, de modo a gerar dúvidas quanto à permanência do sistema finlandês como semipresidencial.

⁹ “Deve-se a Maurice Duverger a descoberta da novidade, ou seja, do semipresidencialismo enquanto novo e autônomo sistema de governo, tal como se lhe deve a designação proposta para identificar esse sistema”. NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo Vol. I Teoria do sistema de Governo Semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 101. Ainda segundo Novais, Duverger teria usado pela 1ª vez dessa designação na 11ª edição de seu livro, de 1970. Novais, p. 104.

¹⁰ Mas Duverger expressamente enquadra nessa nova categoria regimes anteriormente existentes, incluindo a própria Finlândia e a Constituição de Weimar. DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 17ª edição. Paris: PUF, 1988, p. 188-192.

¹¹ DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 17ª edição. Paris: PUF, 1988, p. 322.

¹² Duas são importantes para esse estudo: uma é a que divide os sistemas parlamentaristas entre aqueles com clara predominância do primeiro ministro (como é o caso, em geral, do Reino Unido) e aqueles outros com clara predominância do parlamento (como é o caso da Itália). Outra é a que divide as constituições parlamentaristas entre aquelas em que a maioria é exigida para a *formação* do governo (incluindo aquelas onde o governo é constituído pelo chefe de estado, mas deve obter em curto espaço de tempo a aprovação da maioria do parlamento para continuar a existir) e aquelas nas quais o governo é constituído pelo chefe de estado e dura até o momento em que uma maioria decidir derrubá-lo.

¹³ Por exemplo: por mais que o presidencialismo brasileiro seja inspirado no dos EUA as diferenças são muito significativas. Aqui o presidente da república tem iniciativa legislativa (em alguns casos privativa), lá não tem

diferentes), sua marca distinta é que nele o governo, chefiado por um primeiro-ministro, só subsiste enquanto tiver a confiança ou ao menos a não oposição da maioria do parlamento. Assim, não há mandato fixo para um determinado governo em sistema parlamentar. Os governos durarão mais ou menos conforme consigam manter ou não o apoio de uma maioria do parlamento (ou, eventualmente, ao menos enquanto não tiverem contra si a oposição da maioria do parlamento).

Outra característica do parlamentarismo (ou ao menos do parlamentarismo “monista”, na visão de Bonavides) são os limitados (por vezes meramente cerimoniais¹⁴), poderes do chefe de estado, que, em geral, não exerce qualquer influência na escolha do primeiro ministro e na condução do governo. Por essa razão, a escolha desses chefes de estado ou é efetuada mediante eleição indireta pelo próprio parlamento (com pouca atenção do público) ou é deixada – nas monarquias – por conta da hereditariedade. O aumento da fragmentação partidária criando casos em que não há maioria claras no parlamento tem dado alguma margem de arbitragem política aos presidentes de algumas repúblicas (como e o caso da Itália e de Israel) e mesmo a alguns monarcas parlamentaristas (caso da Espanha); mas mesmo levando em conta essa realidade mais recente, os poderes de tais chefes de estado são realmente diminutos quando comparados aos de um presidente em sistema presidencialista e mesmo aos presidentes em sistemas semipresidencialistas (ao menos nas matrizes francesa e portuguesa).

Ora, a melhor forma de compreensão do semipresidencialismo – já expressa na concisa fórmula de Duverger – é a de que se trata de um sistema político no qual o governo depende da maioria do parlamento mas o chefe de estado é um ator relevante na cena política (ainda que não na atividade diretamente governativa), relevância dada, por um lado, pela legitimidade recebida pela eleição direta e, por outro, pela atribuição expressa de poderes constitucionais, dentre os quais, em geral, o poder de veto de leis, o poder de dissolução do parlamento, o poder de nomeação de agentes políticos importantes, dentre outros que veremos mais à frente.

Portanto, a melhor maneira de conhecer o sistema semipresidencial é (guardando em mente a necessidade de apoio parlamentar para a formação ou ao menos a continuidade do

nenhuma. Aqui o veto pode ser parcial, lá é tudo ou nada. Aqui o presidente nomeia livremente todo o seu ministério e praticamente todos os cargos em comissão. Lá, ao contrário, todos os servidores federais (com a exceção de poucos assessores diretos do presidente) dependem de aprovação do Senado.

¹⁴ Acreditação de embaixadores, sanção de leis e ratificação de tratados (sem que lhes seja reconhecido poder de veto), dentre outras.

governo), analisar quais são exatamente os poderes do presidente, poderes que, quando lhe são atribuídos, em geral o são em detrimento (por comparação a outros países) do primeiro ministro, ainda que seja relativamente comum que certos poderes presidenciais (no semipresidencialismo) dependam, na verdade, da concordância de ambos (presidente e primeiro-ministro).

Também importa registrar que existem distintas matrizes, ou grupos de semipresidencialismos. A primeira matriz é a austríaca caracterizada pelo fato de os poderes do presidente (ainda que eleito diretamente), serem mais reduzidos ou (ainda que não sejam constitucionalmente reduzidos) serem usados com extrema parcimônia. Em seguida temos a matriz portuguesa e francesa, onde os poderes do PR são bem mais amplos. O fato de a matriz austríaca se aproximar muito do próprio parlamentarismo (ainda que com ele não se confunda), nos parece suficiente para concentrar nosso estudo nas matrizes portuguesa e francesa e para, desde já, deixar claro que qualquer importação de um modelo dessa matriz equivaleria – efetivamente – à instauração de um parlamentarismo disfarçado.

Mas há outras razões para o nosso foco: A França é o caso mais estudado de constituição semipresidencialista não apenas pela importância do país, mas por seu pioneirismo quanto ao tema e, provavelmente, tem o chefe de Estado com maior concentração de poderes da Europa ocidental¹⁵, poderes que, em períodos nos quais o presidente e o primeiro-ministro pertencem ao mesmo partido, suplantam, em certa medida, os de um presidente em regime presidencialista. Ou seja, a crítica de que eventual importação do semipresidencialismo para o Brasil resultaria necessariamente em um Presidente institucionalmente fraco não é verdadeira, ainda que seja uma possibilidade.

Já Portugal tem um regime que pode ser compreendido como mais próximo do francês (do que do austríaco) embora, em alguma medida, os poderes do presidente sejam mais reduzidos. Essa diferença, e a tradicional troca de experiências entre os constitucionalismos

¹⁵ Marie-Anne Cohendet afirma que o presidente francês é “o chefe do executivo mais poderoso e mais incontrolável da União Europeia. Ele acumula os poderes de fato do primeiro ministro inglês com a irresponsabilidade da Rainha da Inglaterra” (COHENDET, Marie-Anne. *Le Président de la République*, 2ª edição. Paris: Dalloz, 2012, p. 01). A afirmação exagera, mas não muito. Loewenstein, analisando a CRF de 1958 em sua redação original, afirmava, quanto ao PR francês, que: “Vista en su totalidad, la posición del presidente es la de un monarca constitucional que, caso de hacer uso de sus poderes de excepción, se convierte en un monarca absoluto”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, cit, p. 118.

brasileiro e português, apontam para a utilidade do estudo desse modelo para eventual adoção do sistema no Brasil.

Mas antes de prosseguir há que se fazer uma advertência, especialmente salientada por Jorge Reis Novais: é que, em grande medida, a partir de um determinado enquadramento jurídico-constitucional do semipresidencialismo em um país, é possível verificar o desenvolvimento de distintos modelos práticos do seu funcionamento (a rigor o mesmo acontece com o parlamentarismo ou o presidencialismo). Isso é especialmente verdadeiro em relação à França, pois aquele que se limitasse a ler os dispositivos da Constituição Francesa que delimitam os poderes do presidente nem de longe teriam a precisa ideia do efetivo alcance de seus poderes políticos.

Assim, por exemplo, o Presidente francês, formalmente, não tem o poder de demitir o primeiro-ministro, mas tem, na realidade francesa (quando o partido do presidente tem a maioria da assembleia), exercido esse papel com grande constância. Note-se bem, ele exerce esse papel não formal, ou juridicamente (já que, formalmente *não* tem esse poder), mas por meio de “pedidos” ou exortações políticas (ou mais propriamente “pressão” política) dirigidas aos primeiros ministros que, na prática constitucional francesa, acabam pedindo sua demissão (portanto formal e juridicamente não são *demitidos*).

Nas palavras de Reis Novais “a constituição funciona como quadro jurídico onde é possível inscrever e desenvolver diferentes modalidades de funcionamento prático dos sistemas de governo”¹⁶. Essa advertência é muito importante para o contexto brasileiro, e fundamental para evitar graves prejuízos que podem decorrer da importação descuidada de institutos jurídicos.

Isto porque a abertura semântica de alguns dispositivos que tratam dos poderes do presidente na França ou em Portugal – e que nesses países foram construídos progressivamente e de forma relativamente tranquila (por razões distintas, incluindo o papel modesto do conselho constitucional francês quando comparado ao STF) – aqui provavelmente seriam fonte de graves crises institucionais acerca de quem tem competência para isto ou aquilo.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo Vol. I Teoria do sistema de Governo Semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 243.

Pois bem, façamos então um pequeno estudo comparativo entre o semipresidencialismo em Portugal e na França.

III – O SEMIPRESIDENCIALISMO PORTUGUÊS E FRANÇÊS

III.1 – PODERES DO PRESIDENTE REFERENTES À ESCOLHA E DEMISSÃO DO GOVERNO

Segundo a Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP” – art. 187 “1”) o Primeiro-Ministro é nomeado pelo Presidente da República, “ouvidos os partidos representados na Assembleia da República¹⁷ e tendo em conta os resultados eleitorais”. Ou seja, há um requisito procedimental formal (receber os líderes de todos os partidos representados no parlamento) e outro requisito aberto (levar “em conta”, os resultados eleitorais).

Ainda assim, a rigor (ao menos do ponto de vista gramatical), o presidente nomeia como primeiro-ministro quem ele quiser¹⁸. O problema é que, pela CRP (isso não acontece na França, como veremos), o primeiro-ministro, no máximo em 10 dias após a sua nomeação (art. 192), deve submeter seu programa à assembleia, que deliberará no máximo em 3 dias, ocasião em que qualquer grupo parlamentar pode propor a rejeição do programa ou o Governo solicitar a aprovação de um voto de confiança. Como a rejeição do programa do Governo exige maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções é evidente que o presidente não deverá – mas poderá – nomear como primeiro-ministro alguém que sabidamente não alcançará a aprovação da maioria.

Na prática, quando há uma clara maioria (situação comum, embora mas cada vez *menos* comum, em Portugal), o presidente tem pouca ou nenhuma margem de manobra. No entanto,

¹⁷ Denominação do Parlamento português que é unicameral.

¹⁸ Claro que uma interpretação segundo a qual o presidente pode nomear qualquer pessoa, ainda que sem a mais remota chance de ser confirmada, representaria uma deslealdade institucional grave, que estaria violando sua responsabilidade para com a função que exerce, na forma que tratamos (nos seja permitida a menção) em MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Responsabilidade constitucional dos Agentes Políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 349/359.

quando a composição do parlamento está repartida de forma mais segmentada sua capacidade de escolha pode fazer toda a diferença.

Na França (artigo 8º da Constituição da República Francesa, doravante “CRF”), o presidente também é livre para nomear o primeiro-ministro que quiser (não tem sequer a obrigação formal de consulta aos partidos) mas seu poder é ainda maior pelo fato de que o primeiro ministro e o governo nomeados não tem qualquer obrigação de submeter previamente seu programa à assembleia. É verdade que a assembleia pode, a qualquer momento, submeter o governo a um voto de confiança por meio de proposta subscrita por ao menos 10% dos seus integrantes, mas o fato de não existir uma obrigação imediata de deliberação sobre o novo governo faz com que a iniciativa política para derrubá-lo tenha que vir da assembleia nacional.

A queda do Primeiro Ministro e de seu governo depende, tanto na França quanto em Portugal – como em geral em sistemas parlamentaristas – de deliberação parlamentar (da Assembleia da República em Portugal e da Assembleia Nacional na França¹⁹) aprovando uma moção de censura, não aprovando o programa de governo (ou, em Portugal, não aprovando uma moção de confiança).

Mas, além disso, a CRP (art. 195 “2”) prevê uma possibilidade (desconhecida pela CRF) de demissão do primeiro-ministro pelo presidente “quando tal se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas”, com o único requisito formal de ser “ouvido o Conselho de Estado²⁰”. Canotilho e Vital Moreira, ao comentarem este artigo, tratam da vinculação dessa prerrogativa presidencial “à existência de certos pressupostos de facto (...) e a certas condições de direito²¹” que examinam em detalhes. Concordamos – no campo doutrinário – com os ilustres autores no sentido de que a hipótese de demissão é condicionada. No entanto, não podemos deixar de sublinhar o perigo representado por cláusula com tamanho grau de indeterminação, que, embora útil em momento de crise real, se presta facilmente a um

¹⁹ Que tem um parlamento bicameral, composto pela Assembleia Nacional e pelo Senado (que não participa da demissão do Governo).

²⁰ O Conselho de Estado em Portugal (que não tem qualquer semelhança com seu famoso homônimo francês) é órgão político de consulta do Presidente da República, por ele presidido e composto pelos seguintes membros: O Presidente da Assembleia da República; o Primeiro-Ministro; o Presidente do Tribunal Constitucional; O Provedor de Justiça; os presidentes dos governos regionais; os antigos presidentes da República eleitos na vigência da Constituição que não hajam sido destituídos do cargo; cinco cidadãos designados pelo Presidente da República pelo período correspondente à duração do seu mandato; cinco cidadãos eleitos pela Assembleia da República, de harmonia com o princípio da representação proporcional, pelo período correspondente à duração da legislatura

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. II*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 463/465.

uso abusivo por parte de eventual presidente pouco comprometido com as regras do jogo democrático. Ou seja, se é que o semipresidencialismo pode ser bom para o Brasil, esse é o tipo de redação que deve ser evitada.

Quanto ao presidente francês já dissemos que, formalmente, ele não tem qualquer hipótese de demissão do Governo, mas, na prática constitucional francesa ele tem exercido esse “poder” sempre que seu partido controla a maioria da assembleia, persuadindo o primeiro-ministro a apresentar sua demissão.

III.2 – PODERES DE INFLUÊNCIA NA CONDUÇÃO DO GOVERNO

Partindo da formação do governo para o seu funcionamento, a princípio a condução do Governo – não apenas a tomada de decisões no seu dia-a-dia, mas também o espaço reservado à ação e à direção política (estudado, em especial pela doutrina italiana, sob o nome de função de *indirizzo politico*²² e, na doutrina portuguesa, como “função de orientação e de conformação política do Estado”²³) – é matéria reservada a seus componentes (o primeiro ministro e os demais ministros).

Mas o leitor menos familiarizado com o funcionamento dos sistemas parlamentaristas não deve confundir os poderes de um primeiro ministro em relação aos demais ministros com os poderes de um presidente em regime presidencialista. É preciso ter em mente a figura do governo como instância formal de tomada de decisões coletivas. Ou seja, em sistemas parlamentaristas e semipresidencialistas existem decisões que não podem ser tomadas isoladamente pelo primeiro ministro, mas que dependem de deliberação a ser formalmente tomada em reunião na qual tem assento e voto todos (ou a maioria) (d)os ministros. Esta instância, denominada por vezes Gabinete ou, o que é mais comum, Conselho de Ministros é, em geral (com variações importantes) responsável pelas mais importantes decisões a serem tomadas pelo Governo.

²² Vide BARILE, Paolo. *Istituzioni di diritto pubblico*. 6ª ed. Padova: Cedam, 1991, p. 278 e ss. Para a doutrina argentina vide VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Estado de derecho*, 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 116-130.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da República (especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra editora, 1991, p. 33, 43 e, dos mesmos autores, *Constituição da República Portuguesa anotada Vol. II*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 413-414.

Pois bem, em ambos os sistemas sob análise, o Presidente possui poderes que lhe possibilitam exercer influência importante em certos assuntos de governo, poderes que, em certo sentido, o fazem um ator relevante na formação do *indirizzo político* do Estado. Note-se que, como afirmamos em trabalho anterior²⁴:

“diversos órgãos constitucionais participam ou ao menos influenciam o exercício desta função, a começar pelo seu maior titular, o corpo eleitoral, que, ao se expressar nas eleições, faz obviamente uma escolha política. O Poder Legislativo, da mesma forma, inegavelmente opera escolhas políticas de suma importância. No entanto, o operador por excelência da direção política do Estado é o poder executivo. E isto não porque ele seja o único a tomar decisões políticas, nem porque tome as mais importantes (papel da própria Constituição), mas sim porque as toma constantemente”.

Pois bem, na França (art. 9º da CRF), o presidente “preside” o conselho de ministros por direito próprio, o que lhe dá um enorme poder de orientação da agenda política²⁵, mesmo em situações de coabitação²⁶. Já o Presidente português (CRP art. 133 “i”) só preside o Conselho de Ministros se for convidado pelo primeiro-ministro, o que nunca ocorreu²⁷.

Em matéria de política de defesa tanto o Presidente Português como o francês são os comandantes das forças armadas (art. 120 da CRP e 15 da CRF). Isso significa que cabe ao Presidente dar ordens às referidas forças. Mas os dispositivos não afastam a circunstância de que a orientação da política de defesa não está excluída da orientação geral do governo, que cabe ao primeiro-ministro. Assim, a correta delimitação dos poderes sobre o assunto acaba sendo difícil.

²⁴ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Responsabilidade constitucional dos Agentes Políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 54-55.

²⁵ Novais (p. 245/248) minimiza a importância dessa prerrogativa, alegando que os poderes a que ela corresponde (“conhecer a agenda, poder de alguma forma influenciar o que se discute, tomar conhecimento da posição dos vários membros do Governo ... e, sobretudo ... recusar-se a assinar os decretos, que devendo ser decididos em Conselho de Ministros e sendo por este aprovados, carecem da assinatura do presidente”) não seriam muito diferentes do sistema português. Discordamos dessa posição pois a presidência do Conselho não dá ao presidente francês a mera capacidade de “conhecer a agenda” e sim em decidir sobre a composição dos itens dessa mesma agenda, o que certamente é um poder importante (que o presidente português não tem). Nas palavras de CARCASSONNE e GUILLAUME (comentando o artigo da CRF que dá a presidência do Conselho ao presidente) o presidente é “*maître de l’ordre du jour et de la délibération*”. CARCASSONNE, Guy, GUILLAUME, Marc. *La Constitution introduite et commentée par*, 14ª edição. Paris: Seuil, 2017, p. 90.

²⁶ Situações nas quais o Presidente, eleito por um partido, é obrigado a conviver “coabitar” com um primeiro ministro escolhido por partido que lhe é oposto.

²⁷ Pelo menos até 2007, Novais, p. 219. Vale a comparação com os poderes do Rei Espanhol que, segundo o artigo 62 “g” da Constituição da Espanha, também preside o conselho de ministros a convite do primeiro-ministro. Ocorre que, ao contrário do que ocorre em Portugal, na Espanha esse convite já ocorreu (e o Rei aceitou), pelo menos duas vezes desde a coroação de Felipe VI (<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2020/180220-consejozarzuela.aspx>, acessado em 13.10.21).

Outra forma importante de influência é por meio da sanção (ou veto) das leis. Com efeito, em todos os sistemas parlamentaristas cabe ao chefe de estado sancionar (ou meramente promulgar) as leis, mas a quase unanimidade da doutrina sustenta que se trata de atividade vinculada, não havendo, portanto, espaço para veto (salvo, em alguns países, no caso de inconstitucionalidade formal²⁸).

Já no caso do semipresidencialismo os poderes do presidente são bem mais amplos. Em Portugal o Presidente pode vetar projetos de lei (inclusive por motivação meramente política), podendo a Assembleia derrubar o veto por maioria absoluta (como regra geral) ou apenas por dois terços (dos deputados presentes) quando o projeto envolva certas matérias (art. 136).

Alternativamente, o Presidente pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade da medida (art. 278). Além disso o presidente também precisa promulgar os decretos aprovados pelo Governo, podendo (embora haja alguma polêmica sobre o assunto) se recusar a fazê-lo o que exige do governo alguma negociação com o Presidente.

Na França o Presidente tem poderes mais modestos sobre a matéria (mas ainda assim relevantes). Ele pode (art. 10 da CRF) solicitar ao Parlamento nova deliberação sobre os projetos de lei aprovados, o que equivale ao veto, mas sem que seja fixado qualquer quórum especial para que a lei seja aprovada. Ele também pode solicitar o controle preventivo dos projetos de lei perante o Conselho Constitucional (art. 61 da CRF).

Em matéria de política externa o presidente português tem a atribuição de “ratificar os tratados internacionais”²⁹, mas a condução da política externa é do governo. Já na França, em matéria de política externa, o presidente exerce um protagonismo maior, tendo a atribuição de “negociar e ratificar os tratados”³⁰ (sujeitos a ratificação) e de ser mantido informado de qualquer outra negociação tendente à celebração de um acordo internacional para o qual não

²⁸ Como é o caso da Alemanha, conforme exposto em CURRIE, David P. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 137.

²⁹ Artigo 135 “b”.

³⁰ Artigo 52 da CRF.

seja exigível a ratificação³¹. Ou seja, trata-se de verdadeiro poder de condução da política externa e não de mera possibilidade de veto daquilo que tenha sido negociado pelo Governo³².

Em matéria de poder de condução do Governo vale mencionar o artigo 16 da CRF que dá poderes ao Presidente para agir em situações de crise grave³³. A extensão dos poderes não é definida, mas parece pressupor que o Presidente assume um elevado protagonismo, ainda que temporário, na condução do governo. O dispositivo, no entanto, ressalva o pleno funcionamento do Congresso e proíbe sua dissolução durante o exercício dos poderes conferidos pelo dispositivo³⁴.

III.3 – PODERES DE ESCOLHA DE AGENTES

Pela CRP há uma série de agentes públicos que são nomeados pelo Presidente após proposta do primeiro-ministro (caso dos demais ministros) ou do Governo (como é o caso do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral da República, do Chefe do Estado Maior das Forças Armadas e de outros agentes militares e dos embaixadores). O problema é que a CRP não é clara quanto à possibilidade de recusa, por parte do Presidente, do nome indicado pelo primeiro-ministro. Canotilho e Vital Moreira, em relação à nomeação de embaixadores, afirmam impor-se uma “tarefa de cooperação política entre o PR e o Governo, pois o PR nunca pode escolher um agente diplomático que não lhe tenha sido proposto pelo Governo, e este não pode impor unilateralmente uma nomeação³⁵”. Já em relação ao poder de nomeação dos demais ministros, depois de afirmarem que se trata de “poder compartilhado”,

³¹ Pelo artigo 53 da CRF estão sujeitos à ratificação (pelo PR) após prévia aprovação pelo Parlamento os tratados de paz, de comércio, os relativos a organizações internacionais, aqueles que preveem desembolso de recursos pelo tesouro francês, que modificam disposições legislativas, que são relativos ao estado das pessoas e aqueles que incluem alterações territoriais.

³² Um reflexo desta diferença é que no Conselho Europeu – órgão político de cúpula da União Europeia – Portugal é representado por seu primeiro-ministro enquanto a França é representada por seu Presidente.

³³ “Quando as instituições da República, a independência da nação, a integridade de seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais são ameaçados de maneira grave e imediata e o funcionamento dos poderes públicos constitucionais é interrompido”.

³⁴ O perigo desse dispositivo, muito criticado pela doutrina francesa, é demonstrado pelo fato de que foi incorporado, com poucas modificações, pela Constituição da Tunísia de 2014 e acaba (em agosto de 2021) de ser invocado pelo seu Presidente, ironicamente um professor de direito constitucional, para dar um golpe de estado (fechando o congresso). Sobre este recente golpe nos seja permitido fazer referência a breve artigo nosso, disponível em <https://terapiapolitica.com.br/nos-e-a-tunisia/>, acessado em 24.09.21

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. II*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.198.

continuam, de forma mais ambígua, dizendo que “Saber em que medida este poder do PR é mais do que um poder formal e adquire relevância política decisiva depende das relações entre o PM e o PR e do grau de responsabilidade política do Governo perante o último”³⁶.

Em suma, as situações serão variadas. Um presidente do mesmo partido do primeiro ministro provavelmente se sentirá mais à vontade para sugerir e vetar nomes. Caso contrário (primeiro ministro de partido contrário), provavelmente só recusará a nomeação em casos mais graves (de incapacidade manifesta). Ainda assim, a ambiguidade da relação entre presidente e governo é uma possível fonte de conflitos institucionais.

Na França os poderes de nomeação de que dispõem o presidente são mais amplos. Há uma série de agentes (mencionados pela CRF art. 13) que são nomeados em conselho de ministros, ou seja, necessitam da concordância do presidente, ainda que também precisem da concordância do primeiro-ministro (art. 19). Mas note-se que, no caso francês, sequer existe um direito de iniciativa do primeiro-ministro; o que a Constituição exige é que ambos estejam de acordo sobre a nomeação. Os principais cargos são os de membros do conselho de estado, embaixadores, membros da corte de contas, prefeitos (que, na França, são representantes locais do poder central, com atribuições importantes) oficiais-generais e diretores das administrações centrais (uma espécie de secretaria-geral de cada ministério). Além disso, vários outros cargos listados em lei também dependem da concordância do Presidente.

Ademais, o Presidente francês nomeia (sem qualquer intervenção do primeiro-ministro) três dos nove membros do Conselho Constitucional³⁷, incluindo o seu presidente. Tal atribuição tem importância ainda maior pelo fato de a nomeação ser para um mandato de nove anos não renovável, o que significa uma rotatividade significativa em sua composição. Em Portugal, por comparação, o Presidente não nomeia nenhum dos membros do Tribunal Constitucional.

³⁶ *Idem*, p. 185.

³⁷ Artigo 56 da CRF. O Conselho Constitucional Francês é o mais peculiar dos tribunais constitucionais ocidentais uma vez que, até relativamente pouco tempo, não fazia controle posterior (mas apenas preventivo) de constitucionalidade das leis. Essa possibilidade foi aberta em 2009 com (a introdução do artigo 61-1 na CRF e) a criação da “questão prioritária de constitucionalidade” (“QPC”) espécie de incidente de inconstitucionalidade (remotamente parecido com nosso incidente de arguição de inconstitucionalidade) que permite o controle pelo Conselho Constitucional apenas de alegações de violações a “direitos e liberdades” constitucionais (ou seja, não é possível alegação de inconstitucionalidade formal, por exemplo). Ainda assim, trata-se, cada vez mais, de instituição fundamental no horizonte constitucional francês, adquirindo importância igual ou até superior ao bem mais antigo Conselho de Estado.

III.4 – PODER DE DISSOLUÇÃO DO CONGRESSO

O poder de dissolução do congresso por iniciativa (própria³⁸) do presidente é uma das principais características do semipresidencialismo³⁹. É este poder que permite ao presidente influir decisivamente nas escolhas políticas nacionais ao escolher (dentro de certos limites) os momentos nos quais a última palavra sobre uma crise política será dada pelo povo. Importante registrar que tal poder estará “presente” não apenas quando é efetivamente exercido, mas também como uma “possibilidade” sempre latente em situações de crise.

Em Portugal o Presidente (art. 133 “e” e 172) pode dissolver a Assembleia da República, desde que cumpridos dois requisitos: ouvir os partidos nela representados e o Conselho de Estado. A dissolução não pode ocorrer nos seis meses posteriores à eleição da última assembleia, nem no último semestre do mandato do Presidente da República ou durante a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência.

Na França o Presidente também pode dissolver a Assembleia Nacional após consulta ao primeiro-ministro e aos presidentes das assembleias. Não pode haver uma nova dissolução durante um ano após as eleições seguintes a uma dissolução (tampouco, como vimos, pode haver dissolução durante o uso dos poderes excepcionais do presidente).

IV – CONDIÇÕES PARA UM SEMIPRESIDENCIALISMO NO BRASIL

A resposta completa quanto à conveniência da adoção do semipresidencialismo no Brasil exigiria aportes não apenas do campo estritamente constitucional, mas também da ciência

³⁸ E não apenas por iniciativa do primeiro ministro como é a regra no parlamentarismo.

³⁹ Canotilho e Vital Moreira, embora não adotem a denominação “semipresidencialismo” para o regime português, anotam que, para aqueles que assim entendem, o poder de dissolução “será mesmo o ‘poder dos poderes’, aquele que se ergue como autolegitimador da forma ‘semipresidencialista’”. CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. II*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.184.

política, o que não caberia neste trabalho. Mas podemos nos arriscar sobre alguns pontos do debate.

O semipresidencialismo é um sistema interessante porque permite aliar algumas boas características do presidencialismo (um presidente eleito diretamente pelo povo com poderes efetivos, mas sem ser o responsável direto pela condução do governo) com outras do parlamentarismo (uma crise de governo não precisa envolver o grau de tensão, o risco de ruptura e a paralisia que caracterizam as crises do presidencialismo, uma vez que a substituição de um mal governante pode ser feita de forma rápida). Mas trata-se, nas palavras de Jorge Reis Novaes, de sistema no qual “há uma complexidade ... que não encontra paralelo em qualquer dos outros dois sistemas”⁴⁰ (parlamentar e presidencialista) e que depende em medida maior do que o presidencialismo de uma vontade de participar do jogo constitucional.

Ou seja, o semipresidencialismo seria um sistema mais sujeito ao jogo bruto constitucional tão bem denunciado por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (em obra tão importante para a defesa da democracia e para o necessário diálogo entre direito constitucional e ciência política⁴¹).

Neste ponto poderíamos afirmar então que o semipresidencialismo deveria ser descartado num país, como o Brasil, com uma democracia que ainda não conta, por exemplo, com partidos consolidados, e que tem estado sob forte teste de *stress* por parte de seu atual presidente.

No entanto, foi exatamente entre democracias recentes – sem qualquer tradição de partidos políticos – que o semipresidencialismo floresceu e tem demonstrado bons resultados. Com efeito, boa parte das novas democracias do Leste europeu optou pelo sistema semipresidencial, incluindo Bulgária, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Lituânia, Polônia (esse um exemplo menos feliz) e Romênia⁴².

⁴⁰ P. 177

⁴¹ LEVITSKY Steven e ZIBLATT Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo Vol. I Teoria do sistema de Governo Semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 196. Gostaríamos de lembrar do caso da Constituição da Tunísia de 2014 (a única constituição adotada de forma democrática como resultado da denominada Primavera Árabe) que, a nosso ver, adota um regime relativamente próximo do sistema francês, portanto semipresidencial. No entanto, embora o constituinte tunisiano estivesse “obsecado por uma ideia fixa: romper com o regime presidencialista em sua versão corrompida” (ACHOUR, Rafâa Ben. “La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014”. *Revue Française de Droit*

Mas, como vimos, a maioria dos dispositivos que atribuem poderes ao presidente nas constituições francesa e portuguesa são redigidos na forma de cláusulas bastante abertas. A importação do semipresidencialismo para o Brasil com o uso de tais cláusulas tem tudo para resultar em um desastre. E isso por várias razões: por um lado o enorme protagonismo já assumido pelo Supremo Tribunal Federal no campo político seria ampliado exatamente no espaço da ambiguidade de tais cláusulas e, por outro, elas serviriam de apoio para presidentes com pouco ou nenhum compromisso constitucional criarem tensões institucionais⁴³. Se a isso acrescentarmos a pouca tradição partidária do Brasil teremos ótimos ingredientes para crises.

No entanto, acreditamos que uma importação cuidadosa do semipresidencialismo para o Brasil pode – é apenas uma possibilidade – ter um efeito positivo, ao permitir que o presidente eleito pelo povo, continue como ator relevante na política nacional, ao mesmo tempo em que se tenta trazer maior estabilidade à condução dos governos (vale lembrar que a troca de ministros no Brasil por vezes é mais intensa do que em sistemas parlamentaristas⁴⁴), desde que observados diversos requisitos.

O primeiro é o da reserva de poderes relevantes para o Presidente, de forma a que ele possa efetivamente influenciar na condução do país, tomando como patamar mínimo o feixe de poderes do presidente português. Além disso tal importação deve ser feita com o máximo de cuidado na redação dos dispositivos constitucionais, evitando-se fórmulas muito abertas e prevendo-se solução para impasses já previsíveis (como os impasses decorrentes de ausência de acordo para nomeações para as quais devam concorrer presidente e primeiro ministro).

Além disso devem ser tomadas precauções para evitar que o semipresidencialismo no Brasil traga a instabilidade de certos regimes parlamentaristas (como a Itália e Israel) com a queda sucessiva de governos. Discutir esse ponto exigiria entrar em uma discussão mais detalhada sobre os distintos sistemas parlamentaristas, mas a introdução de cláusulas que impeçam a derrubada de governo sem a concomitante formação de outro, assim como

Constitutionnel n°. spécial n°. 100, 2014, p. 792), a Tunísia, como já mencionamos, acaba de sofrer um golpe de estado dado por seu próprio presidente.

⁴³ Vide o que foi feito recentemente no Brasil em torno da interpretação do artigo 142 da Constituição Federal.

⁴⁴ Por exemplo, durante os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (de 01.01.1995 a 31.12.2002) o Ministério da Justiça teve nove integrantes, o que significa que cada ministro, na média, ficou menos de um ano à frente do Ministério.
<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJAD82FBF6ITEMID167E69F1F31F449882B7D9B1BA8D3C5CPTBRIE.htm> (acessado em 04.09.2014).

imponham períodos mínimos (entre 6 a 8 meses, por exemplo) para a derrubada de novos governos (na linha da Alemanha), seriam de grande valia. Também seria necessário (mas trata-se de requisito político), que os partidos passem a dedicar mais atenção às eleições congressuais.

Há outros problemas a serem enfrentados. Seria claramente ilegítimo e inconstitucional que um grupo pretenda implantar um semipresidencialismo como forma de minar os poderes do presidente apenas porque o candidato mais forte nas próximas eleições é de grupo contrário. O papel que certos arautos do semipresidencialismo no Brasil tiveram nas últimas crises institucionais brasileiras legitima essa preocupação. Mas, por outro lado, tachar de golpista qualquer pretensão de debater o tema é erro também sério, por vedar um debate necessário à evolução institucional Brasileira. Afinal, como lembra Bonavides, o presidencialismo *já prestou grandes desserviços ao Brasil*. Nas palavras do homenageado dessa publicação:

“A teoria das formas de governo ... não é tão abstrata quanto apregoam os pragmatistas do poder político, abraçados unicamente à análise casuística dos elementos conjunturais oferecidos por realidades humanas cambiantes e rebeldes a uma previsão de base lógica no plano institucional, tributário da esfera mais alta e mais plena de sentido que é o comportamento dos dirigentes. No presidencialismo o estadista é a exceção⁴⁵”.

Outro problema que não é trivial é saber se é constitucionalmente legítimo instaurar o semipresidencialismo depois da população brasileira ter recusado o parlamentarismo há relativamente pouco tempo. A objeção é séria e nos parece correta para qualquer versão do semipresidencialismo que atribua ao presidente (mesmo que eleito diretamente) poderes ligeiramente acima daqueles cerimoniais, suficientes (apenas) para que possam minimamente defender que não se trata de parlamentarismo puro e simples. Mas a mesma objeção não parece ser suficiente para impedir a adoção de um semipresidencialismo no qual o presidente tenha poderes importantes, para os quais, como já dissemos, o modelo português parece representar um bom exemplo do patamar mínimo.

De todo modo, o ideal seria a adoção do semipresidencialismo por meio de plebiscito no qual a população soubesse – com antecedência – qual o modelo concreto que seria adotado. Ou seja, não se deve perguntar ao povo se concorda ou não com a adoção do “semipresidencialismo” e sim com um determinado modelo concreto no qual estejam expressas as atribuições do presidente, do primeiro-ministro, do governo e do congresso. Do contrário,

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. “A solução parlamentarista” in *Revista de Informação Legislativa*, v. 20 n. 80, p. 103-108 out/dez. 1983, p. 105.

como já vimos (dada a ampla gama de regimes que se enquadram no conceito), a população poderá efetivamente estar comprando “gato por lebre”.

Em suma, nossa resposta à questão inicial (frustrante para os que buscam certezas confortantes), é que o semipresidencialismo tem potencialidades que, ao menos, justificam que seja debatido seriamente, inclusive por seus opositores. Para isso é preciso que seja minimamente conhecido. Esperamos ter contribuído para esse objetivo.

BIBLIOGRAFIA

ACHOUR, Rafâa Ben. “La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014”. *Revue Française de Droit Constitutionnel* n°. spécial n°. 100, 2014.

ALENCASTRO, Luiz Felipe “De novo, a panaceia parlamentarista”. in *Ilustríssima* suplemento do jornal *Folha de São Paulo*, 16.08.15, p. 03, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/08/1668700-de-novo-a-panaceia-parlamentarista.shtml>.

BARILE, Paolo. *Istituzioni di diritto pubblico*. 6ª ed. Padova: Cedam, 1991.

BONAVIDES, Paulo. “A solução parlamentarista” in *Revista de Informação Legislativa*, v. 20 n. 80, p. 103-108 out/dez. 1983.

_____. *Curso de direito constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. I*, 4ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. *Constituição da República Portuguesa: anotada Vol. II*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Os poderes do presidente da República (especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

CARCASSONNE, Guy, GUILLAUME, Marc. *La Constitution introduite e commentée par*, 14ª edição. Paris: Seuil, 2017.

- COHENDET, Marie-Anne. *Le Président de La République*, 2ª edição. Paris: Dalloz, 2012.
- CURRIE, David P. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- DUHAMEL, Olivier. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 2ª ed. Paris: Seuil, 2011.
- DUHAMEL, Olivier MÉNY, Yves (org.). *Dictionnaire Constitutionnel*. Paris: PUF, 1992.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 17ª edição. Paris: PUF, 1988.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FONSECA, Annibal Freire. *Do Poder Executivo na Republica Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova Iorque: Signet Classic, 2003.
- HORTA Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- KAGAN, Elena. “Presidential Administration”. *Harvard Law Review*, June, 2001, n 114.
- LEVITSKY Steven e ZIBLATT Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La constitución*, 2ª edição, 4ª reimpressão. Barcelona: Ariel Derecho, 1986.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A Responsabilidade constitucional dos Agentes Políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- _____. “Nós e a Tunísia”, publicado em 31.08.21 no blogue Terapia Política, disponível em <https://terapiapolitica.com.br/nos-e-a-tunisia/>, acessado em 24.09.21
- MENDES; Gilmar Ferreira Mendes e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 9ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II*. Coimbra: Coimbra editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo Vol. I Teoria do sistema de Governo Semipresidencial*. Coimbra: Almedina, 2007.
- OTERO, Paulo. *Direito constitucional português vol. II Organização do Poder Político*. Coimbra: Almedina, 2010.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1967.

ROSENFELD, Michel e SAJÓ, András (ed). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: Como mudam as constituições*. Brasília: Editora UNB, 1996.

SCHWARTZ, Bernard. *A Commentary on The Constitution of the United States Part I Vol. I*. Nova Iorque: Macmillan, 1963.

_____. *A Commentary on The Constitution of the United States Part I Vol. II*. Nova Iorque: Macmillan, 1963.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*, 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Estado de derecho*, 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NA OBRA DE PAULO BONAVIDES: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA

RUBENS BEÇAK¹

GUILHERME DE SIQUEIRA CASTRO²

INTRODUÇÃO

A aceção de democracia é uma das mais disputadas nas ciências sociais. É possível falar-se em democracia representativa,³ democracia participativa,⁴ democracia deliberativa,⁵ democracia agonística,⁶ democracia consociativa,⁷ dentre outras taxinomias. Essa ampla gama

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado da Universidade de São Paulo (USP). Professor no Programa de Pós-graduação da UNESP – Franca. Professor visitante da Universidad d Salamanca (USAL). E-mail: prof.becak@usp.br

² Mestre em Direito pela da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP. Especialista em Processo Civil pela FDRP / USP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM. Contato: guicastrosp@gmail.com

³ A democracia representativa ou liberal é o sistema de governo que envolve a eleição de agentes políticos que tomam para si a tarefa de representar os interesses ou pontos de vista dos cidadãos em um Estado submetido ao império da lei (HELD, 1995, p. 5).

⁴ A democracia participativa ou direta é um sistema de tomada de decisões políticas cujo protagonismo é do cidadão, que está diretamente envolvido nos rumos dos assuntos públicos (HELD, 1995, p. 5).

⁵ A democracia deliberativa pode ser entendida como um direito-dever de participação na vida política, de procura engajada no bem comum” (SAMPAIO, 2015, p. 44). As práticas deliberativas, entendidas como participação em um processo coletivo de tomada de decisão política, no qual a livre exposição de ideias e suas justificativas para que a decisão seja tomada num sentido ou noutro, baseado no debate livre, com iguais oportunidades para todos (BEÇAK, 2014, p. 75).

⁶ A democracia agonística é uma teorização da cientista política Chantal Mouffe (2005). Cuida-se de uma crítica ao modelo de democracia deliberativa, que na visão da autora, ao enfatizar procedimentos de discussão racionais, neutraliza a pluralidade de ideias e o papel da paixão na política. A partir de uma apropriação crítica do conceito do político formulado por Carl Schmitt, a dicotomia amigo / inimigo é redefinida na democracia agonística de modo que o inimigo passa a ser um adversário, “pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão (MOUFFE, 2005, p. 20)”. Nessa visão o adversário é alguém que compartilha os princípios básicos do jogo democrático, um antagonista legítimo.

⁷ A democracia consociativa ou consensual é um modelo de governo baseado em um arranjo político entre as elites representativas de sociedades fragmentadas, multiétnicas ou multiconfessionais (v. g. Líbano, Holanda, Bélgica e Iraque). Nesse arranjo, os diversos grupos e facções celebram um grande acordo institucional em prol da governança, com a divisão de poderes entre os diferentes grupos antagonísticos nas funções estatais. Cuida-se de um modelo de partilha de poder com base na proporcionalidade, especialmente no que diz respeito à representação política parlamentar no Parlamento, e na possibilidade do veto minoritário, ou seja, na possibilidade de um grupo suspender uma mudança política-institucional, ainda que almejada pela maioria. Na visão de Ljphart, o modelo

de classificação demonstra a dificuldade de tratar o tema da democracia nas ciências sociais. Mesmo quando se analisa a obra de um autor específico, não se pode pressupor definições pré-determinadas ou naturais.

Pensadores(as) com sólidas pesquisas muitas vezes empregam ao mesmo termo um significado diferente, haja vista a profundidade e extensão da obra. Esse é o caso do constitucionalista Paulo Bonavides. A polissemia da palavra “democracia” é um desafio para o leitor. Assumir uma definição estática do termo implica em uma interpretação limitada do pensamento do autor. Para transpor essa dificuldade, o presente artigo busca fazer uma análise do tema democracia nos diversos escritos de Paulo Bonavides.

Cuida-se de uma investigação por imersão, voltada a absorver tudo que compõe o texto, seguir a correnteza dos argumentos utilizados, sem erigir barreiras no processo de compreensão. A interpretação é o resultado, não a premissa que orienta a atividade hermenêutica. Isso não quer dizer que não existem hipóteses iniciais na atividade intelectual, mas deve existir um tempo de latência entre essas intuições e a interpretação definitiva.

O método de pesquisa se inspirou, em parte, nas técnicas de análise de conteúdo, principalmente para organizar o material de pesquisa, mas seria incorreto afirmar que o presente artigo é uma análise de conteúdo da obra de Paulo Bonavides. Os pesquisadores não estão interessados em analisar frequência, ocorrência / ausência ou a intensidade de signos linguísticos. O objetivo da pesquisa é fazer uma descrição do pensamento do autor sobre a relação entre direito constitucional e democracia, explorar a potência teórica do pensamento de Bonavides para o direito constitucional, relacionando os resultados com a literatura sobre o assunto.

Para a consecução da tarefa, imperativo se faz informar ao leitor como foi a seleção dos documentos textuais a serem submetidos aos procedimentos de análise. No presente caso, os documentos foram escolhidos com base nas regras de organização da análise de conteúdo, a saber: regra da exaustividade, regra da representatividade, regra da homogeneidade e regra da pertinência (BARDIN, 2015, p. 122).

consensual permite aos diversos grupos manter lealdade ao regime, sem se sentir excluídos e discriminados do processo político (2019, p. 57).

A primeira regra, exaustividade, implica em abranger todas as obras publicadas pelo autor analisado. Considerando que Paulo Bonavides era um autor lido no exterior, mas que pensava o direito constitucional a partir da realidade brasileira, a coleta do material se restringiu aos textos publicados no Brasil.

Buscou-se, ainda, garantir a homogeneidade dos documentos, o que implicou na opção de analisar os livros de Bonavides e descartar artigos, palestras e entrevistas, publicados em revistas e jornais. Descartou-se, também, documentos cujo suporte não é o texto escrito (gravações de áudio ou vídeo).

A regra da representatividade não necessitou ser empregada, pois o material não foi submetido a técnicas estatística de seleção por amostragem. A regra de pertinência na seleção de documento implicou na utilização de documentos adequados enquanto fonte de informação, que tratam do tema do constitucionalismo e democracia.

Considerando que muitas das discussões sobre o tema anteriores ao advento do “*Curso de Direito Constitucional*” foram incorporadas na aludida obra e, tendo em vista que o próprio autor afirmava que o “*Curso de Direito Constitucional*”, “a par da ‘*Teoria Constitucional da Democracia Participativa*’ (2001) e ‘*Do País Constitucional ao País Neocolonial*’ (1999), compõe uma trilogia que espelha a imagem do humanismo subjacente ao constitucionalismo contemporâneo (BONAVIDES, 2020, p. 35), foram escolhidos 3 (três) documentos para compor o *corpus*⁸ analítico, conforme tabela 01.

Número do documento	Título
Documento 1	Curso de Direito Constitucional
Documento 2	Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional
Documento 3	Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade

Tabela 1 - corpus (livros de Paulos Bonavides)

Os documentos componentes do *corpus* foram preparados de maneira material e formal (BARDIN, 2015, p. 126). O preparo material consistiu na digitalização de todos os documentos

⁸ “O *corpus* é o conjunto dos documentos tidos em conta para serem submetidos aos procedimentos analíticos (BARDIN, 2015, p. 122)”.

para facilitar o tratamentos dos dados. Os documentos passaram por um preparo formal ou edição. Foi feita uma pesquisa textual no *corpus* com base na palavra-chave “democracia”. Os trechos dos documentos com menção à palavra-chave foram selecionados e transcritos para o programa *Microsoft Word*, no formato justificado, espaçamento 1,5, letra *times new roman*, tamanho 12.

As transcrições baseadas na palavra-chave é uma iniciativa utilizada para selecionar e organizar sistematicamente a comunicação do autor sobre o conteúdo pesquisado. A expressão “democracia” é o rótulo principal que orientou a seleção, organização e sistematização do material, entretanto não é o único utilizado nesse trabalho. Há expressões correlatas, tais como “democrata”, “democrática” e “democrático” que também foram observadas na seleção dos textos.

Por derradeiro, imperativo consignar que outras obras do autor foram consultadas. Entretanto, essas obras consultadas não foram submetidas ao método de análise aplicado ao *corpus* da pesquisa. Eventuais referências a esses textos serão devidamente creditadas, como é de rigor na elaboração de um texto científico.

1. HIPÓTESE DE PESQUISA, REVISÃO DA LITERATURA E CODIFICAÇÃO DOS DADOS

Trata-se de uma pesquisa teórica, baseada em levantamento de documentos textuais produzidos por Paulo Bonavides. A proposição ou hipótese inicial é que o pensamento jurídico de Paulo Bonavides enfatiza uma relação estreita entre constitucionalismo e democracia na construção de uma ordem jurídica justa, preocupando-se com a crise de representatividade da democracia e seus impactos negativos na ordem constitucional.

Na literatura especializada, a partir do debate clássico sobre possibilidades e limites do governo democrático, a relação entre direito e política pode ser tratada de diversos ângulos. O ponto central do debate é a tensa combinação entre o governo popular democrático e o papel contramajoritário dos direitos fundamentais (BARROSO, 2019, p. 155).

Nessa linha, na introdução do livro *Constitutionalismo e Democracia*, obra basilar da temática enfrentada nesse artigo, o organizador John Elster esclarece que as Constituições cumprem duas funções que se retroalimentam: proteger os direitos fundamentais e estabelecer um obstáculo a mudanças políticas que teriam lugar se fossem de interesse de uma maioria ou de um autocrata (ELSTER e SLAGSTAD, 1999, p. 35).

A afirmação pode parecer paradoxal, mas ilumina o funcionamento do sistema de coexistência entre Constituição e democracia. Ao se constitucionalizar direitos fundamentais como liberdade de expressão, liberdade de associação, devido processo legal, direito ao voto, princípio da legalidade, não se busca simplesmente interditar a deliberação majoritária, mas proteger o próprio funcionamento da democracia. Sem direitos fundamentais, eleições poderiam ser suspensas ou alteradas conforme a conveniência do autocrata de plantão. Por outro lado, em uma ditadura não haveria sentido em se estabelecer ou respeitar direitos fundamentais. Por definição, um governo tirânico é livre e goza de amplos poderes discricionários para atuar sem qualquer controle jurídico.

Desdobra-se dessa discussão questões específicas, mas não menos importantes, muito trabalhadas por constitucionalistas e cientista políticos ao redor do mundo, tais como: a democracia e a organização estatal dos poderes, questão que tangencia a delegação de poderes legislativos ao Poder Executivo (BEÇAK, 2008, p. 101), bem como o funcionamento do próprio *judicial review* (STONE-SWEET, 2000, p. 127); democracia e organização constitucional do Estado em um regime unitário ou federalista (LIZIERO, 2019); o exame comparativo dos modelos de controle de constitucionalidade das leis – concentrado e difuso (HIRSCHL, 2004, p. 5); a análise do papel institucional das Cortes Constitucionais e as críticas ao chamado governo de juízes ou juristocracia (VIEIRA, 2008, p. 446); o problema do emendamento constitucional e da própria resiliência da ordem constitucional (DIMOULIS et al, 2013).

Com base na revisão bibliográfica, foram construídos códigos da pesquisa. Portanto, a estratégia de codificação utilizada foi a codificação dedutiva, isto é, inferida da literatura especializada. A unidade de registro do código, isto é o recorte que será feito do *corpus* é temático. Desse modo, busca-se analisar as opiniões, os valores e crenças que compõem a comunicação do autor sobre o tema do constitucionalismo e democracia, conforme tabela 2.

Unidade de registro	Definição
Conteúdo jurídico do princípio da democracia	Além de um sistema de governo da maioria, democracia é um direito de participação ativa da cidadania nos negócios públicos, seja diretamente ou por meio de representantes eleitos
Função contramajoritária do <i>judicial review</i>	Os direitos fundamentais são trunfos ou posições jurídicas importantes que limitam a atuação legislativa do grupo político majoritário. A deficiência de legitimação democrática no processo de controle de constitucionalidade da atividade do Poder Legislativo e, em certos casos, do Poder Executivo, legitimados pelo crivo da eleição popular, por intermédio de um órgão judicial cujos membros não tenham sido escolhidos necessariamente mediante processo eleitoral prévio
Federalismo como postulado democrático	A distribuição territorial de poder promovida pelo federalismo funciona como uma salvaguarda democrática de limitação do poder político
Hipertrofia do Executivo e a resiliência constitucional	Consiste na capacidade político-institucional do Executivo controlar a agenda legislativa e impor sua visão política sobre os parlamentares, fragilizando as funções dos mandatários do povo e, conseqüentemente, o próprio sistema constitucional democrático. Resiliência constitucional significa a capacidade da Constituição assimilar mudanças de rumo determinadas por consensos políticos consistentes, sem perder sua identidade normativa.

Tabela 2 – Unidades de registro (codificação)

Imperativo esclarecer que a codificação é uma das ferramentas da análise de conteúdo. Consiste no agrupamento sistemático dos dados brutos em unidades, o que permite atingir a representação do conteúdo, descrever as características da comunicação (BARDIN, 2015, p. 129).

2. ANÁLISE DA CODIFICAÇÃO: EM BUSCA DOS SENTIDOS DE DEMOCRACIA NA OBRA DE PAULO BONAVIDES

2.1. Nota preliminar

Paulo Bonavides foi um jurista e cientista político dos mais profícuos, com uma extensa pesquisa sobre o constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX. Um dos eixos principais do pensamento de Bonavides foi o constitucionalismo social ou Estado Social de Direito, Estado providência ou Estado do bem-estar social, tema da sua seminal tese de doutorado “*Do Estado Liberal ao Estado Social*”.

O compromisso com um Estado fundado na ideia de dirigismo econômico-social consentido, de baixo para cima, conservando, porém, intactas as bases do capitalismo (BONAVIDES, p. 558), levou o constitucionalista a denunciar em suas obras do final do século XX (*Do país constitucional ao país neocolonial* e *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*) à adoção das ideias neoliberais do Consenso de Washington no país.

O neoliberalismo é uma ideologia que prega a competição como virtude – entre indivíduos, entre governos, entre firmas, entre blocos regionais (HARVEY, 2005, p. 65). É possível falar de um constitucionalismo neoliberal, forma jurídica desta ideologia, que preconiza a diminuição do papel do Estado na transformação social, atenuação dos direitos sociais e fim do dirigismo econômico. Para David Harvey, os teóricos neoliberais são reticentes, também, em relação a democracia, vista como um luxo somente possível sob condições de afluência econômica e existência de uma classe média forte para garantir a estabilidade política, de modo que os neoliberais preferem a governança pelos tecno-burocratas em detrimento do povo (HARVEY, 2005, p. 66).

Nesse panorama, o pensador foi desafiado a trabalhar os conceitos e categorias do direito constitucional de forma anti-hegemônica, de resistir teoricamente ao ataque promovido pelo governo de Fernando Henrique Cardoso – FHC a arquitetura democrática e social da Constituição de 1988. A estratégia utilizada baseou-se na reconfiguração do conceito de democracia direta e seus status constitucional. Se a globalização econômica impunha o solapamento das conquistas civilizatórias do Estado Social com a participação conivente dos poderes constituídos, Paulo Bonavides intuiu um contrapoder de resistência fundado na soberania popular.

A teoria constitucional da democracia direta não ecoou significativamente nas práticas constitucionais brasileiras, a despeito do desenvolvimento de instrumentos de controle social direto das ações estatais, tal como o orçamento participativo, e a realização do plebiscito de 1993 (sobre o sistema e regime de governo) e o referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, ocorrido no Brasil em 2005.

Poder-se-ia argumentar inclusive que isso é algo bom, na medida que experiências radicais de democracia direta não levaram ao desenvolvimento econômico-social prometido / almejado (v. g. Venezuela). Contudo, não é o objetivo deste artigo fazer uma especulação

contrafactual ou analisar detidamente a experiência do chamado novo constitucionalismo latino-americano.

O que interessa é que a estratégia tomada pelo autor direcionou sua análise de modo original, com formulações de hipóteses teóricas diferentes das formuladas nos países desenvolvidos e, muitas vezes, importadas sem a devida adaptação a realidade e aos problemas brasileiros.

2.2. Os sentidos de democracia na obra de Paulo Bonavides.

2.2.1. Conteúdo jurídico do princípio da democracia

Além de um sistema de governo da maioria, democracia é um direito de participação ativa da cidadania nos negócios públicos, seja diretamente ou por meio de representantes eleitos. Tomar a democracia como direito é reconhecer que ela produz efeitos jurídicos em diversas dimensões: nos direitos fundamentais, na organização do Estado e no exercício do poder.

A democracia é a alma das Constituições, forma de governo e regime político também. Mas, acima de tudo, Paulo Bonavides aborda a democracia como direito fundamental da cidadania, direito da quarta geração, que sobe ao cume da hierarquia normativa e pela sua natureza e substância assume a identidade de norma-princípio (BONAVIDES, 2020, p. 666). Em outras palavras, a transgressão do direito à democracia implica em uma inconstitucionalidade material.

Essa afirmação não é puramente retórica, conforme se avança nas teses do autor. Como direito fundamental, afirma Bonavides que a democracia positivada é um direito de nítidos contornos participativos / deliberativos. Na chamada concepção forte de Estado democrático de direito (SAMPAIO, 2013, p. 70), os direitos políticos “deixam de ser unicamente liberais ou defensivos para constituir um direito-dever de participação na vida política, de procura engajada no bem comum” (SAMPAIO, 2015, p. 44).

Entretanto, a democracia participativa, prevista nos artigos 12 e 14 da Constituição de 1988, foi, nas palavras fortes de Paulo Bonavides, esterilizada pelos agentes de mandato representativo (BONAVIDES, 2001, p. 8). A teoria da democracia participativa é a teoria do constitucionalismo de emancipação, de resistência a globalização econômica que coloniza os países e dissolve os valores constitucionais.

Há uma radicalidade na defesa da democracia direta. O autor chega a contrapor democracia representativa, colonizada pela globalização econômica, e a democracia direta, supostamente a única saída à crise constituinte do ordenamento jurídico, parcialmente positivada na Constituição de 1988, no art. 12 e seu parágrafo único, relativo ao exercício direto da vontade popular, bem como no art. 14, que enuncia as técnicas participativas, a saber: o plebiscito, o referendun e a iniciativa popular.

O fato de o Congresso Nacional não utilizar com frequência a competência de autorizar o referendo popular e convocar plebiscitos, bem como a interpretação tradicional do artigo 14 da Carta Magna que não reconhecia a aplicabilidade imediata do dispositivo (questão superada pelo advento da Lei nº 9.709/1998), parecem decisivas para intransigência do constitucionalista com a democracia representativa.

Respeitosamente, essa relação de prejudicialidade entre os modelos não é a melhor saída. Um modelo híbrido, coma a revalorização e reequacionamento de instrumentos participativos / deliberativos é, no mínimo, uma alternativa de transição necessária para um modelo puro de democracia direta. Saltar de um modelo representativo para outro, de feições direta, pode implicar em vários problemas: populismo, cesarismo, paralisia decisória e facciosismo. Supor a infalibilidade do povo é tão deletéria quanto basear-se na onipotência do legislador.

Bonavides relaciona democracia e o Estado social no constitucionalismo brasileiro. Prógono do Estado Social de Direito na academia brasileira, o constitucionalista alerta que sem às prestações do Estado e suas obrigações igualitária e distributivista, não haverá democracia nem liberdade no Brasil e nos demais países da modernidade periférica.

Na denúncia da globalização econômica, o autor chama atenção para o papel da mídia na esfera pública brasileira. Adjetivada como manipuladora, promotora da exclusão, de índole

autocrática, submetida aos monopólios do poder, Bonavides imputa aos agentes privados de comunicação a formação de consensos hipócritas que contribuem para a inefetividade das normas constitucionais. A mídia colonizada pelo capital deforma, entorpece e anula a soberania popular, o que permite a emergência de pseudodemocracias.

O remédio preconizado por Paulo Bonavides é, novamente, polêmico. A solução do autor é “constitucionalizar a mídia como um dos poderes da república - mas poder democrático e legítimo - é, por sem dúvida, o mais urgente e inarredável requisito da democracia participativa (BONAVIDES, 2001, p. 13)”.

Os detalhes dessa constitucionalização não são explicitados. Entretanto, é possível fazer algumas especulações. O autor critica a participação de capital estrangeiro nos meios de comunicação social (BONAVIDES, 2001, p. 64), o que permite inferir uma preferência pela nacionalização das empresas de comunicação social. Denúncia, ainda, a escravização da mídia pelo capital e pugna a devolução da comunicação social ao povo (BONAVIDES, 2001, p. 13). Nesse ponto, não é possível concluir pelo texto se o autor defende uma estatização da comunicação social ou a participação de empresas públicas neste segmento da economia.

2.2.2. Função contramajoritária do *judicial review*

Os direitos fundamentais são trunfos ou posições jurídicas importantes que limitam a atuação legislativa do grupo político majoritário. Os direitos fundamentais são trunfos ou posições jurídicas importantes que limitam a atuação legislativa do grupo político majoritário. A deficiência de legitimação democrática no processo de controle de constitucionalidade da atividade do Poder Legislativo e, em certos casos, do Poder Executivo, legitimados pelo crivo da eleição popular, por intermédio de um órgão judicial cujos membros não tenham sido escolhidos necessariamente mediante processo eleitoral prévio.

A visão vulgar da separação de poderes é aquela que acredita que há mesmo uma divisão em que as atividades do Estado são distribuídas de forma estanque e bem definida entre os três poderes. Esta visão não considera a unidade do poder do Estado e vê o executivo e o legislativo como detentores das atividades políticas e o judiciário como uma instância de neutralidade jurídica entre eles.

O exercício do controle de constitucionalidade da legislação pelo poder judiciário é um tema controverso, em virtude do questionamento a respeito de sua legitimidade democrática. Esse controle de natureza judicial teve seu marco inicial na decisão do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A interpretação desenvolvida pelo *Chief Justice John Marshall* no caso foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: enunciou a supremacia da constituição, afirmou a nulidade da lei que viola à constituição, e impôs o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à constituição (BARROSO, 2019, p. 31).

O exercício do controle de constitucionalidade da legislação pelo poder judiciário é um tema controverso, em virtude do questionamento a respeito de sua legitimidade democrática. Esse controle de natureza judicial teve seu marco inicial na decisão do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A interpretação desenvolvida pelo *Chief Justice John Marshall* no caso foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: enunciou a supremacia da constituição, afirmou a nulidade da lei que viola à constituição, e impôs o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à constituição (BARROSO, 2019, p. 31).

A decisão de Marshall é paradigmática. Todavia, ao estabelecer que uma constituição escrita e rígida é hierarquicamente superior aos atos legislativos produzidos pelos Congresso, muitos viram no precedente judicial o começo da polarização entre constitucionalismo e soberania popular, posto que a Constituição dos EUA não conferia à Suprema Corte daquele país a atribuição de julgar a constitucionalidade das leis.

Nessa toada, o papel contramajoritário das Cortes Constitucionais em um sistema democrático é um tema caro para a teoria constitucional contemporânea. Desde a enunciação da tese *countermajoritarian difficulty*, em um ensaio seminal de Alexander Bickel, originalmente publicado em 1962 (BICKEL, 1986), a academia estadunidense produz uma ampla gama de estudos, tanto normativos como empíricos, sobre o papel da Suprema Corte dos EUA na elaboração de políticas (*policymaking*).

Bonavides não entra explicitamente nessa discussão sobre supremacia judicial, supremacia legislativa ou diálogo constitucional. Em sua análise sobre as reformas

constitucionais dos anos de 1990, o constitucionalista se ressentia de um papel mais ativo do Supremo Tribunal Federal – STF na guarda da dimensão social da Constituição de 1988.

Fez, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal taxativamente um tribunal de guarda da Constituição. Mas ele nesse ponto se autodemitiu da importantíssima e crucial tarefa de concretizar nas controvérsias do sistema, onde as bases da democracia constitucional estavam em jogo, a sua missão protetora de salvaguarda das instituições. Os que ora desfecham um golpe de Estado institucional não são portanto molestados pela Justiça constitucional: e permanecem intangíveis, fora do alcance do braço da Lei Suprema, pervertendo, afrontando e despedaçando, cada vez mais, as instituições do País (BONAVIDES, 2001, p. 204).

Isso não quer dizer que o constitucionalista não tinha ambições para os juízes constitucionais no Brasil. Na discussão sobre hermenêutica constitucional em sua obra, especialmente nos elogios rasgados a metódica estruturante de Friedrich Mueller (BONAVIDES, 2001, p. 206), é possível verificar um desejo do autor por uma Corte Constitucional mais engajada na defesa da ordem constitucional.

Poder-se-ia afirmar que o juiz constitucional de Paulo Bonavides equipara-se ao juiz Hércules de Ronald Dworkin (2002, p. 165). Nesse cenário, o juiz constitucional seria legislador por excelência, aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, coíbe as usurpações do Executivo e as capitulações do Legislativo (BONAVIDES, 2001, p. 21).

Nas palavras do autor, o magistrado “Boca da Constituição” (BONAVIDES, 2001, p. 22) conjugado com a teoria da democracia participativa seria a resposta ideal a dissolução do regime constitucional. Entretanto, como não há uma guarda eficaz da Constituição por um tribunal de juízes constitucionais, Bonavides inova ao recorrer ao Ministério Público. Em uma idealização dos membros do *Parquet*, o constitucionalista os define “como soldados da Lei Fundamental, sacerdotes do Estado de Direito, órgãos da democracia participativa, que eles fazem passar da região teórica às esferas da práxis e da realidade (BONAVIDES, 2001, p. 43)”.

Salvo melhor juízo, o autor só transfere o dilema “*quis custodiet ipsos custodes?*” para um outro órgão estatal. Se na década de 1990 o Ministério Público brasileiro gozava de respeito e confiança de amplos setores da população, as denúncias sobre as práticas ilícitas da força-tarefa da operação Lava-Jato impactou negativamente a imagem dos promotores perante a opinião pública.

2.2.3. Federalismo como postulado democrático

A distribuição territorial de poder promovida pelo federalismo funciona como uma salvaguarda democrática de limitação do poder político. O princípio do Estado federal dá à divisão de poderes na democracia, da idade contemporânea, uma esfera adicional e atualizadora de participação nos negócios públicos, cria na cooperação dos Estados-membros para a legislação federal um elemento eficaz da balança de poderes e repete, nas unidades federadas, o princípio clássico da divisão de poderes.

O federalismo é especialmente importante na compreensão da autonomia municipal e a qualidade da democracia brasileira. Em uma análise anterior a Constituinte de 1986, o autor qualificava o modelo federativo brasileiro como deformado, no qual a União exercia um centralismo absoluto sobre os demais entes federados, tanto no aspecto político como no aspecto econômico (BONAVIDES, 2010, p. 250).

Por um lado, esse centralismo permitiu neutralizar a distribuição territorial de poder. Como muitos municípios brasileiros são dependentes de repasses financeiros federais, em tese, um município administrado por um alcaide de partido opositor ao do presidente da República pode sofrer retaliação financeira (BONAVIDES, 2010, p. 251). Isto resultaria em uma forma oblíqua de constranger as escolhas democráticas dos municípios e o autogoverno dos entes federativos municipais.

Com o advento da Constituição de 1988, os municípios foram elevados a posição de entes federativos. Na visão do autor, a autonomia municipal se revestiria de verdadeira garantia institucional da ordem constitucional (BONAVIDES, 2020, p. 360). Apesar do reconhecimento formal dos municípios como entes federados na Constituição de 1988, a crise da dívida pública dos entes subnacionais no começo da década de 1990, reintroduziu o centralismo da União na ordem constitucional, algo que escapa das análises de Bonavides.

A combinação entre endividamento em dólar do setor público durante o regime militar, com a promulgação da Carta de 1988 que previu competência tributária municipal reduzida, mas incremento do fornecimento de bens e serviços públicos, tornou, na prática, os municípios dependentes das transferências obrigatória e voluntárias da União.

Uma outra questão que envolve federalismo, democracia e autonomia dos entes federados refere-se à capacidade reguladora das Assembleias Estaduais e Câmaras Municipais em matéria plebiscitária, isto é, em questões de participação popular direta. Em outros termos, Paulo Bonavides preocupa-se com a possibilidade de os entes subnacionais exercerem a democracia direta sem o óbice legislativo federal previsto no artigo 49, inciso XV, da Constituição de 1988, que fixa a competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar referendo e convocar plebiscito (2001, p. 137).

A solução do problema é relativamente simples. Pelo princípio da simetria, parece óbvio o Poder Legislativo de cada ente federado é competente para autorizar referendo e convocar plebiscito em matéria de sua competência legislativa. Cuida-se de ato político, cuja prática foi atribuída pela Carta Magna, com exclusividade, ao Poder Legislativo, podendo a consulta plebiscitária versar sobre matéria constitucional, legislativa ou administrativa, sem que, com isso, haja invasão de competência reservada ao Poder Executivo, pois o ato convocatório não se propõe a disciplinar a matéria objeto da consulta, mas, apenas, propiciar a participação popular na deliberação sobre a questão posta.

O que causa estranheza é uma outra questão. Na época de edição do livro “*Teoria Constitucional da Democracia Participativa*” (2001), a regulamentação legislativa do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal já havia sido editada (Lei nº 9.709/1998). Não havia, por consequência, grande problema hermenêutico a ser solucionado ou questionamento apto a limitar a competência legislativa dos entes subnacionais na realização de processos deliberativos. Os artigos 5º e 6º do diploma legal regulam o tema de maneira simples e objetiva.⁹

2.2.4. Hipertrofia do Executivo e resiliência constitucional

A hipertrofia do Executivo consiste na capacidade político-institucional do Executivo controlar a agenda legislativa e impor sua visão política sobre os parlamentares, fragilizando as funções dos mandatários do povo. Resiliência constitucional significa a capacidade da

⁹ Lei nº 9.709/1998.

Art. 5º O plebiscito destinado à criação, à incorporação, à fusão e ao desmembramento de Municípios, será convocado pela Assembleia Legislativa, de conformidade com a legislação federal e estadual.

Art. 6º Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica.

Constituição assimilar mudanças de rumo determinadas por consensos políticos consistentes, sem perder sua identidade normativa.

No Brasil temos um Executivo forte, com várias prerrogativas institucionais para fazer valer suas políticas de governo, tais como a iniciativa legislativa, o domínio sobre a elaboração orçamentária, as medidas provisórias e a possibilidade de controle da agenda por intermédio da prerrogativa de solicitação do regime de urgência, que trava a pauta decisória do Congresso Nacional (DIMOULIS et al, 2013, p. 36).

Em contrapartida, há o Legislativo bicameral, fragmentado em muitos partidos, o que tornaria difícil a construção de uma base parlamentar do governo. Contudo, na avaliação de muitos cientistas políticos e constitucionalistas, nosso sistema político tem alto grau de consensualidade, sem a predominância de um grupo político sobre os demais. Em tese, este sistema político dá voz a diversos segmentos da sociedade brasileira, inclusive no âmbito federativo, o que geraria um processo decisório plural, baseado na negociação. Deste modo, a governabilidade no Brasil é baseada na necessidade imperativa do Chefe do Poder Executivo engajar-se continuamente num processo de formação de coalizões voltadas para sustentar o governo, fenômeno denominado de ‘presidencialismo de coalizão’ (ABRANCHES, 1988).

A própria Constituição de 1988 seria fruto deste sistema político consensual, cujo desenho institucional privilegia um compromisso maximizador de direitos (DIMOULIS et al, 2013, p. 19). Ou seja, ainda que à primeira vista as disposições constitucionais possam ser tomadas como contraditórias, a heterogeneidade da Carta Política, ao incorporar expectativas ideológicas das mais diversas, desde que comprometidas com o valor democracia, transformou atores políticos que eram inimigos no regime anterior em adversários que disputam a política dentro do regime democrático.

O pensamento de Paulo Bonavides é diametralmente oposto. Para o autor, a Constituição de 1988 positivou direitos sociais, econômicos e culturais para realização da igualdade material entre os indivíduos e grupos sociais, portanto seria um claro exemplo de constitucionalismo social (BONAVIDES, 2009, p. 68), de modo que as reformas constitucionais da era FHC transformaram decisivamente o modelo de Estado, que passou a ser submisso aos ditames do neoliberalismo.

A deformação das normas constitucionais de conteúdo econômico-social é o alvo das críticas de Paulo Bonavides em suas derradeiras obras. O constitucionalista julga crucial o papel do Estado como planejador, propulsor e executor dos programas de desenvolvimento econômico-social. Os destinatários principais desses imperativos seriam o Legislativo e o Executivo, competindo ao Judiciário guardião da Constituição fazer valer os imperativos constitucionais em caso de omissão inconstitucional dos demais órgãos de Estado.

A doutrina pontua que não se trata de um simples dever geral de legislar para justificar uma omissão inconstitucional. Importante consignar, nesse ponto, que a liberdade de conformação do legislador não é o correlato, a nível legislativo, do poder discricionário, a nível administrativo (CANOTILHO, 2001, p, 174). Em uma democracia constitucional, o legislador tem um amplo espaço de atuação, mas a vinculação constitucional implica no dever do legislador em realizar os preceitos constitucionais impositivos; regular, por meio de norma infraconstitucional, as matérias que na constituição são objeto de injunção, obedecendo os ditames constitucionais.

Deste modo, a discricionariedade do legislador deve ser interpretada como uma esfera decisória ampla, mas regulada por uma reserva de imposições previstas pelo texto constitucional. Isso significa que o legislador não tem imunidade para fazer, não fazer ou fazer de qualquer maneira o que a Constituição ordena. Cuida-se de uma exigência constitucional de ação legiferante em sentido estrito, suficientemente precisa, diferente de um simples dever geral de legislar.

Os constituintes de 1988 utilizaram de maneira pródiga normas de eficácia limitada para conceder direitos e atingir o consenso político-ideológico mínimo necessário para a promulgação da Carta Magna. Entretanto, a desconstitucionalização das cláusulas de caráter nacional-desenvolvimentista associada a omissão inconstitucional dos poderes constituídos resultou, na visão do autor, em verdadeiro golpe de Estado institucional, expediente sub-reptício e ardiloso distinto dos golpes tradicionais, aqueles que derrubam governos, mas podem poupar instituições. *In verbis*:

O arbítrio do Executivo, as omissões do Judiciário e a falência do Legislativo criaram um falso Estado constitucional e uma falsa democracia representativa. Não há Estado constitucional nem democracia representativa num País que durante dez anos, desde a promulgação de sua Carta Magna, se tem governado por mais de quatro mil medidas

provisórias! É uma ditadura constitucional que faz inveja aos generais da "redentora" de 1964 (BONAVIDES, 2001, p. 218).

Nas críticas a recolonização econômica do país pela globalização, o constitucionalista formula uma categoria crítica sem precedentes na seara da teoria constitucional, a saber, o conceito de país inconstitucional (BONAVIDES, 2020, p. 400). O país inconstitucional é a contradição performática entre os valores constitucionais da soberania nacional, democracia, liberdade, igualdade, fraternidade e dignidade da pessoas humana com o agir fraudulento dos poderes constituídos que, por meio de reformas constitucionais, destroem o projeto constitucional de desenvolvimento nacional para todos.

A quebra do espírito da Constituição configura a quintessência das inconstitucionalidades, ou seja, as políticas de governo ofensivas a soberania do país são uma forma de agressão ao núcleo fundamental valorativo da Constituição. Para Paulo Bonavides, o país inconstitucional é prova da decadência do modelo representativo de democracia, sua existência deforma a democracia e do Estado de Direito, de tal sorte que faz-se mister, portanto, admitir que a democracia participativa é necessária para garantir a resiliência da ordem constitucional, pois transcende os horizontes jurídicos da clássica separação de poderes.

Observe-se a sofisticação da proposta. Enquanto para alguns doutrinadores a flexibilidade de revisão constitucional de cláusulas socioeconômicas conjugada com uma rigidez na preservação das regras do jogo democrático garante a resiliência constitucional no Brasil (DIMOULIS et al, 2013), para Bonavides não seria possível falar em resiliência se as normas constitucionais de nítido caráter social-desenvolvimentista são destruídas pelo poder constituinte reformador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fortuna crítica da obra de Paulo Bonavides é tratar temas trivializados pela literatura especializada de forma original e anti-hegemônica. Os direitos fundamentais, ao fazerem parte do repertório de aspirações de justiça social e desenvolvimento econômico são fatores de

legitimação democrática do Estado de Direito. Na visão do autor, democracia e liberdade nos países periféricos estão associadas a existência de um efetivo Estado Social.

Esse axioma impulsiona a análise de Paulo Bonavides sobre temas clássicos do debate sobre direito e política em uma perspectiva única. A democracia é uma norma-princípio que só se efetiva com prestações estatais distributivistas. O problema não é a existência do consenso majoritário, mas sua lealdade constitucional. Não há uma preocupação com o déficit democrático do *judicial review*, o problema é o judiciário brasileiro se autoexcluir da guarda do constitucionalismo social, em prol de um arranjo econômico excludente. O federalismo tem um papel central na contenção do arbítrio, mas o autogoverno municipal e regional não pode ser faticamente dependente do poder financeiro do governo central. Por derradeiro, não é possível falar em democracia e resiliência constitucional enquanto o presidente da República goza de poderes quase imperiais para cooptar a agenda legislativa e destruir os direitos sociais constitucionalizados.

Para o autor, a resposta à crise do Estado Social tem alternativas, essencialmente democráticas, calcadas na participação e deliberação popular. Apesar de um certo jacobinismo na teoria constitucional de democracia participativa de Paulo Bonavides, sua obra é incontornável para o evoluir do constitucionalismo democrático no século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizção: o dilema institucional brasileiro. **Dados** – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a J4.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. 1ª edição. Lisboa: Edições 70, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BEÇAK, Rubens; CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez. O constitucionalismo democrático no Brasil: entre a crise de representatividade e a participação. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 56-74, jul/dez. 2017.

BEÇAK, Rubens. Estado de Direito, Formas de Estado e Constituição. *Revista Paradigma*, v. 24, n. 2, 2016. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/118-133>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª edição. New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 4ª edição. São Paulo, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados: à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COUTO, Pablo Florentino Fróes; XIMENES, Julia Maumann. Suprema Corte limitadora ou efetivadora do princípio da livre iniciativa? Uma análise de conteúdo das decisões do STF. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 205-232, set./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/24280/24233>. Acesso em: 25 jul. 2021.

DEUS, Rômulo Moreira; ALBUQUERQUE, Cândido Bittencourt de. *Paulo Bonavides defensor da Constituição* (Perfil de um constitucionalista). São Paulo: Malheiros, 2015.

DIMOULIS, Dimitri et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. 1ª edição. São Paulo: Direito GV, 2013.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Estud. introd. de Alejandro Herrera M. ; trad. de Mónica Utrilla de Neira ; rev. De José Ricárdez. - México: FCE, 1999.

HARVEY, David. *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HELD, David. Modelos de democracia. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Editora Paidéia, 1995.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução Vera Caputo. 4ª edição rev. e ampl. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado (orgs.). *Democracia e Direitos Fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*. 1ª ed. - São Paulo: Atlas, 2016.

LIZIERO, Leonam. *Federalismo no Pensamento Político*. Andradina: Meraki, 2019. Edição do Kindle.

MACEDO, Dimas. *Estado de Direito e Constituição: o pensamento de Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política* [online]. 2005, n. 25, pp. 11-23. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000200003>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford : Oxford University Press, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV* [online]. 2008, v. 4, n. 2, pp. 441-463. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>>. Acesso em : 25 jul. 2021.

PALAVRAS FINAIS

PAULO BONAVIDES E O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL-DEMOCRÁTICO

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE¹

No ano de 2020, encontrava-me no exercício do cargo de Diretor-Geral da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro -, quando recebi a triste notícia de que o Professor Paulo Bonavides tinha deixado este plano material. Imediatamente comecei a pensar na necessidade imperiosa de organizar na Escola evento em homenagem a este grande homem, constitucionalista e humanista, que, com lições expostas em palestras e publicadas em inúmeros livros e artigos, foi uma grande influência e inspiração intelectual para mim e para várias gerações de juristas.

O evento, intitulado “Ontem, os Códigos. Hoje, as Constituições: Um tributo a Paulo Bonavides”, contou com a participação de grandes constitucionalistas, que mantiveram vínculos de amizade com homenageado e por ele nutriam imensa estima: O Ministro Luís Roberto Barroso e os professores Lenio Luiz Streck, Clèmerson Merlin Clève, Guilherme Catoni e Ingo Wolfgang Sarlet. Nunca foi tão fácil obter a adesão de grandes nomes para homenagear uma pessoa. Isso se deve ao apreço e à admiração que o homenageado conquistou ao longo de uma vida dedicada ao ensino jurídico e ao bem comum.

Sua trajetória, como lembrado pelo Prof. Clèmerson Clève, foi de superação. Nascido na pequena cidade Patos, na Paraíba, cedo foi para Fortaleza com sua mãe e irmãos. Começou como jornalista, onde chegou a se destacar. Migrou depois para o Direito, vindo a se graduar na Faculdade Nacional de Direito, no Rio de Janeiro. Com sua dedicação e seu pensamento

¹ Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Professor do PPGD da UNESA, Professor da EMERJ e Presidente do Fórum Permanente de Liberdade de Expressão, Liberdades Fundamentais e Democracia da EMERJ, Coordenar do NUPELEIMS – Núcleo de Pesquisas em Liberdade de Expressão e de Imprensa e Mídias Sociais da EMERJ, Desembargador do TJRJ.

original e sofisticado, foi ganhando destaque no mundo acadêmico e na literatura jurídica. Ministrou aulas e palestras na Alemanha, nos Estados Unidos, em Portugal. No Brasil, foi Doutor e Professor Catedrático da Universidade Federal do Ceará, além de ter recebido o título de *Doutor Honoris Causa* em várias universidades do País.

Mais que um jurista, Paulo Bonavides foi um humanista, devotado ao Brasil. O seu amor e a sua dedicação ao País sempre vieram permeados por uma perspectiva crítica e construtiva dos problemas nacionais. Em seus escritos, mostrou uma visão original, progressista e atenta com a nossa realidade. Jamais recorrendo ao caminho fácil da repetição acrítica de discursos convencionais, procurou sempre desbravar e percorrer caminhos indicados pela sua reflexão e sua visão de mundo.

Com independência e integridade intelectual, manteve acesa a chama do Direito Constitucional em um período obscuro do País, em que muitos juristas, desgostosos ou desalentados diante do regime militar vigente, migraram para o estudo de outros ramos do direito, ou se limitaram a fazer uma espécie de Direito Constitucional “chapa branca”.

Foi autor de textos memoráveis e obras que se tornaram clássicas, dentre as quais podem ser destacadas: “Curso de Direito Constitucional”; “Teoria Geral do Estado”, “Ciência Política”, “Do Estado Liberal ao Estado Social”, “Do País Constitucional ao País Neocolonial”, “A Constituição Aberta”, “Constituinte e Constituição”, “Constituição e Normatividade dos Princípios”, “História Constitucional do Brasil” (este último com Paes de Andrade), “Teoria Constitucional da Democracia Participativa”.

No evento realizado na EMERJ, o Min. Barroso lembrou que o homenageado foi um dos pioneiros, no Brasil, no emprego do termo “pós-positivismo”, buscando uma reaproximação entre o direito e a ética e entre o Direito Constitucional e a Filosofia Moral, a partir da ideia de que o direito é informado por valores e deve ter uma pretensão de correção moral, de realização da justiça. Tinha a convicção de que nenhum julgador ou jurista pode ser indiferente ao resultado do seu trabalho, nem às consequências que ele produz no mundo real, a partir das escolhas metodológicas que ele faz.

Foi, também, o primeiro autor no Brasil a suscitar uma discussão mais aprofundada sobre o princípio da “proporcionalidade”, que, citando lição de Muller, se caracteriza “pelo fato

de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.” Via o princípio como “regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo estado de direito.” Tratou dos seus elementos parciais ou subprincípios, chamando a atenção para as vacilações e ambiguidades terminológicas em torno do tema.

Analizou as diversas críticas ao princípio da proporcionalidade, como a de que ele estreita a liberdade do legislador e degrada a legislação, ou a de que ele cria o risco de ver o Direito dissolvido na justiça do caso particular. A despeito de todas as críticas, ressaltou a importância do princípio, observando que se trata de “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado”, tendo, pois, força cogente.

Memorável o texto em que discorre sobre os direitos fundamentais, que, por seu assento constitucional, constituem uma proteção e garantia das minorias sociais contra maiorias eventuais.

Em lição reproduzida por vários outros constitucionalistas, tratou desses direitos sob uma perspectiva histórica, agrupando-os em diferentes gerações de direitos, com inspiração nos princípios incorporados no lema da Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Os direitos de liberdade integrariam o que uma parte da doutrina chama de *direitos de primeira geração*, por terem sido os primeiros a receber proteção constitucional, triunfando politicamente com as revoluções liberais do final do século XVIII.² Tais liberdades aparecem como direitos de resistência ou oposição frente ao Estado,³ verdadeiras esferas de autonomia em face do poder estatal, de quem se exige que não interfira na vida pessoal, social e econômica do indivíduo. Por isso, são vistos como direitos de defesa ou de cunho negativo, por constituírem reivindicações de abstenção do poder público.⁴

Por sua vez, os denominados *direitos de segunda geração*, ou direitos de igualdade, aparecem como produto de reivindicações sociais ante os diversos problemas decorrentes da industrialização e do êxodo rural, com a migração dos homens do campo para a cidade. O

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 4. ed. 1993, p. 475.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*.

absenteísmo do Estado liberal, com suas ideias de liberdade individual e igualdade formal, mostrou-se insuficiente para lidar com os problemas de uma sociedade massificada, em que as injustiças sociais passaram a ser flagrantes. Nesse contexto, foram introduzidos nas Constituições do segundo pós-guerra vários direitos sociais, culturais e econômicos, fundados na ideia de liberdade positiva⁵ e de igualdade material. Surgiu, assim, toda uma nova categoria de direitos, de cunho positivo ou prestacional em relação ao Estado, a exigir uma participação mais ativa dos poderes públicos, de modo a garantir o seu exercício. Os direitos então invocados já não seriam reivindicados ou manejados *contra* o Estado, mas *através* ou *por intermédio* do Estado.⁶

Com a nova dialética de reivindicação e de prestação surgida com o advento dos direitos sociais, as liberdades se expandem ou se concretizam levando em consideração as novas necessidades.

Os *direitos de terceira geração*, também chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade, seriam aqueles destinados não à proteção do indivíduo como tal considerado, mas dos grupos humanos. Seriam direitos transindividuais, de titularidade difusa ou coletiva, como o direito a um meio ambiente equilibrado e livre de poluição, assim como o conjunto de direitos ligados ao desenvolvimento econômico e social.

Em concepção própria, Bonavides alude a *direitos de quarta geração*: “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”, dos quais depende a sociedade aberta do futuro, em busca da máxima universalidade. Alertou que, para que se alcance a concretização desses direitos, é necessário que se passe da globalização econômica e cultural, propulsionados pelo neoliberalismo, para uma globalização política, a única que realmente

⁵ Sobre o conceito de liberdade positiva: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo. Companhia das Letras, 2002, p. 229.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 58. O autor inclui os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos de terceira geração, porque considera que os direitos políticos ou “direitos de participação” não pertencem à mesma geração dos direitos e liberdades civis, sendo subsequentes a estes (op. cit., p. 54 e nota 9). No mesmo sentido, Peces Barba, para quem os direitos econômicos, sociais e culturais pertencem a uma terceira geração de direitos, que se seguiu aos direitos políticos, estes sim integrantes da segunda geração: “Não é historicamente certo, nem seus objetivos ou estrutura o permitem, que se integrem os direitos individuais, civis e políticos em uma única geração.” (MARTINEZ, Gregorio Peces Barba. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su génesis y su concepto. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé las Casas*, Ano III, nº 6, 1998, p. 28. Este é, também, o entendimento de Norberto Bobbio, que situa os direitos do homem em três fases distintas, a primeira, referente aos direitos de liberdade; a segunda, concernente aos direitos políticos; e a terceira, atinente aos direitos sociais. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32).

interessa aos povos da periferia. Na democracia globalizada, o ser humano passa a ser a “constante axiológica, o centro de gravidade e a corrente de convergência de todos os interesses do sistema.”

Esse e outros textos demonstram que Bonavides era um defensor visceral e entusiasmado da democracia. Acreditava no direito do cidadão de ser protagonista do próprio destino e participante ativo dos destinos da sociedade.

Por isso, preconizou o ocaso da democracia representativa de partidos, com o futuro alvorecer da democracia participativa, principalmente nas regiões da periferia, com a participação direta do povo, em plebiscitos instantâneos, para decidir sobre questões de interesse nacional e de soberania, o que, segundo previu, seria possível com o desenvolvimento das novas tecnologias.

Defendia, até, a participação popular através de referendos instantâneos, para aprovar emendas constitucionais, para que houvesse mais pureza nas instituições, mais legitimidade, mais democracia, e menos corrupção, menos injustiça social, menos falsidade governativa e menos alienação da cidadania.

Em uma evolução de suas reflexões sobre o direito e o destino da humanidade, previu, como *direito da quinta geração*, a ser implementado em escala global, o direito à paz, trasladando para uma categoria à parte, com pretensões globalizantes, esse direito (antes inserido como sendo da terceira geração), que constituiria um direito natural dos povos. Observou que o direito à paz constitui princípio insculpido no art. 4º, VI, da nossa Constituição Federal, para reger o País no âmbito de suas relações internacionais. O que faltaria, pois, seria a universalização desse direito, que deveria constar de todas as constituições nacionais, a fim de se tornar um direito fundamental, com normatividade.⁷

A alusão a gerações de direitos, como advertiu Bonavides, não é, de modo nenhum, representativa de substituição ou superação de uma geração de direitos por outra. O reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, ditos de segunda geração, não diminuiu a importância dos direitos de liberdade, integrantes da primeira geração de direitos. As liberdades

⁷ BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 3, abril/junho 2008, p. 82.

fundamentais acabaram se redimensionando e expandindo, dando ensejo a novas reivindicações perante o Estado, de quem, a partir de então, se espera não apenas que se abstenha ou não interfira com as liberdades, mas, também, intervenha para garantir sua efetivação ou realização. Do mesmo modo, os direitos da terceira e da quarta não tornaram menos relevantes os direitos inseridos na segunda geração. Ao contrário, todos esses direitos permanecem eficazes, são infraestruturais, formando a pirâmide, cujo ápice é o direito à democracia.⁸

Bonavides foi sempre um grande defensor da força normativa da Constituição e incentivador da jurisdição constitucional. Sobre o tema, é incontornável para os estudiosos do Direito Constitucional a leitura do Capítulo do seu Curso de Direito Constitucional intitulado “Dos Princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais”.

Preocupado com a profunda desigualdade da sociedade brasileira e dos países periféricos, via no Estado social, reconstruído sobre os valores da dignidade da pessoa humana, a chave das democracias do futuro, por ser a forma possível de conciliar, de forma duradoura e estável, a Sociedade com o Estado.⁹

Muito mais se poderia falar sobre a vida e a obra do grande homem e jurista que foi Paulo Bonavides, mas encerro, transcrevendo trecho de entrevista que concedeu, na qual declara a sua fé na democracia e no constitucionalismo e a sua imensa admiração pela Constituição de 1988:

“É uma grande Constituição. É a mais formosa. Todos os reacionários deste país a combatem. Combatem porque ela tem as chaves de solução para problemas que eles não querem que sejam resolvidos. Pior para eles. Como ela própria prevê, é o povo que os vai resolver. A Constituição de 1988 é a primeira Constituição principiológica de toda a nossa história Constitucional. Mas, princípios com normatividade, com juridicidade, que podem ser, portanto, concretizados. Cabe ao povo tomá-la para si e lhe imprimir avanços, galgando degraus no patamar da democracia e do constitucionalismo.”

Que sua profecia seja cumprida e suas lições continuem a inspirar as novas gerações de juristas, na defesa da Constituição, dos direitos fundamentais e de uma democracia real, com proteção das liberdades (incluída a positiva), redução das desigualdades e respeito à dignidade da pessoa humana.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 572.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, p. 156.