Alexandre Corrêa De Luca

Os Tribunais Constitucionais na Crise: "Jogo Duro" Constitucional em Brasil e Portugal

Tese com vista à obtenção do grau de Doutor em Direito na especialidade de Direito Público.

Orientador:

Professor Doutor Luís Heleno Terrinha

Dezembro de 2025

NOVA SCHOOL OF LAW

Os Tribunais Constitucionais na Crise: " Jogo Duro" Constitucional em Brasil e Portugal

Dezembro

2025

Declaração de Compromisso Antiplágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

AGRADECIMENTOS

Uma tese não se inicia em seu processo de escrita. Essa escrita é sempre precedida de um longo processo de maturação que lhe é muito anterior. Tampouco é fruto apenas de seu autor, porque suas ideias não são apenas suas. Ela é uma tentativa escrita de dar respostas a indagações surgidas em seu longo percurso de diálogos e aprendizado. Muitos dos temas e questões aqui trabalhados surgiram de conversas e discussões ocorridas anos antes de me decidir por realizar esta pesquisa de doutoramento.

No mestrado, Rachel Herdy, Janaína Matida e Fábio Schecaira me abriram portas para o mundo do teoria do direito, um mundo do qual nunca mais saí. Durante meu período na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro tive a oportunidade de discutir e, principalmente, aprender sobre política constitucional com alguns do mais brilhante estudiosos do tema no Brasil. A convivência quase diária com Diego Werneck, Fernando Leal, Thomaz Pereira e Michael Mohallem me ensinaram a pensar o direito constitucional de maneira prática, concreta, na forma de um constitucionalismo de realidade, como preconizado pelo Professor Joaquim Falcão. Muito da abordagem assumida nesta tese deve isto a eles. Julia Cani e Andre Bogossian me acompanharam em boa parte desta caminhada. Mais do que grandes interlocutores em minhas discussões sobre o direito constitucional, ele foram e são grandes amigos.

Realizar um doutoramento pode ser uma atividade solitária. Realizá-lo em outro país, em outro continente, parece aumentar ainda mais essa solidão. Entretanto, tive a sorte de contar com colegas de doutoramento que em muito me ajudaram a mitigar esse sentimento. Por isso, sou eternamente grato pelo convívio com Anabela, Isabel, Marco, Maria Helena e tantos outros.

Nesses longos e, em alguns momentos, difíceis anos que envolveram o desenvolvimento deste trabalho, também pude sempre contar com o suporte da coordenação, do conselho científico e do excelente corpo técnico do programa de doutoramento na Nova. Sou grato por sua dedicação a todos nós, alunos, e por lutarem diariamente para que este curso continue sendo um dos melhores e mais modernos programas de pós-graduação em Portugal.

Sou também imensamente grato todos os professores que tive neste doutoramento, mas um deles merece um agradecimento especial. A Professora Maria

Lúcia Amaral foi fundamental para o desenvolvimento deste trabalho. Mesmo sobrecarregada pelo trabalho muito diligentemente realizado como Provedora de Justiça, ela aceitou me orientar em minha tese de doutoramento. Como minha orientadora, me ajudou em meu desenho de pesquisa, colocou perguntas a serem respondidas e discutiu comigo sobre os caminhos de minha investigação. Infelizmente, não foi possível conciliar suas muitas tarefas em prol dos cidadãos com a orientação de minha tese. Entretanto, mesmo após deixar de ser minha orientadora, a Professora Maria Lúcia jamais deixou de apoiar minha pesquisa. Essa tese, nos seus acertos, e apenas neles, deve muitíssimo a ela.

Felizmente, apesar destes percalços, tive a sorte de encontrar no Professor Luís Heleno Terrinha um orientador atencioso e inteligente. A tarefa de orientar uma tese já em sua fase final não é fácil. O Professor Luís Heleno Terrinha, porém, prontamente assumiu-a para si e jamais hesitou em me auxiliar. Como orientador, trouxe luz a pontos ainda nebulosos de minha investigação e me garantiu segurança para que conseguisse, enfim, trazer a termo esta investigação.

Agradeço também ao Professor Pedro Lomba por muito gentilmente ter aceitado debater meu projeto de tese. Seus excelentes comentários e críticas foram incorporados a meu trabalho e a ele ajudaram a dar forma.

Esta pesquisa não teria sido possível sem que tivesse sido beneficiado por duas bolsas de investigação (PD/BI/135306/2017 e PD/BD/143130/2019) generosamente oferecidas pela Fundação para Ciência e Tecnologia. Por isso, gostaria de deixar meu sincero agradecimento à FCT por me apoiar e por apoiar pesquisa em Portugal.

Agradeço ainda ao Professor Armin Von Bogdandy e a todo corpo administrativo do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público, em Heidelberg, onde gentilmente fui recebido como investigador visitante e no qual encontrei o ambiente perfeito para realizar pesquisas que muito colaboraram para este trabalho.

Por fim, cabe lembrar que o bom desenvolvimento de uma tese depende de um mundo que vai muito além da academia. Sem o apoio de minha família e amigos nada disso seria possível. Por isso, não posso de deixar de agradecer aos muitos amigos que sempre me apoiaram e tornaram meus dias mais leves, ainda que às vezes à distância: Kauê, Peroni, Pinna, Tony, Alves, EBJ, Luciana, Giovana, Laura, Laís, Roberta, Jake, Diego, Hector, Matheus, Gui, Karim, Adrian, Malika e muitos outros.

Minha família sempre me incentivou e me ajudou em todos estes anos de investigação. Por isso e por muito mais sou eternamente grato a meu pai, Alex, minha mãe, Rosa, minha irmã, Heloisa, e a meu sobrinho, Arthur. Essa tese é para eles e por eles.

À Talitha eu devo tudo. Obrigado por ser minha companheira nestes e em todos os momentos.

Turning and turning in the widening gyre

The falcon cannot hear the falconer;

Things fall apart; the centre cannot hold;

Mere anarchy is loosed upon the world,

The blood-dimmed tide is loosed, and everywhere

The ceremony of innocence is drowned;

The best lack all conviction, while the worst

Are full of passionate intensity.

William Butler Yeats (The Second Coming)

RESUMO

A tese investiga o impacto das crises no direito constitucional do Brasil e de Portugal, focando na atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e do Tribunal Constitucional português. Quatro perguntas guiam a pesquisa: (1) houve jogos duros constitucionais onde disputas políticas desafiam a ordem constitucional? (2) Nos casos onde esses jogos não ocorreram, a atuação dos tribunais ajudou a evitar a escalada de conflitos? (3) Quando ocorreram, como os tribunais reagiram? E, finalmente, (4) esses jogos levaram a mudanças no arranjo constitucional? Os resultados mostram que, em Portugal, tanto na crise da dívida soberana quanto na pandemia de COVID-19, não houve evidências de que as disputas políticas tenham escalado para um autêntico jogo duro constitucional, em grande parte devido ao consenso político. No Brasil, contudo, esses jogos ocorreram durante a pandemia, com tentativas do governo Bolsonaro de centralizar o controle das medidas de combate ao vírus, e durante o impeachment de Dilma Rousseff, quando maiorias parlamentares buscaram limitar os poderes presidenciais. A tese conclui que, enquanto a atuação do Tribunal Constitucional português foi neutra e limitada, a do STF foi crucial em impedir a escalada dos conflitos durante a pandemia e teve um papel ambíguo no impeachment. No Brasil, os jogos duros resultaram em mudanças no presidencialismo de coalizão, reduzindo o poder presidencial, ao contrário de Portugal, onde a ordem constitucional permaneceu estável.

ABSTRACT

The thesis investigates the impact of crises on constitutional law in Brazil and Portugal, focusing on the role of the Brazilian Supreme Federal Court and the Portuguese Constitutional Court. Four key questions guide the research: (1) Were there constitutional hardball tactics where political disputes challenge the constitutional order? (2) In cases where such tactics did not occur, did the courts' actions help prevent the escalation of conflicts? (3) When these tactics did occur, how did the courts respond? And finally, (4) did these tactics lead to changes in the constitutional framework? The findings show that in Portugal, during both the sovereign debt crisis and the COVID-19 pandemic, there was no evidence that political disputes escalated into genuine constitutional hardball, largely due to political consensus. In Brazil, however, these tactics were evident during the pandemic, with attempts by the Bolsonaro government to centralize control over virus containment measures, and during the impeachment of Dilma Rousseff, when parliamentary majorities sought to limit presidential powers. The thesis concludes that while the Portuguese Constitutional Court's role was neutral and limited, the Brazilian Supreme Federal Court played a crucial role in preventing conflict escalation during the pandemic and had an ambiguous role during the impeachment. In Brazil, constitutional hardball resulted in changes to the coalition presidentialism, reducing presidential power, unlike in Portugal, where the constitutional order remained stable.

RÉSUMÉ

La thèse examine l'impact des crises sur le droit constitutionnel au Brésil et au Portugal, en se concentrant sur le rôle de la Cour suprême fédérale brésilienne et du Tribunal constitutionnel portugais. Quatre questions principales guident la recherche: (1) Y a-t-il eu des tactiques constitutionnelles dures où les conflits politiques défient l'ordre constitutionnel? (2) Dans les cas où ces tactiques n'ont pas eu lieu, les actions des tribunaux ont-elles aidé à prévenir l'escalade des conflits? (3) Lorsque ces tactiques ont eu lieu, comment les tribunaux ont-ils réagi? Et enfin, (4) ces tactiques ont-elles entraîné des changements dans le cadre constitutionnel? Les résultats montrent qu'au Portugal, tant pendant la crise de la dette souveraine que pendant la pandémie de COVID-19, il n'y a pas eu de preuve que les conflits politiques aient escaladé au point de devenir un véritable affrontement constitutionnel, en grande partie grâce au consensus politique. Au Brésil, en revanche, ces tactiques ont été présentes durant la pandémie, avec des tentatives du gouvernement Bolsonaro de centraliser le contrôle des mesures de lutte contre le virus, ainsi que durant la procédure de destitution de Dilma Rousseff, lorsque les majorités parlementaires ont cherché à limiter les pouvoirs présidentiels. La thèse conclut que, tandis que le rôle du Tribunal constitutionnel portugais a été neutre et limité, celui de la Cour suprême fédérale brésilienne a été crucial pour empêcher l'escalade des conflits pendant la pandémie et a joué un rôle ambigu lors de la destitution. Au Brésil, ces tactiques constitutionnelles dures ont conduit à des changements dans le présidentialisme de coalition, réduisant les pouvoirs présidentiels, contrairement au Portugal, où l'ordre constitutionnel est resté stable.

LISTA DE ABREVIAÇOES

ACO- Ações Civis Ordinárias

AD- Aliança Democrática

ADI- Ação Direita de Constitucionalidade

ADC- Ação Direta de Constitucionalidade

ADO- Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão

ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BCE- Banco Central Europeu

CCE- Comissão Coordenadora da Emergência

CCVE- Comissão Coordenadora de Vigilância Epidemiológica

CDS- Partido do Centro Democrático Social

CE- Conselho Europeu

CNSP- Conselho Nacional de Saúde Pública

CRFB- Constituição da República Federativa do Brasil

CRP- Constituição da República Portuguesa

FEEF- Fundo Europeu de Estabilidade Financeira

FMI- Fundo Monetário Internacional

HC- Habeas Corpus

JSN- Junta de Salvação Nacional

MEEF- Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira

MFA- Movimento das Forças Armadas

MS- Mandado de Segurança

PAEF- Programa de Assistência Económico-financeira

PCdoB- Partido Comunista do Brasil

PCP- Partido Comunista Português

PDT- Partido Democrático Trabalhista

PEC- Projeto de Emenda à Constituição

PEC- Pacto de Estabilidade e Crescimento

PPD/PSD- Partido Popular Democrático/ Partido Social Democrata

PS- Partido Socialista

PSDB- Partido da Social Democracia Brasileira

PT- Partido dos Trabalhadores

PL- Projeto de lei

RC- Reclamação Constitucional

RE- Recurso Extraordinário

REDE- Partido Rede Sustentabilidade

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TC- Tribunal Constitucional

TCU- Tribunal de Contas de União

TFUE- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Palavras-Chave: Tribunais Constitucionais; Jogo Duro; Brasil; Portugal; Crise.

Número de caracteres: 1.029.147.

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO 1

I.I. A TESE E SUAS MOTIVAÇÕES 1

I. II. ORGANIZAÇÃO DA TESE E METODOLOGIA 4

I.IV. DOS CASOS A SEREM ANALISADOS 9

II. O "JOGO DURO" CONSTITUCIONAL COMO CATEGORIA ANALÍTICA 12

II.I. NOÇÕES PRELIMINARES 12

II.II. FIXANDO CONCEITOS 25

II.III. JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO CONCEITO DE "JOGO DURO CONSTITUCIONAL" 30

II. IV. JUSTIFICANDO COMPARAÇÕES 33

III- CONVENÇÕES E REGRAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS COMO OBJETOS DE JOGOS DUROS CONSTITUTICIONAIS 36

IV. ÁRBITROS OU ATORES: OS PAPÉIS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM SITUAÇOES DE CRISE 90

IV. I. A CONSTRUÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEU PAPEL NO SISTEMA POLÍTICO PORTUGUÊS 101

IV. II. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO COMO ATOR POLÍTICO 124

IV. III. JOGOS DUROS CONSTITUCIONAIS, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM SITUAÇOES DE CRISE 143

V. COVID-19 E O IMPACTO CONSTITUCIONAL DA CRISE SANITÁRIA 149

V. I. SOBRE CRISES E DE EMERGÊNCIAS 149

V. II. O NORMAL E O EXCEPCIONAL NA CRISE SANITÁRIA 151

V. III. A EXCEÇÃO: COM DIREITO, SEM DIREITO OU CONTRA O DIREITO? 156

V. III. I. DEFININDO O CONCEITO DE EXCEÇÃO 156

V. III. II. MODELOS DE EXCEÇÃO 160

V. IV. TENTATIVAS DE CONCIALIAÇAO ENTRE DIREITO E EXCEÇÃO 174

VI. EMERGÊNCIA SANITÁRIA EM PORTUGAL E BRASIL: UM MESMO VÍRUS E DUAS CRISES 188

VI. I. A PANDEMIA EM PORTUGAL 188

V. I. I. A TUTELA CONSTITUCIONAL E LEGAL DA EMERGÊNCIA SANITÁRIA EM PORTUGAL 188

VI. I. II. A COVID-19 NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 195

VI. I. III. O COMPORTAMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA PANDEMIA DA COVID-19 207

VI. II. A PANDEMIA NO BRASIL 214

VI. II. I. COVID-19 E GOVERNANÇA POPULISTA 214

VI. II. II. O COMBATE À PANDEMIA E A PRESTAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE NO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO 222

VI. II. III. O STF COMO ÁRBITRO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA 228

VI. II. IV. A COVID-19 NO STF 234

VI. II. V. A PANDEMIA E O STF COMO GUARDIÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS 241

VI. II. VI. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 249

VII. O IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF E "JOGO DURO CONSTITUCIONAL" NO BRASIL 251

VII. I. O IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF: CONTEXTO HISTÓRICO E POLÍTICO 252

VII. I. I. ANTECEDENTES À CRISE DO IMPEACHMENT 252

VII. I. II. PRESIDENCIALISMO E GOVERNABILIDADE NO BRASIL PÓS-1988 257

VII. I. III. IMPEACHMENT E A CRISE DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO 262

VII. II. O JOGO DO IMPEACHMENT E O STF 269

VII. III. O PÓS-IMPEACHMENT: STF, GOLPE, “CATIMBA” E “JOGO DURO CONSTITUCIONAL” 288
VII. IV. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 292
VIII. A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE: O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E A CRISE DA ZONA DO EURO 293
VIII. I. A GRANDE CRISE DA DÍVIDA SOBERANA NA EUROPA 293
VIII. II. O RESGATE PORTUGUÊS NOS TRIBUNAIS 302
VIII. III. A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E O CONTROLO DE MEDIDAS DE EMERGÊNCIA 321
VIII. IV. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO CAPÍTULO 334
IX. CONSIDERAÇÕES FINAIS 336
IX. I. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NA CRISE 336
IX. II. SÍNTESE DAS PRINCIPAIS CONCLUSÕES DA TESE 350
IX. II. I. HIPÓTESES E PERGUNTAS DA PESQUISA 350
X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 353

I. INTRODUÇÃO

I.I. A TESE E SUAS MOTIVAÇÕES

Esta tese é fruto de seu tempo e da leitura deste tempo por seu autor. Vivemos um tempo de crise. Quando começou a ser pensada, o mundo parecia começar a se recuperar de um ciclo global de crise econômica generalizada. Talvez poucos países tenham sentido de maneira tão aguda os efeitos desta crise quanto Portugal, país onde este trabalho foi desenvolvido.

No Brasil, país de origem do autor, a crise econômica ainda se fazia sentir. Mas lá, a crise política trouxe também com ela uma grave crise política. O país encontrava-se rachado por um traumático processo de *impeachment* que levou ao afastamento de sua presidente. Acusações de golpe eram bradadas como grito de guerra. O *establishment* político brasileiro parecia correr risco de extinção, devastado por denúncias de corrupção diariamente divulgadas na imprensa e investigadas na famosa "Operação Lava Jato".

Em um contexto como este, seria quase natural que um candidato antissistema começasse a chamar atenção nas eleições presidenciais. Jair Bolsonaro, um político que construíra sua carreira política louvando as virtudes da ditadura militar no país e criticando os supostos vícios da "nova república" estava em plena ascensão. Ao longo de seu governo, o sistema de freios e contrapesos construído pelos constituintes de 1988 seria posto a prova como antes jamais fora.

Em ambos os países as crises levaram a disputas políticas e constitucionais. Em ambos os países, tribunais constitucionais tiveram papel central nessas disputas. Em Portugal, a atuação do Tribunal Constitucional polarizou opiniões. Parte da opinião pública e da academia criticava o tribunal por sua intervenção indevida na agenda de reformas econômicas levadas a cabo pelo governo português como contrapartida ao resgate financeiro da União Europeia e Fundo Monetário Internacional (ALMEIDA RIBEIRO; PEREIRA COUTINHO, 2014). Outra parte, acreditava que o Tribunal agira corretamente quando protegera os direitos sociais durante a vigência do longo programa de austeridade (REIS NOVAIS, 2014). E havia até mesmo aqueles que criticavam o TC não pelo que fez, mas pelo que deixou de fazer (MACHADO, 2013).

No Brasil, a situação não fora muito diferente. A atuação do Supremo Tribunal federal brasileiro também não fora imune a críticas. Para uns, mesmo com alguns equívocos, ao garantir a integridade do processo de impeachment, o tribunal brasileiro

protegera a democracia em momento de turbulência política. Mas havia também aqueles que acreditavam que o STF não apenas chancelara um golpe parlamentar, como teria com ele contribuído ao agravar com suas decisões a já grave crise política.

Essas diferentes opiniões quanto ao comportamento destes tribunais traziam implícitas leituras singulares da constituição e do papel destes tribunais em uma democracia. As crises econômicas e políticas pelas quais passavam os dois países pareciam ter trazido à tona divergências constitucionais profundas. Mais surpreendente eram as acusações, frequentemente disparadas, de que aqueles tribunais estariam promovendo alterações no carácter daquelas ordens constitucionais. No Brasil, o país que nascera com a constituição de 1988, com seu compromisso com a democracia e a inclusão social estaria retrocedendo a um tempo de autoritarismo oligárquico. Após seu momento fundacional, depois de fases construtivistas, gerencialistas e céticas, o país estaria agora assistindo a uma fase de degradação constitucional (VARGAS, 2019).

Por meio de leituras heterodoxas do regimento interno da câmara dos deputados e do Senado, através de uma interpretação excessivamente alargada da Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº. 1079/50) e do instituto do impeachment inscrito na Constituição Federal brasileira, congressistas estariam atropelando a vontade popular ao afastar de seu cargo uma presidente democraticamente eleita pela maioria da população.

Em Portugal, o compromisso constitucional em torno da igualdade e dos direitos sociais estaria erodindo-se a olhos vistos. O carácter eminentemente social-democrata da constituição portuguesa estaria sendo solapado por meio de reformas legais e iniciativas orçamentárias. Por outro lado, acusava-se o Tribunal Constitucional de tolher as decisões dos representantes do povo, no que poderia ser um avanço da ordem constitucional portuguesa em direção à juristocracia.

Essa tese nasce do interesse de compreender esses diferentes conflitos nascidos desse contexto de crise. Associado esse objetivo primário, havia ainda o interesse em entender o aspeto reformista destas crises. Uma hipótese que parecia demandar maior investigação era a de que situações críticas servem como catalisador de conflitos políticos, a maior parte deles lutados por meio da gramática constitucional. Esses conflitos, por sua vez, deixam suas marcas de maneira duradoura. Dessa maneira, poderiam potencialmente levar a mudanças constitucionais.

Tribunais Constitucionais, por serem os "guardiões da constituição" são colocados no centro dessas lutas. Por mais que busquem agir como terceiros imparciais, sua atuação não é e nem pode ser completamente neutra. Constantemente ao longo desse processo são chamados a decidir e, ao decidir, se posicionam. Nessa tarefa, podem facilitar esse processo de mudança, frenar-lhe ou mesmo interrompê-lo completamente. Por isso, optei por dar protagonismo em minha investigação a atividade desses tribunais.

Durante os estudos prévios realizados para a realização desta pesquisa, me deparei com o conceito de "jogo duro constitucional" ("*constitucional hardball*"), conforme desenvolvido por Mark Tushnet (2004). Apesar de inicialmente surgido nos debates de teoria constitucional norte-americana, conceito chamou minha atenção porque parecia iluminar, de um modo que outras noções tradicionais, como a de "crise política" ou "crise constitucional", não conseguiam, a natureza da trajetória de polarização e conflito presente no caso brasileiro. Entretanto, sua aplicação ao caso português era menos óbvia.

Do modo como definido por Tushnet, jogos duros constitucionais são práticas legislativas e executivas que, ainda que não sejam claramente ilegais, entram em conflito com certas pré-compreensões constitucionais (TUSHNET, 2008). Ainda que, em tese, se pudesse alegar que as medidas de austeridade levadas a cabo pelo governo português, sem alteração formal da constituição, iriam contra um certo "espírito social-democrata" da constituição, dois problemas se colocavam.

Em primeiro lugar, os debates judiciais em torno desse projeto reformista não foram postos nesses termos. A chamada "jurisprudência da crise" do Tribunal Constitucional português teve como discussão central o possível conflito destas políticas com os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da proteção da confiança legítima. Em outras palavras, não se discutia se governo poderia operar uma redução do tamanho do estado ou liberalizar a economia por via legal e orçamentária, mas sim se a legislação aprovada pelo parlamento atingia de maneira desproporcional estes princípios.

Sempre se poderia retrucar, é verdade, que as justificativas formais do TC para derrubar algumas das medidas aprovadas eram um simples artificio utilizado para mascarar divergências substantivas com o programa de ajuste fiscal. Entretanto, essa também não estaria livre de problemas. Uma dificuldade inicial seria que não são óbvias as razões para essa possível insinceridade do tribunal. Se o tribunal acreditava que estava protegendo a ordem constitucional de seu desvirtuamento, porque não admitir isto? A

maior parte das medidas eram altamente impopulares e seria uma oportunidade para o tribunal obter prestígio junto à opinião pública. Além disso, se de fato o TC estava atuando para preservar os fundamentos da ordem constitucional Portuguesa, por que a maioria das medidas aprovadas pela Assembleia da República foram consideradas constitucionais[1]?

O segundo problema, é que não parece ter havido por parte do governo e do parlamento a atitude agressiva, de "tudo ou nada" que caracteriza esses jogos duros. O governo e o legislativo aprovaram um programa de reformas por via legislativa. Ante o veto do TC a parte deste programa, o governo recuou em algumas medidas ou modificou-as para adequá-las aos parâmetros impostos pelo tribunal. Mesmo com a dificuldade de ver sua agenda reformista inteiramente referendada pelo Tribunal Constitucional, não houve tentativas de realizar um "antijogo" ou de reduzir o poder de adversários. Tampouco buscou-se confrontar o TC ou valer-se de artimanhas para fazer aprovar seu projeto. A sua maneira, ele aceitou a autoridade das decisões do tribunal.

O que mereceria, porém, ser investigado é se o próprio Tribunal Constitucional, em sua ânsia de impor limites a essa tentativa de redução do tamanho do estado, não teria se valido de práticas que iam contra as convenções constitucionais até então em voga. Desse modo, a fim de ver prevalecer sua visão constitucional, o próprio tribunal teria se empoderado e enfraquecido outros poderes. O manejo flexível de princípios constitucionais seria o instrumento utilizado para realizar este movimento. Sendo este o caso, o contexto de crises fiscal e econômica poderia ter levado a uma mutação na natureza daquela instituição. Foi essa possibilidade que me estimulou a investigar a construção da "jurisprudência da crise" à luz da noção de jogo duro institucional.

I. II. ORGANIZAÇÃO DA TESE E METODOLOGIA

Para responder a essa questão, optei por dividir a tese em diferentes partes. Na primeira parte, nos capítulo 2 e 3, realizo um trabalho conceitual. São pouco os trabalhos

[1] Como será explorado mais à frente, haveria possíveis explicações para esse comportamento do Tribunal Constitucional. Poderia ser que a maioria dos juízes do tribunal não se opusesse de fato a essas mudanças, mas quisesse apenas controlar seu ritmo e a forma com foram feitas. Além disto, poderiam temer retaliação por parte do parlamento ou talvez temessem arranhar imagem de instituição técnica do TC ao fundamentar suas decisões em argumentos excessivamente políticos.

que buscam analisar o conceito de “jogo duro constitucional” em maior profundidade. De uma maneira geral, algumas noções centrais para o conceito não são suficientes desenvolvidas. Um importante exemplo é a ideia de “pré-compreensões constitucionais”, objeto principal de disputas envolvendo jogos duros constitucionais, porém pouco explorado. Em parte, esta tese é um tentativa de suprir essa lacuna.

No capítulo 2, busco compreender a ideia de “jogo duro constitucional” nos termos em que foi introduzida no debate constitucional por Mark Tushnet e por outros autores que posteriormente a desenvolveram. Adicionalmente, coloco este conceito em perspetiva confrontando-o com outros conceitos que dele se aproximam mas guardam suas própria peculiaridades, como as noções de “catimba constitucional” (GLEZER, 2020) e “confronto constitucional” (VERMEULE; POSNER, 2007). Dessa maneira permite-se melhor identificar seus contornos básicos e suas virtudes analíticas, de modo a ressaltar aquilo que o torna superior com instrumento de análise para muitas das crises que hoje atingem democracias constitucionais.

Seguindo essa linha, no segundo capítulo, dedico-me a analisar a ideia de “normas pré-constitucionais”, que assume papel central para a correta apreensão da dinâmica destes “jogos duros constitucionais”. Nessa tarefa, valho-me do conceito de H. L. A. Hart (1986) de “regra de reconhecimento”, enfatizando a natureza convencional dessa norma básica. Munido deste conceito, procuro mostrar o modo como jogos duros constitucionais podem levar a um processo de mudança constitucional informal.

Em uma segunda parte da tese, procuro estudar o papel político do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro de modo a melhor com sua atuação em situações de crise e em casos de “jogo duro constitucional”. Nessa tarefa me afasto na análise conceitual e me aproximo do campo do “direito e política” (“*Law and Politics*”) (WHITTINGTON; KELEMEN; CALDEIRA, 2008). Esse é o tema do quarto capítulo. Em um primeiro momento, faço uma breve análise geral da ascensão de tribunais constitucionais nas democracias nascidas no pós-guerra. Desta maneira, busco contextualizar o processo de construção institucional do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Uma vez situado historicamente o papel destes tribunais, realizo um percurso através da literatura da ciência política e do direito que busca entender o comportamento político destes tribunais .

Isto não significa, porém, um total abandono do normativismo que caracteriza a primeira parte deste trabalho. É característico deste legalismo a crença de que juízes e outros atores em um sistema jurídico normalmente seguem o direito porque assumem um ponto de vista interno a ele. A perspetiva assumida neste trabalho é, portanto, internalista, aqui entendida como externalismo moderado, ou seja, um externalismo quanto a agentes internamente motivados. Deste ponto de vista, presume-se aqui que o direito forma não apenas boa parte do contexto institucional em que agentes atuam, como constitui as razões que motivam suas ações. Mesmo que vistos como agentes estratégicos ou maximizadores, suas ações podem ser compreendidas como normativamente motivadas desde que na maioria das vezes sejam voltadas a buscar a melhor decisão possível tendo em vista seu compromisso com aa normas jurídicas existentes (FEREJHON, 2008: 283).

Isso não significa, porém, que aqui se afirme que estes atores são apenas as bocas que pronunciam "a palavra fria da lei". Existe um limite para a capacidade de o direito guiar a ação humana. Em alguma medida, o direito sempre será potencialmente indeterminada. Por isso mesmo um juiz formalista terá que em algum momento decidir de maneira discricionária. Nesse ponto, o externalismo moderado abre espaço para um externalismo mais radical. Fatores ideológicos, visões profissionais, vieses e interesses pessoais iram ajudar a explicar o comportamento desse juízes. Como chamam atenção certos estudos de análise positiva do comportamento judicial (EPSTEIN, KNIGHT, MARTIN, 2001; EPSTEIN, LANDES, POSNER; 2013; EPSTEIN, WEINSHALL, 2021; CROSS, NELSON, 2001; MALTZMAN, SPRIGS II, WAHLBECK, 2000), as expectativas desses agentes quanto a reações de outros agentes a seu comportamento também influenciam suas decisões. Esse último ponto merece ser enfatizado, principalmente porque devemos ter em mente que muitos dos atores aqui estudados atuam em órgão colegiados e são responsivos a outras instituições.

A terceira parte desta tese é dedicada ao estudo de casos. Ainda hoje, a maioria dos trabalhos sobre o tema dos jogos duros constitucionais tendem a se concentrar em práticas observadas nos Estados Unidos, país de origem do conceito, e são poucos os estudos versando sobre este tópico dedicados ao tema em Portugal e no Brasil. Essa é uma segunda lacuna que esta tese procura suprir.

Realizar-se-á um estudo comparativo do comportamento do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro por meio da análise de suas decisões em casos concretos. Isto significa que seus julgados, tematicamente

delimitados pelos casos de crise escolhidos, serão utilizados como fonte primária para compreender como essas instituições se comportam.

Nessa tarefa, é preciso marcar com clareza aquilo que o TC português e o STF brasileiro possuem como semelhanças e diferenças. Dentre algumas dessas semelhanças, destaque-se desde já que ambos funcionam como jurisdição constitucional e órgãos de cúpula judiciária em ordens constitucionais que contemplam sistemas mistos de fiscalização de constitucionalidade. Neles recai a responsabilidade pela interpretação de textos constitucionais longos, analíticos e dotados de amplos catálogos de direitos sociais, individuais e políticos. Esses documentos constitucionais nascem naquilo que Samuel Huttington (HUTTINGTON, 1994) chamou de terceira onda de democratização. Ao mesmo tempo que marcam o rompimento com um passado de autoritarismo e arbitrariedade, buscam apontar novas direções. Sem abrir de mão de princípios e valores caros ao constitucionalismo clássico, têm a pretensão de dirigir essas ordens constitucionais na direção de sociedades mais igualitárias e concretizar promessas sempre adiadas de justiça social. Esses fatores terão influenciam a autocompreensão desses tribunais e as expectativas neles depositadas por outros atores políticos e pela sociedade.

Por outro lado, é inegável que há particularidades que os distinguem. Para citar aqui apenas algumas delas, cabe destacar que desenho institucional do STF, suas normas regimentais e a prática decisória de seus membros implicam em uma maior fragmentação do tribunal brasileiro, especialmente refletida nos grandes poderes individuais de seus ministros, quando comparado com o tribunal português. Além disso, no caso do Brasil, o rol de legitimados à ativar a jurisdição constitucional por meio de ações diretas é ainda mais amplo do que no sistema constitucional lusitano. É ainda de se destacar que o televisionamento das sessões do STF, dá uma feição singular ao relacionamento desta instituição com a opinião pública.

Para além do desenho destes tribunais e suas práticas, outros fatores de distinção merecem atenção. Não podemos nos olvidar que o contexto político-institucional também traz algumas diferenças importantes. Se o STF deve interagir com um sistema político organizado na forma de um presidencialismo no qual o Presidente da República assume a forma de um gestor de amplas coalizões heterogêneas e com um Ministério Público consideravelmente forte e independente, o contexto institucional no qual o TC português é chamado dialogar é o de um semipresidencialismo no qual, em que pese o grande

número de partidos, prevalecem dois grandes blocos partidários relativamente homogêneos.

Todos esses elementos irão influenciar nas decisões tomadas por essas instituições e nas estratégias dos atores nela envolvidas. Por isso, não se está aqui a tratar os dois tribunais analisados como se um só fossem. O próprio ato de comparar pressupõe a diferença. Quem compara objetos, compara tendo por referência objetivos específicos. O que se pretende entender é como estes dois tribunais, parecidos e diferentes ao mesmo tempo, respondem a situações semelhantes.

É, portanto, a crise que os unifica tematicamente e fornece um referencial concreto que permite realizar tal comparação. Não se ignora, porém, que os casos de crise abordados aqui se distinguem um do outro e, mais importante, nem sempre serão os mesmos para os dois países. Por isso, o conceito aqui utilizado de "crise" deve ser definido em um maior grau de abstração, trabalho que será realizado no capítulo V desta tese.

Da mesma maneira, seguindo aqui a proposta de Tushnet de uma abordagem contextualista no campo do direito comparado, uma investigação do comportamento e decisões dessas não pode perquirir de um esforço de contextualização (TUSHNET, 2008: 10). O capítulo IV deste trabalho pode ser compreendido como uma tentativa de marcar com clareza o contexto de criação de cada tribunal e localizá-los dentro de sistemas constitucionais concretos, cada um deles com características únicas e com sua própria dinâmica política e institucional.

Ao final, contraste entre a atuação do STF e do TC não apenas pode ajudar a melhor compreender essa possível relação entre jogos duros constitucionais, crise e mudança constitucional, como realça aquilo que há de singular nessas instituições.

I. III. DOS OBJETIVOS E PERGUNTAS DE INVESTIGAÇÃO.

A noção de crise traz três perguntas que por via de comparação aqui se procura oferecer resposta. Estas perguntas derivam de duas hipóteses iniciais aqui trabalhadas. A primeira hipótese é a de que crises, sejam elas políticas, econômicas ou sanitárias, funcionam como catalisadores de jogos duros constitucionais. A segunda, a de que tais jogos duros podem levar a um rearranjo informal da ordem constitucional.

Não é meu objetivo com este trabalho oferecer uma análise quantitativa capaz de pôr a teste tais hipóteses. O que se procura aqui fazer são estudos de caso. Observaremos casos específicos de crises em Portugal e Brasil, identificar-se-á a ocorrência ou não dos fenômenos estudados e busca-se sua possíveis explicações por meio de uma comparação entre os dois países.

Tendo isto em mente, estas tese busca responder a três perguntas:

1. Ao analisar a atuação dos tribunais brasileiro e português em situações de crise seria possível observar a ocorrência de um jogo duro constitucional? Aqui, o conceito de jogo duro constitucional delineado na primeira parte da tese nos fornecerá um parâmetro de avaliação dos casos estudados. A resposta dada a essa primeira pergunta nos conduz à segunda pergunta
2. Se há uma discrepância entre os casos comparados, quais seriam as possíveis explicações para estas diferenças? Na resposta a esta segunda questão, o STF e TC tornam-se os protagonistas. Isto porque, o que se tentará aqui entender é a contribuição ou não destes tribunais para existência de jogos duros constitucionais. Em caso de não ocorrência de um jogo duro constitucional nos casos analisados, teria a atuação destes tribunais contribuído para impedir que disputas constitucionais escalassem a ponto de tal fenômeno se manifestar? Se, em contrário, tal fenômeno de fato possa ser observado nos exemplos estudados, como os dois tribunais teriam se manifestado diante dele? Teriam atuado como agentes de fomento ou como mediadores que buscam por fim a um conflito? O estudo do desenho institucional e da interação destes tribunais com outros atores políticos realizados no capítulo IV se mostrará útil na resposta a estas questões.
3. Por fim, a última pergunta que se coloca é: se há um jogo duro constitucional, seria possível afirmar que isso leva a alguma mudança no arranjo constitucional até então existente? Se, como se afirma aqui, estas disputas se dão em torno de normas pré-constitucionais, normas que formam a base de um sistema constitucional, seu resultado no caso concreto teria levado a uma reforma dessas normas fundamentais?

I.IV. DOS CASOS A SEREM ANALISADOS

Como já adiantado, inicialmente foram selecionados para estudo dois casos relativamente recentes de crise, uma em cada país, nas quais estes tribunais foram chamados a intervir. No caso brasileiro será estudada a atuação do Supremo Tribunal Federal no processo de *impeachment* da ex-presidente brasileira Dilma Roussef. Dele, o STF por meses participou, algumas vezes supervisionando-o, em outros casos, fixando balizamentos e até, como veremos, por vezes estimulando-o. Será uma oportunidade de entender com esta instituição teria se comportado diante de uma acirrada disputa política entre o legislativo e o executivo brasileiro.

Nada semelhante à batalha pelo *impeachment* ocorreu em Portugal. Entretanto, apenas poucos anos antes, a crise da dívida pública na Europa teria consequências políticas e constitucionais igualmente relevantes. Por esse motivo, aqui estudar-se-á igualmente a construção da "jurisprudência da crise" durante os anos em que Portugal esteve comprometido com o programa de auxílio financeiro acordado junto à "Troika". Aqui veremos o comportamento do Tribunal Constitucional durante o difícil período de crise fiscal pelo qual passou o país e seus frequentes choques com as decisões tomadas pelo legislador.

Entretanto, esse trabalho foi também impactado pelo desenrolar de uma crise inesperada: a pandemia da COVID-19. Quando se pensa em crises, pensa-se em velocidade. Acontecimentos que freneticamente se sobrepõe em um encadeamento desordenado e imprevisível. Mas a verdade é que nos meses em que a pandemia se sentiu de maneira mais intensa, o mundo parecia estar paralisado. Universidades foram fechadas, bibliotecas trancaram suas portas, fronteiras cerraram-se e regimes de confinamento e distanciamento social foram impostos. Sem dúvida, isso impactou o desenvolvimento deste trabalho, não apenas pelas dificuldades colocadas, mas também porque trouxe novos casos para estudo.

A crise da COVID-19 foi uma crise de autoridade em dois sentidos. No primeiro sentido, porque nela foi posta em questão a autoridade de cientistas e especialistas que corriam contra o tempo para entender a doença e encontrar uma cura. Mas, em um segundo sentido, foi também uma crise de autoridade prática em que as decisões das autoridades públicas foram frequentemente contestadas. Esses questionamentos, como seria esperado, desaguaram nos tribunais. A disputa política, tornou-se também disputa constitucional.

A crise pandêmica, na medida em que ocorreu em Brasil e o Portugal no mesmo período, nos permite comparar como estas duas instituições reagem a um problema semelhantes. Em ambos os países, uma mesma crise se colocava: um novo vírus capaz de se propagar com facilidade e extremamente mortal. Em ambos os países, as autoridades públicas assumiram a responsabilidade de dar uma resposta a essa ameaça. Também em ambos os países, os tribunais foram acionados para tomar posição quanto à constitucionalidade dessas respostas. Novamente, o STF brasileiro e o TC português estiveram no centro do debate público. Por esse motivo, não poderíamos deixar de adicionar esta crise ao rol de casos aqui estudados.

Como consideração final a essa breve introdução, intentamos oferecer uma resposta àqueles leitores que podem estranhar uma possível ausência nesta lista de crises. A presidência de Jair Bolsonaro no Brasil levou este país a um aparente estado de crise constante. Choques entre o presidente brasileiro e seus apoiadores com outros poderes, governadores, instituições de controle, a imprensa e até mesmo seus próprios ministros, repetiam-se quase diariamente. Havia um temor de que o país pudesse estar caminhando para a autocracia. Por isso, poder-se-ia questionar a razão para esta aparente crise autocrática não merecer aqui um estudo mais detido. Duas respostas aqui são oferecidas.

Primeiramente, porque o que se observou no país durante a presidência de Jair Bolsonaro não foi apenas uma crise, uma crise manifesta na forma de crises, no plural. Crises frequentes que surgiam tão rapidamente quanto desapareciam. Mesmo que fosse possível tratar de cada uma delas individualmente, esta dura empreitada impossibilitaria o estudo dos outros casos aqui selecionados. Seriam, portanto, por si só objeto único para uma tese.

Em segundo lugar, porque a pandemia da COVID-19 levou a embates políticos e constitucionais que retém as principais características das crises observadas no Brasil neste período. Nesse sentido, é um exemplo quase perfeito dos contantes choques entre o presidente brasileiro e as demais autoridades públicas do país. Por esse motivo, e considerando-se também sua simetria com a situação portuguesa, o estudo da crise pandêmica parece mais esclarecedora para os propósitos desta tese do que um estudo mais amplo excessivamente focado no caso brasileiro.

II. O "JOGO DURO" CONSTITUCIONAL COMO CATEGORIA ANALÍTICA

II.I. NOÇÕES PRELIMINARES

Desacordos fazem parte da democracia. Através dela, grupos com diferentes ideais e pontos de vista podem debater, criticar e competir pelo poder de tomar decisões públicas sabendo que aos perdedores de hoje é garantida a oportunidade de serem os vencedores de amanhã. É, portanto, um complexo delicado de deliberações que leva à tomadas de decisões quanto ao melhor modo de conduzir uma comunidade política. Este processo deliberativo, porém, estrutura-se por meio de uma intrincada rede de normas formais e informais, muitas delas jurídicas. Sem direito, portanto, não há democracia. Quando eficazes, estas normas garantem que disputas políticas não terminem em violência descontrolada, ciclos de "*vendeta*" e, no limite, guerras civis. Entretanto, disputas podem surgir também quanto ao conteúdo destas normas jurídicas. Isto por si só não é algo extraordinário. Para dirimir estas controvérsias sistemas jurídicos possuem tribunais e instituições com autoridade para o sentido do direito existente.

Do mesmo modo, debates acerca do sentido das constituições não são incomuns. Entretanto, um certo desconforto recente com estas controvérsias parece ter ganhado força nos últimos anos. Esse desconforto parece se manifestar na forma de ansiedade quanto uma suposta crise do direito constitucional. Como nota Alice Ristroph (RISTROPH, 2009), essa crise normalmente se manifesta de duas maneiras. Ela se manifesta na forma de desconforto quanto a uma aparente crise do direito constitucional enquanto disciplina, e nesse sentido é uma crise na dogmática jurídica, e ela se manifesta em um sentimento de crise quanto as instituições que integram o sistema constitucional.

Os conflitos que aqui são objeto de estudo tendem a despertar esse segundo tipo de desconforto. Eles são manifestações reais de um fenômeno que, em casos mais extremos, pode eventualmente ganhar um carácter de crise constitucional. Existem diferentes sentidos em que podemos falar de crise constitucional. Jack Balkin e Sanford Levinson atentam para três deles, cada um denotando um fenômeno distinto e unidos pela ideia comum de que situações críticas ocorrem justamente quando direito constitucional deixa de ser capaz de regular disputas políticas. Um primeiro tipo de crise ocorreria naqueles casos em que autoridades públicas, normalmente alegando a necessidade de lidar com ameaças excecionais, deliberadamente decidem ir além dos poderes que lhe são concedidos pela Constituição. Em sentido contrário, o segundo tipo de crise ocorre

quando a adesão cega aos ditames constitucionais impede que autoridades públicas sejam capazes de enfrentar outros tipos de crise, sejam elas políticas, econômicas ou sanitária, resultando em um colapso daquela ordem constitucional. No terceiro tipo de crise constitucional, porém, todos os atores políticos acreditam estar seguindo fielmente o prescrito pela constituição, mas eles conflitam quanto ao que a Constituição prescreve. Esse conflito leva a uma crise quando algum destes atores políticos, alegando que a ação de seus adversários põe em risco a existência daquela ordem constitucional, resolve tomar atitudes drásticas, por vezes se valendo de violência, para defender aquela ordem supostamente ameaçada (BALKIN; LEVINSON: 2009) [2].

Os casos estudados nos próximos capítulos refletem diferentes tipos daquilo que ordinariamente chamamos de crise. Há casos de crises políticas, econômicas e sanitárias. Assim como estas crises se diferenciam entre si, estas também diferem de crises constitucionais. Todas estas elas levaram a conflitos e estes conflitos foram judicializados. Debates constitucionais ocorreram. Entretanto, na maior parte destes casos, por mais que disputas constitucionais acaloradas possam ter surgido, seu desenrolar não desembocou em uma crise constitucional. Como explicar, porém, o evidente desconforto com seu desenrolar? O sentimento predominante é o de que havia algo de especial, algo mais grave, quanto às disputas nelas envolvidas. Uma primeira pista para desvendar esse mistério parece ser justamente o terceiro conceito de crise constitucional esboçado acima. Nelas houve polarização. Grupos diferentes se formaram ao redor de mudanças legais de impacto na ordem constitucional. Alguns foram favoráveis, outros contrário. Abundaram acusações de que os demais grupos estariam violando aquela ordem constitucional.

Há, no entanto, um porém. Por mais encarniçadas que pudessem ser, estas disputas não foram particularmente marcadas pelo recurso à violência ou desobediência civil que Levinson e Balkin identificam em crises do tipo 3. Mas houve judicialização. A

[2]Essa classificação se assemelha a de Whittington (2002). Ao primeiro tipo de crise de Balkin e Levinson, ele dá o nome de crise de fidelidade, pois atores políticos, de forma radical ou sistemática, deixam de obedecer a constituição. O segundo tipo de crise, é por ele denominado de crise operacional. Ela pode ser formal, quando o sistema jurídico não possui normas capazes de administrar conflitos político e sociais persistentes, ou material, quando a constituição não atribui a autoridades públicas poderes para com emergências. Em ambos os casos, o formalismo constitucional pode colocar em risco a própria existência da constituição. Whittington, porém, não parece reconhecer o terceiro tipo de crise de Levinson e Balkin.

constituição foi o ponto focal ao redor do qual essas disputas se articularam e os tribunais, muitas vezes foram a arena de batalha.

Para compreender estes eventos, é preciso, portanto, encontrar um conceito analítico que sem configurar exatamente uma crise constitucional dela se aproxima o suficiente para nos ajudar a entender esta sensação de crise. Dois deles despontam de saída como os mais promissores. O primeiro deles é a noção de confronto constitucional ("*constitutional showdown*") desenvolvida por Adrian Vermeule e Eric Posner (2008). O segundo deles, é ideia de "jogo duro constitucional" ("*constitucional hardball*") de Mark Tushnet (2004; 2021). Por isso, para responder à pergunta quanto ao que há de especial nos conflitos institucionais envolvidos nas crises políticas, econômicas e sanitárias que estudaremos, estes dois conceitos serão tomados de ponto de partida.

Para Vermeule e Posner, conflitos constitucionais não são apenas pervasivos em sistema jurídicos, eles são a força motriz das grandes alterações constitucionais (VERMEULE; POSNER: 2011). Para se entender mutações constitucionais é imprescindível compreender a dinâmica e a natureza destes embates. Por esse motivo, um esforço de conceituação deste fenômeno assume papel central na teoria constitucional dos autores, que assim o definem (VERMEULE; POSNER, 2008: 997):

> (...) um confronto constitucional é (1) um desacordo entre dois ou mais ramos do governo (2) que termina com um dos ramos aquiescendo total ou parcialmente com a visão esposada pelo outro ramo e que (3) dá origem a um precedente constitucional.

Essa definição estrutura-se em torno da relação entre os atores participantes neste confronto e em seu resultado. Com relação a quem participa, os autores parecem ter uma resposta: são dois ou mais poderes[3]. Por poderes, têm em mente principalmente os poderes legislativo, judiciário e executivo, mas admitem a possibilidade de incluir sobre essa rubrica outras instituições estatais que não se encaixam nessa divisão tripartite de poderes, entidades internacionais, partidos políticos ou até mesmo certos grupos privados (POSNER & VERMEULE, 2008: 1001). Seus resultados, por sua vez, são dois. Em primeiro lugar, a submissão de um dos atores a visão constitucional de seu opositor. Em

[3] Na versão original da esta obra, os autores se utilizam da expressão "ramos de governo" ("*government branches*"). Por entender que tal expressão é inadequada para descrever a estrutura dos estados constitucionais no Brasil e em Portugal, optei pela adoção da expressão "poderes" com sinônimo, salvo pela tradução do original transcrita na citação direta acima.

segundo lugar, a cristalização desta visão constitucional na forma de um precedente, judicial ou não, que modifica, portanto, o panorama constitucional até então existente.

À essa definição funcional os constitucionalistas norte-americanos adicionam ainda outros elementos que ajudam a identificar tal fenômeno, mais especificamente, os interesses dos atores em causa e seu contexto legal. Assim, para eles, estes conflitos constitucionais ocorrem em situações em que "a alocação de autoridade constitucional para realizar importantes decisões políticas é ambígua ou contestada", e múltiplos agentes políticos tem algum interesse em reivindicá-la (POSNER & VERMEULE, 2008: 1002). Em outras palavras, na medida em que as normas constitucionais que estruturam a distribuição de poderes e competências destes agentes políticos são ambíguas ou indeterminadas o suficiente para admitir diferentes interpretações, cada um dos atores neste conflito terá interesse em fazer prevalecer interpretações que o empoderem. Como o empoderamento de um destes atores pode levar ao enfraquecimento dos demais, há um potencial conflito interpretativo. A disputa se articula, então, ao redor destas normas indeterminada. Se cada um deles acredita que possui força suficiente para fazer prevalecer, ainda que parcialmente, sua interpretação sobre a dos demais, então estão presentes as condições para um "*showdown*".

Assim, pode-se resumir os elementos definitórios deste conceito da seguinte maneira:

1. Quanto aos atores: de maneira geral, os diferentes poderes ou, em uma terminologia mais anglicista, os diferentes poderes, o que não exclui que eventualmente possam envolver outros atores, como partidos políticos e entes subnacionais.
2. Quanto aos interesses: Ampliar competências e, consequentemente, os seus poderes normativos ou buscar poder político através do aparelhamento do estado por seu grupo político. Nada impede, porém, que essa ampliação de competências seja meramente instrumental, como um fim para fortalecer seu grupo político.
3. Quanto ao objeto da disputa: Normas constitucionais de sentido indeterminado que distribuem os poderes e competências das partes no conflito.
4. Quanto às expectativas: Cada um deste atores espera ter força para fazer que seus oponentes aquiesçam quanto a sua interpretação.

5. Quanto ao resultado: Aquiescência fática de um destes poderes e, posteriormente, o estabelecimento de um precedente, legal ou não, que crie nova configuração na distribuição de competências constitucionais.

Esta definição é simultaneamente estreita e ampla. Ela é estreita quanto ao objeto da disputa. No primeiro caso, porque apenas inclui aqueles casos em que a disputa se dá em torno do sentido das normas que fixam suas competências, seu poder normativo. Disputas ao redor de normas de direitos fundamentais, por exemplo, não estão aí incluídas. É também ampla, porque parece abarcar qualquer tipo de conflito envolvendo estas normas.

Os autores assumem, também, certo binarismo, em um jogo de soma zero. O resultado destas disputas se dá na forma de uma vitória/derrota com vencedores/vencidos. Mas e no caso de soluções intermediárias, na qual o resultado da disputa não corresponder à interpretação favorita de nenhuma das partes mas tampouco implicar na solução menos desejada? Dependendo da perspetiva que se adota, estas tanto podem ser vitórias quanto derrotas.

Esta ideia de conflito constitucional defendida guarda, por sua vez, alguma semelhança com a noção de "jogo duro constitucional" ("*constitutional hardball*") desenvolvida por Mark Tushnet (2004; 2020). Segundo sua definição (TUSHNET, 2004: 523), estes jogos duros seriam:

> (...) reivindicações e práticas- iniciativas legislativas e executivas- cujas quais, ainda que não haja grandes dúvidas quanto ao fato de estarem dentro das fronteiras estabelecidas pela doutrina e pela prática constitucional, entram em conflito com certas pré-compreensões constitucionais.

Estas pré-compreensões, alerta, seriam convenções conceitualmente anteriores ao direito constitucional que iluminam sua interpretação e desenvolvimento. Ainda que estas práticas não sejam violações explícitas ao direito constitucional vigente, estas normas básicas estariam sendo atacadas por essa interpretação "heterodoxa" do direito. Assim, tal qual Vermeule e Posner, Tushnet também enxerga no potencial desestabilizador destes "jogos duros" uma ferramenta importante de mutação constitucional. O que daria a elas o carácter de "jogo duro", marcando sua diferença de outras disputas constitucionais, seria o fato de que aquilo com elas é posto em jogo ser de

grande importância para as partes nelas envolvidas. Assim podemos sistematizar os principais elementos desse conceito:

1. Quanto aos atores: os diferentes poderes ou, em uma terminologia mais anglicista, os diferentes "ramos de governo", em especial o legislativo e o executivo.
2. Quanto aos interesses: Ampliar competências e, consequentemente, os seus poderes normativos ou buscar poder de fato através do loteamento do estado por seu grupo político. Nada impede, porém, que essa ampliação de competências seja meramente instrumental, como um fim para atingir esse poder instrumental.
3. Quanto ao objeto da disputa: Convenções e normas pré-constitucionais.
4. Quanto às expectativas: Os atores envolvidos acreditam ter capacidade o suficiente para impor as mudanças que ambicionam, seja porque tem força para vencer eventuais resistências seja porque acreditam que a resistência será mínima ou nula.
5. Quanto a resultado: Grandes alterações na ordem constitucional típicas de momentos extraordinário.

Por um lado, essa definição é mais ampla do que a de Vermeule e Posner quanto ao objeto da disputa. As normas pré-constitucionais disputadas não são relacionadas apenas à competência e distribuição de poderes constitucionais. Por outro lado, é mais estreita na medida em que consegue ressaltar o que há de especial nesse tipo de divergência. Essas normas em disputa são suficientemente relevantes para que sua alteração implique em uma radical mutação na ordem constitucional.

É possível comparar estes dois conceitos através das categorias acima esboçadas. A primeira refere-se aos atores envolvidos, a segunda aos interesses em questão, a terceira é quanto ao objeto da disputa, a quarta quanto a expectativa alcançada e a quinta quanto a seu resultado:

1) PARTES

Talvez o ponto em que ambos mais se aproximam seja quanto é aquele relativo a partes contendoras. Uma ideia comum a todos estes autores é que choques constitucionais são públicos e institucionais. Com isso, ficariam excluídas empresas, a

imprensa, movimentos sociais, sindicatos, *lobbies* e indivíduos, quando privadamente considerados. Na prática, porém, essa linha entre público e privado não é tão fácil de ser traçada. Um presidente da República que entre em confronto com o judiciário para proteger familiares acusados de um crime está se valendo de poderes públicos decorrentes do cargo que ocupa para promover seus interesses privados. Por isso, não seria absurdo afirmar que quando assim age, está agindo na qualidade de pessoa privada.

O que é relevante, no entanto, para a caracterização desses casos como públicos aqui é não só o fato deste indivíduo agir investido de poderes públicos, mas também o modo como ele articula sua causa. Mesmo que defendendo seus interesses privados, neste caso, a proteção de sua família, ele pode afirmar estar defendendo, por exemplo, o devido processo legal do ataque de um judiciário que constantemente avançaria sobre os direitos dos cidadãos movido por sua sanha punitivista.

Certamente, instituições não são seres sencientes dotados de vontade própria. Afirmar que apenas indivíduos são capazes de agir beira a trivialidade. Entretanto, o modo de agir e o contexto legal importam. Ação individual ganha um sentido social diferente quando dentro de instituições articuladas por estruturas normativas. As ações de um presidente deixam de ser as ações de um indivíduo e ganham um significado completamente novo quando este age de acordo com regras que conferem a ele certas competências, designam fins a serem buscados e regulamentam o uso dessas competências[4]. Nessas circunstâncias, aquele indivíduo age como membro de uma instituição.

Tushnet em sua definição "canônica" de jogos duros constitucionais parece dar a entender que o legislativo e o executivo senão são atores exclusivos, são ao menos os principais, na medida em que seriam as práticas legislativas e executivas que violariam normas pré-constitucionais nessas disputas. Entretanto, não parecer haver maiores óbices a expansão desse grupo inicial de atores para abarcar, por exemplo, as ações do judiciário. O próprio Tushnet parece encampar essa tese quando cita como um dos seus exemplos de jogo duro constitucional, o embate entre o Presidente norte-americano Franklin D.

[4] As expressões "regras" e "normas" são aqui utilizadas em sentido intercambiável. Com isso, não é feita aqui também a distinção celebrizada por Dworkin (2002) e Alexy (2006), entre regras e princípios, sendo as primeiras um tipo específico de norma aplicada na base do "tudo ou nada" e a segunda um tipo especial de normal cuja aplicação se dá segundo uma dimensão de peso.

Roosevelt e o Supremo Tribunal dos Estados Unidos em torno da implantação do "*New Deal*".

Tanto a tese de Vermeule e Posner quanto a de Tushnet são plenamente compatíveis com a ideia de que as divisões no corpo político do estado se dão menos por separação de poderes e mais por fragmentação partidária (LEVISON; PILDES: 2015). Um tema transversal a estas diferentes noções é a do facciosismo na política, que pode assumir feições bastante extremas em contextos de polarização. Vermeule e Posner, por exemplo, admitem que seus "conflitos constitucionais" podem ocorrer entre minorias e maiorias dentro de um poder, entre grupos dentro de um poder contra o de outro poder, entre poderes nacionais contra poderes de entidades subnacionais, entre outras hipóteses (VERMEULE; POSNER, 2008: 1001). Tushnet, por sua vez, subscreve a tese de Jack Balkin e Sanford Levinson (2001) de que as grandes revoluções no direito constitucional se dão através de um processo em que partidos ou grupos políticos conseguem lotear instituições estatais, principalmente poderes, e se valem desse poder obtido para levar a frente um projeto político. Entretanto, tal qual no exemplo do presidente, o que é relevante para que essa disputa por poder político configure um confronto ou jogo duro constitucional é, em primeiro lugar, o fato destes grupos agirem como instituição pública.

2) INTERESSES

Com relação aos interesses perseguidos por esses atores, um ponto em comum é o de que este deve ser um interesse político. Este interesse por poder deve ser entendido aqui em um sentido amplo, ou seja, este poder tanto pode ser de fato como pode ser normativo. O seguinte exemplo marca essa diferença: em uma democracia constitucional fictícia, um partido progressista pode ter interesse na obrigatoriedade voto. A maior parte de seus eleitores podem vir de camadas mais pobres da população e que tem uma taxa de comparecimento em eleições menor do que a de camadas mais abastadas, que tradicionalmente votam um partido conservador opositor. Ainda que até então o entendimento majoritário tenha sido pela obrigatoriedade do voto, a constituição não institui essa obrigação explicitamente. O Supremo Tribunal do país, composto maioritariamente por juízes indicados por esse partido conservador, decide julgar inconstitucional a obrigatoriedade do voto. O legislativo, controlado pelo partido de esquerda, por sua vez, resolve reagir, primeiro buscando constitucionalizar a

obrigatoriedade de voto, depois por uma série de alterações legais e constitucionais tentando diminuir os poderes deste tribunal. Para o tribunal, a principal questão em jogo passa a ser a manutenção de sua competência jurídica. Para o legislativo, o que está em jogo é a perda de força eleitoral da fação que o controla. Em ambos os casos há uma perda de poderes, mas em um caso ela é maioritariamente legal, normativa, e no outro é maioritariamente fática, se traduz em força eleitoral. Tanto um, quanto o outro caso, devem, portanto, ser compreendidos como interesses políticos.

Um jogo duro constitucional, na linha defendida por Tushnet, pode ter dois objetivos distintos: (1) modificar o sentido de normas constitucionais e com isso essa ordem constitucional e (2) o fortalecimento de um grupo político atribuindo-lhe poder de fato ou normativo (BALKIN, 2008). Na prática, é comum que ambos os interesses estejam conectados. A mudança na interpretação constitucional pode aumentar o poder de um grupo político e o incremento no poder de um grupo político também pode ser usado para alterar a constituição. Entretanto, conceitualmente os dois objetivos não se confundem. Tushnet e, acrescento, Vermeule e Posner, parecem dar prioridade ao segundo sobre o primeiro[5].

Como nota Balkin, um ponto pouco explorado por Tushnet é o de que interesses podem ser entendidos como táticos ou objetivos finais. No caso do "empacotamento" ("*packing*") do Supremo Tribunal dos Estados unidos tentado por Roosevelt, ele foi uma tática para conseguir legalizar seu amplo programa de reformas. Nesse caso, não teria sido o meio, o aparelhamento, que violaria normas pré-constitucionais, mas seu fim, ou seja, terminar com a época *laissez-faire* do direito norte-americano e iniciar o *New Deal*. Seu interesse final era fazer prevalecer os valores e princípios caros a sua visão constitucional, mas ele acreditava que quebrar a resistência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos era imprescindível para isto. O meio para obter isto era pelo aparelhamento deste tribunal por seu grupo político e esse foi a finalidade de suas ações. Mais uma vez, este mesmo ponto é também aplicável aos confrontos constitucionais de Vermeule e Posner. (BALKIN, 2008).

[5] Nem sempre a obtenção de novos poderes normativos e competências constitucionais irá resultar em um aumento do poder de fato ou em "entrincheiramento" ("*entrenchment*") do grupo político que o obtém e vice-versa.

Ressalte-se que estes movimentos de empoderamento constituem casos centrais em teorias constitucionais que enxergam no Estado uma tendência "imperialista". Segundo estas teorias, instituições estatais, como os poderes judiciário, legislativo e executivo, ou o governo federal e os estados, naturalmente agiriam de maneira autointeressada segundo uma tendência de buscar cada vez mais poder político (LEVINSON, 2005). Na maior parte das vezes, esses poderes seriam competências normativas que seriam incorporadas por estas instituições levando a seu agigantamento. Posner e Vermeule dão mais enfase a este tipo de interesse. Por isso, afirmam que estes eventos ocorrem quando duas ou mais autoridades buscam arrogar para si competências cuja alocação é indeterminada.

Para Tushnet, o que é realmente relevante para provocar um jogo duro constitucional é a importância a ele atribuída pelos jogares. Eles devem acreditar que o está em jogo na disputa vale muito a pena. O risco para o ganhador deve ser o suficiente para justificar riscos e dificuldades associados com a quebra de normas pré-constitucionais. Vermeule e Posner defendem ideia bastante semelhante quando afirmam que aquilo que chamam de "*showdown*" ocorre quando as partes possuem um "forte interesse" em seu resultado (VERMEULE; POSNER, 2008: 1002).

3) OBJETO EM DISPUTA

Com relação ao objeto da disputa, ambos entendem que a contenda se dá em torno de certas convenções constitucionais ou, para usar a expressão de Tushnet, normas pré-constitucionais. Quanto a essas convenções, mais será dito no próximo capítulo. Por hora, basta sublinhar que os dois fenômenos envolvem uma disputa entorno da interpretação da constituição e das normas que balizam essa interpretação. A ideia básica comum tanto o conceito de jogo duro constitucional quanto o de confronto constitucional é a de que certas interpretações da constituição levam a uma determinada distribuição de poder político, seja normativo ou de fato. Certos atores políticos, movido pelo desejo de aumentar seu poder político buscam fazer prevalecer interpretações que lhes são vantajosas. Essa pressão por eles exercidas leva a uma situação de tensão, na medida em que encontra pressão em sentido diverso. Quando um destas visões "ambiciosas" prevalece, ocorrem mudanças significativas na topografia constitucional.

No caso de Vermeule e Posner, as normas disputadas são de competência por natureza. Divergências quanto a interpretação de normas constitucionais podem ocorrem por diferentes motivos. O que é pressuposto em sua teoria é que haja indeterminação quanto ao conteúdo destas normas e o conflito entre as partes surja justamente dessa indeterminação. O sentido das normas jurídicas questionadas parece ser sempre relativo, isto é, dependente do ponto de vista das partes envolvidas naquela relação conflituosa. O que para uma é o real significado da norma constitucional de competência, para outra não o será. Em um aceno ao realismo mais radical, os autores defendem que sentido dessas normas jurídicas será sempre dependente do interesse das partes.

Em sentido diverso, Tushnet não acredita que as normas questionadas em seu jogo duro sejam apenas normas de competência ou relativas a alocação de poderes. Além disso, a disputa em questão não parece ser dependente dos pontos de vista envolvidos. A razão para isso está na ênfase dada pelo conceito de Tushnet, a qual está menos na disputa entre atores políticos, cada um deles com interesses e visões constitucionais divergentes, e mais no aspeto empreendedor dos jogadores[6]. A ação é um processo jus gerativo através do qual o status quo é desafiado e novas narrativas quanto ao sentido das normas constitucionais são promovidas (COVER, 1983).

Nessa linha, guarda semelhança com a ideia de "momentos constitucionais" esposada por Bruce Ackerman. Ackerman famosamente defendeu a ideia de que a democracia constitucional seria dual. De um lado, haveria uma democracia de baixa intensidade. Nela, os cidadãos se dedicariam maioritariamente há sua vida privada salvo em situações ocasionais e rotineiras em que são chamados a participar mais ativamente na arena pública, como ocorre durante eleições. Do outro, momentos de grande agitação política, em que os cidadão estão mobilizados em torno de questões constitucionais de grande relevância. Nesses momentos, ainda que o texto constitucional possa eventualmente permanecer intocado, a energia dessas mobilizações populares pode levar a uma completa alteração nas normas constitucionais (ACKERMAN, 2006). Tushnet não só subscreve esta tese, como explicitamente afirma que compreende que aquilo que ele

[6] O termo "empreendedor" aqui é aqui usado em sentido próximo ao dado por Cass Sunstein (1996), quando este define como "empreendedor normativo" indivíduos interessados em mudar as normas sociais existentes.

chama de jogos duros constitucionais normalmente ocorre em momento parecidos com estes.

Para Tushnet, não é que as partes disputem o sentido de normas indeterminadas. As normas disputadas podem ter um sentido relativamente bem estabelecido e este sentido é fixado por certas convenções que são normalmente aceitas pelos atores políticos. O problema surge quando um destes atores resolve questionar estas convenções. Ele pode, por exemplo, reconhecer que aquele sentido estabelecido é direito positivo. Mas é, para ele, mau direito. Um direito deturpado, que não se coaduna com os princípios e valores básicos daquela ordem constitucional.

4) CRENÇAS E EXPECTATIVAS

Com relação as crenças e expectativas dos atores, há uma diferença mais marcada entre os autores. Vermeule e Posner desenvolvem sua ideia de maneira relacional. O fenômeno por eles analisados é uma disputa em dois ou mais atores, cada um deles com sua própria interpretação da constituição, que termina quando uma das partes aquiesce com a interpretação da parte vencedora. As expectativas de cada uma das partes depende de suas crenças quanto ao que a outra parte pode e deve fazer. Ela pode crer que a outra parte não tem força ou vontade para levar muito longe suas pretensões, seja por medo de retaliações seja por medo do julgamento da opinião pública.

Para Tushnet, as expectativas recaem menos nas ações de atores específicos e mais na reação pública que suas ações despertarão. Pode ser que haja um ator que encarne a reação de maneira mais clara e efetiva, porém não é necessário que isto ocorra. Além disto, por não terem natureza relacional, jogos duros constitucionais acomodam bem a ideia de que seus jogadores contam com a possibilidade de não ter de enfrentar nenhum tipo de defesa efetiva das normas que buscam atacar. Isso pode ocorrer, por exemplo, em razão da dificuldade de seus opositores para coordenarem suas ações ou por anteverem que a batalha já estar perdida.

Além disso, para Tushnet, jogos duros constitucionais poder ser jogados ofensivamente, quando uma das partes busca modificar a ordem jurídica, ou defensivamente, quando uma parte resolve resistir aos avanços de outra parte. Entretanto, este jogo também pode ser jogado preventivamente. Nesse caso, a parte tenta mudar a ordem constituição, falha em sua ambição e resolve agir preventivamente na expectativa

de que outros atores vão reagir a sua tentativa de mudança. Quando, por exemplo, George W. Bush se tornou impopular e perdeu o controle no congresso para os Democratas, ele passou a fazer uso constante de imunidades e sigilos para se proteger de ataques da oposição por sua tentativa de mudar a ordem constitucional (BALKIN, 2008)

5) CONSEQUÊNCIAS

Por fim, quanto resultados dos embates, também aqui há divergências entre as duas teorias. Conflitos constitucionais terminam com acordos, uma relativa estabilidade, e fixação de normas jurídicas com um sentido concreto onde antes não havia sentido claro. E, por diferentes razões possíveis, esse sentido se mantém. Ele recebe autoridade e se enrijece na forma de precedente. Isso não necessariamente leva a grandes revoluções no direito, mas certamente leva a uma mudança no direito constitucional existente.

No caso dos jogos duros constitucionais, o resultado parece profundo. Uma certeza substitui a outra e o antigo direito dá lugar a um novo direito. O resultado é uma mudança substancial em uma ordem constitucional. Uma alteração forte o bastante para que aquele momento possa ser caracterizado como transformativo.

Seguindo aqui, Balkin, talvez fosse melhor admitir que, diferentemente do que parece acreditar Tushnet, jogos duros constitucionais não ocorrem apenas em momentos extraordinários de grande transformação constitucional. Eles ocorrem também em épocas aparentemente normais. Muitos destes jogos envolvem tentativas de mudar a ordem constitucional ou de entrincheirar algum partido no poder. Não obstante, ao falhar, a política a normalidade política se mantém. Além disto, saber se estamos em momentos transformativos e de normalidade não é tão fácil, muitas vezes uma compreensão da natureza de uma época só é possível quando olhamos para ela retrospetivamente e mesmo essa análise pode ser arbitrária[7]. Além disso, um modo de atenuar a radicalidade deste conceito seria expandi-lo para incluir, tal qual fazem Vermeule e Posner, aqueles casos em que não há ainda uma convenção pré-constitucional bem estabelecida e um ou mais atores buscam, então, fazer prevalecer e cristalizar sua interpretação.

[7] Como percebe Alice Ristroph, própria existência dessa separação entre momentos ordinários e extraordinário na política, de ação política pacífica e regulada pela lei em oposição à ação política violenta fora da lei, é passível de ser questionada (RISTROPH, 2009).

II.II. FIXANDO CONCEITOS

Tendo marcado as diferenças entre estes dois conceitos, questiona-se qual dela é mais interessante para servir com ferramenta analítica para esta tese. Ambas possuem vantagens e desvantagens. Como já enfatizado, o conceito de confronto constitucional é ao mesmo tempo estreito, por apenas incluir disputas por competências, e amplo, por incluir qualquer tipo de desacordo constitucional, desde que se dê ao redor de normas de competência cujo conteúdo não é claro e envolvendo atores políticos sedentos por aumentar sua autoridade. Com isso, muitas disputas interessantes ficariam excluídas por envolverem outras questões que não a mera distribuição de competências. As disputas que aqui são objeto de estudo certamente envolvem mais do que isso. Esse problema não seria tão difícil caso as expandíssemos para envolver outros tipos de ambição.

O segundo tipo de problema, porém, coloca um obstáculo mais difícil de superar. Disputas sobre os sentidos de normas de competências não são incomuns, mas este conceito, porém, não explicita o que há de singular nas disputas que os autores têm em mente. Por mais que acreditem que conflitos constitucionais são, como se disse, pervasivos, o interesse dos autores é demonstrar que esse fenômeno é apenas um caso específico dos casos totais de conflitos de competência, e o fazem porque acreditam que estas disputas singulares levam às grandes alterações no direito constitucional. Não há nada em seu conceito, porém capaz de indicar onde reside tal singularidade (GLEZER, 2020). Para remediar essa lacuna seria necessária uma reformulação mais profunda da ideia de confronto constitucional. Por isso, por mais que possa iluminar certos aspetos das disputas que são objeto desta tese, talvez seja mais útil abandoná-lo.

Será, então, que o conceito de jugo duro constitucional se sai melhor? Ao colocar a ênfase de seu conceito na ideia em convenções constitucionais, Tushnet consegue salvá-lo de cair em uma excessiva abertura. Disputas ao redor destas normas são bem menos frequentes e, normalmente, mais intensas, do que meras disputas sobre o sentido de normas de competências. O objeto da disputa são normas constitucionais informais que complementam e enriquecem a interpretação do direito constitucional formal. Quando uma das partes inicia conflito constitucional, suas ações são vistas pela outra parte como uma violação destas convenções já consolidadas (POZEN; FISHKIN: 2018). Ou seja, há um sentimento de que se estão mudando as regras do jogo enquanto se joga. Entretanto,

Tushnet não vai muito longe em seu esforço de conceituar o que seriam tais normas, tampouco deixa claro o que às tornam tão especiais. Assim, ainda que promissora, a tarefa de suprir essa lacuna é um primeiro ajuste a ser feito a seu conceito. Um primeiro, mas não o único.

Um segundo ajuste é quanto ao já afirmado aspeto não relacional deste conceito como originalmente formulado. Em sua formulação original, por ser menos focado na relação de conflito entre diferentes atores, um jogo duro constitucional poderia, ao menos em tese, acomodar uma situação na qual um ator político busca fazer prevalecer sua visão constitucional contra a interpretação prevalecente da constituição, mas não encontra maior resistência de nenhum outro ator. É improvável que uma rutura tão grande assim com o *status quo* constitucional do país não provoque nenhum tipo de reação. Ao menos seria de se esperar que o judiciário ou a instituição responsável por exerceu jurisdição constitucional aja como guardião dessa velha ordem que está sendo atacada. Se, porém, estas convenções constitucionais mudam sem que nenhuma voz se erga para defendê-la, este fenômeno perde muito de seu apelo como objeto de estudo. Em especial, porque abdica do principal *insight* destas teorias: o de que as grandes mutações constitucionais não são lineares, harmônicas e consensuais. Elas são resultado de disputa, conflitos e choques entre as diferentes visões acerca do melhor modo de se compreender a ordem constitucional em que vivemos. Nessa mesma linha, a visão de jogo duro constitucional aqui esposada pressupõe que haja uma disputa entre um ou mais atores.

Nesse sentido, há uma aproximação com o que Balkin e Levinson chamam de crises constitucional de tipo 3 e o que Vermeule e Posner chama de confronto constitucional. As diferentes partes em um conflito político afirmam ser fiéis a sua interpretação da constituição e das convenções constitucionais. No entanto, ela acredita que interpretação das outras partes está equivocada e que estas partes, na verdade, estão violando a lei e/ou a constituição. Diferentemente de crises constitucionais, porém, está o fato de que nem todo jogos duro constitucional criará um risco a existência do estado constitucional ou envolverá o uso de manifestações que rompem com a legalidade, mediante ou não uso de violência

Uma terceira alteração envolve a natureza dos interesses em disputa. Muito dos embates mais sérios ao redor da constituição, e isso inclui os casos aqui estudado, podem ser motivados não apenas pelo desejo de obter mais poder, mas o de deixar impressa na ordem constitucional sua própria visão constitucional mais ampla. A ideia de jogo duro

institucional se enriquece, portanto, por uma expansão que norteiam seus jogadores para também incluir estes casos.

A última modificação a ser feita envolve a divisão entre ordinário e extraordinário implicitamente assumida por Tushnet ao afirmar que jogos duros constitucionais ocorrem em momento transformativos. Aqui afirma-se que, ao contrário do defendido por Tushnet, estas crises podem ocorrer em momentos de relativa normalidade política. Há, como lembra Balkin por exemplo, uma certa expectativa que presidentes, sempre que tenham alguma chance, tentarão colocar no judiciário juízes com ele alinhados. Essas expectativas levam a choques regulares entre a maioria no poder e a minoria que a opõe. É difícil, porém, afirmar que estes conflitos são excecionais ou que levam necessariamente a grandes mutações constitucionais. Disputas do tipo aqui discutido podem ocorrer em momentos de relativa normalidade, seja quando seus participantes apenas tentam aprofundar seu projeto constitucional já majoritário ou quando tentam mudar a ordem constitucional, mas falham, como ocorre quando minorias tentam suplantar a visão constitucional da maioria no poder, mas é derrotada. (BALKIN, 2008).

Uma vez marcada estas diferenças, resta ainda, para que o conceito de jogo duro constitucional possa ser adotado como marco analítico, esclarecer a noção um tanto obscura daquilo que Tushnet chama em certos momentos "normas pré-constitucionais" e em outros de "convenções". Essa será o tema do próximo capítulo. Por ora, no entanto, já é possível fixar algumas noções preliminares a serem trabalhadas ao longo desta tese. Antes, porém, uma última conceito merece ser brevemente discutido e distinguido do que aqui estudamos. Este conceito é o que Rubens Glezer (2020) entende por "catimba constitucional".

Para Glezer, a catimba constitucional seria a chave para explicar a dinâmica política e constitucional no Brasil ao longo dos últimos anos. Ele rejeita tanto o conceito de "confronto constitucional" de Vermeule e Posner, quanto o "jogo duro constitucional" de Tushnet. O primeiro é criticado por ser excessivamente amplo, ao abarcar praticamente qualquer tipo de confronto entre poderes capazes de deixar algum tipo de precedente, forte ou fraco, judiciais ou não, e ser exageradamente estreito ao se restringir a disputas por competências normativas. O de Tushnet, por sua vez, esbarraria em três dificuldades. O primeiro, é que Glezer rejeita visões convencionalistas quanto à natureza do direito. Para ele, é irreal a crença de que práticas sociais complexas, e o direito é uma delas,

estariam sendo regidas em última análise por convenções implícitas. O segundo, que a afirmação de Tushnet de que jogos duros constitucionais são ações que claramente estão dentro dos limites explícitos colocados pelo direito soa difícil de reconciliar com o desconforto por elas causadas. Se a ação é legal, não é compreensível o desconforto, a sensação de que "algo foi longe demais" por ela causada. Por fim, ele subscreve a crítica aqui também encampada, de que o excecionalismo que Tushnet dá a essas disputas não acomoda bem disputas altamente politizadas, como as quanto a indicação de um juiz para um tribunal superior, que apesar de tudo são regulares e previsíveis (GLEZER, 2020).

Em substituição, Glezer defende que muitos dos conflitos identificados por Tushnet são, na verdade, casos de "catimba constitucional". No vocabulário do futebol brasileiro "catimba" denomina uma prática na qual jogadores buscam prejudicar o adversário por meio de jogadas que, apesar de não violarem claramente as regras do futebol, são compreendidas como jogo sujo. O exemplo paradigmático ocorre quando jogadores do time que está vencendo a partida seguram a posse de bola o máximo possível com o fim de passar o tempo e interditar a partida. Outro exemplo bastante comum seria o do jogador que finge ter se machucado em uma jogada para simplesmente prejudicar ou atrasar o time adversário. São casos de antijogo, de ausência de "*fair play*", ou, em definição mais técnica, uma falta de compromisso com os valores constitutivos do jogo. Mais especificamente, ela envolve ações intencionais que ferem os valores do jogo conectados ao espírito esportivo (GLEZER, 2020).

Como admite Glezer, este conceito é por natureza interpretativa. Ele envolve, em primeiro lugar, uma interpretação acerca da conduta do jogador e suas intenções. Em segundo lugar, envolve uma interpretação acerca os valores violados. Para saber se o "*fair play*" foi ou não atacado é preciso buscar aqueles valores que melhor explicam e justificam aquele jogo. Glezer, então, transporta esse conceito esportivo para o direito constitucional. Neste acaso, ocorreria catimba sempre que um ator político viola aquelas normas e valores que colocam a ordem constitucional em sua melhor luz, ainda que suas práticas não violem explicitamente o direito constitucional vigente.

A críticas de Glezer são, de maneira geral, corretas. Entretanto, duas delas não são aqui acatadas e marcam as principais diferenças com sua tese. A primeira é a de que os interesses em disputa envolvem necessariamente a obtenção de vantagens políticas para a instituição da qual fazer parte os atores políticos. O segundo, sua rejeição do convencionalismo.

Quanto ao primeiro, o problema está naquilo que o autor entender por "interesse político". Glezer está certo ao afirmar que a intencionalidade é um elemento constitutivo do conceito de jogo duro constitucional. Pressupõe-se que o agente entra em um jogo duro sabendo quais são seus interesses e com o objetivo de obtê-los. Isso, somado a crença de que é capaz de superar eventuais reações que possam se levantar contra suas pretensões o leva a desafiar as convenções existentes.

Além disto, sem dúvida, os interesses que movem os jogares nessas disputas são políticos. Mas são muitos os interesses políticos que podem movê-lo. Este interesse pode estar em expandir as competências da instituição do qual faz parte, pode ser conseguir vantagens eleitorais, pode ser aparelhar o estado com aliados ou pode ser ainda modificar aquela ordem constitucional por uma mais afinada com seus valores e aspirações. Além disso, como já visto, interesses podem existir em camadas. O agente pode ter interesse primário em aparelhar a máquina pública, mas ter como interesse secundário inscrever na ordem jurídica sua visão o constitucional. Ao falar apenas de "vantagem política para instituição", Glezer parece acreditar que apenas o primeiro tipo de interesse, ou seja, o agigantamento das instituições, são razão para estas disputas.

O segundo problema é mais profundo. A análise de jogo duro constitucional aqui utilizada é eminentemente convencionalista. Isso será demonstrado no próximo capítulo através do estudo acerca do objeto dele em disputa. Ali, espero, deixarei claro que o desconforto que resulta dos jogos duros surge justamente da violação de convenções profundas que complementam e justificam o direito constitucional existente, além de estabelecerem alguns dos "valores constitutivos" de ordem jurídico.

Marcadas essa diferenças com o trabalho de Glezer, posso agora explicitar aquilo que entendo por jogo duro constitucional. **Um jogo duro constitucional é (1) uma disputa entre dois ou mais atores políticos, aqui entendidos como instituições públicas; (2) acerca de convenções constitucionais e convenções profundas que precedem logicamente as normas constitucionais; (3) que tem por objetivo um aumento de seu poder de fato ou normativo**. A obtenção deste poder, por sua vez, pode ser um fim em si mesmo ou terem natureza estratégica. Neste segundo caso, este poder obtido pode ser utilizado para implantar uma nova visão acerca daquela ordem constitucional. Além disso, pode ser buscado como forma de prevenção, na tentativa de protegê-lo da ação de seus adversários. Os atores em disputas acreditam, por sua vez, que **(4) seus adversários podem ser ludibriados ou vencidos, seja porque não tem**

força política para fazer frente a sua ação seja porque tem dificuldades em se coordenar nesse sentido. Por sua vez, os resultados dessa disputa podem ser vários. Ela (**5) pode resultar em vitória total da parte que busca a mudança e derrota total das demais, pode resultar na derrota nesse movimento de reforma e manutenção do *status quo*, ou pode levar a uma solução compromissória, em que nenhuma das partes é totalmente vencedora ou perdedora na busca por seus objetivos. Em todos os casos, o equilíbrio alcançado ao fim dessa disputa tende a se cristalizar, incorporando-se ao direito vigente e modificando o panorama constitucional[8].**

II.III. JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DO CONCEITO DE "JOGO DURO CONSTITUCIONAL"

O conceito de "jogo duro constitucional" é adotado neste trabalho como ferramenta analítica para compreender por que, em determinados momentos de crise, os conflitos institucionais extrapolam disputas procedimentais formais e se dão na forma de embates por poder que envolvem a reconfiguração de normas informais que integram e fundamentam o direito constitucional vigente. A ênfase neste no aspeto informal desse conflitos busca dar uma resposta ao "mal-estar" já mencionado no início desta tese, ou seja, a uma alegada sensação de existiria algo de disfuncional no sistema constitucional ainda que essa disfuncionalidade pareça invisível a um observador atento unicamente ao direito constitucional formal. Em outras palavras, à crença de que certos atores políticos estariam muita vezes atuando contra a constituição ainda que suas ações não estejam explicitamente violando a "letra da lei".

O conceito de "confronto constitucional*"*, conforme definido por Vermeule e Posner, guarda considerável semelhança com o de "jogo duro" e é possível que haja alguma sobreposição entre os dois, um ponto assumido pelos autores (VERMEULER; POSNER, 2008: 2). No entanto, Posner e Vermeule colocam em sua definição excessiva ênfase nas consequências do conflito. Um confronto constitucional é um disputa por

[8] Um possível exemplo recente em Portugal de uma disputa deste tipo, , porém não explorado em maiores detalhes neste trabalho, seriam os frequentes embates entre o Presidente Marcelo Rebelo de Sousa e a o Parlamento quanto à aprovação da legislação descriminalizando a morte clinicamente assistida no país.

poder por atores autointeressados que implica na criação de um precedente constitucional jurídico ou não jurídico.

A ênfase de Tushnet está no aspeto transformativo de certas práticas políticas, na rutura de certas práticas políticas com algumas das normas informais que estruturavam a ordem constitucional, mesmo que não necessariamente estas ações sejam seguidas por um conflito do qual um precedente seja resultante. Seguindo Tushnet, nesta tese a criação de um precedente constitucional, uma mutação profunda do panorama constitucional, é assumida como hipótese, algo a ser verificado em cada caso, e não como parte integrante do conceito.

Adicionalmente, se a análise de Posner e Vermeule ressaltam o carácter procedimental de disputas políticas, a de Tushnet enfatiza o carácter disruptivo das ações de pretensos "empreendedores" normativos. Um jogo duro constitucional é, assim, uma tática para criar nova ordem constitucional, ainda que por meio de mudanças incrementais. Seu sucesso pode, ainda que nem sempre, levar ao surgimento de novos precedentes constitucionais, mas seu fracasso pode apenas significar uma manutenção do *status quo*.

Para o estudo aqui empreendido, o conceito de jogo duro constitucional parece mais interessante por dois motivos. Em primeiro lugar, porque dá mais destaque ao papel de normas informais na estruturação e eventuais mudanças da ordem constitucional. E, repita-se, essa informalidade é importante compreender a sensação de "mal-estar" constitucional impulsiona esta investigação[9].

Em segundo lugar, porque joga luz no comportamento individual de agentes políticos. Um dos interesses desta tese é compreender como alguns desses atores se comportam em situações de crise e avaliar em que medida suas ações têm ou não pretensão de modificar a ordem constitucional. Com isso, busca-se entender se de fato essas crises catalisam comportamentos oportunistas em um sistema político. Algumas

[9] Nesse aspecto, a já discutida ideia de "catimba constitucional" possui valor analítico. Ela ressalta justamente a sensação de "antijogo" desses comportamentos. Entretanto, tal conceito, no termos desenvolvidos por Glezer, não é aqui adotado apenas em razão de divergências teóricas que se localizam em um nível mais profundo. Glezer opta por identificar as normas violadas nessas práticas em valores da ordem constitucional, enquanto aqui busca-se desenvolver uma noção mais convencionalista do fenômeno. Em um nível mais superficial, porém, não há grandes incompatibilidades entre o conceito de "catimba constitucional" e a análise de casos aqui levada à cabo.

dessas práticas disruptivas podem gerar precedentes duradouros. Esses casos são de grande interesse e podem iluminar o papel de conflitos políticos na mudança do panorama constitucional. Entretanto, nem sempre isso irá ocorrer. A manutenção do *status quo* e o insucesso dessas tentativas de mutação constitucional não são menos interessantes. Não apenas podem esclarecer se a relação entre situações de crise e processos de reforma informal da ordem constitucional são mais frouxas do que admitem certos autores, como também jogar luz sobre possíveis mecanismos de resiliência constitucional. Ao adotar o conceito de confronto constitucional, poder-se-ia terminar por relegar estes casos a um segundo plano.

Por sua vez, a relevância científica do conceito deriva de três ganhos principais. Em primeiro lugar, delimita um objeto de estudo específico: conflitos dirigidos a convenções constitucionais e pré-constitucionais relevantes para certos atores políticos, evitando a diluição do termo em qualquer disputa institucional ou sua restrição a casos de "crise constitucional" na qual há um risco de colapso abrupto e abrangente do sistema constitucional.

Em segundo lugar, torna possível a operacionalização empírica identifica variáveis observáveis: os atores; o objeto da disputa; os meio usados; as expectativas com relação a outras partes da disputa; os resultados buscados. permitindo, assim, formular hipóteses comparáveis entre regimes. Essas variáveis irão nortear o estudo dos casos aqui selecionados.

Em terceiro lugar, enriquece a explicação causal ao mostrar por que atos formalmente legais podem produzir ruturas constitucionais, precisamente porque violam expectativas normativas enraizadas e alteram práticas interpretativas. Nessa linha, o estudo de casos nesse trabalho se orienta ao redor de cinco dimensões: (a) atores**;** (b) objeto; (c) meios; (d) expectativas; e (e) resultado procurado. Quanto ao primeiro fator (a), cabe analisar se há o envolvimento de instituições públicas com capacidade de influir na prática constitucional. Quanto ao segundo (b), cumpre avaliar se tais disputas se dão ao redor de convenções constitucionais e regras pré-constitucionais. Na terceira dimensão (c) , é importante responder se a ação dos atores se valeu de instrumentos institucionais estratégicos em lugar de emendas formais. De acordo com o quarto parâmetro (d) é preciso buscar indícios de que os atores julgam a mudança exequível e valiosa. Por fim, a análise também recai sobre os resultados buscados (e). Com isso, tenta-se entender se

os atores possuem intenção de obter mudança duradoura na prática constitucional sem recurso à revisão formal. A presença sistémica destas dimensões qualifica um episódio como "jogo duro constitucional".

Na comparação entre Brasil e Portugal, o conceito permite testar hipóteses sobre por que trajetórias divergentes emergem. Isso pressupõe a possibilidade de seja possível comparar Brasil e Portugal. A última secção deste capítulo será dedicada, assim, a oferecer uma explicação e justificativa para tal trabalho comparativo.

II. IV. JUSTIFICANDO COMPARAÇÕES

Comparar implica articular semelhanças e diferenças entre objetos de forma a destacar elementos que permitam responder a perguntas previamente formuladas. Ao escolher Brasil e Portugal, cumpre reconhecer que não se tratam de sistemas políticos e constitucionais idênticos: de um lado, um Estado federal presidencialista, do outro, um Estado unitário semipresidencialista. Essas diferenças institucionais não devem ser minimizadas, mas também não constituem obstáculos intransponíveis à comparação. Pelo contrário, elas conferem riqueza à análise, pois permitem observar como estruturas constitucionais diversas, mas apoiadas em repertórios jurídicos semelhantes, respondem a pressões de crise através de práticas que aqui designadas como "jogos duros constitucionais".

A afinidade entre os dois ordenamentos assenta, em primeiro lugar, em sua matriz jurídico-dogmática comum. Ambos integram a tradição romano-germânica, com constituições escritas, codificadas e dotadas de pretensão de completude normativa. Ambos emergem de processos constituintes relativamente recentes, concebidos em reação a regimes autoritários. Ainda que as transições democráticas tenham assumido contornos distintos, as constituições partilham do mesmo impulso normativo de consolidar a democracia, limitar juridicamente o poder e afirmar um catálogo abrangente de direitos fundamentais.

Além disto, tribunais e juristas de ambos os países dialogam entre si. Partilham doutrinas, técnicas decisórias e até mesmo vocabulário jurídico. Essa convergência cria um terreno comparável onde não se confrontam tradições jurídicas incompatíveis, mas antes se analisam diferentes usos de instrumentos comuns em contextos de crise. A circulação de conceitos, decisões e referências cruzadas em artigos e votos judiciais são

fenómenos recorrentes que facilitam a recolha de dados e asseguram que as categorias de análise não sejam artificiais, mas partilhadas e reconhecidas pelos próprios atores estudados. Isso é uma vantagem metodológica importante num estudo qualitativo e processual como o presente, pois reduz as distorções interpretativas e permite trabalhar diretamente com o discurso jurídico produzido em ambos os contextos.

Por fim, tanto em Portugal como no Brasil, atribuiu-se ao poder judicial, e em particular aos tribunais constitucionais ou, no caso brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal, um papel central na fiscalização da constitucionalidade. Essa centralidade manifesta-se não apenas na amplitude do controlo exercido — difuso e concentrado, preventivo e sucessivo —, mas também no prestígio doutrinário e político que essas jurisdições conquistaram nas últimas décadas.

Esses pontos, cabe ressaltar, são metodologicamente decisivos. Comparações entre famílias jurídicas diversas frequentemente introduzem ruído analítico, pois diferenças de linguagem, técnica legislativa ou arranjos institucionais dificultam a identificação das verdadeiras variáveis explicativas. A comparação entre Brasil e Portugal evita esse problema: ao partilharem um mesmo património jurídico e institucional, é possível isolar melhor a variável que interessa: o impacto das crises e do desenho institucional na emergência de "jogos duros constitucionais".

Ao mesmo tempo, as diferenças estruturais entre os dois países fornecem precisamente a variação necessária para que a comparação seja frutífera. Esse contraste ajuda a testar se e em que medida os "jogos duros constitucionais" dependem da configuração institucional, ou se decorrem sobretudo de padrões mais gerais de interação entre atores em momentos de crise. Dessa maneira, pode realçar o papel cumprido pelos dois tribunais dentro de seus respetivos sistemas constitucionais e melhor delinear aquilo que existe de singular em sua interação com os demais atores desse sistema.

Do ponto de vista do direito comparado, a comparação entre Brasil e Portugal responde ainda a uma lacuna na literatura. Grande parte dos estudos sobre direito constitucional, judicialização e crises concentra-se em países de tradição anglo-saxónica. São escassos, porém, os trabalhos que exploram de forma aprofundada como sistemas de países lusófonos, com matrizes constitucionais tão próximas, reagem a desafios de crise. A presente investigação oferece, assim, uma contribuição original, ao analisar dois

ordenamentos que partilham categorias jurídicas e técnicas de decisão, mas que enfrentaram crises recentes.

Finalmente, há também uma justificação normativa. O estudo comparativo pode oferecer subsídios para futuros estudos com vocação crítica e reformista. Ao identificar como os tribunais e os atores políticos em ambos os países resistiram ou cederam a práticas de “jogo duro constitucional”, é possível extrair lições com valor operativo para o desenho de salvaguardas jurídicas. Nesse sentido, o estudo pode oferecer pistas úteis para o reforço das garantias democráticas em contextos de crise.

III- CONVENÇÕES E REGRAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS COMO OBJETOS DE JOGOS DUROS CONSTITUTICIONAIS

A ideia de que convenções existam no direito constitucional está diretamente relacionada ao sentido de "constituição" que se adota. Se é certo que não existe uma total unanimidade entre juristas acerca do conceito de constituição, muitos deles se apoiam em algum tipo de distinção entre um sentido formal e um sentido material de constituição ao tratar do tema. Riccardo Guastini (GUASTINI, 2001a: 29) nota que, em geral, a doutrina constitucional utiliza quatro sentidos distintos para o termo "Constituição":

1. Um sentido material de constituição típica do constitucionalismo liberal, que entende por constituição como a base normativa de um tipo particular de ordenamento político no qual o poder do estatal é contido e circunscrito por estas normas básicas.
2. Um sentido material associado ao positivismo jurídico na qual constituição é entendida como um conjunto de normas jurídicas que identificam e conferem validade jurídica para todo o resto do ordenamento jurídico (sentido positivo de constituição).
3. Um sentido formal de constituição que a iguala a um texto escrito ao qual é conferido esse nome.
4. Um sentido também formal que entende por constituição qualquer norma ou conjunto de normas que possua uma série de características formais.

No primeiro sentido, tipicamente liberal, a constituição é mecanismo legal de preservação da liberdade do cidadão por meio do efetivo controle do poder político (LOWENSTEIN, 2009). Isso significa dizer, em outras palavras, que seria uma norma básica que constitui a autoridade pública e regula o exercício dos poderes a ela conferidos de maneira a garantir a proteção do indivíduo dentro da sociedade. Como tal contrastaria com as noções clássica e medieval de constituição. A primeira é, antes de tudo, um ideal de harmonia entre diferentes forças sociais atuantes em uma comunidade política. Essa constituição não era norma jurídica e tampouco um controle a poder do soberano, mas um grande projeto de conciliação política e social aspirado especialmente em momentos de crise e turbulência (FIORAVANTI, 2011: 30). A segunda, por sua vez, era uma ordem social dada, empírica, que justamente por já ser harmônica deveria ser preservada de sua

desvirtuação. É nesse sentido que Diëter Grimm (2016) afirma que o conceito pré-moderno de "*constitutio*" é um conceito empírico, ou seja, um *status quo* estruturado pelas normas jurídicas e sociais existentes em uma sociedade específica e não a própria lei fundamenta o poder do soberano[10].

Na segunda aceção do termo constituição, menos político e mais estritamente jurídico, a constituição assume o sentido de uma norma fundamental para o ordenamento jurídico[11]. Assim, seriam constituições (1) normas que conferem poderes e criam competências, constituindo e organizando os poderes estatais; (2) normas de direitos fundamentais regulando as relações entre o cidadão e o Estado; (3) normas que constituem um poder normativo, ou seja, a capacidade para produção de outras normas jurídicas, e regulam seu exercício; e (4) princípios e valores que informam a todo o ordenamento jurídico. Nessa linha, seriam constitucionais aquelas normas jurídicas que, presentes em qualquer Estado moderno, configuram a forma de estado, a forma de governo, a produção legislativa (GUASTINI, 2001a: 32). É nesse sentido que positivistas, como Kelsen (KELSEN, 1999; KELSEN, 1988) e Hart (1994), entendem a Constituição[12].

---

[10] Dentro deste contexto, o discurso sobre os limites ao poder do príncipe irá surgir sempre dentro de uma perspetiva conservadora de coibição de abusos e manutenção do *status* quo. O que deveria ser primariamente protegido é menos a liberdade do indivíduo e mais a própria ordem social, da qual toda coletividade se beneficiaria e que melhor promoveria o bem comum (FIORAVANTI, 2011: 38). A ideia de que cabe à uma norma jurídica fundamentar e limitar o poder do soberano era impensável em sociedades pré-modernas por uma série de fatores. Em primeiro lugar, porque nessas sociedades, onde a ausência de diferenciação social entre público em privado impedia o surgimento de um sistema especializado com o monopólio do exercício do poder políticos, seria impossível pensar o direito com um sistema social especializado capaz de controlar o poder político e preservar o indivíduo (GRIMM, 2016: 4). Em sociedades modernas e funcionalmente diferenciadas, o poder político e o direito positivo são, para usar a terminologia de Niklas Luhmann, subsistemas do sistema da sociedade (LUHMANN, 2016: 74). O surgimento da sociedade civil e a diferenciação entre público e privado deu à norma constitucional um objeto específico para ser regulado (GRIMM, 2016: 45). Em segundo lugar, porque ideia revolucionária da constituição como norma positiva, fruto da vontade humana e capaz de regular compreensivamente o poder político, jamais seria possível sem que as disputas religiosas que marcaram o início da sociedade moderna corroessem as bases divinas da legitimidade do soberano (GRIMM, 2016: 45). Isso abriu espaço e, de certo modo até exigiu, uma fundamentação positiva e secular da autoridade política, o que, somado com o ideal de soberania popular deu à constituição moderna seu carácter criativo e constituinte da ordem estatal (GRIMM, 2016: 49). Essa ideia de que a constituição poderia criar uma ordem política inteiramente nova, como se fosse "pudim feito com receita", na expressão de Arthur Young (MCILWAIN, 1947: 1), é uma inovação essencialmente moderna.

[11] O conceito de norma fundamental aqui, ressalte-se, não é exatamente o mesmo usado por Kelsen com sua ideia de uma *Gründnorm* ou H. L. A. Hart com sua regra de reconhecimento. Essas normas fundamentais precedem logicamente a Constituição, ainda que parte do seu conteúdo possa estar replicado no texto constitucional. Ela é fundamental porque é a "norma das normas".

[12] Em sentido material, diz Kelsen, a Constituição é a norma ou o conjunto de normas superior dentro do ordenamento jurídico[12]. É ela que regula a produção de outras normas, servindo, em última instância, como fundamento de validade de todas as outras normas do sistema jurídico, mas sem retirar sua validade de nenhuma outra norma nesse sistema. Sua validade deriva de uma norma fundamental hipotética que não se encontra dentro do sistema jurídico, mas fora dele. Segundo esse ponto de vista, o carácter constitucional

Em um terceiro sentido, a Constituição seria uma espécie de "código" da matéria constitucional. Esse "código" normalmente, mas não necessariamente, assume a forma de um texto ao qual é dado o nome de "Constituição" e nele estão presentes normas que estabelecem direitos fundamentais; princípios e normas programáticas; e normas estabelecendo a competências e organizando o poder político (GUASTINI, 2001a: 33).

Por fim, o termo "Constituição" pode ser empregado para se referir a certas normas jurídicas que se destacam por seus aspetos formais. Entre esses aspetos, podem ser destacados uma possível origem diferenciada, em casos em que surgem das atividades de uma assembleia nacional constituinte, por exemplo, a exigência de um quórum mais alto para sua modificação, o que a torna menos flexível que outras normas constitucionais, e sua eventual superioridade hierárquica frente a outras normas (GUASTINI, 2001a: 35 e 36).

É possível que em muitos casos concretos esses diferentes sentidos de Constituição se sobreponham. Assim, em democracias liberais com constituições escritas, é comum que a maior parte das normas mais importante organizando e limitando o poder político estejam presentes em um documento escrito[13]. Esse é certamente o caso da maior parte dos países analisados nesse trabalho, em especial Brasil e Portugal. É preciso, porém, ter em mente que nem todas as normas constitucionais no segundo e primeiro sentido estarão presentes nesses textos legais. Do mesmo modo, é comum que o documento ao qual é dado o título de Constituição possua ainda aquilo que a doutrina convencional chama de normas formalmente constitucionais, ou seja, normas que ainda que possuam os aspetos formais elencado acima, não regulam a matéria constitucional. De todo modo, o modelo central de Constituição em boa parte das atuais democracias liberais segue esse padrão.

---

de uma norma jurídica decorreria de seu conteúdo material: ela regula a produção das outras normas gerais do sistema jurídico[12], ou seja, determina que certas instituições ou autoridades podem criar normas gerais e estabelecer seu conteúdo (KELSEN, 1999: 155; KELSEN, 1988: 182). A esse sentido material de constituição, Kelsen contrapõe um sentido formal de constituição, qual seja, uma norma jurídica que encontra sua forma em um documento (s) escrito (s) que regula (m) a produção de outras normas gerais, trata (m) de outros assuntos visto como relevantes, e cuja alteração requer um procedimento mais rigoroso do que para outras normas do sistema jurídico. É, portanto, a forma de alteração dessas normas que lhe dá carácter constitucional. (KELSEN, 199: 156; KELSEN, 1988: 183).

[13] Como lembra Larry Alexander, nem todas as normas que regulam matérias constitucionais, como criação de poderes, organização do governo ou promoção e proteção de direitos fundamentais, são constitucionais (ALEXANDER, 2019: 1). Como veremos, algumas dessas normas tampouco são jurídicas.

Neste trabalho, a noção de constituição será usada em sentido material. Cumpre ter em mente que as escolha de um conceito é dependente do problema a que se busca dar resposta. Se é verdade que investigações no âmbito do direito constitucional tem por objeto a constituição, e se é verdade que é impossível fixar um problema a ser investigado sem que já tenhamos, de partida, alguma clareza quanto a nosso objeto de estudo, também é verdade que é esse problema que vai nos permitir enxergar melhor os reais contornos de nosso objeto de pesquisa. Se um conceito formal de constituição fosse aqui adotado, seria difícil falar de um conflito constitucional ocorrendo fora dos meios formais de mudança do texto constitucional. Quando muito, seria apenas possível falar de conflitos políticos, mas isso equivocadamente relegaria para um segundo plano o papel central que a constituição assume nesses embates.

Por esse mesmo motivo, é preciso rejeitar ainda uma visão positivista extremada de constituição. Na teoria do direito, principalmente a de matiz positivista, a constituição é conceitualmente a norma ou o conjunto de normas jurídicas que ocupam a posição mais alta dentro da cadeia de validade de um sistema jurídico ao regular a produção de outras normas[14]. No entanto, como lembra Joseph Raz, esse conceito é por demais estreito e tem pouco interesse para aqueles que buscam entender melhor a relação entre direito e política ou o seu peso e implicações na deliberação moral (RAZ, 2009: 323). Qualquer um interessado em entender o papel da Constituição em democracias constitucionais deve levar em consideração um modelo central de constituição e esse modelo possui certas características formais e materiais importantes.

Quanto a matéria, constituições regulam o exercício de autoridade por parte do poder político e estabelecem direitos fundamentais (WALUCHOW, 2009: 68). Quanto a seus aspetos formais, Constituições são hierarquicamente superiores a outras normas jurídicas e não é incomum que estabeleçam algum tipo de instituição com autoridade normativa para resolver de maneira final controvérsias quanto ao seu conteúdo e invalidar normas infraconstitucionais consideradas incompatíveis com elas. Além disso, Constituições tem uma maior pretensão de longevidade do que outras normas jurídicas e sua modificação é mais difícil do que a de outras normas. Na maior parte das vezes, são as próprias constituições que estabelecem os procedimentos e condições para sua própria

[14] Mesmo esse conceito de constituição possui espaço para matização. Algumas constituições estabelecem limites ao poder de reforma constitucional. Nesses casos, seria possível pensar em normas constitucionais com validade superior a outras normas constitucionais.

alteração[15]. Por fim, é ainda comum, ainda que, como afirmado, não necessariamente, que parte significativa das normas constitucionais estejam fixadas canonicamente em um documento legal ao qual é dado o nome de Constituição (MARMOR, 2007: 70; RAZ, 2009: 324). O modelo central de Constituição que será analisado neste estudo possui, portanto, todas essas características.

Essa noção de constituição abre espaço para ideia de que constituições possuem um aspeto convencional que não se prende apenas ao texto constitucional. Constituições facilitam a tomada de decisão, orientam e agem como uma "carta de navegação", na feliz expressão de Carlos Santiago Nino, aqui inspirado na alegoria do estadista argentino Juan Bautista Alberdi. Elas são as convenções mais básicas de uma comunidade democrática. (HARDIN, 2013: 63; RAZ, 2009: 323 e ss.; NINO, 1992: 45 e ss.; NINO, 1996: 26 e ss.; NINO, 2013: 46 e ss.)[16]. Há, no entanto, diferentes sentidos em que podemos dizer que constituições tem um carácter convencional.

Em parte, o aspeto convencional de constituições decorrem de sua função de coordenação[17]. Em trabalho clássico sobre o tema, David Lewis (2002) caracterizou convenções como uma espécie de regra social que surge como resposta a problemas recorrentes de coordenação em larga escala. Tais problemas surgem quando (1) um ou mais agentes têm de escolher entre diversas ações alternativas; (2) estes agentes têm objetivos que são predominantemente comuns; e (3) para alcançarem seus objetivos, cada agente depende da ação dos demais, a qual não é conhecida previamente.

---

[15] É possível até que certas normas constitucionais sequer sejam passíveis de qualquer modificação.

[16] Para alguns autores (HARDIN, 2013: 59) as origens da ideia de que o fundamento do poder político reside em uma convenção pode ser encontrada em David Hume (HUME, 1882: 443). Contra a ideia de que a constituição cumpra o papel de uma convenção, mas si de um contrato pactuado em uma barganha política, ver Ginsburg (GINSBURG, 2013: 182 e ss.; ELKINS; GINSBURG; MERTON, 2009: 36-65). A ideia de que barganhas políticas e compromissos entre interesses em disputa ditem a forma que um texto constitucional toma quando de sua criação ou eventual modificação é bastante popular na ciência política, no direito comparado e em certas teorias que seguem a linha da *rational choice*. Apenas para citar alguns exemplos, ver as teorias de Alec Stone Sweet (STONE SWEET, 2010), Ran Hirchl (RISCHL, 2004), Martin Shapiro (SHAPIRO, 1981), Rosalind Dixon (DIXON, 2018), além do já citado Tom Ginsburg. A noção de convencionalidade não explica a criação de um texto constitucional específico, mas explica como a autoridade moral da constituição pode se manter até mesmo em situações em que a forma do texto constitucional é resultado direto de certas considerações políticas estratégica e não de uma tentativa de adequá-la a certos princípios morais (RAZ, 2009: 349). Por fim, ressaltemos ainda que essa noção de contratualismo não deve ser igualada a noção de contratualismo como entendido por John Rawls (RAWLS, 1971). Nesse, a ideia de contrato surge como uma espécie de ferramenta heurística que nos permitiria chegar a alguns princípios básicos de justiça sobre os quais poderíamos alicerçar uma comunidade política liberal. Não é, portanto, um contrato real, mas meramente ideal.

[17] Não se vai tão longe ao ponto de afirmar que essa é a única função de uma constituição, mas é uma de suas mais importantes funções.

O seguinte exemplo, bastante simples, ilustra bem o que Lewis tem em mente: duas pessoas estão conversando pelo telefone quando subitamente a ligação é interrompida. Essas duas pessoas querem restabelecer a conexão o quanto antes, mas ficam na dúvida quanto à qual delas deve telefonar. Sem saber ao certo como a outra pessoa vai responder a essa dúvida, há o risco de que (1) ambas permaneçam à espera da ligação uma da outra, caso em que ninguém liga, ou (2) ambas telefonem ao mesmo tempo, caso em que a linha ficará ocupada e elas também não conseguiram se falar. Alternativamente, seu objetivo é alcançado quando uma das duas liga e a outra aguarda a ligação. Sendo a pessoa A ligando ou a pessoa B ligando, pouco importa para elas, desde que possam retomar a conversa. Quando isso ocorre uma situação de equilíbrio é alcançada. Cada indivíduo se saiu o melhor possível dada as escolhas feitas pelos demais agentes (LEWIS, 2002: 4)[18].

Em grupos pequenos, esse tipo de problema pode ser resolvido por um acordo explícito entre os agentes envolvidos. No entanto, em grupo significativamente maiores ou em que a comunicação entre eles é consideravelmente difícil, essa saída fica fora de questão. Nesses casos, uma possível solução para o problema se dá através daquilo que Thomas Schelling chamou de pontos focais (SCHELLING, 1980). Os agentes envolvidos encontram algo de saliente, algo que chame a atenção, que será o foco para buscar uma dessas situações de equilíbrio[19]. O exemplo dado por Schelling (1980) é o de um cruzamento no qual o semáforo encontra-se defeituoso. Os carros nas vias têm o objetivo comum de atravessar o cruzamento sem se chocar, mas a comunicação entre eles é limitada. Um pedestre, no entanto, se posiciona no centro do cruzamento e assume o papel de guarda de trânsito. Na medida em que os motoristas percebem que aquela pessoa assumiu essa função, que entendem os sinais e gestos por ela realizados, e sabem que os demais motoristas também têm essa mesma compreensão, eles são capazes de se coordenar para alcançar seu objetivo- prosseguir com segurança pela via- da melhor maneira possível. Os gestos daquele guarda de trânsito improvisado fazem as vezes de pontos focais,

[18] Isso não significa, ressalte-se, que apenas um equilíbrio seja possível. No exemplo citado, o equilíbrio pode ser alcançado tanto se o indivíduo A telefona para B, quanto se B telefona para A. O objetivo comum de restabelecer a ligação telefônica seria frustrado, no entanto, caso A e B não tomem a iniciativa de telefonar ou caso ambos telefonem (LEWIS, 2002: 8-14).

[1919] O que será tido como saliente pelas partes envolvidas nessa ação coletiva irá depender do contexto e da cultura em que estão inseridas.

Quando certos problemas de coordenação são recorrentes e uma determinada resposta se torna saliente, a cada nova ocorrência desse problema a tendência é de que essa resposta se torne ainda mais saliente e, com isso, aumenta-se a expectativa que ela seja seguida nos novos casos que surgirem. Com o tempo, ela termina por se cristalizar em uma norma social[20]. Para Lewis, convenções são exatamente normas sociais desse tipo. Com base nessa ideia, Lewis dá a seguinte definição de uma convenção (LEWIS, 2002: 78):

> *"Regularidade R no comportamento dos membros de uma população P, quando em uma situação S recorrente, será uma convenção se e somente se for verdade que é de conhecimento comum em P que, em qualquer caso de S com membros de P:*
>
> *Praticamente todos seguem R;*
>
> *Praticamente todos esperam que quase todos os outros sigam R;*
>
> *Praticamente todos têm a mesma preferência quanto às combinações de ação possíveis;*
>
> *Praticamente todos preferem seguir R, com a condição de quase todos os outros também sigam R;*
>
> *Praticamente todos preferem seguir R em vez da ação alternativa R', com a condição de que quase todos também prefiram seguir R ao invés da ação alternativa R'."*

O conceito de Lewis é refinado e expandido por Andrei Marmor (2009), que assim define uma norma social convencional:

> *1. Existe um grupo de pessoas em uma população P que segue uma regra R nas circunstâncias C;*
> *2. Existe uma razão A ou uma combinação de razões A para que a população P siga R nas circunstâncias C;*

[20] Como chama atençao Ruth Garrett Millikan (1998: 163 e ss.), nem sempre ao seguir uma convenção uma pessoa estará consciente de que o faz devido a necessidade de coordenar. Muitas vezes o faz por mero hábito ou uma tendência natural de agir da maneira que aqueles ao se redor agem, por exemplo. A ação convencional é frequentemente reproduzida devido a força do precedente, ou seja, apenas porque há uma prática ampla e reiterada por muito tempo de seguir aquela convenção.

> *3. Existe uma potencial regra alternativa S que, se a população P seguisse nas circunstâncias C, A seria razão suficiente para que membros de P seguissem S ao invés de R nas circunstâncias C. Isso se deve porque, ao menos em parte, S seria a regra geralmente seguida, e não R.*

Esta definição coloca em destaque as principais características dessas regras sociais. Em primeiro lugar, o fato de que são normas, e não hábitos ou padrões de comportamento. Por isso, se caracterizam não só pelo fato de podermos observar que pessoas se comportam de acordo com a ação prescrita na regra, como também pelo fato de que essas pessoas possuem um ponto de vista interna com relação a essa regra, ou seja, elas enxergam a regra com um padrão crítico, através do qual podem julgar a própria conduta e a das demais pessoas e se comportam de acordo com a regra não porque tenham outros motivos para fazê-lo, mas porque a regra assim o determina. Nesse sentido, a regra convencional tem autoridade sobre essa pessoa mesmo que eventualmente algumas outras pessoas não sigam.

Em segundo lugar, não apenas são regras, mas são regras sociais. São regras que dependem de uma prática social, ou seja, do fato de que realmente são seguidas por um determinado grupo de pessoas. Nesse sentido, se diferencia de regras institucionalizadas, como as regras do direito, que permanecem válidas ainda que muitas pessoas não a sigam. São por isso, regras que dependem da prática.

Em terceiro lugar, mesmo que a maior parte das pessoas não tenha plena consciência disso, existe, uma razão para que essa convenção seja seguida. É essa razão que justifica a regra convencional e a concede algum tipo de autoridade. Isso não se altera pelo simples fato das pessoas que a seguem não perceberem ao certo que essa razão existe ou estarem enganadas quanto as razões para fazê-lo.

Em quarto lugar, essas normas são arbitrárias. Existem sempre regras alternativas que poderiam ser seguidas por uma pessoa desde que a maior parte das outras pessoas naquela mesma comunidade também a seguisse. Isso também significa dizer que, para ser alternativa a uma convenção, os custos de adoção dessas regras alternativas deveriam ser semelhantes. Elas deveriam ser igualmente atraentes. Além disso, as razões que uma pessoa teria para seguir essa convenção também deveriam ser as mesmas que teria para seguir a regra alternativa (MARMOR, 2006: 9).

Isso não significa que essa pessoa não possa ter alguma preferência por uma dessas regras, mas apenas que essa preferência não é forte o bastante para influenciar muito o resultado. Ao fim e ao cabo, o que é determinante para que uma regra seja seguida e não outra é o fato dos demais membros das comunidades também a seguirem. É melhor seguir uma regra seguida por outras pessoas, do que seguir uma regra que ainda que preferível, não é seguida por ninguém. Nesse sentido, essas regras se diferenciariam de regras morais básicas, por exemplo[21].

Convenções são, porém, apenas um dos modos pelos quais é possível solucionar problemas de coordenação. Como nota Leslie Green, convenções no sentido dado por Lewis podem obter coordenação de maneira não intencional ou intencional. No primeiro caso, isso pode se dar por meio dos pontos focais acima comentados. No segundo caso, isso pode se dar por meio de acordos ou tratados. Um outro modo de obter coordenação, porém é por meio de diretrizes gerais provenientes de uma autoridade centralizada. O direito configura um caso paradigmático de coordenações desse tipo (GREEN, 1999).

Como ressalta Joseph Raz, uma das principais funções do direito é garantir a coordenação social mesmo quando a ação social depende de informações de difícil acesso. Às vezes, principalmente em sociedades menos complexas, normas morais por si só conseguem cumprir essa função. Muitas vezes, no entanto, não é isso que acontece. Em geral, normas morais são ineficazes como instrumento coordenativo quando (1) existe um grande desacordo quanto aos fins que estamos moralmente justificados a buscar; (2) problemas de ação coletiva; (3) indeterminação quanto a razões morais. Além disso, e principalmente, quando normas morais sejam tão abstratas que digam pouco sobre como devem ser implementadas na prática (RAZ, 2009: 346).

Em casos como esses, a mediação através do direito cumpre a função de concretizar normas morais[22]. O direito, explicam Frederick Schauer e Larry Alexander, resolve possíveis desacordos e simplifica a tomada de decisões ao reduzir o conjunto de razões disponíveis para nossa deliberação prática (SCHAUER & ALEXANDER, 2007: 1.586). Ao fazê-lo, suplementa a moral com normas menos abstratas e indeterminadas. Isso só é possível, no entanto, na medida em que o direito for um fato social. Seu conteúdo

[21] Nesse caso, estamos assumindo uma posição mais próxima do realismo moral e deixando de lado a difícil discussão sobre se mesmo regras morais básicas não seriam também convencionais.
[22]

deve ser uma questão fática, e não apenas normativa[23]. Do contrário, o conteúdo de toda regra jurídica seria sempre alvo de dúvida e debate[24]. Nas palavras de Jürgen Habermas (1997: 151):

> "Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio.

Em outras palavras, o direito facilita a tomada de decisões ao substituir o processo de deliberação prática individual pela obediência a certas diretivas dotadas de autoridade.

Isto não significa, entretanto, que esta seja única função do direito. Normas jurídicas pode ainda ajudar a solucionar outros problemas de ação coletiva que não se resumem a coordenação humana. Naqueles casos em que a ação coletiva gera benefícios para um grupo de pessoas, mas cada membro do grupo tem um forte incentivo individual para desertar, em especial naqueles casos conhecidos como "dilemas do prisioneiro" sanções estabelecidas pelo direito cumprem papel fundamental em garantir a estabilidade deste arranjo precário. Ameaça do uso da força e a coação são modos consideravelmente eficazes de garantir que cada um cumpra sua parte nesse pacto coletivo, seja por aumentarem os custos de deserção em uma eventual avaliação custo-benefício, seja por reforçar a confiança de que os demais membros do grupo também irão cooperar

[23] Não estou aqui necessariamente negando a possibilidade de o direito possuir um aspecto dual, ou seja, fático e normativo/moral. Não pretendo aqui adentrar na discussão acerca da possibilidade de a validade do direito ser em alguma medida dependente de considerações morais. O que afirmo aqui é apenas que o direito é em larga medida um fato social e que esse é um aspecto central de nossa noção de direito.

[24] Isso não significa que todas as questões jurídicas sejam incontroversas e o direito sempre consiga servir como orientação clara para ação humana. Discussões e até conflitos acerca do que é juridicamente estabelecido existem e esse trabalho pressupõe isso. No entanto, como ressalta Brian Leiter em sua crítica a excessiva ênfase dada por Ronald Dworkin à noção de "*hard case*", esses casos controversos estão na franja. Na maior parte das vezes, em sistemas jurídicos minimamente funcionais, a maior parte das pessoas conseguem se guiar pelo direito sem grandes questionamentos quanto ao seu conteúdo. O fato de estudiosos do direito focarem parte de sua atenção na análise de casos decididos por tribunais, algumas vezes por tribunais superiores, pode dar a impressão errônea de que o universo jurídico é um universo maioritariamente de controvérsias. No entanto, situações que eventualmente são judicializadas são bem menos pervasivas do que pode parecer à primeira vista. Além disso, casos decididos por tribunais superiores tendem ser os mais controversos dos casos controversos, tornando-os excecionais (LEITER, 2009: 1226).

(ULMANN-MARGALIT, 2015: 32). Isso é especialmente verdade em grandes grupos, uma vez que nestes:

> "nenhuma contribuição individual faça uma diferença percetível para o grupo como um todo, ou para o ônus ou ganho de qualquer membro do grupo tomado individualmente, é certo que benefício coletivo *não* será provido a menos que haja coerção ou alguma indução externa que leve os membros do grupo a agirem em prol de seus interesses comuns" (OLSON, 2015: 57).

Ainda que outros fatores, como sanções reputacionais (POSNER, 2000: 15 e ss.), inclusive aquelas decorrentes de noções de honra e disciplina (APPIAH, 2012; ULMANN-MARGALIT, 2015: 33- 37), possam também cumprir papel semelhante, o incentivo para cooperação gerado pelo risco de sanções institucionalizadas em sociedades complexas não pode ser subestimado[25]. Nesse sentido, normas apoiadas sanções resolvem aquilo que Habermas chama de problemas de "incerteza motivacional" e problemas de "imputabilidade" (HABERMAS, 1997: 151 e 152)[26]. Na medida, no entanto, que o aparato sancionatório estatal depende de normas que o constituam, bem quanto diretrizes claras quanto ao que é vedado ou exigido, este pressupõe sempre normas capazes de coordenar atores e instituições na tarefa do uso organizado da força[27].

Na medida, porém, em que cabe à constituição a tarefa de constituir certas autoridades mais básicas de um sistema jurídico, seria possível dizer também que, independentemente de outras funções, uma de suas funções mais básicas é de resolver problemas de coordenação. Isto nos leva a uma primeira aproximação entre a ideia de Constituição e a de convenção.

---

[25] Eric A. Posner sugere que o direito pode resolver problemas de ação coletiva não apenas através de sanções, mas ao constituir certos critérios que ajudam a identificar quando um indivíduo é confiável ou não. Segundo argumenta o autor, ações coletivas requerem uma dose de confiança quanto aos possíveis parceiros em uma associação. Um modo de ser mostrar confiável é sinalizar isto por meio de gestos e símbolos. Dar presentes ou se trajar de determinada maneira, por exemplo, podem passar uma imagem de respeitabilidade e honestidade. Não basta ser honesto, há que parecer honesto. Na medida em que pode haver incerteza quanto ao que conta ou não como um sinal apropriado, o direito pode constituir e fixar esses símbolos por meio de suas regras. Nesses casos, estaria exercendo uma função expressiva, suas normas servindo como indicativo do que conta como uma "boa" ou "má conduta" (POSNER, 2000: 18 e Ss.).

[26] Sobre o tema, ver Schauer (2015).

[27] Para uma discussão acerca dos problemas gerados pela ausência de um aparato institucional capaz de coordenar a aplicação de sanções, ver Hart (86: 103) e Nozick (2011: 68 e ss.)

A constituição em sentido político é formada por normas jurídicas formais, estabelecidas no texto constitucional, nos costumes e nos precedentes criados pelos tribunais, e normas informais não jurídicas, e nesse sentido, estritamente convencionais. Essas normas constitucionais interagem entre si e coordenam a ação de atores políticos, além de constituir o "jogo constitucional". Elas estabelecem quem são as autoridades políticas, fundam instituições e até mesmo definem quem deve ser considerado como cidadão para o estado. Como as regras de um jogo, elas estabelecem quem são os jogadores, quais seus poderes, o que podem ou não fazer, quais deveres e direitos possuem, quais objetivos devem ser buscados e quais os valores relevantes para sua prática[28].

Para entender melhor o modo com estas normas formais e informais se relacionam, poderíamos, seguindo Larry Alexander, fazer um pequeno exercício imaginativo (ALEXANDER, 1998: 1). Em um primeiro momento, poderíamos nos imaginar em uma sociedade pré-constitucional. Nessa sociedade, cada indivíduo possui sua própria noção acerca do que é certo ou errado, ou que bens são valiosos perseguir. Além disso, cada pessoa teria sua visão acerca de quais instituições públicas melhor promoveriam esses bens. No entanto, a promoção desses valores, dessa noção de bem comum, depende em boa medida da cooperação com outros indivíduos. Na impossibilidade de um único indivíduo conseguir impor sua noção de bem comum a outros indivíduos, se faz necessário alguma espécie de acordo para que se chegue a uma decisão. A bem da verdade, pode ser até mesmo que, de maneira geral, haja certo consenso entre aquele grupo de pessoas acerca dos princípios morais e valores que devem ser promovidos. Talvez aquela seja uma comunidade de anjos, em que todos estão dispostos a seguir de boa vontade tais princípios. No entanto, mesmo nesse caso, controvérsias eventualmente surgiriam quando esses princípios e valores passassem do caso abstrato, para o caso concreto (SCHAUER & ALEXANDER, 2007: 1583). Mais uma vez, a coordenação entre indivíduos segundo certos princípios comuns exige que algumas decisões sejam tomadas. Pode haver a necessidade de se definir quem deverá tomar essa decisão e como deverá fazê-lo. Lembremos que apesar das divergências, existe

[28] Apesar da analogia, é preciso deixar claro que jogos possuem um carácter lúdico que não está presente da mesma forma no direito.

um certo consenso de que a organização e coordenação dentro daquela comunidade é a prioridade.

Como sugere Daryl J. Levinson, acordos quanto a políticas substantivas tendem a ser mais difíceis do que acordos quanto a instituições, isto é, quanto as regras que instituem competências e fixam procedimentos de decisão (LEVINSON, 2011: 693). A adoção de políticas substantivas deixa relativamente claro desde o início quem são os ganhadores e perdedores com sua adoção. Regras procedimentais, por outro lado, em tese os termos da disputa, mas não seus resultados. Os riscos de vitória e derrota são menos óbvios e os derrotados de hoje podem ser os vencedores de amanhã. Nenhuma batalha é definitiva. O consenso em torno delas tende a ser, portanto, maior (LEVINSON, 2011: 694)[29].

Por isso, em um segundo momento, os indivíduos buscam algum tipo de acordo quanto à quais instituições políticas poderiam promover sua visão de justiça e bem comum. Cada um deles pode ter sua própria preferência, mas mesmo um arranjo institucional que não seja ótimo para cada um será ainda preferível à não cooperação. Mesmo uma ordem não ideal ainda é melhor do que a anarquia (ALEXANDER, 1998: 2). Há, então, um compromisso daqueles indivíduos quanto a uma determinada organização do poder político.

Pode ser que, em um primeiro momento, o sentido dessas normas que organizam o poder político seja incontroverso para a maior parte dos membros daquela comunidade política em diferentes contextos. Tão incontroverso que sequer seja necessário fixá-las de maneira canônica em um texto escrito. No entanto, na medida em que essas normas têm a pretensão de se prolongar no tempo, regulando a vida de sucessivas gerações e de pessoas em contextos muito diferentes do atual, e na medida em que a linguagem escrita

[29] Isso não quer dizer que essas decisões sejam simples ou menos complexas que algumas decisões particulares de política substantiva. Decidir sobre um sistema de governo ou regras eleitorais talvez seja tão ou até mais difícil do que decidir sobre questões políticas controversas, como o reconhecimento de uniões homoafetivas pelo Estado, por exemplo. No entanto, uma vez que sejam resolvidas, facilitam a resolução de disputas posteriores. Por este motivo, as dificuldades de se reabrir essas questões institucionais, com todos os custos envolvidos, bem como a incerteza quanto o potencial desempenho de instituições alternativas, pode dar fortes razões para sua manutenção. Essas considerações, somadas a outras questões, como o eventual empoderamento de certos grupos sociais ou enfraquecimento de grupos adversários por meio de suas regras, podem colaborar para uma maior resiliência e estabilidade dessas instituições (LEVINSON, 2011: 695).

é, de certa maneira acontextual[30], uma elaboração textual dessas normas pode ser um bom modo de fixar esse sentido. É nesse momento em que entra em cena o texto da constituição[31].

Como logo veremos, é possível, como afirma Alexander, separar a Constituição escrita, ao qual ele dá o nome de "constituição simbólica", da meta-constituição ou normas pré-constitucionais. Estas são normas, não necessariamente escritas, que estabelecem quais símbolos terão sua autoridade constitucional reconhecida, quem têm a autoridade para dar a palavra final sobre a interpretação desses símbolos, e, eventualmente, quem deverá ter suas intenções levadas em conta na hora de decidir o sentido desses símbolos (ALEXANDER, 1998: 2; GARDNER, 2009). Essas normas "pré-constitucionais" não são elas mesmas parte da constituição. Elas compõem regras que antecedem a Constituição em termos de validade. São elas, por exemplo, que irão definir quais textos escritos irão ou não possuir autoridade constitucional. Uma vez, porém, que estes textos "oficiais" sejam determinados, eles ajudam a dar maior concretude à prática social estabelecida pela constituição.

No entanto, por mais precisa que seja a linguagem desses textos, indeterminações quantos ao significado e alcance da constituição escrita podem surgir. A incerteza quanto ao sentido de um texto legal é reduzida pela próprias normas pré-constitucionais que, fruto da prática de reconhecimento dos oficiais desse sistema, irá definir certas diretrizes quanto a interpretação e a autoridade do texto constitucional. No entanto, ainda sim, essa indeterminação irá subsistir em alguma medida. Surgem lacunas na constituição, que passam a ser integradas através de regras sociais não jurídicas, as chamadas convenções constitucionais. Estas, não antecedem logicamente constituições.

---

[30] Como enfatiza Schauer, a linguagem possui certa autonomia semântica, isto é, sinais e símbolos linguísticos carregam a um sentido próprio independente dos objetivos específicos daquele que os usa (SCHAUER, 1992: 55). Ele dá como exemplo um navegador que ao aportar em uma praia vê a palavra G-A-T-O escrita com conchas. Tanto ele, quanto qualquer falante daquela língua, uma vez que vejam a disposição daquelas conchas, pensam imediatamente em pequenos felinos domésticos, e não em zebras, por exemplo. O sentido daqueles símbolos pode ser compreendido por um grupo de pessoas sem qualquer contexto específico. Na maioria dos casos, membros de uma mesma comunidade linguística podem entender o que foi escrito pelos demais membros mesmo em circunstâncias em não possuem nada em comum além da linguagem, e isso apenas é possível porque o significado não é totalmente determinado pelas circunstâncias e pelo contexto específico em que a linguagem é empregada (SCHAUER, 1992: 56). Schauer não nega, porém, que, em alguma medida, a linguagem seja constituída pelo modo como é usada por uma comunidade de falantes. Ele admite o aspeto convencional, prático, da linguagem. O que nega é apenas que seja nunca seja possível entendê-la sem que saibamos o contexto exato em que está sendo usada.

[31] A textualidade de uma constituição também pode ser justificada por sua função de ponto focal nos debates constituintes (WALDRON, 2005: 100).

Elas são normas informais seguidas por atores constitucionais, porém não identificadas por normas pré-constitucionais como dotadas de natureza legal. Sua função é suplementar à constituição jurídica, integrando com esta a constituição política.

Ainda que não oficiais, a existência destas convenções é relativamente bem conhecida no direito constitucional. No direito inglês, convenções constitucionais assumem um papel central na doutrina jurídica desde que foram popularizadas por Albert Venn Dicey, que em seu tratado sobre a constituição inglesa defendeu que esta não poderia jamais ser reduzida somente ao direito, às normas jurídicas, existente no país. Ao lado destas, afirmava, existiriam também certas regras que estruturam o governo inglês que não são passíveis de aplicação por tribunais (DICEY, 1982)[32].

Boa parte dos autores que tratam do tema tendem a adotar uma definição parecida, inclusive fora do mundo da *common law*. Assim, a título de exemplo, Francis Hamon, Michel Troper e Georges Burdeau, analisando a constituição francesa, diferenciam a noção de costume constitucional da de convenção constitucional afirmando que um "costume pode ser constatado e sancionado por um tribunal, ao passo que um tribunal não o pode ser" (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2014: 188).

Para Giuseppe Vergottini, em sua obra de direito comparado, se costumes são regras não escritas vistas como juridicamente obrigatórias por todos os membros de um sistema constitucional, convenções são regras que não geram de fato obrigações. São resultados de acordos entre diferentes partes que, dado o carácter voluntário desse pacto, podem revogá-las a qualquer tempo. Desse modo, diferente dos autores acima citado, Vergottini defende que convenções sequer podem geral qualquer tipo de obrigação, seja ela política ou moral. É apenas uma prática convergente de diferentes atores que não possui qualquer tipo de força normativa[33]. Às convenções do tipo analisado por Dicey, capazes de gerar obrigações não jurídica, Vergottini reserva o nome de *conventions*, justamente para marcar seu carácter eminentemente anglo-saxão e característico da *common law* (VERGOTTINI, 2004: 181).

---

[32] Ainda que minoritários, alguns autores questionam essa separação entre normas constitucionais jurídicas e convenções constitucionais não jurídicas. A base desse questionamento é crença de que, em certos casos, não só tribunais podem aplicar diretamente convenções, como de fato o fazem (BARBER, 2010: 90 e ss.; AHMED; ALBERT; PERRY, 2019).

[33] Nesse ponto, Vergottini parece se aproximar daqueles que afirmam que as convenções de Lewis não podem gerar obrigações reais (GREEN, 2008: 114)

Em linha parecida, Riccardo Guastini define o costume constitucional como um tipo de norma informal que, além de ajudar a integrar as lacunas da constituição, podem eventualmente ser aplicados por tribunais. Convenções, diferentemente de costumes, não surgiriam de uma prática continuada, mas de simples acordos, podendo ser derrogadas a qualquer tempo. Sua função, assim como a de costumes, seria integrar lacunas da constituição e servir como regras de interpretação da constituição, sejam com isso expandindo o sentido do texto constitucional, sejam o restringindo (GUASTINI, 2001b: 248-252)[34].

Esse aspeto voluntarístico de convenções também está presente no sentido em que Gomes Canotilho usa o termo, dando ao costume o carácter de uma norma informal não jurídica surgida de um acordo entre atores políticos (CANOTILHO, 2003: 863)[35]. Ao contrário da posição aqui defendida, Canotilho parece não admitir a possibilidade de uma convenção surgida não de um acordo voluntário e deliberado, mas sim de uma prática social espontânea. Apesar de não negar expressamente essa possibilidade, essa conclusão decorreria da distinção por ele feita entre convenção constitucional e práxis constitucional. No entanto, na medida em que essa última figura é muito pouco explorada pelo autor, sendo muito brevemente mencionada, é impossível afirmar categoricamente que a diferença entre práxis e convenções decorre realmente de sua origem e sustentação (CANOTILHO, 2003: 864).

Nessa linha, há que se destacar que em outros autores, a noção de "práxis" ou "prática" constitucional é usada no exato sentido em que aqui se utiliza o termo "convenções". Um exemplo é o uso que Jorge Reis Novais faz daquela expressão ao caracterizar certas normas sociais não jurídicas dão forma singular e estruturam os regimes presidencialistas nos interstícios do texto constitucional. Para Reis Novais, tais práticas, ainda que originadas na ação voluntária de alguns atores políticos, se sustentadas e reiteradas ao longo de um período razoável poderiam, sim, gerar uma pressão por conformidade, o que daria a elas uma feição normativa, ainda que não jurídica (REIS NOVAIS, 2018: 16).

[34] Guastini nega, no entanto, que o os costumes e convenções sejam de fato admitidos com fonte de direito pela constituição italiana (GUASTINI, 2001: 250).

A conceção de convenção constitucionais aqui utilizada é ampla, englobando desde convenções criadas não deliberadamente a convenções deliberadamente criadas, ou seja, tanto aquelas que tem início por meio de pactos voluntários quanto as que vêm em pontos focais seu início[36]. Pouco importa sua origem, desde que uma vez criadas, a conduta de acordo com elas seja sustentada na forma de uma prática social convencional. Com isso, mesmo que surgida por acordo voluntário, o tempo pode dar a essa prática esse carácter convencional (MARMOR, 2009: 56).

Essas convenções integram as lacunas da constituição e criam regras que balizam sua interpretação sem, no entanto, serem consideradas como fonte de direito. Sendo uma norma, essas convenções são internalizadas pelos participantes dessa prática social, que, como tal, as usam como parâmetro de julgamento para suas ações e a dos demais participantes. Se um dos aderentes a essa prática eventualmente violar essa convenção, ele está vulnerável às críticas e até sanções informais, talvez políticas, por parte dos demais praticantes. Como prática social, essas regras podem ser informalmente modificadas ou até mesmo revogadas pela ação desses praticantes.

Ressalte-se, porém, que convenções constitucionais não são necessariamente invisíveis aos tribunais. Existem diferentes sentidos em que podem ser reconhecidas pelo direito sem serem a ele incorporada. É, por exemplo, o caso quando, como lembra Joseph Jaconelli, uma lei faz referência a convenções constitucionais. No direito inglês ocorre quando a lei de salário ministeriais faz referência ao cargo de primeiro-ministro, instituição surgida de convenções bem estabelecidas na cultura política britânica (JACONELLI, 2005: 155). Nesse caso, um juiz pode aplicar uma convenção sem que isso signifique que essa convenção tenha força legal. De certo modo, esse caso guarda semelhanças com aqueles casos em que a lei exige do juiz a aplicação de parâmetros e normativas que não são incorporados ao direito pela sua simples aplicação. É o que acontece quando, por exemplo, ela exige que a resolução de um caso se dê de acordo com normas do direito estrangeiro.

Em outros casos, mesmo na ausência de lei que a reconheça previamente, pode o juiz fazer referência à normas não jurídicas para reconhecer um dever ou um direito. Um tribunal poderia, por exemplo, reconhecer o dever de indenização por erro médico

[36] Margaret Gilbert (2008) e Ruth Garret Millikan (1998) criticam a abordagem de Lewis por, dentre outras coisas, ser excessivamente focada em convenções criadas involuntariamente.

baseando sua decisão em um manual de melhores práticas médicas estabelecido por algum conselho ou ordem de médicos. Não obstante, também nesse caso não há incorporação ao direito vigente. O simples fato de juízes assim o fazerem não é, por si só, razão para acreditarmos que esses manuais façam parte daquele sistema jurídico. Tanto convenções quanto essas normas não jurídicas formam apenas um contexto geral dentro do qual o juiz toma sua decisão.

Em sentido diverso do aqui exposto, Nicholas Barber questiona a distinção entre normas jurídicas e convenções constitucionais com base na afirmação de que nem toda norma jurídica é aplicada pelos tribunais. O exemplo por ele dado são aquelas regras que regulam a conduta dos legisladores, algumas vezes codificadas na forma de um regimento. É comum que tribunais se recusem a interpretar essas regras com base na afirmação de que não deve se imiscuir em questões internas desse tribunal. Com base nisso, recusam-se a controlar certos atos internos do poder legislativo (BARBER, 2010: 95). Entretanto, lembra ele, muitas vezes essas normas são reconhecidamente jurídicas.[37]

Há que se tomar certa cautela com esses exemplos. Na maior parte dos sistemas jurídicos, essas normas internas, quando normas jurídicas, são normas institucionalizadas. Elas retiram sua validade de outra norma jurídica. São direito, por exemplo, se uma norma constitucional conferiu poderes à casa legislativa para criar, segundo alguns balizamentos por ela estabelecidos, as normas que regem questões internas àquela instituição. Essa constituição, por sua vez, é válida porque retira sua validade de uma regra de reconhecimento que determina sua aplicação aos oficiais daquele sistema. Quando um juiz aplica uma disposição do regimento, ele assim o faz porque está, antes de tudo, aderindo a essa regra de reconhecimento. Além disso, ele pode aplicar essa norma porque existe uma regra secundária de julgamento que retira sua validade da regra de reconhecimento e que lhes conferem poderes para fazê-lo. Está dentro de sua competência fazê-lo. Consequentemente, quando tribunais deixam de aplicar essas normas por entenderem que não possuem competência para tal, eles assim o fazem porque entendem

[37] Em Portugal, a expressão "regimento" se utiliza em um sentido próximo ao de uma convenção escrita. Como tal, não é passível de aplicação direta por tribunais. No Brasil, por outro lado, existem regimentos internos aos quais são reconhecidos força legal. Assim, por exemplo, o regimento interno do STF é reconhecido como lei pela jurisprudência do tribunal (ADI 1.105-7/DF), em razão do artigo 96, I, da Constituição do Brasil, que estabelece a competência privativa dos tribunais para "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

que essas normas de julgamento não lhes conferem tais poderes. Uma norma de julgamento pode conferir poderes e até exigir que um juiz aplique normas não jurídicas, como vimos no caso acima. Pode também, em sentido contrário, estabelecer que dentre as atribuições e poderes de um juiz não está a revisão dessas normas de funcionamento legislativo. O que importa é que não é a norma de julgamento que dá carácter jurídico a uma norma, mas o fato de uma regra de reconhecimento a identificar como parte daquele sistema jurídico. É preciso, como lembra John Gardner (GARDNER, 2009), tomar cuidado para não colapsar o sentido de uma regra secundária de reconhecimento em outras regras secundárias, sejam elas de adjudicação ou julgamento, sejam elas regras de alteração, como o faz Jeremy Waldron (WALDRON, 2009).

Convenções, por sua vez, não retiram sua validade de uma norma jurídica, tampouco de regras de reconhecimento. Elas só existem e se sustentam porque são diretamente praticadas. O único modo de uma convenção ser incorporada a um sistema jurídico, seria se a regra de reconhecimento desse sistema a reconhecesse como direito. Sua validade, então, passaria a ser derivada daquela norma básica. Mas se é este mesmo o caso, qual seria a diferença de uma convenção para o direito costumeiro? O problema parece ser ao final, conceitual e não empírico. É importante que tenhamos uma distinção conceitual clara entre convenções e costumes porque essa distinção joga luz naquilo que cada uma dessas categorias tem de singular. Em especial, elas jogam luz para fato de que existem certas normas que apesar de vincularem alguns atores políticos, mas não são diretamente aplicadas por tribunais[38].

Juntamente com convenções pré-constitucionais, essas convenções constitucionais nascidas nas lacunas da constituição formal são objeto de disputa em jogos duros constitucionais. Não é, porém, qualquer disputa por convenções constitucionais que resultará em um jogo duro constitucional. Isso ocorrerá quando

[38] T. R. S. A. Allan (2013), em parte inspirado em Sir Ivor Jennings, também desconsidera essa distinção ao afirmar que ao aplicar uma convenção, um juiz está necessariamente endossando as razões que sustentam essa convenção. Se assim fosse, porém, apenas em sentido figurado seria possível dizer que o juiz está aplicando uma regra. Se um juiz está de fato aplicando uma constituição apenas por seu mérito e não por sua autoridade, ele não está de fato aplicando uma constituição. Uma regra, seja ela jurídica ou não, é uma razão para que façamos ou nos abstenhamos de fazer algo, mas também é uma razão excludente de segunda ordem para deixemos de agir nesse caso com base em uma ponderação de todas as razões disponíveis (RAZ, 2010: 69). Quando em meio à uma pandemia o governo determina que é vedado à população sair a rua sem usar máscaras de proteção, ele não determina que assim ela assim o faça por concordar com aquela medida. Ele não está só dando um conselho, dando uma razão para ser considerada. Ele está determinando que assim aja daquela maneira porque é o que direito exige. Ele quer impedir a deliberação quanto aquela questão.

houver uma crença de que o objeto da disputa um convenção que esteja instanciando normas constitucionais e, em última análise, pré-constitucionais mais profundas.

Seguindo o alerta de Carlos Bernal Pulido (BERNAL PULIDO, 2016: 10), devemos aqui ter em mente a distinção entre as disposições de uma constituição, aqui entendidas como os enunciados constitucionais, e, por sua vez, as normas constitucionais, aqui entendidas como o conjunto dos significados expressos pela constituição escrita. Mutações formais na constituição seriam mudanças nas disposições constitucionais, ou seja, em seu texto, que levam a mudanças nas normas constitucionais, seguindo regras de alteração previamente estabelecidas por essa mesma constituição. Mutações informais, por sua vez, seriam mutações nas normas constitucionais sem que exista uma alteração das disposições constitucionais[39]. Alterações em convenções constitucionais são um tipo de mutação constitucional, mas um tipo de mutação não-jurídica e restrita aos participantes daquela prática social.

É, por exemplo, uma convenção constitucional do direito brasileiro a seleção do presidente do Supremo Tribunal Federal segundo um critério de antiguidade. Este cargo é ocupado pelo ministro mais antigo do tribunal que ainda não tenha servido nesta função. Findo seu mandato de dois anos, há uma rotação e o segundo mais antigo assume o cargo, que após terminá-lo passa-o para o terceiro mais antigo e assim sucessivamente. Ainda que na formalmente ocorra eleição para o cargo, na prática a escolha é sempre unânime e segundo este critério. Apesar de reconhecida, esta convenção jamais foi incorporada pelo direito constitucional brasileiro e juízes e tribunais do país não reconhecem sua natureza legal. Se, houver uma alteração nesta convenção e o processo de seleção passar a ocorrer

[39] A ideia de que uma mutação constitucional constitui uma mudança na norma constitucional sem mudança no texto constitucional em Jellinek um de seus primeiros defensores. Para Jellinek, uma mutação da constituição é "a modificação que deixa seu texto intacto, sem alterá-lo formalmente, que é produzida por fatos que não precisam ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação" (JELLINEK, 1991: 7). Para Jellinek, mutações constitucionais frequentemente ocorrem por meio da prática convencional. Para este autor, convenções constitucionais seriam normas jurídicas em razão da matéria por elas regulada, mas normas jurídicas sem força obrigatória. É essa sua flexibilidade que dá fluidez ao conteúdo da constitucional (JELLINEK, 1991: 39).
Apesar de majoritária, essa definição não é absolutamente unânime na doutrina e na jurisprudência. A título de curiosidade, é interessante notar a posição do Ministro Eros Roberto Grau, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando este afirma que na "mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete" (RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE).

através de eleições realmente competitivas, há uma mutação constitucional não legal e restrita aos membros deste tribunal.

Entretanto, caso ocorra o carácter cooperativo daquela prática é rompido e esta passa a ter natureza competitiva. Isso ocorreria caso uma ala do tribunal, colocando-se em oposição a outra ala, decidisse romper com a convenção para lançar na disputa um candidato próprio. A mutação se dá não por acordo ou por coordenação inconsciente, mas por ação deliberada que rompe o previamente estabelecido em prol de eventuais benefícios para um grupo político. Se em ações coordenadas o interesse em agir em conjunto para alcançar um objetivo comum se sobrepõe a outros interesses, aqui a situação se inverte. Os eventuais ganhos com coordenação são suplantados por benefícios políticos obtidos pelos jogadores.

Haveria nesse caso um jogo duro constitucional? Isso dependerá da interpretação feita daquela prática. Há uma noção de "*fair play"* implícita na rotatividade da presidência do STF que parece se apoiar na ideia deste tribunal como uma instituição una, não partidarizada. Quando a prática é subitamente rompida pela ação visando benefícios políticos em detrimento de outro grupo, é essa ideia de unidade que é posta em questão. Ainda que a mudança se dê na superfície, poder-se-ia alegar, o resultado concreto parece ser uma mudança em normas mais abstratas. Por mais, portanto, que a transgressão se dê em um nível "superficial", já que é uma rutura com uma convenção constitucional sem força legal, pode haver vozes a acusar a ação de, no fundo, estar violando normas mais profundas, as normas pré-constitucionais. Isso, por sua vez, dependerá de uma avaliação, de uma análise interpretativa do que seja aquela prática e sobre quais sejam os valores e normas mais profundos daquela ordem constitucional. Ao final, será também controvérsia quanto ao sentido da convenção pré-constitucional.

A "convenção pré-constitucional" é, seguindo aqui Larry Alexander (1998), Frederick Schauer (1995) e Richard Kay (1981), o conjunto de normas básicas de um sistema jurídico que precede logicamente a constituição. Mais especificamente, ela será aqui identificada com a ideia hartiana da regra última de reconhecimento[40]. Essas normas

[40] Nesse ponto, sigo aqui John Gardner (2009: 16) ao me valer da expressão "regra última de reconhecimento" como modo de demarcar a diferença entre essas regras e outras regras inferiores de reconhecimento. Dentre estas, poderiam ser citadas regras que identificam guardas de trânsito como autoridades com competência para emitir sinais de trânsito como força de lei ou conselhos municipais com autoridade para tomar decisões sobre planejamento também com força legal. Também sigo este autor ao adotar a noção de regra (s) de reconhecimento em oposição a noção de uma regra de reconhecimento. Desse

básicas ligam-se a um segundo sentido em que é possível dizer que a constituição assume um aspecto convencional. Esse sentido decorre justamente do carácter constitutivo de constituições.

Distanciando-se um pouco da noção de convenções esposada por David Lewis, Andrei Marmor defende que nem toda convenção surge como resposta a problemas de coordenação. A convenções desse tipo, Marmor dá o nome de "convenções coordenativas". No entanto, para ele, existiriam ainda outros dois tipos de normas convencionais cujo aspeto distintivo não é devidamente analisado por Lewis: "convenções constitutivas" e "convenções profundas".

Convenções profundas se diferem de outros tipos de convenções por (1) não surgirem apenas como respostas à problemas de coordenação, mas também como respostas à necessidades sociais e psicológicas mais profundas; (2) por permitirem o surgimento de outras convenções mais superficiais; (3) pelo fato de normalmente serem seguidas indiretamente, na medida em que as convenções superficiais que a instanciam são seguidas; (4) por serem mais duradouras e rígidas que outras convenções; e (5) por, diferentemente de convenções mais superficiais, não serem frequentemente codificadas e substituídas por regras institucionalizadas (MARMOR, 2009).

Essas convenções profundas são encontradas em diversas práticas sociais. No caso da arte sua existência é bastante evidente. Quando, por exemplo, se analisa a arte da Europa cristã da idade média em comparação com a arte praticada no mundo islâmico da mesma época, é possível notar semelhanças e diferenças. Em ambos os casos, a atividade artística era constituída por uma convenção mais profunda que estabelecia que era o papel da arte louvar à Deus e, em certo sentido, exercer uma função pedagógica. Ela deveria ensinar a palavra de Deus conforme descrita na Bíblia e no Corão, respetivamente. No entanto, se na Europa cristã essa convenção ganhou forma em convenções mais superficiais determinando representação pictóricas de figuras humanas e cenas bíblicas,

---

modo, em geral, quando estiver usando a expressão "regra de reconhecimento", estarei fazendo referência a essa regra última. Esta será entendida aqui como a regra que fixa critérios último de validade jurídica. Um critério de validade é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele forem ainda reconhecidas como regras do sistema mesmo que estejam em conflito com regras identificadas por referência aos outros critérios, ao passo que regras identificadas por referência a estes outros critérios não são reconhecidas como tal se estiverem em conflito com as regras identificadas tendo por referência o critério supremo. Na medida em que esses critérios não precisam estar presentes em uma única regra de reconhecimento, é possível falar na existência de uma regra suprema ou última de reconhecimento

no mundo islâmico ela deu origem a convenções determinando o uso de representações abstratas e imagens geométricas.

Essa distinção entre convenções superficiais e profundas é, ressalte-se, relativa. Convenções podem ser encontradas dispostas em diferentes camadas. Nesse caso, por exemplo, uma convenção profunda de que a arte deve louvar a Deus e ensinar sua palavra pode ser instanciada por uma convenção mais superficial de que a arte deve cumprir essa função por meio de representações de cenas bíblicas. Esta convenção superficial pode, por sua vez, ser instanciada ainda por uma convenção ainda mais superficial determinando as cores ou características menores dessa representação, como a de que o manto de Maria deve ter a cor azul (MARMOR, 2009).

A ideia de convenções constitutivas, por sua vez, se apoia na distinção feita por John Searle entre regras regulativas e regras constitutivas. Para Searle, existiriam basicamente dois tipos diferentes de regras. Regras seriam regulativas quando regulassem atividades já existentes e delas independentes. Um exemplo seriam as regras de etiqueta, que regulam relações interpessoais já existentes antes da existência dessas regras. Regras constitutivas, por outro lado, não se limitam a regular uma atividade. Elas criam ou definem uma nova forma de atividade. As regras do xadrez e do futebol, por exemplo, não só regulam as ações dos jogadores, mas criam a possibilidade de jogar tais jogos (SEARLE, 1990). Enquanto regras constitutivas tradicionalmente possuiriam a forma "faça X" ou "se Y, faça X", regras constitutivas normalmente teriam a forma de "X conta como Y" ou "X conta como Y em um contexto C"[41].

Essa classificação de Searle não escapa, porém, de alguns problemas. Em primeiro lugar, como chamou atenção Joseph Raz, regras constitutivas têm também um aspeto regulativo, assim como regras regulativas também têm um aspeto constitutivo. A regra que estabelece um imposto sobre a renda possuiria essa natureza dupla, por

[41] Para Searle, quando uma regra é meramente regulativa, a conduta de acordo com a regra, poderia receber a mesma descrição ou especificação − a resposta à pergunta "O que foi feito?" − exista ou não a regra. Quando, por outro lado, lidamos com regras constitutivas, a conduta de acordo com a regra não poderia ser descrita sem que a elas se fizesse referência. Por exemplo, não poderíamos falar que uma pessoa realizou um movimento no xadrez, não existissem as regras que constituem tal jogo. Dessa maneira, regras constitutivas criariam fatos institucionais, ou seja, fatos que, diferentemente dos chamados "fatos brutos", como o nascer do sol ou o canto dos pássaros, requerem instituições humanas para lhe darem significado (SEARLE, 1995).

exemplo. Isto torna-se evidente quando atentamos para o fato que a ação de pagar o imposto de renda pode ser descrita de duas maneiras:

(1) John pagou 50 euros ao Sr. Jones (uma autoridade tributária).

(2) John pagou seu imposto de renda.

No primeiro caso, a ação pode ser descrita sem que seja necessário fazer referência à regra instituindo o imposto de renda. A conclusão natural seria de que essa regra é regulativa, segundo a definição de Searle. Por sua vez, no segundo caso, é impossível descrever a ação sem referência à regra, caso em que seríamos levados a pensar que a regra é constitutiva (RAZ, 2010: 104-106). Dessa maneira, a regra que impõe o pagamento de um imposto sobre a renda parece ser igualmente constitutiva e regulativa.

Em segundo lugar, como destacado por Andrei Marmor, nem toda norma regulativa irá aparecer na forma de "Faça X" ou "se Y, faça X". Tampouco toda regra constitutiva, terá a forma de "X conta como Y, no contexto C". Seria um erro, por exemplo, dizer que uma fila é simplesmente um agrupamento de pessoas posicionadas uma atrás da outra. Um grupo de pessoas podem estar paradas uma atrás da outra por mero acaso, mas isso não necessariamente será uma fila. Formar uma fila é, assim, uma prática social que não pode ser descrita sem referência certas regras. A regra que impõe a fila seria vista, então, como constitutiva, já que constitui essa prática. Seria estranho, no entanto, reduzir essas regras à fórmula "X conta como Y, no contexto C". Ela parece assumir a forma de uma regra regulativa do tipo "faça uma fila" . Por sua vez, uma regra do tipo "o trabalho final da disciplina enviado por email até a meia-noite de sexta-feira conta como sendo entregue", ainda que tenha a forma de uma regra constitutiva parece ter o carácter de uma regra regulativa. Através dessa regra, o professor estabelece que os alunos devem entregar o trabalho até essa data (MARMOR, 2009: 33).

Em boa medida, essas críticas decorrem do carácter ambíguo que os termos regras regulativas e regras constitutivas assumem na obra de Searle. Seguindo aqui a explicação de Riccardo Guastini (1990), é possível distinguir três sentidos distintos em que falamos de regras constitutivas. Em primeiro lugar, seriam constitutivas regras que criam ou definem novas formas de comportamento, novas práticas sociais. As normas do xadrez são um exemplo, assim como regras eleitorais ou definindo o processo legislativo. Nesses casos, o aspeto constitutivo não é propriedade de uma única regra isolada, mas de

um sistema de regras. A regra que afirma que o cavalo se movimenta em L não é, capaz de criar uma atividade dotada de um novo significado social. Sua constitutividade não é fruto de uma propriedade interna sua, mas de sua relação com outras regras do sistema. Poderíamos dizer, então, que uma regra isolada é incapaz de constituir uma nova prática social, mas que um sistema pode ser constitutivo quando condição de possibilidade para o comportamento por ele regulado. Esse sistema de regras criaria fatos institucionais que, de maneira distinta de fatos brutos, apenas poderiam ser descritos adotando-se um ponto de vista interno a esse sistema. O aspeto constitutivo seria propriedade não de uma regra isolada, mas de um sistema de regras (GUASTINI, 2009).

Em um segundo sentido, poderíamos falar em regras constitutivas em sentido estrito, ou seja, aquelas regras individuais facilmente reduzíveis à forma "X conta como Y em um contexto C". Essa fórmula, entretanto, também abarcaria situações diferentes. Guastini dá os seguintes exemplos de situações que poderiam estar cobertas por essa fórmula:

> 1) A situação X (no tabuleiro) tem valor de xeque-mate (Y).
>
> 2) O xeque-mate (X) tem valor de vitória/derrota para o jogador que a inflige/sofre (Y).
>
> 3) A pronúncia de um enunciado (X) tem valor de assunção de uma obrigação (Y).
>
> 4) Tirar o chapéu em certas ocasiões (X) tem valor de saudação (Y).

Em todos esses casos, essas regras não são constitutivas no mesmo sentido em que falamos de constitutividade de um sistema de regras. O termo simbolizado por X refere-se a comportamentos possíveis antes e independentemente da regra em que aparece singularmente considerada. Em outras palavras, essas regras específicas não são condições de possibilidade de X. Se assim não fosse, essas regras não poderiam fazer referência aos comportamentos simbolizados por X. Um xeque-mate existe como ação possível independentemente de existir essa regra específica estabelecendo que esse movimento tem valor de vitória ou derrota. Essa ação, porém, não seria possível sem o sistema de regras que criou o jogo de xadrez (GUASTINI, 2009: 279).

Isso leva a uma segunda constatação. Enquanto às vezes o contexto C depende de circunstâncias fáticas (o promitente não estar, por exemplo, atuando ou simplesmente fingindo), em outros casos, será um sistema de regras que dará o contexto, como no caso

do jogo de xadrez. Fora do contexto criado por um sistema de regras de xadrez, um xeque-mate não só não tem valor de derrota nem de vitória, como sequer podemos falar de um xeque-mate. Além disso, mesmo a locução "tem valor de" assume significados diferentes nesses quatro exemplos. Enquanto no primeiro exemplo ela é usada para estipular uma equivalência semântica entre os termos, nos demais ela serve para atribuir um valor.

Seguindo Andrei Marmor, o sentido de regras constitutivas que está relacionado à constituição é precisamente o primeiro sentido de regras constitutivas, ou seja, a ideia de um sistema de regras constitutivas dentro do qual ação humana vai ganhar um significado social. Além de não estar tão vulnerável às críticas esboçadas acima, o esse sentido ilumina o aspecto que sistêmico do direito constitucional e de práticas sociais de maneira geral. Práticas sociais não são constituídas por uma única regra, mas sempre por um feixe de regras relacionadas dentro de um sistema.

Dessa maneira, na linha de Marmor, estou considerando regras constitutivas como sendo regras que, dentro de um sistema normativo, constituem uma prática social. Essas regras constitutivas tanto poderiam ser convencionais, quando informais e não codificadas, quanto institucionais, quando formalizadas e codificadas. Enquanto formas de arte, alguns jogos, como o futebol e o xadrez, e regras de etiqueta seriam exemplos de convenções deste tipo primeiro tipo, instituições jurídicas, como tribunais, ou religiosas, como a Igreja Católica, são o exemplo claros de práticas institucionais (MARMOR, 2009: 35)[42].

[42] Todos esses dois casos de regras convencionais- convenções constitutivas e convenções profundas- se encaixam dentro dos critérios propostos para práticas convencionais. Elas são, em primeiro lugar regras, e não hábitos. Um pintor surrealista cuja obra não siga os cânones desse movimento provavelmente pode ser criticado ter sua condutada avaliada segundo estes. Em segundo lugar, são sociais, pois dependem do fato de serem efetivamente praticados. Elas evoluem gradualmente, de acordo com contingências históricas específicas, e deixam de existir quando deixam de ser seguidas ou quando são codificadas em um texto normativo dotado de autoridade. (MARMOR, 2009: 48). Um jogo pode existir na teoria, com regras minuciosamente detalhadas, mas se não é seguido, não pode ser visto como uma prática social. Em terceiro lugar, não apenas aquele que segue essas práticas tem alguma consciência de que as estão seguindo, como existem razões para tal. Isso não significa, no entanto, que as razões para essas convenções serem seguidas seja a necessidade de resolver um problema de coordenação, como considerava Lewis, nem que todos que as sigam o façam pelas mesmas razões (MARMOR, 2009: 48). É possível que algumas pessoas apenas as sigam para ser como todo mundo. A perceção dessas regras pode ocorrer em diferentes graus e segundo um modelo de divisão de trabalho, como é comum no caso do direito. Isso significa que pode existir um grupo de pessoas, "especialistas", que conhecem plenamente essas regras e cujo comportamento tem um importante papel no desenho que essas normas assumem. Junto a este primeiro grupo de pessoas, podem existir outros grupos de pessoas que, apesar de seguirem as regras, têm um conhecimento mais parcial e menos aprofundado das mesmas. Podem, por exemplo, conhecer algumas normas do sistema que os afetam mais diretamente, mas não ter um conhecimento detalhado. Essa divisão de trabalho não pode estar presente no caso de convenções coordenativas, em que para que a coordenação possa ocorrer, todos os participantes

Na medida em que práticas convencionais são construídas por regras constitutivas convencionais, são essas regras que definem e regulamentam a conduta de acordo com a prática. No caso do xadrez, por exemplo, suas regras não só definem o jogo, estabelecendo o que conta como movimento válido ou quando há vitória e derrota, como regulamentam a ação dos jogadores, estabelecendo o que podem ou não fazer no jogo.

Da mesma maneira, como vimos, regras constitutivas também constituem quais valores serão relevantes para aquela prática. São as convenções de um estilo artístico que estabelecem o que será por ele considerada uma obra de valor. Não há dúvida, por exemplo, que seria equivocado julgar uma obra de arte surrealista por não corresponder fielmente à realidade ou não ser suficientemente religiosa[43]. Uma afirmação desse tipo corre o risco de ser tão surreal quanto a obra em si (MARMOR, 2009: 38).[44]

Tal qual na arte e no xadrez, também a constituição constitui uma prática social. Por mais tautológica que esta afirmação possa parecer, este ponto merece ser ressaltado. Constituições, para além de articular e coordenar o poder político, também o institucionaliza. Ela estrutura os poderes legislativo, executivo judiciário e uma série de instituições estatais. Ela pode definir o que e quem conta como cidadão, quais direitos e deveres possuem e quais valores e princípios irão orientar a ação do Estado Constitucional.

---

devem ter uma boa perceção da convenção que serve como solução para problemas (MARMOR, 2009: 47). Por fim, todas essas práticas convencionais são dependentes da ação de outras pessoas e arbitrárias. Elas poderiam ser substituídas por práticas alternativas caso outras pessoas adotassem essa nova prática. As regras do xadrez, poderiam ser outras. O cavalo, poderia não andar em L, mas apenas na diagonal. No entanto, para que um jogador pudesse fazer esse movimento, ele depende de outros jogadores de xadrez aceitarem esse movimento alternativo

[43] Críticas desse tipo apena fazem sentido se avaliadas de um ponto de vista externo. Nesse caso, não seria cabível dizer que uma obra surrealista é ruim como arte surrealista por não ter motivos religiosos ou não buscar conectar o homem com o divino. Porém, seria possível, sim, criticar uma obra por representar o estilo surrealista. Ao fazer isso, se estaria na verdade criticando o estilo como um todo, inclusive os valores que lhe são caros. Em outras palavras, seria possível fazer uma crítica do ponto de vista externo de um observador não comprometido com os valores do estilo surrealista. Ao criticar aquele que a segue, o que se está fazendo é uma crítica indireta à prática social (MARMOR, 2009: 38)

[44] Como nota Marmor (2009), dizer que convenções constituem os valores de uma prática não quer dizer que esses valores sejam necessariamente criados por essas regras. Pode ser que as regras simplesmente permitam que certos valores que não poderiam de outra forma serem apreciados agora o sejam. Nesse caso, constituição ganha aqui um sentido mais epistêmico do que ontológico. As regras simplesmente criariam canais que permitem que certos valores sejam vividos através do ato de seguir uma prática. O ponto é que ao criar esses canais, essas regras demarcam quais os valores relevantes para ela. Desse modo, pode ser que o valor de louvar a Deus seja anterior às convenções da arte medieval. É, porém, por meio dessas convenções que esse valor é incorporado e ganha destaque na prática artística e que se torna possível vivê-lo em seu exercício. No mais, cabe ainda notar que nenhuma regra por si só cria um valor. Regras são um tipo de razão para ação humana. É a conduta prescrita pela regra que possui. Nesse sentido, a regra não estaria exatamente criando valores, mas promovendo valores (MARMOR, 2009: 35).

Entretanto, existem convenções ainda mais profundas que constituem a própria constituição, que delas retiram sua validade. São, como já afirmado, as normas pré-constitucionais, o principal objeto de disputa em jogos duros constitucionais. E são as regras última de reconhecimento de sistemas jurídicos, seguindo aqui a caracterização destas normas feitas por H. L. A. Hart.

Hart introduz sua noção de uma regra de reconhecimento ainda no capítulo V de "*O Conceito do Direito"* e dedica a ela o capítulo seguinte dessa mesma obra (HART, 1986). No capítulo V, Hart constrói sua tese de que o direito é formado por uma união de regras primárias e regras secundárias, estando a regra de reconhecimento incluída dentre essas últimas. Para iluminar esse ponto, ele se vale de uma pequena alegoria. Em uma comunidade primitiva, sem poder legislativo, tribunais ou funcionários, diz ele, a estrutura social é integrada por regras primárias de obrigação (HART, 1986: 101). Tendo em vista certas verdades acerca da natureza humana, essa sociedade deveria ter algumas regras básicas restringindo, por exemplo, o uso da violência, o furto e a fraude. Embora essa comunidade possa mostrar certa tensão, presente em qualquer sociedade, entre os que aceitam as regras e os que a rejeitam e só a seguem quando há probabilidade de punição por desobediência, estes últimos deveriam ser a minoria. Não fosse assim, os que rejeitam as regras não teriam uma pressão social forte o bastante para obedecê-las e aquela ordem social colapsaria (HART, 1986: 101). Apenas uma comunidade pequena e homogênea poderia viver em um regime sem regras oficiais.

À medida que a sociedade se tornasse mais complexa, esse tipo de controle social seria deficitário (HART, 1986: 102). Nesse caso, três principais problemas surgiriam. Em primeiro lugar, as regras não formariam um sistema, mas um mero conjunto de padrões normativos separados, o que criaria uma incerteza quanto a quais são as regras a serem seguidas e qual seu âmbito de aplicação. O segundo defeito seria o carácter estático destas regras, só podendo ser alteradas através do abandono das regras vigentes e ascensão gradual de certas práticas sociais ao patamar de regras costumeiras. Não seria possível uma alteração deliberada das regras para adaptá-las às novas circunstâncias. Em um caso mais extremo, as obrigações criadas pelas regras privadas em casos particulares não poderiam ser deliberadamente modificadas ou diversificadas pelo indivíduo. Cada pessoa teria deveres fixos e sua posição não poderia ser alterada. O terceiro e último desses defeitos seria a ineficácia da pressão social difusa exercida sobre aqueles que não seguem as regras. Além disso, ao se deixar a função de punir pela violação das regras na mão de

indivíduos ou grupos privados haveria uma imensa perda de tempo acarretada pela falta de organização dos grupos e nas vinganças latentes (HART, 1986: 102 e 103).

Hart defende, então, que o remédio para estes três tipos de problemas estaria na complementação das regras primárias iniciais por regras secundárias, que converteriam o regime de regras primárias em um sistema jurídico. Ainda que essas novas regras sejam diferentes entre si, elas teriam como semelhança o fato de que não dizerem respeito a ação que os indivíduos devem ou não realizar, mas às regras primárias, especificando os modos pelos quais estas podem ser determinadas, criadas, eliminadas e alteradas, além de determinar de maneira precisa a respetiva violação. Cada uma dessas regras secundárias seria um remédio para um dos defeitos acima listado (HART, 1986:103).

O remédio para o carácter estático do regime de regras dependeria da introdução de regras de alteração. É nesse tipo de regra que reside a ideia de ato legislativo e revogação. Haveria, segundo Hart, uma conexão entre regras de alteração e de reconhecimento. Quando as primeiras existirem, as últimas terão necessariamente de incorporar uma referência à legislação como aspeto identificador das regras. Tem parentesco com as regras que outorgam poder a indivíduos para que alterem sua posição inicial sob o domínio das regras primárias (HART, 1986: 105).

O segundo problema, a ineficácia, seria remediado pela introdução de regras secundárias dando o poder a indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade acerca da violação ou não de uma regra. Essas regras identificariam quem deveria julgar e o processo a ser seguido, atribuindo poderes judiciais, que poderiam eventualmente ser complementados por regras impondo deveres de julgamento. Essas regras definiriam conceitos como o de juiz, tribunal, sentença e jurisdição (HART, 1986: 106 e 107)[45].

O problema da incerteza seria resolvido com a introdução de uma regra de reconhecimento, que especificaria os aspetos de uma regra que deverão ser tomados como uma indicação concludente e afirmativa de que ela é uma regra do grupo e que deve ser apoiada por meio da pressão social. Essa regra poderia tomar várias formas diferentes, podendo, como em sociedades mais simples, ser apenas o fato de se encontrar em uma

[45] Hart parece sugerir, a meu ver equivocadamente, que essa regra de julgamento seria também uma regra de reconhecimento, na medida em que identifica regras primárias por meio da sentença do juiz e essa sentença será fonte de direito. Se os tribunais podem proferir decisões dotadas de autoridade acerca da violação ou não de regras jurídicas, essas decisões determinarão também quais regras são direito (HART, 1986: 107)

lista de regras dotada de autoridade. Em um sistema jurídico mais desenvolvido, a regra de reconhecimento não faria referência exclusivamente a um texto ou lista, mas a alguma característica geral das regras primárias. Quando mais de uma dessas características gerais são tratadas como critérios de identificação, é possível resolver o conflito entre elas por meio de um critério de superioridade. Por meio desses critérios dotados de autoridade as regras deixam de ser um conjunto desconexo e se organizam como sistema jurídico (HART, 1986: 104).

Diferentemente do que defendia Kelsen, essa norma básica não é uma hipótese nem uma pressuposição. Ela é empírica, passível de apreensão por meio da observação do comportamento dos oficiais daquele sistema jurídico, e afirmações acerca dessa regra são afirmações sobre fatos objetivos. Ainda que não seja normalmente enunciada, sua existência se manifesta na prática de oficiais e tribunais identificarem regras concretas como sendo parte daquele sistema jurídico (HART, 1986, 113).

Essa regra de reconhecimento compartilha características comuns a regras sociais, destacadas por Hart quando as distingue de hábitos sociais. Se por um lado tanto regras sociais quanto hábitos, têm por característica serem padrões de comportamento gerais e reiterados, as regras de comportamento possuem ainda outras características ausentes em hábitos sociais. No caso de regras sociais, (1) Os desvios são vistos com faltas e geralmente avaliados criticamente, assim como ameaças de desvios são alvo de pressão por conformidade; (2) o desvio é visto como uma boa razão para crítica e essa crítica é encarada como legítima tanto pelos que a fazem quanto pelos que a recebem; (3) existência de um ponto de vista interno. Para que haja uma regra social, não basta que haja um comportamento observável e convergente dos membros de uma comunidade ao longo do tempo. É preciso ainda que estes adotem uma postura crítico reflexiva com relação a esse comportamento, um ponto de vista interno. Devem considerá-lo um padrão a ser observado por eles e por todos no grupo (HART, 1986, 64-66).

Ao decidirem casos de acordo com os critérios identificadores estabelecidos na regra, os juízes e tribunais manifestam sua aceitação da regra como critério último e supremo de identificação do direito e a assunção desse ponto de vista interno com relação a ela. Da mesma maneira, a afirmarem que uma regra de direito é válida, também manifestam seu reconhecimento de que essa regra jurídica passou pelos testes de identificação determinados pela regra de reconhecimento (HART, 1986, 113). A regra de reconhecimento parece, assim, cumprir múltiplas funções.

Que uma regra de reconhecimento existe e é praticada não devemos necessariamente concluir, segundo Hart, que todos os cidadãos devam reconhecer essa regra fundamental. Em uma sociedade consideravelmente complexa, é razoável supor que a maior parte das pessoas não conhece todas as regras do sistema jurídico ou tampouco seus critérios de validade. A obediência às obrigações decorrentes de regras jurídicas pode se dar com base em diferentes considerações. Cidadãos podem obedecê-las por reconhecerem o valor substantivo daquelas regras, por terem algum tipo de deferência institucional, mas também por hábito, questões prudenciais ou pensando na obtenção de algum tipo de benefício. Para que um sistema jurídico exista, bastaria que a maioria dos cidadãos obedeça às regras validadas segundo os critérios últimos de reconhecimento, seja qual for o motivo pessoal de cada um para tal, e que os oficiais desse sistema partilhem uma aceitação das regras secundárias do sistema e, em especial, da regra de reconhecimento. Para Hart, a aceitação de uma regra de reconhecimento e das demais regras secundárias de um sistema jurídico é uma prática social da qual apenas os oficiais desse sistema devem necessariamente seguir (HART, 1986, p.126).

A noção de uma regra de reconhecimento pré-constitucional é de particular relevância para a compreensão de alterações levadas a cabo no direito constitucional, em especial aquelas que estão no centro de jogos duros constitucionais. Munidos deste conceito, é possível inclusive entender alguns tipos de alteração no direito constitucional que para muitos juristas parecem difíceis de explicar. Em primeiro lugar, ela nos ajuda a compreender melhor como alterações na constituição poderiam ocorrer sem que sejam seguidos os procedimentos de reforma constitucional nela mesma descritos. No contexto norte-americano, por exemplo, Schauer cita como a Constituição dos Estados Unidos passou por enormes modificações desde sua promulgação em 1789 sem, no entanto, que os procedimentos estabelecidos pelo seu artigo V tenham sido seguidos na maioria delas (SCHAUER, 1995: 146 e ss.). Para Schauer, tais mudanças não têm nada de misteriosas ou extralegais. Ela poderia ser acomodada pelo direito se considerada a possibilidade de a norma pré-constitucional autorizar mecanismo de reforma fora do texto constitucional.

Além disso, pode ainda nos ajudar a responder os problemas causados pela autorreferência no direito. Uma norma fundamental empírica e cuja existência é dependente apenas de sua aceitação, não derivando sua autoridade de uma norma precedente, pode ajudar a resolver o chamado "paradoxo de Ross": como seria possível que um artigo da constituição criado pelo constituinte originário e estabelecendo um

procedimento de reforma constitucional pelo constituinte derivado possa ser ele mesmo reformado por essa autoridade legislativa por ele mesmo constituída? Se ele pudesse ser reformado nos termos por ele mesmo colocados, cairíamos, segundo Ross, em uma impossibilidade lógica. Teríamos uma autoridade modificando a mesma norma de competência da qual sua autoridade deriva. No momento que o fizesse, estas normas modificadas tornar-se-iam formalmente inconstitucionais. Se, por outro lado, esse artigo pudesse ser reformado não porque de acordo com o procedimento de reforma constitucional previamente estabelecido, mas porque este deixou de ser reconhecido pelos membros e, principalmente, pelas autoridades daquele sistema jurídico, houve uma rutura na cadeia de validade. O novo artigo estabelecendo o poder de reforma constitucional não seria válido porque foi aprovado pelo legislador segundo os termos fixados pelo antigo artigo, mas sim pelo fato psicossocial daquela população aceitar uma constituição diferente como sua norma básica (ROSS, 1969)[46]. Seguindo Peter Suber, a resposta a esse problema pode ser encontrada na noção de aceitação de uma norma fundamental pré-constitucional. Desse modo, uma eventual mudança nos dispositivos que regulam a reforma constitucional seria possível porque a regra de reconhecimento autorizaria esse tipo de mudança. Em sentido parecido, a imutabilidade desses dispositivos não necessariamente decorreria de alguma qualidade intrínseca sua, mas do fato da regra de reconhecimento vedar ao poder constituinte devido a competência para fazê-lo (SUBER, 1990: 35 e ss.).

A norma de reconhecimento não é imutável, mas sua mudança não deriva de sua conformidade a algum procedimento colocado por uma outra norma válida. Ela depende apenas de sua aceitação pelo grupo reconhecedor relevante. Se uma modificação na regra de reconhecimento passa a ser aceita pela comunidade reconhecedora, e se essa modificação implica no reconhecimento de um novo limite ou revogação de um limite antigo ao procedimento de reforma da constituição, então é possível, sim, compreender tais mutações constitucionais[47]. Uma regra de reconhecimento pré-constitucional é,

[46] A dificuldade em responder essa questão está diretamente relacionada ao problema colocado pela possibilidade do duplo grau de revisão das normas constitucionais (SILVA, 2001). Se os artigos constituindo um poder de reforma constitucional não apenas fixam um procedimento de alteração constitucional, mas estabelecem limites materiais ao poder de reforma, poderiam esses artigos serem reformado segundo esse procedimento para abolir esses limites?

[47] Isso não significa que não possam existir outras respostas ao problema da reforma do poder de reforma constitucional. Esse argumento é apenas um dos possíveis, mas um que parecer bastante promissor.

portanto, uma ferramenta analítica útil para que possamos entender a noção de mutação constitucional que dá o contexto de jogos duros constitucionais.

Em jogos duros constitucionais, lembremos, ocorrem tentativas de violação de convenções informais devido aos interesses de fações, partidos e grupos particulares. São ações que visam subverter essas normais informais e que são sentidas por oficiais do sistema e outros observadores como "ruturas na "moralidade constitucional" e não apenas de etiqueta constitucional" (FISHKIN & POZEN, 2018: 921 e 922). Além disso, seguindo Fishkin e Pozen, também são considerados jogos duros constitucionais aqueles casos em que um grupo busca subverter o sentido estabelecido da constituição para avançar seus interesses particulares ou sua visão daquilo que consideram ser a melhor leitura da ordem constitucional (FISHKIN & POZEN, 2018: 923). Trata-se, então, de mudança ou tentativa de mudança na norma constitucional, sem mudança formal no texto legal, e isso se dá, em última análise, por uma modificação na norma de reconhecimento pré-constitucional[48].

Entretanto, a identificação de normas pré-constitucionais com regras de reconhecimento parece enfrentar duas dificuldades. A primeira pode ser resumida da seguinte maneira: a existência de uma regra de reconhecimento pressuporia alguma dose de consenso entre aqueles membros do sistema jurídico cuja prática é necessária para sustentá-la. Entretanto, segundo a descrição de jogos duros constitucionais aqui feita, seriam comuns desacordos entre os atores de um jogo duro constitucional quanto ao conteúdo dessa norma. É esse desacordo que, em certas circunstâncias, pode transformar-se em um jogo duro. A segunda dificuldade, por sua vez, diz respeito à identidade entre os atores de um jogo duro constitucional e a comunidade de atores que "reconhece" esta norma. Se, por exemplo, a regra última de reconhecimento resulta apenas da prática de juízes, o resultado de um jogo duro constitucional entre autoridades do executivo e legislativo não seria uma mudança nesta norma pré-constitucional.

Começo enfrentando a primeira dificuldade. Ela está diretamente relacionada à crítica de Ronald Dworkin ao conceito de direito desenvolvido por Hart. Um primeiro esboço desta crítica é elaborado em seu "*O Modelo de Regras II*" (DWORKIN, 2002: 73-125). Uma regra de reconhecimento, afirma Dworkin, é constituída por uma prática

[48] Pozen e Fishkin falam de uma mudança na constituição como c minúsculo, a constituição informal e material, e não na constituição com C maiúsculo, a constituição formal. (FISHKIN & POZEN, 2018: 923)

social. Uma regra social é o resultado de uma prática convergente de pessoas que assumem uma postura crítico-reflexiva com relação a um determinado padrão de conduta. Isto implicaria que uma regra social, tal qual a regra de reconhecimento, seria fixado pela concordância de um grupo de pessoas. Como, porém, seria possível explicar aqueles casos difíceis em que os oficiais de um sistema jurídico possuem discordâncias profundas acerca de quais normas jurídicas seriam válidas e aplicáveis? Se regras sociais dependem de um acordo entre um grupo de pessoas, divergências acerca do conteúdo dessas regras levariam ao seu colapso (DWORKIN, 2002, 85-93).

Com objeção a esta crítica, algumas respostas foram dadas no campo positivista do direito. A resposta mais simples é a de que os casos difíceis no direito são apenas marginais. Na maior parte das vezes, as pessoas conduzem suas vidas e oficiais decidem casos de acordo com direito, sem que exista grandes discordâncias quanto a qual o curso de ação é exigido pelo direito. Ainda que existam casos em que não se sabe ao certo qual o direito a ser aplicado, eles são periféricos e, como tal, não deveriam assumir centralidade em uma teoria do direito. O positivismo jurídico seria a teoria mais adequada para explicar os casos centrais do direito (LEITER, 2009: 1226).

Uma outra resposta, oferecida por Hart e, de maneira mais elaborada, por Jules Coleman, é a de que é preciso distinguir entre discordâncias entre quais os critérios de validade do direito, o conteúdo de uma regra de reconhecimento, e discordância entre se uma norma jurídica está de acordo com esses critérios, ou seja, a aplicação dessa regra de reconhecimento (COLEMAN, 1982, 157; HART, 1994: 258; SHAPIRO, 2007). Ainda que as pessoas possam divergir quanto a como se aplica um princípio moral na prática, elas podem concordar acerca de uma regra que exige que se aplique um princípio moral.

Dworkin não se dá porém por satisfeito com as estas respostas e, posteriormente, reformula sua crítica em seu "*O Império do Direito*", expandindo-a (DWORKIN, 2007). Para Dworkin, existem dois tipos de divergências acerca da verdade de proposições jurídicas que podem ocorrer entre juízes e advogados. Eles podem concordar sobre os fundamentos do direito- sobre quais os critérios para considerar algo como direito-, mas ainda sim divergir sobre se esses critérios estão ou não presentes no caso concreto, caso por ele chamado de "divergência empírica". Alternativamente, eles poderiam ainda divergir até mesmo sobre quais seriam os fundamentos do direito, a chamada "divergência teórica" (DWORKIN, 2007, 7-8). Para Dworkin, divergências teóricas são relativamente comuns no direito. A grande falha dos positivistas, diz ele, está em não ter nenhuma teoria

plausível acerca desse fenômeno e reduzirem todas as divergências a questões empíricas. Ao fazê-lo, terminam por devotar exclusiva atenção a questões fáticas relativas aos fundamentos do Direito. O Direito resumir-se-ia àquilo que tribunais e órgão legislativos decidiram no passado e divergências acerca da verdade de uma proposição jurídica poderiam ser resolvidas somente pelo estudo dos registros de decisões institucionais passadas (DWORKIN, 2007, 10).

Dworkin usa alguns casos para exemplificar como certas divergências em tribunais não poderiam ser interpretadas como meras divergências empíricas, dos quais, os dois primeiros são os mais interessantes. Um deles é o caso *Elmer*, no qual julgava-se se um neto culpado pelo homicídio do avô qualificava-se para receber sua herança. O voto dissidente, redigido pelo Juiz Gray, defendia que não havia nenhuma cláusula no testamento proibindo a herança em caso de homicídios. Também afirmava que o sentido da lei de sucessões era bem claro: não havia nenhuma exceção para homicidas. Sendo assim, nada impedia Elmer de receber a herança do avô. O voto da maioria, redigido pelo Juiz Earl, não discordava que o sentido literal da lei indicasse essa ausência de exceções. Entretanto, argumentava que a interpretação correta da lei deveria levar em conta a vontade dos legisladores, que certamente se insurgiriam quanto a um resultado absurdo na aplicação da lei, e deveria se adequar aos princípios gerais do direito, aí incluído o princípio de que "ninguém poderia se beneficiado pela própria torpeza" (DWORKIN, 2007, 21-25).

Outro caso trazido por Dworkin é o do *Snail Darter*. Em 1973, um grupo de ambientalistas, valendo-se da recentemente aprovada Lei de Proteção das Espécies Ameaçadas, recorreu à Justiça para interromper a construção de uma barragem que ameaçava o habitat do *snail darter*, um pequeno peixe ameaçado de extinção. A administração da região alegou, por sua vez, que a obra já estava praticamente terminada, tendo consumido centenas de milhões de dólares. Além disso, afirmava, a lei incluindo o *snail darter* no rol de espécies protegidas havia sido aprovada bem depois do início das obras da barragem. O voto vencedor do julgamento, dado pelo Juiz Warren Burger, foi pela interrupção das obras da barragem. Alegava que Burger que, não obstante o absurdo desperdício de dinheiro público já investido na obra, o sentido da lei era claro. Não caberia à Corte agir com base em especulações acerca das intenções do Congresso nesse caso específico. A dissidência, capitaneada pelo Juiz Lewis Powell, concordava que o sentido literal da lei era claro e que não cabia à Corte retificar eventuais falhas em uma lei

promulgada pelo Congresso. Isso não significava, porém, que a Corte não tivesse de adotar uma interpretação compatível com o bom senso. A menos que existisse prova inequívoca de que os legisladores estavam cientes e admitiam resultados absurdo resultantes da aplicação de uma lei por eles promulgadas, deveriam os juízes aceitar apenas resultados razoáveis (DWORKIN, 2007, 25-29).

Nestes dois casos, nenhuma das partes divergentes questiona a validade dos estatutos em discussão. Tanto a Lei de sucessões em *Elmer*, quanto a Lei de Proteção de Espécies Ameaçadas, no caso do *Snail Darter*, haviam sido corretamente promulgadas e eram válidas. Não divergiam, em outras palavras, sobre questões de fato histórico. Divergiam, sim, sobre qual a correta interpretação das leis e essa era uma divergência teórica (DWORKIN, 2007: 29).

Dworkin afirma que, em casos como esse, o que um positivista afirmaria é que essas divergências teóricas seriam pura aparência. Os juízes concordariam acerca de qual o direito existente e apenas simulariam uma divergência como forma de mudá-lo sem ir contra o público, sempre ciosos da fidelidade do juiz à lei. Em casos de lacuna legal, em que o direito não dá nenhuma resposta definitiva à questão, haveria uma simulação de divergência acerca da natureza do direito para disfarçar que estão decidindo de acordo com seus próprios julgamentos. Os problemas com essa resposta, diz Dworkin, seriam dois. Se existe uma prática judicial tão disseminada de correção do direito e criatividade judicial, por que a cultura jurídica ainda não mudou, tornando esse tipo de decisão aceitável? Além disso, como explicar as posições cuidadosas dos Juízes Gray e Burger nesses casos? Ambos defenderam uma postura de interpretação mais formalista da lei admitindo, ao mesmo tempo, seus problemas. Se agiam como reformistas inclinados a mudar o direito para melhor, por que optaram por, ao final, ir contra aquilo que achavam ser o correto (DWORKIN, 2007, 46-47)? Outra explicação positivista possível seria que os juízes nesse caso não querem deliberadamente disfarçar uma mudança legal. Eles simplesmente estão em erro, pois acreditam existir um direito claro a ser aplicado em um caso em que não existe resposta certa. O direito, como qualquer conceito em linguagens naturais, como o inglês e o português, possui um conteúdo central claro, em que é evidente quais casos estão ali abarcados, e zonas de penumbra em que não é possível

distinguir com clareza quais casos fazem parte do seu conteúdo[49]. Divergências teóricas seriam, então, divergência surgidas em casos limítrofes, em que os juízes equivocadamente acreditariam haver um direito claro a ser aplicado. De todo modo, Dworkin considera que as dúvidas manifestadas acima se manteriam. Essa explicação não faria jus ao que foi explicitado pelos juízes em seus votos, visto que divergências ali discutidas não eram sobre casos marginais, mas sobre questões fundamentais (DWORKIN, 2007: 49-52). Com base nisso, Dworkin irá afirmar que o positivismo jurídico falha por não explicar adequadamente divergências teóricas e é vítima do "aguilhão semântico", a crença de que participantes de uma prática devem concordar uns com os outros acerca do conteúdo central dessa prática e que qualquer divergência racional entre eles sobre essa prática caso concordem de maneira geral sobre ela. Esse é o ponto de partida para Dworkin desenvolver sua ideia de interpretação construtiva do direito (DWORKIN, 2007, 55).

Ainda que alguns autores, como Scott Shapiro, considerem que esse último grande ataque de Dworkin ao positivismo jurídico e à regra de reconhecimento permaneça sem respostas (SHAPIRO, 2007), problemas com essa crítica de Dworkin já foram apontados. Como já afirmado, Dworkin defende uma teoria do direito baseada em casos extremos e marginais. De uma maneira geral, juízes concordam que o sentido ordinário dos textos legais e os critérios de validade jurídica formam o conteúdo do direito, exceto em alguns poucos casos (LEITER, 2009, p. 1.231). Casos difíceis, onde existiriam divergências teóricas, são apenas uma minúscula fração das inúmeras disputas legais em um sistema jurídico e o positivismo jurídico consegue dar explicações coerentes e simples para a grande maioria deles, e mesmo quando ocorrem estas divergências podem ser falsas. As partes em disputas estariam debatendo acerca do sentido do direito em circunstâncias em que simplesmente não há direito para guiar suas decisões. (LEITER, 2007, 1224). Assim, os conflitos jurídicos estariam restritos às franjas do direito.

Jogos duros constitucionais, como um tipo de conflito jurídico, não são tão raros assim em ordens constitucionais. Entretanto, comparativamente, eles são muito menos comuns do que aqueles casos em que a interpretação e aplicação da regra de reconhecimento se dá sem maiores dificuldades. É justamente por não serem tão comuns

[49] Essa ideia é desenvolvida por Hart ao longo de todo capítulo VII de seu *O Conceito do Direito* (HART, 1961, Cap. VII)

e por um grande peso ser dado àquilo que neles está em jogo, que são vistos como anomalias, capazes de gerar o desconforto discutido no capítulo anterior.

Além disso, ao contrário do que afirma Dworkin, é possível, sim, que a aparente divergência quanto ao fundamento do direito seja, no fundo, uma tentativa de reforma legal disfarçada, ainda que inconsciente. A ideia de juízes reformadores vai contra uma noção de legalidade e separação de poderes entranhada nos moderno sistemas jurídicos. Por isso, mesmo juízes reformadores podem ter dificuldade em assumir que aquilo que fazem é um exercício criativo de aplicação legal. Por outro lado, juízes formalistas, podem aceitar decisões que vão contra suas convicções pessoais por diversos motivos, que vão desde o medo de sanções reputacionais até por uma questão de autoimagem profissional. Se essa "prática" reformista subsiste, é porque a opinião pública em geral não tem modos de controlar inteiramente esse tipo de atuação judicial.

Sendo assim, não há nenhuma incompatibilidade entre a ideia de jogos duros constitucionais e a de regra de reconhecimento decorrente de uma suposta dificuldade desta última em acomodar a noção de divergência. Há, porém, como uma possível segunda dificuldade a ser aqui debatida que está relacionada a identidade dos jogadores e à mutação em regras de reconhecimento. No primeiro capítulo, afirmamos que diversos são os atores que participam de jogos duros constitucionais. Como característica comum, está o fato de serem atores políticos e atuarem de maneira institucional. Por mais que seus adversários possam acusá-los de extrapolar seus poderes, suas ações não estão claramente fora da estrutura de competências normativas criada pelas normas que constituem as instituições das quais fazem parte. Por meio dessa atuação, são, ao menos em tese, capazes de modificar a regra de reconhecimento. Esse é o caso dos grandes momentos transformativos citado por Tushnet.

Entretanto, não é claro quem são os atores cujas práticas irão constituir esta regra. São apenas os juízes? São juízes e outros oficiais do sistema? Quais oficiais? O povo também participa dessa comunidade reconhecedora? A depender da resposta dada a essas questões, o modo como essa modificação ocorre irá variar. Se, por exemplo, apenas os juízes exercem esse papel, uma disputa entre o executivo e o legislativo apenas resulta em uma mutação na regra de reconhecimento quando mediada pelo judiciário. Sem essa mediação, a mudança obtida pela parte reformista torna-se mera convenção constitucional, não sendo incorporada ao direito vigente e regulando apenas a futura relação entre as partes. Se queremos, portanto, entender de que modo jogos duros

constitucionais podem ser os catalisadores de mudanças no direito constitucional é importante definir quem são aquelas pessoas cuja prática é relevante para a constituição da regra de reconhecimento.

Quando falamos da regra de reconhecimento, usamos diferentes expressões para nos referirmos aos agentes cuja prática a constituiu. Falamos de "oficiais", "comunidade reconhecedora", "juízes" de uma maneira que justificadamente pode confundir o leitor. Tal ambiguidade reflete o desacordo na literatura sobre o tema não só quanto aos "autores" da regra de reconhecimento, quanto a outras questões conexas.

Como vimos acima, Hart parece sugerir que a existência dessa norma depende necessariamente apenas do reconhecimento das autoridades daquele sistema jurídico. Pode ser, portanto, que um sistema jurídico seja sustentado apenas por seus oficiais enquanto a maior parte dos membros de uma sociedade segue sua vida completamente alienada do que o direito exige, obedecendo ao direito apenas por hábito ou por eventual medo de punição em casos de transgressão. Nesse caso, a eficácia geral do sistema não dependeria de maneira alguma no reconhecimento desta norma básica pela maioria dos cidadãos. Ela dependeria da obediência da maioria dos cidadãos, que seguiriam as normas identificadas pelas regras de reconhecimento como parte do sistema jurídico, mas não internalizariam estas regras de reconhecimento (LAMOND, 2013: 197).

Em um caso limite, um sistema jurídico poderia não ser tão distinto de um exército ocupante em um país em que a maior parte da população que não reconhece sua autoridade. Sua eficácia dependeria simplesmente da aceitação de suas regras secundárias (normas de adjudicação, alteração legal e regra de reconhecimento) por aqueles com os meios para aplicar eficazmente o aparato coativo na manutenção da lei e da ordem, ainda que, nesse caso, afirmar que a maior parte da população faz parte de um sistema jurídico possa soar tão absurdo quanto afirmar que os cidadãos do Vietnam do Sul, quando de sua ocupação pelos Estados Unidos, fizessem parte do sistema jurídico norte-americano (WALDRON, 1999: 6).

Além disso, mesmo que aceitemos a proposição de que a regra de reconhecimento é sustentada apenas pela prática de oficiais, a própria noção de oficiais levanta dúvida. Quem são esse oficiais? São apenas juízes? Hart parece responder afirmativamente a essa última pergunta em seu posfácio ao "*O conceito de Direito*". Ele, por exemplo, afirma atribuir a constituição da "regra de reconhecimento ao acordo geral

entre os juízes quanto aos critérios de identificação das fontes de direito à sua aceitação partilhada das regras que atribuem tais critérios" (HART, 2001: 329).

À primeira vista, esse problema é apenas aparente, ao menos no que diz respeito a esta investigação. Afinal, sua preocupação maior é com um tipo de conflito político que surge no âmbito de democracias constitucionais. Um pressuposto dessas democracias, poderia ser dito, é que exista uma sociedade civil razoavelmente ativa e consciente, ao menos em alguma medida, de seus direitos e obrigações legais, algo bem distinto da sociedade de "ovelhas" discutida por Hart. No entanto, essa visão parece um pouco idealizada. Em sistemas jurídicos modernos, marcados por sua grande complexidade, pode ser um pouco exagerado acreditar que a maior parte dos cidadão está consciente das regras secundárias desse sistema. Por essa razão, não são poucos os autores que afirmam que, mesmo em democracias com uma sociedade civil atuante politicamente são as autoridades que aplicam o direito as principais responsáveis pela manutenção de um sistema jurídico.

Joseph Raz, por exemplo, inicialmente insistia que esse papel é exercido pelos órgãos primários de aplicação da lei, isto é, aquele órgão autorizado a decidir se o uso institucional da força em certas ocasiões é permitido ou vedado pelo direito (RAZ, 2012: 257). Na maior parte dos modernos sistemas jurídicos, essa decisão cabe, em última análise, a juízes e tribunais. Essa posição de Raz, foi posteriormente ligeiramente modificada, de modo a definir como órgãos primários aqueles órgãos responsáveis por aplicar o direito que reconhecem mutualmente sua autoridade (RAZ, 2010: 144)[50].

Em um primeiro momento, Carlos Santiago Nino também defendeu posição semelhante à posição inicial de Raz. O autor argentino definia o grupo reconhecedor como "os órgãos em condições de dispor de medidas coativas recorrendo a mesma organização que exerce o monopólio da força estatal" (NINO, 2010: 154). Em obra posterior, Nino abandona essa posição tendo em vista, em primeiro lugar, o fato de que é possível que em um sistema jurídico diferentes autoridades recorram a diferentes aparatos coativos para fazer valer sua posição; em segundo lugar, o fato de que definir o aparato coativo nos leva a um problema de circularidade, já que tal aparato é estabelecido por regras do sistema jurídico; e, por último, porque esse aparato dificilmente permanece o

[50] Essa mudança de postura de Raz está relacionada a seu abandono nessa obra do uso coercivo da força como um elemento central em sistemas jurídicos.

mesmo ao longo do tempo. Assim, Nino passa a simplesmente definir esse grupo como aqueles órgãos primários que aceitam o mesmo direito e aplicam as mesmas regras jurídicas (NINO, 2013: 42).

Scott Shapiro, por sua vez, irá afirmar que a atividade reconhecimento não deve ser exclusiva apenas de juízes e tribunais, mas de todas as autoridades estatais responsáveis por aplicar a lei (SHAPIRO, 2009: 6). Jeremy Waldron dá um argumento nesse sentido quando defende que um sistema jurídico funcional exige a presença de certos oficiais capazes de fazer valer, se necessário pelo uso da força, as ordens judiciais, e isso depende de que estes, ao menos em alguma medida, reconheçam a validade das leis que fundamentam essas decisões judiciais (WALDRON, 1999: 5).

Para Grant Lamond (2013), não somente autoridades judiciais da lei, mas mesmo altas autoridades legislativas e executivas são relevantes para a constituição dessas regras. Estas autoridades não-judiciais ajudariam a dar forma a essas regras na medida em que as internalizam e têm meio de influenciar concretamente a ação de juízes e tribunais, se necessário, por meio da punição de autoridades judiciais que delas desviem.

Seguindo esta linha, Manuel Atienza e Ruiz Manero (1996: 152) ressaltam que, em democracias constitucionais, a administração publica e o legislativo ajudam a constituir as regras de reconhecimento quando, seguindo sua indicação, reconhecem e obedecem a aquelas normas que lhes atribuem competência, mas não apenas nesse caso. Também a constituem quando sua atuação influencia as atitudes e decisões de outros atores desse sistema jurídico, principalmente dos tribunais.

Outros autores, criticam essa posição "elitista" argumentando que ela é, no mínimo, uma distorção do que realmente acontece na prática judicial. Como visto, Hart admitia a possibilidade de que a aceitação do direito por juízes e outras autoridades nem sempre se daria por motivos de moralidade. Para ele, isso poderia ocorrer também por motivos de auto interesse e prudência. Tratar uma proposição, em especial uma proposição jurídica, como se verdadeira fosse em dado contexto, significa tomá-la como verdadeira naquele contexto específico, mas não necessariamente acreditar realmente nela ou entendê-la em profundidade. Aceitar o direito é agir como se suas diretivas criassem deveres independentemente de se concordar ou não com conteúdo. É agir como se essas diretivas tivessem autoridade moral, mesmo que em seu íntimo se possa discordar

ou sequer ter opinião quanto a sua moralidade (PERRY, 2015: 8)[51]. Essa atitude de tomar algo como verdadeiro envolve necessariamente considerações práticas e contextuais, nem todas elas relacionadas a considerações morais. Tampouco o juiz necessita concordar com a moralidade da norma de reconhecimento para reconhecê-la. Suas razões podem ser muito mais mundanas e frequentemente são dependentes de suas interações com outras autoridades ou com a sociedade civil.

Muito já se escreveu, principalmente na ciência política, sobre as muitas motivações que a levam a um juiz decidir do jeito que decide. Pode ser que suas decisões sejam guiadas por um compromisso com uma certa agenda partidária e ideológica (SEGAL; SPAETH, 2002). Pode ser que, em alguma medida, sejam guiadas por uma busca por fama e prestígio ou por medo de eventuais sanções políticas (LANDES; POSNER; EPSTEIN, 2013). Pode ser que o papel a media ao moldar a decisão dos juízes seja muito maior do que eles gostariam de admitir (FRIEDMAN, 2005). Essa é uma questão que só pode ser respondida de maneira empírica e esta resposta variará de sistema jurídico para sistema jurídico.

Por hora, basta ressaltar que não é impossível que o público em geral, e outros atores políticos em particular, tenha alguma dose de influência em suas decisões[52]. Como destaca Schauer, é até mesmo possível conceitualmente imaginar uma sociedade em que juízes são totalmente dependentes das opiniões do público em geral, aplicando o direito não porque o reconhecem como válido, mas apenas por medo da reação do público caso não o façam (SCHAUER, 1998: 74)[53]. Se, como defende Lamond, autoridades legislativas e executivas tem capacidade de moldar a regra de reconhecimento por meio de instrumentos coativos, como *impeachments* de juízes, porque também não o poderia fazer a sociedade civil por meio da pressão pública? Também a opinião pública, como vimos, o faz através de críticas quando crê que o judiciário não honra o direito, de elogios

[51] Isso é especialmente visível no caso das presunções jurídicas e ficções jurídicas.
[52] Reconhecer esse ponto, que é empírico, é preciso sublinhar, não significa afirmar que Hart estava errado a dizer que conceitualmente a existência de um sistema jurídico apenas depende necessariamente da prática de reconhecimento das "autoridades".
[53] Uma situação parecida é dada por Mikołaj Barczentewicz (2018) em sua discussão do direito soviético. Se no exemplo de Schauer as verdadeiras "bocas" do direito são a sociedade civil e a mídia, no exemplo de Barczentewicz os responsáveis pela construção do sistema jurídico seriam os obscuros oficiais do partido comunista cujos telefonemas sempre determinam como os juízes decidirão uma disputa legal.

quando acredita que decisões judiciais são legalmente corretas, e por meio de lobby e advocacia estratégica[54]. Nas palavras de Noel Struchiner (2005: 75):

> (...) quando constitucionalistas sustentam em seus livros a importância da força normativa da Constituição, e os seus escritos influenciam uma mudança de perspectiva na leitura da Carta Maior, fazendo com que ela deixe de ser considerada uma carta política, para efetivamente ganhar um peso jurídico intrínseco, então eles estão moldando e solidificando a aceitação de uma determinada regra de reconhecimento. A contribuição dos operadores do direito, principalmente dos advogados, consiste na formação de expectativas: se eles não tivessem uma expectativa de que a mesma regra de reconhecimento seria internalizada pelos juízes, órgãos administrativos e legisladores, a sua própria função se tornaria obsoleta. Quando um advogado é consultado acerca de uma questão jurídica por um cliente que quer saber como proceder em relação a um determinado assunto, ele desenha os comportamentos possíveis de acordo com o direito existente. Também, quando o advogado prepara um contrato ou testamento para um cliente de acordo com as diretrizes vigentes e quando ele defende alguém em relação a algo que aconteceu no passado, tentando mostrar como um determinado conjunto de fatos se adequa a um determinado pano de fundo composto por regras jurídicas, ele está trabalhando como um arquiteto de comportamentos sociais. O advogado pressupõe a existência de uma regra de reconhecimento comum, compartilhada por todos que atuam na esfera jurídica, para poder desenhar os comportamentos possíveis de acordo com o direito, tanto para o passado (por exemplo, no caso de uma defesa oral acerca de fatos que já ocorreram) quanto para o futuro (por exemplo, na elaboração de contratos e quando oferece conselhos). Finalmente, os cidadãos também participam ativamente da construção e manutenção da regra de reconhecimento. Seria impossível o uso do direito como um mecanismo de previsão acerca das consequências das próprias ações se não houvesse, mais uma vez, uma certa expectativa de que todos, pelo menos na grande maioria dos casos, concordassem

[54] Esta posição aqui defendida é próxima a de Fallon Jr. (2018).

> ao menos sobre onde começar a procurar e buscar o que conta como direito.

Talvez, como notam Schauer e Alexander, a maioria da população não siga o direito da mesma maneira que o fazem juízes. Estes conhecem o conteúdo do texto legal ao qual é dado o nome de Constituição e acreditam de boa-fé que existe um correta teoria de interpretação constitucional. A maior parte dos cidadãos, por sua vez, seguem o direito através da mediação de especialistas, advogados, jornalistas, políticos eleitos e outros formadores de opinião, que os mantém informado do que é decidido pelos tribunais e é aprovado por legisladores (ALEXANDER; SCHAUER, 2009: 186). Há, portanto, boas razões para crer que, ao menos em democracias constitucionais razoavelmente funcionais, com uma sociedade civil ativa e em que detentores de cargos eletivos são razoavelmente responsivos à vontades e interesses de seu eleitorado, a prática de reconhecimento em um sistema jurídica seja compartilhada por diversos atores, inclusive por parte da população que não está investida do cargo de "autoridade"[55].

Uma possível vantagem desta noção "popular" da comunidade de reconhecimento estaria em evitar o problema de circularidade que aflige a tese de que apenas autoridade reconhecem a norma fundamental do sistema jurídica. Os termos desse problema são bem colocados por Neil MacCormick (2010: 148):

> *uma regra de reconhecimento pressupõe a existência de "juízes" cujos deveres oficiais são regulamentados pela regra de reconhecimento. E, segundo Hart, há "juízes" apenas se houver pessoas a quem se dê, por uma regra (ou por "regras") de julgamento, o poder de decidir disputas jurídicas. Deveremos dizer que a regra de julgamento*

[55] Essa é uma posição, diga-se, que pode ser defendida até mesmo por aqueles críticos de um constitucionalismo popular que coloca "a última palavra" sobre a interpretação da constituição fora das bocas dos juízes. Nesta perspetiva, juízes teriam autoridade final para decidir o que sentido da constituição, mas sua decisão é responsiva a outros atores. Do mesmo modo, o inverso poderia ser verdadeiro. Um crítico da supremacia judicial poderia não acreditar que a regra de reconhecimento seja constituída por nenhum outro ator que não os juízes daquele sistema jurídico. Nesse caso, poderiam, por exemplo, achar que existe uma regra última de reconhecimento fruto da prática judicial que exige que juízes tratem a vontade popular como a interpretação correta da constituição, inclusive a vontade popular expressa nas decisões do legislativo. Seguindo a tipologia de Matthew Adler, seria possível, então, dividir os constitucionalistas populares em constitucionalistas profundos, quando acreditam que a comunidade de reconhecimento é formada por toda a população, e constitucionalistas populares rasos, quando acreditam que em última análise, é prática de juízes e outras autoridades estatais que sustentam e dão forma a regra de reconhecimento (ADLER, 2006).

> *reconhecimento é uma regra "válida" ou não? Mas a regra de reconhecimento pressupõe "juízes", e "juízes" pressupõe uma regra de julgamento. Qual membro deste círculo lógico é a regra fundamental de um sistema jurídico?*

Em outras palavras, isso significa dizer que as bases de um sistema jurídica são constituídas pelo comportamento de um certo grupo de autoridades. Entretanto, para que exista a figura da "autoridade" é necessário que existam regras jurídicas que a constituam. Cai-se, assim, em um paradoxo do tipo "ovo ou galinha".

Partindo, então, da premissa de que o povo de maneira geral, e não só oficiais, segue e influencia a prática de reconhecimento, Matthew Adler advoga a tese que diferentes grupos sociais possuem diferentes visões acercas das regras de reconhecimento e nenhuma dessas regras possui prioridade na identificação do direito naquela comunidade. A perspetiva de cada grupo dependerá de valores e normas que os constituem, aquilo que anteriormente chamamos de convenções constitutivas. Mais do que uma sociedade aberta de intérpretes da constituição (HÄBERLE, 2002), existiria uma sociedade aberta de intérpretes do direito como um todo[56]. Esses grupos, entretanto, convergiriam quanto algumas regras centrais, e por meio delas, se compreenderiam como sendo parte de um só grupo social maior, constituído justamente por essas regras convencionais.

Adler ressalta que tradicionalmente existem algumas divisões típicas entre autoridades oficiais. Em primeiro lugar, divisões relativas aos diferentes poderes[57]. Tomando aqui, por exemplo, a clássica divisão tripartite de Monstesquieu, haveria uma divisão entre os oficiais do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Em segundo lugar, divisões partidárias. Em sistemas políticos marcados pelo bipartidarismo, essa divisão tende a ser mais marcada e estável do que em sistema multipartidários e de coalizão. Em terceiro lugar, pode haver divisões regionais ou federativas. Mesmo dentro de cada um

[56] Para Dennis Galligan, até mesmo a força com que cada grupo social adere as regras de reconhecimento de um sistema jurídico vai varia de acordo como estas normas estejam acomodadas dentro da perspetiva de cada grupo (GALLIGAN, 2007: 95).

[57] Adler inclusive chega a sugerir que mesmo dentro de um dos poderes, possa haver diferentes visões acerca do que é o direito. Como já visto, essa ideia, com a qual concordo, é, porém, incompatível com uma visão simplista da separação de poderes que tende a tomar como premissa uma unidade de interesses e pontos de vista dentro e um mesmo poder (PILDES; LEVINSON: 2006).

desses grupos, podem existir subdivisões e interseções com outros grupos. Assim, é possível pensar que em um sistema bipartidário, como o norte-americano, os juízes do Supremo Tribunal podem ser divididos em grupos progressistas e conservadores, como tomam como premissa os adeptos do modelo atitudinal de análise do judiciário (SEGAL; SPAETH: 2002), que correspondam aos dois principais partidos norte-americanos, o Partido Democrata e o Partido Republicano, cada um deles como suas proprpias conceções acerca dessas normas básicas. De todo modo, o que deve ser ressaltado é que o modo como essas divisões ocorrem na prática é uma questão sempre de análise empírica (ADLER, 2006: 757-759).

Para além do Estado, cidadãos e a sociedade civil também podem se organizar em diferentes grupos sociais, cada uma delas com sua própria visão do direito e da Constituição. Esses diferentes grupos podem moldar o direito, seja por meio do voto, por ativismo, através do lobby e grupos de pressão, pela imprensa, por meio dos ensinamentos de doutrinadores ou litigância estratégica (ADLER, 2006: 763). Isso não significa, porém, que todo cidadão participe necessariamente da constituição do sistema jurídico. Existem sempre cidadãos alienados. Existem pessoas que vivem sua vida quase à margem do direito. Pessoas que, quando muito, apenas seguem as condutas prescritas pelo direito por hábito ou por medo das sanções acarretadas pela desobediência às ordens dos oficiais desse sistema jurídico. Em alguns casos, existem movimentos que pregam desobediência civil a leis vistas como moralmente equivocadas. Tudo isso é possível e tudo isso é provavelmente observável na maioria das sociedades modernas. Contudo, existem pelo menos uma quantidade considerável de indivíduos não oficiais que, ainda que orientados por especialistas, estão de alguma maneira engajados com aquelas normas jurídicas e que, assim, participam na sustentação das fundações do direito.

As regras últimas de reconhecimento de cada sistema jurídico surgem, assim, de uma sobreposição, de uma acomodação dessas sub-regras de reconhecimento, destas diferentes visões acerca do direito[58]. Como corretamente afirma Adler (2006: 763):

[58] Uso aqui a expressão acomodação e sobreposição no sentido de uma convergência. A ideia aqui é próxima ao que Rawls (RAWLS, 1971) chama de consenso sobreposto e ao conceito de acordos não completamente teorizados ("*incompletely theorized agreements*") de Cass Sunstein (SUNSTEIN, 2001; 1995). Não quero, porém, sugerir que essa convergência se dá se sempre de forma harmônica, não conflituosa, ou que exista uma absoluta correlação de forças entre esses diferentes grupos.

> Vários grupos, oficiais ou não, podem ter visões divergentes sobre certas questões constitucionais, como o direito ao aborto ou a cláusula de comércio, mas convergir em uma regra que entendem ser axiomática ou fundacional, como, por exemplo, que o texto da constituição é a lei suprema federal e que este deve ser interpretado segundo seu sentido literal e, secundariamente, de acordo com as intenções de seus arquitetos. Se Hart está correto ao afirmar que a verdade de uma proposição jurídica é necessariamente validada pela regra de reconhecimento, então grupos que convergem a nível de regra de reconhecimento, mas divergem quanto a verdade de proposições jurídicas subsidiárias, constitucionais ou não, estão, na verdade, instanciando o mesmo sistema jurídico.

Qualquer grupo social é constituído por um feixe de regras sociais que estabelecem quem é parte desse grupo, como seus membros devem se relacionar entre si, quais seus deveres e obrigações para com os outros, quais seus valores e quais os fins devem ser buscados por esses grupos. Essas regras tanto podem ser internas ao grupo, quando são adotadas pelos membros de um grupo social em sua qualidade de membros, como podem ser externas, quando colocadas para esse grupo por outros grupos sociais ou por um grupo maior do qual são parte integrante. Uma organização de caridade, por exemplo, é um grupo social. Essa organização tem regras internas estabelecendo quem pode fazer parte dela, sua estrutura administrativa e quais seus objetivos. Entretanto, essa organização também é constituída por um grupo de regras específicas que não foi estabelecida por seus membros. Existem regras jurídicas regulando a existência e a atuação dessas organizações, bem como certas normas de moralidade pública estabelecendo, por exemplo, que os eventuais lucros dessas organizações não podem ser usados por seus diretores para bancar seus custos pessoais. Como lembra Nicholas Barber (BARBER, 2010: 67)[59]:

> No mínimo, é preciso que exista uma regra compartilhada estabelecendo os propósitos do grupo, isto é, o objetivo que grupo busca alcançar, e uma regra estabelecendo filiação ao grupo. Pode ser consista

[59] Essa ideia de grupo social é semelhante como aquilo que Galligan denomina de "esferas sociais" (GALLIGAN, 2007).

> apenas em uma resolução de agir conjuntamente. Grupos de amigos frequentemente se encontram com a intenção realizar alguma atividade juntos, mas sem qualquer ideia clara quanto a no que consistiria esta atividade. (...) nosso grupo simples também requer uma regra adicional determinando quem está vinculado às regras do grupo. (...) Finalmente, é preciso que haja uma regra determinando a maneira pelo qual o grupo toma decisões. Em grupos mais simples, essa regra é estabelecida como a posição padrão: unanimidade.

Quando pensamos em juízes, legisladores, administradores públicos, ou na população de não oficiais, pensamos em diferentes grupos sociais que, dentro de um estado constitucional, unificam-se em um grupo social maior. Uma sugestão aventada por Adler, aqui claramente inspirado em Shapiro (2011), é que tais grupos estruturam suas relações, bem como seus valores e objetivos, em torno daquilo que Michael Bratman chamou de atividade cooperativa compartilhada ("*shared cooperative activity*") e atividades intencionais conjuntas ("*joint intentional activity*")[60].

Bratman desenvolve a ideia de que a ação de grupos sociais se desenvolve de acordo com a intenção coletiva estabelecida por uma série de interações interpessoais entre seus grupos. Quando indivíduos agem intencionalmente em conjunto, o fazem (1) tentando ser responsivos às ações e intenções dos demais membros do grupo sabendo que estes também serão responsivos à suas ações e intenções; (2) tendo compromisso com aquela atividade conjunta. Quando, por sua vez, agem de maneira cooperativa compartilhada, suas ações têm uma terceira característica para além das duas já citadas: nelas, os agentes estão (3) comprometidos a ajudar os demais membros daquele grupo a cumprir sua parte naquela atividade. Em outras palavras, eles guiam seu comportamento levando em consideração o comportamento alheio porque sabe que os outros estão fazendo o mesmo e tem compromisso não só com a atividade, mas em ajudar os outros a realizarem estas tarefas (BRATMAN, 1992: 327-328)[61].

[60]Coleman, após abandonar a posição de que regras de reconhecimento seriam convenções coordenativas, vai abraçar tese semelhante.

[61] Shapiro salienta que em grupos grandes, é exagero crer que todos os membros do grupo vão demonstrar tal nível de comprometimento com a atividade. O que se exige, então, é que ao menos uma maioria substancial de membros estejam compromissados (SHAPIRO, 2002: 412)

Cada membro do grupo pode ter razões diferentes, exteriores àquela atividade, para a realizarem. Se um grupo de pessoas se junta para tocar em uma banda, por exemplo, as razões para cada um o fazê-lo provavelmente irão variar. Alguns o fazem porque genuinamente gostam de música e tocar um instrumento, outros o podem fazer porque só querem se enturmar, se sentirem parte de algo, ou talvez alguns só queiram o possível prestígio ou dinheiro que possam obter com isso. Uma vez na banda, porém, todos têm a intenção de pautarem sua atuação levando em conta a atuação dos outros e sabendo que a recíproca é verdadeira, todos têm compromisso com aquela atividade, e todos estão dispostos a se ajudarem naquela empreitada. Além disso, na realização dessas tarefas, cada membro pode até ter sub-planos acerca de como as realizarem na prática, mas dado o carácter cooperativo dessa atividade, ele está em alguma medida disposto a renunciar ao plano de sua preferência em prol de sub-planos que possam ser realizados conjuntamente[62]. No exemplo da banda, ao executar uma música o guitarrista pode preferir que, em dado momento, um longo solo de guitarra seja mais longo, ao passo que o resto da banda prefere simplesmente cortar o solo. Sendo uma atividade cooperativa, entretanto, pelo bem da banda e da execução da música, o guitarrista está disposto a fazer uma concessão. Ao final, o plano que prevalece pode ser até um plano não desejado por ninguém inicialmente, mas um que seja resultado de acomodação. O guitarrista não pode tocar um solo longo, como gostaria, mas tocará um solo curto, algo que os demais também não preferiam inicialmente. Realizar a atividade em conjunto é mais importante do que certas preferências pessoais específicas.

Além disso, não basta que os sub-planos de seus membros se acomodem é preciso que eles se interliguem e cada membro do grupo veja o outro como um agente intencional. Um amigo da banda do exemplo acima e sua esposa podem ter o plano de sair juntos sábado à noite. A esposa, que não suporta *heavy metal*, gostaria de ir em um concerto. Seu marido, por sua vez, quer ir ao concerto da banda de *heavy metal* de seus amigos. Sem avisá-la da natureza do show, ele à leva para o concerto de seus amigos. Nesse caso, seria errado afirmar que houve uma atividade cooperativa. O agente deve querer participar daquela atividade por causa dos sub-planos que juntos conseguem

[62] Para Shapiro (2011: 129), planos e, consequentemente, sub-planos, possuem características bem particulares. Em primeiro lugar, são sempre parciais e compostos de várias partes estruturadas como um ninho ("*nested*"). Em segundo lugar, são criados por processos incrementais, intencionais e sempre geram uma disposição para seus sujeitos a se subordinar às normas criadas. E, por último, sempre pretendem resolver questões acerca do que deve ser feito.

acomodar, e não só de acordo com estes. As intenções de um são totalmente dependentes das intenções do outro e, consequentemente, também devem ser claras a todos. No mínimo, e isso é especialmente importante quando falamos de grupos grandes, essas intenções devem ser acessíveis publicamente. Também, consequentemente, não devem ser fruto de coação (BRATMAN, 2002: 333-335).

Ressalte-se, porém, que, como enfatiza Bratman, nem toda atividade intencional em conjunto é essencialmente cooperativa. Existem atividades em conjunto que são parcialmente cooperativas e competitivas ao mesmo tempo. Jogar certos jogos, como xadrez, é uma delas. Quando duas pessoas tem a intenção de jogar xadrez, em parte elas estão dispostas a cooperar. Ambos tentam manter as peças no lugar, eventualmente devolvendo ao seu lugar peças do adversário que caíram no chão, seguem as regras fielmente, inclusive lembrando a seu adversário alguma regra que possa ter esquecido. De certa maneira, alguma dose de "*fair play"* é necessária ao jogo. Entretanto, a atividade claramente não pode totalmente cooperativa, uma vez que há uma competição entre eles. É absurdo pensar que eles devam tentar acomodar entre si seus sub-planos relativos à estratégia de jogo. Nesses casos, a atividade possui apena um certo nível de cooperação, mas não deve ser vista como cooperativa (BRATMAN, 2002: 340)[63].

Nesse ponto, existe proximidade entre a noção de convenções estabelecida anteriormente e de atividades cooperativas compartilhadas. Em grupos sociais relativamente complexos, seus membros estão comprometidos com uma atividade cooperativa compartilhada. Seus sub-planos estão em boa medida estruturados na forma de normas sociais, a que chamamos de convenções, e eventualmente normas institucionais jurídicas[64].

No caso do direito, Scott Shapiro se vale das ideias de Bratman para afirmar que as autoridades oficiais são um grupo social engajado em uma atividade intencional conjunta. Shapiro começa notando que, apesar do modelo de Bratman não prever isso expressamente, nada impediria que dentro desses grupos surgissem figuras em posições

[63] Uma ideia que será aqui desenvolvida é a de que em jogos duros constitucionais até mesmo esse mínimo de cooperação resta abalado pela conduta dos jogadores. Mesmo quando há espaço para competição entre partidos, por exemplo, ambos devem cooperar em alguma medida para a manutenção daquela ordem constitucional. Em jogos duros, porém, um partido estaria acusando o outro de partir para um modelo de puro conflito.

[64] Eventualmente, podem também estar estruturadas em normas morais compartilhadas, se considerarmos que normas morais não são normas sociais.

de autoridade com relação aos demais. A diferença neste tipo de situação é que, nesses casos, a autoridade tem o poder de exigir que seus subordinados revisem seus sub-planos para acomodá-los a suas ordens. Isso não quer dizer, entretanto, que as intenções da autoridade possam ser completamente irresponsivos à intenção de seus subordinados. Em uma viagem de barco se o capitão tem a intenção de atracar a embarcação em Cascais, mas seus subordinados têm a intenção de fazê-lo em outro lugar, essa empreitada pode estar comprometida. A diferença é que o modo pelo qual a autoridade pode responder as intenções de seus subordinados e fazer que seus planos se acomodem, inclui a emissão de diretivas dotadas de autoridade. Por sua vez, para que suas ordens sejam obedecidas, é preciso que seus subordinados possuam também a intenção de o tratar como uma autoridade (SHAPIRO, 2002: 404-406).

Shapiro introduz ainda outras adaptações importantes ao modelo de atividade cooperativa de Bratman. Para Bratman, atividades em grupo são cooperativas se seus membros estão dispostos a ajudar os demais a cumprirem seus papéis. Para Shapiro, ao menos em atividades cooperativas envolvendo figuras de autoridade, esse dever de auxílio e suporte deve dar lugar a um dever de compensação. Segundo esse princípio, cada membro do grupo tem o dever de compensar eventuais falhas e limitações que os demais membros possam ter na realização de suas tarefas. Se um marinheiro, por exemplo, é incapaz de realizar a função que lhe foi determinada por qualquer razão, o capitão pode tentar ajudá-lo pessoalmente, pode exigir que outro marinheiro o auxilie, ou pode determinar que outro marinheiro o substitua (SHAPIRO, 2002: 409). Além disso, nesse modelo, a ideia de coerção não é necessariamente antagônica a ideia de cooperação, desde que seja entendida apenas como uma estratégia para garantir que sejam levadas a cabo intenções existentes sem a influência da coerção. Em outras palavras, se a violência é apenas um meio, uma estratégia, para garantir que as intenções sejam concretizadas (SHAPIRO, 2002: 411).

Com base nessas ideias, Shapiro irá afirmar que a prática jurídica é uma atividade conjunta intencional levada a cabo por autoridades estatais que, porém, tentam passar uma imagem para o público externo de que estão engajados em uma ação cooperativa[65]. Isso significa dizer que, mesmo que esses oficiais não tenham realmente o

[65] Shapiro rejeita a ideia de que uma atividade jurídica deva ser necessariamente uma atividade cooperativa porque seria possível conceber um sistema jurídico em que seus membros, ainda que comprometidos com sua manutenção, não estão dispostos a cooperar um com outro. Ele cita como possível exemplo dessa

compromisso de colaborarem uns com os outros, por meio de sua linguagem normativa eles passam a imagem para público geral, ou seja, para o público não oficial, de que há um suporte e colaboração entre eles. O cerne dessa prática é o compromisso com a criação e manutenção de um sistema unificado de normas que promove certos valores (SHAPIRO, 2002: 426)[66].

As modificações introduzidas por Shapiro à teoria de Bratman me parecem pertinentes. No entanto, em linha com o preconizado por Adler, a ideia de que autoridades de um sistema jurídico se relacionam em uma atividade conjunta adicional deve ser ampliada para abarcar os diferentes grupos presentes na sociedade. Como defendido previamente, juízes e autoridade são responsivos a outros atores políticos e grupos sociais. Em um estado constitucional, estes diferentes grupos interagem entre si de forma a integrar um grupo social mais amplo. Cada um destes grupos teria objetivos e planos que podem se mesclar com objetivos e planos de outros grupos, o resultado disto sendo a criação de um grupo social maior. Com isso, uma regra última de reconhecimento seria resultado da interação desses diferentes grupos, unificados por convenções constitutivas que conferem a eles o carácter de membros de um mesmo sistema jurídico.

Richard Fallon chama atenção para o fato de a ação de autoridades públicas se dá dentro de um universo normativo compartilhado no qual o sistema constitucional assume aspeto central. A arquitetura desse universo normativo molda os interesses e restrições desse atores públicos. De um lado, estas autoridades enfrentam restrições internas a suas ações. As normas daquele sistema constitucional impõem as autoridades públicas o que devem ou não devem fazer ou o que podem ou não podem fazer. Em alguns caso, essas normas estabelecem um dever de deferência quanto as decisões de outras autoridades. Regras de reconhecimento impõe limitações deste tipo às autoridades em um sistema jurídico. Entretanto, elas também implicam em restrições externas até mesmo à agentes que não adotam um ponto de vista interno ao direito. Isso se deve, não apenas aos fato de que a obediência ou não a essas normas pode implicar em sanções legais e políticas

situação o caso de certos oficiais durante o fim da União Soviética. Estes oficiais apesar de cumprirem com sua função, seja por oportunismo ou desejo de recompensas materiais, no fundo desejariam o colapso daquele regime e estariam bem pouco dispostos a ajudar os outros membros daquele sistema a levarem a cabo suas funções (SHAPIRO, 2002: 431).

[66] Esses valores são os mais diversos. Pode ser a promoção da dignidade humana, de alguma noção de bem comum, da defesa da propriedade privada e do livre-mercado, do socialismo, entre outros. (SHAPIRO, 2002: 421-425)

que impactam considerações estratégicas desses atores, mas também porque muitas das ações destas autoridades demandam a anuência de outros atores com poder de veto para serem efetivas (FALLON, 2009: 998). Por isso restrições externas cumprem um papel importante em influenciar as ações de atores que ou buscam desrespeitar a lei ou que buscam seguir o direito, mas esbarram na incapacidade do direito em guiar a ação em toda e qualquer situação.

Ocasionalmente, ressalte-se, limites externos e internos podem conflitar, como quando decisões em obediência ao direito podem levar a sanções políticas em razão de sua impopularidade. Mas, como ressalta Fallon, ao menos no caso de juízes, esses conflitos frequentemente são resolvidos por meio de um ajuste, às vezes pouco consciente, no significado das normas legais. Dessa maneira, por exemplo, juízes e tribunais influenciados pela opinião pública adotariam uma interpretação jurídica mais palatável a essa parcela da sociedade por medo de possíveis sanções (FALLON, 2009: 1001).

Essas última considerações são de especial relevância para a análise da dinâmica de conflitos interpretativos em jogos duros constitucionais. Isto porque, mesmo quanto as regras de reconhecimento compartilhadas pelos diversos atores constitucionais existe espaço para discordância. Em alguns casos será claro o que esta regra impõe, em outros nem tanto[67]. Nessas situações de indeterminação, cada grupo pode advogar uma interpretação da regra de reconhecimento mais próxima a sua própria compreensão. Naturalmente, conflitos pode surgir. Via de regra, o próprio sistema jurídico sustentado por esses grupos trará regras e procedimentos pelos quais estes antagonismos podem ser resolvidos. Regras compartilhadas, portanto, regulam a competição de modo a garantir um mínimo de cooperativismo.

Entretanto, quando a possibilidade de impor como suprema sua própria regra de reconhecimento parecer suficientemente plausível e vantajosa em termo de obtenção de

[67] O termo "impor" não foi utilizado aqui sem razão. Sua função é marcar claramente o carácter deôntico dessas regras de reconhecimento. Pelo exposto até o momento já deve ter ficado claro que me alinho aqui àqueles autores que entendem ser essa regra uma regra que impõe um dever de aplicação do direito (SHAPIRO, 2009: 6; GARDNER, 2009: 18; RAZ, 2012: 266; RAZ; 2010: 143; MACCORMICK, 2010: 148 e ss; NINO, 2010: 143; ATIENZA; RUIZ MANERO: 1996: 157)[67]. Não entendemos, portanto, que seja uma regra que confere poderes ou uma mera prática social sem carácter normativo, como SCHAUER (1995: 150).

poder político, alguns desses grupos podem ir mais longe. Nesses casos, mesmo estas convenções básicas, normas cuja aceitação por todos os atores, apesar de raramente explicitadas, é necessária para manter uma base cooperativa mínima para o sustento daquela prática conjunta, entram em disputa. Quando isso ocorre, há a sensação de que as partes contendoras não possuem "*fair play*", de que há um jogo duro constitucional. Essa violação pode impelir outros atores, em outros grupos sociais, a reagirem. Há uma chance de escalada na disputa. Ao final, um dos grupos se sagra vencedor, seja pela manutenção do status quo seja pela eventual reforma da norma de reconhecimento compartilhada por todos estes grupos sociais, ou chegar-se a uma posição intermediária.

Crises são potenciais catalisadores para esse tipo de embate. Levam a uma quebra de expectativas dos atores políticos e colocam em questão aquilo que parecia certo. Elas trazem novas situações não enfrentadas antes e que levantam questões nunca exploradas pelas interpretações convencionais da ordem constitucional. Além disso, criam novos incentivos e podem mudar a correlação de forças em um sistema político. Ao fazê-lo, podem fornecer o ímpeto necessário para que grupos políticos busquem modificar a ordem constitucional vigente. O ímpeto cooperativo destes arrefece. Talvez, novos termos para essa cooperação sejam buscados. De todo modo, é o conflito que daí surge. E a intensidade destas crises, aquilo que as destacam de situações cotidianas, intensifica também os riscos e benefícios em jogo. Até mesmo disputas em um nível mais profundo, em um nível, "pré-constitucional, estariam justificadas.

Nos capítulos seguinte, casos concretos de crises política, social e sanitária serão observados no Brasil em Portugal. Como isso, busca-se observar se, nesses momentos críticos, houve por parte dos atores políticos o esboço de mudar estas normas profundas e se essas tentativas levaram ao surgimento de um conflito na linha do aqui analisado. Além disso, o papel de tribunais constitucionais, com sua natureza ambígua, às vezes como jogadores, às vezes como juízes nesta disputa, será estudado. Para isso, porém, é necessário que conheçamos melhor as características do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro, e é a esse tema que está dedicado o próximo capítulo.

IV. ÁRBITROS OU ATORES: OS PAPÉIS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO EM SITUAÇOES DE CRISE

Tribunais constitucionais e o controle judicial de constitucionalidade estão hoje no centro de disputas políticas em boa parte das democracias constitucionais. Nas últimas décadas, estaríamos a assistir a um processo de judicialização da política. Este fenômeno consistiria na "infusão de métodos de decisão judiciais e procedimentos semelhantes ao de tribunais para arenas políticas onde antes estavam ausentes". Nesse sentido, seria (1) uma invasão de competências decisórias antes atribuídas a políticos e administradores por juízes e tribunais; e (2) uma expansão de métodos de decisão judiciais para áreas que antes não lhe eram afetas (VALLINDER, 1997)[68].

A partir da constatação desse fenômeno, uma ampla literatura na ciência política e no direito se formou para explicá-lo. Parte dela, coloca a ênfase de sua explicação na expansão do constitucionalismo e na constitucionalização dos direitos fundamentais que teria se seguido às gigantescas violações de direitos humanos ocorridas antes e durante a segunda guerra mundial. Nessa linha, partindo-se do pressuposto de que o fortalecimento de um judiciário independente seria antagônico à existência de autocracias, este processo estaria ligado, em primeiro lugar, à expansão da franquia democrática. Em segundo lugar, a constitucionalização de direitos fundamentais, que, por sua vez, podem ser manejados em tribunais por grupos de interesse e minorias para obter vitórias políticas que lhe seriam negadas em disputas majoritárias. Isso seria especialmente verdadeiro quando o governo se encontra paralisado por sua incapacidade de sustentar coalizões estáveis, caso em que o judiciário se torna, então, a principal arena de disputas políticas, ou quando há uma perceção pública de que as instituições majoritárias estão corrompidas. Nesse último caso, em linha argumentativa próxima à desenvolvida por John Hart Ely (2010), a

[68] A fenômeno da judicialização da política muitas vezes envolve ativismo judicial, mas os dois conceitos são distintos. No primeiro caso, trata-se de um processo estrutural, no segundo, trata-se de uma postura individual assumida por juízes e tribunais. Nesse caso, suas interpretações seriam maximalistas, usando de todas as oportunidades para, por via interpretativa, transformar a ordem política e de acordo com seus valores e interesses políticos. No entanto, muitas vezes os termos são usados de maneira quase intercambiável. Esta confusão é representativa da pluralidade de sentidos normalmente atribuído a expressão "judicialização da política" o que leva até mesmo alguns autores a questionarem sua utilidade conceitual (KOERNER; MACIEL, 2002: 115)

desconfiança quanto ao processo político nestas instituições pode levar a delegação de poderes de fiscalização de direitos políticos ao judiciário (TATE, 1997). A judicialização seria, assim, fruto de um processo de expansão e consolidação de constituições e direitos fundamentais constitucionalizados que teria se dado a partir do fim da segunda guerra mundial e ganhado força com a terceira onda de democratização ocorrida com o fim da antiga União Soviética e, simultaneamente, um crescimento global de tribunais responsáveis de proteger estas constituições e os direitos nelas insculpidos.

Outra linha, enfoca o especto subjetivo da explicação, ou seja, em uma postura ativista do juízes, mas relaciona essa postura a transformações estruturais na sociedade. É o caso, por exemplo, de Mauro Cappeletti (1993). Esse maior protagonismo do judiciário seria uma resposta à necessidade natural da existência de instituições capazes de fazer frente ao crescimento da função legislativa e a um aparato administrativo agigantado após o surgimento do estado de bem-estar social. Sociedades mais complexas demandariam maior regulação e intervenção do setor público. A judicialização seria uma reação dos juízes que, ante o risco de serem tornados obsoletos por um executivo e um legislativo hipertrofiados, são induzidos a tomar uma posição mais ativa.

Outras, como a de Ackerman, enfocam a expansão global do constitucionalismo e da jurisdição constitucional e o relaciona a dois padrões. O primeiro deles seria a perspetiva de centralização ou descentralização confederativa. No primeiro caso, o interesse das elites políticas na federalização do país as impeliria a se submeterem às decisões de tribunais que atuem como guardiões de normas constitucionais sobre as quais se alicerça a federação. O principal exemplo seria o aparente sucesso do constitucionalismo de países do leste europeu interessados em integrar a União Europeia[69]. Em certos casos, porém, o impulso de constitucionalização se daria pelo caminho inverso. A constituição ganha, então, contornos de tratado e permite aos estados-membro daquela comunidade política manter boa dose de autonomia sem, no entanto, bloquear o diálogo com o poder central. Em ambos situações, um tribunal central colabora na função de coordenar a ação de atores regionais e governo central por meio a interpretação e aplicação de normas constitucionais que integram estas diferentes partes

[6969] Ackerman defendeu essa tese no final dos anos de 1990, quando havia certo otimismo gerado pelo fim da guerra fria. Ivan Krastev e Stephen Holmes, por sua vez, ligam a mais recente onda autocrática de ataques à independência dos tribunais nesses países à promessas não cumpridas de prosperidade advindas da imitação do modelo liberal ocidental (KRASTEV; HOLMES, 2019).

em um grupo social mais amplo. Neste esforço de coordenação, sua ação é pautada pela prudência e pelo minimalismo. Dessa maneira, é capaz de unificar sem, no entanto, solapar particularidades locais (ACKERMAN, 1997).

No segundo padrão, a constituição assume um papel expressivo e representa um novo começo. Torna-se produto simbólico de grandes transições políticas ao marcar o fim de uma era e início de outra. Institucionaliza grandes movimentos de massa e o carisma de seus líderes. Mesmo quando este impulso revolucionário começa a desvanecer, a constituição permanece como resultado deste momento de mobilização. Cabe aos juízes, então, evitar que a constituição se torne mera relíquia do passado, atualizando-a e mantendo viva a chama deste movimento. Sua prática mira a transformação da ordem política, atualizando o velho mundo com os valores e princípios no novo mundo que busca construir (ACKERMAN, 1997)[70].

Outras explicações, geralmente influenciadas por modelos analíticos próximos da "*teoria da escolha racional*", tentam entender tal fenômeno através de uma reconstrução racional das razões que justificariam a delegação de poderes para tais instituições por outros atores políticos. Segundo Tom Ginsburg (2003), a ascensão do controle de constitucionalidade das leis deriva da ideia de "fiscalização de constitucionalidade como um modelo de seguro" ("*insurance model of judicial review*"). O poder judiciário assume o papel de um fórum em que mesmo os perdedores na disputa política têm voz para questionar as decisões da maioria no poder. Dessa maneira, minorias possuem alguma garantia de que suas eventuais derrotas eleitorais não implicarão em sua total ruína nas mãos de uma maioria com poder absoluto. A construção e manutenção desse poder se torna dependente, assim, da insegurança dos partidos competindo pelo governo quanto a sua capacidade de obter e assegurar o poder político. Por sua vez, se o sistema político possui um partido dominante confiante não só de sua perspetiva de obter o poder e mantê-lo, então as chances de criação e sobrevivência desse controle judicial são menores. Dessa maneira, a incerteza quanto a perspetiva de se tornar minoria no

[70] Rosalind Dixon chama a atenção que nem sempre esse processo de judicialização e expansão do rol de direitos fundamentais na constituição implica em democratização. Ele podem ser o oposto disso. Em alguns casos, partidos e grupos políticos sedentos por permanecer no poder podem buscar derrubar limitações constitucionais que garantem a competitividade do sistema político buscando apoio popular para mudanças constitucionais. O modo encontrado para obter esse apoio seria, em alguns casos, a concessão de certos direitos através de reformas constitucionais (2018).

sistema constitucional que se está a contruir estimula os constituintes a estabelecer certas instituições minoritárias. Além disso, em outras ocasiões, instituições majoritárias delegariam poderes decisórios a tribunais de modo a aliviá-las do ônus de tomar decisões politicamente sensíveis.

Para Ginsburg, tribunais com poderes de fiscalização de constitucionalidade são instituições minoritárias atraentes por diferentes motivos. São baratos, por serem compostos por relativamente poucos membros e não precisarem de um número tão grande de servidores. Além disso, se adequariam a uma certa tendência global. No direito constitucional comparado, é uma solução "de manual" para a proteção de minorias. O conhecimento quanto ao funcionamento dessas instituições pode ser disseminado por um corpo de especialistas internacionais prontos a assessorar os constituintes e, em alguns casos extremos, pode até mesmo ser imposto, como no caso do Japão após a segunda guerra mundial.

Mesmo em casos em que há um partido dominante em um sistema político, instituições minoritárias, como tribunais com poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis, podem ser atraentes para os constituintes. Neste caso, o que prevalece aqui não é o modelo de seguro, mas um modelo de "compromisso". O partido dominante necessita do apoio de partidos menores para conseguir o poder. Para isso, precisa sinalizar a estes que não irá abusar de seus poderes e se voltar contra as garantias minoritárias inscritas nas constituições. Para isso, apoia a existência de um terceiro imparcial capaz de fazer valer os termos deste acordo. Em ambos os casos, expansão do controle judicial de constitucionalidade está relacionada à expansão de seu prestígio como instituição minoritária eficaz em democracias competitivas.

Alec Stone Sweet (2000) compartilha com Ginsburg uma visão contratual de constituição, e é esse aspeto contratual que explicaria a expansão de tribunais responsáveis por fiscalizar a constitucionalidade de leis. Sweet argumenta que constituições são pactos, acordos, entre partes com diferentes interesses. Dada a magnitude deste contrato, problemas sérios podem surgir para as partes envolvidas. De início, não seria simples decidir os termos precisos do pacto. Mesmo após esse momento, mantê-lo ao longo do tempo não seria simples, já que podem surgir sérias divergências quanto a sua interpretação e aplicação em circunstâncias inesperadas. Para piorar há sempre dúvidas quanto às chances das outras partes honrarem ou não os compromissos assumidos. Para garantir o cumprimento do acordo, é delegada autoridade a um tribunal

para fixar os termos do contrato e resolver disputas quanto à sua aplicação. Uma vez constituídos este tribunais, autoridades legislativas e executivas estariam em uma posição de incerteza relativa à posição deste tribunal quanto à constitucionalidade de seus atos normativos. Uma vez que a lógica majoritária típica do legislativo e do executivo não estaria presente no judiciário, grupos minoritários e oposicionistas sentem-se estimulados a levar o debate político para o âmbito judicial desde que os potenciais ganhos políticos compensem os eventuais riscos envolvidos. A relação diádica entre estes atores políticos torna-se triádica com a entrada em cena do tribunal.

Este, por sua vez, necessita que as partes litigantes reconheçam nele autoridade. Para tanto, deve não apenas justificar suas decisões, como também fundamentá-las em normas jurídicas pré-existentes. Ao exercer seus poderes, ele deve mostrar que está se autorrestringindo (STONE SWEET, 2000: 145). Se é bem sucedido nessa tarefa, o tribunal consegue obter uma quantidade significativa de capital institucional e apoio difuso (FRIEDMAN, 2005: 326), para garantir que o agentes irão se submeter a suas decisões até mesmo quando vão contra seus interesses. Quando a questão constitucional discutida pelo tribunal é saliente, quando há clara violação a suas decisões, e quando o tribunal goza de legitimidade junto à opinião pública, uma clara violação de suas decisões por atores políticos é capaz de ensejar uma forte reação pública.

Uma visão também próxima a de Ginsburg é defendida por Matthew Stephenson (2003). Segundo Stephenson, em um sistema político competitivo, os atores políticos têm interesse mútuo em moderação, ou seja, na garantia de que seus interesses sejam respeitados por seus opositores. Entretanto, há certa dose de desconfiança quanto ao cumprimento de um pacto de respeito mútuo e há dificuldade de monitorá-lo. Se o sistema político é estável, estes políticos podem abraçar uma visão de longo prazo da política e ficarem menos reféns de políticas imediatistas. Ao mesmo tempo, mesmo em um sistema político competitivo e estável, há incerteza quanto a quem estará no poder no futuro. Se, portanto, os atores políticos têm visão de longo prazo e incerteza quanto a se estarão ou não no poder no futuro, uma instituição contramajoritária, como tribunais constitucionais, pode ser uma garantia que explicaria sua criação.

A manutenção de tribunais capazes de exercer a fiscalização de constitucionalidade irá depender, por sua vez, de uma série de fatores. Sua decisões são atraentes para os demais atores políticos apenas na medida em que não sejam muito ativistas, mas também não sejam excessivamente autocontidos a ponto de se tornarem

inúteis. Um judiciário mais ativista será mais apoiado por partidos políticos eleitoralmente fracos, mas favorecidos judicialmente, ao passo que um judiciário mais autocontido receberá maior apoio de partidos eleitoralmente forte e menos bem-sucedidos judicialmente. Por sua vez, as decisões do tribunal mostrariam um maior alinhamento com as posições do partido que seja mais bem-sucedido eleitoralmente, já que o confronto constante com este pode levar a sua marginalização. Como lembram Samuel Issacharoff e Rosalind Dixon, mesmo um judiciário independente e preocupado com a proteção de minorias deve ceder algumas vezes ser quer ser "capaz de lutar mais um dia" (DIXON; ISSACHAROFF, 2016). Um judiciário que não busque se ajustar a posição dos partidos políticos ou que seja excessivamente favorável a um deles, será alvo de ataques e tentativas de reforma pela partes que de algum modo se sentem ou prejudicadas ou não representadas por suas decisões (STEPHENSON, 2003).

Uma outra possível explicação estaria também no carácter simbólico destes tribunais. Como lembra Daniel Farber (2002), um dos modos pelos quais democracias recentes podem atrair investimentos e ganhar reconhecimento internacional é por meio da constitucionalização de direitos fundamentais. Tais direitos, principalmente se protegidos por tribunais independentes podem sinalizar um compromisso das elites e grupos políticos com um agenda reformista que vai desde reformas pró-mercado à proteção de direitos. Delegar poder a um tribunal deste tipo é, portanto, um sacrifício pequeno, porém simbolicamente forte, a ser pago por grupos majoritários para passar confiança a atores estrangeiros.

Em visão mais crítica desse processo, Ran Hirchl (2004) argumenta que o processo de judicialização na política está ligado a uma conjunção da constitucionalização de direitos fundamentais com a expansão de sua proteção judicial. Entretanto, afirma, Hirchl, não devemos nos enganar quanto ao aparente aspeto democrático desse processo. Sua origem não estaria em um grande movimento de base, mas em um pacto entre elites sedentas por frenar movimentos reformistas e preservar sua hegemonia. Elites políticas buscariam insular seu poder e interesses da política majoritária. Elites econômicas, estariam ciosas de proteger direitos liberais necessários para a manutenção de sua agenda neoliberal. Elite legais e judiciárias, por sua vez, estariam mais preocupadas em expandir sua capacidade de interferir em decisões políticas e garantir prestígio internacional. Unidas, elas têm força para ditar uma agenda de

reformas que tem com consequência o empoderamento do judiciário (HIRCHL, 2004: 41).

Outra possível explicação para esse processo de judicialização estaria relacionada a disputas entre coalizões políticas e internas a elas. A manutenção de coalizões relativamente heterogéneas dependeria das construção de plataformas consensuais. As questões com potencial de gerar maior atrito seriam relegadas a segundo plano ou simplesmente ignoradas. Quando, porém, a opção de fechar os olhos para elas não está na disponível, é preciso buscar alternativas que evitem decisões disruptivas. No caso de questões nacionais, uma alternativa seria deixá-las para que sejam resolvidas pela política local, mais homogênea, em nome do princípio federativo ou da subsidiariedade. Outra possível saída, é deixar para os tribunais a tarefa de resolvê-las. Outros atores políticos, inclusive movimentos sociais, poderiam levar a questão ao tribunal. As alas moderadas e simpáticas à demanda dentro da coalizão garantiriam poderiam estimular estes atores ou, no mínimo, não os desestimulariam. Ao tribunal seria dada a perceção de que sua decisão seria acatada sem retaliações. Ao final do julgamento, alas favoráveis à decisão estariam satisfeitas com o mérito da decisão. Alas contrárias, o criticariam, além de, é claro, denunciar o ativismo judicial do tribunal. A alas moderadas, porém, estariam satisfeitas com o simples fim deste ponto de fricção na coalizão, independente do resultado. Uma vez que a conexão entre indicação do juiz e suas decisões não é tão visível à opinião pública, esta elite da coalizão poderia garantir que juízes com ela alinhados decidissem questões de seu interesse, porém desprezadas por parte considerável de seus eleitores, sem que houvesse sua responsibilização política. A atratividade da solução judicial será especialmente forte se a questão controvertida for igualmente controvertida para as coalizões majoritárias e minoritárias. Nesse caso, o interesse será igualmente das alas moderadas e favoráveis à causa nos dois blocos partidários (GRABER, 1993).

A ideia de que um tribunal responsável por proteger a constituição seria interessante para atores políticos agindo segundo considerações estratégicas é atacada por Mark Tushnet (2021a). A razão para isto, é que tribunais podem ser tão partidários quanto outras instituições majoritárias. Para Hirchl, Stephenson e Ginsburg, um tribunal deste tipo atua como uma espécie de seguro para os derrotados no jogo político. Não importa quem amanhã esteja no poder, um tribunal constitucional afastado da competição partidária oferece a certeza de que minorias e grupos político alijados do poder terão alguns de seus interesses resguardados. Entretanto, afirma Tushnet, se os juízes deste

tribunais são indicados por estes mesmo partidos, e se as preferências destes juízes tende a acompanhar a dos partidos que os indicam, a disputa política é transportada do legislativo e do executivo para dentro destas instituições. É impossível saber qual grupo político dominará estes tribunais no futuro e há sempre o risco de que seu período como minoria seja de coexistência com um tribunal controlado por seus opositores[71].

Entretanto, defende Tushnet, ainda que um tribunal como este não seja inteiramente dominado por algum partido, há espaço para alternância nas decisões políticas ali tomadas do mesmo modo que ocorre em instituições majoritárias. Assim como a vitória eleitoral de hoje pode ser a derrota de amanhã, a vitória judicial de hoje também pode ser a derrota de amanhã. A incerteza quanto a quem vencerá esses embates permanece. Em um sistema político competitivo, então, nenhum partido conseguirá dominar inteiramente o judiciário. Como consequência, as disputas políticas internas a ele também serão competitivas. Entretanto, conclui, se a competição política está presente dentro de tribunais tanto quanto em instituições majoritárias, não haveria razão para que atores políticos tenham preferência pelos primeiros e não pela segundas. Dessa maneira, a jurisdição constitucional apenas se torna atraente em sistemas políticos no quais não são necessárias. Se dentro dela são competitivas, o sistema político também o é, fazendo com que sua necessidade seja menor. Se o sistema político não for competitivo, então elas não conseguiram cumprir a tarefa que lhe foi conferida de agir como árbitro imparcial e garantidor da moderação do sistema político.

Deve-se notar, entretanto, que a força desta crítica depende de alguns pressupostos. O primeiro é a de que as posições dos membros destes tribunais reflitam a dos diferentes partidos que competem eleitoralmente por poder em um sistema político. Sua indicação e aprovação dependeria destes partidos e suas decisões em geralmente

---

[71] Em jogo aqui estaria algo próximo, porém não exatamente idêntico, ao que Eric Posner e Adrian Vermeule chamam de falácia de dentro/fora. Ela ocorre quando uma análise oferece recomendações normativa para atores dentro do sistema que são inconsistente com premissas empíricas tomadas de fora deste mesmo sistema. Desta maneira, um analista assumindo uma perspetiva externa ao sistema político pode acreditar que partidos ou instituições, como o legislativo ou executivo, são movidos pelo interesse de aumentar seu poder político, muita vezes em detrimento da constituição. Ele incorre neste tipo de falácia se, sem maiores elaborações, toma o judiciário com um terceiro imparcial, destacado deste tipo de competição, e, passa, então, a oferecer indicações de como devem juízes decidir ou como políticos e legisladores podem melhor evitar os problemas advindos desse tipo de disputa (POSNER; VERMEULE: 2013). Nenhum dos autores criticado por Tushnet oferecem recomendações para juízes, partidos ou engenheiros constitucionais, e por isso não assumem uma perspetiva interna ao sistema, mas, segundo Tushnet, parecem também ignorar suas próprias premissas empíricas ao colocar o judiciário como um terceiro imparcial não sujeito ao mesmo defeitos que outros atores políticos.

refletiriam a preferências destes, algo na linha do preconizado por adeptos de teorias atitudinais ("*attitudinal model*") de análise do judiciário (SEGEL; SPAETH, 2002). Mesmo que se possa argumentar que estes pressupostos estão presentes do caso do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, o mesmo não se pode dizer com tanta certeza em casos em que os tribunais ou são menos politizados ou a correlação entre preferências de cada juiz e do partido que os indicou não é tão evidente.

Pertinente ou não, críticas como as de Tushnet têm o condão de enfatizar algo que já está presente nas abordagens dos autores que buscam explicar a existência de um sistema de controle judicial de constitucionalidade[72]. Sua força explicativa irá depender de contextos específicos em que se inserem os fenômenos analisados. É difícil, por isso, que apenas uma dessas teorias dê conta de explicar todos os casos de judicialização da política.

Se Stephenson, Hirchl e Ginsburg estiverem corretos, existem certas condições, em especial, a existência de uma democracia relativamente competitiva com elites políticas avessas a risco e incerteza com relação ao futuro, necessária para a existência destas instituições. Se a Tushnet estiver correto, então a explicação desses autores não se sustentaria. Nesse caso, outros fatores deveriam ser buscados para explicar a existência de tribunais desse tipo. Aspetos simbólicos, por exemplo, poderiam ser a chave explicativa. Talvez, na linha sustentada por Farber, em países em processo de democratização a adoção destes tribunais seja um sinal das elites políticas para o público externo e para seus cidadãos de que o novo regime pretende romper com o arbítrio do passado e se comprometer com o estado de direito. Mesmo que no futuro sua existência seja menos atraente para estas elites políticas, acabar com ele pode não ser tão fácil, seja porque o próprio tribunal tem meios de se defender, seja porque uma ação deste tipo mandaria um sinal de que o regime político estaria deslizando rumo ao autoritarismo. Como salienta Friedman, a capacidade dos tribunais de decidir de maneira afinada com a opinião pública, talvez até mais do que com a classe política, ao mesmo tempo em que passa uma imagem de aparente imparcialidade, cria ao longo do tempo um apoio difuso

[72] Uma possível resposta à crítica de Tushnet seria afirmar que o tempo necessário para que um partido domine um tribunal através de seguidas indicações de juízes é longo. Até isso acontecer, o partido que teme um possível derrota eleitoral no futuro próximo imagina estar de volta ao poder. Quando isto acontecer, esse processo de conquista do tribunal por seus adversário pode ser interrompido antes mesmo de se concretizar.

ao tribunal. Esse apoio garante que, mesmo em caso de decisões impopulares, elas possam ser defendidas por essa opinião pública de hostilidades por parte de outros poderes (FRIEDMAN, 2005: 326).

Os valores, os interesses e as restrições de atores políticos em instituições majoritária são apenas parte da história do processo de judicialização da política. Para compreender suas estratégias, é preciso entender os incentivos e restrições colocados por um outro ator central nessa dinâmica: os tribunais. Para que os atores políticos enxerguem uma oportunidade de obter por via judicial vitórias políticas que por vias majoritárias seriam mais difíceis ou custosas, é preciso que os tribunais aceitem participar do jogo. A ideia comum de que o modelo padrão de justiça se estrutura em torno de uma relação triádica com duas partes litigantes e um juiz neutro pode ser enganosa. Juízes, por mais que busquem a neutralidade, por mais que busquem ser imparciais, não são absolutamente neutros, em especial quando aplicam normas públicas que representam o interesse da "comunidade", dos legisladores ou do Estado de maneira mais ampla, e quando exercem algum poder de criação legal (SHAPIRO, 1986). A situação não é diferente no caso de juízes constitucionais. Seus interesses irão, portanto, ditar a dinâmica de litigância constitucional.

Tribunais de carácter muito formalista ou excessivamente deferentes para decisões da maioria reduzem o incentivo para a litigância. Do mesmo modo, um tribunal que pareça demasiadamente enviesado compromete sua atuação como juiz dessas disputas. No longo prazo, pode até mesmo colocar em risco sua autoridade institucional. Dessa maneira, o comportamento dos próprios tribunais irá ditar sua centralidade política.

É difícil, no entanto, estabelecer hipóteses gerais que expliquem o comportamento destas instituições. O grande número de teorias conflitantes atesta essa dificuldade. A visão legalista de que juízes meramente aplicam a lei irrefletidamente há muito se encontra em descrédito. Pode ser que juízes, talvez por treinamento, por vocação ou por cultura institucional, tenham um maior apego a regras e a decisões formalistas que a maior parte das pessoas (SPELLMAN; SCHAUER, 2012). Porém, nem mesmo o mais empedernido formalista negaria hoje que decisões judiciais podem ser fruto da discricionariedade do juiz. Existem limites para a capacidade de normas jurídicas guiarem a decisão judicial. Quando um tribunal esbarra com estes limites, cabe ao juiz decidir de acordo com aquilo que entende ser seu melhor julgamento. Nesses casos, seus interesses, vieses, sua ideologia, sua autoimagem profissional, junto com considerações práticas e

estratégicas, irão certamente influenciar sua decisão. A dificuldade está justamente em que medida cada um desses fatores influencia e de que modo podem interagir entre si.

Robert Dahl famosamente argumentou que os juízes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos são "*policymakers*". As decisões desses "*policymakers*" judiciais refletem seus posicionamentos políticos e esses posicionamentos políticos, por sua vez, corresponderiam ao dos partidos e grupos políticos responsáveis por sua indicação ao tribunal. Dado que cada presidente indica na média dois "*Justices"* por mandato, eventuais desalinhamentos entre as maiorias do momento e as maiorias no tribunal tendem a se dissipar em um curto espaço de anos. O Supremo Tribunal americano, teria, portanto, uma tendência majoritário (DAHL, 1957).

Este *insight* é compartilhado pelos defensores do modelo atitudinal de análise política. Neste modelo, as decisões de juízes tendem a ser expressão de visões político-ideológicas. Em linha com o defendido por Dahl, esses juízes podem ter posições semelhantes a das maiorias responsáveis por sua indicação. Mas esse alinhamento se dá simplesmente pelo modo de seleção e não por algum tipo de responsividade a estas. O insulamento e o amplo grau de independência dos tribunais garantiriam que decisões judiciais fossem manifestações sinceras das opiniões e valores de cada juiz (SEGAL; SPAETH, 2002).

Em oposição à aparente simplicidade do modelo atitudinal, modelos estratégicos de análise do comportamento judicial partem do pressuposto de que juízes são decisores sofisticados. Suas decisões de fato seriam reflexo de seus valores e interesses, mas existiriam restrições a estes valores e interesses. Juízes não são ilhas completamente blindadas à ação externa. Eles reagiriam estrategicamente a outro atores políticos, dentro e fora dos tribunais (EPSTEIN, KNIGHT, MARTIN, 2001; EPSTEIN, LANDES, POSNER; 2013; EPSTEIN, WEINSHALL, 2021; CROSS, NELSON, 2001; MALTZMAN, SPRIGS II, WAHLBECK, 2000).

Os riscos associados à uma opinião pública adversa, as possíveis reações de outras autoridades, e até mesmo potenciais atritos com seus colegas no tribunal, seriam alguns dos elementos levados em consideração na escolha da melhor decisão. Seus interesses seriam mais amplos do que simplesmente prevalecer posições associadas a sua ideologia. Estes juízes podem buscar prestígio junto a seus pares e à opinião pública (EPSTEIN, WEINSHALL, 2021; EPSTEIN, LANDES, POSNER; 2013; SCHAUER,

2000; GAROUPA, GINSBURG, 2009), desejar maior tempo de ócio e menor carga de trabalho (EPSTEIN, WEINSHALL, 2021; EPSTEIN, LANDES, POSNER: 2013), podem ter por ambição influência junto a partidos políticos ou benefícios materiais para si ou para outras pessoas, podem querer simplesmente preservar sua autoridade e a da instituição das quais fazem parte (EPSTEIN, WEINSHALL, 2021; EPSTEIN, LANDES, POSNER, 2013; DIXON, ISSACHAROFF, 2015).

Seus valores também não seriam exatamente reflexo apenas de sua ideologia, aqui vista simplesmente dentro da dicotomia esquerda *versus* direita. A cultura organizacional do tribunal teria um papel relevante em suas decisões (KAPISZEWSKI, 2010). Estes valores podem ser fruto de aspetos identitários, como sua nacionalidade, seu sexo, sua raça, sua religião ou orientação sexual. Podem ainda derivar de sua formação específica ou de sua carreira prévia. Tanto ou mais que a ideologia, informam não apenas a questão de primeira ordem sobre "como o caso deve ser decidido", mas também a decisão de segunda ordem acerca de "quem deve decidir". Estão diretamente relacionados ao modo como o juiz enxerga o papel da instituição da qual faz parte e seu papel nela[73]. Por fim, há o fato desses tribunais normalmente serem compostos por diversos juízes que buscam, ao menos em alguma medida, dar suas decisões com "uma só voz". Regras organizacionais internas a composição de com quem se está dividindo a decisão tem papel fundamental no resultado dessa decisão coletiva (KORNHAUSER, 2013)[74].

Se queremos, portanto, entender o papel de tribunais constitucionais em disputas políticas, que é objetivo desse estudo, devemos entender como esses tribunais se organizam internamente, como tomam suas decisões e como se relacionam com outros atores naquela ordem constitucional. É isto que será feito nas próximas secções, através de uma análise do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

IV. I. A CONSTRUÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEU PAPEL NO SISTEMA POLÍTICO PORTUGUÊS

[73] Para complicar ainda mais este quadro, é preciso lembrar que juízes, como qualquer pessoal, também possuem racionalidade imperfeita. Por mais estrategicamente racionais, suas decisões estão sujeitas à vieses, preconceitos e ruído (EPSTEIN, WEINSHALL, 2021; EPSTEIN, LANDES, POSNER; 2013).
[74] Lideranças no tribunal, desavenças e competições entre juízes, entre outros elementos menos "racionais", assumem, assim, algum peso nas decisões do tribunal.

Tradicionalmente, o início da trajetória da jurisdição constitucional na Europa é explicado através de uma narrativa que tende a enfatizar a singularidade da experiência institucional europeia e, em especial, da França, após o período da revolução francesa. A França revolucionária, afirma-se, via com desconfiança juízes e tribunais. Se o executivo e o legislativo eram enxergados como instrumentos de transformação capazes de criar uma sociedade de luzes sobre os escombros do antigo regime, o judiciário ainda eram visto como última trincheira de um regime corrupto e decadente. Por isso, na nova ordem que surgia, aos legisladores cabia a tarefa de formular aquelas diretrizes gerais que regulariam a vida da nação e aos tribunais relegava-se o papel de simples bocas que pronunciavam a palavra fria da lei. Em outras palavras, a aderência estrita ao princípio de separação de poderes de Montesquieu combinada à noção de Rousseau de soberania do parlamento implicava para o judiciário o papel de mero aplicador mecânico da lei. Em caso de dúvidas quanto ao sentido de uma disposição legislativa, caberia aos juízes endereçarem ao parlamento um pedido de clarificação legislativa, mas não lhes era atribuída competência para cassar decisões do legislativo ou do executivo. Para evitar ainda eventuais desvios do juiz no exercício dessa função, criou-se uma corte de cassação como órgão anexo ao parlamento, cuja tarefa era fiscalizar decisões judiciais (COMELLA, 2009: 12; CAPPELLETTI, 1984: 41).

Se inicialmente não cabia a este tribunal adentrar em questões acerca da correta interpretação da lei e decisão no caso concreto, devendo restringir-se a cassar decisões judiciais em caso de flagrante conflito com normas legais, isso logo mudou. O código napoleônico reconheceu aos juízes o poder de interpretar leis. Em 1837 foi abolido o “*réferé obrigatoire*”, que determinava que questões quanto interpretação legal deveriam ser solucionadas pelo legislativo mediante questionamento a ele enviado pelo juiz. A Corte de Cassação se tornou, então, um tribunal superior com poderes para interpretar e fiscalizar decisões de tribunais inferiores. Entretanto, até o início do século XX, a ideia de um tribunal ainda não havia sido implementada na Europa. Proposta por Sieyès em 1791, a criação de um "júri constitucional" acabou por ser rejeitada.

Em 1799 e 1852 um Senado conservador foi criado como guardião da constituição, mas acabou sendo politicamente dependente do imperador e não foi efetivo na avaliação das leis. Em 1946, foi criado o Comitê Constitucional, que tinha o poder de determinar se uma lei era contrária à constituição e, portanto, exigia uma emenda

constitucional anterior para ser válida. Hoje, a atual Constituição francesa de 1958 atribui a tarefa de determinar a validade das leis a um órgão especial, o Conselho Constitucional, que não faz parte do poder judiciário, mantendo a tradição de que não há revisão judicial de leis na França (COMELLA, 2009: 14).

Até o século XX, a grande maioria dos países europeus encontravam na rejeição francesa a ideia do controle judicial de constitucionalidade das leis um modelo no qual basear suas instituições. Com o fim da segunda guerra e, no caso dos países do leste europeu, após a queda da cortina de ferro, a situação começa a mudar. A ascensão da democracia de massa na Europa e com ela do pluralismo político e atuação de grupos de interesses erodem a noção artificial da lei como fruto da vontade geral expressa em um parlamento soberano. Somado a isto experiências traumáticas anteriores em que o parlamento se mostrou impotente para sozinho proteger o cidadão dos avanços de um estado autoritário, estavam lançadas as condições para proliferação da justiça constitucional no continente (ZAGREBELSKY, 2007). Quando isto ocorre, foram nas tese de Hans Kelsen que os engenheiros constitucionais buscaram inspiração nesta tarefa de construção.

A questão de quem deveria ser o responsável pela guarda da constitucional animou os debates constitucionais na Alemanha durante nos breves anos da república de Weimar. De um lado do debate estava Carl Schmitt, que famosamente defendeu a tese de que tal tarefa caberia ao Presidente da República alemã (SCHMITT, 2007). O conceito de constituição, ponderava Schmitt, seria eminentemente político. Uma constituição é um conjunto de decisões políticas fundamentais de um povo. A decisão judicial, por sua vez, não teria o elemento de discricionariedade que caracteriza as decisões políticas. Seria mera aplicação mecânica pelo juiz das decisões política do legisladores consubstanciada na forma de leis gerais. Por isso, conclui, um órgão jurisdicional não poderia defender jamais a constituição

Kelsen, porém, criticava esta distinção entre decisão política e decisão jurídica (KELSEN, 2003). Para ele, seria equivocada a ideia de que as decisões judiciais não tenham carácter discricionário. O juiz, diz Kelsen, toma decisões políticas ao aplicar a lei tanto quanto o legislador. A constituição não deixa de ser norma jurídica por seu conteúdo ser controverso ou indeterminado. Na medida em que ela é norma e que essa norma regula não só a forma das normas infraconstitucionais, mas também seu conteúdo, o controle de constitucionalidade implicaria em uma atividade de aplicação do direito não muito

diferente da levada a cabo por juízes ordinários quando decidem por subsunção. A diferença é que o suporte fático em cujo fatos devem ser subsumidos é a atividade de produção da norma. Por isso, o resultado de uma decisão em uma jurisdição constitucional não é uma norma individual e sim a retirada de uma norma legislativa do ordenamento, um exercício de legislação negativa. Uma constituição que busque reduzir o papel político de juízes constitucionais deveria evitar ter como conteúdos princípios vagos e se ocupar primordialmente de questões de competência e estrutura do estado (KELSEN, 2003), entretanto, o elemento político da decisão judicial não poderia nunca ser completamente evitado.

Ao contrário de Schmitt, Kelsen reconhecia e aceitava que a sociedade moderna é plural. Esse pluralismo está presente não apenas na sociedade, onde diferentes interesses busca influenciar na vontade estatal, como também dentro do estado. Existiria uma tendência natural de governos e parlamento de abusarem da constituição na busca de mais poder. Como seus interesses muitas vezes se contrapõe, o conflito entre elas é comum. A constitucionalidade de suas ações são mutuamente questionadas. Por isso, uma terceira parte desinteressada deve cumprir o papel de solucioná-los. Um tribunal constitucional cuja única tarefa é exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis, por não se colocar contra parlamento e governo, por não ter interesse no exercício do poder, pode cumprir essa melhor essa tarefa do que as demais instituições. Ao contrário do que crê Schmitt, esse tribunal não seria menos neutro do que o chefe de estado, instituição que só de modo figurado representa a unidade do povo. Na verdade, ele seria ainda mais neutro, já que possuiria uma vantagem ausente ao chefe de estado: seus juízes seriam impelidos a neutralidade por seu treinamento e ética profissional (KELSEN, 2003).

Kelsen também rejeitava as críticas ao controle judicial de constitucionalidade fundadas na ideia de separação de poderes e na soberania parlamentar. Com relação à primeira, não haveria de fato afronta alguma a separação de poderes por um tribunal constitucional “invadir” as competências do legislativo. Um tribunal que atue como legislador negativo seria mais próximo de uma outra casa legislativa do que de um tribunal propriamente disso. Além disso, o controle de constitucionalidade de uma lei geral não seria diferente em natureza do controle judicial da legalidade dos atos administrativos exercido por tribunais ordinários. Ao contrário do que acreditavam seus críticos, essa fiscalização de constitucionalidade seria um instrumento a favor da separação de poderes, aqui entendida como equilíbrio entre os poderes, na medida em que

evitaria seus eventuais abusos. Quanto a ideia de soberania do parlamento ou que qualquer outro poder seria soberano, Kelsen a rejeita como uma ficção. A organização dos poderes estaria sujeita ao expresso na constituição e sua autoridade dela deriva. Por isso mesmo, não podem a violar (KELSEN, 2003).

Através da defesa destas teses, Kelsen ajudou a popularizar a ideia de jurisdição constitucional, mas foi com sua atuação na redação da constituição austríaca de 1920 que teve a chance de botá-las em prática ao criar neste país um tribunal cuja única função seria a de declarar ou não, com efeito *erga omnes*, a inconstitucionalidade das leis. Na linha por ele propugnada, foi, então, adotado um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que receava que a adoção de um sistema de controle difuso, como aquele existente nos Estados Unidos, pudesse levar à cacofonia e decisões desencontradas.

Após meados do século XX, a jurisdição constitucional se espalhou para os demais países europeus. Se antes, apenas Áustria, Lichtenstein e Espanha haviam adotado um tribunal deste tipo, atualmente, 27 países que compõe a União Europeia hoje o possuem (COMELLA, 2009). Apesar de suas diferenças, existem aspetos em comum que os diferenciam de suas contrapartes norte americanas e não-europeias e que tem grande impacto em seu papel dentro do sistema político.

A indicação e aprovação de seus juízes exige mais do que mera maioria simples, o que geralmente garante que apenas juízes de posição moderadas consigam a quantidade necessária de votos para integrar o tribunal. Seu modelo de deliberação privilegia debates internos em detrimento de debates externos. Suas sessões não ocorrem à vista do público, há pouco jornalismo especializado em sua cobertura e seus membros têm atuação pública mais discreta. A interação entre juízes e atores externos é muito pequena e mesmo em audiências em que determinadas partes tem a chance de defender oralmente suas posições, os juízes não as questionam ou com elas dialogam diretamente. Suas decisões ocorrem a portas fechadas após longos debates presenciais onde se busca alcançar posições consensuais. Até mesmo a publicação de votos divergentes, quando permitida, é desestimulada. Desta maneira, o tribunal fala sempre com uma só voz. O resultado é um tribunal pouco politizado e mais resguardado de disputas partidárias (FEREJOHN; PASQUINO: 2004).

O Tribunal Constitucional português possui boa parte destas características, mas possui certas singularidades. Seu desenho é reflexo do contexto histórico em que se deu sua criação e impacta no modo com esta instituição interage com o restante do sistema político.

A história da fiscalização de constitucionalidade em Portugal pode ser dividida em três grandes fases. Entre 1822 e 1911, ou seja, do início da monarquia constitucional ao início da república, vigorou um regime de fiscalização política exercido pelas Cortes. Não havia, então, controle judicial de constitucionalidade das leis exercidos por tribunais (MIRANDA, 2017: 155).

Em um segundo período, que vai do início da república, em 1911, até 1974, vigorou um sistema misto. Sua adoção inicial foi fortemente inspirada pela Constituição republicana brasileira de 1891, entretanto, o desenho desse sistema misto não permaneceu uniforme. Entre o início da república e o início do Estado Novo português, em 1933, existiu um sistema de fiscalização judicial difusa e concreta de constitucionalidade levada a cabo pelos tribunais do país, o primeiro em uma nação europeia. Durante a ditadura salazarista, os poderes de fiscalização destes tribunais foram limitados, cabendo a eles apenas a possibilidade de deixar de aplicar leis tidas por inconstitucionais. No período de transição após o fim da ditadura, entre 1974 e 1976, o que se viu foi a coexistência de um modelo difuso e um modelo político de fiscalização de constitucionalidade, este último levado a cabo pela Junta de Salvação Nacional, pelo Presidente da República e pelo Conselho de Estado ou Conselho da Revolução (MIRANDA, 2017: 155-166).

O terceiro período, após 1976, inaugura o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade em Portugal, exercido primeiro pela Comissão Constitucional e depois pelo Tribunal Constitucional, seu sucessor, que passa, então, a existir com um controle difuso e concreto de constitucionalidade exercidos pelos demais tribunais (MIRANDA, 2017: 155-166). Adoção de um Tribunal Constitucional pelo regime constitucional português se deu, portanto, apenas tardiamente. Ele foi fruto das disputas e conflitos ocorridos nos conturbados anos que vão da Revolução dos Cravos, em 1974, até a reforma constitucional de 1982, que constituiu o atual modelo político do país (MIRANDA, 2017: 166-174).

Como bem descrito por Pedro Magalhães (2003) e António Araújo (1995), quando a assembleia constituinte iniciou seus trabalhos em 1975, ainda não estava claro

qual forma teria o novo regime. O colapso da ditadura salazarista levou a um vazio de poder e a queda de um regime conservador deslegitimou o discurso de direita, empurrando o debate político para a esquerda. Em razão do protagonismo da jovem oficialidade militar na revolução, militares foram trazidos à arena política, mas também se fragmentaram politicamente em grupos e fações. Após o golpe, o movimento das forças armadas (MFA), que reivindicava a liderança da revolução, estabeleceu em seu programa a criação de uma Junta de Salvação Nacional (JSN) composta pelos sete oficiais de mais alta patente vistos como confiáveis por essa organização. Caberia a essa junta, juntamente com um governo militar indicado pelos militares, organizar as eleições para Assembleia Constituinte. O programa da junta era claramente de esquerda, socialista e comunista. Segundo esse programa, um gabinete provisório seria indicado e responderia à junta e a seu presidente, que também apontaria um comitê temporário *ad hoc* para controlar a imprensa.

O primeiro presidente indicado pela junta foi o General António de Spínola, que tentou controlar o ímpeto revolucionário do movimento e convocar eleições livres para presidente antes das eleições para a constituinte. Ao mesmo tempo, buscava também consolidar seu próprio poder. A disputa pelo comando da revolução foi vencida, entretanto, pelos jovens oficiais do MFA. Em Março de 1975, Spínola, ao ver fracassada sua tentativa de golpe de estado, foi obrigado a renunciar. Com a sua queda, a maior parte dos partidos abertamente de direita acabou banida (MAGALHÃES, 2003).

A agitação aumentou no país, com ocupações e invasões de propriedade privada, tudo isso com a anuência do governo. Após uma tentativa frustrada de golpe contra o governo, o MFA, mais uma vez vitorioso, foi institucionalizado na forma de um Conselho da Revolução que finalmente levou a cabo um amplo programa de nacionalizações e estatizações de empresas, indústrias, propriedades rurais e jornais (MAGALHÃES, 2003).

Por sua vez, os resultados da eleição para a Constituinte deram a maioria dos assentos para os três partidos menos radicais: o Partido Socialista (PS), de esquerda; o Partido Popular Democrático (PPD)[75], de centro-direita; e o Centro Democrático Social

[75] À partir de 1976 o PPD passa a se designar PPD/PSD, o Partido Social Democrata. Tendo em vista que o partido hoje é mais conhecido apenas como PSD, essa será a sigla doravante utilizada para denominá-lo.

(CDS), de direita e democrata-cristão. O Partido Comunista Português (PCP), mais radical, conseguiu apenas 12,5% dos votos populares (MAGALHÃES, 2003).

Quando do início dos trabalhos da Assembleia, foi feito um pacto de cooperação entre os partidos e o MFA. Através dele, os militares exigiam poder de veto sobre o texto constitucional aprovado, a constitucionalização do conselho da revolução e de uma assembleia do movimento das forças armadas, bem como a consagração dos princípios presentes no programa do MFA. Dessa maneira, o movimento buscava controlar os trabalhos constituintes e garantir que a constituição resultante estivesse alinhada à suas preferências e valores (MAGALHÃES, 2003).

Apesar de todos os partidos terem apresentado projetos "socialistas", o PS dominou os acordos na constituinte, ao passo que CDS, o partido mais a direita dos demais, terminou escanteado. O resultado foi um texto extremamente detalhado quanto a intervenção do estado na economia. Enquanto PSD e CDS colocaram maior ênfase na constitucionalização de direitos individuais e políticos, a influência do PS e do PCP se fez sentir no amplo rol de direito sociais consagrados no texto inicial (MAGALHÃES, 2003).

Em novembro de 1975, um contragolpe esmagou a ala radical dos militares e encaminhou o regime para novos rumos. Os compromissos políticos então existentes entre os partidos e MFA caíram por terra e sua revisão tronou-se imperativa. Na nova proposta, os partidos aceitavam não só a jurisdição dos militares sobre assuntos militares e de defesa, como sua consulta em todos os grandes assuntos políticos até 1980, quando haveria uma revisão da constituição. O acordado foi que o estabelecimento de um regime semipresidencial no qual o presidente seria eleito por sufrágio universal e teria poderes de dispensar não apenas o primeiro-ministro, responsivo ao parlamento, como o próprio parlamento. Havia ainda uma cláusula implícita: o presidente seria um membro do conselho da revolução, Ramalho Eanes, que liderou o golpe que derrubou os radicais. Só, então, após esse segundo pacto foi a constituição aprovada, sem, porém, a assinatura do PDS. E, nesse primeiro momento, foi ao Conselho da Revolução, e não os tribunais, a quem a constituição conferiu a função de ser seu guardião (MAGALHÃES, 2003).

Debates acerca de um tribunal responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, não estiveram ausentes, porém, desse período transicional. Logo após a revolução, o deputado Jorge Miranda, do PSD, propôs a criação de um tribunal

constitucional no modelo de austríaco. O primeiro pacto deu ao conselho da revolução a competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis, cabendo aos tribunais meramente controlar inconstitucionalidades formais (MAGALHÃES, 2003).

Os projetos constitucionais do CDS e o PSD buscavam criar modalidade de controle de constitucionalidade. No projeto do CDS, o conselho manteria seus poderes, mas haveria um tribunal, com membros advindo da carreira de juiz e indicados pelo Presidente, pelo Presidente do parlamento e Pelo presidente do Supremo Tribunal, com amplos poderes. No projeto do PSD, o Supremo Tribunal de Justiça assumiria essa função. O conselho, caberia confirmar ou vetar as decisões desse tribunal. A ala esquerda, inclusive o PS, rejeitava a criação de um tribunal constitucional por não confiarem no judiciário, visto como excessivamente formalista e conservador, e a extrema-esquerda rejeitava todas essas propostas, por vê-las como como uma violação ilegítima do primeiro pacto. Como alternativa, os socialistas propuseram a criação de um conselho com quatro membro indicados pelo conselho da revolução e quatro indicados pelo parlamento. Jorge Miranda passou, então, a defender uma posição mais radical. Um tribunal constitucional seria indicado pelo conselho e pelo Supremo Tribunal de Justiça e suas decisões em matéria de fiscalização de constitucionalidade teriam carácter vinculante quando solicitado pelo conselho e em via recursal (MAGALHÃES, 2003).

Ao negociar um segundo pacto com os partidos, o Conselho apresentou uma proposta na qual a ele caberia fazer um controle prévio de constitucionalidade de leis e decretos, verificar inconstitucionalidades por omissão, inclusive podendo tomar o lugar do parlamento para sanar essas omissões legislativas, e o tribunais inferiores perderiam seu poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis. Quando houvesse dúvidas quanto a constitucionalidade de uma norma em um caso concreto, o julgamento seria suspenso e o tribunal ordinário remeteria a questão para apreciação pelo conselho. Nessa tarefa, o conselho seria assistido por uma Comissão Constitucional (CC) cujos membros seriam indicados conjuntamente pelos tribunais superiores (2/3) e por ele próprio (1/3) (MAGALHÃES, 2003) .

Após acordo entre o Conselho e os partidos, chegou-se a um modelo misto. Nele haveria um controle preventivo de constitucionalidade das leis da Assembleia da República, dos decretos-lei do Presidente da República, dos tratados e acordos internacionais e dos decretos regionais a ser exercido pelo Conselho da Revolução na forma de um parecer da Comissão Constitucional. Em caso de declaração de

inconstitucionalidade de lei da Assembleia da República, poderia este ato ser derrubado por voto de 2/3 dos deputados presentes na sessão. Além disso, poderia o Presidente exercer veto político mesmo quando o diploma não fosse declarado inconstitucional pelo Conselho. O controle a posteriori, por sua vez poderia ser difuso e concreto ou concentrado e abstrato. No primeiro caso, aos tribunais ordinários seria permitido recusar a aplicação de norma reputada inconstitucional. Entretanto, a aplicação por estes de normas previamente consideradas inconstitucionais pelo Conselho da Revolução poderia ser revista pela Comissão Constitucional. No segundo caso, em controle concentrado e abstrato, caberia ao Conselho exercer esta competência, desde que provocado pelo Provedor-Geral de Justiça, o Presidente da Assembleia da República, o Presidente da República, o Procurador-Geral da República ou pelo primeiro-Ministro. Por fim, introduziu-se ainda, pela primeira vez, a chamada "inconstitucionalidade por omissão".

Este desenho foi acompanhado por uma mudança na proposta na composição da Comissão Constitucional. Dos 9 membros dessa instituição, apenas 4 seriam indicados pelo judiciário. Outros cinco seriam indicação do Conselho e apenas 1 pelo Parlamento. Foi esse, ao final, o modelo de fiscalização de constitucionalidade que vigorou entre 1976 até a revisão constitucional em 1980 (MAGALHÃES, 2003).

Durante esse período, os poderes de fiscalização do Conselho foram utilizado de maneira autocontida. A maior parte de suas decisões foi deferente ao deliberado pela Comissão Constitucional, que durante o período atuou de maneira bastante semelhante a um tribunal constitucional, inclusive através da publicização de seus julgados. Essa autocontenção esteve presente até mesmo durante o governo de Mário Soares, quando este levou a cabo uma série de medidas de austeridade em uma tentativa de estabilizar a economia, em flagrante divergência com o carácter socializante da carta constitucional.

A harmonia entre o conselho da revolução e o parlamento teve fim quando, em 1979, assumiu o governo uma coalização entre o PSD e o CDS capitaneada por Mário de Sá Carneiro, que buscou através de uma série de reformas legais e constitucionais liberalizar a economia, diminuir poderes presidenciais e substituir o quórum de 2/3 para revisão da constituição por um referendo. Enfrentando forte reação da oposição, o governo lançou mão de uma série de decretos. A resistência do Conselho se expressou, então, em uma intensificação de sua atividade fiscalizadora. A medida que sua disputa com Ramalho Eanes intensificou, o PSD e o CDS conseguiram obter apoio até mesmo dos socialistas, temeroso de serem instrumentalizados pelo Presidente em sua luta por

poder, e deram início a uma aliança que seria fundamental para o surgimento do Tribunal Constitucional (MAGALHÃES, 2003).

Após a transição do governo tutelar militar para um governo democrático, a Assembleia da República eleita em 1980 teve poderes para revisão constitucional, que acabaria com o período de transição. Depois de negociações entre líderes políticos, foram acordadas emendas constitucionais em maio de 1982. No entanto, quatro questões delicadas permaneceram sem solução, incluindo a reforma agrária e a composição do Tribunal Constitucional. O centro-direita propôs a criação de um tribunal constitucional com poderes de revisão abstrata, nomeado por autoridades políticas, e a eliminação da revisão a priori e da "inconstitucionalidade por omissão". A decisão de eliminar a revisão a priori foi motivada pela perceção de que ela politizava excessivamente o Tribunal Constitucional, e a inconstitucionalidade por omissão era considerada "pura e simplesmente política" e impraticável. No entanto, essa mudança foi vista como uma tentativa da centro-direita de retirar ao Presidente o direito de introduzir um veto adicional na tomada de decisões legislativas e de eliminar um tipo de constitucionalismo transformativo que estava ligado à natureza socialista e programática da Constituição (MAGALHÃES, 2003).

A Aliança Democrática (AD), bloco que reunia o PSD e o CDS, queria garantir que os indicados pelo Presidente e pela esquerda sempre seriam minoria no tribunal. Algumas das primeiras propostas de revisão constitucional, como as de Sá Carneiro e Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade, buscavam esse objetivo dando ao parlamento um forte papel nas nomeações judiciais e/ou garantindo a preponderância dos níveis hierárquicos mais altos da magistratura dentro do tribunal. Os indicados pelo Presidente e pelo parlamento seriam minoria, enquanto os das camadas superiores conservadoras da magistratura ordinária seriam maioria, independentemente de quaisquer eventuais mudanças eleitorais que pudessem ocorrer no futuro (MAGALHÃES, 2003).

Inicialmente, o Partido Socialista (PS) se opunha a qualquer redução dos poderes presidenciais e a qualquer mudança no processo de indicação dos juízes do Tribunal Constitucional que pudesse ser vista como violação de um acordo prévio com o Presidente Eanes. Eanes havia feito um pacto com os socialistas no qual este rejeitaria qualquer proposta de revisão constitucional por meio de referendos, como proposto pela AD, e abdicaria do papel de chefe das forças armadas em troca de apoio nas eleições e a rejeição de propostas que tivessem por objetivo reduzir poderes presidenciais. Os socialistas

propuseram, então, limitar a capacidade do presidente de demitir o gabinete, permitindo-o apenas em "casos excecionais e apenas quando indispensável para garantir o funcionamento das instituições democráticas", e, para compensar essa diminuição dos poderes presidências, defenderam a manutenção da fiscalização *a priori* de constitucionalidade pelo presidente e seu direito de nomeação de um terço dos juízes do Tribunal Constitucional. Os outros dois terços seriam eleitos pelo Parlamento e pelo Conselho Superior da Magistratura. Além disso, também foram propostos o fim do controle difuso de constitucionalidade e a expansão do acesso ao tribunal a todos os partidos no parlamento (MAGALHÃES, 2003).

Dada a divergência entre as propostas apresentadas e o equilíbrio da força de cada partido, alcançou-se uma solução compromissória que manteve boa parte do *status quo*. A aliança democrática abriu mão do fim da inconstitucionalidade por omissão e da fiscalização *a priori*. Os socialistas, por sua vez, abdicaram do fim da fiscalização difusa. Um impasse surgiu quanto ao acesso ao tribunal pelos partidos no parlamento. A AD era contra a ampliar o acesso por entender que isso levaria a uma judicialização excessiva. O PS era favorável. A solução foi encampar a proposta do PCP, que defendia que apenas os partidos menores não tivessem a acesso ao tribunal. Assim apenas os partidos com pelo menos 10% das cadeira no parlamento poderiam gozariam de tal prerrogativa (MAGALHÃES, 2003).

Um difícil acordo entre os partidos foi alcançado quanto as indicações dos juízes do Tribunal Constitucional. Era consenso a natureza tripartite das indicações, ou seja, os juízes deveriam ser indicados pelo presidente, o parlamento e o judiciário. Também por eles compartilhados era o medo das indicações ao tribunal que seriam feitas por Eanes, com a centro-direita temendo juízes muito a esquerda, os socialistas temendo juízes muito à direita, e todos temendo juízes submissos a Eanes. Os socialistas abandonaram o modelo de tripartite de indicação e propuseram, então, que três dos treze membros do Tribunal Constitucional fossem "cooptados" pelos primeiros dez juízes nomeados pelo parlamento. Os dez juízes restantes deveriam ser indicados pelo parlamento, mas seis deles deveriam ser juízes de carreira. Esta proposta foi acatada pela AD, que ainda firmou com os socialistas acordo segundo o qual deveria haver um equilíbrio entre nomeados por partido, garantindo que os blocos de esquerda e direita no parlamento nomeassem um número igual de juízes. Dos três juízes cooptados, dois dele seriam sugeridos pelo partidos, cada um representado um dos blocos no parlamento. Um 13º juiz, um dos três

juízes comuns cooptados, seria neutro, de moda a garantir a imparcialidade do tribunal (MAGALHAES, 2003).

Salvo por algumas modificações menores, estas características gerais do Tribunal Constitucional Português se mantiveram. Assim, quanto à sua composição, o tribunal atual é integrado por 13 juízes, dos quais pelo menos 6 devem ser juízes de carreira. Destes 13, 10 são indicados pela Assembleia da República e 3 são "cooptados" pelos demais. Dessa maneira, o Presidente da República e o Governo não indicam diretamente nenhum de seus juízes.

À semelhança de outros sistemas constitucionais europeus, existe em Portugal uma convenção de que os 10 juízes indicados pelo Parlamento e dois dos juízes "cooptados" serão indicação dos dois maiores blocos partidários, respetivamente capitaneados pelo PS e pelo PSD, que poderão indicar cada um metade destes juízes. Para manter um equilíbrio entre estes dois polos políticos, um terceiro juiz "cooptado" deve ser neutro em termos partidários.

A indicação dos juízes cooptados necessita da aprovação de pelo menos 7 dos dez juízes do tribunal e as indicações dos juízes não cooptados dependem da aprovação de 2/3 dos deputados presentes na sessão legislativa e, concomitantemente, mais da metade de todos os deputados no exercício da função. Esta exigência de supermaioria garante um viés mais moderado às indicações, mas seu carácter consensual também pode levar a empasses. Desta maneira, apesar do mandato de seus membros ser de 9 anos, não renováveis, é possível que em tais situações de paralisia os mandatos dos juízes que deixem o tribunal sejam prorrogados até que novos juízes sejam empossados.

Dentre outras tarefas, algumas dela de natureza eleitoral, a este Tribunal cumpre principalmente exercer o controlo de constitucionalidade das normas, seja como via recursal, em caso de controlo difuso, seja como jurisdição originária, em caso de controle concentrado[76]. Nesta tarefa, age como um juiz de normas. A ele não cabe julgar casos concretos, tarefa reservada aos tribunais ordinários, mas apenas normas jurídicas. Nesse sentido, apesar de guardar certa proximidade com o modelo kelseniano, incorpora ainda elementos típicos do modelo norte-americano de controlo difuso de constitucionalidade. É um sistema bifronte no qual o tribunal atual tanto como juiz dos legisladores quanto

[76] Como notam Maria Lúcia Amaral (2007) e Gonçalo de Almeida Ribeiro (2017), essa distinção não se sustenta de maneira tão estrita, o que, por sua vez, resulta em dificuldades de ordem prática e teórica.

como juiz dos juízes. Tal como no modelo norte-americano, não adota o modelo de separação típico dos demais tribunais europeus, que pressupõe que haja uma cisão entre questões ordinárias e questões constitucionais. Por esse mesmo motivo, não adota, tal qual seus congêneres espanhol e alemão, a figura do reenvio prejudicial (AMARAL, 2007).

Os atores que podem ativar o tribunal irão variar de acordo não só do tipo de fiscalização que se exerce, se por via de controlo de difuso ou concentrado, como também de acordo com o momento em que se exerce e do objeto questionado. O exercício de controle preventivo tem por objeto tratados e acordos internacionais, leis da Assembleia da República, decretos-lei e decretos legislativos regionais. Nestes casos, o tribunal é ativado a pedido do Presidente da República, quando seu objeto forem tratados internacionais ou normas do governo e da Assembleia da República, dos representantes da República, no caso de diplomas regionais, e do primeiro-ministro ou de um quinto dos deputados à Assembleia da República, no caso de questionamento a decretos submetidos para promulgação como leis orgânicas. Uma vez acionado em controle preventivo, o tribunal tem, geralmente, um prazo de 25 dias para se pronunciar (Art. 278, CRP). Com isso, garante-se uma resposta relativamente célere para os questionamentos a ele colocados. Se o ato normativo ou acordo internacional for julgado inconstitucional, este deverá ser devolvido ao Presidente da República ou aos Representantes da República, no caso de decretos regionais, para que seja vetado. Entretanto, essa declaração de inconstitucionalidade pode ser contornada pelo voto de 2/3 dos deputados presentes na sessão legislativa, quórum semelhante ao necessário para aprovação de emenda à constituição.

Além disso, o Tribunal também realiza fiscalização sucessiva, tanto em relação à fiscalização abstrata quanto à fiscalização concreta. No primeiro caso, a fiscalização tem eficácia *erga omnes*, e tem como objeto todas as normas do ordenamento jurídico português, inclusive as pré-constitucionais, podendo ser requerida a pedido do Presidente da República, do Procurador-Geral da República, do Presidente da Assembleia da República, do Provedor-Geral da República, do Primeiro-Ministro e de um terço dos deputados na Assembleia da República. Além disso, podem também requerer declaração de inconstitucionalidade os Representantes da República, as Assembleias e os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respetiva Assembleia Legislativa, quando o

requerimento for fundado em suposta violação dos direitos das regiões autónomas. Diferentemente, porém, do que ocorre nos casos de fiscalização preventiva, o tribunal não possui prazo para colocar o caso em julgamento. Dessa maneira, a análise da constitucionalidade de uma norma pode se arrastar por longos períodos de tempo.

Nos casos de fiscalização concreta, o Tribunal examina recursos de decisões que aplicam uma norma considerada inconstitucional durante um processo judicial ou recursos de decisões que recusam a aplicação de uma norma com base em sua inconstitucionalidade. Esses recursos serão julgados por uma das três turmas não especializadas do tribunal e as decisões aí proferidas, diversamente do que ocorre na fiscalização abstrata, apenas vinculam as partes no processo, não afetando a validade da norma questionada (art.º. 41 da Lei 28/82). Via de regra, cabem às partes que tenham suscitado a questão da inconstitucionalidade e ao Ministério Público a competência para interpor estes recursos. Entretanto, em certos casos, o recurso por parte do Ministério Público é não só possível, como obrigatório. Isto ocorre em casos em que a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar. Se após três julgamentos de casos concretos o Tribunal considerar inconstitucional uma mesma norma, esta deve ser por ele julgada abstratamente. Nesse caso, seu procedimento e efeitos serão semelhantes ao dos demais casos de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Finalmente, no caso da chamada "inconstitucionalidade por omissão", o Tribunal verifica o cumprimento das normas constitucionais, ou seja, a falta de medidas legislativas necessárias para concretizar as normas constitucionais. Neste caso, a inconstitucionalidade pode ser requerida pelo Presidente da República, pelo Provedor-Geral de Justiça e, quando a omissão diga respeito à violação de direitos de regiões autônomas, pelos presidentes de suas Assembleias Legislativas.

Dado o amplo papel exercido pelo Tribunal Constitucional no controlo de constitucionalidade, era de se esperar que este fosse chamado a intervir na política de maneira mais frequentemente, principalmente considerando-se, como chama atenção Pedro Magalhães (2003), que o sistema constitucional português oferece não apenas amplo a acesso minorias políticas ao TC, como também um bom número de incentivos para que o façam. A alta concentração partidária, o unicameralismo, a forte disciplina partidária e a dominância do executivo no processo legislativo garantem um carácter marcadamente majoritário para a dinâmica política portuguesa. Nesta circunstâncias, o

acesso ao tribunal é a última trincheira de uma oposição enfraquecida no parlamento. Não obstante, é de se estranhar a atuação tímida destes grupos nesse sentido (MAGALHÃES, 2003; ARAÚJO; MAGALHÃES, 1998; ARAÚJO; MAGALHÃES, 2001).

Do lado dos atores políticos, alguns estudos produzidos na década de 90 e no início dos anos 2000 indicam que, da sua criação, em 1983, até o final dos anos 1990, o Presidente da República, os deputados e os partidos foram consideravelmente autocontidos em acionar o tribunal para questionar a legalidade de normas em sede de controle preventivo. A razão para isto, estaria em seu comportamento estratégico. Certamente, o carácter majoritário do sistema político e a facilidade de acesso ao tribunal oferecem estímulos e oportunidades para estas práticas. Entretanto, outras considerações estão em jogo. Estes atores políticos são movidos primeiramente por interesses eleitorais, mas nem sempre fazer oposição por meio de litigância constitucional será eleitoralmente interessante. Seus eleitores podem achar que disputas políticas devem ser resolvidas "politicamente" e não no tribunal. Ao parlamento o que é do parlamento. Podem achar também que é um exercício de facciosismo desnecessário que apenas fomenta polarização e paralisa o país. Nestes casos, atores políticos podem calcular que eventuais ganhos em uma vitória no tribunal não compensariam a possível perda de apoio desses eleitores. Além disso, nem toda ação no tribunal é garantia de vitória. Os tribunais podem estar alinhados aos interesses da maioria ou podem temer uma opinião pública que a apoia. Talvez, o perfil dos juízes no Tribunal Constitucional formalista ou deferencial demais para com a maioria para "chumbar" suas decisões. É preciso calcular riscos e isto vai depender não apenas do perfil deste tribunal, como também da leitura que é feita deste perfil (MAGALHAES, 2003; ARAÚJO, MAGALHAES, 1998; ARAÚJO, MAGALHAES, 2001).

Por isto, também o comportamento do tribunal pode desestimular uma intensa litigância. E como se comporta o tribunal e seus juízes? Em primeiro lugar, de maneira partidária. Parece haver uma certa sintonia entre as decisões dos juízes constitucionais e os interesses dos partidos ou bloco de partidos que os indicaram. Essa sintonia decorreria de dois fatores. De um lado, a indicação pelos partidos de 12 dos 13 juízes do tribunal. É natural que estes partidos queiram indicar juízes que em boa medida compartilhem de seus valores e pontos de vista. Mesmo que a necessidade de supermaiorias de deputados para aprovação destes juízes mitigue seu partidarismo, ela não o apaga completamente.

Além disso, ao não exigir idade ou tempo mínimo de atividade prévia e estabelecer mandatos fixos não muito longos, a constituição portuguesa tornou os juízes responsivos aos políticos. Estes juízes entram relativamente jovens no tribunal e após o fim de seu mandato buscam construir carreiras que, em alguma medida, dependem do apoio destes atores políticos. A possibilidade de reeleição para o tribunal, extinta em 1997, estimulava ainda mais essa situação. Por isso, conclui-se, para além de serem ideologicamente afinados com os responsáveis por sua indicação, os juízes seriam ainda responsivos, em alguma medida, a eles (MAGALHÃES, 2003; ARAÚJO, MAGALHÃES, 1998; ARAÚJO, MAGALHÃES, 2001).

Entretanto, apesar de significativa, essa relação entre partidos e votos do juízes constitucionais não é tão forte quanto pode parecer. Magalhães e Araújo levantam alguma hipóteses para isso. A primeira está relacionada ao fato de que estas autoridades não podem selecionar quais casos terão sua constitucionalidade julgado e quais não a terão. O tribunal recebe um grande número de casos que não são tão “interessantes” em termos de debate constitucional e a aplicação das normas constitucionais se dá sem maiores controvérsias. Quando o ofício de julgar se torna mais “burocrático”, menos espaço há para debates e o consenso parece prevalecer (MAGALHÃES, 2003; ARAÚJO, MAGALHÃES, 1998; ARAÚJO, MAGALHÃES, 2001).

Além disso, como já afirmado, a necessidade de uma ampla maioria dos deputados na sessão parlamentar para aprovação dos juízes constitucionais e, até 1997, sua recondução ao cargo, privilegiaria juízes mais moderados. Juízes mais radicais ou muito comprometidos partidariamente teriam dificuldade em obter os votos de deputados não alinhados com os partidos responsáveis por sua indicação (MAGALHÃES, 2003; ARAÚJO, MAGALHÃES, 1998; ARAÚJO, MAGALHÃES, 2001).

Sendo o mandato dos juízes relativamente longo pode ser ainda que a partir de um certo ponto a afinidade ideológica entre estes e os partidos que os indicaram arrefeça a que modifiquem algumas de suas posições políticas. Se um partido e um juiz constitucional concordam em posicionamento político quando da indicação ao tribunal, nada garante que nove anos depois essa concordância se mantenha (MAGALHÃES, 2003; ARAÚJO, MAGALHÃES, 1998; ARAÚJO, MAGALHÃES, 2001).

Outro aspeto que mitigaria o partidarismo dos juízes constitucionais seria o carácter estratégico de suas decisões. Assim como deputados e atores políticos em geral,

juízes decidem tomando em consideração o comportamento de outros atores. Eles agem com base em expectativas e são reativos a comportamentos alheios. Segundo Araújo e Magalhães, parece haver alguma relação entre a decisão dos juízes e o fato de enfrentarem maiorias contemporâneas. Isso seria independente do fato do partido que indicou o juiz ser ou não parte desta coalizão. Quando a maioria que aprovou a norma ainda está no poder, menores serão as chances de que seja considerada inconstitucional. É possível conjeturar que juízes agem assim antevendo uma reação negativa dos atores políticos ou até do público em geral a uma norma que goza de maior apoio político. Essa deferência estratégica poderia se dar por inúmeros receios, que vão desde alterações constitucionais ou mesmo de normas regimentais que prejudiquem a atividade dos juízes constitucionais ou reduzam os poderes do tribunal, até ameaças de descumprimento de sua decisão, o que, no limite, esvaziaria sua autoridade. Nesses casos, o Tribunal ficaria dependente do apoio de uma opinião pública capaz de se mobilizar para apoiar a decisão do TC. Isso, por sua vez, demanda que o tribunal tenha uma reputação de isenção e tecnicidade. Em outras palavras, o tribunal e os juízes constitucionais devem passar a imagem de que estão comprometidos com a constituição e não com preferências pessoais e partidárias (MAGALHAES, 2003; ARAÚJO, MAGALHAES, 1998; ARAÚJO, MAGALHAES, 2001)[77].

Entretanto, estes estudos demonstrariam que não existem indícios de que o ofício anterior do juiz constitucional tenha impacto em sua independência. Por isso, o argumento de que os juízes constitucionais portugueses com carreira pretérita na magistratura seriam menos politizados em razão da cultura judicial formalista imperante em países de *civil law* não prosperaria. Tampouco se confirmaria a tese de que haveria uma diferença substancial entre juízes indicados por partidos e juízes cooptados, porém associados a partidos, no que tange ao partidarismo de seus votos (MAGALHAES, 2003; ARAÚJO, MAGALHAES, 1998; ARAÚJO, MAGALHAES, 2001).

Por esses motivos, o carácter político do tribunal não implicaria que seus julgamentos seriam um jogo de carta marcadas. Dada a estabilidade e equilíbrio nos blocos de partidos no parlamento, uma divisão semelhante acaba por se reproduzir no

[77] Essas restrições estratégicas tendem a se reduzir nos casos de controle a posteriori do tribunal. Nestes casos não existe prazo para que a questão constitucional. Adicionalmente, a norma questionada não necessariamente é fruto da legislatura existente quando do julgamento. Assim sendo, nem sempre o tribunal deverá enfrentar a possível oposição de maioria parlamentares contemporâneas.

tribunal. Blocos de juízes com posições semelhantes polarizam as decisões do TC. No entanto, a presença de um 13º juiz, partidariamente neutro, somada esses fatores mitigadores do partidarismo do tribunal, reforçam a incerteza quanto a suas decisões. Essa incerteza, por outro lado, empurraria os partidos políticos para uma posição prudencial na hora de acionar o Tribunal Constitucional Português. Isso explicaria, em parte, a judicialização apenas moderada da política portuguesa.

Outros estudos mais recentes tendem não apenas a corroborar este diagnóstico, como expandi-lo. Amaral-Garcia, Garoupa e Grembi (2008), analisando decisões do tribunal que vão de 1983 até 2007, confirmam o carácter político e o partidarismo de seus juízes. Estes autores vão além dos estudos de Magalhães e Araújo e detetam a existência de padrões de decisões distintos entre os blocos de direita e de esquerda do tribunal. Juízes de esquerda têm uma maior tendência a votar pela inconstitucionalidade de leis quando comparados com juízes de direita. A razão para isto poderia estar no carácter historicamente orientado à esquerda da carta constitucional portuguesa, que faria dos juízes desse campo ideológico mais ciosos de sua proteção (GAROUPA; TIEDE, 2023). Comparados com juízes de direita, juízes de esquerda tendem a ser mais sensíveis aos interesses de seu partido quando está no poder ao decidir pela constitucionalidade de uma lei. Além disso, certos temas parecem influir no comportamento do tribunal. Normas trabalhistas e previdenciárias, por exemplo, tendem a ser declaradas inconstitucionais com mais frequência. Além disso, a pressão dos pares teria um importante efeito nos votos dos juízes, atenuando seu carácter ideológico e partidário e empurrando o tribunal para uma posição de unanimidade (AMARAL GARCIAL; GAROUPA; GREMBI, 2008).

Por sua vez, a cobertura mediática, a idade e o sexo dos juízes e o contexto económico pouco parecem afetar as decisões dos juízes constitucionais. Além disso, reforma constitucional de 1997, que instituiu o mandato judicial de nove anos para os juízes do tribunal e acabou com a possibilidade de recondução ao cargo, pouco parece ter impactado o padrão decisório do tribunal. Com isso, consequentemente, a tese previamente levantada de que o interesse do juiz constitucional em sua recondução o tornaria mais responsivo a atores políticos restaria enfraquecida (AMARAL GARCIAL, GAROUPA, GREMBI, 2008).

Há também trabalhos que evidenciariam que os dissensos nas decisões do tribunal tendem a ser reflexo das posições ideológicas do juiz. Essas posições ideológicas, em linha com que o que teria sido demonstrado pela literatura sobre o tema, tendem a

seguir a posição ideológica dos partidos que patrocinam a indicação dos juízes constitucionais (HANRETTY, 2012).

Em sentido diverso, porém, um recente estudo de autoria de Raquel Barrada de Freita, Jorge M. Fernandes e Miguel Won (2023) chegou a conclusão de que as afiliações políticas dos juízes constitucionais teriam pouca relevância para explicar o comportamento do tribunal. Combinando rigorosa análise conceitual, entrevistas realizadas com assessores, funcionários e juízes atuais e antigos do TC, e extensiva análise computacional de acórdãos prolatados entre os anos de 1983 e 2021, este estudo se destaca dos demais por enfocar no aspeto colegial do Tribunal Constitucional. A premissa básica assumida pelos autores é a de que aquilo que distingue o TC é ser uma instituição colegial e deliberativa. Esse carácter deliberativo se manifesta processualmente, por meio de suas regras e procedimentos internos, informalmente, por meio de práticas e normas sociais informais e valorativamente, através de valores internalizados por seus membros. Para estes pesquisadores, são essas três dimensões que oferecem a chave explicativa para compreender a atuação do Tribunal Constitucional.

Em suas decisões, seus membros adotam um modelo de agregação de juízos. O processo decisório tem como objetivo a busca por uma resposta correta ou verdadeira à luz da Constituição, e não apenas uma solução que reflita suas inclinações individuais. As três dimensões acima expostas atuariam, então, como balizamentos nesse processo de construção coletiva.

A dimensão processual estaria alicerçada em três elementos: o primeiro (1) seria a adoção de uma regra da maioria e de justificação em suas decisões. Para que uma decisão seja obtida, é necessário que a maioria do tribunal concorde quanto ao sentido da decisão e quanto às razões que a fundamentam; o segundo elemento (2), seria a regra que estabelece que, na redação do texto final do acórdão, o relator cuja posição não obtém a maioria no tribunal deve ser substituído por outro relator que integre a maioria vencedora. Dessa maneira, garante-se que o acórdão será redigido por um juiz que "partilha do entendimento do tribunal"; o terceiro elemento (3) seria a oralidade das sessões plenárias. Inicialmente, cabe ao relator apresentar suas considerações em uma relatório normalmente posto previamente em circulação entre seus pares. É seguido pelo conselheiro seguinte na ordem anual de precedências, determinada por sorteio na primeira sessão do ano judicial. Em uma primeira volta, cada conselheiro apresenta seus argumentos e opiniões quanto às questões colocadas no acórdão sem ser interrompido

pelo demais juízes constitucionais e sem comentar as intervenções anteriores. Em uma segunda volta, cada conselheiro pode se manifestar quanto às intervenções dos demais juízes também seguindo a ordem anual de precedência. Os juízes interpelados têm direito de resposta e cabe ao Presidente do tribunal moderar o debate.

As bases da dimensão valorativa da colegialidade no TC repousam em uma ética do consenso e uma tolerância quanto ao dissenso. O agir de maneira colegiada envolve uma busca pela construção coletiva de pontos de convergência que demanda uma abertura a opiniões e argumentos diversos dos seus e o respeito por seus pares. Discordâncias manifestadas na forma de votos de vencido e declarações de votos também são moderadamente toleradas, desde que respeitadas pelo dissenso virtudes de temperança, humildade, respeito por seus pares, razoabilidade, integridade, abertura argumentativa e orientação ao bem comum. Nesse contexto de colegialidade, o individualismo e a vaidade são considerados pecados capitais de um juiz constitucional. Nessa linha, a virtude da colegialidade também está presente de maneira diacrônica no TC. Seus juízes buscam ser responsivos e atentos à jurisprudência e à memória tribunal, mesmo que não exista no sistema jurídico português uma regra de vinculatividade de precedentes.

A colegialidade também possuiria uma dimensão informal expressa em uma prática social que molda e determina a atuação do TC. Três elementos nessa prática informal chamam a atenção: (1) o papel de liderança do presidente no tribunal na organização dos debates; (2) o diálogo cordial e a colaboração generosa entre juízes constitucionais, assessores e chefes de gabinete ocorridos fora de ambientes formais; e (3) uma cultura de preparação, ou seja, um expectativa compartilhada de que todos os membros do Tribunal Constitucional, e não apenas o relator, irão se dedicar a estudar com profundidade a questão em discussão para se preparar para um debate em alto nível. Como notam os autores, porém, é possível que a ordem de precedência nas sessões possam influenciar o grau de intervenção de um juiz na discussão (FREITAS; FERNANDES, WON, 2023: 61). Isso porque, é menos provável que um juiz que intervenha tardiamente no debate consiga trazer novos argumentos ou fazer considerações muitos distintas da já feitas pelo juízes que o precederam. Além disso, o papel do relator tende a ganhar mais relevo em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade do que em casos de fiscalização abstrata. A isso se deve o maior volume de processos naqueles casos e o carácter mais técnico e específico das questões envolvidas.

Em conjunto, essas regras procedimentais, normas informais e valores internalizados irão influenciar de maneira significativa o diálogo interno entre os membros dos tribunais e sua interação com outros atores políticos e jurídicos. Irão também explicar alguma da descobertas feitas pelos autores do estudo ao analisar acórdão do tribunal do período entre 1983 e 2023.

Primeiramente, não observam os autores uma dinâmica partidária na citação de acórdãos relatados por juízes indicados pelo mesmo partido ou do mesmo campo ideológico. O peso das decisões anteriores do tribunal na argumentação de seus membros parece ser independente de afinidades partidária.

Em segundo lugar, a escola de formação de um juiz constitucional não parece impactar muito seu padrão de citações. Assim, por exemplo, nada indica que um juiz associado à Universidade de Lisboa irá priorizar a citação de acórdãos relatados por juízes dessa mesma Faculdade de Direito.

Em terceiro lugar, os acórdãos mais citados são, em geral, aqueles mais antigos, redigidos em um momento em que o tribunal busca se consolidar institucionalmente no sistema constitucional português. Talvez por isso, poderiam se considerados com decisões “fundacionais” do TC.

Em quarto lugar, com relação ao grau de consenso obtido pelos acórdãos, aspectos de género e filiações acadêmicas do juiz pouco parecem importar no grau de consenso manifestado no texto dos acórdãos por eles relatados.

A pesquisa sugere algum grau de correlação entre o fato do relator ser magistrado de carreira e a menor manifestação de linguagem associada as consenso no acórdão por ele relatado. Essa correlação, porém, parece ser estatisticamente pouco relevante. Similarmente, o estudo indica que o fato de um juiz ter entrado no tribunal por meio de cooptação aumenta o grau de consenso manifestado no acórdãos por ele relatados. Mais um vez, porém, a diferença entre juízes cooptados e não cooptados nesse grau de consenso é marginal.

As afinidades partidárias de cada juiz, por outro lado, parecem impactar o grau de consenso expresso nos acórdãos relatados, com acórdãos relatados por juízes indicados por partidos com menos indicações a expressar maior grau de consenso. Entretanto, dado o pequeno tamanho da amostra, não é possível tratar com absoluta confiança essas descobertas.

Em quinto lugar, os graus de consensualidade manifestados nos acórdãos parecem variar de acordo com o período em que foram decididos e de acordo com o grau de unanimidade dessas decisões. Quanto ao primeiro ponto, os autores parecem encontrar três padrões associados a três períodos distintos. Em um primeiro período, que vai de 1983 até 1988, parece predominar uma maior consensualidade, em um momento em que o tribunal busca afirmar sua autoridade. Em um segundo período, que vai de 1988 até a primeira década do século XXI, é menos frequente o recurso à linguagem do consenso. Por fim, a partir da segunda década do século XX, o tribunal parece mais uma vez a se valer com mais frequência da linguagem de consenso, justamente naquele momento em que a crise do euro e de instabilidade político-económico, o tribunal foi chamado a se pronunciar em questões controversas e sujeitou-se a maior escrutínio público.

Quanto ao segundo ponto, observam os pesquisadores, um menor uso de expressões de consenso em decisões com maior grau de unanimidade e o maior uso destas em decisões com maior dissenso. Maiorias frágeis parecem demandar uma retórica consensualista.

Em conjunto, a conclusão do autores é a de que o desenho deliberativo do tribunal tende a reduzir o impacto da filiação político-partidário, do género e da trajetória acadêmica e profissional nas decisões do tribunal. Ao mesmo tempo, notam, o recurso à linguagem de consenso é mais frequente naqueles momentos e situações em que o tribunal sente a necessidade de reafirmar sua autoridade e a legitimidade de suas decisões.

Esse é, o retrato geral do comportamento do Tribunal Constitucional Português. Apesar de ser um tribunal consideravelmente politizado, suas intervenções na política foram, apesar de importantes, menos comuns do que se esperaria tendo em vista o desenho do sistema de fiscalização de constitucionalidade no país. Apesar também do carácter marcadamente partidário do processo de nomeação de seus juízes, as decisões do tribunal são relativamente pouco partidárias. Isso é resultado do desenho do tribunal e seu impacto no modelo deliberativo. Além disso, é um tribunal pouco responsivo às preferências de agentes externos, seja a opinião pública, sejam eles agentes políticos e outras instituições e poderes. O fim da possibilidade de recondução para o cargo apenas reforçou essa característica do tribunal. É nesses dois pontos, o carácter unitário de suas decisões e uma baixa sensibilidade aos interesses de terceiros, que o Tribunal Constitucional português parece se diferenciar mais do Supremo Tribunal Federal brasileiro. É o que veremos à seguir.

IV. II. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO COMO ATOR POLÍTICO

A transição da ditadura à democracia no Brasil se deu em condições bem diferente das observadas em Portugal. Sem os cravos e sem revolução, este processo foi resultado de uma negociação entre agentes do regime de autoritário e diferentes forças de oposição. Durante seu desenrolar, o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi duplamente criador e criatura.

A existência de um tribunal supremo com a função de exercer o controle de constitucionalidade das leis antecede, e muito, a nova república nascida com a redemocratização. O principal autor da constituição republicana de 1891, o jurista e estadista Ruy Barbosa, inspirara-se no modelo norte-americano para nela desenhar um modelo de controle difuso e concreto[78]. Ainda que sem o protagonismo que alcançaria em anos recentes, esse tribunal sobreviveu por toda história republicana brasileira, atravessando até mesmo as ditaduras do Estado Novo (1937-1945) e a ditadura civil-militar que dominou o país de 1964 à 1985. Durante esta última, foi instaurado pela primeira vez no país um sistema de controle concentrado e abstrato no país. A emenda constitucional nº 16, de novembro de 1965, conferia ao STF o poder para, mediante representação do Procurador-Geral da República, exercer o controle *a posteriori* dos ato normativos federais (DEL RÍO, 2014: 1174)[79].

A concentração do poder representação de inconstitucionalidade nas mãos do Procurador-Geral o transformou na prática em um *gatekeeper* da jurisdição constitucional. O entendimento predominante nesta instituição era o de que a

[78] Segundo Lêda Boechat Rodrigues (1991:1), ainda no fim da monarquia brasileira o Imperador Pedro II teria sugerido o estudo do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das leis para que fosse replicado no país. Com isso, o Poder Moderador exercido pelo monarca seria transferido a um novo Tribunal Supremo. A queda do império quatro meses depois abortou, porém, esse plano. A criação do tribunal só se concretizaria, então, com o Decreto nº 510/ 1890, que se adiantou à Constituição de 1891, a primeira a prever sua existência. De sua composição, naquele momento, faziam parte muitos dos membros do agora extinto Supremo Tribunal de justiça do Império.

[79] Segundo José Afonso da Silva, o embrião da ação de direta de constitucionalidade no direito brasileiro foi a ação direta interventiva, surgida inicialmente na Constituição de 1934 e que se manteve nas constituições posteriores. Por meio dela, o Procurador-Geral da república requeria a intervenção da união em estados da federação para coibir violação à princípios constitucionais sensíveis ou lei federal. Ao longo do tempo, tal instituto passou a ser utilizado não para pedir uma intervenção no governo, mas a inconstitucionalidade em abstrato de dispositivos de constituições estaduais que conflitavam com a constituição federal (RODRIGUES, 2007).

representação não era um dever, mas sim um poder discricionário do PGR, que poderia escolher arquivar eventuais pedidos de representação nele protocolados de acordo com seu julgamento. O PGR, porém, não era de todo independente, visto que indicado pelo presidente da república e por ele passível de demissão *ad nutum*. Como nota Arantes (2002: 41),

> diante da estrutura federativa brasileira e do fato do regime ter permitido competição "intra-oligárquica" nos estados, evitando soluções draconianas, como nomeações unilaterais de interventores, uma forma auxiliar de controle das administrações pública estaduais era precisa.

Com isso, na prática, o Procurador-Geral da República no Brasil fazia a vezes de um fiscal dos estados, em benefício dos interesses da União.

Apesar destas restrições, alguns autores apontam que, mesmo antes da promulgação da constituição de 1988 um insipiente processo de judicialização da política começava a tomar formar, com o Supremo Tribunal Federal aumentando suas incursões na seara política nacional Arantes, por exemplo, mostra que o crescimento no número de ações de inconstitucionalidade do tribunal sobe significativamente após o volta do poder político à mãos civis, em 1985, porém antes mesmo da promulgação da nova carta constitucional já um crescimento visível (ARANTES, 2002: 93). Arguelhes e Sussekind chamam atenção para a judicialização quando da não aprovação da emenda Dante de Oliveira, que convocava eleições gerais para presidente.

Nestas ocasiões o tribunal teria inovado em suas interpretações da constituição e influído de maneira importante no debate político da época [80] (ARGUELHES, SUSSEKIND: 2017). Foi, porém, apenas após a promulgação da nova constituição que o

[80] No fim da ditadura civil-militar brasileira, em 1983, o deputado Dante de Oliveira apresentou emenda à constituição de 1967 na qual estabeleciam-se eleições diretas para presidente no ano seguinte, a primeira desde 1960. Uma ampla aliança entre partidos de oposição ao regime, movimentos sociais e sociedade civil se formou ao redor da emenda, criando um movimento que, em seu auge, levou até 1,5 milhões de pessoas às ruas. A emenda apenas conseguiu, porém, 298 dos 320 necessários para sua aprovação na Câmara dos Deputados. Sua derrota se deveu, em parte, à ausência de quase 113 deputados na votação. A constituição brasileira de 1967 estabelecia que a apresentação de emenda constitucional a aprovação de 1/3 dos "membros" das casas legislativas, ao passo que sua aprovação dependia de 2/3 dos "votos dos membros". Valendo-se dessa redação discrepante, os apoiadores da emenda argumentavam que a constituição apenas exigia 2/3 dos membros presentes à sessão legislativa, razão pela qual a emenda teria sido aprovado (ARGUELHES; SUSSEKIND, 2017: 6).

STF deixou de vez de ser "aquele outro desconhecidos", nas palavras do Ministro Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, 1968)[81].

Os inícios dos trabalhos da nova constituinte foram impactados por dois fatores relevantes para as discussões acerca do desenho do STF. Em primeiro lugar, já havia no país um sistema eleitoral relativamente competitivo, com alguns partidos razoavelmente consolidados e com considerável distância ideológica entre alguns deles, e essa competitividade se refletiu na composição na assembleia constituinte. Seus membros eram congressistas eleitos, e não constituintes votados ou escolhidos especificamente para atuar apenas na constituinte. O processo constituinte brasileiro, assim como em boa parte da América Latina, foi multilateral, ou seja, não foi fruto da decisão de um grupo unitário no poder, mas sim de acordos e barganhas entre diferentes grupos, cada um deles com poder de vetar propostas dos demais. O resultado disso, é o desestimulo à criação de instituições concentradoras de poder político em apenas um grupo e a proliferação de instituições que evitam o arbítrio no uso do poder político pelo grupo político no poder, como tribunais constitucionais (RÍOS-FIGUEROA; POZAS-LOYO, 2010).

O segundo fator a ser levado em consideração é o fato de que STF já estava constituído antes mesmo da nova constituição. Seus ministros foram atuantes para garantir que grandes revoluções no desenho do tribunal não se operassem (KOERNER; BARROS DE FREITAS, 2013: 145). Durante a Comissão Afonso Arinos, que reunia juristas e intelectuais para elaborar um anteprojeto de constituição a ser entregue à assembleia, os ministros do STF propuseram a manutenção do tribunal na forma que existia, salvo por algumas alterações menores. Essa visão terminou por prevalecer na comissão, contra a sugestão de José Afonso da Silva de transformar aquele tribunal em um tribunal constitucional puro (KOERNER; BARROS DE FREITAS, 2013: 147; RODRIGUES, 2007: 314).

Na subcomissão de justiça e cidadania da Assembleia, o muito criticado monopólio do Procurador-Geral da República para propor ação direta de constitucionalidade cai por terra. Em parte, como reação a este monopólio, em parte influenciado pelo modelo português e por doutrinas alemãs, como a da "sociedade aberta

[81] Como notam Arguelhes e Sussekind (2017), essa possível judicialização ainda em um período pré-democrático parece enfraquecer a tese de que a democratização política seja condição necessária ou suficiente para o fenômeno de judicialização da política.

de intérpretes da constituição" (HÄBERLE, 2012), há uma ampliação do rol de legitimados para propositura desta ação. Se nos fiarmos nos relatos de Plínio de Arruda Sampaio, relator desta comissão, e José Afonso da Silva, que nela atuou como consultor do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), essa mudança não teria se dado como um sinal de desconfiança quanto aos políticos ou resultado de incerteza quanto a qual coalizão conseguiria hegemonia nas arenas majoritárias. Seria apenas resultado de um esforço de democratização do controle de constitucionalidade (RODRIGUES, 2007).

Uma união entre setores mais conservadores da constituinte, agrupados no bloco denominado "centrão", com os ministros do STF, ciosos de manter seu *status quo*, garantiu que, exceto pela mudança no rol dos legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade, mudanças maiores no modelo de indicação e no número desses ministros, na duração de seus mandatos e nas competência do tribunal, fossem rejeitadas (RODRIGUES, 2007; KOERNER; BARROS DE FREITAS, 2013). Ao final, o tribunal que emergiu não se distinguia muito do que existira até então e, de maneira geral, seu desenho institucional se mantém até hoje.

O STF atual é composto por 11 juízes, chamados de "ministros", escolhidos dentre brasileiros natos com mais de 35 e menos de 70 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 102, CRFB)[82], indicados pelos Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado. Estes ministros possuem "vitaliciedade", ou seja, permanecem no tribunal até voluntariamente se aposentarem ou até chegarem a idade-limite de 75 anos de idade, quando são, então, compulsoriamente aposentados. Em tese, a inexistência de um pacto informal interpartidário quanto à distribuição equânime de assentos no tribunal, como existente em Portugal, e a não exigência de supermaiorias para aprovação no Senado, implicaria em juízes menos moderados que seus contrapartes portugueses e mais alinhados ao partido do governo que o indicou. Entretanto, não é exatamente isso que acontece na prática[83].

---

[82] Faltam parâmetros objetivos para auferir a presença dos requisitos de reputação ilibada ou notório saber jurídico. O texto constitucional sequer estabelece de maneira clara que ministros do STF devem ser bacharéis em direito, ainda que o único caso de não bacharel em direito indicado tenha sido no governo no governo de Floriano Peixoto, que em 1893 indicou o médico Barata Ribeiro, seu aliado político, ao tribunal. O Ministro Barata Ribeiro exerceu o cargo por quase um ano, até ter sua nomeação finalmente rejeitada pelo Senado (RODRIGUES, 1991: 42).

[83] Em estudo analítico das ADIs interpostas no STF entre 2002 e 2009, Mueller e Jaloretto chamam a atenção, em primeiro, para o grande número de decisões consensuais no tribunal (90%) e, em segundo lugar, de que não existem evidência conclusivas de que haja uma correlação forte entre as decisões dos

Algumas explicações para isso podem ser aqui aventadas, Em primeiro lugar, o fato deste juízes não possuírem mandatos fixos e de relativa curta duração, mas sim mandatos que duram até sua aposentadoria aos 75 anos, teria impacto no carácter não partidário do tribunal [84] . Somado a diversas garantias, como inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e autonomia funcional, esse mandato fixo garante uma menor dose de responsividade às coalizões políticas majoritárias e, consequentemente, maior independência. Além disso, em razão de seus longos mandatos, mesmo que o ministro tenha afinidade ideológica com o partido que o indicou, essa afinidade pode se perder ao longo de sua extensa carreira no tribunal.

Em segundo lugar, a grande fragmentação e heterogeneidade das coalizões governamentais no presidencialismo de coalizão brasileiro. Para manter sua base aliada, o Presidente se vê impelido a fazer concessões quanto a suas indicações para o STF. Isso significa não só delegar na prática essa indicação para partidos de sua base e aliados regionais, como garantir que suas indicações estejam afinadas com a posição mediana de sua coalizão. A indicação poderia, assim, ser motivada por uma barganha política. Isso explicaria, por exemplo, porque o Presidente Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, líder de um governo marcadamente de esquerda, indicou ao tribunal juristas de orientação conservadora, como o Ministro Menezes Direito[85]. Por isso, notam Arguelhes e Ribeiro, mesmo quando o Presidente conta com maioria sólida no Senado, sua indicação ao STF se dará por uma interação estratégica entre suas preferências pessoais, as preferências de seu partido e as preferências dos diferentes partidos que integram sua coalizão (ARGUELHES, RIBEIRO, 2010: 130).

Em terceiro lugar, a ideologia de um juiz não é um sistema fechado, coerente, que necessariamente vá coincidir com a do presidente que o indicou. A convergência se dá mais em questões específicas, pontuais, do que de maneira mais ampla. Um juiz indicado por um governo de direita pode ter um posicionamento liberal em questões econômicas que coincida com o do Presidente que o indicou, mas pode ter uma posição

---

ministros do tribunal e as preferências do partido do presidente que o indicou (MUELLER, JALORETTO, 2011).

[84] Até 2015, a idade legal para aposentadoria de um ministro do STF era 70 anos. Essa idade foi aumentada para 75 pela Emenda Constitucional nº 88/15, informalmente denominada de "PEC da bengala", no bojo das disputas políticas entre a Presidente Dilma Roussef e o Congresso Nacional.

[85] Curiosamente, o próprio Lula da Silva, anos depois, teria dito que "o Direitão foi minha melhor indicação" (RECONDO, WEBER, 2019: 218).

mais "garantista" em questões criminais, mais favorável ao réu, do que a desse mesmo Presidente, que adota um discurso de "lei e ordem" e "defesa da sociedade". Mueller e Machado sugerem, nessa linha, que os pontos de polarização entre os ministros do STF não se dão em torno dos eixos "progressista x conservador" ou "esquerda x direita", e sim em torno de dois outro eixos: (1) posição com relação a agenda econômica do executivo e (2) posição com relação a autonomia dos estados (MUELLER, FERREIRA, 2014).

Em quarto lugar, existem motivos externos à atuação do tribunal que motivam indicações presidenciais. Esses motivos não estão relacionados ao desejo de influir nas decisões do STF, mas em outros interesses políticos do presidente. Para além do acima mencionado caso de barganha, que seria motivado pelo desejo de obter apoio político em certas questões, poderia haver casos de sinalização, através do qual o presidente mandaria uma mensagem, um sinal, à sociedade em geral e a seus eleitores em particular (ARGUELHES, RIBEIRO, 2010: 132). A indicação do Ministro Joaquim Barbosa, foi fruto do desejo deliberado do Presidente Lula de indicar um juiz negro para o tribunal (RECONDO, WEBER, 2019: 182). Do mesmo modo, o Presidente Bolsonaro, ao indicar o Ministro André Mendonça, ao tribunal, o fez motivado, ao menos em parte, pelo compromisso de indicar um ministro "terrivelmente evangélico" ao tribunal (FURONI, 2021).

Para além disso, é preciso lembrar que decisões dos juízes são estratégicas, não necessariamente refletindo seu posicionamento ideológico, e que tão importante quanto sua ideologia política, é sua "ideologia judicial", ou seja, o modo como enxergar sua tarefa com juiz e o papel do tribunal do qual faz parte. Dessa maneira, um ministro convictamente deferente à decisões majoritárias, mas que divirja do presidente pode ser mais benéfico ao governo do que um que seja mais alinhado, porém mais ativista (ARGUELHES, RIBEIRO, 2010: 135).

Por isso tudo, não é correto presumir que haverá um convergência ideológica tão grande entre as decisões de um ministro do STF e a do Presidente que o indicou. Pode ser, ressalte-se, que esta situação esteja a mudar. No julgamento do chamado "mensalão" (Ação Penal 470/ MG), um grande esquema de compra de votos de congressistas em troca de apoio ao governo Lula, resultou na prisão de diversos políticos. A situação se repetiu durante os julgamentos da "Operação Lava Jato", que culminou na prisão do Presidente Lula da Silva, a qual, ao menos em sua fase inicial, encontrou apoio até mesmo em decisões de Ministros indicados pelo Partido dos Trabalhadores. A experiência

"traumática" desses julgamentos pode, portanto, ter inaugurado um novo padrão de indicações ao STF em que a fidelidade absoluta ao Presidente se torna o ativo mais importante de um candidato ao tribunal. Ainda é, porém, muito cedo para afirmar que há um alteração consistente no padrão até agora observado.

Os onze ministros do tribunal se organizam em três órgãos: duas turmas, o plenário do tribunal e o Presidente (art. 3º do Regimento Interno do STF). Ainda que o artigo 12 do Regimento Interno estabeleça que o presidente no tribunal é eleito por seus pares para um mandato de 2 anos, há uma convenção constitucional de que a presidência é exercida de maneira rotatória, sendo exercida pelo ministro de maior antiguidade que ainda não tenha sido presidente do tribunal. Dessa maneira, em tese, todos os ministros exercem o cargo, à menos que se aposentem antes de chegar sua vez na linha sucessória. O presidente do STF preside as sessões plenárias e, via de regra, não vota no julgamentos, exceto quando, em certos casos, seja necessário exercer voto de qualidade (art. 13, IV, do RISTF). Fora dessas circunstâncias, o presidente pode decidir monocraticamente, ou seja, sozinho, durante o período de recesso do tribunal (art. 13, VIII, do RISTF) e em caso de suspensão de segurança (art. 297 do RISTF). Nesses casos, sua decisão é temporária, e deve ser posteriormente referendada pelo plenário ou pelas turmas do tribunal. Além disso, ao presidente do tribunal cabe definir discricionariamente as pautas de julgamentos, o que dá a ele um enorme poder sobre o timing do STF (SILVA, 2021: 504).

O plenário do tribunal é composto pelos 11 ministros e a ele cabe decidir em ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADPF, ADC, . Além disso, cabe também a ele decidir em certos casos de controle concreto e incidental de constitucionalidade. Neste caso, a exigência de julgamento pelo plenário decorre do chamado "princípio da reserva de plenário", estabelecido no art. 97 da CRFB, que exige que a constitucionalidade de uma norma seja apenas apreciada pelo pleno do tribunal. Isso não quer dizer que as turmas não possam discutir por via incidental a constitucionalidade de leis e atos normativos. Elas podem, e se decidem pela constitucionalidade, o julgamento prossegue normalmente no órgão fracionário. Se, no entanto, a decisão for pela inconstitucionalidade, o julgamento deve ser enviado ao plenário para que dê a palavra final sobre a questão da constitucionalidade. Esse decisão do plenário irá, então, balizar a decisão no caso concreto analisado pela turma (BARROSO, 2012: 124).

São duas as turmas do tribunal, cada uma delas com cinco ministros, e sua divisão não obedece a nenhum critério de natureza temática. Essas turmas decidem em última estância sobre temas de natureza não constitucional, funcionando com órgãos julgadores de cúpula no sistema jurídico. Entretanto, como acima aclarado, em certas circunstâncias é possível que questões de constitucionalidade sejam debatidas. A distribuição dos ministros nas turmas é aleatória, e qualquer um de seus membros pode solicitar à presidência para o tribunal a transferência para outra turma. Com isso, não só é possível que entendimentos bastante discrepantes sobre certos tópico coexistam nas duas turmas, como a mudança em sua composição pode ter resultados significativos para o perfil e posicionamento de cada um desses órgãos[86].

Como órgão de cúpula do judiciário e tribunal constitucional, o STF possui competências consideravelmente amplas, definidas ao longo das 17 alíneas do artigo 102 da constituição brasileira. Aqui nos concentraremos naqueles mais relevantes para a atuação política do tribunal, em especial, aquelas relacionadas aos controles concreto e abstrato de constitucionalidade.

A constituição brasileira estabelece que o STF é órgão responsável por julgar as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), ações diretas de constitucionalidade por omissão (ADO), ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e arguições de descumprimento de preceito fundamental. Esse controle se dá, via de regra, a posteriori, ou seja, após a promulgação da norma questionada[87].

Ações diretas de inconstitucionalidade são cabíveis quanto a leis e atos normativos federais e estaduais, tratados internacionais [88], decretos legislativos,

[86] Nos últimos anos, em especial após a COVID-19, um número crescente de casos do STF têm sido decididos no chamado "plenário virtual", uma "arena de julgamentos assíncronos e remotos que existe paralelamente aos julgamentos físicos" (BARBOSA; GLEZER, 2023: 65). Segundo estimativa de Barbosa e Glezer (2023), em 2020, 95% dos julgamentos do tribunal ocorreram em ambiente virtual.

[87] Não obstante, o STF possui entendimento relativamente pacífico no sentido de que é cabível mandado de segurança interposto por membro do congresso nacional quanto a atos da mesa diretora da casa legislativa da qual faz parte relativos ao processamento de propostas de emenda Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4° da constituição brasileira (BARROSO, 2012: 68). Não seria, errado, portanto, afirmar que excecionalmente o direito brasileiro admite o controle preventivo de constitucionalidade das leis exercido pelo STF.

[88] Tratados internacionais possuem força de lei ordinária no direito brasileiro. O STF tem o entendimento, porém, que tratados de direitos humanos possuem força supralegal, estando hierarquicamente acima de leis ordinárias, mas abaixo da constituição. Além disso, o parágrafo 3º do artigo 5º da constituição brasileira estabelece que tratados internacionais de direitos humanos podem adquirir *status* constitucional se sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro se der por processo legislativo semelhante ao necessário para a aprovação de emendas à constituição.

resoluções, decretos autônomos, e emendas constitucionais (art. 102, CRFB). Neste último caso, a inconstitucionalidade arguida pode ser tanto formal, quando houver vício no processo de emenda, quanto material, quando houver conflito com as cláusulas pétreas do artigo 60, parágrafo 4º. São legitimados a propor esta ação o Presidente da República, as mesas do senado e da câmara dos deputados, as mesas das assembleias legislativas estaduais e da camara legislativa do distrito federal, os governadores dos estados e do distrito federal, o Procurador-Geral da República, o conselho federal da Ordem dos Advogados Brasileira, os partidos políticos com representação no congresso e entidades sindicais e de classe com âmbito nacional (art. 103, CRFB). É um rol bastante alargado de legitimados, no que, como já se afirmou, a constituição brasileira de 1988 em muito inovou quanto ao regime anterior. As decisões do STF do julgamento destas ações tem efeito vinculante, eficácia *erga omnes*, e efeito retroativos. O STF, pode, porém, por voto de dois terços de seus membros, modular os efeitos dessa decisão em nome da segurança jurídica e de excecional interesse social (artigo 27 da Lei 9.868/1999).

Ações diretas de constitucionalidade visam a declaração de compatibilidade de leis ou ato normativos federais, porém naos os estaduais, com a constituição brasileira. Seus legitimados são os mesmos das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, CRFB). E as normas passíveis de declaração de constitucionalidade são as mesmas da de inconstitucionalidade.

Tal qual em Portugal, o direito constitucional brasileiro também adota a ideia de violação aos ditames constitucionais por meio de omissão normativa. Quando a constituição impõe a criação de normas jurídicas necessárias para efetivação de mandamento constitucional, mais especificamente, de normas constitucionais de organização e definidoras de direito, o STF pode vir a ser chamado para se pronunciar através de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO) . Suas decisões, quando dirigidas a outros poderes, terão a forma de uma notificação quanto a necessidade se tomarem providências. Quando dirigidas a órgãos administrativos, porém, sua decisão se reveste de carácter impositivo (BARROSO, 2012: 265) . Seus legitimados ativos serão, novamente, os mesmos dos demais casos de ações diretas de inconstitucionalidade.

A figura da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF) estava presente no texto original da constituição brasileira, no parágrafo único do artigo 102, mas o atendimento imperante é que seu cabimento só seria possível após edição de lei que a regulamentasse, o que só ocorreu em 1999 com a lei 9.882/99. Existem lei que

vem para aclarar institutos constitucionais de contornos pouco nítidos. Esta lei não foi uma delas. Em tese, ADPF visa "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do poder público". O que exatamente configura um preceito fundamental, não é, porém, claro. Desde então, a jurisprudência constitucional brasileira tenta, aos poucos, construir parâmetros para sua aplicação. De início, parece haver uma sobreposição entre esta ação e ações diretas de inconstitucionalidade, perceção agravada ainda mais pelo fato de compartilharem o mesmo rol de legitimados para sua proposição. ADPFs, porém, acabam por ter uma função subsidiária, na medida em que tem por objeto normas não passíveis de questionamento por meio de ADI. São o caso, por exemplo, de normas municipais e normas anteriores à constituição[89]. Além disso, também tem sido utilizada para demandar que o STF fixe uma interpretação única, de acordo com a constituição, para uma norma que sequer tem sua constitucionalidade questionada.

A constituição brasileira atribui ao STF, o papel de árbitro da federação, cabendo a ele "julgar causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respetivas entidades da administração indireta" (art. 102, I, f), da CRFB). Nessa qualidade, cabe a ele julgar ação direta interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, em que se propõe a intervenção do governo federal em estado da federação para impedir ou sanar eventual violação à lei federal e a certos princípios constitucionais elencados nas alíneas do inciso VII do artigo 34 da constituição brasileira.

Como órgão de cúpula do judiciário, cabe ao tribunal julgar recursos ordinários contra decisões de tribunais superiores que denegam pedidos de habeas corpus, mandatos de segurança, habeas datas e mandado de injunção e atuar como tribunal de segunda instância em crimes políticos (art. 102, II).[90] Além desses casos, cumpre ao STF julgar recursos extraordinário interpostos contra causa decidas em única ou última instância quando se alegar que a decisão contraria dispositivos da constituição, quando a decisão julgar como válida lei ou ato federal de constitucionalidade contestada, ou julgar como válida lei local julgada como válida em face de lei federal (art. 102, III, CRFB). De

[89] Não seria possível questionar via ADI normas anteriores porque estas normas não envolveriam problemas de constitucionalidade, mas sim de recepção. Normas anteriores à constituição e com ela incompatíveis simplesmente não existiriam no ordenamento jurídico.

[90] Existem três tribunais superiores no Brasil: o Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão de cúpula da justiça trabalhista, o Tribunal Superior eleitoral (TSE) , órgão de cúpula da justiça eleitoral; e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) , órgão de cúpula da justiça comum. Acima de todos eles, coloca-se o STF.

maneira geral, o controle concreto de constitucionalidade realizado pelo STF possui validade apenas entre as partes e restritas ao caso concreto decidido, entretanto duas inovações trazidas pela emenda constitucional 45/03 mitigaram essas características.

A primeira delas é a chamada "repercussão geral". Sempre que, uma determinada questão discutida em recurso extraordinário tiver interesse social, político, econômico e jurídico que ultrapasse o interesse das partes, o tribunal, através de maioria simples de seus membros, pode optar pode atribuir a ela carácter de relevância. Dessa maneira, ficam suspensos todos os casos nos demais tribunais em que se discuta a mesma questão. Após julgamento pelo STF, sua decisão passa a ser imperativa e assume autoridade *erga omnes*, devendo ser aplicada por todos os tribunais do país[91]. Desde 2008, essas decisões são sintetizadas na forma de "teses", enunciados curtos na qual se explicita o que foi decidido, ou seja, a norma extraída do julgamento[92].

A segunda inovação é a chamada súmula vinculante. Decisões reiteradas do STF sobre o mesmo tópico discutidas em recursos extraordinário podem ganhar força vinculante e *erga omnes* por meio da edição de súmulas dotadas de força normativa, desde que aprovadas por 2/3 dos membros do tribunal. Dessa maneira, pode expandir a autoridade de suas decisões em controle concreto e incidental de constitucionalidade.

Para além de casos de controle de constitucionalidade, o STF exerce ainda outras competências originárias. Ele é responsável por julgar nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, b, CRFB); as infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de carácter permanente (art. 102, I, c, CRFB).

---

[91] Em geral, votações sobre atribuição ou não de repercussão geral a determinado tema ocorrem no plenário virtual, ou seja, de forma não presencial. Em tese, para além de garantir uniformidade na aplicação da constituição, necessário em um país no qual não há um sistema de *stare decisis* bem estabelecido, tal instituto colaboraria para desafogar o trabalho dos tribunais do país, permitindo a pronta resolução de diversos casos em pouco tempo. Na prática, porém, o STF têm uma tendência a atribuir repercussão geral a mais questões do que é capaz de julgar de maneira célere, o que termina por engessar o trabalho dos demais tribunais.

[92] Mais recentemente, a prática de fixar teses no STF se expandiu de decisões com repercussão geral para alcançar decisões em outros processos. Através dela, o tribunal busca controlar decisões futuras de outros tribunais por meio de enunciados que servirão como orientação. Desta maneira, o tribunal pode expandir ou restringir suas decisões para além do que foi concretamente decidido (CANI, 2017 e 2019)

Este grande número de legitimados para propor ações diretas de constitucionalidade, somados ao fortalecimento institucional do Ministério Público (ARANTES, 2002)[93], à inúmeras competências conferidas ao STF, e a um texto constitucional com amplo catálogo de direitos fundamentais, princípios abstratos e políticas públicas constitucionalizadas (BRINKS, 2009: 12; ARANTES, 2021)[94] contribuiriam não apenas para um crescimento significativo do grau de judicialização da política após a constituição de 1988 como também para que o Supremo Tribunal Federal assumisse posição central no sistema político brasileiro. Segundo expressão de Oscar Vilhena Vieira (2008), o Brasil estaria vivendo um regime de "supremocracia"[95].

Entretanto, explicações institucionalista para esse novo papel do STF, por si só não conseguem explicar a "supremocracia". Como já afirmado, o papel de um tribunal constitucional no sistema político vai depender também da atuação de seus juízes. E essa se dá muitas vezes com resposta a poderes e expectativas de outros atores políticos, a regras institucionais formais e informais daquela ordem constitucional, mas também a aspetos relacionados a cultura organizacional do tribunal, ou seja, como juízes enxergam o papel da instituição que integram e seu próprio papel nela. Só assim é possível compreender porque, como notou Arguelhes (2020), o STF foi consideravelmente tímido em sua tarefa de fiscalização de constitucionalidade de medidas provisórias ao longo de boa parte da década de 1990, apesar do arranjo institucional da nova ordem constitucional abrir oportunidade e oferecer incentivos para uma postura bem mais assertiva. "Variáveis

[93] Esse fortalecimento institucional, note-se, não se iniciou com a constituição brasileira de 1988, que em boa medida apenas reproduziu algumas conquistas para esta instituição obtida na lei orgânica do Ministério Público (Lei complementar nº 40/81), promulgada ainda durante o governo militar. O Ministério Público já atuava como "fiscal da constitucionalidade das leis e atos normativos desde o início do regime militar, guardião do interesse público ampliado desde 1973, instituição definida como permanente e essencial à prestação da justiça desde 1981 e, finalmente, agente principal da defesa de interesses difusos e coletivos pela lei da ação civil pública", antes mesmo de 1988 (ARANTES, 2002: 76). O que há de realmente distintivo após a nova constituição é um reforço em seu grau de autonomia, principalmente pelo estabelecimento de uma autonomia funcional que torna cada promotor em um "agente político da lei rigorosamente independente" (ARANTES, 2002: 80). Em especial, o Procurador-geral da República deixa de ser agente de confiança do executivo, passível de demissão *ad nutum* pelo Presidente da República, e agora passa a gozar de mandato fixo. Além disso, sua indicação pelo chefe do executivo agora requer aprovação de maioria absoluta dos Senadores.

[94] É comum a narrativa de que a constituição brasileira de 1988 buscou uma hiperconstitucionalização das relações sociais, políticas e econômicas, naquilo que Vieira (2008: 446) chamou de "compromisso maximizador" por uma desconfiança do legislador constituinte com relação aos futuros legisladores.

[95] Vieira identifica ainda outros fatores institucionais que podem ter contribuído para fenômeno. Um deles é abertura do tribunal para argumentos de ordem consequencialista em razão de sua abertura para considerações de ordem técnica e empírica trazidas por meio de audiências públicas e da participação de *amici cúriae*. Entretanto, é preciso ser um pouco cético quanto ao real impacto dessas audiências nas decisões dos ministros do tribunal (LEAL, HERDY, MASSADAS, 2018).

exógenas", para usar a expressão de Arguelhes (2014), não são capazes de explicar por si só porque esse processo de judicialização ocorreu no Brasil. Podem ser condição necessária, porém não suficiente.

Uma possível explicação, para este comportamento auto-restritivo inicial estaria na composição do tribunal. A constituição de 1988 manteve no STF todos os juízes nomeados antes de sua promulgação, alguns deles, inclusive, durante o período autoritário. Boa parte destes juízes lá permaneceu durante os primeiros anos da nova carta constitucional. A interpretação que estes possuíam de seus poderes e funções estaria mais alinhada à visão predominante na ordem constitucional anterior, na qual o tribunal possuía papel mais contido controle dos atos normativos e o acesso ao tribunal era mais restrito (ARGUELHES, 2020). Em outras palavras, a formação e o perfil dos juízes que compunham o STF nos anos iniciais da redemocratização brasileira os tornavam menos abertos a qualquer esforço de judicialização da política. Dessa maneira, apesar de não terem conseguido manter o desenho do tribunal existente antes de constituição brasileira de 1988, principalmente no que se refere ao monopólio da representação de inconstitucionalidade nas mãos do Procurador-Geral da República, este ministro do "antigo regime" foram capazes de fazer prevalecer suas preferência através de interpretação restritiva dos próprio poderes (ARGUELHES, 2014: 32)[96]

Isso não significa é claro que instituições e cultura profissional dos ministros sejam explicações excludentes. Na verdade, ambas estão interligadas (KAPISZEWSKI, 2010). Em um tribunal institucionalmente fraco e pouco independente, juízes mais "ativistas" dificilmente iriam prosperar. Ao mesmo tempo, instituições podem moldar essa cultura institucional. Em estudo recente, Arantes (2022) argumenta de maneira bem fundamentada que a carreira pretérita de um ministro do STF termina por moldar seu perfil no tribunal e, consequentemente, impacta suas decisões tanto ou mais do que sua ideologia. Um ministro que tenha construído, por exemplo, sua carreira no ministério público tenderia a ser mais "punitivista" ao julgar processos criminais envolvendo políticos com foro privilegiado. Entretanto, ministros que tenham construído suas carreiras em um ministério público com pouco independência do executivo, como o

[96] Essa explicação culturalista não exclui, porém, explicações estratégicas para a atuação contida no tribunal brasileiro nos primeiros anos da nova república. Pode ser, também, que esta possa ser explicada por uma certa prudência de um tribunal ainda reticente quanto aos impactos políticos e institucionais resultantes do uso desses novos poderes (ARGUELHES, 2014: 37).

existente no Brasil durante a ditadura militar, possivelmente seriam menos ativos na condenação desses agentes políticos do que aquelas que construíram sua carreira em um ministério público com maior autonomia.

Assim como no caso do comportamento do STF, o simples aspeto institucional não é capaz de, por si só, explicar o crescimento recente no número de casos em que o tribunal é acionado por atores legitimados. Certamente, como afirmado, a ampliação significativa no rol de legitimados e a maior independência do ministério público contribuíram para isso. Entretanto, o acionamento do STF é ditado não apenas pelo desenho das instituições brasileiras, mas também por considerações estratégicas e pelo ambiente político. Da Ros e Taylor identificam três tipos de considerações que motivariam o uso do STF por atores políticos. Em primeiro lugar, a judicialização seria fruto de considerações estratégicas de minorias oposicionistas que buscam retardar ou vetar medidas de um governo majoritário. A intenção de "marcar posição" e sinalizar para suas bases disposição para o combate ou que "a luta não está perdida" também poderia ser em levada consideração nesse tipo de estratégia. Em segundo lugar, a intenção de buscar uma arbitragem para interesses em conflitos. Grupos de interesse e entidades classistas seriam animados maioritariamente por esse tipo de intenção ao recorrer ao tribunal em ações abstratas de inconstitucionalidade. Em terceiro lugar, a judicialização poderia ser uma estratégia de gestão de coalizão de governos majoritários. O governo buscaria a ação do tribunal para superar situações de impasse, tomar medidas de difícil consenso dentro da própria coalizão ou tornar nulas normas indesejadas (DA ROS, TAYLOR: 2008; ARGUELHES, RIBEIRO, 2019: 8).

Como deve estar evidente, as explicações para a judicialização da política brasileira aqui exploradas até agora não foram muito diferentes das explicações convencionais já discutidas na literatura internacional e tendo por objeto outros tribunais constitucionais. Entretanto, existe uma particularidade nesse processo de judicialização que demanda adaptações desses modelos: o alto grau de descentralização e o individualismo de seus juízes.

Tornou-se um lugar-comum na literatura constitucional brasileira criticar este excessivo individualismo dos Ministros. Essa crítica engloba, na verdade, duas críticas distintas que, porém, se relacionam e reforçam. A primeira delas decorreria do modelo de tomada de decisões do tribunal, excessivamente atomizado e pouco deliberativo. O STF seria um "tribunal de solistas" (MENDES, 2012) e seus ministros seriam "onze ilhas"

(MENDES, 2010). A segunda estaria direcionada sua atenção ao imenso poder individual de cada ministro. A ideia de "supremocracia" daria, assim, lugar a de "ministrocracia" (ARGUELHES, RIBEIRO, 2018).

Decisões deliberativa emanadas de tribunais constitucionais possuem idealmente três características. Elas devem (1) ser bem informadas por argumentos e informações trazidos por atores externos e que podem ser refinados pelo diálogo com tribunal ; (2) elas devem ser resultado de um diálogo franco entre juízes que se respeitam e estão comprometidos em chegar a uma posição comum; e elas devem (3) ser consistentes, coerentes e claras de modo a convidar atores externos a um diálogo contínuo com o tribunal (MENDES, 2010; MENDES, 2013).O STF falharia nos três requisitos.

De maneira geral, o STF não busca ouvir e dar respostas diretas a atores externos ao tribunal. Para além das partes no processo, o tribunal possui dois mecanismos de abertura a esses atores externos. O primeiro são as audiências públicas (art, 9º, §2º, da Lei nº 9.868/99), nas quais especialistas trariam informações técnicas e poderiam ser questionados pelos membros do tribunal. O segundo, o instituto do *amicus curiae* (art, 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99) nos quais o tribunal teria a chance de ouvir e interagir com argumentos práticos trazidos por membros da sociedade civil. Na prática, audiência públicas são fóruns de discussão esvaziados, tem pouco impacto no voto dos ministros e raramente ensejam uma real conversa entre os juízes no tribunal e os especialistas (LEAL; HERDY; MASSADAS, 2017). Em ambos os casos, na falta de critérios objetivos e controláveis acerca dos terceiros chamados se pronunciar, a escolha deste fica ao arbítrio do relator, dando margem a críticas quanto a transparência e seletividade dessa seleção (GONÇALVES PEREIRA 2016: 150)

O "diálogo" com a sociedade frequentemente se dá como monólogo, às vezes anônimo, por meio de opiniões "*em off*" na imprensa, às vezes mais escancarado, através de entrevistas e falas públicas. Sendo 11 ministros, são onze vozes distintas a mandar recados e sinalizar publicamente posições. Outras vezes, esse diálogo se dá de maneira assimétrica. Formalmente assimétrica, em razão da interpretação restritiva do tribunal quanto ao rol de legitimados a questionar a constitucionalidade das normas por via de ação direta. Essa assimetria decorre, em primeiro lugar, da interpretação prevalecente de instituições como "entidades de classe", que adota uma noção corporativista e econômica de classe. Com isso, ficam delas excluídas, por exemplo, organizações que representam grupos vulneráveis, como a mulher, negros, indígenas e a população LGBTIQ+. Além

disso, prevalece ainda interpretação de que a legitimidade de certos atores, inclusive "entidades de classe" e estados da federação, para propor essas ações está condicionada a critério de "pertinência temática" (GOMES, 2020). Também informalmente assimétrica tendo em vista a ausência de mecanismos formais de regulação do encontro entre os ministros do tribunal e partes interessadas nas ações por eles julgadas. Há uma obrigação destes ministros receberem estas partes (art. 7º, VIII, Lei nº 8.906/94 e art. 35, Lei nº 35/79), no entanto, não há obrigação de que esses encontros e os assuntos neles discutidos sejam publicizados, e a outra parte não é obrigatoriamente notificada para que possa se pronunciar. Quando muito, esses encontros são comunicados pela divulgação da agenda dos ministros em sítio da Internet. Entretanto, essa divulgação nem sempre ocorre e quando acontece, se dá, em geral, de maneira retrospetiva e informal quanto ao tópico de discussão no encontro (GOMES, 2020). Essa situação é ainda agravada pela prática de ministros se encontrarem com algumas dessas partes em encontros informais, muitas vezes foram do expediente, em encontros privados ou eventos públicos. Com isso, certos grupos e interesses acabam por ser privilegiados encontro outros tem dificuldade em fazer sua voz ser ouvida.

A situação não é muito melhor no âmbito da deliberação interna do tribunal. Seguindo a classificação de Mendes (2010), o modelo de decisão do tribunal seria do tipo *seriatim* e não dialógico. Cada juiz apresenta seu voto separadamente e sequencialmente. Primeiro o relator lê seu voto e depois a apresentação dos votos segue em ordem inversa à antiguidade do ministro no STF. Estes votos, por sua vez, são trazidos à sessão de votação seu voto já prontos, elaborados em gabinete e sem maior diálogo prévio entre os ministros. Praticamente não há também discussão prévia do voto do juiz relator, uma vez que é usual que antes da sessão recebam apenas o relatório por ele elaborado. Dessa maneira, não têm chance de se aprofundar nos argumentos trazidos pelo juiz que mais se aprofundou no caso (SILVA, 2013: 570).

Durante a sessão, por sua vez, é pouca a discussão real de argumentos e tampouco pouco peso é dado à opinião de seus pares. Há uma tendência entre os membros do tribunal a se aferrarem a suas posições iniciais e buscarem vencer o duelo verbal. Mudar de posição, acatar argumentos contrários, poderia ser visto como sinal de fraqueza. A decisão majoritária aí formada já nasce como colcha de retalhos, uma "sobreposição de argumentos teimosos", fruto da agregação de posições comuns encampadas pela maioria e uma reunião de argumentos desconexos utilizados para justificá-las (MENDES,

2010: 18). É, portanto, difícil achar fundamentações comuns, coerentes e consistentes nas decisões do tribunal que transmitam com clareza à sociedade o que foi decidido. Por conseguinte, não só a fixação de precedentes se torna difícil como o diálogo após a decisão acaba por ser prejudicado. Em meio à cacofonia do STF, torna-se difícil a atores externos se engajarem em uma discussão com essa instituição (VOJVODIC, MACHADO, CARDOSO: 2009; LEAL, 2015)[97].

A publicidade da sessões do tribunal apenas acentua estas características do processo deliberativo no tribunal. Desde 2004 as sessões plenárias do tribunal são transmitidas pelo canal de televisão "TV Justiça". Diante dos espectadores, os ministros do tribunal se sentem ainda mais impelidos a mostrar que são "vencedores" na discussão. Os membros do tribunal se mostrariam ainda menos dispostos a cooperar entre si e, eventualmente, ceder em suas posições iniciais. Com isso, discussão terminar por ganhar ares de esgrima verbal e os votos tornam-se exercícios de prolixidade (SILVA, 2018; HARTMANN Et al., 2017; LOPES, 2018; FONTE, 2018).

A prática deliberativa do tribunal é ainda prejudicada pela existência de certas práticas e mecanismos institucionais que concentram excessivamente poder na mão de ministros individualmente considerados. É nesse ponto que a crítica ao carácter não deliberativo do STF se encontra com a crítica à "ministrocracia". Existem poderes conferidos a ministros em razão de posições especiais e poderes conferidos sem distinção a cada ministro[98]. Como exemplo do primeiro tipo de poder, está a competência do Presidente do tribunal para estabelecer a pauta de julgamento e proferir decisões em carácter monocrático durante o recesso[99]. Como exemplo do segundo, está o poder de cada ministro escolher quando liberar para julgamento aquelas ações sob sua relatório, inclusive em ações nas quais já decidiu quanto à liminar.

---

[97] A combinação de decisões no tribunal por votação sequencial e ausência de informação prévia quanto ao votos e argumentos de seus pares não apenas prejudica a deliberação, ao inibir um processo de tomada de decisão bem informado e correção de vieses, como distorce a decisão afastando-a das preferências das maioria (SILVA, 2012).

[98] Arguelhes e Ribeiro chamam o primeiro tipo de poder de individual centralizado e o segundo tipo de poder individual descentralizado (ARGUELHES, RIBEIRO, 2018).

[99] Dimoulis e Lunardi criticam a discricionariedade do presidente do STF na definição da pauta por implicar em uma ausência de critérios objetivos capazes de permitir às partes interessadas prever quando os casos serão julgados. Além disso, nada impede que certos casos aguardem nas gavetas do tribunal por tempo indeterminado.

Não existe no STF um controle de quais casos irão ou não ser julgados pelo tribunal, como os *writs of certiorari* no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Em casos de ação direta de inconstitucionalidade, em tese, estando a ação formalmente apta a ser julgada, deve o tribunal apreciá-la. Entretanto, o *timing* de seu julgamento pode ser controlado de diversas maneira[100]. Os poderes de agenda do Presidente do tribunal e dos Ministros-relatores acima mencionados são alguns deles. Por meio deles, pode o tribunal selecionar o que deve e quando uma ação deve ser julgada de acordo com diferentes considerações. A carga de trabalho do tribunal é uma delas e, como sugerem Dimoulis e Lunardi (2008: 4371), pode ser que em um tribunal sobrecarregado, ações de maior impacto sejam priorizadas. Outras vezes, pode ser que o impacto do julgamento de uma ação no ambiente político e social seja levado em conta. Sem dúvida, porém, a escolha dos casos a serem julgados refletem interesses pessoais de cada ministro (DIMOULIS, LUNARDI, 2008; ARGUELHES, HARTMANN, 2017) .

Cada ministro do tribunal concentra ainda imenso poder de agenda em razão da existência do instituto da "vista processual". Qualquer julgamento pode ser interrompido por um dos ministros do tribunal para que este possa analisar mais detidamente alguma questão em discussão no processo. Até 2022, o artigo 134 do tribunal de determinava que o processo deveria ser devolvido para julgamento na segunda sessão após o pedido de vista, mas o prazo aí estipulado era letra morta. Em 2013, a média de tempo para os pedidos já devolvido para julgamento era de 346 dias. No caso dos pedidos ainda não devolvidos, a média era de 1.095 dias (FALCÃO, HARTMANN, CHAVES, 2014: 92). Recentemente, o artigo 134 foi alterado para estabelecer que, passados 90 dias do pedido de vista, o processo é automaticamente devolvido para votação, o que reduz o poder de agenda dos ministros, mas não acaba com ele completamente. Se dessa vez o regimento interno será capaz de constranger a ação dos ministros, ainda é cedo para afirmar. O pedido de vista, portanto, pode ser muitas vezes usado pelo juiz constitucional como instrumento em suas estratégias. Podem suspender o julgamento quando acreditam que sua posição não prevalecerá ao final do julgamento e o devolver apenas quando o momento político e social lhes parece mais adequado ou quando a própria composição do tribunal se alterou de modo a garantir um votação mais favorável à ela.

[100] Pode-se dizer, porém, que o instituto da repercussão geral cumpre este papel de controlar a porta de entrada do tribunal em casos de controle difuso de constitucionalidade.

A combinação desses poderes de agenda e de controle do *timing* do tribunal com sua competência para a concessão de liminares confere a cada ministro do STF verdadeiro poder de veto sobre o processo político, naquilo que Arguelhes e Ribeiro chamam de "*judicial review* individual". Como explicam estes autores (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018: :

> Em várias espécies processuais, de mandados de segurança a ações diretas de inconstitucionalidade, ministros relatores podem decidir liminarmente e monocraticamente certas questões, podendo inclusive suspender a aplicação de leis, atos normativos ou decisões internas do Congresso Nacional. Essas decisões, porém, não são geralmente vistas como um verdadeiro poder de atuar individualmente sobre a política, por dois motivos: 1. não abrangeriam, tecnicamente, o mérito do caso, mas apenas providências provisórias urgentes, em hipóteses excepcionais previstas na legislação; 2. o seu exercício está limitada pela supervisão do plenário, e as partes eventualmente prejudicadas por uma liminar monocrática têm recursos para pedir sua revisão por um colegiado. Em trabalho anterior sobre poderes individuais no Supremo, endossamos essa visão reducionista das liminares monocráticas: por depender de confirmação pelo colegiado, esse poder não criaria um espaço realmente livre para atuação individual—ao menos não da mesma forma que os pedidos de vista, por exemplo (Arguelhes; Ribeiro, 2015, pp. 146–151). Essa leitura deve ser revista. Mais uma vez, temos aqui um poder que, na prática, é bastante diferente do previsto em tese. Primeiro, a distinção entre decisões *liminares* e *definitivas* (de mérito) não se sustenta em termos dos seus efeitos sobre o *status quo*. Dados do projeto "Supremo em números" sobre a duração de decisões liminares no STF mostram que elas haviam permanecido em vigor por, em média, mais de dois anos até uma decisão "final"—ou seis anos no caso de ações diretas de inconstitucionalidade. Quando consideradas apenas as liminares ainda vigentes ao final de 2013, a média passava de seis anos— e chegava a treze anos no caso das ADIs (Falcão; Hartmann; Chaves, 2014) (…) Segundo, o controle pelo plenário não parece ser realmente eficaz para impedir que as decisões individuais se consolidem como *status quo*. O número de decisões liminares monocráticas, no Supremo, é hoje muito maior do que o número de decisões liminares colegiadas (Hartmann; Ferreira, 2015).

São várias as consequências desses 11 supremos e um só tribunal. Em primeiro lugar, como notam Arguelhes e Ribeiro, atores políticos antecipam a decisões e se mobilizam politicamente de acordo com sinalizações do tribunal, essa multiplicidade de vozes torna mais difícil de compreender mensagens mais claras. As decisões judiciais tornam-se ainda mais incertas e a judicialização ainda mais contingente. Diferentes resposta a diferentes questionamentos serão dadas dependente de quais juízes assumem a relatório de um processo. Por isso mesmo, atores políticos podem jogar com essas diferentes possibilidades. Podem, por exemplo, entrar com diferentes ações buscando esperando que uma delas caia com um ministro “aliado” ou usar de artimanhas legais para direcioná-las para um deles.

Em segundo lugar, aumenta-se o risco de captura do tribunal por grupos de interesse. Basta o apoio de um ministro para que esses grupos possam bloquear resultados políticos contrários a seus interesses. Do mesmo modo, a nomeação de um ministro fiel ao STF passa ter um valor ainda maior no mercado político. O resultado disso, pode ser um processo de crescente politização do tribunal.

Em terceiro lugar, pode aumentar as chances de erosão do capital institucional do STF. A autoridade de um tribunal constitucional depende, como afirmado, de certa dose de apoio difuso a essa instituição. Decisões desencontradas, sinalizações e declarações públicas contraditórias, e a divulgação de discordâncias e hostilidades entre os ministros, contribuem para um perigoso processo de corrosão da autoridade do tribunal. Decisões conjuntas tem mais força do que decisões individuais. Ao decidirem sozinhos, os membros do tribunal se expõe. Ao fazê-lo, tem sua chance de obter certo reconhecimento pessoal, mas também de sofrer ataques. Estes ataques individuais em seus membros, também acaba por prejudicar a imagem do tribunal junta a opinião pública. Em casos extremos, como nota Pereira (2017), pode haver até mesmo fenômeno semelhante àquilo que economistas chamam de “tragédia dos comuns”, ou seja, o esgotamento de bem coletivo escasso através da exploração predatória por atores individuais descoordenados.

IV. III. JOGOS DUROS CONSTITUCIONAIS, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM SITUAÇOES DE CRISE

Nos capítulo anteriores, foi trabalhada a ideia de que jogos duros constitucionais envolvem disputas pelo significado de regras pré-constitucionais. Atores políticos possuem interpretações sobre normas constitucionais. Com base nessas interpretações, buscam dar respostas a situações políticas reais e a problemas que lhes são colocados. Essas interpretações são movidas por convicção ideológica, interesses práticos e autointerpretações sinceras sobre seu papel e dos demais atores dentro de uma ordem constitucional. São movidas, também, por considerações estratégicas que levam em conta expectativas quanto às ações de outros atores.

Da mesma maneira, estes atores também possuem interpretações acerca de normas mais profundas do sistema constitucional. A ordem jurídica, defendeu-se também, sustenta-se em normas que precedem a constituição. Estas normas determinam o que conta ou não como norma constitucional em um sistema jurídico e quais valores e princípios o fundamentam. Dessa maneiras, divergências entre eles envolvem também divergências sobre regras acerca das regras do jogo. Na medida em que essas regras secundárias, no vocabulário de Hart, também regulam o modo como disputas acerca do sentido da constituição e são processadas, tem-se a sensação de que divergências acerca dela se dão em um campo de total anomia. Isso coloca tribunais constitucionais em uma posição especialmente difícil. Como atores políticos, são chamados a tomar parte nesses "jogos duros". Entretanto, sua atuação como aparente terceiro desinteressado exige uma justificação que é especialmente pautada por regras. Essas regras, porém, são justamente as que são postas em causa nestes embates. Nessas situações, não há normas claras e consolidadas nas quais se fiar.

Mesmo as expectativas quanto à ação alheia se desmancham no ar. Quando há regras consensualmente aceitas, atores podem se coordenar em torno delas. Eles as seguem, entre outros motivos, porque sabem que outros também seguem. Sabem que um dos importantes motivos pelos quais os outros as seguem é a crença de que estes as seguirão sabendo que eles também as seguem. Quando sem essas regras, resta um incerteza quanto as ações dos demais. O próprio tribunal parece ser puxado, assim, para esse campo pantanoso da anomia.

É com estas considerações em mente que cumpre indagar-se qual o papel dos tribunais constitucionais e, principalmente, do STF brasileiro e do TC português, nestas disputas. Ambos os tribunais são, em um sentido não tão forte do termo, "políticos". Isso significa dizer que, ainda que busquem aplicar fielmente a lei e a constituição, situações

existem em que as orientações por elas dadas não são tão claras. Ao juiz constitucional resta a tarefa de decidir os problemas que lhe são colocados levando em conta considerações práticas e ideológicas que irão guiar sua interpretação das normas constitucionais.

Entretanto, nem o tribunal constitucional brasileiro nem o português são, como instituição, marcadamente partidários. No caso português, seu desenho institucional e, em especial, o modelo paritário de distribuição de indicações de juízes por grupo partidário, têm como consequência um tribunal relativamente apartidário formado por juízes em sua grande maioria partidários. Nenhum grupo político possui o controle total do tribunal e de suas decisões.

No caso brasileiro, o STF correria o risco de, em tese, ser capturado por um grupo político. Bastaria para isso que a composição do tribunal refletisse o predomínio de ministros indicados por presidentes de um mesmo partido ou grupo político.

Não é, no entanto, o que acontece. Pelos motivos já acima analisados, as decisões do juízes no STF não necessariamente irão corresponder às posições defendias pelo partido responsável por sua indicação. Essa conclusão, porém, deve ser também matizada. O STF é, na prática, um tribunal composto por 11 juízes-tribunais. Através de suas decisões monocráticas e do exercício do pedido de vista, todos seus membros possuem meio para alterar ou frenar a alterações no *status quo*. Basta, portanto, que um de seus juízes alinhe-se a um dos lados em um "jogo duro constitucional" para que o "tribunal", aqui representado nele representado, também assuma este mesmo lado. Além disso, como também já afirmado, o STF tem se mostrado sensível às demandas da opinião pública e dos media. Dessa maneira, mesmo que relativamente independente de partidos ou grupos políticos específicos, o STF possui uma tendência a se alinhar a estes grupos sociais. Ainda sim, sua atuação tende a ser relativamente autônoma destes.

Mas, afinal, são o STF e o TC atores ou árbitros nesses jogos duros? À primeira vista, a resposta seria: ambos. Quando ele é chamado a se pronunciar com a força da sua autoridade em controvérsias sobre a correta interpretação constitucional, seria um árbitro. Quando, tomam parte na disputa, estes tribunais agem eles mesmo como jogadores.

Na prática, porém, essa distinção não é tão clara. Mesmo como árbitros, estes tribunais não são neutros. Eles podem ficar plenamente alinhados a uma das partes da disputa ou podem tomar uma posição que não seja necessariamente encapada por nenhum

dos outros contendores. Até mesmo seu silêncio, seu "decidir não decidir", significa uma tomada de posição. No ambiente de polarização que caracteriza estes choques interpretativos, é natural que alianças se formem e alvos sejam escolhidos. Uma das partes que veja o tribunal como mais alinhado a seus interesses, tenderá a ressalta o carácter de neutralidade do tribunal de modo a conferir à causa uma aura de razão imparcial. Munidos dessa aparente legalidade, novos aliados podem ser conquistados.

Por outro lado, uma parte que se veja contrariada pelas ações do tribunal tentarão manchar seu véu da neutralidade com a tinta do facciosismo e da parcialidade. Afirmaria que o tribunal teria abandonado a legalidade e agiria como preposto dos interesses escusos de certos grupos. Ou, talvez até pior, estaria agindo de maneira imperial, impondo suas vontades à bel-prazer e pisoteando as amarras a ele impostas pelo direito. Em ambos os casos, tratar-se-ia de um tribunal corrompido. Dado o clima de polarização envolvido em jogos duros constitucionais, até mesmo tribunais moderados em seus posicionamentos estão vulneráveis a este tipo de acusação.

Um tribunal como brasileiro, em que cada juiz atua como um tribunal individual, está ainda mais vulnerável a este tipo de ataque. Em Portugal, por seu lado, as nomeações podem decorrer de acordos políticos, mas o modelo de composição paritária e os procedimentos colegiados criam mecanismos internos de equilíbrio que tornam o tribunal, como instituição, relativamente menos suscetível a acusações de facciosismo.

Não impende, porém, que tais acusações sejam disparadas contra juízes individualmente considerados, em especial o 13º juiz, que age como agente neutro. Tampouco impede que agentes políticos do mesmo campo ideológico e partidário do juiz possam acusá-lo de "traição ao direito" quando seus votos o contrariam. Se esses atores tem interesse em manter o tribunal constitucional, irão tentar alcançar um equilíbrio perfeito entre atacar o tribunal e conquistar dividendos políticos, talvez até constranger estes juízes, e poupá-lo para que possa continuar seus trabalhos. Se, porém, de fato a discordância é tão profunda que até a sobrevivência do tribunal é posta em causa, irão maximizar a força de suas investidas, desde que isso não lhe cause prejuízos políticos, provavelmente advindos de acusações de "golpismo".

Os juízes, por sua vez, são o maiores interessados em manter sua aura de neutralidade. A sobrevivência do tribunal depende disto. Se as forças políticas que competem pelo poder não o veem como um terceiro imparcial, a existência dessa

instituição é posta em causa. Eles podem buscar diminuir seus poderes ou até extingui-lo por meio de reformas institucionais, ou, de maneira mais mundana, simplesmente desobedecer suas decisões. Um tribunal desobedecido é um tribunal condenado. Dessa maneira, agindo estrategicamente, ele irá medir os riscos e as vantagens de assumir um dos lados na disputa. Quando uma das partes possuir força suficiente para agir de modo a colocar em risco interesses relevantes ou até mesmo a sobrevivência do tribunal, este pode optar por evitar uma confrontação direta. Nesse caso, pode somar forças a esses grupos ou tomar posições mais moderadas que os confrontem menos intensamente.

A opinião pública cumpre um papel fundamental na disputa e pode ser um aliado ou inimigo mortal para o tribunal. Se o tribunal possui uma boa dose de capital difuso junto à opinião pública conquistado através de sua atuação ao longo de décadas, ele possui maior dose de independência para enfrentar adversários. Se não possui, pode então ser levado a apoiar a posição defendida pelo que entende ser a opinião pública. *Vox populi*, *vox Dei*[101].

Situações de crises são incubadoras de situações deste tipo. Crises, como será mais bem visto no próximo capítulo, são situações que fogem do normal, do ordinário, do previsível. Envolvem grandes quebras em expectativas consolidadas. Elas colocam em cheque crenças que pareciam inabaláveis e nos obrigam a dar respostas a questões importantes que muitas sequer imaginávamos. Mas não se limitam a isso. Elas mudam situações fáticas, o "mundo real", de uma maneira que muda a esfera de incentivos dos diferentes atores por ela impactados.

Quando, no capítulo anterior, foram estudadas convenções, afirmou-se que uma característica de práticas convencionais é a de que seus atores não possuiriam preferências fortes com relações às convenções seguidas. Eles as seguem por diversas razões. Uma delas, não pouco relevante, é o fato de outro atores com que buscam se coordenar também a seguirem. Podem existir outras práticas que, em tese, seriam preferíveis a esta. Mas o fato de outros atores não a seguirem, pesa consideravelmente contra ela. Mas e se as razões para essa regra alternativa ganhasse ainda mais peso para um ou mais desses atores? E se esse peso adicional fosse suficiente para derrotar todas as outras razões que

[101] Em sentido diverso, o tribunal pode buscar o apoio por outras forças políticas que entendam ser decisivas em disputa com a própria opinião pública. Pode contar com o apoio de militares, por exemplo. No entanto, pode-se questionar se os próprios militares estariam dispostas a antagonizar a opinião popular.

sustentam a prática convencional existente? A balança, então, penderia para a regra alternativa. Um novo equilíbrio se tornou mais atrativo. Coordenação, mas em novos termos. Caso os demais atores concordassem com essa mudança, poderia haver um alteração relativamente pacífica dessa regra. Se existirem meio de comunicação entre os diferentes atores, a mudança poderia ser pactuada. Mas e se os demais atores não estão de acordo com essa mudança? Então, essa prática coordenada estaria ameaçada. A crise existente cria uma crise na prática social. Cooperação torna-se conflito.

Em situações de crise, portanto, pode haver uma mudança radical no equilíbrio existente em uma ordem constitucional. Atores individuais e coletivo podem se sentir estimulados a mudar as convenções existentes. Querer, porém, não é poder. Eles apenas se movimentaram nesse sentido se acharem que possuem força o suficiente impor aos demais o seu novo equilíbrio, o seu novo normal. Uma característica do Estado moderno é que em situações críticas, uma autoridade central, modernamente identificada na figura de um Poder Executivo, tende a tomar a dianteira. E não o faz sem suas armas. Há, muitas vezes, um empoderamento desta, que pode ser regulado ou não pelas regras já existentes. Em todo o caso, a opinião pública tende a pender a seu favor. O legislativo e o executivo, conscientes da impossibilidade de fazer frente à essa popularização do executivo terminariam por ceder. Quando isso acontece, o executivo pode se fortalecer o bastante para buscar uma nova ordem. A tarefa do judiciário de impor limites a esse “agigantamento” executivo pode se mostrar não apenas infrutífera como também arriscada. Em crises, o executivo pode se sentir impelido a avançar sobre outros poderes e buscar mais poder para si. Esse é o cerne do argumento de Carl Schmitt pela soberania do executivo. E são essas ideias que serão desenvolvidas, agora, nos dois próximos capítulos, que tratam do impacto da pandemia da COVID-19 e a respostas dos tribunais constitucionais.

V. COVID-19 E O IMPACTO CONSTITUCIONAL DA CRISE SANITÁRIA

V. I. SOBRE CRISES E DE EMERGÊNCIAS

A pandemia global da COVID-19 não foi a primeira grande crise sanitária do mundo e dificilmente será a última. É, no entanto, a maior em décadas e a mais grave a ocorrer em um mundo tão interconectado. A alta periculosidade e a facilidade de transmissão deste vírus quando somadas a um contexto global de enorme fluxo de pessoas criam desafios sem precedentes para governos nacionais e para a ordem internacional. Em meio a insegurança gerada, têm-se a impressão de que as velhas fórmulas existentes até então para lidar com esse tipo de risco já não valessem mais.

A necessidade de oferecer novas e rápidas respostas a este desafio reativou a velha tensão entre o normal e o excecional, entre o direito e crise. E crise é a palavra-chave para se entender a o aspeto social desta pandemia. Neil Walker lembra que quando se fala em crise, refere-se normalmente em duas situações distintas. A primeira, seria uma situação persistente de instabilidade política ou social que se intensifica no decorrer de um período relativamente longo. A segunda, é um acontecimento abrupto, traumático, que se desenrola rapidamente em meio à incerteza e levando a consequências potencialmente perigosas. Sabe-se pouco sobre como começa e menos ainda como termina (WALKER, 2020: 23). A crise do novo coronavírus talvez seja mais facilmente caracterizada como crise nesta segunda aceção da palavra, mas ela parece ter realçado ou mesmo agravado outras crises que melhor se encaixam naquele primeiro sentido. Agudizam-se com ela uma crise geral da democracia representativa e da autoridade epistêmica de especialistas em geral.

Essa ambiguidade no sentido de crise é também apontado por Reinhart Koselleck (2006). Em seu estudo sobre a histórico semântica do conceito de crise no pensamento moderno, ele aponta suas diferentes origens. Inicialmente, ainda na Grécia Antiga, a ideia de crise estava associada a um momento-chave, um ponto de virada em que os caminhos se bifurcam e escolhas devem ser feitas. A crise era, portanto, o momento de julgar e tomar decisões.

A esse primeiro sentido, somou-se um segundo, desta vez derivado da escatologia cristã. O julgamento desloca-se da esfera terrena e alcança o divino. A crise se associa ao juízo final, quando toda a humanidade será julgada por seus atos e a verdadeira justiça se revelará. O tempo histórico do futuro passa a ser entendido dentro

de um horizonte de expectativa quanto a esse momento decisivo. Sem saber o exato momento e local em que isso acontecerá, o cristão busca viver sua vida da maneira mais justa possível em antecipação ao julgamento divina.

Um terceiro sentido do termo estava associado à medicina, onde a crise significava não apenas a manifestação de uma doença, mas o julgamento quanto a seu curso. Era um diagnóstico. Uma avaliação quanto o mal que acometia o paciente e quanto a seu futuro.

Com o tempo, esses três sentido acabaram por se mesclar e se incorporaram ao moderno vocabulário político, histórico e econômico. Paralelamente, a noção teológica de crise se temporaliza e torna-se instrumento de diagnóstico do tempo presente e previsão do novo tempo que virá (ROITMAN, 2012).

Quando falamos de crise como uma situação persistente no tempo, fazemos uma leitura do tempo histórico. Pressupomos valores e princípios que constituem o normal, aquilo que será contrastado como o novo que surgirá. Quando, por outro lado, falamos de crise como um momento de mudança radical, abrupta, a ênfase recais na ideia de crise como momento de decisão, de hora da verdade. Na pandemia da COVID-19 assim como nas crises financeira e política tratadas nos outros capítulos deste trabalho, essas duas dimensões estão presentes. Representam um momento de virada, em que escolhas devem ser feitas, mas são crises que se desenvolvem tendo por pano de fundo crises mais profundas.

Dada a ambiguidade do termo “crise” e a multiplicidade de situações assim classificadas, defini-lo não é, portanto, tarefa simples. Entretanto, a situação é mais promissora quando se abandona a pretensão de oferecer uma definição exaustiva e opta-se por identificar elementos centrais ao conceito. Seguindo aqui David Ruciman (2016), dois elementos duas parecem ser essas peças fundamentais do conceito: a ideia de uma ameaça fundamental e de uma decisão fundamental. Em uma crise, ambos devem estar presentes.

Visto dessa maneira, o conceito de crise não necessariamente diz nada de específico sobre os três tipos de crise aqui estudadas. Engloba os conceitos de crise política, crise econômica e crise sanitária, mas também crises familiares, crises empresariais, crises em um time de futebol.

A particularidade das crises aqui estudadas só se torna nítida quando esse conceito amplo de crise é visto em relação com outro conceito aqui trabalhado, o de "emergência". Como veremos mais a frente neste capítulo, aquilo que caracteriza a emergência é sua extensão e urgência. Na crise da COVID-19, como na crise do euro ou na crise política brasileira que levou ao impeachment da presidente brasileira eleita, a crise ganha características próprias, porém comuns aos três casos. Em todos eles há uma ameaça fundamental e abrangente que, por sua vez, demanda decisões fundamentais e urgentes.

V. II. O NORMAL E O EXCEPCIONAL NA CRISE SANITÁRIA

É certo que a pandemia do novo coronavírus não pode ser considerada um "cisne negro", no sentido dado por Nassim Nicholas Taleb de um evento absolutamente imprevisível ao qual, após já ocorrido, tenta-se dar uma explicação de modo a reinterpretá-lo com algo previsível (TALEB, 2011). Ensaios de uma grave pandemia global já ocorreram em um passado não muito distante e a possibilidade de sua ocorrência já era objeto de receio de cientistas, autoridades e personalidades públicas. Talvez, como sugere Adam Tooze (2021) essa crise pudesse se encaixar melhor no conceito de "rinoceronte cinza" cunhado por Michelle Wucker: um risco de alto-impacto, altamente provável, mas que muitas vezes simplesmente preferimos ignorar (WUCKER, 2016). Independente da metáfora utilizada, o que pode ser afirmado é que, ainda que previsível, ainda que pudéssemos antecipar os riscos de seu surgimento e, em alguma medida, a extensão de sua gravidade, o momento exato em que ocorreria e suas características específicas eram absolutamente impossíveis de serem conhecidos com antecedência. Mesmo que uma pandemia global pudesse ser vista como o "desconhecido conhecido", a pandemia da COVID-19 criou para políticos e formuladores de políticas públicas uma situação de incerteza radical, e não mero risco. Se na distinção feita por Knight (1921) riscos seriam fatos possíveis aos quais poderíamos atribuir probabilidade, como o risco de desenvolvimento de cancro pulmonar em tabagistas, em situações de incerteza radical certos cenários podem até ser tidos como possíveis, porém sua probabilidade é impossível de ser fixada. Uma pandemia global como a da COVID-19 é incerta nessa linha.

Isso não significa dizer que, em tese, nenhuma medida pudesse ter sido tomada para se antecipar a essa crise. Se existem características comuns a toda pandemia, um plano de contingência poderia ter sido elaborado antes mesmo do pior acontecer. Mesmo

que, como propugna Sheila Jasanoff (2022), devêssemos abandonar a pretensão de controlar o imprevisto por meio de planos minuciosos e sofisticados para, então, focar com humildade nas fragilidades presentes em qualquer tentativa de combater previamente o problema, o fato é que, independentemente da abordagem, muito pouco foi feito.

Dois mecanismos parecem ter influenciado nessa questão. O primeiro é de natureza institucional. São poucos os incentivos para que políticos e formuladores de políticas públicas deem atenção para o efeito intertemporal de suas decisões, ou seja, para que dediquem sua atenção as possíveis consequências futuras de suas decisões presentes (TUSHNET, 2021b: 31). Na medida que possuem tempo e recursos escassos, faltam incentivos para que decidam investi-los na prevenção de perigos cuja ocorrência futura é incerta ao invés de empregá-los em questões mais imediatas que diretamente afetam a população e, em especial, o eleitorado.

O segundo mecanismo a influir nessa aparente inércia é de natureza psicológica. A psicologia cognitiva recente tende a enfatizar que julgamentos quanto às chances de um evento ocorrer dependem mais de elementos subjetivos, de heurísticas, do que das leis da probabilidade. Na analogia de Daniel Kahneman e Amos Tversky, julgamentos subjetivos quanto a probabilidade de um evento lembram julgamentos subjetivos quanto à distância e tamanho de um objeto. Do mesmo modo que a distância de um objeto é normalmente estimada com base na clareza com a qual pode ser visto, o que pode levar a erros quando este, apesar de nítido, está longe ou, pelo contrário, apesar de pouco nítido, está perto, também julgamentos de probabilidade estão reféns de vieses (KAHNEMAN; TVERSKY, 1982: 3). Um bom exemplo desses vieses é o chamado viés de disponibilidade: a facilidade com que memórias, principalmente de eventos traumáticos ou recentes, como um ataque terrorista, podem ser trazidas a nossa mente pode resultar na crença de que estes são mais comuns do que de fato são (KAHNEMAN; TVERSKY, 1982: 11)[102]. A tendência da maior parte das pessoas em confiar excessivamente em seus próprios julgamentos pode levá-las também a superestimar a precisão de suas análises (SLOVIC; FISCHOFF; LICHTENSTEIN, 1982: 472).

[102] Até mesmo em situações de riscos, e não de incerteza radical, quando existem dados abundantes aptos a fundamentar uma análise probabilística, a objetividade dessa avaliação é limitada. A interpretação desses dados e o peso atribuído a eles não escapam da subjetividade humana, independentemente de quem esteja lidando com esses dados (SLOVIC; FISCHOFF; LICHTENSTEIN, 1982: 463).

Além disso, o contexto social importa para esse tipo de avaliação. Jornais, redes sociais e a media de maneira geral podem, por exemplo, exagerar riscos e amplificar o viés de disponibilidade acima mencionado (SLOVIC; FISCHOFF; LICHTENSTEIN, 1982: 467). Quando os dados e evidências para a tomada de decisão são complexos e envolvem grande conhecimento técnico, a situação se complica ainda mais. A atuação de especialistas passa a ser requerida, mas os problemas acima discutidos persistem e o subjetivismo, com toda sua vulnerabilidade a vieses e arbitrariedades, se mantém. Em primeiro lugar, porque, como qualquer pessoa, especialistas também estão expostos a vieses e limitações (SLOVIC; FISCHOFF; LICHTENSTEIN, 1982: 475), um ponto frequentemente enfatizado em modelos construtivistas e discursivos de análise de perceção de risco (JASANOFF, 1998). Em segundo lugar, porque mesmo julgamentos acerca da autoridade epistêmica de especialistas também envolvem aspetos subjetivo e muitas vezes está relacionada a identidade cultural de cada pessoa (KAHAN; BRAHAN; JENKINS-SMITH, 2011). Se o que pessoas comuns entendem como ameaça depende em alguma medida da avaliação moral dela feita e de elementos afetivos, o mesmo se dá quanto ao que corresponde a um "consenso científico", também este vulnerável a elementos subjetivos (KAHAN; BRAHAN; JENKINS-SMITH, 2011). Considerações acerca do que seria o consenso científico estariam correlacionadas aos valores culturais de cada pessoa e a imagem que possuem de um especialista é dependente de sua perspetiva cultural (KAHAN; BRAHAN; JENKINS-SMITH, 2011: 27). Como consequência, a atribuição do status de especialista seria apenas estaria reforçando uma visão pré-existente acerca do que seria ou não uma ameaça. Um libertário que avalie, por exemplo, que uma pandemia global não é um perigo tão grande que justifique medidas coercitivas por parte do governo pode ficar tentado a tomar como consenso entre especialistas a opinião marginal de poucos cientistas que afirmem que a doença em questão oferece pouco perigo à vida humana[103].

[103] Para piorar, um fato adicional a ser levado em consideração é a possibilidade de que a perceção de risco seja afetada pela posição do sujeito que o avalia, ou seja, se o responsável por tomar uma decisão com base em sua avaliação de risco é ou não afetado diretamente por tal decisão (LUHMANN, 1993: 3). Em outras palavras, pode ser que a perceção do risco varie caso seja a própria pele daquele responsável por essa avaliação que esteja ou não sendo arriscada. Se existe, por exemplo, uma probabilidade N de acidentes resultantes de vazamento de uma usina nuclear, é bem provável que a decisão pela instalação ou não dessa usina em uma cidade seja bem diferente se aqueles responsáveis por a tomar são moradores dessa cidade ou um grupo de burocratas do governo que talvez nunca tenham colocado os pés no local.

Mais grave, porém, que a dificuldade de agir com relação ao que já se sabe, é agir com base no que não é possível saber com antecedência. Não sendo possível conhecer de antemão o problema a ser combatido, não é possível planejar efetivamente uma resposta eficaz. Quando a pandemia começou, as autoridades responsáveis por enfrentá-la encontravam-se às cegas com relação as peculiaridades do vírus. Seu conhecimento vai ser construído aos poucos e está aberto a constante revisão. Para piorar, suas decisões envolvem uma série de variáveis que as tornam ainda mais complexas e dificultam a importação de soluções tomadas em outros países. Mark Tushnet (2021b: 7-12) corretamente chama a atenção para algumas delas:

> 1. Integração à economia global: em tese, quanto maior a economia global ou sua dependência de turismo, maior o custo de fechar suas fronteiras. No caso dos países da União Europeia, isso exige também um ajuste entre os diferentes países que compões o bloco, em especial, a área Schengen.
> 2. Isolamento geográfico: quanto mais isolado um país, maior é a facilidade de controle do fluxo de pessoas através de suas fronteiras.
> 3. Estrutura do sistema de saúde pública: quanto mais amplo e bem estruturado o sistema de saúde pública, maior sua capacidade de rastreio e testagem de infetados, bem como sua capacidade hospitalar. A isso, poderíamos acrescentar ainda o grau seu grau de centralização. Em uma pandemia, sistemas mais centralizados possuiriam vantagens sobre sistemas descentralizados, já que a demanda por coordenação seria menor (PERALTA-SANTOS; SABOGA-NUNES; MAGALHAES, 2021: 363).
> 4. Considerações jurídicas relativas a direitos fundamentais e competência dos diferentes entes e poderes estatais: a atuação dos diferentes poderes e dos entes estatais está limitada aos limites impostos pelos direitos fundamentais e a distribuição de competência estabelecidos pelo sistema jurídico de cada país. Com base nessa distribuição de competências, uma necessidade

maior ou menor de coordenação entre essas diferentes autoridades pode ser demandada[104].

5. Facilidade de judicialização das medidas de combate à doença: uma maior litigância destas medidas pode, se não levar à paralisação da atividade estatal, ao menos retardá-la.

6. A cultura de obediência e colaboração com o governo: o controle da pandemia não pode depender exclusivamente da atuação coercitiva do estado, mas também de alguma dose de compreensão e colaboração de todos os cidadãos. Certas políticas de combate a pandemia, como o uso obrigatório de máscaras nas ruas, terão maior efetividade quando há uma maior cultura de observância às diretrizes das autoridades. Isso é especialmente verdade em países de grande extensão e tamanho da população, onde o controle e fiscalização por parte das autoridades encontra imensos limites materiais[105].

7. A estrutura socioeconômica de cada país, que envolve fatores como estrutura etária, distribuição geográfica da população em seu território, características de habitação e domicílio da população, estrutura e capacidade de serviços públicos de transporte público, água e esgoto, qualificação da mão de obra existente, participação de cada atividade e setor na economia do país, entre outros (PERALTA-SANTOS; SABOGA-NUNES; C. MAGALHAES; 2021: 366)[106].

---

[104] O maior apego em democracias liberais a direitos fundamentais e liberdades individuais podem inclusive explicar a morosidade com que estas controlaram o vírus quando comparadas a países não liberais, como a China (CHEIBUB; YEON HONG; PRZEWORSKI, 2020).

[105] Como alternativa a essa cultura de obediência, Tushnet reconhece a possibilidade de existência de uma cultura de responsabilidade individual em que cada cidadão segue ou não medidas de precaução contra o vírus de acordo com sua própria consciência e avaliação. Em países em que as ações do governo de combate a pandemia ou foram erráticas, quando não insuficientes, a postura da população teve de recair nesse modelo avaliação individual (TUSHNET: 2021b: 12).

[106] Além dessas considerações, o *timing* também conta na elaboração de uma resposta à pandemia. Países que registraram contaminações pelo coronavírus mais tarde se beneficiam do aprendizado adquirido pela observação daqueles atingidos pela doença mais cedo. Essa poderia ser uma possível explicação para o sucesso de Portugal nas primeiras etapas da pandemia quando comparado com países como Espanha e Itália (PERALTA-SANTOS; SABOGA-NUNES; C. MAGALHAES; 2021: 364)

Dadas as imensas dificuldades de se decidir acerca do que deve ser feito em um cenário de enorme incerteza empírica, duas questões se colocam. A primeira diz respeito a como tomar decisões em situações de risco e incerteza radical. A segunda, que, em certo sentido, precede a primeira, é a de quem é o responsável por tomar tais decisões. É desta questão, e de seu potencial para gerar disputas constitucionais, que me ocuparei primordialmente ao longo desse capítulo, e o melhor modo de iniciar esta análise é lembrando do alerta de Ulrich Beck de que riscos seriam construções sociais e definições construídas dentro de relações de poder (BECK, 2007: 68). Aqui, podemos escutar o eco da célebre afirmação de Carl Schmitt (2005: 5): "soberano é aquele que decide pela exceção". É o soberano que determina o que configura ou não uma ameaça à comunidade política. É ele que decide quando a força do direito deve ser suspensa e uma exceção a ele deve ser aberta. Se o direito rege o normal, é o soberano que estabelece quando acaba a normalidade e o que fazer na anormalidade. A decisão sobre o que configura uma ameaça e o que deve ser feito para enfrentá-la não poderia, assim, esbarrar na rigidez que caracteriza o direito.

Diferentes desenhos constitucionais lidam com essa tensão entre direito e emergência de maneiras distintas. Como será visto, esses diferentes arranjos institucionais irão impactar o modo como as autoridades públicas brasileira atuaram durante a pandemia da COVID-19. Na próxima secção deste capítulo, será feito uma breve exposição sobre os diferente desenhos possíveis dessa "constituição emergencial". Por meio deste quadro geral, as características particulares dos modelos português e brasileiro de combate a emergência sanitária tornam-se mais visíveis, bem como algumas premissas a eles implícitas.

V. III. A EXCEÇÃO: COM DIREITO, SEM DIREITO OU CONTRA O DIREITO?

V. III. I. DEFININDO O CONCEITO DE EXCEÇÃO

Escrevendo sobre os impactos da pandemia de COVID-19 para o direito, Gonçalo de Almeida Ribeiro defendeu que seria preciso distinguir dois sentidos em que podemos falar de exceções. No primeiro sentido, mais superficial, exceções ocorreriam naqueles casos de subinclusão e sobreinclusão de uma regra jurídica (ALMEIDA RIBEIRO, 2020). Por ser geral, o direito é potencialmente sobreinclusivo ("*overinclusive*") e subinclusivo ("*underinclusive*"), ou seja, as normas jurídicas sempre

podem acabar por alcançar casos que vão além de seus objetivos ou ficar aquém destes (SCHAUER, 1991:31). Uma regra, por exemplo, que proíba a entrada de cachorros em restaurantes tem por objetivo garantir que a tranquilidade dos clientes e funcionários não seja perturbada por este animal. A regra presume que cachorros tipicamente são agitados, barulhentos ou até mesmo agressivos o bastante para importunar as pessoas naquele tipo de estabelecimento. Essa regra, tomada rigorosamente, poderia, porém, vedar a entrada de um cão adestrado que está lá para auxiliar um possível cliente com deficiência visual. Nesse caso, seus efeitos seriam indesejados e não estaria cumprindo a função para qual foi desenhada. Por outro lado, essa regra não bloqueia a entrada de outros animais também capazes de causar o tipo de incômodo que a regra tenta evitar. Esse é um problema que não pode ser resolvido nem mesmo pelos melhores legisladores.

É esse carácter geral do direito que leva a esse primeiro sentido de exceção. Para enxergar o que se tem aqui em mente bastaria lembrar o exemplo de Lon Fuller da regra que proíbe pessoas de dormirem nas estações de comboio. A ideia que a fundamenta, por mais controversa que possa ser, é impedir que pessoas façam da estação um domicílio improvisado, o caso paradigmático sendo o do morador de rua que faz do teto da estação seu próprio teto. Soaria absurdo, porém, a ideia de punir um homem que voltando para casa de madrugada após uma longa jornada de trabalho cai rapidamente no sono enquanto aguarda por um comboio atrasado (FULLER, 1957: 664). Ante a incompatibilidade entre a "letra da lei" e o "espírito da lei", aquela cederia perante esta. Neste caso, diz-se que a regra é derrotada por uma razão mais forte. Nesse sentido, a exceção seria um fenômeno restrito a questão de aplicação da norma jurídica e não de sua validade. No primeiro caso, dada a linguagem empregada para expressar a norma, seu âmbito de aplicação acaba incidindo sobre situações para as quais não foi considerada ou desejada.

Pode-se, portanto, em resumo, explicar esse primeiro sentido de exceção como o seguinte fenômeno: na prática, aqueles casos para os quais a norma foi pensada continuam existindo, a norma jurídica continua sendo corretamente aplicada nessas circunstâncias, mas dada a relação complexa e potencialmente conflituosa entre a linguagem da norma e os valores que a justificam, situações marginais, anômalas e pontuais surgem em que a aplicação da norma se torna problemática. A violação a esses princípios e valores subjacentes a norma jurídica é reputada como tão grave e desproporcional, que nem mesmo os princípios formais e razões de segunda ordem que justificam seu entrincheiramento deixam de sustentá-la. A norma é derrotada, sendo sua

aplicação suspensa em decisões concretas e pontuais sem prejuízo à manutenção de sua validade

Em um segundo sentido, mais radical, diz Ribeiro, a exceção ocorreria quando desaparecem temporariamente as condições pressupostas na vigência da norma, ou seja, quando a situação normal que dá razão à existência da norma entra em suspensão (ALMEIDA RIBEIRO, 2020). A superveniência de situações extraordinárias muda aquela realidade política e social de maneira tão dramática que as situações para as quais aquele conjunto de normas foram pensadas deixam de existir. Voltando ao caso da proibição de dormir na estação de caminhos de ferro, se uma catástrofe natural, como um terramoto, ocorre, tornando aquela estação o local mais adequado para o abrigo e proteção da população, também a aplicação daquela norma se encontra suspensa. Deixam de existir os pressupostos fáticos que justificam sua existência. Não é mais o caso de termos moradores eventuais na estação atrapalhando o uso regular do espaço pelos usuários daquele sistema de transporte. Dessa vez, a exceção se generaliza. Se prolonga no tempo, provavelmente até a retomada do estado de normalidade, e, ao mesmo tempo, deixa de atingir apenas certos casos individuais e passa a atingir uma categoria geral de casos. Se no primeiro caso tínhamos uma exceção individualizada, neste temos uma exceção generalizada. No limite, essa generalização pode levar ao fim da norma. A exceção no plano de eficácia leva a uma mudança no plano de validade.

É possível argumentar que, apesar de intuitiva, a diferença entre estes dois tipos de exceção praticamente não existe. Em ambos a norma é criada tendo em vista uma determinada situação padrão, mas a “letra da lei” deixa de valer em um caso concreto. Na ausência do direito, restaria o decisionismo. É por esse motivo que David Dyzenhaus (2006: 61) vai concluir que, para um positivista, especialmente um positivista hartiano, aquelas situações ordinárias em que a aplicação da norma cai em uma zona de penumbra é uma espécie de pequeno estado de exceção.

O que tornaria, porém, o segundo sentido de exceção tão peculiar, e justifica a diferenciação, são as circunstâncias que levam a suspensão da norma. É preciso, portanto, compreender aqui o que configura estas situações excecionais para compreender sua singularidade. A análise da história desse conceito e do direito comparado deixa claro que diversas são as situações que poderiam ser enquadradas como “exceções”.

Há uma tendência em teorias existencialistas, como a de Carl Schmitt, em equiparar exceções como ameaças existenciais à ordem constitucional. Isso coloca problemas difíceis de cunho conceitual, como o de definir o que seria de fato a "existência de uma ordem constitucional", mas, ainda mais grave, coloca problemas práticos, uma vez que é bastante restritiva. Nem todas situação que normalmente diríamos se tratar como excecional enquadram-se neste modelo de ameaça. E, principalmente, nem toda situação tratada por "excecional" pelo direito tem esse carácter existencial. Um desastre natural, como um terremoto ou uma enchente pode requerer ações estatais excecionais, mas é exagero afirmar que elas sempre coloquem em questão a manutenção da ordem constitucional, por mais trágicas que possam ser. O mesmo é válido para pandemias, como a da COVID-19. Por mais perigoso que esta doença seja, ela não chega a oferecer risco direto às diversas democracias constitucionais que com ele se depararam.[107]

Certamente, quando falamos de circunstâncias excecionais, falamos de situações fáticas incomuns e temporárias, que ameaçam ou violam valores e princípios constitucionais a ponto de justificar a suspensão temporária de normas jurídicas ordinariamente vigentes. Essa possível definição, porém, é superficial ao ponto de se tornar trivial. O conceito de situação excecional parece, portanto, estar mais próxima daquilo que Wittgenstein chamava de "semelhança de família": certos conceitos que não podem ser delimitados precisamente através da enumeração de certas condições necessárias e suficientes, mas apenas pelo recurso a exemplos. Ainda que impossível isolar características comuns a todos esses casos, haveria a perceção de que são de algum modo aparentados (WITTGENSTEIN, 1999: 52).

Com base nessa ideia, Nomi Claire Lazar (2009: 7) busca elementos familiares geralmente presentes nessas situações emergenciais. Dois deles parecem centrais aqui: extensão e urgência. A extensão se caracterizaria por sua abrangência, ou seja, pelo grande número de pessoas por ela afetadas. Ao mesmo tempo, criam ameaças que demandam pronta resposta, por isso, urgente. Assim, com base nessa ideia, podemos dizer que o contexto subjacente a este segundo tipo de exceção geral possui como

[107] O caso do Brasil, que será aqui estudado demonstra isso com clareza. Mesmo nos momentos de maior inação do governo federal, quando o vírus se espalhava rapidamente entre a população, dificilmente a sobrevivência da ordem constitucional brasileira correu perigos reais em razão da pandemia. Se perigo houve, esse decorreu não do vírus em si, mas da postura geral de certas autoridades públicas que no contexto específico da pandemia levaram a uma situação de crise.

características marcantes, como "sintomas", esta grande escala e urgência. Esse risco colocado demanda pronta resposta, por isso, urgente. Ela afeta um grande número de pessoas e configura uma ameaça imediata aos valores caros àquela ordem constitucional. É em razão desse contexto de escala e urgência que a exceção aqui assume seu carácter peculiar de generalidade e é nesse sentido que ela se distingue da exceção no caso do homem que dorme na estação. Ela afeta uma ampla gama de pessoas, normalmente em um território relativamente amplo, e tende a se prolongar por um período razoavelmente amplo de tempo[108].

Em tese, esses dois sentidos de exceção, no entanto, não colocam necessariamente desafios intransponíveis para os defensores da legalidade. No primeiro sentido, a tentativa de conciliar a rigidez da lei com a sua aplicação ao caso concreto é um objeto tradicional de estudo da metódica jurídica (ALMEIDA RIBEIRO, 2020). Além disso, esses casos tendem a ser marginais e, na maior parte das vezes, sem maior importância.

No segundo sentido, é possível pensar na regulamentação da exceção pela constituição e por normas infraconstitucionais previamente criadas que estabeleçam as condições para sua existência e duração. Dentro desta perspetiva, haveria um direito aplicável em tempos ordinários e um direito para tempos extraordinários, mas, em ambos os casos, ainda se preservaria o direito. Seria uma exceção em sentido constitucional. Teria por finalidade o empoderamento de pessoas e instituições para fazer frente à estas circunstâncias de urgência e escala[109].

V. III. II. MODELOS DE EXCEÇÃO

a) Exceção Constitucionalmente regulada

A ideia que fundamenta a constitucionalização da exceção foi muito bem capturada por Ernest-Wolfgang Böckenförde: há uma pressuposição de que os poderes à

[108] Não por coincidência, essa generalidade da exceção reflete alguns aspetos gerais do direito identificados por Endicott (2013), ou seja, a ideia de que o direito é geral porque (1) exerce autoridade sobre um amplo número de pessoas, (2) porque essa autoridade é exercida sobre um território consideravelmente amplo, e (3) porque sua autoridade se prolonga no tempo.

[109] Em certo sentido, traçando uma analogia entre esses dois sentidos de exceção, essas normas de regimes constitucionais de exceção estariam para o segundo tipo, mais profundo, de exceção da mesma maneira em que normas interpretação estariam para o primeiro tipo, mais superficial, de exceção.

disposição ao estado são aptos a permiti-lo cumprir com suas funções. As normas jurídicas que constituem tais poderes pressupõe, por sua vez, um estado geral de coisa regular e estável. Fora desse estado de normalidade, o poder dessas normas influírem sobre a realidade social fica afetado. Nesse caso, ou o direito aloca mais poderes específicos ao estado para cumprir suas funções de modo minimamente satisfatória nessas circunstâncias extraordinárias ou, então, flexibilizam-se os deveres estatais (BÖCKENFÖRDE, 2017a: 118).

Essas regulamentações, por mais distintos que sejam nas diferentes ordens jurídicas que os contemplam, têm como características centrais o fato de (1) autorizarem o desvio de normas de carácter superior, como as normas constitucionais normalmente aplicáveis; (2) estabelecerem condições especiais para sua instituição, de modo a garantir que seu uso se dará apenas quando necessário, adequado e de modo proporcional e; (3) estabelecerem um termo para sua aplicação (MANIN, 2008: 149). O carácter excecional desses poderes não decorre, portanto, de sua imprevisibilidade, uma vez que estas normas estão previstas e consolidadas no direito existente, mas da excecionalidade, aqui entendida à luz de seu aspeto de urgência e abrangência, das situações de fato que autorizam sua aplicação.

Esse modelo, ressalte-se, não é novo. Escrevendo pouco após a segunda guerra, o historiador norte-americano Clinton Rossiter defendeu a tese de que a separação entre duas constituições, uma para tempos de normalidade e outra para tempos de excecionalidade, era uma característica comum em comunidades políticas, em especial da democracia dos Estados Unidos (ROSSITER, 1948). Para Rossiter, em tempos de excecionalidade, quando os riscos à ordem constitucional fossem grandes, o Estado em democracias constitucionais se transmutaria em ditaduras provisórias que existiriam apenas para pôr fim a essas ameaças, cessando assim que tal objetivo fosse obtido[110].

Na defesa dessa ideia, Rossiter explicitamente se inspirava no modelo romano de ditadura. Na república romana, o ditador era um indivíduo notável indicado pelos

[110] Escrevendo quase dez anos antes de Rossiter, Karl Loewestein (1937a; 1937b) já defendia a necessidade de que as democracias constitucionais assumissem uma forma de "democracias militantes" para enfrentar o avanço internacional do fascismo. Para fazer frente às técnicas de mobilização e propaganda fascista, a democracia deveria enfrentá-las com paridade de armas. Ele defendia, então, incrementos legislativos que, durante esse período de risco autoritário, colocariam limites à certos valores e princípios caros à democracia liberal de forma a blindarem. Dentre estas medidas, Loewestein expressamente cita a existência de uma legislação de emergência conferindo poderes extraordinário ao Executivo (LOWESTEIN, 1937b).

cônsules da república e aprovado pelo Senado em situações de guerra ou grave ameaça à ordem pública. Para evitar abusos e concentração excessiva de poder, havia uma separação entre as competências para declarar a crise, indicar o ditador, e exercer esses poderes ditatoriais. Ao Senado, como regra, cabia o poder de declarar que havia uma crise e conferir poderes aos cônsules para indicar quem exerceria poderes ditatoriais. Excecionalmente, poderiam os cônsules tomar a iniciativa de reconhecer a situação de crise e indicar um ditador, mas essa indicação deveria ser avalizada pelo Senado[111]. Ao mesmo tempo, os cônsules gozavam de ampla discricionariedade para escolher os ditadores, porém, via de regra, não poderiam indicar a si mesmos para este cargo (ROSSITER, 1946: 20). Um aspeto importante da instituição da ditadura romana era sua temporalidade. A ideia subjacente ao instituto era a de que a natureza dessas crises exigiria respostas rápidas e incisivas de um comando unificado. O mandato do cônsul era, porém, temporalmente limitado a seis meses ou ao tempo necessário para dar fim as turbulências que deram causa a sua nomeação[112]. Durante este período, seus poderes eram praticamente ilimitados[113], mas, uma vez terminada sua missão, deveria abandoná-los e voltar a ser um cidadão comum (LINTOTT, 2009: 109- 113).

Rossiter não se iludia quanto aos riscos da ideia que defendia. Fiel à tradição liberal norte-americana, ele sabia bem do perigo de concentrar tamanho poder nas mãos de poucas pessoas. Buscando minorar essas ameaças, ele elencava doze parâmetros que deveriam ser seguidos para que uma ditadura desse tipo pudesse ser classificada como constitucional, em contraste com a ditadura autoritária. Um dos principais parâmetros, reconhecia ele, era a necessidade da vinculação estatal à legalidade (ROSSITER, 1946: 300). Por mais que nem sempre este requisito fosse seguido, e ele mesmo cita como exemplo os poderes extraordinários assumidos sem a autorização do congresso por

[111] Com base em Lívio, Bernard Manin afirma que em certas ocasiões, a indicação do ditador também poderia se dar através do voto popular. Como nota Manin, imprecisões quanto aos detalhes da ditadura romana se devem ao carácter costumeiro de sua constituição que somado ao senso prático romano levava a interpretações divergentes e cambiantes desse instituto (MANIN, 2008).

[112] Alguns historiadores contemporâneos tem questionado a ideia de que havia limites temporais rígidos à duração da ditadura romana ou vedações formais ao poder de reforma constitucional do ditador. Na realidade, o exercício de poderes ditatoriais estaria restrito por normas informais de moralidade e religião, de modo que seu controle seria consideravelmente flexível (LAZAR, 2009: 129; WILDE, 2012; VAN DEN BERGE, 2023).

[113] Seus poderes não eram completamente ilimitados pois havia algumas restrições formais e materiais ao seu poder. Lintott, por exemplo, argumenta que o direito de apelação ao povo das decisões dos magistrados romanos, o *provocatio*, também se aplicaria ao ditador. Além disso, haveria indícios de que o ditador poderia ser eventualmente processado por seus atos após deixar o cargo (LINTOTT, 2009: 111).

Abraham Lincoln durante a guerra civil dos Estados Unidos, ele deveria seguir como um norte, como um ideal regulativo a ser buscado.

A noção de legislação de exceção esposada por Rossiter tentava romper, então, a ideia de que o direito é um empecilho à ação efetiva do Estado na proteção da sociedade e da constituição. É uma representante moderna de uma tradição liberal que vê nas regras um modo de empoderar o Executivo sem, no entanto, lhe dar carta branca para fazer aquilo que bem entende. Esta crença é bem ilustrada pela analogia feita por Stephen Holmes entre as regras as que regulam emergências políticas e as regras e procedimentos de uma sala de operações cirúrgicas em emergências médicas. Para Holmes, regras como "lavar a mão assim que entrar na sala cirúrgica" ou "conferir o cartão com tipo sanguíneo antes da transfusão" não tem por objetivo limitar a ação de médicos e enfermeiros. A função dessas regras é servir como orientações em situações que demandam celeridade. Elas se justificam na medida em que ajudam a contornar os custos associados com processos de deliberação prática e restabelecem o foco em preocupações de longo prazo e nos possíveis danos colaterais causados por ações precipitadas. Em outras palavras, se urgência é um problema a ser enfrentado, regras pré-estabelecidas ajudam a evitar deliberações que podem ser demoradas e potencialmente levar a erros, seja porque é difícil coordenar diversos atores seja porque demandariam a análise de inúmeras considerações diferentes. Ao invés de escolher seu rumo de ação com base em uma análise complexa de todos os problemas envolvidos, o enfermeiro na sala de emergências precisa apenas seguir os protocolos existentes. Respostas rápidas podem ser necessárias, mas também têm um amplo potencial de equívocos. É possível que alguns fatores não sejam levados em conta, é possível que escolhas apressadas sem que seja dada a devida importância a questões de longo prazo no calor do momento. Regras prontas, estabelecidas já antecipando essas situações, podem ajudar a minimizar esses problemas. Adicionalmente, podem trazer segurança em um momento que a incerteza quanto ao que deve ser feito pode gerar o tipo de insegurança que leva ou a paralisação ou erro (HOLMES, 2009: 304-307). Inverte-se, pois, uma ideia pressuposta na noção de estado de exceção. Se na exceção, afirma-se, restrições às liberdades individuais se justificariam por preservá-las, restrições aos poderes de exceção do executivo se justificariam por ampliá-los. Função parecida teriam também regulamentos tratando não de emergências médicas, mas de emergências enfrentadas pelo executivo. Sua função não seria limitar sua ação, mas melhorar a qualidade de sua atuação ao reduzir as chances de que possíveis

equívocos possam ser cometidos. Estariam errados, portanto, aqueles que se opõe a existência de tais regras afirmando que cada emergência tem características próprias que não podem ser previstas com antecedência, o que tornaria inviável regulá-las. Se não é possível prever o carácter da crise e como o estado deve responder a ela, seria possível ao menos prever o que não deveria ser feito. Os equívocos potenciais e os riscos da ação estatal raramente são tão inéditos quanto querem crer os defensores da exceção desregulada (HOLMES, 2009: 308).

Independente da concordância ou não com essa visão "liberal" do estado de exceção, fato é que boa parte dos sistemas jurídicos modernos contemplam regras constitucionais ou infraconstitucionais que pretendem regular esses casos excecionais. Quanto à sua forma específica, os chamados "poderes de emergência", segundo Pasquale Pasquino e John Ferejohn, podem ser divididos em dois grandes modelos. O primeiro, baseado no instituto da antiga República Romana, é o chamado modelo neorromano ou constitucional. Nele, os casos em que poderes excecionais são concedidos a certos indivíduos ou instituições, bem como sua extensão, são estabelecidos previamente na Constituição. Como discutido previamente, suas características principais são (1) seu carácter eminentemente conservador, ou seja, as mudanças executadas através do exercício desse poder são meramente temporárias e têm por finalidade a restauração de um *status quo ante* perturbado por uma situação extraordinária[114]; (2) uma separação entre aqueles atores responsáveis por identificar e declarar uma situação como excecional e os atores que criam os poderes excecionais, o que significa dizer que os poderes que podem ser exercidos em situações excecionais são sempre fixados previamente, antes, portanto, da efetiva ocorrência dessa situação extraordinária; e (3) no mesmo diapasão dessa segunda característica, a Constituição regula previamente o exercício de poderes de exceção (FEREJOHN; PASQUINO, 2004: 235).

O segundo, mais recente e adotado em países como os Estados Unidos, é o modelo legislativo. Esse modelo tem por características centrais (1) uma combinação e identificação entre os atores que criam os poderes excecionais, ou seja, cabe ao legislativo declarar a ocorrência de circunstâncias que justifiquem a excecionalidade, bem como criar a legislação que constituindo esses poderes; (2) na medida em que o legislativo cria

[114] Contra o carácter conservador do modelo romano de exceção, ver Lazar (2009: 127) argumentando que ainda que incomum, há casos de ditadores modificando a constituição romana e agindo como uma força de vanguarda uma vez respaldados pelo amplo apoio popular.

esses poderes, ele também pode cassá-los sempre que achar que a situação que os justifica chegou ou fim ou que houve abuso por parte da autoridade responsável por seu exercício, podendo, para isso, inclusive criar certas comissões para monitorar o modo como a emergência se desenrola e a os poderes são exercidos; e (3) assim como pode criar e cassar esses poderes, o legislativo pode ainda prorrogá-los ou mesmo modificá-los se assim achar necessário (FEREJOHN; PASQUINO, 2004: 219).

b) Schmitt: Exceção livre do direito

As noções de estado de exceção até agora discutidas são, em tese, reconciliáveis com o ideal do Estado de Direito. Nenhuma delas colocaria problema intransponíveis àqueles críticos da ação estatal livre das amarras postas pelo direito. Há, porém, um sentido de exceção ainda mais radical. Nele, uma fenda se coloca entre o direito e a situação de emergência. É o sentido de exceção esposado por teóricos da exceção críticos do legalismo liberal, o mais famoso deles sendo Carl Schmitt. Para esses teóricos, a exceção é ponto em que direito e política se separam. Em momentos de grave crise, quando a própria existência daquela comunidade política parece estar ameaçada, o direito retrocede, a ordem jurídica vigente entra em suspensão, e o que resta é apenas a política. A exceção é o crepúsculo da legalidade. Não é, portanto, uma norma individual ou um conjunto de normas individuais que cuja aplicabilidade passa a ser afastada, mas é o próprio sistema jurídico como um todo que entra em estado de dormência. Resta apenas a figura do soberano, com poderes ilimitados, capaz de fazer frente àquela ameaça custe o que custar (SCHMITT, 2005: 12).

Em seu primeiro grande trabalho voltado ao tema do estado de exceção, um ensaio histórico e teórico denominado "A ditadura", Schmitt, assim com Lintott inspirado pela experiência romana e pela obra de Jean Bodin, traça uma distinção entre dois tipos de ditadura (SCHMITT, 2014). Na primeira delas, por ele denominada de Ditadura Comissária, o ditador assumiria poderes extraordinários para pôr fim a uma situação específica de crise que ameace a ordem constitucional. Esse ditador não era, porém, soberano. Seus poderes eram delegados e estavam adscritos a um mandato específico que deveria ser por ele cumprido. Finda a tarefa a ele delegada, o ditador comissário voltaria a ser um cidadão como qualquer outro. Ao verdadeiro soberano, por outro lado, caberia o poder de retirar este poder delegado e interferir em suas nas ações do ditador. A figura

do ditador assumia, então, uma função totalmente instrumental. Ele existe e se justifica na exata medida em que age para proteger a constituição de perigo iminente, mesmo que para isso a tenha de suspender temporariamente. A constituição é fundamento e fim desse poder ditatorial. A ditadura comissária, seria, assim, o desenvolvimento final de um longo processo histórico de tecnicização do poder, o poder submetido (GOUPY, 2023: 102).

O segundo tipo de ditador, o ditador soberano, seria um fenômeno tipicamente moderno e revolucionário. Fonte de toda autoridade, seu poder não deriva daquilo que já foi constituído, mas é ele mesmo uma força capaz de constituir. A força de sua autoridade não vem, portanto, de uma lei constitucional e seus poderes não estão adscritos a mera suspensão temporária da constituição jurídica. No limite, sua soberania o permite a criar uma nova ordem constitucional. Criar ou modificar a constituição ao invés de meramente preservá-la através de verdadeiro exercício de poder constituinte originário (SCHMITT, 2014: 119)[115].

No entanto, há uma mudança em seu tratamento desse tópico, uma mudança ocorrida no curto espaço de tempo que separa esta obra de seus ensaios sobre teologia política, publicados um ano depois (SCHMITT, 2005). Nessa obra, que tornou famosa a frase "soberano é aquele que decide sobre a exceção", Schmitt parece abandonar qualquer possibilidade de existência de uma ditadura comissária. Para o Schmitt de *Teologia Política*, tentativas de confinar a exceção dentro da gaiola dourada do direito são vistas como inúteis. Ele explicitamente afirma que a exceção, por ele definida como um caso de "extremo perigo, um risco para a existência do estado", não é e não pode ser codificada pela ordem jurídica. Fiel a essa ideia, irá afirmar que soberano é aquele que nessa situação de perigo define quais são os interesses do estado, os interesses públicos, a ordem pública e saúde pública (SCHMITT, 2006: 6). Ele não apenas define quando há um caso extremo de emergência, mas também o que deve ser feito com relação a ela (SCHMITT, 2006: 7). Se antes a exceção era enxergada como técnica, como instrumento, ela agora é enxergada como salvação da crescente tecnicidade dos regimes liberais, uma tecnicidade que apenas

[115] Schmitt vê no controle parlamentar da declaração e execução dos poderes de crise uma possível confusão entre os dois modelos de ditadura. Na medida que a soberania parlamentar implicaria na possibilidade do parlamento conceder a um ditador o poder de tomar não apenas medidas concretas necessárias para resolver a crise, mas também a tomar medidas legislativas, é o legislativo que estaria assumindo o papel de um ditador soberano como poder para modificar a ordem jurídica existente. O parlamento torna-se um ditador permanente cujos poderes vão além da instrumentalidade que caracteriza a figura do ditador comissário. Quando isto ocorre, as fronteiras entre ordinário e extraordinário já não são mais visíveis (GOUPY, 2023: 106)

paralisa a ação do Estado e obscurece a real natureza do poder. Nem sempre a constituição conseguirá antecipar quando a ação excecional será cabível. Nessas horas, caberia a um ator constitucional tomar a dianteira e agir. Esta figura será o soberano, que permanecerá sempre presente, ainda que em latência, mesmo em períodos de normalidade, pronto para agir quando necessário. O muro que separa normalidade da excecionalidade para Schmitt cai, então, por terra (MACCORMICK, 1997: 136).

Segundo John P. MacCormick, essa mudança de Schmitt poderia ser explicada tanto por sua receção da teoria do carisma de Max Weber, quanto por sua preocupação com o avanço do risco comunista e perceção que de que fogo deve ser combatido com fogo, ou seja, que apenas uma ditadura soberana poderia fazer frente a ditadura soberana da União Soviética. Em ambos os casos, a razão para a mudança de Schmitt estaria em seu medo da crescente instabilidade política de Weimar. Se a formação do Estado Moderno, com centralização do poder e aniquilação de grupos intermediários vistos como poderes concorrentes, levou a uma categoria moderna de soberania baseada na ideia de unidade, talvez a necessidade de conter um levante de massas populares e grupos revolucionário demandasse uma nova categoria de soberania focada em um líder carismático. Apenas esses estado todo-poderoso teria as condições necessárias para enfrentar o gigantesco estado totalitário soviético (MACCORMICK, 1997: 139).

Andreas Kalyvas (2008), por outro lado, tenta conciliar esses dois pontos de vista de Schmitt. Para Kalyvas, é preciso separar a noção de ditadura em Schmitt da de soberania. Enquanto o primeiro está no plano da exceção, o segundo encontra-se no plano do extraordinário. O ditador romperia com a ordem estabelecida sem criar uma nova ordem, enquanto o soberano fundaria nova ordem constitucional. A fusão desses dois conceitos apenas serviria para obscurecer o carácter eminentemente fundacional da soberania. O ditador soberano seria, assim, não o soberano em si, mas aquele que age em nome dele e de maneira delegada. Seria, então, uma outra espécie de ditador com poderes delegados, não um que executa uma missão específica da ordem constituída, mas um que age para, em nome do real soberano, construir uma nova ordem. Em democracia constitucionais, o povo seria o real soberano, enquanto a assembleia constituinte, autoridade constituída, seria o ditador com poderes delegados para construir a nova ordem

constitucional (KALYVAS, 2008: 92- 97)[116]. Em sentido diverso David Dyzenhaus afirma que para Schmitt, não é o povo que tem o poder de constituir, mas simplesmente legitimar por aclamação a ação constituinte. Nesse sentido o mesmo ato que legitimaria a ação constituinte estaria constituindo o povo (DYZENHAUS, 1997: 54).

Independentemente das razões que levaram a essa mudança, o fato é que há uma rutura a partir de Teologia Política com os textos de Schmitt escritos até então sobre exceção. É possibilidade de existência desse tipo de exceção que nos interessa aqui, na medida em que vai contra as duas noções de exceção previamente discutidas. Dessa vez, a questão da exceção não está ligada à aplicação de normas jurídicas, mas sim à validade desses normas jurídicas. É o soberano que em última análise teria poder para criar ou destruir normas jurídicas de acordo com seu juízo do que e quando é necessário fazer algo para proteger a nação. Tentativas de regular o direito são inúteis não apenas porque as normas que estabelecem as competências de ação nessas situações de crise são inerentemente vagas, mas porque existe um poder maior acima do maquinário legal capaz de agir não só além dele, mas, se necessário, contra ele. Normas jurídicas não são autoaplicáveis. Se os demais poderes não são capazes de garantir sua aplicação e autoridade, pouco há o que possam fazer quanto à ação do governo. Quando muito, podem tentar dar ares de legalidade incorporando a ações do executivo ao direito positivo.

Traduzindo para termos mais próximos ao que utilizamos até o momento, Schmitt acredita que as ações do Executivo ao declarar e agir na emergência, somada o carácter passivo ou impotente dos demais poderes, leva a uma modificação na regra de reconhecimento daquele do sistema jurídico. Em que medida a sociedade civil cumpre algum papel na construção dessa regra de reconhecimento, por sua vez, irá depender da interpretação a ser dada a sua obra. Aqueles que o veem como um teórico do autoritarismo fascista, irão defender que em última análise, é apenas as ações do Executivo, do ditador soberano, que irão moldar essa norma básica. Por outro lado, aqueles, como Kalyvas, que enxergam em Schmitt um teórico da democracia radical, podem argumentar que é, em última análise, o povo soberano que molda essas regras ao apoiar as ações do executivo e fazer sua eventual disputa com os outros poderes pender para seu lado. Nesse último caso, o executivo seria representante legítimo da unidade da nação e suas ações refletiriam

[116] A ideia de que a assembleia constituinte de uma nação não é ela mesma a fonte de poder soberana, mas simplesmente o povo, é a base da argumentação de Sieyès em sua dissertação acerca do terceiro estado (SIEYÈS, 2009)

a soberania popular. Em nome desse povo, pode ele dizer o que vale ou não como direito em cada momento. Se essa decisão for desafiada pelos demais poderes, é o povo soberano que se colocará ao seu lado manifestando seu alinhamento com suas decisões[117].

Mais recentemente, há uma literatura neoschmittiana que busca atualizar esta tese através de instrumento modernos, como, por exemplo, métodos oriundos da teoria da escolha pública. Ela o faz partindo do ponto quase consensual de que existe uma superioridade do poder executivo na resolução de questões de maior dificuldade, principalmente técnicas. Crises e situações de risco eminente exigem velocidade e pessoal capaz de lidar com questões complexas. Nessa tarefa auxiliam a junção do carácter tecnocrático e hierárquico do executivo com um importante elemento de coercitividade. Nas palavras de Nicholas Barber (2018: 67-68):

> *Os membros do executivo têm a capacidade de fazer as coisas acontecerem. Isso é obtido por uma ampla variedade de meios- o executivo pode agir diretamente, pode fazer contratos com pessoas privadas para que estas realizem certas tarefas, ou pode mandar pessoas agirem de certa maneira. Mas todos esses modos de ação estão alicerçados na possibilidade de exercer coerção.*

Com base nessas características do Executivo e nas deficiências dos demais poderes, seria sempre o caso de que, goste-se ou não, é o executivo quem dita o rumo das ações de emergência. Adrian Vermeule e Eric Posner, argumentam que, para além da falta de *expertise* e a dificuldade de acesso a informações sensíveis, ao legislativo faltariam incentivos para tomada de decisão antes do surgimento da crise e durante seu desenrolar. Quando do momento anterior à crise, a incerteza quanto aos efeitos de uma medida legislativa criada para preveni-las no futuro se, por um lado, pode facilitar a obtenção de unanimidade quanto à sua adoção, por outro poderia gerar um problema de

---

[117] O resultado desta visão radical de Schmitt é o de que a exceção perde sua excecionalidade e se mantém constante, ainda que em estado de latência. Essa ideia forma o cerne do argumento de Agamben de que a exceção atual se corrompeu, tornando o temporário permanente. Esse estado de exceçao se tornou algo próximo ao que Arendt Lijphart chama de "regime de emergência", um regime político que apesar de se iniciar com a pretensão de se manter dentro dos limites democráticos, acaba por abdicar do carácter de temporalidade e de restauração que caracteriza a ditadura constitucional de Rossiter (LIJPHART, 1978). Em seu lugar, aplicar-se-iam normas sem validade legal, porém com algum tipo de validade não jurídica. Seu objetivo declarado é restaurar um contexto de normalidade fática pressuposto para aplicação das normas jurídicas (AGAMBEN, 2004: 49).[117] Entretanto, essa exceção se cristaliza e, no dia a dia, a anomia impera e o executivo exerce o poder nu extra juridicamente (AGAMBEN, 2004: 74).

falta de incentivos. Se não é possível saber de antemão quem ganha em quem perde, a votação de uma legislação de exceção encontrará menos objeções do que a votação de medidas qual se sabe que irá perder. Porém, mesmo que acredite ter pouco a perder, se o legislador não sabe se vai ganhar algo com ela, qual o incentivo para aprová-la? (VERMEULE; POSNER, 2010: 42). Além disso, por que se preocupar com problema futuros que não se sabe se ou quando irão ocorrer, ao invés de focar em problemas concretos que afetam a vida de seus eleitores no presente?

Com relação ação durante crise, as dificuldades do legislativo também não seriam pequenas. Em primeiro lugar, haveria problemas de ação coletiva decorrentes de seu carácter deliberativo e não hierárquico. A título de exemplo, há que se notar que mesmo que o legislativo tivesse acesso às informações sigilosas relevantes para a resolução da situação crítica e deste sigilo dependa o sucesso dessa empreitada, membros do legislativo teriam incentivos para vazar essas informações (VERMEULE; POSNER, 2010: 26). Ao mesmo tempo em que poderiam obter benefícios políticos individuais com a publicidade dessas informações, os custos associados a essa ação seriam relativamente baixos, já que os autores do vazamento dificilmente seriam descobertos e punidos. Para piorar, quanto maior os membros desse grupo, menores as chances de serem descobertos e punidos, aumentando os incentivos para fazê-lo (OLSON, 2015: 33). De certa maneira, é como se sua responsabilidade pessoal se diluísse na multidão e os mecanismos de controle de suas ações não fossem tão rígidos. O mesmo pode ser dito ainda no caso de certas medidas de austeridade em momentos de crise econômica. Para além da dificuldade de se chegar a consensos quanto aos limites e a intensidade dessas medidas de austeridade, a maior parte dos membros podem não ter incentivos o bastante para votá-las ainda que pessoalmente possa considerá-las necessária. Um legislador pode acreditar que cortes de gastos e redução de salários de servidores públicos são medidas inevitáveis em situação de grave crise fiscal. No entanto, pode achar que o peso de seu voto na aprovação de tais medidas é pequeno demais comparado com os danos a sua popularidade que dele decorreriam.

Além disso, o legislativo é marcado por partidarismos e facciosismos que não estão presentes de forma tão intensa no executivo. Naqueles momentos em que o chefe do executivo possuir maioria no legislativo, o controle e a monitoramento deste será muito frouxo (VERMEULE; POSNER, 2010: 28). Mesmo quando esta unidade está ausente, o controle legislativo tende a arrefecer perante crises geradas por catástrofes ou

calamidade pública, momentos em que geralmente há uma tendência à união nacional que reduz eventuais rivalidades. Nesses casos, é comum que o executivo tome a dianteira no combate à crise e o legislativo apenas venha a reboque. O desenho institucional do legislativo tende a dar a ele uma posição secundária em situações de emergência. Como ressaltou John Locke em sua defesa do poder de prerrogativa do Executivo (LOCKE, 1998: 536)[118]:

> *Como o poder legislativo nem sempre está focado em possíveis crises e é, em geral, por demais numeroso e lento para a presteza exigida pela execução, é impossível prever pelas leis todos os acidentes e necessidades que possam interessar ao público ou elaborar leis tais que não causem danos se executados com o rigor inflexível em todas as ocasiões e sobe todas as pessoas que caiam sobre sua alçada. Deixa-se, então, ao poder executivo uma certa liberdade de ação para deliberar a seu critério acerca das muitas ações previstas nas leis.*

A situação não é muito melhor da parte do judiciário. Em primeiro lugar, para além de faltar ao judiciário expertise o suficiente para lidar com muitas das questões complexas surgidas no âmbito do estado de emergência, faltaria a ele legitimidade democrática para fazê-lo.[119]. Em segundo lugar, de maneira geral, o judiciário demora a se manifestar em situações crises e precisa ser provocado para fazê-lo, principalmente tribunais superiores e tribunais constitucionais. Em sistemas constitucionais que seguem o modelo concentrado de constitucionalidade esse problema tende a ser menor do que naqueles estruturados em um modelo difuso. A força e a agilidade de suas decisões variam, portanto, de um sistema jurídico para outro. Não obstante, isso não muda o fato de que para o judiciário possa controlar um ato administrativo ou normativo, é preciso que, via de regra, a ação já tenha ocorrido. Quando o judiciário se manifesta efetivamente acerca de uma questão, é provável que esta já seja fato consumado, caso em que a decisão judicial terá pouca importância. Se já cumpriu sua função, a decisão tem pouca relevância.

---

[118]David Dyzenhaus afirma que está em Hobbes a primeira defesa por um autor na tradição liberal da ideia de que na exceção cumpre ao executivo agir em um vazio legal, guiado apenas pelas leis naturais (DYZENHAUS, 2012: 443).

[119]É possível questionar até mesmo se em momentos de normalidade política o judiciário de fato exerce um controle tão intenso assim do executivo. Nesse caso, é possível questionar, como o fez Robert Dahl ao notar que a maior parte das decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos estavam alinhadas às posições do Executivo, se o contramajoritarismo desses tribunais é de fato um problema prático (DAHL, 1957).

Se não conseguiu cumprir, o judiciário apenas enterrará uma medida natimorta. Se seus efeitos ainda estão em curso, haverá um forte incentivo para que o judiciário adote uma posição de deferência (VERMEULE; POSNER, 2010: 52-54). Nas palavras de Carl Schmitt (2004: 32):

> *(...) mesmo em casos de legalidade duvidosa, as diretivas do detentor de poder estatal são diretamente executáveis de maneira imediata, até mesmo quando oportunidades de questionamento legal e proteções judiciais estão disponíveis. Na corrida entre executivo e judiciário, o judiciário quase sempre chegará tarde demais (...)*

A posição de Posner e Vermeule é bem próxima da de Schmitt em Teologia Política. Como nota Richard Pildes, Posner e Vermeule tomam como pressuposto, não explicitamente defendido, a ideia de que o executivo e atores políticos de maneira geral, comportam-se como o homem mau de Oliver Wendel Holmes, que age apenas com movidos por benefícios e pelo medo de sanções, e menos como o homem bom de Hart, que tenta organizar sua vida de acordo com normas pré-estabelecidas. A força normativa do direito não teria, portanto, capacidade alguma de constranger sua ação. Apenas o poder de facto destes outros atores políticos teria esse condão. Tendo em conta as fraquezas de seus adversários, as ações do executivo estariam livres de amarras legais em quaisquer circunstâncias, e não apenas na exceção. (PILDES, 2012: 13). Essa é a primeira grande semelhança com Schmitt em Teologia Política. Diferentemente deste, porém, Vermeule e Posner não se aprofundam no mérito do quem seria o soberano na exceção. A noção de soberania é típica da teoria constitucional, que tem por objetivo não apenas descrever um sistema jurídico, mas primordialmente justificá-lo. Ela tenta definir quando uma ordem constitucional possui autoridade legítima e quais seus fundamentos.

A obra de Posner e Vermeule tem, sim, elementos normativos. Os autores tentam argumentar que a ausência de freios legais ao executivo não só é uma realidade, como é algo a ser celebrado. Uma das ideias centrais de sua teoria é a de que é esse gigante é bem menos feio do que parece. Sua ação é muito mais eficiente fora das amarras impostas pelos outros poderes e mais responsiva à opinião pública. No entanto, influenciados pela ciência política e modelos de análise baseados em teorias de *rational choice*, abraçam uma abordagem eminentemente descritiva distante da linguagem normativa da soberania. Como, porém, toda teoria normativa deve construir suas fundações sobre o solo firme de

certas premissas empíricas, é possível ao menos vislumbra o cerne de uma teoria constitucional.

Posner e Vermeule aceitam a ideia de que na exceção caberá ao executivo tomar a dianteira da ação e os demais poderes simplesmente viriam a reboque. Nessas circunstâncias a legalidade e a legitimidade se separariam, residindo essa última no executivo (POSNER; VERMEULE, 2010: 33). Nesse sentido, tal qual para Schmitt, o executivo seria representante das aspirações nacionais e suas ações careceriam de bases legais para serem legítimas. O soberano, mediado, pelo Executivo, faz o direito.

No entanto, argumentam também, a força geradora de direito, a energia capaz de criá-lo ou modificá-lo, não viria somente da ação de um executivo todo-poderoso representando ou personificando a soberania popular, mas sim dos já estudado confrontos constitucionais que levam a redistribuição de autoridade entre instituições (POSNER; VERMEULE, 2010: 67). O que traz Posner e Vermeule para perto de Schmitt mais uma vez é a junção dessas duas premissas. O direito seria criado e se modificaria através desses embates acerca da interpretação e dos sentidos da constituição.

Nesse ponto, um paralelo pode ser traçado com a discussão anterior acerca da regra de reconhecimento. Como visto, dentro da linha do positivismo hartiano, que é ou não o direito seria estabelecido pela prática de reconhecimento de diretrizes normativas por um determinado grupo social. Para alguns autores, a constituição ou a identificação dessas regras seriam resultado da ação de juízes, responsáveis por darem interpretações dotadas de autoridade para o direito. Para outros, seriam não só os juízes, mas outras autoridades responsáveis por aplicar a lei. Para certos "constitucionalistas populares" a regra seria definida também pela ação da sociedade civil e do público em geral, que moldaria e determinaria a ação dessas autoridades.

Dentro desse panorama, a posição de Posner, Vermeule e, em certo sentido, Carl Schmitt, poderia ser entendida de duas maneiras. Para eles, ou seria a comunidade de membros do Poder Executivo que constituiria as regras de reconhecimento, ou esta seria constituída pela prática não só dos membros do executivo, como dos demais poderes e da sociedade civil que reconheceriam no chefe do executivo a autoridade para dizer o que é ou não o direito. No caso de Schmitt, Posner e Vermeule, a melhor interpretação parece ser a de que as práticas do público e da sociedade civil de maneira geral são determinantes para o conteúdo do direito. Assim, ao explicar como conflitos constitucionais chegam ao

fim, Posner e Vermeule afirmam que "essas discordâncias, sugerimos, são normalmente resolvidas no curto prazo pela força da opinião pública e não por meios jurídicos". Chegam inclusive a afirmar que a Constituição do Estados Unidos é "plebiscitária, um fenômeno contrário às aspirações do legalismo liberal" (POSNER; VERMEULE, 2010: 75). Ao final de um confronto constitucional, uma posição sairia vencedora e se consolidaria. Em situações de crise, o Executivo seria o vencedor natural. Ele seria a fonte do direito, não porque alguma norma jurídica o conferiu tal competência, mas porque tem a força e o apoio popular para fazê-lo. Essa dependência do apoio popular, por sua vez, garante que a ação executiva não seja totalmente arbitrária. Se a legalidade não pode colocá-lo nos eixos, a legitimidade o pode fazer. Em toda comunidade política existem regras sociais não jurídicas e não escritas que legitimam e justificam a ação da autoridade pública, e que, como tal, não podem ser rompidas nem mesmo por um executivo aparentemente todo-poderoso.

É esse argumento dos autores acerca da supremacia do executivo que merece ser mais bem analisado à luz dos casos de crise aqui estudados. Em outras palavras, a pergunta que deve ser feita é. O que os autores sugerem é que situações excecionais gerariam confrontos constitucionais, mas essa ideia seria também válida para o conceito de jogos duros constitucionais aqui adotado. Nesses jogos, porém, o vencedor necessariamente seria o executivo, apoiado pelo povo. Mesmo que judiciário e legislativo possam esboçar reação, seus esforços serão em vão. Ante seu fracasso, caberia ao governo modificar as regras pré-constitucionais existentes. O argumento destes autores é contundente. Por isso, se queremos analisar a atuação de tribunais durante períodos de crise, suas premissas devem ser questionadas: em primeiro lugar, a ideia de que situações de exceção levam tipicamente a jogos duros constitucionais. A segunda, a de que quando haja esse tipo de disputa, o executivo sempre prevaleceria.

V. IV. TENTATIVAS DE CONCIALIAÇAO ENTRE DIREITO E EXCEÇÃO

Oren Gross e Fionnuala Ní Aólain oferecem três modelos de interação entre direito e exceção que servirão que servem como ponto de partida para a identificação de padrões de atuação do poder judiciário em contextos excecionais.

a) Modelo do "*Business as Usual*"

No modelo por eles chamado de "*business as usual*", o direito é tratado como se indiferente fosse à excecionalidade das circunstâncias em questão (GROSS; NÍ AÓLAIN, 2006: 88). Chamados a se pronunciar acerca da expansão dos poderes de exceção para fazer frente a novos desafios, legislativo e judiciário aferram-se à legalidade e insistem que o direito existente já dá todas as ferramentas necessária para essa tarefa. Qualquer tentativa de agir fora da constituição e das leis existentes é reputada como ilegal. Limitações a direitos e liberdades fundamentais não são admitidas nem mesmo temporariamente. Tamanha rigidez, argumentam seus defensores, justificar-se-ia pela redução do arbítrio do governo e por evitar a contaminação do ordinário pelo extraordinário. Além disso, ao mandar uma mensagem de que desvios dos ditames legais não seriam tolerados, manteria nítida a necessária distinção entre o que é legal e o que é ilegal, evitando a trivialização do direito. Com sorte, no longo prazo, poderia até mesmo ajudar a fomentar uma cultura de respeito à lei e às instituições (GROSS; NÍ AÓLAIN, 2006: 102).

Entretanto, esse modelo é vulnerável a diversas críticas. A primeira dela é a de que é normativamente equivocada por exigir do legislador e do juiz que fechem os olhos de maneira irresponsável para uma crise grave que, por mais que se queira ignorar, existe e não pode ser resolvida pelos instrumentos legais existentes. O controle pelo direito levaria ao conflito e paralisia em um momento em que os diferentes poderes deveriam trabalhar juntos para a solução do problema em questão. Com isso, estar-se-ia promovendo uma farsa na qual é mantida uma falsa aparência de normalidade quando o mundo ao redor parece colapsar (GROSS; NÍ AÓLAIN, 2006: 95). Em segundo lugar, mesmo que fosse idealmente correta, seria impraticável. Em circunstância extremas, exigir do legislativo e do judiciário uma aderência cega à letra da lei ou da constituição é irrealista.

b) Modelo de acomodação

A abordagem do "modelo de acomodação¨ vai em direção distinta a deste primeiro modelo, não negando o excecional, mas buscando integrá-lo ao direito. Ao invés de separar direito e exceção e colocar a primazia no primeiro, ele busca usar o direito para tentar regular a exceção. Há diferentes modo como isso pode ser feito. Como vimos, muitos sistemas jurídicos buscam regular situações excecionais por meio de normas

constitucionais e infraconstitucionais estabelecidas de antemão. Nisto consiste o "modelo romano" de Pasquino e Ferejohn. Mesmo quando o direito já não receciona a exceção previamente, pode fazê-lo posteriormente, seja por meio de inovações legislativas específicas promulgadas durante estes momentos excecionais seja por via interpretativa, como ocorre quando tribunais modificam sua interpretação usual o direito de modo a redesenhar poderes e competências que acreditam necessários em razão das circunstâncias.

O modelo de acomodação, em que pese seu pretenso realismo e sua preocupação com a legalidade, incorre em riscos consideráveis ao buscar harmonizar direito e exceção. Como nota Böckenforde, leis tem pretensão de ser gerais e prospetivas, de regular o futuro. A exceção é circunstancial, casuística. Ao esculpir no direito exceções casuísticas tentando apenas o presente em mente, corre-se o risco de corroer as bases da generalidade da lei, um dos principais atributos do ideal de Estado de Direito. Erode-se o Estado Constitucional, ainda que sob o pretexto de salvá-lo (BÖCKENFORDE, 2017a: 126). Por isso, mesmo quando a regulação legal da exceção é feita previamente, sua engenharia requer cuidados. Todos os autores que veremos a seguir buscam à sua maneira traçar alternativas que evitem ou mitiguem esse problema.

Quando a acomodação se dá por meio de inovações legislativas, esse risco se dá de maneira ainda mais aguda. Tendo em vista o pouco tempo de deliberação envolvido, a dificuldade de obtenção e avaliação de informações confiáveis, as paixões e pressões políticas envolvidas e a tendência em se focar no presente em detrimento do futuro, há o grande risco de que legislações apressadas ou equivocadas sejam incorporadas ao direito.

O mesmo pode ser dito com relação a acomodação pelo judiciário, o que leva a uma soma dos problemas acima apontados com as dificuldades geradas por seu déficit democrático e menor capacidade epistêmica. Juízes raramente admitem que estão assumindo uma postura criativa. As formas e o conteúdo dos conceitos e noções legais não são, porém, imutáveis. Tomam forma e se estabilizam através da prática. A menos que essas inovações interpretativas fiquem restritas a casos pontuais, interpretações

excecionais podem se tornar a regra e o trauma do extraordinário se calcifica na ordem jurídica[120].

Podem também emitir um sinal de que os outros poderes possuem carta branca para fazer aquilo que bem entenderem. Juízes são seres humanos e estão tão vulneráveis a vieses e ruídos quanto qualquer outra pessoa, principalmente nesses momentos de crise, em que há grande comoção pública e dificuldade de se basear em informações confiáveis para uma decisão bem-informada. Isso é especialmente problemático quando decisão judicial depende de juízos de ponderação ou análises consequencialistas. O que hoje parece razoável dadas as circunstâncias atuais, amanhã, ante reflexão mais tranquila e desapaixonada, pode se mostrar um grande erro. (GROSS; NÍ AÓLAIN, 2006: 105). A autorização para uma medida de emergência é sempre uma criação de poder onde antes não havia nenhum, por mais que se tente regulá-lo. O controle exercido pelo direito durante estas crises, mesmo que feito por juízes e legisladores competentes e temerosos de abusos de poder, ainda sim é vulnerável a riscos. Nesses casos, quando o canto da sereia parece ser irresistível, fazer como Ulisses e se amarrar ao mastro da legalidade pode ser uma alternativa mais segura (ELSTER, 1984).

Esse apego à legalidade tem seus custos e entre o formalismo estrito do modelo "*business as usual*" e o carimbo da legalidade dado a qualquer medida emergencial de um modelo de acomodação extremado, existe espaço para posições intermediárias. Diferentes constitucionalistas buscam conciliar a flexibilidade exigida em situações excecionais à segurança do formalismo legal de modo a encontrar um equilíbrio ótimo entre essas duas demandas.

David Dyzenhaus, por exemplo, defende uma posição forte do judiciário calcada no controle do executivo através de princípios político-morais. Dyzenhaus parte de um modelo principiológico de direito próximo ao de Dworkin para afirmar que juízes, legisladores e administradores públicos encontram-se vinculados não apenas as regras positivadas na legislação ou na constituição escrita, mas também a princípios substantivos que capturam o "espírito do *common law*". Nessa perspetiva, a administração pública não estaria vinculada apenas à legalidade tradicional, ou seja, à lei em sentido estrito, mas

[120] A maior ou menor chance perpetuação deste direito excecional irá depender da profundidade e alcance da sentença, uma eventual eficácia *erga omnes* da decisão, a existência de uma doutrina do *stare decisis*, entre outros fatores que apenas podem ser analisados na observação de sistemas jurídicos concretos.

também à juridicidade, ou seja, a princípios que explicam e justificam moralmente todo o corpo de leis e precedentes em um sistema jurídico e que constituem um ideal robusto de Estado de Direito. Mesmo quando a lei é silente quanto a eventuais limites ao executivo em contextos de exceção, estes princípios lá permanecem como parâmetro para a avaliação feita pelo judiciário. Eventuais legislações ou decisões judiciais que autorizem a ação executiva em prejuízo desses princípios, deveriam ser explicitamente tratadas como desvios do caminho da legalidade e como autorização para uso do poder bruto (DYZENHAUS, 2004; 2006; 2012). Se por um lado abre-se espaço para um maior controle judicial das ações do governo, por outro, também há uma flexibilização dos limites impostos à sua ação. A ação do executivo na exceção, mesmo que não explicitamente autorizada por uma regra constitucional ou infraconstitucional, pode ser julgada legal se puder ser justificada à luz desses princípios político-morais.

Em razão dessa flexibilidade dos princípios, a proposta de Dyzenhaus acaba caindo nos mesmos problemas dos modelos incorporacionistas do qual tenta escapar. O controle retrospetivo por um judiciário que decide caso a caso e precisa ser provocado para fazê-lo pouco faria para remediar possíveis abusos já consumados. O executivo mais uma vez ganharia a corrida contra o judiciário, como lembram os críticos do legalismo. Além disso, o controle por padrões normativos abstratos, como um princípio da razoabilidade, poderia potencial permitir uma ampla gama de ações do executivo. Faltariam balizamentos mais concretos capazes de guiar com maior clareza sua ação ou ao menos marcar com mais nitidez os limites do que é ou não permitido fazer. Na prática, se estaria delegando para o judiciário uma reanálise das ações do executivo com base em seus méritos. Nada garante, porém, que juízes seriam racionais ou mais bem capacitados para fazer esse tipo de avaliação complexa do que membros do executivo. Tampouco é garantido que juízes não assumiriam desde o início uma deferência forte ao executivo, abdicando de seu papel de controle (SCHEURMAN, 2006: 267-269). No fim, a retórica do controle pela juridicidade também apenas estaria dando um verniz de legalidade a ações do executivo sem amparo legal

Cass Sunstein vai em sentido oposto ao maximalismo de Dyzenhaus ao defender um minimalismo judicial para contextos de emergência (SUNSTEIN, 2004). Na visão de Sunstein, os tribunais norte-americanos não devem adotar uma deferência absoluta quanto as ações do executivo nessas circunstâncias, mas tampouco devem assumir uma postura exageradamente interventiva. Eles devem exigir autorizações claras do congresso

para as ações do executivo, bem como que aqueles afetados por essas ações tenham direito ao contraditório e ampla defesa. Além disso, ao julgar deve sempre assumir uma postura minimalista. Isso significa dizer que, exceto em casos de violações evidentes de direitos e liberdades fundamentais, suas decisões devem buscar ser superficiais e estreitas, evitando ir muito mais além do caso em sob análise. Assim, eventuais erros decisórios cometidos durante estes momentos excecionais ficariam restritos à casos pontuais sem contaminar a ordem jurídica.

A proposta de Sunstein teria o mérito de separar casos excecionais do direito ordinário através de uma contenção do alcance das decisões judiciais, mas seu minimalismo sempre está vulnerável ao risco de, ao final, ser mínimo a ponto de parecer insignificante. Exigir embasamento legal para medidas de emergência é pouco se a lei é aprovada sob medida por legislativo disposto a anuir com a vontade do executivo em razão da pressão imposta pelas circunstâncias extraordinárias. Se isto assim ocorre, mais uma vez o direito criado na excecionalidade estaria sendo incorporado ao direito.

Idealmente, para Böckenförde, os elementos estruturais dessa regulação da exceção deveriam envolver, em primeiro lugar, uma separação entre um estado de normalidade e o estado de exceção que garanta uma clara divisão entre o direito ordinário aplicada na normalidade e medidas extraordinárias aplicada somente em circunstâncias excecionais. Em segundo lugar, uma clara separação entre a autoridade responsável por declarar a exceção e aquela com competência para agir na exceção. Em terceiro lugar, uma atribuição de poderes excecionais a uma instituição politicamente legitimada focada e organizada para ação. Em terceiro lugar, a não limitação dos poderes de emergência através de regras com conteúdo substantivo que determinem quais medidas específicas devem ser cumpridas, desconsiderando, com isso, o carácter imprevisível da exceção. Em quarto lugar, garantir a fiscalização rigorosa da execução dos poderes de emergência. As autoridades que os exercem devem estar sujeitas a responsabilização política mais rigorosa e suas ações devem ser escrutinadas em minúcia, seja caso a caso e à medida em que são tomadas, seja em bloco quando finda a situação excecional. Por fim, estabelecer uma separação entre diferentes níveis de estado de exceção, autorizando medidas moldadas para cada um deles (BÖCKENFÖRDE, 2017a: 116-131).

Bruce Ackerman (2004) passou a defender uma versão desse constitucionalismo de exceção como resposta às ações americanas à "guerra ao terror". Em um aceno ao realismo, Ackerman admite que existem, sim, situações excecionais que justificariam

uma maior concentração de poder no executivo para debelar situações de crise, ainda que na maior parte das vezes essas situações não cheguem a ser uma ameaça existencial para aquela ordem constitucional. No entanto, ele também está ciente dos riscos de abuso desse poder. Para contê-los, acredita ele, é mais importante um bom mecanismo de freios e contrapesos estruturado por normas de competência e procedimentais do que normas que estabelecem limitações materiais ao exercício desse poder. Afinal, sem esses mecanismos, não haveria fiscalização e controle de eventuais violações a esses limites (ACKERMAN, 2004: 1056). Em sua proposta, estados de emergência poderiam ser declarados apenas após algum ataque que causasse a morte de um número considerável de pessoas e se essa declaração tivesse o potencial de evitar novos perigos iminentes. Esse estado de emergência teria duração limitada a um período de alguns dias ou meses e deveria ser aprovado pelo congresso norte-americano. A cada pedido de renovação, o quórum necessário para aprovação aumentaria empoderando cada vez mais as minorias legislativas. Além disso, minorias legislativas também teria posição privilegiada em comissões responsáveis por analisar as informações pertinentes à situação de crise, de modo a permitir decisões mais bem informadas. Eventuais limitações materiais aos poderes de emergência, como a proibição de torturas de suspeitos, ainda que salutares, teriam uma função apenas complementar (ACKERMAN, 2004: 1060-1061). Assim, a função do legislativo deveria ser primordialmente fiscalizadora, principalmente por meio do acompanhamento das medidas emergenciais em comissões mistas, e de controle por meio da autorização ou não da instauração e eventual prorrogação de estados de exceção.

Quanto ao controle judiciário, Ackerman acredita que sua função seria, em primeiro lugar, macro gerencial, ou seja, lidaria com disputas relativas aos procedimentos de emergência. Se uma disputa entre as minorias legislativas no comando das comissões e os membros da maioria acerca do acesso a informações saísse do limite do razoável, caberia ao judiciário intervir. Nesse sentido, o judiciário exerceria um controle judicial próximo ao modelo de John Hart Ely, garantindo a integridade do processo democrático por meio da proteção a direitos procedimentais de minorias. Em segundo lugar, teria uma função de resolução de micro disputas, resolvendo querelas individuais, como no caso de inocentes detidos durante o período de exceção que pleiteiam indenizações. Ainda que em momentos de maior comoção pública o judiciário abdicasse temporariamente de uma posição mais garantista de direitos e assumisse maior deferência as ações do executivo, assim que as minorias começassem a impor freios a estas ações, o judiciário seria

impelido a retornar a sua posição ordinária de maior proteção de direitos de minorias contra os avanços da maioria. A intensidade do controle judicial iria aumentando paulatinamente a medida em que o período de emergência avançasse (ACKERMAN, 2004: 1066-10). Tal qual os modelos anteriores, o de Ackerman não veda completamente a incorporação do direito excecional ao sistema jurídico em tempos de exceção. O que busca fazer, no entanto, é garantir que essas leis aprovadas sejam o resultado de um processo aberto e democrático onde algumas salvaguardas sejam colocadas de modo a mitigar o risco de abusos e equívocos.

Neste ponto é possível dizer que o problema com todos esses modelos, pode-se alegar, é que nem sempre é possível ter tudo. Ao invés de somar as virtudes de modelos formalistas e anti formalistas de emergência, esses modelos intermediários não conseguiriam se escapar das críticas normalmente dirigidas ao modelo de acomodação. Além disso, a crítica de Schmitt, se levada a sério, joga sérias dúvidas sobre a possibilidade de se regular as exceções pelo direito.

c) Modelo de extra-legalidade

Buscando fugir do impasse gerado pela escolha entre estes dois modelos, cada um deles com virtudes e problemas, Gross e Ní Aólain defendem um terceiro modelo, no qual as ações excecionais tomadas ao arrepio da regulamentação legal existente não seriam reconhecidas como legais ou ilegais, mas como a-legais[121]. Ao invés de escolher entre abraçar o direito e ignorar a realidade ou incorporar a realidade ao direito, ele opta por separar de vez direito e exceção. Eles partem da intuição de Schmitt de que normas jurídicas são aplicáveis a um contexto de normalidade e regularidade, momentos extraordinários pediriam, sim, medidas extraordinárias. Porém, se o executivo pretende agir fora das linhas impostas pelo sistema jurídico, deveria fazê-lo desabridamente, explicitando a natureza de suas ações e sabendo de suas consequências. Se aprovadas posteriormente pela sociedade, poderiam ser avalizadas por meio de recompensas políticas, como eleições favoráveis para os atores políticos envolvidos, ou até mesmo jurídicas, pela conceção de perdões, imunidades ou legalizações retroativas. Se avaliadas negativamente, estariam expostas as eventuais sanções legais e políticas. Aquele que

[121] Mark Tushnet é outro defensor ilustre dessa abordagem judicial nessas circunstâncias (TUSHNET: 2003).

decide na exceção o faz não arbitrariamente, mas guiado por uma ética da responsabilidade: a promoção do bem comum pode demandar um desvio do caminho da legalidade em casos extremos, mas jamais sem perder a consciência de que suas ações possuem consequências e serão eventualmente julgadas pelos cidadãos, que podem ou não as aprovar (GROSS, 2003: 1104)[122].

Dessa maneira, ao tempo em que o executivo teria condições para tomar as medidas necessárias para enfrentar a crise sem empecilhos impostos pelo legislativo e judiciário, o carácter de suas ações restaria bem delineado. Direito ordinário e atos extraordinários não se misturariam, o primeiro não sendo contaminado pelo segundo. O papel do juiz durante a crise, seria, então, assistir a seu desenrolar apenas tomando o devido cuidado para não dar o selo de legalidade para ações extralegais.

Caberia, porém, a esse modelo a crítica por ele lançada por David Dyzenhaus: sua hipocrisia não é muito menor do que os modelos que buscam legalizar a exceção por artifícios interpretativos. Nesses casos, não haveria meio termo que o juiz possa escolher. Ao julgar uma ação excecional, o juiz está vinculado ao código binário legal/ilegal (LUHMANN, 2016). Ou seja, ou bem está de acordo com o sistema jurídico, caso em que deve ser declarada legal, ou não o está, caso em que deve ser declarada ilegal. Apenas da perspetiva de um ator descompromissado com aquele direito, de uma perspetiva externa ao sistema jurídico, pode ele afirmar que a ação é extralegal. Seria o caso, por exemplo de um jurista chamado a opinar sobre uma constituição nascida de uma revolução. Se ele assume o ponto de vista de um jurista do velho regime, deverá admitir que essa constituição é ilegal, se o faz do ponto de vista de um jurista do novo regime, essa constituição deve ser vista como legal. Algo parecido ocorre no caso em que o juiz deixa de aplicar uma lei porque acredita que existiriam boas razões não jurídicas para fazê-lo. Nesse momento, ele está saindo, ainda que temporariamente, do "jogo" daquela ordem jurídica. Ele abre de mão de exercer seu papel. Por outro lado, para os participantes do sistema jurídico aquela ação, independente do que o juiz faça, será vista ou como legal

[122] A ideia de "ética da responsabilidade" é tomada de Max Weber, que a caracteriza como a ética por excelência do homem político e a contrapõe a ideia de "ética da convicção". Essa última é um tipo de ética de deontológica, típica do homem de fé que renuncia a maiores deliberações morais para seguir cegamente certas regras morais. É, portanto, uma regra absoluta, aplicada na base do "ou tudo ou nada". A ética da responsabilidade, por sua vez, é uma ética consequencialista, na qual cabe ao agente moral deliberar sobre os melhores meios para alcançar o estado de coisas desejado, porém sempre ciente de sua responsabilidade sobre suas próprias ações e seu impacto na vida de outras pessoas (WEBER, 2013: 113).

ou ilegal. Se o juiz não age como se a ilegalidade fosse de fato ilegal, o resultado poderia ser a banalização da ilegalidade.

V. IV. JUDICIÁRIO E POLÍTICA EM CONTEXTOS EMERGENCIAIS

Dos modelos de decisão em situações de exceção acima expostos, apenas o primeiro, o formalista-legalista, parece ser absolutamente incompatível com uma visão schmittiana de exceção. Em todos os outros, há espaço para que o executivo dite alterações no direito constitucional vigente, seja por meio de acomodação legislativa, como a promulgação de leis afinadas a seus interesses e valores, seja por meio de acomodação judicial. Direito e política coexistiriam, mas o primeiro se subordinaria ao segundo. Um schmittiano poderia é claro arguir que em casos extremos, até o ideal de legalidade desses modelos cai por terra. O modelo formalista do "*business as usual*" não tem como se sustentar quando a crise bate à porta. É difícil imaginar um juiz defendendo formalismo quanto a toda ordem constitucional parece estar desmoronando. Esse é, porém, um caso extremo.

No entanto, como lembra Ackerman (ACKERMAN, 2004: 1044), nem todo estado de exceção possui as tintas dramáticas da batalha existencial com as quais Schmitt as pinta. Algumas constituições, inclusive a brasileira (artigos 136 e 137) e a portuguesa (art. 19) admitem isso ao estabelecer diferentes modelos constitucionais de exceção a serem aplicados de acordo com a gravidade da crise a ser enfrentada. Schmitt notadamente acreditava que a exceção deveria ocupar lugar central na compreensão do direito. A exceção, dizia, era até mais importante do que a regra (SCHMITT, 2005: 15). Mas mesmo que admitamos que, de fato, a exceção é capaz de jogar luz sobre a regra, não é necessário ir ao extremo ao ponto de achar que a exceção define a regra no sentido de estabelecer verdades conceituais acerca do direito.

De fato, na exceção, o Executivo sai na frente em uma corrida com o legislativo e o executivo. Schmitt está certo quanto a isso. Mas isso não significa que ele sempre ganhará essa corrida. Tampouco significa que os esforços desses outros poderes nessa corrida sejam frívolos. O legislativo e o judiciário podem, sim, impor freios e orientar a ação do executivo, principalmente em casos como a atual pandemia da COVID-19. Se isso vai ou não acontecer é contingente e deve ser empiricamente analisado.

Nesse sentido, alguns estudos quantitativos parecem apontar para o fato de que o direito constitucional e mecanismos de controle horizontal podem influenciar e, em alguma medida, constranger, a ação do executivo em situações de emergência.

Um bom exemplo é o trabalho de Christian Bjørnskov e Stefan Voigt (2020) analisando o impacto que a regulação legal da exceção tem nas ações do executivo nessas situações. Para medir isso, eles se valem de um índice de poderes de emergência (INEP) que leva em consideração os benefícios ganhos com esses poderes, ou seja, o quanto de autoridade é obtida pelo executivo após a declaração de emergência, e os custos para a declaração e utilização da emergência, tomando-se em conta os controles existentes à declaração da emergência e seu eventual exercício.

Com base nesse índice, os autores notam que em países que não possuem regulações emergenciais na constituição as chances de uma declaração de emergência ocorrer seriam maiores do que as de países que possuem uma constituição de emergência. Nesse caso, os poderes excecionais seriam criados por meio de legislação extraordinária, no modelo de emergência legislativa de Pasquino e Ferejohn. Além disso, notam esses autores, quanto maior a dificuldade para declarar a emergência, menores seriam as chances de que isto ocorrerá[123].

Essa hipótese é testada tendo por referência a análise específica da pandemia da COVID-19, em um período que vai de seu início até maio de 2020. A partir dela, os autores chegam a algumas conclusões. Ao olhar para a resposta de diferentes países a esta crise, concluem que a probabilidade de o estado de exceção constitucional ser acionado estaria diretamente relacionado à facilidade para fazê-lo de acordo com as normas constitucionais. Essa conclusão, ressalte-se, deve ser temperada pela hipótese de que em países em que os poderes ordinários do executivo já sejam muito grandes, o uso de poderes extraordinários seria desnecessário. Esse, como veremos, é o caso do Brasil

Uma segunda conclusão ao qual chegam os autores, é a de que é mais provável que emergências sejam declaradas quando maiores forem os poderes por ela concedidos

[123] A força dessas conclusões depende, porém, do contra factual, ou seja, que seja possível demonstrar que sem esses poderes de exceção o número de perdas de vidas humanas seria menor ou igual. Isso é especialmente verdade quando se lida com riscos escaláveis, como ataques terroristas. Pode ser que a adoção de medidas de exceção não leve a uma redução no número e na intensidade de ataques não porque esses poderes são inefetivos ou mau empregados, mas porque a exceção é pedida justamente porque há uma escalada no número e intensidade de ataques.

ao governo. Benefícios maiores justificariam esforços maiores. Essa observação se sustentaria não apenas em democracias, mas também no caso de autocracias, nas quais o executivo já goza de amplos poderes ordinários.

Sua conclusão geral, portanto, é a de que ainda que a facilidade de declaração do estado de emergência tenha tido pouco relevância para explicar sua declaração, já que a extensão dos poderes ordinários do executivo pode influenciar essas decisões, o mesmo não pode ser dito abrangência dos poderes passíveis de obtenção via estado declaração de estado de exceção. Tanto em democracias quanto em autocracias, a perspetiva de uma expansão significativa dos poderes nas mãos do governo estimulou a decretação do estado de emergência (Bjørnskov; Voigt: 2020).

O que isso tem a dizer quanto a tese schmittiana de que o direito é incapaz de domar a exceção? À primeira vista, as conclusões gerais dos autores parecem ir contra ela. Há alguns indícios de que uma regulação constitucional da exceção pode ter relevância para ação do executivo nessas circunstâncias. Quanto mais regulações presentes na constituição, menores as chances que este recorra a emergências. Entretanto, como os próprios autores admitem, é possível que em estados nos quais o executivo já goza de grandes poderes em situação de normalidade simplesmente não precisem fazer uso desses poderes excecionais. O estado de exceção regulado pela constituição e eventualmente por leis ordinárias se torna letra morta porque desnecessário.

Mas isso não implica que o direito constitucional não cumpra nenhum papel nestes casos. Esses grandes poderes ordinários são constituídos pela Constituição. Se esta constituição oferece uma via para aumentar esses poderes e há benefícios em fazê-lo, uma declaração de emergência segundo o rito constitucionalmente estabelecido torna-se caminho preferencial a ser seguido. O direito cria limites e direciona a ação do executivo porque geraria incentivos para isto. O respeito ao procedimento constitucional é o meio menos custos e mais eficaz de aumentar seus poderes.

A grande questão que resta, porém, é quando os incentivos apontarem para outra direção, ou seja, quando for mais vantajoso buscar mais poderes ao atropelo do estabelecido pelo direito vigente. Nesse caso, cumpre saber se é verdade de que, como defendia Schimitt, via de regra, o executivo terminará por prevalecer. São justamente estas premissa schimittianas que Mila Versteeg e Tom Ginsburg (GINSBURG;

VERSTEEG: 2020) buscam questionar por meio de uma análise geral das medidas tomadas para contenção da pandemia até 15 de julho de 2020.

Segundo estes autores, se verdade que a maioria dos países por eles estudados (106 no total) possuem uma constituição de emergência (89%), menos da metade destes fizeram uso desses poderes emergenciais durante a pandemia (43%). Além disso, em sintonia com Bjørnskov e Voigt, esse índice era maior em países democráticos (42%) do que naqueles classificados como autocracias (33%).

De acordo com esta pesquisa, o legislativo esteve envolvido na resposta a pandemia em boa parte desses países (64%). No início da pandemia, isso se deu por meio da aprovação e eventual renovação do estado de exceção previsto na constituição (70%) ou pela aprovação de leis dando poderes extraordinários ao executivo de países cujo estado de exceção tem por base leis ordinárias (45%). Os legisladores, teriam atuado ainda por meio de supervisão e controle do exercício desses poderem em mais da metade dos casos (52%).

O judiciário também teve um papel importante controlando ou até mesmo ditando a resposta do executivo em menos da metade dos países estudados (42%), assim como as unidades subnacionais resistiram as ações do executivo nacional em um número razoavelmente menor de casos (34%). No total, em cerca de 82% de todos os casos analisado houve algum tipo de controle das ações do executivo nacional, seja por parte do legislativo, seja pelo judiciário seja por parte de unidades subnacionais.

Haveria, portanto, forte indício de que, ao contrário da imagem pintada por Schmitt de um executivo quase onipotente durante exceções, outros atores, inclusive o judiciário, efetivamente impõe limites a suas ações. Ante estas conclusões, a tese de um executivo sem amarras fica ao menos enfraquecida. Crises e contextos emergenciais podem criar terreno fértil para jogos duros constitucionais. Um executivo sedento por poder ver nessas circunstâncias excecionais uma oportunidade para conquistá-lo, entretanto, outras autoridades agem com fiscais da velha ordem, agora ameaçada por um executivo agressivo.

Dessa maneira, parece ser possível dar uma resposta à primeira pergunta feita anteriormente. Parece haver, sim, uma correlação entre situações de crise e o aumento dos casos de jogos duros constitucionais. Isso não ocorrerá, no entanto, em todos os casos.

O poder executivo não é protagonista único de emergências. Tampouco outras instituições e poderes público são necessariamente a ele submissas. Essa conclusão é importante para o resto desta investigação. Estivesse Schmitt e seus modernos seguidores corretos, pouca relevância teria um estudo sobre "jogos duros" constitucionais em contextos de crise, em especial um estudo tendo por foco a atuação de tribunais constitucionais. Não há "jogo" quando o vencedor é sabido de antemão. Aos tribunais constitucionais restaria o papel ou de "carimbadores" das decisões do executivo ou de eternos derrotados.

É, portanto, somente porque Schmitt parece não estar inteiramente correto em suas teses que é possível justificar o interesse no comportamento do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal brasileiro nos casos aqui enfocados. Ao mesmo tempo, os casos estudados nesta tese reforçam as conclusões aqui apenas esboçadas e evidenciam como essas instituições agiram para, em momentos de crise, influenciar e controlar a ação de outros atores políticos.

Assim, os próximos capítulos deste trabalho serão integralmente dedicados à estudos de caso. Primeiramente, analisaremos o comportamento do TC e do STF durante a pandemia da COVID-19. Posteriormente, expandiremos nossa análise para dois casos mais antigos enfrentados por estes tribunais: a atuação do Tribunal Constitucional português na crise do euro no início da década de 2010 e a do Supremo Tribunal Federal brasileiro durante o impeachment presidencial de 2016.

VI. EMERGÊNCIA SANITÁRIA EM PORTUGAL E BRASIL: UM MESMO VÍRUS E DUAS CRISES

VI. I. A PANDEMIA EM PORTUGAL

V. I. I. A TUTELA CONSTITUCIONAL E LEGAL DA EMERGÊNCIA SANITÁRIA EM PORTUGAL

A Constituição portuguesa (art. 19) busca regular a exceção e o faz reconhecendo diferentes graus de excecionalidade. Constitui ela dois tipos de estado de exceção — um estado de emergência e um estado de sítio — o primeiro tendo por pressuposto material para sua decretação a existência de situação excecional de menor gravidade quando comparada ao contexto fático pressuposto para a decretação do segundo.

A disciplina geral dos dois estados de exceção é, porém, semelhante. Ela exige um concerto dos diferentes órgãos de soberania da república portuguesa: o Presidente da República, o Governo e a Assembleia da República (BACELAR GOVEIA, 2020). Ao Presidente cabe decretar o estado de emergência ou de sítio após audição do governo. Se reconhecida a proporcionalidade da medida, cabe à Assembleia da República ou, quando não se encontre reunida nem for possível a sua reunião imediata, à comissão parlamentar permanente (art.º 138º, CRP; Lei nº 44/86, art.º 10º), aprová-la. Com isso não apenas se busca contornar os riscos de excessiva concentração de poderes nas mãos de uma só instituição responsável por decretar e exercer poderes de exceção ao seu próprio arbítrio, como também reconhecer a necessidade de coordenação e atuação conjunta das diferentes autoridades públicas para fazer frente à ameaça em tela. Admitido ainda a temporalidade da exceção, o direito português estabelece um período máximo de vigência de 15 dias, renováveis por um ou mais períodos, se necessário, e após aprovação legislativa.

A Constituição também busca impor limites a estes poderes excecionais. Uma vez declarada emergência ou estado de sítio, são suspensos os direitos fundamentais explicitamente nomeados no decreto que a declara. É constitucionalmente vedada, porém, a suspensão dos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (art.º 19º, 4, CRP). Também é vedada a suspensão de regras de competência e funcionamento dos órgãos de soberania e de governo das

regiões autónomas, bem como os direitos e imunidades de seus titulares (art.º 19º, 7, CRP).

Dessa maneira, a invés de enumerar minuciosamente as medidas que podem ser tomadas durante a exceção, a constituição portuguesa, por meio de um design negativo, opta por blindar alguns direitos fundamentais da ampla margem de discricionariedade dada ao governo nesta situação (SANTOS BOTELHO, 2020: 184). Além disto, para proteger ainda seu próprio texto do furor gerado por estas situações de crise, a carta constitucional estabelece limitações a qualquer ato de revisão constitucional durante a vigência do estado de exceção constitucional, seja na forma de estado de sítio ou emergência.

Até a crise da COVID-19, jamais a figura da exceção constitucional havia sido utilizada no direito português desde a promulgação da atual Constituição. Isso muda quando, em 2 de março de 2020, o Ministério da Saúde de Portugal anuncia os primeiros casos registrados de cidadãos infetados no país. De início, o governo deu seus primeiros passos no combate à doença sem fazer uso da exceção constitucional. Por meio do Decreto-Lei n.º 10/2020, de 13 de março daquele ano, uma série de medidas administrativas excecionais e temporárias foram adotadas. As medidas foram amplas e diversas, indo desde o estabelecimento de um regime excecional de contratação pública, passando por limitações de acesso a estabelecimentos de bebida e restauração, até a suspensão de atividades letivas, o que demonstrar a complexidade enxergada pelo governo no problema. Porém, ante a rápida escalada das contaminações e a aparente incapacidade de outros instrumentos legais para dar pronta e satisfatória resposta à crise que se avizinhava, o Presidente da República, já no dia 18, expede o Decreto-Presidencial n.º 14-a/2020, estabelecendo por 15 dias a vigência de estado de emergência em razão de situação de calamidade pública.

Como chamou atenção Luís Heleno Terrinha (2020), o decreto de emergência não se alongou na justificativa da inclusão daquela situação pandêmica dentro da categoria de "calamidade pública" que constitui pressuposto fático para declaração emergencial, tomando-a como autoevidente. Quanto às medidas determinadas, o texto do decreto expressamente suspendia os direitos de deslocação e fixação em qualquer parte do território nacional; à propriedade privada e livre-iniciativa; trabalhistas e de greve; à circulação internacional; à liberdade de reunião, manifestação e culto; assim como o

direito de resistência. Deixa de mencionar, no entanto, quais artigos específicos da Constituição portuguesa seriam suspensos.

Uma suspensão tão ampla de direitos fundamentais foi justificada por objetivos igualmente amplos e vagos. Segundo o texto do decreto, aquelas medidas teriam por objetivo "*conter a expansão da doença*", "*reforçar a cobertura constitucional a medidas mais abrangentes, que se revele necessário adotar para combater esta calamidade pública*" e conferir às "*limitações de direitos, liberdades e garantias o respaldo Constitucional que só o estado de emergência pode dar, reforçando a segurança e certeza jurídicas e a solidariedade institucional*".

A ausência de objetivos mais precisos e concretos dificultou um controle mais rigoroso da proporcionalidade do estado de emergência, uma vez que para aferir a adequação, a necessidade e, consequentemente, a proporcionalidade *stricto sensu* de uma medida, é preciso que ela seja analisada em sua relação com os fins que pretende alcançar (SANTOS BOTELHO, 2020; TERRINHA, 2020). Quanto mais genéricos estes fins, mais difícil este tipo esse tipo de avaliação. Dificultando ainda mais o controle da proporcionalidade das medidas, ressalte-se que a multiplicação de fins declarados tem por consequência a necessidade de que cada um deles individualmente considerado seja também avaliado em relação as medidas propostas para sua obtenção. (LOMBA, 2020b).

Uma vez que o Parlamento aceitou os termos do decreto presidencial sem exigir dele maior precisão, restou ao executivo uma ampla margem de discricionariedade na persecução destes objetivos. Isso não implicou necessariamente em uma pronta resolução da crise. Dada a ambição dos objetivos declarados, não é de se estranhar que não pudessem ser alcançados em apenas 15 dias. Incapaz de "combater esta calamidade pública" em tempo tão exíguo, coube à Presidência a renovação do estado emergencial por duas vezes mais, a primeira no dia 2 de abril (Decreto Presidencial 17-A/2020) e uma segunda vez no dia 17 de abril (Decreto Presidencial 20-A/2020).

Estes dois decretos não se limitaram a simplesmente repetir os termos do primeiro decreto e trouxeram inovações menores e conjunturais, o primeiro adicionando à sua justificativa questões relativas à proteção do emprego durante o período de sua validade, a garantia de cadeias de abastecimento e a sustentabilidade do Serviço Nacional

de Saúde, e o segundo ao regular certas matérias já com vistas a perspetiva de um futuro estado pós-emergencial[124].

Assim, se o primeiro decreto teve por justificativas objetivos consideravelmente vagos, os outros dois decretos foram justificados à luz de fins mais concretos, porém ao custo de aumentar ainda mais o número de fins expressamente perseguidos. No segundo decreto, pro exemplo, prevaleceu a necessidade de "*proteger os cidadãos e garantir a capacidade de resposta do Serviço Nacional de Saúde e das cadeias de abastecimento de bens essenciais, regulando o funcionamento das empresas e a circulação de pessoas num contexto de calamidade pública*" e "*salvaguardar a saúde pública e o funcionamento da economia, designadamente no que respeita ao abastecimento de bens essenciais aos cidadãos*" através da garantia de que o período de Páscoa "*não conduza ao aumento de contactos entre pessoas e, consequentemente, de infeções*". No último decreto, por sua vez, adicionou-se aos já mencionados objetivos de conter contatos interpessoais de modo a salvar vidas e preservar o sistema de saúde e cadeias de abastecimento o objetivo de "*reativação gradual, faseada, alternada e diferenciada de serviços, empresas e estabelecimentos, com eventuais aberturas com horários de funcionamento adaptados, por setores de atividade, por dimensão da empresa em termos de emprego, da área do estabelecimento comercial ou da sua localização geográfica, com a adequada monitorização*".

Se ao decreto presidencial cabia a tarefa de estabelecer o quadro geral do regime de exceção, ao governo coube a tarefa de executá-lo[125]. Ao decreto emergencial seguiu-se o Decreto n.º 2-A /2020, através do qual o governo português estabeleceu medidas concretas para redução da velocidade de contágio. Nelas, estruturam-se três regimes: um regime de confinamento compulsório para infetados pelo vírus ou cidadãos a quem a autoridade de saúde tenha determinado vigilância e acompanhamento; um regime especial de proteção para aqueles mais vulneráveis aos efeitos da doença; e um regime de confinamento domiciliar para os demais cidadãos. Dentre as muitas medidas adotadas, foram determinadas a adoção de regime de teletrabalho, proibições de atividades de

[124] Assim é que Catarina Ramos Botelho (2020: 185) vai opinar que se o primeiro decreto emergencial teve carácter eminentemente preventivo, os demais tiveram já um carácter reativo.
[125] Essa execução, como nota Pedro Lomba (LOMBA, 2020a), não se trata de mera aplicação mecânica de norma geral, mas trata-se também ela de verdadeira atividade criativa na qual o governo vale-se de boa margem de discricionariedade para inovar normativamente.

serviço e restauração, bem como cultos e atividades religiosas comunitárias, e foi suspenso o atendimento presencial em órgãos públicos.

Este foi o primeiro de três decretos regulamentando o estado emergencial neste primeiro momento da pandemia. O segundo, Decreto 2-B/2020, de 2 de abril, teve por finalidade dar maior concretude aos termos do decreto presidencial que renovou pela primeira vez o estado de emergência, em especial quanto à regulação e controle da circulação de pessoas durante o feriado de Páscoa. Já o terceiro, Decreto-lei nº 20/2020, de primeiro de maio, emitido já sobre a égide da segunda e última renovação do estado de emergência, lançava as bases legais para a transição de um estado de emergência para a "nova normalidade".

Findo o estado de emergência constitucional no dia 2 de maio de 2020, subsistiu, porém, o regime excecional na forma uma exceção administrativa, tal qual o que existira nos primeiros dias da pandemia. Como o anterior, este estrutura-se não em torno de normas constitucionais, mas em normas de carácter infraconstitucional. Em especial, dois diplomas legais articularam tal regime: a Lei de Bases da Proteção Civil (Lei nº. 27/2006) e a Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública (Lei nº. 81/2009).

A Lei do Sistema de Vigilância em Saúde Pública integra entidades públicas e privadas em torno de um sistema de monitoramento e obtenção de dados epidemiológicos de modo a rastrear, prevenir e combater a propagação de doenças infectocontagiosas. Este diploma legal cria um Conselho Nacional de Saúde Pública (CNSP) com vinte membros designados pelo Ministro da Saúde que exerce função consultiva quanto a esta atividade de controle e prevenção de epidemias (art. 4º) e a quem cabe a tarefa de, julgando necessário, apresentar ao Presidente da República proposta de declaração de estado de emergência em razão de calamidade pública. Cria ainda uma Comissão Coordenadora de Vigilância Epidemiológica (CCVE) e uma Comissão Coordenadora da Emergência (CCE).

À primeira é atribuída competência para "coordenação de medidas preventivas relativas às doenças transmissíveis e demais riscos de saúde pública" (art.º 5º/ 1), enquanto à segunda é dada competência para avaliar em um prazo de 48h as comunicações de ocorrência de emergência, submeter ao CNSP relatório de análise acerca da pertinência ou não de declaração de emergência e, ainda, elaborar um plano nacional de resposta à emergência sanitária (artº. 7º/ 2). Além disso, confere ao Ministro

da Saúde poderes excecionais para combate a emergências em saúde pública, "incluindo a restrição, a suspensão ou o encerramento de atividades ou a separação de pessoas que não estejam doentes, meios de transporte ou mercadorias, que tenham sido expostos, de forma a evitar a eventual disseminação da infeção ou contaminação" (art.º 17º/ 1)[126]. Uma vez proposto pela Direção Geral de Saúde Pública, pode o Ministro da Saúde fazer uso de poderes regulamentares de aplicabilidade imediata, contanto que tais medidas respeitem a proporcionalidade e os direitos fundamentais (art.º 17º/ 2).

Como nota Pedro Lomba, este regime de emergência administrativa se dá na forma de uma "emergência distribuída" (LOMBA, 2020a: 40) na qual atuam em sintonia o Ministério da Saúde e a Direção-geral de Saúde, sem, no entanto, dividir maiores atribuições com as demais instituições que compõe o Sistema de Vigilância em Saúde Pública (LOMBA, 2020a: 40)[127]. Neste desenho, o papel da Comissão Coordenadora de Vigilância Epidemiológica, da Comissão Coordenadora da Emergência e do Conselho Nacional de Saúde Pública acabam diminuídos em detrimento de um Ministério da Saúde e uma Direção-geral de Saúde Pública hipertrofiados.

Por sua vez, a Lei de Bases da Proteção Civil estabelece três regimes extraordinários de enfrentamento a situações de grave acidente e catástrofe, cada um deles proporcional ao nível de gravidade da situação. Ao regime de alerta corresponde situação em que é necessária a adoção de medidas especiais de proteção ou prevenção ante a iminência ou ocorrência de grave acidente ou catástrofe. É o menos drástico dos três regimes. O regime de contingência é um regime de gravidade intermediária, sendo aplicável a situação nas quais exista ocorrência ou ameaça iminente de acidente grave ou catástrofe não passível de contenção ao nível municipal. O regime de calamidade é, por sua vez, o mais extremo dentre os três, sendo aplicável a situações em que existindo ocorrência ou ameaça iminente de acidente ou catástrofe cuja alta gravidade possa ser antecipada, haja necessidade de medidas extraordinárias para "*prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas pelos seus efeitos*".

---

[126] Neste sentido, este dispositivo legal apenas complementa a previsão da base XX da Lei nº 48/90.

[127] Nesta classificação, Lomba inspira-se na ideia de "ditadura distribuída" de Levinson e Balkin (2010: 1841). A ideia de uma ditador concentrado na figura de um presidente ou um primeiro-ministro não se adequa com facilidade ao policentrismo de administrações públicas modernas. No atual Estado Administrativo, diferentes centros decisório dotados de *expertise* tem a incumbência de regular diferentes setores da sociedade. Em situações de crise, estas autoridades setoriais atuariam como pequenos ditadores constitucionais.

A competência para a declaração dos estados de alerta e contingência, reflete em boa medida o âmbito territorial no qual essa autoridade territorial é exercida e a gravidade da situação crítica. No caso de estado de alerta municipal, cabe ao Presidente da Câmara Municipal declará-la se o problema a ser enfrentado estiver confinado nos limites de uma unidade municipal. Quando este problema não estiver restrito a apenas um município, cabe também a autoridade responsável pela proteção civil ou a administração das regiões autônomas. fazê-lo, desde que ouvidos os Presidentes das Câmaras Municipais dos municípios atingidos. No caso do estado de contingência, a competência para sua declaração a autoridade responsável pela proteção civil ou a administração das regiões autônomas.

No caso do estado de calamidade, sua declaração cabe ao governo português, através de seu Conselho de Ministros, ou, em casos de emergência, ao Primeiro-Ministro juntamente com o Ministro da Administração Interna, por meio de ato conjunto que precede a resolução de Conselho de Ministros. Sua vigência pode estar circunscrita a todo território nacional português ou regiões específicas dentro do país, e, sob sua égide, pode o governo estabelecer de cercas sanitárias e de segurança (art.º 22º/2/c) até limites e condições à circulação ou permanência de pessoas, veículos e animais de modo a conter eventuais surtos pandêmicos (art. 22º/ 2/ d).

Alicerçado nestas bases legais, o regime de exceção administrativa vigorou até ser interrompido por uma nova escalada abrupta nos casos de COVID-19 no país. Ante pressão do governo, que via a situação beirar sair do controle, o Presidente da República enviou para aprovação da Assembleia da República o Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020, solicitando a decretação de um novo estado de emergência constitucional. Aprovado e regulamentado pelo Governo, o estado de emergência foi renovado por mais onze vezes, terminando por fim, no dia 30 de abril de 2021 e sendo sucedido por nova exceção administrativa na forma de um estado de calamidade.

Ante todo o exposto, é razoável supor, portanto, que este agigantamento do papel do Governo e da Presidência da República, somado a uma aparente "tirania dos fins" (SOMEK, 2020)[128] a ditar suas ações, geraria questionamento quanto a sua justificação

[128] Alexander Somek argumenta que os fins parecem justificar os meios quando se trata do combate à pandemia da COVID-19. Isso impactaria, em particular, uma análise da proporcionalidade das medidas tomadas com esta finalidade. Isto porque, esta avaliação é regida por quatro regras, cada uma delas orientando uma de suas etapas. A primeira, é a análise da legitimidade dos fins, ou seja, uma análise quanto

tanto na fase preliminar de emergência administrativa, na fase intermediária de emergência constitucional, e na fase posterior de emergência administrativa. E de fato foi isto que ocorreu. Em algumas ocasiões teve o judiciário — em especial, o Tribunal Constitucional — a oportunidade de impor limites à ação do Executivo.

VI. I. II. A COVID-19 NO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

As primeiras medidas de autoridades públicas cuja constitucionalidade foram questionadas pelo Tribunal Constitucional foram tomadas não durante o primeiro período de vigência do estado constitucional de emergência, mas apenas durante o subsequente estado de contingência[129]. Em 4 de Maio de 2020, já após o fim do estado de emergência constitucional, o governo dos Açores, com base na Lei de Bases da Proteção Civil, aprovou a Resolução nº 123/2020 instituindo retroativamente o estado de calamidade da Ilha de São Miguel, na região autônoma dos Açores, do dia 2 de maio de 2020 até o fim do dia 4 do mesmo mês e prorrogando as cercas sanitárias vigentes até esta data. Estabeleceu, ainda, estados de calamidade para regiões específicas desta ilha, com a consequente manutenção de cercas sanitárias, até o final do dia 31 de maio de 2020 e manteve a obrigatoriedade de quarentena de 14 dias em hotel obrigatória para todos que chegassem a ilha estabelecida durante a vigência do estado de emergência constitucional pela Resolução Governo dos Açores n.º 77/2020.

Em nível local, também vigia o Decreto Legislativo Regional n.º 26/2019/A, que regulamenta o regime jurídico de proteção civil no arquipélago do Açores e, em boa medida, apenas reproduzia com algumas adaptações o disposto na Lei de Bases da Proteção Civil. Este diploma legal confere ao Governo Regional dos Açores a

---

a sua expressa vedação ou não pelo ordenamento jurídico. A segunda, é uma análise de sua adequação, ou seja, quanto a sua capacidade de atingir os fins pretendidos. A terceira, é uma análise de sua necessidade, isto é, se de fato não existem outras medidas capazes de também atingir o mesmo objetivo sem interferir tanto com outros princípios constitucionais. Por fim, há análise da proporcionalidade *stricto sensu*, em que a promoção de um ou mais princípios pela medida em questão é posta lado a lado com a interferência com outros princípios e ponderada de modo a garantir a otimização dessa rede de princípios (KLATT; MEISTER, 2012: 8-10). Para Somek, porém, última etapa deste processo acaba sendo relegada a segundo plano. Pensa-se no que deve ser feito, pensa-se na eficácia da medida, mas não no que com ela se perde (SOMEK, 2020).

[129] Os julgados analisado nesta secção não correspondem a integridade de todos o casos decididos pelo Tribunal Constitucional tendo por objeto questões relativas à COVID-19. São uma seleção de decisões significativas sobre o tema que, acredito, sejam exemplificativas das principais posições assumidas pelo Tribunal no período que vai de Março de 2020 até Setembro de 2022.

competência para declarar, por meio de uma resolução do governo regional, estado de alerta, colocando à disposição das autoridades regionais a possibilidade de impor limites à circulação de pessoas, animais e objetos, bem como de fixar barreiras sanitárias (art.º 12º/ b/ c).

No primeiro caso analisado pelo Tribunal Constitucional e que ensejou o Acórdão n.º 424/2020, julgado em 31 de Julho, um cidadão português, ao regressar de viagem no dia 10 de Maio para sua residência na Ilha de São Miguel, foi detido e posto em quarentena obrigatória em um hotel na região de Ponta Delgada. Este cidadão apresentou pedido de habeas corpus à justiça solicitando que fosse novamente posto em liberdade. Eventualmente, a questão chegou ao Tribunal Constitucional para que, em via recursal, a decidisse. Em questão, estava saber se as normas das Resoluções do Conselho de Ministros nº 77/20 e nº 123/20 que impões a obrigação de isolamento compulsório em hotel violariam o direito fundamental à liberdade previsto no art.º 27º da Constituição portuguesa.

Como reconhecido pelo Tribunal, não se questionou a constitucionalidade da competência conferida pelas Leis de Base da Proteção Civil e pelo Decreto do Regime Jurídico do Sistema de Proteção Civil da Região Autónoma dos Açores ao governo açoriano para limitar a liberdade de circulação. O que se questionou foi se as medidas tomadas no caso em questão desbordavam da mera limitação de direitos autorizada por esses documentos normativos. Para responder à essa questão, o Tribunal partiu de uma distinção, já consagrada em jurisprudência antiga do tribunal (Acórdão n.º 479/94), entre restrição e privação de liberdade. A primeira categoria englobaria aqueles casos em apenas a ação em uma determinada direção seria limitada, ou seja, quando alguém "*é impedido, contra a sua vontade, de aceder a um certo local que lhe seria jurídica e faticamente acessível ou de permanecer num certo espaço*" (Acórdão n.º 479/94). Por sua vez, à privação de liberdade corresponderia uma "*perturbação do âmago do direito à liberdade física, à liberdade de alguém se movimentar e circular sem estar confinado a um determinado local"* (Acórdão n.º 479/94), resultando em uma violação do direito em seu núcleo essencial.

Ao analisar os procedimentos aos quais foi submetido o paciente do habeas corpus em análise, o tribunal terminou por concluir que teria ocorrido caso de privação de liberdade, e não mera limitação do direito à liberdade. Desta maneira, concluiu o Tribunal, o governo dos Açores teria violado o artigo 27º, nº 1 ("*todos têm direito à*

liberdade e à segurança") e nº 2 ("*ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança*").

Em outro caso decidido por este tribunal, e que resultou no Acórdão n.º 687/2020, foi posta em questão a constitucionalidade da resolução do Conselho do Governo dos Açores n.º 207/2020, de 31 de julho de 2020, que havia determinado a apresentação de exame laboratorial comprovando a não contaminação por COVID-19 para todos os passageiros chegando nos Açores de zonas de transmissão comunitária do vírus. Não apresentados estes exames, dizia a resolução, o passageiro deveria ser posto em quarentena obrigatória até que um exame fosse feito e apresentasse resultado negativo para a presença do vírus ou, em caso em caso de recusa a fazê-lo, por um período de 14 dias. Alternativamente, o passageiro sem os exames exigidos poderia retornar a sua região de origem ou deslocar-se para qualquer região foram do arquipélago (nº1/ a/ b/ c). O número 6 do mesmo documento legal também impôs a obrigatoriedade de análise judicial, em um período máximo de 24h, da decisão impondo quarentena obrigatória para um passageiro.

Curiosamente, o Tribunal Constitucional não foi instado a responder se este a medida em si, ao impor quarentena obrigatória, feria a Constituição por violar direitos e liberdades, mas sim se se número 6 deste dispositivo, por impor a necessidade de análise judicial das quarentenas decretadas, violava a Constituição portuguesa por violação da competência do legislador. Mais especificamente, o que estava em causa era menos a questão de saber se a resolução atacada era inconstitucional por limitar ou privar os passageiros de seu direito à liberdade, mas sim se haveria usurpação dos poderes do legislativo, uma vez que a Constituição portuguesa atribui ao Parlamento a competência exclusiva para legislar sobre direitos, liberdades e garantias, inclusive quanto a possível convalidação de suas restrições pelo judiciário (art.º 165º/ 1/ b).

O Tribunal não só reconheceu, em consistência com a decisão anterior, que a imposição de quarentena obrigatória configuraria privação de direitos e que o dispositivo legal questionado era inconstitucional por ser indissociável da norma estabelecendo tal medida, como também fundou sua decisão pela inconstitucionalidade na alínea p do número 1 do artigo nº. 165º da Constituição portuguesa, que atribui ao Parlamento a competência exclusiva para legislar sobre a organização e competência dos tribunais e do Ministério Público, visto que o dispositivo impugnado criava para os tribunais nova

função de controle de atos administrativos. Este mesmo entendimento, foi posteriormente mantido nos acórdãos de número 729/2020 e 173/2021, que versavam sobre questão semelhante.

Os primeiros casos decididos pelo Tribunal Constitucional que envolviam questionamentos à atuação de autoridades públicas durante emergência sanitária apenas foram analisados em momento posterior, passados já mais de um ano do fim de seu período de vigência. O primeiro caso em que estas medidas foram diretamente enfrentadas resultou no Acórdão nº 868/2021. No caso em questão, um cidadão havia sido condenado pelo crime de desacato (art.º 348º do Código Penal Português). Vigorava o estado de emergência constitucional e o artigo 9º do Decreto n.º 2-A/2020, que executava o estado de emergência constitucional, proibia a abertura de estabelecimentos de serviços. Para garantir o cumprimento desta determinação, o art.º 32º, nº 1, inciso a deste decreto atribuía às forças de segurança sua fiscalização e seu inciso b qualificava como crime de desacato sua desobediência. Discutia-se, então, se o cidadão que durante este período manteve aberto ao público estabelecimento deste tipo, em contrariedade ao disposto no decreto, deveria ser condenado com base neste tipo penal.

Ao analisar o caso, a 3ª seção do Tribunal Constitucional não entrou na questão acerca da legalidade ou não da determinação de fechar estabelecimentos comerciais durante o estado de alarme. O foco da deliberação recaiu sobre a legalidade da criminalização da conduta do cidadão condenado por desacato. Em primeiro lugar o tribunal entendeu nesta ocasião que seria de competência da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, legislar sobre a definição de "crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo penal" (CRP, art.º 165.°/ 1/ c). Estas competências dos órgãos de soberania, afirmou o tribunal, não poderiam ser alteradas nem mesmo a declaração de estado de emergência. Era preciso saber, então, se o Decreto n.º 2-A/2020, ao estabelecer a proibição de abertura de estabelecimentos comerciais estaria a expandir o tipo penal em questão para abarcar estas situações, o que levaria a imiscuir-se em questões de competência parlamentar. No entanto, o Código Penal Português, ao estabelecer o crime de desobediência, determina como seu pressuposto fático o desacato à ordem ou a mandado legítimo" (CRP, Artigo 19º/7). Sendo assim, na medida em que as normas questionadas apenas complementam o tipo penal já previsto na legislação penal, não teria realmente inovado, razão pela qual não seria possível dizer que estariam por invadir, de maneira contrária à Constituição, as

competências legislativas do Parlamento. Desta maneira, manteve-se a constitucionalidade das medidas questionadas.

Em fevereiro de 2022, o Tribunal Constitucional teve a oportunidade de, pela primeira vez, analisar a constitucionalidade das medidas tomadas durante o segundo período em que vigorou o estado de emergência, entre Novembro de 2020 e Abril de 2021 (Acórdão nº 87/2022). Mais uma vez o caso em questão envolvia a constitucionalidade do confinamento profilático imposto pelo Decreto n.º 9/2020, de 21 de novembro de 2020, da presidência do Conselho de Ministros, que regulamentou o decreto emergencial em vigor. No caso em análise, uma cidadã buscava sua liberdade após ter sido colocada em quarentena por 14 dias depois de ter mantido contato indivíduo infetado pelo vírus. Sua defesa se baseou em duas linhas de argumento. Em primeiro lugar, alegou-se que a medida questionada era ilegal uma vez que se fundava em uma suspensão do direito de locomoção. Entretanto, apoiando-se principalmente nas opiniões de Jorge Reis Novais relativas a legalidade do primeiro período de emergência, entre março e maio de 2020 (REIS NOVAIS, 2020a e 2020b), afirmou também que o confinamento obrigatório violava não o direito de locomoção, mas sim o direito à liberdade (art.º 27º, CRP)[130]. Na medida que decreto emergencial em vigor então não suspendia o direito à liberdade, não caberia ao governo tomar tal medida. O segundo argumento baseava-se em uma analogia com o caso previamente debatido em que o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional o confinamento compulsório de indivíduo durante a vigência de estado de exceção administrativa (Acórdão n.º 424/2020).

O Tribunal rejeitou, porém, ambos os argumentos. Em primeiro lugar, porque se a discussão sobre se o confinamento poderia ser imposto sem suspensão do direito à liberdade poderia ter pertinência durante aquele primeiro período emergencial, agora deixava de tê-lo. O Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020. solicitando a decretação, por 15 dias, do estado de emergência a partir do dia 9 de novembro de 2020, e os demais decretos solicitando sua renovação, contornaram a crítica de Jorge Reis Novais ao solicitarem não apenas a suspensão do direito ao deslocamento, como também do direito de liberdade.

[130] A tese de Reis Novais recebeu inúmeras respostas e críticas, como as de Pedro Moniz Lopes (2020), Catarina Santos Botelho (2020), Rúben Ramião (2020a; 2020b; 2020c), Miguel Nogueira de Brito (2020b), José de Melo Alexandrino (2020), entre outros.

Em segundo lugar, lembrou o Tribunal que sua decisão pretérita pela ilegalidade se deu em um contexto em que se discutia um caso de confinamento ocorrido durante a vigência de estado de contingência, quando, diferente verificado no caso em análise, não havia uma suspensão dos direitos de liberdade e de locomoção. Por essa razão, não sendo os dois casos semelhantes, não seria possível aplicar o precedente então firmado. Contextos diferentes exigiriam respostas diferentes. Por esses motivos, mais uma vez as decisões das autoridades públicas foram chanceladas pelo tribunal.

Os casos já decididos pelo tribunal relativos às medidas tomadas quando do estado de contingência balizaram uma série de decisões posteriores. Assim, um grande número de julgados, o Tribunal Constitucional manteve-se fiel ao precedente firmado anteriormente no Acórdão nº 424/2020 e declarou a inconstitucionalidade de medidas de confinamento obrigatório decretadas uma vez terminado o segundo período de estado de emergência, em 30 de abril de 2021 (Acórdão 88/2022; Acórdão 89/2022; Acórdão 90/2022; Acórdão 351/2022; Acórdão 352/2022; Acórdão 353/2022). Em um conjunto de outros casos em que, por sua vez, se questionou a condenação por desobediência de violação das restrições impostas durante o segundo estado de alerta, o tribunal se valeu do precedente fixado no Acórdão nº 868/21 para declarar sua legalidade (Acórdão 193/2022; Acórdão 334/2022; Acórdão 350/2022).

Em todos estes Acórdãos, o tribunal se esquivou de entrar no mérito das restrições impostas durante a pandemia pelo estado de exceção constitucional. Nos Acórdãos 464 e 465/2022 esse padrão se rompe. Neles o tribunal finalmente tem a oportunidade de trazer aos tribunais a discussão de mérito, até então restrita à academia, acerca da natureza dos direitos atingidos por essa medidas e quanto a possibilidade de sua limitação.

Como já citado anteriormente, durante a vigência do primeiro período emergencial, alguns juristas levantaram questionamentos quanto a constitucionalidade do atos normativos que o instituíram e o prorrogaram. Jorge Reis Novais, um de seus principais críticos, atacou o decreto do presidente da república que instaurava o estado de emergência e os demais que o renovaram por equivocadamente não suspenderem o direito geral à liberdade e, principalmente, o direito a não ser privado de liberdade exceto nos casos explicitados na Constituição portuguesa (REIS NOVAIS, 2020ª; 2020b). A Constituição portuguesa, argumentou Novais, em seu artigo 27º, garante a todos o direito à liberdade e estabelece que ninguém pode ser privado deste direito, salvo se

judicialmente condenado pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança (art.º 27º/2º) ou nos casos excecionais expressamente previstos no número 3º do mesmo artigo. Fora destas hipóteses, portanto, qualquer restrição a este direito, mesmo que por via de lei geral, seria inconstitucional. O decreto presidencial, ao enumerar quais direitos seriam suspensos durante período de estado de alarme, não faz menção a este direito à liberdade pessoal, mas sim, dentre outros, ao direito de deslocação em todo território (art.º 4º, b, do Decreto do Presidente 14-a/2020). Quando, portanto, o Decreto do governo n.º 2-A /2020, em seu artigo 3º e 5º, cria um dever de confinamento e recolhimento obrigatórios para alguns cidadãos, é na suspensão deste direito que irá fundamentar sua legalidade.

Entretanto, Novais argumenta, tais deveres não importam, ao menos não exclusivamente, em uma violação ao direito de deslocamento. Mais importante é a limitação imposta ao direito à liberdade pessoal. Seria possível, então, de uma analogia entre o caso paradigmático de limitação ao direito à liberdade pessoal, o aprisionamento do indivíduo, e o confinamento obrigatório, ainda que domiciliar, para dar a ele o mesmo enquadramento legal. O direito à liberdade pessoal configuraria um direito geral de ir e vir, de liberdade física e não confinamento, e, por sua vez, o de deslocamento e fixação em qualquer parte do território português, configuraria um direito de migração e deslocamento territorial. Assim, se cercas sanitárias e confinamentos territoriais estariam, sim, violando o direito ao deslocamento e fixação, o mesmo não poderia ser dito do dever de recolhimento obrigatório e de confinamento. Aqui, estaria sendo ferido esse direito absoluto de não ser privado de liberdade exceto nos casos constitucionalmente previstos. Para além desta aparente obviedade, argumenta também Novais, o próprio texto constitucional trataria de deixar clara essa distinção na medida em que a consagra estes dois direitos em artigo diferentes (art.º. 27º, n.ºs 2 e 3; art.º. 44º, respetivamente). Não sendo diferente seu âmbito normativo, incorreria a Constituição em erro de redundância (REIS NOVAIS, 2020b: 96)[131].

[131] Ressalte-se, porém, que Reis Novais admite em certos casos o confinamento de cidadãos sem que tenha havido previa suspensão do direito a não ser privado de liberdade. Isso seria possível naqueles casos em que há certeza quanto a infeção pelo vírus. Nessas circunstâncias, com base no artigo do código penal que criminaliza a conduta de propagação de doença contagiosa (art. 283, do Código Penal Português). Não haveria aqui violação a constituição, pois a própria admite que a liberdade seja restringida por condenação criminal, quando haja flagrante delito ou por necessidade de medida preventiva quando haja suspeita de prática de crime cuja pena supere três anos (art, 27º, nº.s 2 e 3, a) e b)). Essa é a pré-ponderação de interesses feita pelo constituinte. No entanto, a Constituição deixa também para a lei infraconstitucional a tarefa de

Em defesa do decreto presidencial, porém, levantaram-se numerosas vozes. Miguel Nogueira de Brito, por exemplo, defendeu que, ao contrário do afirmado por Reis Novais, o que estaria em jogo com as restrições trazidas pelos decretos excecionais seria a liberdade de deslocamento e fixação territorial. Para defender esta posição Brito aduz cinco razões. Em primeiro lugar, porque são diversos os dispositivos da Lei de Bases da Saúde (base 34, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 95/2019), da Lei de Bases da Proteção Civil (artigo 21.º da Lei n.º 27/2006), e da Lei que institui o Sistema de Vigilância em Saúde Pública (artigo 17.º da Lei n.º 81/2009) que autorizam o confinamento compulsório de doentes ou possíveis doentes e a imposição de restrições à circulação em vias públicas. Seria irrazoável crer que todos eles seriam inconstitucionais por violarem a liberdade absoluta do art.º. 27º. da CRP (NOGUEIRA DE BRITO, 2020b). Em segundo lugar, porque a interpretação mais correta do direito pessoal de liberdade é a de que se trataria de uma liberdade com restrições de movimento dentro do âmbito penal. Não sendo criminal a natureza das restrições sanitárias impostas, não seria possível falar, portanto, que tal direito foi violado. O que estaria em jogo seria apenas a liberdade do art.º 44º da CRP (NOGUEIRA DE BRITO, 2020b). Em terceiro lugar, porque, visto de um ponto de vista normativo, há que se levar em consideração que a proteção de liberdade física é um valor fundamental da ordem constitucional portuguesa. Um sistema constitucional que apenas permite restrições sanitárias por meio de uma suspensão da liberdade física imposta pela radical medida de um estado de exceção é muito mais danoso para esta mesma liberdade do que um no qual sua restrição esteja possível desde que autorizada por lei geral e respeitando seu núcleo essencial (NOGUEIRA DE BRITO, 2020b). Em quarto lugar, porque aquelas medidas sanitárias seriam para garantir a sustentabilidade do serviço nacional de saúde português. Nesse sentido, seriam expressão do dever de proteção da saúde, expresso no artigo 64º da Constituição portuguesa, dirigido a todos os cidadãos (NOGUEIRA DE BRITO, 2020b). Em último lugar, porque tais medidas, diferentes das restrições de carácter penal ao direito de liberdade pessoal, são meramente excecionais, passageiras e direcionadas a um objetivo concreto: o controlo da crise pandêmica e restabelecimento da situação de saúde (NOGUEIRA DE BRITO, 2020b)

definir as hipóteses normativas que configuraram estes crimes, a complementando. Foi isso que o legislador português fez quando, no Código Penal, definiu como crime a transmissão de doença contagiosa. A lógica aqui é semelhante ao que decidiu o Tribunal Constitucional considerou constitucional a prisão por desacato daqueles que violavam as medidas de combate ao vírus.

A tese de Reis Novais também foi criticada por Rubens Ramião, porém por uma linha diferente. Para Ramião, o direito à liberdade do art.º 27º seria uma norma permissiva geral. Dentro dessa perspetiva, qualquer norma impondo ou vedando condutas ao indivíduo seria um tipo de limitação a esse direito à liberdade. Ao mesmo tempo, este direito geral de liberdade se manifestaria concretamente em um conjunto de diferentes liberdades do qual faria parte, entre outras, a liberdade de locomoção. Essa liberdade de locomoção seria, então, consequência de uma permissão geral de ação. Sendo absoluto tal direito, apenas sua suspensão poderia permitir uma imposição de restrições a deslocamento. No entanto, na medida em que tais restrições apenas se chocam contra um pequeno âmbito deste amplo direito de liberdade, bastaria a suspensão deste “subdireito” de liberdade, ou seja, do direito de deslocamento e fixação em qualquer parte do território nacional. Ao fazê-lo, o decreto presidencial estaria de acordo com a legalidade quanto a esta questão, razão pela qual seria infundada a crítica de Reis Novais (RAMI ÃO, 2020a).

Além disto, como todo direito fundamental, o direito à liberdade de deslocamento não é constituído apenas pela norma do artigo 44.º, mas por um feixe normativo que inclui desde a liberdade geral as normas autorizando resistência à violação desse direito (art.º 21.º, da CRP) ao direito de questionar em sede judicial essa violação. Quando um direito é suspenso, na verdade ficam em suspenso a eficácia de todas as normas jurídicas que resultam naquela posição jurídica fundamental (RAMIÃO, 2020a). Para suspender o direito em questão, não fica o Presidente da República obrigado a explicitar a norma de direito fundamental específica, muito menos quais artigos da constituição, pretende suspender. Bastaria que explicitasse quais medidas restritivas de direito ficam autorizadas pelo decreto para implicitamente determinar quais direitos específicos, quais posições jurídicas específicas, restam afetados.

Uma terceira linha de defesa dos decretos veio pela pena de José de Melo Alexandrino (2020), que deu sua contribuição ao debate ao sustentar, em sentido oposto a tese de Jorge Reis Novaes, que mesmo quando de sua não suspensão, a liberdade do artigo 27.º seria passível de flexibilização. Primeiro, argumenta, isso se extrairia da análise da história do dispositivo constitucional em questão. O texto do artigo 27.º, redigido em um contexto de transição de um regime ditatorial para um democrático, traria como marca uma preocupação exagerada com os riscos dos avanços do poder estatal sobre a liberdade individual. A própria prática constitucional e legal posterior, só mais tarde consolidada formalmente por revisão constitucional, trataria de amenizar este

"excesso de proteção" ao criar diversas exceções a esse direito (MELO ALEXANDRINO, 2020). Em segundo lugar, porque, independente do real significado das noções de "privação" e "restrição de liberdade" utilizadas pelo Tribunal Constitucional para traçar os limites do direito à liberdade, seria evidente que tal direito seria passível de restrição (MELO ALEXANDRINO, 2020). Em terceiro lugar, porque ao admitir a possível restrição do direito à liberdade em casos de pessoas infetadas pelo coronavírus, Jorge Reis Novais estaria atestando o carácter principiológico do direito enunciado no artigo 27.º. Como tal, sua eficácia seria apenas *prima facie*, podendo eventualmente ser afastada em caso concreto de colisão com outros princípios após juízo de ponderação (MELO ALEXANDRINO, 2020). Por fim, porque o artigo 18.º, número 2, da constituição portuguesa, que determina que "lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição" tem objeto juridicamente impossível, em razão da intrínseca derrotabilidade das normas constitucionais. Esta constatação seria especialmente evidente para qualquer defensor da existência de uma reserva geral de ponderação na constituição (MELO ALEXANDRINO, 2020).

Nos acórdãos 464/2022 e 465/2022, relatados pelo Conselheiro António José da Ascensão Ramos, o TC buscou oferecer algumas respostas a estas questões. No primeiro deles (Acórdão 464/2022), analisou-se recurso interposto pelo Ministério Público em *habeas corpus* de indivíduo que questionava a sua reclusão em domicílio por catorze dias por ser passageiro de um voo com origem no Brasil.

O objeto da fiscalização incidiu sobre a norma constante do artigo 25.º, n.ºs 1 e 4, do Regime anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-C/2021, que impunha o isolamento profilático obrigatório aos passageiros provenientes de países de risco. A maioria do tribunal julgou improcedente o pedido do recorrido, resultando na declaração de inconstitucionalidade da norma questionada[132].

De início, o TC ressaltou que A Lei Fundamental é "perentória em proibir a criação de «*estados de exceção constitucional atípicos*», ou seja, a introdução de regimes

[132] O Conselheiro Pedro Machete deu voto vencido quanto à inconstitucionalidade material mas foi conforme quanto à inconstitucionalidade orgânica. Sua discordância baseou-se na classificação da medida como privação da liberdade total, argumentando que deveria ser tratada como uma mera restrição à liberdade sujeita ao princípio da proporcionalidade.

legais de suspensão de direitos, liberdades e garantias fora do disposto pelo artigo 19.º, n.º 1, da Constituição da República". Por isso, a medida atacada padeceria de inconstitucionalidades materiais e orgânicas.

Materialmente, a pronúncia de inconstitucionalidade se fundamentaria no fato de que o confinamento obrigatório configurava uma privação da liberdade (Artigo 27.º, n.º 1) não prevista no elenco taxativo de exceções constitucionais (Artigo 27.º, n.ºs 2 e 3 da CRP). Além disso, a medida era considerada arbitrária, pois baseava-se apenas no território de proveniência, e violava o princípio da reserva de juiz por ser determinada por ato administrativo do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras sem controlo judicial subsequente.

Mantendo também o posicionamento já manifestado em acórdãos anteriores, o Tribunal Constitucional entendeu também que o Governo, através de uma Resolução do Conselho de Ministros, legislou sobre direitos, liberdades e garantias (direito à liberdade), matéria de reserva relativa da Assembleia da República (Art. 165.º, n.º 1, alínea b)), sem a necessária autorização parlamentar, em consonância com o posicionamento do Tribunal em acórdãos anteriores.

Lidando com caso similar pouco tempo depois, ao fundamentar sua decisão no Acórdão 465/2022, o Tribunal Constitucional buscou de início, afastar dois tipos de argumentos. O primeiro o de que as hipóteses de privação de liberdade trazidas pelos números 2 e 3 do art.º 27.º da Constituição portuguesa cingem-se ao âmbito penal ou a situações de confinamento em estabelecimento estatal. Como contraexemplo, lembra que nem a "sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado" (art.º 27.º, 3, letra "e", da CRP) nem o "internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado" (art.º 27.º, 3, letra "e", da CRP) se enquadrariam nessas categorias. Além disso, a proteção do direito à liberdade se estenderia até mesmo a casos de privação de liberdade realizadas por agentes privados.

Em um segundo momento, o tribunal mais uma vez reafirma a importância da distinção entre casos de restrição e de privação de liberdade parta afirmar que apenas estes últimos estão adstritos ao rol taxativo dos números 2 e 3 do art.º 27.º. Em outras palavras, defendeu que enquanto medidas de hipóteses de restrição à liberdade poderiam ser criadas por lei, desde que observado o disposto no art. 18.º deste documento, medidas

de privação de liberdade só seriam admitidas nas hipóteses do art. 27.º, números 2 e 3. Esta distinção, argumenta o tribunal, seria feita pelo próprio texto constitucional em diferentes dispositivos (art.º. 30.º, n.ºs 1, 2 e 5 e 33.º, n.º 4, da CRP). Além disso, diferentemente do caso alemão, a distinção trazida na constituição portuguesa não se poderia ser de grau, e sim de forma. Assim, seria uma restrição ao direito de liberdade uma intervenção que impedisse que o indivíduo pudesse aceder a determinado local ou de nele permanecer. Uma privação de liberdade seria caso em que a liberdade física e corporal do indivíduo estivesse limitada a ações realizadas dentro de um espaço confinado, seja ele um bairro, sua moradia, um quarto de hospital ou uma cela de prisão. Desta maneira, pouco importaria para caracterização de uma situação como um ou outro caso de limitação do direito à liberdade o seu tempo de duração ou sua intensidade.

Em um terceiro passo, o Tribunal Constitucional tratou de distinguir o direito de liberdade do art.º 27.º do direito ao deslocamento territorial do art.º 40.º da Constituição. O primeiro seria um direito geral de liberdade ambulatória, o segundo, uma derivação deste direito geral cujo caracterizado por ser uma liberdade de circulação entre localidades e unidades territoriais do país. Este direito de locomoção também é regido pelo regime geral dos direitos e liberdades fundamentais do art.º 18.º da constituição portuguesa. Assim sendo, pode ser limitado por via legislativa e suas hipóteses de restrição não estão limitadas a nenhum tipo de rol taxativo.

Em um quinto momento, o tribunal passou a analisar as normas legais questionadas à luz dessas considerações. Para ele, o isolamento imposto pelo decreto do governo seria caso de restrição ao direito à liberdade e não ao direito de circulação. Além disso, dentro do âmbito das limitações ao direito à liberdade, tal medida não poderia ser caracterizada como mera restrição e sim como verdadeira privação de liberdade.

Por último foi afastada pelo tribunal duas possíveis defesas das normas questionadas. A primeira a de que seria possível defender a legalidade do decreto por meio de uma interpretação ampliativa da letra h do número 3 do artigo 27º da constituição portuguesa. Nesse caso, o isolamento de passageiros provenientes do Brasil deveria ser equiparado por analogia ao caso de internamento de portador de anomalia psíquica, decretado ou confirmado por autoridade judicial. A segunda possível defesa seria a de que existiria, como defendeu José de Melo Alexandrino, uma reserva imanente de ponderação na Constituição portuguesa, de modo que o direito à liberdade poderia ser

afastado no caso concreto por ponderação de interesses mesmo fora dos casos previstos no art.º 27º, nº3.

Quanto à primeira defesa, argumentou o Tribunal, tal analogia não se sustentaria. No caso do internamento de portador de anomalia psíquica, duas condições seriam necessárias para que se justificasse a privação de liberdade. O primeiro seria o risco concreto que a liberdade daquele indivíduo coloca à segurança de outras pessoas. O segundo, a necessidade de autorização judicial para tal medida. Ambos estão, porém, ausentes no caso em tela. Não apenas só a privação de liberdade neste caso não está de modo algum vinculada ao princípio da reserva do juiz, como a alegação de risco concreto está quando muito, fundada na simples alegação de que o passageiro provinha de uma zona de risco. Por sua vez, mesmo acatada a tese da reserva imanente de ponderação, dada a gravidade da medida questionada, uma ponderação de interesses deveria dar o devido peso à limitação imposta ao direito de liberdade, o que parece não ser o caso. Ao fundar o internamento na mera chegada do passageiro de zona considerada como de alto risco de contágio e preterir uma de análise de risco mais concreta, a alegação de que a liberdade do paciente coloca em risco outros valores caros à ordem constitucional ganha bases por demais frágeis. No mais, a existência de uma reserva geral de ponderação não implicaria na desnecessidade de sua análise e eventual controle em sede jurisdicional. Por tudo isso, conclui o Tribunal Constitucional, o decreto do governo não seria apenas formalmente inconstitucional por usurpar competências da assembleia da República, como já fora reconhecido em outras de suas decisões, mas também o seria materialmente constitucional.

À partir desses dois acórdãos, o Tribunal Constitucional iniciou uma linha jurisprudencial que foi seguida em julgados posteriores. Nos acórdãos, 466/2022, 489/2022, 490/2022 e 510/2022, teve a oportunidade de reafirmar muitos dos argumentos construídos nestas duas decisões. Tratava-se, porém, dos últimos momentos da pandemia. Alguns meses depois, em maio de 2023, a OMS declararia o fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

VI. I. III. O COMPORTAMENTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA PANDEMIA DA COVID-19

Mais interessante do que foi decidido pelo Tribunal Constitucional português, foi o modo e quando o fez. Em nenhum momento, o tribunal se furtou a analisar as medidas excecionais sob a alegação de que se trataria de atos eminentemente políticos. Em consonância com os preceitos de legalidade caros ao liberalismo político, sendo o estado de exceção legal e constitucionalmente regulado, caberia ao Tribunal como seu guardião a tarefa de defender esta legalidade. Decerto, é impossível afirmar que este estado de exceção se deu na forma do modelo "*business as usual"*. Lei e normas infralegais foram criadas e inovaram a ordem jurídica existente. Entretanto, essa inovação teria se dado dentro de um arcabouço constitucional e administrativo que antecedeu à crise do coronavírus. Essa estrutura legal balizou desde as decisões do tribunal que mantiverem a medidas excecionais, quanto aquelas que as reprovaram, e a própria noção de um estado de exceção extralegal foi, como visto, explicitamente afastada pelo tribunal (Acórdão 464/2022)

O que mais chama, porém, atenção, foi o "*timing*" destas decisões. Via de regra, nos casos analisados o controle judicial destas medidas se dá em momento posterior a seu termo. Em larga medida, isso se deve ao tipo de fiscalização exercido pelo Tribunal Constitucional nesses casos. Nos acórdãos analisados, a análise da constitucionalidade das normas se dá através de fiscalização sucessiva, por via de ação concreta e incidental. O caminho que leva um caso dos tribunais de instância inferiores ao Tribunal Constitucional podem ser relativamente céleres[133], porém muitas vezes não serão rápidos para impor barreiras às ações do executivo na exceção. Se um estado de exceção tem, como afirmado, como aspeto central sua urgência, a ação das autoridades públicas devem refletir essa urgência. Na normalidade, pensamos em dias ou meses como um período curto de tempo, mas na exceção câmbios drásticos podem ocorrer nesse curto espaço de temo.

Assim, se a exceção é uma corrida na qual judiciário, legislativo e executivo competem, então o judiciário parece ter sido ficado por último. Não se sabe com certeza como teria se portado o tribunal caso suas sentenças tivessem efeito imediato nas medidas questionadas. Certamente, a pressão política e social teria sido sensivelmente maior e é possível que os próprios juízes pudessem levar em consideração o impacto que suas

[133] O caso sobre o qual se debruçou a primeira decisão do TC sobre o uso de poderes excecionais na pandemia (Acórdão n.º 424/2020) ocorreu em Maio de 2020 e a sentença do tribunal sobre o tema é de Julho de 2020.

decisões teriam no combate a pandemia naquele momento. As decisões, naquele momento, significaram na prática uma não decisão. Na ausência de decisão do tribunal, coube ao executivo agir.

Não é possível, entretanto, afirmar que tais decisões não tenham de alguma maneira impacto nas ações dos demais atores políticos. No mínimo, o que pode ser dito é que estes julgados parecem ter deixado indicações para casos futuros e essas indicações parecem ter influenciado as ações de combate à pandemia tomadas posteriormente. Mesmo, portanto, que a atuação do judiciário não tenha se limitado à mera chancela dos atos do executivo, não houve choques significativos entre estes dois poderes. O judiciário apenas impos parâmetros e, em certo sentido, refinou, as medidas tomadas pelo executivo e pelo legislativo. Estes, por sua vez, não se aproveitaram da comoção gerada para violar convenções constitucionais na tentativa de obter mais poder. Governos e tribunais podem ter tido discordâncias quanto a questões de competência e sobre o sentido preciso de certos direitos fundamentais, mas não resultam em uma disputa mais profunda acerca das normas pré-constitucionais.

Apesar da crise, o batismo de fogo do instituto jurídico do "estado de emergência" em Portugal não resultou em um jogo duro constitucional. Não parece ter havido por parte de nenhum dos poderes, o interesse de impor uma "visão constitucional" específica à custa dos enfraquecimento e da diminuição de competências dos demais. Há possíveis explicações para isso.

Dentre as de natureza conjuntural, chama atenção o fato de que uma consciência compartilhada dos desafios a serem enfrentados e da necessidade de união de esforços de todas autoridades públicas para alcançar esse objetivo parece ter impelido estes atores à cooperação em vez do conflito. A resposta à COVID-19 em Portugal pode ser enquadrada na categoria de "resposta consensual" de Jasanoff e Hilgatner (2021). Nenhum dos poderes se furtou a assumir sua responsabilidade no combate à pandemia, apoiado ainda por uma sociedade civil e uma opinião pública que, de maneira geral, foi favorável às medidas por eles tomadas.

Na construção deste consenso político e social, não se pode desprezar o papel dos "*experts*". Mais do que nunca, a resposta prática a crise do coronavírus foi influenciada pela autoridade teórica de especialistas que, muita vezes, foram alçados quase ao papel de celebridades. Diariamente médicos, biólogos e cientistas, de maneira

gera, ocupavam amplo espaço na televisão, rádios, imprensa e em redes sociais para comunicar à população não apenas informações mais fiáveis sobre a natureza do vírus e da doença, mas também defender aquilo que entendiam ser a diretrizes a serem seguidas por cidadãos e autoridades públicas. Essas recomendações técnicas, muitas delas incorporadas ao discurso popular, serviram como balizamento para as ações de autoridades públicas. O controle de contaminações e tratamento dos doentes envolviam questões de grande complexidade técnica. Pouco se sabia sobre o vírus, seus meio de transmissão e menos ainda quanto a uma possível cura. Essas eram questões nas fronteiras da ciência. Por isso, a delegação de autoridade teórica a esse especialistas era vista como a política mais prudente a ser tomada.

Em parte, esse consesualismo conjuntural pode derivar de uma característica estrutural do caso português. É relativamente baixa polarização geral na sociedade portuguesa e no Parlamento, ainda que essa tendência possa estar se modificando nos últimos anos (SERRA-SILVA, SANTOS: 2023). Durante a pandemia, essa baixa polarização parece ter se mantido e mesmo entre os partidos políticos prevaleceu alguma harmonia e união, provavelmente cientes que tentativas de sabotar medidas de enfrentamento à pandemia traria um grande risco político. Se bem-sucedidas, tais medidas poderiam coroar seus adversários com os louros da vitória na batalha contra a COVID-19 e os manchar com a pecha de covardes ou oportunistas. Não que discordâncias e até tensões entre atores políticos quanto as medidas tomadas não tenham ocorrido, mas essas divergências não desbordaram para ação e, consequentemente, para um conflito de maior intensidade.

Uma combinação de desenho institucional e cálculo político podem também ter influído para evitar o surgimento de um jogo duros constitucional na crise da COVID-19 em Portugal. No sistema político português, o Primeiro-Ministro, no papel de chefe de governo, assume papel de elevada proeminência, de maneira que parece aproximá-lo de um modelo parlamentarista puro (AMORIM NETO, Octávio; COSTA LOBO, Marina, 2009: 244). Em contraste como sistema presidencialistas, modelo parlamentaristas se caracterizam por se basearem em uma separação de partidos, não de poderes. A chefia de governo reside em um órgão colegial comandado pelo Primeiro-Ministro. Da existência de uma coalizão que o permita governar, depende a própria existência do Governo, e se o governo responde ao Parlamento, sua base legislativa responde perante os eleitores

pelas ações do governo. Na prática, esse aspeto do parlamentarismo tenderia a favorecer o consenso entre executivo e legislativo.

Entretanto, Portugal não é parlamentarista. No sistema político português, o Presidente da República mantém elevada relevância. Como chama atenção Maria Lúcia Amaral, tanto o Presidente da República quanto o Parlamento são eleitos pelo voto direto dos eleitores (art. 121º e 149º da CRP). Dessa dupla legitimidade democrática decorre uma equi-ordenação dos poderes (AMARAL, 2005: 308). Dentro do sistema constitucional, o Presidente cumpre um papel ativo de moderação política. Nessa tarefa, conta com poderes de vetar diplomas legislativos do governo e do Parlamento (art. 134º, alínea b, e 136º, da CRP), com o poder de dissolver o Parlamento (art. 133º, alínea e), e 172º, da CRP), e, como já visto, de enviar ao Tribunal Constitucional questionamentos quanto a constitucionalidade da legislação aprovada pela Assembleia da República.

Na prática, isso exige que a ação do governo e do Parlamento seja harmonizada com as preferências do Presidente da República. Em outras palavras, o governo efetivo depende da construção de consensos entre Governo, maiorias parlamentares e o Presidente da República. Por um lado, isso pode moderar a ação do executivo. Por outro, essa multiplicação de centros decisórios pode criar pontos de atrito.

As circunstâncias políticas e o cálculo eleitoral podem, porém, ter estimulado a colaboração em detrimento do conflito. O recém reeleito governo do Primeiro-Ministro António Costa decidira por não renovar a instável coalizão com outros partidos de esquerda, aquilo que informalmente era chamado de "geringonça". Com uma base Parlamentar frágil, o Governo dependia de uma boa relação com o Presidente da República.

O Presidente Marcelo Rebelo de Sousa, por sua vez, buscava sua própria reeleição. Rompendo com a tradição, o Primeiro-Ministro do PS passou a indicar apoio à reeleição de um Presidente do PSD, seu rival nas urnas. Esse mútuo interesse, parece ter, então, ditado uma postura colaborativa entre Presidente e Primeiro-Ministro (COSTA LOBO, 2021).

Havia, portanto, um concerto entre Presidente, Parlamento e Governo quanto ao que deveria ser feito. Uma vez construído este acordo, o modelo unitário do Estado português, facilitou a centralização e coordenação de medidas no combate à pandemia.

Inexistia o risco de conflitos decisórios graves entre governo central e entes subnacionais, como será visto no caso do federalismo brasileiro.

Não à toa, como já destacado, é característico desta "jurisprudência da crise sanitária" o fato de que as decisões do Tribunal Constitucional se deram em contextos de fiscalização concreta e difusa de constitucionalidade. O debate sobre a emergência chegou ao TC principalmente por meio de recursos de constitucionalidade e não por ação dos legitimados a acionar o tribunal para controle concentrado e abstrato de normas: o Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República e 1/10 dos Deputados à Assembleia da República.

Esse consenso foi reafirmado pelo uso de uma declaração de estado de emergência. Mais especificamente, três parecem ter sido as consequências desta escolha. Em primeiro lugar, relegou o controle judicial de boa parte das medidas de combate ao vírus a análises formais e procedimentais ocorridas *ex post*. Considerações de mérito quanto à proporcionalidade de limitações a direitos fundamentais ficaram restritas à análise de casos ocorridos durante a vigência de emergência administrativa[134]. Em segundo lugar, pode ter fomentado uma maior integração entre diferentes atores políticos, na medida dependeu da criação de acordos quanto a extensão da suspensão de direitos e sua duração. Em terceiro lugar, pode ter sido eficaz em isolar a emergência. Uma linha relativamente clara foi traçada entre o ordinário e o extraordinário. A exceção teve alguns fins previamente delineados, termos fixados e alguns limites a ação do governo se mantiveram.

Por fim, há de lembra que o consenso quanto às medidas de combate ao vírus foi construído não só internamente, mas também externamente. E esse consenso externo pressionou a ação interna, um ponto que será visto com maior atenção quando analisarmos a resposta portuguesa à crise do euro. Dada a interdependência entre os países europeus, por mais que duro que fosse, dificilmente o governo português poderia deixar

[134] Contraste-se a reação institucional portuguesa à crise pandêmica com a alemã. A Constituição Federal Alemã segue um modelo "tamanho único", já que suas normas mantém sua eficácia integral tanto em períodos de normalidade quanto em momentos de excecionalidade. Não há a possibilidade de suspensão de direitos fundamentais em casos de emergência. Como resultado, medidas tomadas em contexto críticos que importem em restrições a direitos fundamentais são passíveis de análise de proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão e encontram seus limites na doutrina do núcleo irrevogável dos direitos fundamentais e do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana (KAISER, 2020).

de adotar medidas de testagem, isolamento, distanciamento social ou de controle de fronteira. A externalidades advindas de uma possível abdicação de responsabilidade no controle da pandemia pelas autoridades portuguesas teriam consequências perigosas para os demais países europeu.

Nessa linha, houve um esforço internacional de coordenação na resposta à COVID-19, não apenas através da OMS, mas também, no caso de Portugal, da União Europeia. Foram não apenas acordadas regras comuns quanto a fluxo fronteiriço de pessoas e mercadorias, mas buscou-se a criação de uma infraestrutura de proteção a vida na Europa. A manutenção desta infraestrutura passava pelo fomento à cooperação científica, a alocação de recursos para manutenção da infraestrutura de saúde nos países-membros e a proteção de cadeias de abastecimento no âmbito europeu. A rápida repatriação de nacionais também foi possível graças a esse trabalho de coordenação. Instituições europeias, em especial a Comissão Europeia, assumiram papel central nessas empreitadas (AZOULAI, 2020).

Dessa maneira, conclui-se, a crise sanitária em Portugal não só não parece ter levado uma situação de crise constitucional, quanto sequer fomentou jogos duros constitucionais. O carácter consensual da atuação das autoridades públicas e a demanda por um intenso de trabalho de coordenação prevaleceram. O Tribunal Constitucional, ainda que frequentemente chamado a participar dos debates quanto as medidas de exceção, optou por guardar para si papel secundário.

Isso acende um primeiro alerta para o fato de que nem sempre emergências levam a jogos duros constitucionais. As normas constitucionais vigentes dotavam as autoridades públicas de suficiente capacidade para fazer frente à crise sanitária e coordenação, não o conflito, foi a estratégia dominante. A situação não poderia ser mais diferente do que aconteceu no Brasil.

VI. I. IV. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

A crise sanitária da COVID-19 em Portugal, bem como o uso do instituto jurídico do "estado de emergência", não resultaram em uma crise constitucional nem fomentaram "jogos duros constitucionais". O que prevaleceu foi o carácter consensual na atuação das autoridades públicas e a demanda por um intenso trabalho de coordenação.

Durante a crise, o Tribunal Constitucional português não se furtou a analisar as medidas excecionais sob a alegação de que seriam atos puramente políticos. Atuando

como guardião da legalidade, garantiu que normas de exceção fossem criadas dentro do arcabouço constitucional e administrativo existente, e rejeitou explicitamente a ideia de um estado de exceção extralegal. Embora o controle judicial destas medidas tenha ocorrido, via de regra, em momento posterior ao seu termo, suas decisões impuseram parâmetros e refinaram as ações do Executivo e do Legislativo sem gerar choques significativos entre os poderes.

O sucesso em evitar conflitos constitucionais, não se deve, porém, somente ao comportamento do Tribunal. É fruto também de a uma interação de fatores conjunturais e estruturais presentes no caso. Primeiro, um razoável consenso entre Presidente da República, Governo, Parlamento e opinião pública quanto à gravidade da crise e o que deveria ser feito para debelá-la. Fatores estruturais, como o baixo grau de radicalismo e polarização geral na sociedade e no Parlamento português, podem ter colaborado para manter esta harmonia.

Adicionalmente, o desenho institucional português exige a construção de consensos entre o Governo, as maiorias parlamentares e o Presidente da República. Uma junção de cálculos eleitorais e de uma base parlamentar pouco sólida do Governo, fomentou a colaboração entre o Primeiro-Ministro e o Presidente da República.

Esse consenso foi reforçado pela pressão externa e pela necessidade de coordenação internacional com a União Europeia e a OMS. Uma vez construído internamente, foi possível a implementação das medidas acordadas de maneira relativamente uniforme e coordenada em razão da forma unitária do Estado português.

Cabe por último destacar que a escolha pelo uso da declaração de estado de emergência, por sua vez, foi eficaz em isolar a emergência, traçando uma linha relativamente clara entre o ordinário e o extraordinário, e em fomentar uma maior integração entre os diferentes atores políticos. Se em sua origem o estado de emergência foi fruto do consenso, veio também à reforçá-lo.

VI. II. A PANDEMIA NO BRASIL

VI. II. I. COVID-19 E GOVERNANÇA POPULISTA

A reação pública à COVID-19 no Brasil forma tomou formas bastante distintas das assumidas em Portugal e na maior parte das nações democráticas. A isso se deve, sem

dúvida, a particularidade de seus já discutidos aspetos sociais, demográficos, naturais e político-administrativos. Sem dúvida, como já afirmado, a relevância destes fatores para determinar a reação dos diferentes governantes ao redor do globo a esta situação pandêmica não pode ser subestimada. Eles impõem as autoridades públicas limites e restrições a suas decisões. Nesse sentido, é correta a afirmação de Tushnet de que é um erro superdimensionar a margem de ação destes líderes (TUSHNET, 2021a). Nem todos os erros e problemas enfrentados durante a pandemia podem ser a eles atribuídos.

No caso brasileiro, as dificuldades não eram poucas. Organizar uma resposta coordenada a esta pandemia em um país com população de 230 milhões de pessoas espalhados por um território de proporções continentais é um imenso desafio a qualquer governo. A diversidade, e imensa desigualdade socioeconômica observada na população brasileira, e a complexa estrutura federativa do país, além do subfinanciamento do sistema único de saúde do país nos últimos anos apenas agravaram estes problemas (VENTURA; MARTINS 2020). Não obstante, o que há de realmente singular na política de combate à COVID-19 no Brasil é fruto do modo específico como o Governo Federal resolveu lidar com essa epidemia. Nesse sentido, a atuação do governo brasileiro pode ser vista como um caso extremo de crise de liderança democrática ao qual Neil Walker chama atenção (WALKER, 2020) e que está diretamente relacionada com a ascensão de modelos populistas de governança.

São muitas as teorias que buscam explicar a origem destas crises. Algumas dão maior ênfase à aspetos econômicos e sociais. O populismo seria uma reação aos efeitos perversos gerados por décadas de globalização neoliberal que acentuou desigualdades locais, seja pela destruição de postos de trabalho seja pela precarização de empregos ou mesmo pela excessiva valorização da mão de obra de uma elite hiperespecializada (PRZEWORSKI: 2019; MARKOVITS: 2021; SANDEL: 2020). O populismo surgiria, então, como uma forma de reação ao discurso meritocrático que busca legitimar essa estrutura social desigual. A crise da democracia representativa seria, portanto, reflexo da crise maior do capitalismo globalista que ganhou força à partir dos anos 70 do século XX, alcançou seus anos dourados nos anos 90 do mesmo século, e cujo apelo agora esvanece.

Para outras, a ênfase recai no aspeto político-ideológico. Uma classe média que durante anos assistiu a uma queda acentuada de seu padrão de vida estaria reagindo a seu abandono por uma elite política mais preocupada com bandeiras simbólicas e identitárias (FUKUYAMA: 2018; LILLA: 2018). Em uma versão mais extrema dessa explicação

ideológica, a crise seria inerente à ideologia liberal, que, ao promover o atomismo social e entregar a democracia à um estado agigantado controlado por uma elite tecnocrática supostamente neutra, passa agora a enfrentar a revolta de uma população que não aceita ser reduzida a figura do artificial e padronizada do "*homo economicus*" (DENEEN, 2019)[135]. A recente pandemia da COVID-19 apenas teria acentuado esse fenômeno.

O frequentemente criticado "populismo negacionista" seria apenas o grito desesperado de uma massa crítica despojada de voz nos debates públicos por uma elite de cientistas e tecnocratas arvorados em sua pretensa *expertise* (MACEDO; LEE, 2025; RUSSELL; PATTERSON, 2025). A crise de liderança democrática seria, portanto, a face mais visível de uma crise da governança democrática que nasce quando uma população se encontra profundamente insatisfeita com suas condições de vida, com aquilo que o regime representativo tem a entregar, mas não encontra melhores alternativas. Existem inúmeras restrições a projetos políticos distintos e a variedade entre eles é muito pequena. Na medida, porém, em que o regime democrático-representativo ainda se encontra razoavelmente consolidado e a maior parte da população, mesmo os insatisfeitos, não está disposta a dele abrir mão, o foco da política sai do conteúdo e passa para forma, a embalagem na qual é apresentada. Surgem líderes populistas cuja ação política baseia-se mais em movimentos simbólicos e discursos focados em sentimentos de ressentimento e filiação identitária, do que políticas públicas efetivas capazes de gerar engajamento popular (WALKER, 2020: 28).

Existe ainda um terceiro tipo de explicação. Segundo esta, a crise da democracia liberal deve ser creditada à criação de uma nova tecnologia de poder capaz de controlar as massas por meio da disseminação massiva de "*fake news"*, obtenção de dados pessoais e manipulação de algoritmos (EMPOLI, 2019; SNYDER, 2018). Da posse dessas poderosas ferramentas, líderes populistas e pretensos autocratas com ambição de poder podem subverter as instituições democráticas para atender a seus próprios interesses antidemocráticos.

Há ao menos um pouco de verdade em todas essas teorias e elas não são excludentes. Uma análise mais profunda das causas da crise que atinge tantas democracias

[135] Uma variante desta explicação culturalista é o argumento de Norris e Inglehart (2019), de que estaríamos assistindo um *blacklash* cultural a anos de expansão de liberdades de comportamento e ao progressismo cosmopolita até então dominante.

liberais exigiria, porém, um estudo mais profundo que vai bem além do escopo desse trabalho. Mais relevante para a análise que aqui se faz é compreender a dinâmica do discurso populista. Pois é ela que vai ditar a lógica do comportamento do executivo ante os demais poderes e bem como a resposta destes a suas ações.

O populismo, nas palavras de Jan-Werner Müller (2016), é um tipo de imaginação moralista da política que tem duas características. A primeira é um discurso fundado em uma crítica radical às elites. O populista opõe um povo unificado e moralmente puro à uma elite corrupta. Esta corrupção, como salienta Nadia Urbinati (2019), parece advir do próprio exercício do poder. Não é que todo cidadão seja moralmente perfeito. Seres humanos são falhos e podem cometer erros. Entretanto, os erros do cidadão comum estão restritos ao âmbito privado e não tem consequências maiores para o resto da população. Os detentores do poder, porém, cometem erros públicos. Movidos por seu autointeresse de manter e expandir seu poder, agem em prejuízo do interesse da população. Por esse motivo, o discurso populista se articula em torno de uma separação clara entre dois grupos com base no papel que eles ocupam quanto ao exercício do poder: de um lado, a maioria, o povo real, que não exerce o poder, mas está a ele submetido. Do outro lado, a minoria, as elites, que efetivamente exercem o poder e por ele são corrompidas. O líder populista pode ser rico, como é o caso de Berlusconi na Itália ou Donald Trump nos Estados Unidos. Também pode ser político, como era o caso de Jair Bolsonaro, que antes de chegar a presidência no Brasil teve diversos mandatos como deputado federal. O que os separa da "elite" é o fato de que nunca chegaram de fato a exercer poder político real e, por essa razão, não teriam se deixado corromper.

A segunda grande característica do populismo é seu carácter marcadamente anti pluralista. O verdadeiro povo seria uno e homogêneo. O diferente é o outro. Por isso, também a vontade popular é una e o líder populista tem acesso exclusivo a ela por conhecer a alma do "verdadeiro povo". Existe apenas um povo e o líder populista é seu profeta. Seu desprezo por outros partidos, bem como por *experts* e intelectuais, deriva dessa ideia. Esses partidos ou apenas perseguem seus próprios interesses ou perseguem os interesses de um povo abstrato, artificial, totalmente distante dos interesses reais do verdadeiro povo. (URBINATTI, 2019). É também por supostamente possuir acesso privilegiado aos interesses do povo que o populista não pode tolerar a presença de intermediários nessa relação. Instituições que se coloquem contra vontade desse

representante populista, incluindo aí o judiciário, estariam se colocando contra a vontade popular.

Como lembra Müller, esse discurso não necessariamente perde força uma vez que o líder populista chega ao poder. Uma vez no poder, populistas tendem a manter um estado de crise permanente, como se estivessem se preparando para um confronto apocalíptico. As dificuldades atravessadas por seu governo são sempre a ação de "forças ocultas". Há sempre uma batalha existencial entre o governo popular e uma elite que, agora alijada do poder, tenta impedir uma revolução que de fato entregue os rumos da nação a seu verdadeiro soberano (MÜLLER, 2016)[136].

Na mobilização para esta grande luta, o líder populista se vale de uma gramática que não é estranha ao constitucionalismo. É o povo soberano, anterior e superior à categorias e procedimentos estabelecidas pelas normas do direito positivo, que é convocado para levar à frente um novo projeto de construção nacional. Ao fazê-lo, porém, a retórica constitucionalista pode ser instrumentalizada para minar as próprias condições de integração social sobre as quais se assentam as democracia constitucionais (THORNHILL, 2021: 314)[137].

---

[136] Pode ser, como defendem Tushnet e Bugarič (2021), que populismo e constitucionalismo não sejam necessariamente antitéticos. Ainda que possa haver fricções entre certos aspectos do populismo, como seu anti institucionalismo, e um constitucionalismo estreito, certas variedades de populismo talvez consigam conviver com o discurso e a prática constitucional. Essa é uma ideia que não pretendo aqui questionar, mesmo que não tenha certeza quanto sua correção. Entretanto, dois pontos são aqui defendidos. O primeiro é que, diferentemente do defendido por estes autores, o "populismo" como categoria analítica possui validade. Mesmo que, como argumentam, certos elementos comumente apontados como centrais ao discurso populista, tal como sua crítica ao elitismo e sua articulação da política na forma de uma amigo/inimigo, possam estar presentes em movimentos não identificados com populistas, o que singulariza o movimento populista é justamente essa centralidade. Além disso, como mostra a pesquisa histórica de Rosanvallon (2021), ainda que o populismo atual seja um fenômeno relativamente recente, surgido apenas no século XX, certos movimentos anteriores poderiam ser interpretados como proto populistas. Seria o caso, por exemplo, do bonapartismo francês, estudado por esse historiador. Por isso, é possível que o discurso populista surja de maneira ainda embrionária mesmo antes da "época de ouro" do populismo dos anos 30 do século XX ou do neopopulismo contemporâneo. O segundo ponto, não conflita diretamente com o argumento de Tushnet e Bugarič, mas demanda certa clarificação. Mesmo que, seguindo estes autores e constitucionalismo como Sadurski (2022), opte-se por falar em "populismos", no plural, ao invés de "populismo" como uma categoria única e abrangente, a posição aqui assumida é a de que o populismo de Jair Bolsonaro teria uma feição marcadamente hostil ao constitucionalismo.

[137]Para Chris Thornhill (2021), se o moderno estado constitucional é resultado de um longo processo histórico de integração, o populismo seria o uso do discurso constitucional para retroceder neste processo de integração. Ainda que, de maneira geral, esta tese pareça correta, caberia indagar quanto à sua aplicabilidade em países de modernidade periférica, em que a cidadania se encontra fragilizada não apenas pela transição incompleta à modernidade, mas pela relações centro/periferia na sociedade global, como defendem autores como Marcelo Neves (2020).

A discurso populista ditou não só boa parte da atuação do governo Bolsonaro durante pandemia, como também sua relação com os demais poderes, em especial seus embates com o Supremo Tribunal Federal e os demais entes da federação. No que tange à sua relação com os estados brasileiros, o governo Bolsonaro parece ter atuado segundo uma lógica tríplice. Em primeiro lugar, acreditava que era preciso uma divisão rígida bem definida de competências, como maior atuação dos entes subnacionais na gestão local e menor participação da união na redução de desigualdades regionais e no auxílio a estados e municípios. Em segundo lugar, relacionada a essa ideia, a noção de que não cabe aos entes subnacionais participarem da formulação de políticas públicas da união. Por fim, dentro lógica populista, a crença de que o líder populista é o único representante do povo e que enfrenta a ameaça constante de possíveis adversários. Dessa maneira, eventuais incompatibilidades entre as políticas públicas adotadas pelos entes subnacionais eram vistas como afrontas e os chefes do executivo estadual tratados como adversários a serem vencidos (ABRUCIO et al., 2020).

À essa dinâmica geral de líderes populistas deve-se adicionar a noção particular de liberdade de Bolsonaro e seus seguidores para que melhor se possa compreender os interesses e valores que, ainda que a primeira vista desconexos, balizaram as ações do governo brasileiro. Como bem definido por Conrado Hübner Mendes e Thomas Bustamante, Bolsonaro parece acreditar em uma "liberdade sem responsabilidade". A noção central para se compreender esta visão de liberdade seria o conceito de "cidadão de bem". O povo, para o bolsonarismo, seria apenas o "cidadão de bem" e o "cidadão de bem" é aquele que compartilha de seus valores e visão de mundo. A esse cidadão de bem, tudo é permitido. Seus interesses individuais sempre se sobrepõem a outros interesses da comunidade. Sua liberdade de ação, segundo essa conceção, prescinde de justificação racional. Dentro do espaço demarcado pela liberdade, todo o tipo de ação arbitrária é permitido. Por esse motivo, os detentores dessa liberdade não poderiam ser responsabilizados por seus atos (BUSTAMANTE; MENDES, 2021).

A crença do governo neste tipo de liberdade foi determinante para seu comportamento ao longo da crise da COVID-19. Crises políticas e sociais agudas geralmente levam a receios quanto ao abuso de poder por parte do executivo. Um executivo excecionalmente forte, empoderado para pôr fim à uma situação de crise específica, às vezes busca expandir esses poderes usando-os em situações para as quais não foram previstos inicialmente. Esse é, porém, apenas um modo de abuso de poder. Um

outro modo de abuso de poder menos discutido é o abuso que surge da inação. O direito, especialmente a constituição, colocam objetivos ao governo, e poderes são a ele conferidos para alcançar esses objetivos. Quando o governo simplesmente abdica de fazer uso deles por abdicar de buscar esses objetivos, ele faz um mal uso dos poderes a ele concedidos. Ocorre o fenômeno que David Pozen e Kim Lane Schepelle chamam de "*executive underreach*", um uso tímido ou, no limite, o não uso de medidas constitucionalmente autorizadas, quando não exigidas, para a resolução de problema de interesse público (POZEN; SCHEPELLE, 2020: 39).

Se a segurança e proteção da vida de seus cidadãos é tarefa de governo por excelência, combater a propagação de um vírus capaz de ceifar uma enorme quantidade de vidas em curtíssimo espaço de tempo é um imperativo ao qual nenhum governante poderia se dar ao luxo de se desobrigar. Entretanto, Bolsonaro assim o fez. Assumiu uma política pautada neste princípio de "liberdade sem responsabilidade" no início da pandemia e ela se aferrou até o final, primeiro negando a gravidade da doença, depois aceitando-a como uma irremediável fatalidade. Diante de um mal que parece sobre-humano, não haveria nada que nós, meros mortais, possamos fazer. Apenas nos restaria levar nossas vidas cotidianas com o máximo de naturalidade possível, resistindo as dores e perdas que fogem a nosso controle. Nesse contexto, abdicar de nossa liberdade seria abdicar da nossa humanidade.

Ante o aparente imobilismo do executivo federal, gestores locais, como governos e prefeitos, optaram por assumir a dianteira da luta contra o coronavírus. Tomaram para si, portanto, o ônus concreto de impor medidas restritivas duras, algumas sem precedente em décadas recentes, com expectativa de ver seus esforços reconhecidos pela população nas eleições posteriores. Dessa maneira, governos municipais e estaduais foram os principais responsáveis pela imposição de medidas de distanciamento social, restrições a circulação e, em alguns casos, como ocorreu com o Governo do Estado de São Paulo e os governos integrantes do consórcio do nordeste, a aquisição de imunizantes. Sempre reafirmando a inevitabilidade das mortes pela doença, o governo federal se posicionou como defensor das liberdades civis contra aquilo que alegava serem abusos de estados e municípios.

Em um primeiro momento, essa estratégia parece ter surtido algum efeito. Como um general que se recusa a lutar uma guerra por entendê-la um sacrifício fútil e que, portanto, não pode ser condenado por lutá-la com mais ou menos sucesso, o presidente

brasileiro colocou-se fora do âmbito de responsabilização política. Isso pode explicar o fato de sua popularidade não ter sofrido grandes abalos nos meses iniciais da pandemia. No entanto, a manutenção dessa postura era arriscada no longo prazo, principalmente em um contexto que muitos das grandes potências mundiais haviam adotado medidas extremamente restritivas, com a imposição do chamado "*lockdown*" e o fechamento de suas fronteiras. Em casos como esse, ganha relevância o alerta de Ulrich Beck (2016: 87):

> *"A política nacional e a política internacional (em certas circunstâncias, também a de grupos econômicos transnacionais) não estão isentas da necessidade de agir pelo facto de existir uma incontrolabilidade por princípio. O discurso de risco de opinião pública mundial força a sua justificação e sua ação: eles estão condenados a reagir. Esta expectativa de reação pressupõe a hipótese contrafactual de controlabilidade, mesmo quando todos os modelos de resposta falham. É politicamente inadmissível não fazer nada face a riscos desconhecidos".*

Restrições a direitos e liberdade em nome da COVID-19 jamais se justificariam, primeiro porque inadequadas, já que pouco colaborariam na dissipação do vírus, segundo porque existiriam modos mais simples e menos restritivos de socorrer a população. Entretanto, pressionado pela demanda por ações mais contundentes na proteção contra o vírus, o Bolsonaro recorreu à hidroxicloroquina, uma droga normalmente utilizada para o tratamento de doenças parasitárias como a malária e amplamente utilizada no país, como solução para a crise.

De fato, naqueles meses iniciais da pandemia, a hidroxicloroquina chegou a ser avaliada como potencial aliada na mitigação dos efeitos do vírus no organismo. Alguns médicos e cientistas eminentes chegaram a defender seu uso e diversos governadores brasileiros, inclusive alguns não alinhados politicamente com o presidente da República, chegaram a alardear uma suposta boa nova. No entanto, o otimismo com esta droga durou pouco. Ao longo do tempo, diversos estudos foram publicados concluindo pela ausência de indícios capazes de atestar sua eficácia. Seu uso não era recomendado, menos pelo fato de sua eficácia não ser comprovada e mais pelos riscos que sua utilização fora de ambiente ambulatorial e sem devido acompanhamento médico poderiam criar para o paciente. Nada

disso dissuadiu o presidente brasileiro de sua campanha em favor da distribuição e aplicação massiva desta droga.

Ao que parece, um caso de dependência da trajetória ditou suas ações. Uma vez veemente rejeitado por ele qualquer outro método de controle da pandemia, uma vez apresentada a hidroxicloroquina como solução milagrosa para a doença, poucas opções pareciam ter restado a ele. Voltar atrás era um custo alto, e Bolsonaro definitivamente não estava disposto a pagá-lo. Optou, então, por dobrar a aposta.

Exigiu do Ministério da Saúde e do Exército brasileiro um aumento de sua produção. Frequentemente propagandeou seu uso, repetindo diversas vezes que ele e seus ministros a utilizavam regularmente. Foi criado pelo ministério da saúde brasileiro um aplicativo para telemóveis orientando a administração de hidroxicloroquina por profissionais e não profissionais. Tal aplicativo possuía diretrizes não apenas para a automedicação de adultos, mas também para sua utilização em gestantes e crianças de colo. Quando uma nova e mais contagiosa cepa do vírus se espalhou pelo estado do Amazonas, gerando uma escassez de leitos hospitalares e cilindros de oxigênio, com a consequente disparada no número de óbitos, o Ministério da Saúde enviou ofício ao governo deste estado determinando a obrigatória administração deste fármaco.

Ao mesmo tempo, por diversas vezes o presidente brasileiro ameaçou de intervenção federal estado e municípios e afirmou que editaria decretos para derrubar as medidas restritivas impostas pelos estados. A mesma ameaça de intervenção não se viu, porém, quando a situação da pandemia se agravou no Amazonas e o governo estadual parecia ter perdido o controle da situação. O estado de calamidade pública gerado e a evidente incapacidade de o governo estadual resolver a situação sozinho não foram o bastante para convencer Bolsonaro a tomar tal medida. Em reunião com seus ministros e o governador do Amazonas, ele rejeitou essa possibilidade por entendê-la desnecessária. E onde ficou o Supremo Tribunal nessa disputa? Para responder essa pergunta, algumas notas sobre o sistema de repartição de competências na Constituição Federal Brasileira se fazem necessárias.

VI. II. II. O COMBATE À PANDEMIA E A PRESTAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE NO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

A república brasileira está estruturada em um modelo federativo de organização político-administrativa que se divide em três esferas. Uma esfera municipal, uma esfera estadual e a União. Além disso, existe ainda um distrito federal localizado na cidade de Brasília que é normalmente contado como um estado. Ao todo, sem incluir o distrito federal, são 5.568 municípios, distribuídos por 26 estados. Tal qual o governo federal, tanto os governos estaduais quanto os governos municipais e do distrito federal são eleitos pelo voto direto de seus eleitores. Em cada estado da federação e no distrito federal o poder legislativo consiste em uma assembleia legislativa independente cujos membros são eleitos em eleições proporcionais com votação em lista aberta para mandatos de quatro anos. Em sentido semelhante, o legislativo municipal consiste em uma câmara de vereadores também independentes e eleitos em votações proporcionais em lista aberta para mandatos de quatro anos. Estados, distrito federal e municípios se diferenciam da União na medida em que nesta o legislativo é bicameral, dividido em uma Câmara de Deputados e um Senado Federal, e naqueles é unicameral.

A Constituição Federal Brasileira expressamente elenca o direito à saúde como um direito fundamental social em seus artigos 6º e 196, inovando nesse sentido quanto às cartas anteriores que se limitavam a estabelecer a prestação nos capítulos relativos às competências dos entes federativos. O direito à saúde aparece ainda no capítulo relativo à seguridade social, definida naquele documento como conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194), como direito do trabalhador (art. 7º), como dever do estado relativo à educação (art. 208), como direito da criança e adolescente e dever do estado e da família (art. 227), como diretriz que norteia a política de regulação da comunicação social (art. 220, II). Daí que se pode dizer que a constituição brasileira adotou uma conceção ampla de direito a saúde que se espraia por outros direitos e cria deveres não para o estado, como para a família e a sociedade de maneira geral.

O artigo 198 da Constituição determina que os serviços de saúde serão integrados em uma rede regionalizada e hierarquizada que constituirá um sistema único que tem por diretrizes a descentralização, o atendimento integral que dá prioridade a ações preventivas, e a participação da comunidade. Esse artigo foi regulamentado pela Lei 8.080 de 1990 que instituiu um sistema único de saúde (SUS) cuja direção é exercida na União pelo Ministério da Saúde, nos estados e distrito federal, pelas secretarias estaduais de saúde, e nos municípios pelas secretarias municipais de saúde.

Nessa linha, artigo 23, II, da Constituição estabelece que é competência comum da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios cuidar da saúde, da assistência pública e da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Além disso, seu artigo 24, XII, determina que é competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal, mas não dos municípios, legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. Aos Municípios, estabelece o artigo 30, VIII, competiria a prestação, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, de serviços de atendimento à saúde da população.

Para garantir a devida prestação de serviço de saúde, a Constituição autoriza excecionalmente à União intervir nos estados e no distrito federal de modo a garantir a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, e)). Do mesmo modo, autoriza aos estados a intervir nos municípios para garantir a aplicação do mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento dos serviços públicos de saúde (art. 35, III). Há ainda no artigo 34, II, uma previsão de intervenção federal em estado e distrito federal sempre que necessário à manutenção da ordem pública.

O artigo 21 da Constituição brasileira determina ainda que compete à União planejar e promover a defesa permanente contra calamidades públicas, em especial secas e as inundações. Também no que tange a calamidades públicas, o artigo 136 deste documento atribui ao presidente da república a competência para decretar estado de defesa de modo a preservar ou restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. O decreto instituindo o estado de defesa deverá determinar seu tempo de duração e área de aplicação, bem como as exatas medidas coercitivas a serem aplicadas, as quais apenas poderão restringir um rol limitado de direitos, como os de reunião, o de sigilo de correspondência e o de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. Esse decreto deverá então ser apreciado pelo Congresso Nacional em até 24 horas após sua edição, que então se pronunciará acerca de sua manutenção em votação por maioria absoluta[138].

[138] O art. 136, parágrafo sétimo, da constituição brasileira determina ainda que, caso o congresso se encontre em recesso, deverá ser convocado extraordinariamente em até cinco dias da edição do decreto. Com isso, busca-se evitar situação semelhante à da República de Weimar, na qual a dissolução do parlamento pelo presidente servia como subterfúgio para a manutenção de um estado de exceção permanente.

Ante a ineficácia das medidas passíveis de adoção durante a vigência do estado de defesa e subsistindo situação de grave comoção nacional ou necessidade de repelir agressão estrangeira, caberia ainda ao presidente a possibilidade de solicitar ao Congresso a decretação de estado de sítio. Há que se notar, porém, que ao mencionar motivos de calamidades públicas, nenhum destes diplomas legais fazem expressa referência a motivos da saúde pública (MOTTA FERRAZ; RACHED; VENTURA; HUBNER MENDES; MORAES ALBERTO, 2021).

Como bem ressaltam Thomas Bustamante e Emílio Peluso Neder Meyer, diferentemente do que ocorreu em outros países, o governo brasileiro não se valeu de declaração de estado de calamidade pública e nem do estado de sítio em sua resposta à pandemia (BUSTAMANTE; PELUSO NEDER MEYER, 2020). Nesse sentido, manteve o padrão do executivo brasileiro pós-1988 de não fazer uso de poderes de exceção, rompendo com a tradição latino-americana e a prática imperante durante os primeiros anos da república brasileira[139]. Uma das principais razões para tal medida o recurso a tal medida jamais se fez necessário uma vez que o executivo já teria poderes ordinários suficientes para lidar com a maior das crises que se apresentaram até então.

Uma peculiaridade do presidencialismo brasileiro, como no presidencialismo sul-americano de maneira geral, é o fato do presidente contar com amplo repertório de instrumentos normativos ao seu dispor (CHEIBUB; ELKINS; GINSBURG, 2011). Esses grandes poderes normativos teriam por finalidade ultrapassar os enormes obstáculos a ação do executivo. Em um sistema político como o brasileiro, com uma grande quantidade

[139] A forte instabilidade política que se seguiu à independência das nações latino-americanas teve por consequência o frequente uso de medidas excecionais pelo poder central desses países com a finalidade de debelar ameaças internas e externas. A rejeição liberal à discussão de um regime de exceção constitucional em conjunção com urgência e necessidade prática de regular tais medidas levou ao desenho de regimes de emergências improvisados nos quais não só a separação entre aquele que declarara a exceção e aquele que exerce poderes de emergência praticamente não existia, como também inexistiam limitações temporais a esse regime excecional. O resultado foi o abuso de tais medidas ao longo de todos século XIX (AGUILAR RIVERA; NEGRETTO, 2000). No Brasil, a constituição republicana de 1891 buscou replicar o modelo político dos Estados Unidos na esperança de que ao adotar instituições semelhantes, conseguiria emular o sucesso material da nação norte-americana. O fez, no entanto, inspirando-se na constituição argentina de 1853 que quarenta anos antes já tentara adaptar esse modelo às peculiaridades da sociedade sul-americana por meio da amálgama com instituições e institutos de matriz francesa, dentre eles, o estado de sítio. O resultado, foi uma trajetória de abusos semelhante a de seus vizinhos. Entre 1891 e 1930, quando ocorre o movimento civil-militar que põe fim à chamada "República Velha" e inicia-se do governo autoritário de Getúlio Vargas, o estado de sítio foi utilizado onze vezes. O novo Supremo Tribunal Federal, inspirado no Supremo Tribunal norte-americano e inaugurada no país na Carta de 1891 pelas mãos do jurista e estadista Rui Barbosa, que nele via um substituto para o Poder Moderador existente durante o Império brasileiro, nada fez para controlar esses abusos. A alegação era a de que o estado de sítio seria fruto de decisão política e, como tal, não justiçável (LYNCH, 2012).

de atores com poderes de veto, a ação normativa direta do executivo se mostraria necessária como forma de evitar sua paralisia e devolver a ele poder de agenda. Sem eles, dificilmente o projeto político vencedor nas urnas e representado pelo presidente poderia ser implementado. (ABRAMOVAY, 2012:48).

Normativamente, o governo tem ao seu dispor modos diretos ou indiretos de influir na ordem legal do país e manter controle da agenda legislativa (ABRAMOVAY, 2012: 51 e 52). Essa atuação indireta pode se dar de maneira negativa e positiva. Como modo indireto negativo de ação legislativa, o governo possui poder de veto sobre projetos de lei votados no legislativo (art. 66, CRFB) e competência exclusiva para legislar sobre determinadas matérias (art. 61, §1º, CRFB). Seja por sua omissão, quando não apresenta iniciativa de lei versando sobre matéria sobre a qual tem competência exclusiva, seja por sua ação, quando veta leis aprovadas pelo congresso, pode determinar que leis com conteúdo politicamente indesejadas não sejam incorporadas ao sistema jurídico brasileiro. Como modo de atuação indireta positiva, possui, nos termos do art. 54 da Constituição brasileira, o poder de ¨expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis¨. Nesse último caso, o decreto não estaria de fato inovando por meio de ato legislativo, mas dando maior concretude à lei aprovada pelo legislativo por meio de ato normativo de carácter administrativo.

O governo tem, porém, modos diretos de atuação legislativa. Primeiro, por meio das chamadas leis delegadas. Pode o Presidente da República solicitar delegação do poder de legislar ao Congresso Nacional, desde que a matéria legislada não seja objeto de lei complementar, não seja objeto de competência exclusiva do Congresso e de cada uma de suas casas, não verse sobre matéria orçamentária, não verse sobre a organização do poder judiciário e do Ministério Público, e não interfira com direitos de nacionalidade, cidadania políticos, eleitorais e individuais (art. 68, CRFB).

Em segundo lugar, pode o governo inovar na ordem jurídica brasileira por meio de decretos autônomos, isto é, decretos que não cumprem a função de meramente regulamentar leis gerais aprovadas pelo legislativo. Esta figura normativa foi introduzida pela emenda constitucional número 32 de 2001, que deu nova redação ao inciso VI do artigo 84 da constituição brasileira para autorizar ao presidente da república extinguir cargos e funções públicas vacantes

O terceiro modo de atividade legislativa do executivo é através de medidas provisórias, atos normativos editados pelo Presidente da República em situações de urgência e relevância com imediata força de lei. A validade dessas normas é, porém, condicionada à posterior aprovação do legislativo. Após sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período, deixam de existir na ordem jurídica brasileira caso não sejam convertidas em lei pelo Congresso Nacional (art. 62 da CRFB).

A decretação de estado de emergência no Brasil em parte pode ser explicada pela elasticidade desses poderes normativos que integram a caixa de ferramentas do executivo brasileiro. O presidente possuiria modos mais simples e menos custosos de realizar as ações necessárias para o combate à Covid-19. Esta hipótese, entretanto, não está equivocada, mas é apenas metade da história. Deixa de lado, a intenção deliberada do governo federal brasileiro em permanecer inerte durante essa emergência sanitária. Um breve histórico das tímidas medidas legais por ele adotada nesse caso pode ajudar a esclarecer este ponto.

Ainda antes da Covid-19 chegar oficialmente ao Brasil, o ministério da saúde brasileiro emitiu a portaria número 188, de 3 de fevereiro de 2020, declarando emergência em saúde pública e criando um Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) tendo por função de coordenar a resposta à emergência no âmbito nacional. A figura da "emergência em saúde pública", por sua vez, não se encontra na Constituição do Brasil, mas no Decreto Executivo nº 7.616/2011. Tal decreto tinham funções constitutivas e definitórias. Criava uma Força Nacional do Sistema Único de Saúde com a função de coordenar ações na resposta a essa situação e fixava uma definição legal para a expressão "epidemia". Através deste ato normativo, "epidemia" passava a significar para o direito brasileiro aquelas situações epidemiológicas capazes de criar risco de disseminação nacional, produzidas por agentes infecciológicos inesperados ou doenças até então erradicadas, que apresentem gravidade elevada ou extrapolem a capacidade de resposta do sistema único de saúde.

Apenas três dias depois, foi aprovada a lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que regulamentava as medidas de adoção no enfrentamento à emergência de saúde pública. Dentre elas estavam medidas de isolamento e distanciamento social (art. 3º, I e II), realização compulsória de exames, testagem e tratamentos médicos e vacinação (art. 3º, III), e controle de fronteiras nacionais e internas (art. 3º, VII), dentre outras. Dessa

maneira, já em fevereiro de 2020 estava construído a base do arcabouço legal que permitiu a coordenação dos diferentes entes federativos na ação de combate à pandemia.

Se a rapidez e facilidade com que tais normativas foram aprovadas podem ser consideradas como um indicativo do consenso existente então quanto a necessidade de medidas excecionais para lidar com aquela situação, esse consenso rapidamente se desfez.

O principal responsável por isso foi o próprio presidente brasileiro, que já em fevereiro minimizava publicamente a gravidade da pandemia[140]. Essa postura continuou ao longo do mês de março[141] e culminou em seu pronunciamento em rede nacional no dia 24 de Março, quando declarou que a COVID-19 era apenas mais uma "gripezinha" e atacou o fechamento de escolas e comércio pelos governos estaduais e municipais[142]. Estes questionamentos de Bolsonaro não foram meramente retóricos. Através da Advocacia-Geral da União, instituição federal responsável pelo aconselhamento legal e representação em juízo do governo federal, o governo do Presidente Bolsonaro em diversas oportunidades buscou questionar a legalidade daquelas medidas.

A partir desse momento o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi colocado em uma situação inusitada. Em geral, crises levantam o receio de que a necessidade de outorga de poderes excecionais ao responsável pode debelá-la, em geral o executivo, possam levar a abusos dos poderes concedidos e esgarçamento das amarras impostas pela legalidade (POSNER; VERMEULE, 2009). Por isso, a tribunais caberiam a tarefa de proteger a constituição e os direitos e liberdades nela inscritos dessa potenciais ameaças. Dessa vez, porém, o abuso dos poderes concedidos não se deveu a uma "sobreutilização", mas sim, como já afirmado, à sua subutilização pela inação do governo. Como veremos, o carácter anômalo dessa situação explica em boa medida o aspecto "extraordinário" da atuação deste tribunal.

VI. II. III. O STF COMO ÁRBITRO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

[140] https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nao-e-uma-situacao-alarmante-diz-bolsonaro-sobre-coronavirus,70003173424. Acessado em 31 de Março de 2021.
[141] https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/10/bolsonaro-diz-que-questao-do-coronavirus-e-muito-mais-fantasia.ghtml. Acessado em 31 de Março de 2021.
[142] https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52028945. Acessado em 31 de Março de 2021.

Como era de se esperar, dada a gravidade da crise gerada pela pandemia, e dada a polêmica atuação do governo federal em seu controle, não foram poucas as vezes as quais o Supremo Tribunal Federal Brasileiro foi instado a se manifestar. Na maior parte das vezes, o tribunal assumiu uma função moderadora, arbitrando os inúmeros conflitos entre o governo federal e os estados e municípios.

De uma maneira geral, qualquer federação repousa sobre um equilíbrio delicado. De um lado, estados, municípios e outras entidades subnacionais possuem a tentação constante de buscar mais poder para si, mesmo que em prejuízo do poder central e dos demais entes federativos. Por outro lado, também o poder central possui estímulos para buscar mais poderes, mesmo que isso signifique uma diminuição da autonomia das entidades subnacionais. Se a confiança entre esses diferentes atores políticos se quebra, a existência da federação entra em colapso (LEWANDOWSKI, 2018: 11; BEDNAR; FEREJOHN; ESKRIDGE, 1999: 7). É preciso, portanto, que existam mecanismos institucionais capazes de gerar a expectativa de que esses potenciais avanços serão contidos. Um desses principais mecanismos é a existência de um tribunal independente capaz de arbitrar disputas entres estes atores.

A constituição brasileira foi feita tendo por norte a descentralização. Saída de vinte anos de regime autoritário civil-militar, com a memória ainda marcada pela lembrança do não tão distante regime ditatorial de Getúlio Vargas, a descentralização parecia impulsionar o país rumo aos tão almejados ideais de liberdade e democratização[143]. A descentralização, argumentava-se, aproximava o cidadão da gestão de políticas públicas locais. Municípios tiveram seu status alçado ao de membro da federação e junto com os estados receberam mais competências, seja para formulação e criação de novas políticas públicas, seja para a execução de políticas públicas estabelecidas e coordenadas a nível federal. Além disso, houve significativa descentralização de recursos. Em especial, o poder de tributação dos estados foi ampliado e volume de transferências do governo federal para estados e municípios também cresceu.

O resultado foi um federalismo cooperativo no qual funções e competências semelhantes são compartilhadas pelos diferentes entes da federação. (TAVARES DE

[143] Ainda que a descentralização possa levar eventualmente a uma democratização de políticas públicas, não há nada na democratização por si só que vá necessariamente levar a isso. Isto irá depender de condições institucionais mais amplas (ARRETCHE, 1996).

ALMEIDA, 2005). Sua base são os artigos 23 e 24 da constituição brasileira, que estabelecem uma série de competências verticais. O artigo 23 elenca as matérias de competência comum entre união, estados e municípios. A lógica aqui imperante é a todos eles cabe cooperar para a execução de certas tarefas por meio da atribuição não apenas de poderes comuns, mas também de responsabilidades comuns. Esse interesse comum se concretiza em um mecanismo unitário de decisão no qual participariam todos os entes federativos, que tomam esta decisão em dois momentos. No primeiro momento, é conjuntamente estabelecido um plano mais geral na seara federal que será, então, elaborado em maiores minúcias por estados e municípios tendo em conta o contexto local. Ao artigo 24 cabe elencar um conjunto de matérias de competência concorrente entre os a união, os estados e o distrito federal. Nestas matérias, possuem objetivos comuns, mas agem livremente e em situação de igualdade na tentativa de coordenar suas ações para alcançar o fim almejado (BERCOVICI, 2004: 58-61). À lei federal cabe traçar a normativa geral que será, então, complementada ou suplementada pelas leis distritais e estaduais. Na ausência de lei federal, os outros entes da federação têm plena competência para legislar sobre o assunto. Porém, havendo superveniência de lei federal que conflite com as leis estaduais, ficam estas derrogadas (art. 24, §1º, §2º e §3º, da CRFB).

No que tange à distribuição de competências exclusivas, típicas do "federalismo horizontal" o Constituição confere um amplo rol de competências materiais e legislativas à união (art. 21 e 22, da CRFB), um rol bastante reduzido e, em boa medida, apenas complementar e suplementar, de competências legislativa aos municípios (art. 30, da CRFB), deixando aos estados competências residuais também reduzidas (art. 25, §1º, da CRFB).

A expressão "cooperativa" não deve induzir, portanto, à crença em uma distribuição equânime de poderes ente os entes federativos. Como chama atenção Marta Arretche, a constituição brasileira de 1988 também concentrou *policy decision-making* nas mãos da União. Isso significa dizer que

> *"O governo federal no Brasil tem autoridade para iniciar legislação em toda e qualquer política, em particular aquelas que afetam as políticas executadas pelos governos subnacionais. Mais que isto, em muitas áreas esta autoridade é exclusiva da União. Governos subnacionais, por sua vez, têm autoridade para executar a maior parte das políticas que afetam o bem-estar dos cidadãos, mas têm suas*

> *iniciativas legislativas limitadas pelos poderes da União"* (ARRETCHE, 2020)

O sistema único de saúde brasileiro, ao distribuir competências compartilhadas para todos os membros da federação e delegar ao executivo federal a função de coordenar a atuação dos demais entes é expressão desse arranjo federativo cooperativo.

Tampouco a ideia de cooperação implicar necessariamente implica em total harmonia. Conflitos entre os membros da federação quanto a sua margem de atuação não são raros. O alto grau de constitucionalização das questões federativas e a discriminação minuciosa documento constitucional das competências comuns e concorrentes tem por consequência um natural protagonismo do Supremo Tribunal Federal brasileiro na arbitragem destas disputas federativas (SOUZA; FONTANELLI, 2021). Este papel de árbitro lhe é abertamente conferido pela constituição brasileira em seu artigo 102, I, alínea f, quando estabelece que cabe a esse tribunal processar e julgar "*as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta*".

Questiona-se se nesse papel o STF tem assumido uma posição mais favorável à União ou aos estados ao julgar essas disputas. Os estudos sobre o tema parecem indicar uma certa tendência centralizadora do tribunal. Nuno Garoupa e Carolina Arlota montaram um banco de dado com decisões de 1988, ano da promulgação da atual constituição brasileira, à 2010, durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, envolvendo conflitos entre a união e os estados. Seu objetivo era investigar se haveria correlação entre uma postura mais favorável à união por parte dos ministros do STF e o fato dos chefes do executivo federal durante estes conflitos serem os presidentes que os indicaram aos cargos. A conclusão do estudo parece ser que existe uma fraca correlação, o que poderia corroborar que variáveis políticas exercem um papel, ainda que limitado, nessas decisões (GAROUPA; ARLOTA, 2014).

Para além de suas conclusões, um dos méritos do estudo está em chamar atenção para a sede em que se dão estes conflitos judiciais. A maior parte deles (26%) se dá em sede de ação civil originária (ACO), com base no já mencionado artigo 102, I, alínea f da CRFB. Em segundo lugar (21%), vem disputas em ações relativas à intervenção federal. Em terceiro lugar (15%), as contendas em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Em quarto, vem as ações em recurso extraordinário (RE). As demais ações

julgadas pelos STF (29%) correspondem a mandados de segurança, arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), reclamações constitucionais e mandados de injunção.

Como base nesses dados, Andrea de Quadros Dantas (2020) optou por analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal relativas à conflitos entre o poder executivo dos estados e da união em ações civis ordinárias (ACO) ajuizadas entre a promulgação da constituição em 1988 e 31 de dezembro de 2020. O STF possui competência para avaliar tanto conflitos entre membros da administração indireta quanto conflitos diretos entre União e estados, entretanto, como nota a autora, o STF tem interpretação restritiva quanto a essas competências, ao entender que sua competência está adstrita àqueles casos em que há risco efetivo ao pacto federativo (DANTAS, 2020).

Como nota a autora, a maior parte dos casos decididos pelo STF (89%) envolvendo aquilo que o tribunal entende como conflito federativo direto em ações civis ordinárias se dá em matéria fiscal, em geral envolvendo questões quanto a descentralização de recursos. Nesses casos, o que se observa é um movimento centrífugo, com a vitória dos estados em 92% dos processos em que houve julgamento de mérito[144]. Por outro lado, no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, esse movimento de descentralização de recursos é contrabalançado por uma tendência a centralizar competências legislativas, seja ao alargar as competências legislativas da União seja ao reduzir a autonomia constituinte dos estados (DANTAS, 2020).

Essas conclusões podem ser conjugadas com as conclusões de outros estudos focados em controle concentrado de constitucionalidade. Vanessa Elias de Oliveira analisou um conjunto de 305 ações diretas de inconstitucionalidade impetradas entre 1988 e 2002. Destas, a maioria foi impetrada pela União buscando a declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais. Das ações com pedido de liminar, apenas 15,8% foram concedidas e 68,4% foram rejeitadas quando a parte requerente era um dos estados, mas 76,3% foram concedidas e apenas 22,6% foram rejeitas quando solicitadas pela União. No caso de ações com julgamento de mérito, nenhuma das ações impetradas pelos estados contra a União prosperou. A maior parte delas não foi sequer julgada (61,5%) e

[144] Essa tendência centralizadora do Supremo Tribunal Federal brasileiro parece ter timidamente se reduzido a partir de 2015, ainda que, não obstante, tenha ainda permaneça (DANTAS; PEDROSA; PEREIRA, 2020). Maués e Fadel também identificam uma mudança, ainda que bem sutil, no perfil centralizador do tribunal entre os anos de 2013 e 2017 (FADEL; MAUÉS: 2019).

as que foram acabaram indeferidas (38,5%). Por sua vez, 53,3 das ações da União contra os estados não foram julgadas, um número alto, mas ainda consideravelmente menor do que no caso das ações estaduais, ao passo que das julgadas, 22,5% prosperaram (OLIVEIRA, 2009)[145]. Dessa maneira, conclui, seria possível identificar um claro favorecimento da União em suas contendas com os estados da federação.

A postura centralista do STF também é identificada por Rodrigues, Lorenzini e Zimmerman. Neste caso, entretanto, ao invés de se dedicarem à pesquisa empírica quantitativa para fundamentar esta conclusão, os autores atem-se à análise de casos paradigmáticos do tribunal. Em todos os casos discutidos, o STF teria referendado a redução dos poderes dos estados e municípios, em favor da União, no plano da demarcação de terras indígenas e controle do território, na fixação de critérios de distribuição de recursos federais, na organização administrativa dos tribunais estaduais e na administração do processo eleitoral (RODRIGUES; LORENZINI; ZIMMERMAN: 2017).

Destoando destes trabalhos, Glezer, Barbosa e Cadedo (2021) criticam não só o diagnóstico da jurisprudência do STF como centralista, como a própria relevância do binômio centralização/descentralização para compreensão dos padrões decisórios deste tribunal. Os autores direcionam suas críticas a estudos quantitativos que analisam ações diretas de inconstitucionalidade nos quais são questionadas no STF leis federais ou estaduais, concluindo por uma tendência centralizadora ou descentralizadora do tribunal com base na procedência ou improcedência destas ações. O problema, argumentam os autores, se encontra no fato de que normas estaduais podem ser declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal por motivos não relacionados à intenção de dotar a união de mais competências. É o caso, por exemplo, das inconstitucionalidades resultantes de vícios no processo legislativo. Além disso, essa metodologia não capta casos de desconcentração resultantes da inconstitucionalidade de lei estadual que retira competências dos municípios e ignora eventuais alterações jurisprudenciais, como ocorre quando o tribunal dá uma decisão em um sentido, mas decide em sentido diverso quando

[145] Costa e Benvindo (2014), ao analisarem ADIs julgada entres 1988 e 2021, também chamam atenção para significativa taxa de procedência de ADIs contra leis estaduais quando comparada com ADIs questionando leis federais. As conclusões vão no mesmo sentido do estudo de Tomio, Robl Filho e Kanayama (2017) que encontraram uma taxa de sucesso de apenas 15% das ADIs interpostas por unidade subnacionais contra leis federais entre os anos de 1988 e 2006.

da análise do mérito. Uma análise precisa de conflito federativos deveria estar atenta não só aos interesses dos atores envolvidos como também à razões que justificam cada decisão.

Os autores chamam atenção para a grande variação em decisões a favor da união ou de entidades subnacionais de acordo com o tema do litígio. A explicação para essa discrepância estaria nas partes envolvidas na disputa. Em ações envolvendo conflitos federativos, os principais autores seriam governadores e entidades de classe. Curiosamente, na maior parte dos casos analisados em que governadores figuram como parte (78, 3%), o executivo estadual está defendendo a competência da união e atacando leis advindas do legislativo estadual, um aparente reflexo de disputas políticas locais. O verdadeiro conflito parece ser, portanto, não federativo, mas intraestadual. Do mesmo modo, quando associações de classe figuram como parte no litígio, estas estão defendendo também a competência da União na grande maioria dos casos (94%). Quando isto ocorre, a ação está defendendo interesses empresariais que estariam sendo prejudicados por regulações estaduais. Seriam, por isso, conflitos políticos locais ou econômicos que acabam sendo travestidos de conflitos federativos. Nessas circunstâncias, buscar uma "doutrina" centralizadora ou descentralizadora no STF seria inútil. As decisões em conflitos federativos seriam conjunturais e refletiriam a posição do tribunal as disputas reais em cada caso (GLEZER; BARBOZA; CADEDO, 2021).

Como veremos a seguir, se o STF realmente reforça a centralização brasileira, tradicionalmente colocando-se ao lado do governo federal em suas disputas por competências com estados e município, a postura desse mesmo tribunal ao longo da pandemia da COVID-19 pode parecer estranha. Mais do que isto, ela seria uma guinada radical na tendência centralizadora aponta pelos defensores desta tese. Se, por outro lado, o que parece um conflito federativo tem razões políticas mais profundas que não necessariamente envolvem preferências centralizadoras ou descentralizadoras, então a atuação do STF durante esse período é reflexo de seu posicionamento em um embate político mais amplo.

VI. II. IV. A COVID-19 NO STF

As primeiras disputas legais a chegarem no Supremo Tribunal Brasileiro se dão já em março de 2020. O Presidente Bolsonaro editou no dia 20 daquele mês uma Medida

Provisória alterando o conteúdo da lei nº 13.979/2020 de modo a enfatizar o carácter temporário e excecional das medidas de combate à COVID-19 por ela autorizadas. As principais mudanças trazidas pela Medida Provisória foram alterações no artigo 3º da lei, ressaltando que o exercício de poderes de polícia por ela autorizados apenas podem se dar no âmbito de competência de cada ente federativo e estabelecendo que não poderiam interferir com atividades definidas como essenciais pelo Presidente da República. Concomitantemente, editou decreto (Decreto nº 10.282, de março de 2020) no qual estabelecia quais serviços públicos e atividades seriam consideradas essenciais.

O PDT, Partido Democrático Trabalhista, de oposição ao governo Bolsonaro, entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6341/2020) com pedido de liminar alegando a inconstitucionalidade parcial da Medida Provisória. Na petição, o demandante afirma quês as normas editadas feriria de maneira desproporcional a competência dos estados-membros da federação e que padeceria de vício formal, uma vez que uma vez que referida matéria deveria ser objeto de lei complementar.

O Ministro Marco Aurélio Melo, relator da ação, entendeu que ainda que a alegação de vício formal não merecesse prosperar, seria pertinente reafirmar a competência concorrente entre estados, municípios e União em matéria de saúde pública. Por esse motivo, ainda que sem reconhecer violação à repartição de competências federativas pelas normas questionadas, concedeu a medida cautelar suspendendo as normas questionadas em 24 de março de 2020.

Em defesa das medidas provisórias, a Advocacia-Geral da União argumentou, em primeiro lugar, que seria competência da União editar normas gerais de saúde pública. Em segundo lugar, que não se poderia permitir que Estados e Municípios fechassem suas fronteiras, já que estariam invadindo competências que, por serem fundamentais ao interesse nacional, foram reservadas à União, tais quais serviços de navegação aérea, transporte ferroviário e aquaviário que transpõe os limites de Estados, assim como o transporte interestadual e internacional de passageiros (artigo 21, XII, alíneas c), d), e e), da constituição brasileira). Por fim, argumentava que a restrições a certos serviços deveriam ser pactuadas com a entidade responsável por sua regulação.

Em 15 de abril daquele ano, o julgamento do mérito da ação em plenário rejeitou a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados. Entretanto, isso não significou uma vitória do governo federal. O voto do Ministro Edson Fachin, seguido pela maioria do

tribunal, lembrou que não há hierarquia entre normas da união, estados e municípios. Lembrou também que cabe aos estados, distrito federal e municípios, tanto quanto à união, zelar pela saúde pública (art. 23, I, CRFB). Esse dever comum seria reforçado pelo artigo 198, inciso I, da constituição brasileira, quando estabelece a descentralização como diretriz do sistema único de saúde. Enfatizou também, que o art. 24, inciso XII da constituição brasileira estabelece competência concorrente entre união, estados e distrito federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde e que, no que tange ao regime de competências concorrentes, à união cabe apenas estabelecer uma lei geral, lei-quadro.

O ministro ressaltou que em termos de políticas de saúde pública, inclusive em casos de emergência sanitária, não pode o executivo agir de acordo com discricionariedade absoluta, devendo suas ações devem ser justificadas de acordo com diretivas claras e passíveis de escrutínio racional. Na medida em que caberia ao governo não apenas proteger a liberdade individual, mas coordenar ações na proteção de direitos fundamentais e interesses da coletiva, omissão do governo nessa seara não poderia ser justificada. E, na medida que o governo federal se omite, podem estados e municípios aturem para suprirem esta omissão de forma a garantirem o direito fundamental a saúde. Ao fazê-lo, estados, distrito federal e municípios estariam agindo como "laboratórios de democracia", na expressão do Juiz Brandeis, do Supremo Tribunal dos Estados-Unidos. Por esse motivo, entendeu o ministro, o STF deveria ser deferente às normas subnacionais na medida em que não houvesse conflito com legislação federal editada de maneira nítida e precisa.

O Ministro, entretanto, rejeitou a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados. Tanto a constituição quanto lei do sistema único de saúde (Lei nº 8-080/1990), que confere à união a prerrogativa de executar ações especiais de vigilância epidemiológica, respaldariam o poder do presidente de dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. Ao vedar a interrupção de serviços essenciais e ao conferir ao presidente o poder de estabelecer por decreto quais serviços qualificam-se como essenciais, a lei estaria fundamentada não apenas nas competências comuns e concorrentes previstas na constituição, mas também em competências privativas da união. Assim sendo, concluiu, deveria ser dada interpretação conforme à constituição ao dispositivo atacado de modo explicitar que, "preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição,

o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e as atividades essenciais".

Esta decisão estava em consonância com a decisão do Ministro Alexandre de Moraes no pedido de ação cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 672/DF, posteriormente referendada pelo plenário do STF. Nela, o Conselho Federal das Ordem dos Advogados do Brasil requeria a expedição de medida cautelar para determinar que o Presidente da República que se abstivesse de praticar atos contrários às políticas de isolamento social adotadas pelos Estados e Municípios, e para determinar a implementação de medidas econômicas de apoio aos setores vulneráveis. O Ministro Alexandre de Moraes, apesar de conceder apenas parcialmente a cautelar por reconhecer margem de discricionariedade do Presidente da República para execução de políticas públicas de proteção da população dos impactos da COVID-19 segundo seus juízos de conveniência e oportunidade, reforçou também o espaço de autonomia dos demais entes da federação para implantar medidas nesse sentido. Dessa maneira, negou o Ministro-relator ao executivo federal a competência para afastar unilateralmente as medidas dos entes subnacionais que, no exercício de suas competências constitucionais e no âmbito de seus respetivos territórios, impõe medidas restritivas, sejam elas a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas. Posteriormente, a cautelar veio a ser referendada pelo plenário do tribunal.

Após estas decisões do STF, o conflito entre governadores e o presidente recrudesceu. Desde que as primeiras medidas de combate à covid foram tomadas por autoridades estaduais e municipais, Bolsonaro não se furtou a criticá-las.[146] Um passo além foi dado quando em 19 de abril de 2020 o presidente brasileiro resolveu comparecer a uma manifestação em frente ao Quartel-General do Exército que atacava o STF, os presidentes da câmara dos deputados e do senado federal e pedia um golpe militar. Lá, Bolsonaro evitou se contrapor a retórica golpista e discursou com frases como "vocês têm obrigação de lutar pelo país de vocês" e "contem com o seu presidente para fazer tudo

[146] Estas medidas, apesar de constantemente referenciadas como "confinamentos", foram significativamente mais brandas do que as tomadas em outros países, inclusive Portugal. Apesar do comércio, serviços e certas áreas públicas, como parques e praias, terem sido fechados em alguns estados e municípios, não houve um dever de confinamento domiciliar imposto à população nem tampouco a fixação de toques de recolher. O confinamento foi, de maneira geral, voluntário.

aquilo que for necessário para que nós possamos manter nossa democracia e aquilo que há mais sagrado para nós, que é nossa liberdade”. Como resposta, já no dia 20 daquele mês, 20 dos 27 governadores do país resolveram divulgar uma carta em que defendiam as medidas de isolamento social e manifestavam apoio aos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado.

Esse foi o contexto por trás da (ACO) 3451, em que Estado do Maranhão entrou com ação no STF contra requisição do governo federal de materiais hospitalares. O governo estadual informou ter adquirido mais de sessenta e oito ventiladores pulmonares da empresa Intermed Equipamento Hospitalar Ltda. para equipar unidades de terapia intensiva, equipamento considerado imprescindível no tratamento de casos graves de Covid-19. Entretanto, a União interveio e requisitou compulsoriamente todos os ventiladores adquiridos pelo Estado, além de exigir todos os que seriam produzidos nos próximos 180 dias pela referida empresa.

O governo do Maranhão sustentou, então, que essa intervenção da União violaria a Constituição Federal, que proíbe a apropriação de ativos, pessoal administrativo e serviços de outra entidade (Artigos 1, 18, 25 e 30 da CRFB). Ademais, além do prejuízo causado à saúde e integridade dos cidadãos, essa ação geraria um desperdício de recursos, uma vez que unidades de terapia intensiva foram construídas com investimentos significativos e ficariam subutilizadas sem os ventiladores pulmonares necessários para o tratamento adequado.

Em decisão em carácter liminar dada em 20 de abril de 2020, o Relator do caso no STF, Ministro Celso de Mello, iniciou sua decisão abordando a jurisdição do Supremo Tribunal Federal para presidir e julgar a disputa federativa em questão. Ele enfatizou o dever do tribunal de intervir em casos de conflito federativo que comprometam o exercício dos poderes das entidades federativas. No caso em disputa, a falta de equipamentos essenciais para o tratamento de casos graves da Covid-19 em unidades de terapia intensiva do estado do Maranhão aumenta os riscos de morte, o que justifica a concessão de alívio provisório.

O Relator reiterou a importância do cumprimento da Constituição Federal na relação entre União, estados, Distrito Federal e municípios, a fim de garantir a autonomia institucional das entidades federais. Ele ressaltou que, exceto em casos de estado de defesa ou de sítio, a União não pode tomar propriedades privadas sem violar a

Constituição Federal. Além disso, o Relator enfatizou a necessidade de proteger os direitos fundamentais da pessoa, especialmente o direito à vida e à saúde.

Em razão da urgência e para garantir a proteção adequada à saúde dos residentes do estado do Maranhão, o Relator concedeu medida provisória de urgência e determinou que a empresa Intermed Equipamento Médico Hospitalar Ltda. entregasse em 48 horas ao Estado do Maranhão os 68 ventiladores adquiridos pelo estado, enfatizando ainda o dever de a União respeitar e garantir integralmente o direito à vida e à saúde dos cidadãos.

A decisão monocrática foi posteriormente confirmada pelo plenário do tribunal. Posteriormente, essa decisão veio a ser reiterada na (ACO) 3643 SP, na qual o tribunal julgou caso semelhante de conflito federativo surgido da requisição forçada de material hospitalar, desta vez envolvendo a União e o Estado de São Paulo.

Arbitrando mais uma disputa entre a União e os estados, em 25 de Maio de 2020, o STF julgou a ADI nº 6343/ 2020. O Partido Rede Sustentabilidade entrara com ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal questionando uma série de alterações à Lei nº 13.979/2020 trazidas por meio de medidas provisórias da presidência da república. Mais especificamente, atacava o inciso VI, alínea “b”, do artigo 3º, bem como seus parágrafos 1º, 6º e 7º, inciso II. O artigo 3º desta lei autorizava às autoridades a adotar restrições temporárias ao deslocamento intermunicipal e interestadual por meio de rodovias, portos e aeroportos de forma a conter a propagação do vírus da COVID-19. Entretanto, uma série de condicionantes a tais medidas eram imposta. Em primeiro lugar, a de que tais medidas estivessem balizadas em evidências científicas, segundo recomendação técnica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária brasileira (ANVISA), e que fossem usadas apenas na exata medida necessária para combater o vírus. A segunda, que os gestores locais responsáveis por as executar obtivessem autorização prévia do Ministério da Saúde. A terceira é a de que estivessem reguladas por ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura. Dessa maneira, sua adoção por autoridades estaduais e municipais estaria inteiramente dependente de autorizações concedidas pelo governo federal. Segundo a parte autora da ação, tais medidas interferiam nas competências dos municípios e, em especial, dos estados, para regular o transporte intermunicipal de passageiros.

O ministro Marco Aurélio, relator da ação, indeferira monocraticamente a medida cautelar que pedia a suspensão temporária dos dispositivos questionados. O

plenário do tribunal, porém, decidiu por maioria "*conceder parcialmente a cautelar para suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal*" e, ao mesmo tempo, conferir interpretação conforme à constituição aos dispositivos atacados no sentido de que "*as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa*".

O relaxamento das medidas de distanciamento social não foi, porém, um ponto final na batalha federativa. Pelo contrário, um novo capítulo se iniciava com a obtenção das primeiras doses das recém desenvolvidas vacinas contra COVID-19 no início de 2021. Naquele momento, o Instituto Butantã, entidade científica do governo do estado de São Paulo, havia desenvolvido uma vacina para a COVID-19 em parceria com o laboratório chinês Sinovac e buscava seu registro junto à agência de vigilância sanitária para que as primeiras doses pudessem, então, ser produzidas em larga escala e disponibilizadas à população. O presidente Bolsonaro, em outubro do ano anterior já havia recusado a compra da "vacina da China" e cerca de um mês depois, em novembro de 2020, chegou a comemorar a suspensão temporária dos testes em razão de suspeita de reação adversa em um dos pacientes que recebera o imunizante. Esta recusa foi vista à época como uma retaliação de Bolsonaro a João Dória, Governador de São Paulo, tido como um potencial adversário nas eleições presidenciais brasileiras de 2022.

Em fevereiro de 2021, o conselho federal da Ordem dos Advogados Brasileiros ingressou com uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 770 MC-REF / DF) com pedido de liminar contra atos e omissões do governo federal na divulgação de um cronograma de vacinas. No pedido, esta entidade solicitava (1) autorização para aquisição de vacinas não autorizadas ainda pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária brasileira, desde que autorizada por agência de regulação sanitária no exterior; (2) autorização para permitir que as vacinas já aprovadas por pelo menos uma das autoridades sanitárias elencadas na Lei 13.979/2020 fossem utilizadas no Brasil em caso de omissão da Anvisa em apreciar o pedido de registro da vacina em até 72h; (3) determinar que o Poder Executivo Federal pautasse os memorandos de entendimento relativos à aquisição de vacinas; e (4) determinar que os recursos provenientes de operações como a lava-jata fossem empregados no plano nacional de imunização.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação, mais uma vez reafirmou a competência concorrente de união, estados, distrito federal e municípios em questões de saúde pública e trouxe à baila os precedentes do STF nos conflitos federativos relativos à pandemia do COVI-19, para conceder aos pontos número 1 e 2 do pedido. Posteriormente, em 32 de fevereiro de 2021, o tribunal referendou a cautelar do Ministro Lewandowski.

VI. II. V. A PANDEMIA E O STF COMO GUARDIÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

Em geral, o fundamento destas decisões foi desenvolvido sem maiores aprofundamentos teóricos ou construções doutrinárias mais ambiciosas. O tribunal se limitou a citar os dispositivos legais e constitucionais que conferiam a todos os entes federativos comum concorrente para defesa e promoção da saúde pública, assim como competência legislativa concorrente para legislar sobre normas de proteção a saúde. Ao mesmo tempo, se manifestou de modo a reafirmar a gravidade da situação pandêmica e a consequente necessidade de união de forças para fazer frente a este desafio, para daí concluir que aos estados era conferido poder para tomar iniciativa em medidas de controle da pandemia, mesmo que em divergência com a posição do governo federal.

O fato do tribunal frequentemente ter se abstido de declarar a inconstitucionalidade das normas da União, não significa que tenha quedado inerte. Uma constante nestes julgamentos foi o uso da "interpretação conforme à constituição". Tradicionalmente, o recurso a esta técnica está associado a uma ideia de autocontenção. Um tribunal apenas poderia declarar uma norma como inconstitucional se nenhuma de suas interpretações possa ser reconciliada com a Constituição. Entretanto, como notam Diego Werneck Arguelhes e Rafael Bellem de Lima (2023), em seu desenvolvimento pelo STF, este aspeto de autorrestrição veio a ser perder. De seu primeiro uso, em 1987, até tempos recentes, teria havido uma mutação no modo como o tribunal entende esta técnica.

Inicialmente, ela era compreendida como um diretiva para que o tribunal escolhesse uma ou excluísse uma ou mais das possíveis interpretações de uma norma de modo a adequá-la à Constituição e evitar uma declaração de inconstitucionalidade. Era, portanto, método de interpretação restritivo imposto a juiz constitucional. Por isso, tinha

por aspeto central o fato de que não autorizava, e muito menos determinava, qualquer tipo de interpretação *contra legem*. Os limites da interpretação eram os limites colocados pelo texto.

À partir dos anos 1990 isso começa a mudar. Paulatinamente, a técnica passou a ser utilizada com os mais diversos objetivos: para criar exceções não previstas na regra questionada; para adicionar normas ao dispositivo legal e, assim, "dizer o que a norma deveria ter dito"; e para exercer força preemptiva sobre os outros poderes (ARGUELHES; LIMA, 2023). Nas decisões do STF durante a pandemia, alguns desses usos "heterodoxos" da interpretação conforme a constituição podem ser observados.

Na ADI 6341, por exemplo, o tribunal deu interpretação conforme à constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979 ("*O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º*") para explicitar que a atribuição do Presidente da República de dispor por decreto sobre serviços e atividades essenciais deve preservar a atribuição de cada esfera de governo. O texto legal em questão não é vago, tampouco ambíguo. O recurso aos métodos tradicionais de interpretação apontam sem dificuldade para um sentido único e consideravelmente claro. Não há, portanto, nessa decisão um confronto de diferentes interpretações igualmente plausíveis do dispositivo legal atacado com eventual seleção e imposição daquelas que melhor se coadunam com as normas constitucionais.

Ele simplesmente reafirmou, de maneira quase pedagógica[147], os termos da constituição e deixou claro que qualquer normativa infraconstitucional deve estar de acordo com eles. Como isso, demarcou uma linha para o futuro. Os futuros decretos presidenciais promulgados com interpretação desta norma não podem desconsiderar o papel reservado a estados e municípios pela Constituição. Aqui a interpretação conforme a constituição tem papel preemptivo.

Similarmente, na decisão da ADI 6343/2020, o plenário deu interpretação conforme à constituição a seu art. 3º, § 7º, II, que condicionava adoção de medidas de enfrentamento à COVID-19 ao anuência do Ministério da Saúde. Com isto, buscou afastar o sentido de "*qualquer condição que obste o respeito à diretriz constante do art. 198, I, da Constituição Federal que prevê que o Sistema Único de Saúde será descentralizado,*

[147] Em sua decisão quanto a medida cautelar, o relator afirma que a defere "para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente" (ADI 6341/2020).

com direção única em cada esfera de governo". Mais uma vez, o sentido do dispositivo não dava margens para maiores questionamentos. Ele era claro ao afirmar que as "*medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas elos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo*". Ao que parece, seu objetivo mais uma vez se voltava para o futuro, ao deixar claro à União e, em especial, ao Ministério da Saúde, que mesmo que mantida sua competência para autorizar ou não as medidas de combate à pandemia no âmbito de estados e municípios, esta deveria ser exercida tendo em mente o carácter descentralizado do Sistema de Saúde Pública brasileiro.

Ao mesmo tempo, adiciona novo condicionante às medidas elencadas na lei que não constavam do texto original. A decisão autoriza estados, municípios e o distrito federal a procederem com medidas sanitárias de "*isolamento; quarentena; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáveres*" desde que "*amparadas em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde*" A exigência de amparo em evidências científicas consta no art. 3º, § 1º, da lei, mas a menção à conformidade com as recomendações da Organização Mundial de Saúde não é mencionada no texto[148].

O manejo estratégico da interpretação conforme a constituição cumpre, assim, múltiplas função. Evita um confronto direto com o governo federal, reafirma uma margem relativamente ampla de atuação para estados, municípios e distrito federal na pandemia, e sinaliza que eventuais tentativas de centralização do enfrentamento à COVID-19 na União não serão tolerados. Ao mesmo tempo, fixa novas condições à ação das autoridades públicas não previstas nas leis analisadas.

O julgamentos de ADPFs pelo STF abre também espaço para uma atuação semelhante do tribunal. Como já visto, o objeto e a causa de pedir de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental são amplos. O art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99 fixa como seus objeto "*evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*". Com base nisso, o reclamante da ADPF 672/2020 solicitou ao STF agisse de maneira à determinar que o Presidente da República se abstivesse de praticar

[148] A única referência à Organização Mundial de Saúde ocorre no artigo 1º, § 3º, que vincula a duração da situação de emergência de saúde pública tratada na lei ao prazo declarado por instituição.

atos contrários às políticas de isolamento social de Estados e Municípios a ele impusesse um dever de implementar imediatamente medidas econômicas de apoio aos setores afetados. Não exigiu, portanto, a declaração de inconstitucionalidade de nenhum ato normativo em específico mas simplesmente a vedação de uma categoria geral de atos que poderiam vir a ser tomados e a imposição de uma obrigação de fazer, de modo a suprir uma omissão inconstitucional.

O pedido amplo deu ao tribunal oportunidade para tomar uma decisão igualmente ampla. Sem declarar a inconstitucionalidade de nenhum ato legal ou administrativo concreto da União, o tribunal usou mais uma vez a decisão para reafirmar a autonomia de estados municípios e distrito federal e determinar ao Poder Executivo Federal que respeitasse esta autonomia. Com isso, agiu de maneira semelhante a sua atuação quando dos julgamentos das ADIs: deu segurança a municípios, estados e governo federal para agirem no enfrentamento a COVID-19, impôs limites a ações futuras do governo federal e evitou um confronto direito com o Presidente brasileiro ao se abster de derrubar qualquer uma de suas medidas ou impor a ele obrigações concretas para suprir as omissões apontadas.

Neste ponto, cabe ressaltar, a atuação do STF e do TC parecem ter sido distintas na forma e no *timing*, mas na prática obtiveram resultados semelhantes. No caso do TC, suas intervenções ocorreram *ex post*, muitas vezes meses após a promulgação do ato normativo questionado. No caso do STF, ainda que o controle judicial por ele exercido possa formalmente ser caracterizado como repressivo, o efeito pretendido parece ter sido preventivo. Impôs limites possíveis violações concretas futuras. Na prática, porém, as decisões do TC e do STF parecem ter sido tomadas com um olho para futuro. Indicar ao executivo e ao legislativo, em suas futuras ações, aquilo deve ou não deve ser feito.

Essa diferença em parte pode ser atribuída a diferenças institucionais e processuais relativas ao procedimento de fiscalização de constitucionalidade de cada tribunal, mas parece também resultar da postura de cada uma destas instituições perante a ação de outros atores políticos, principalmente o poder executivo. No caso português, prevaleceu uma maior dose de consensualismo, com o maior alinhamento entre diferentes autoridades publicas. No caso brasileiro, por outro lado, as divergências entre União e entes subnacionais, assim como uma maior desconfiança entre STF e Governo Federal, explicam parcialmente a escolha por medidas preemptivas.

Em todos estes casos o STF reafirmou a competência legislativa de estados e municípios em contraposição a um agigantamento do poder da União. Ainda que seja um pouco cedo para afirmar um padrão duradouro, se, como apontam alguns dos estudos vistos anteriormente, este tribunal possui de fato uma tendência centralizadora, a jurisprudência construída ao longo da pandemia poderia ser vista como um ponto de inflexão. Entretanto, como notam Diego Werneck Arguelhes e Natália Pires Vasconcellos (2021), as decisões parecem ser uma resposta contingentes a desafios surgidos em um contexto muito específico[149]. De fato, a justificação das decisões deixa espaço para que se possa atribuir ao tribunal uma postura mais pragmática.

Esta possibilidade coloca então uma indagação aos caracterizam o STF como um tribunal centralista. Se, o STF agiu aqui de maneira pragmática aqui, por que não teria agido de maneira pragmática em outros julgamentos em que algum conflito federativo estava em jogo? Em linha com o argumento de Glezer, Barbosa e Cadedo (2021), é possível que contexto político e o resultado específicos almejado ditem as decisões do tribunal supremo muito mais do que visões particulares acerca da divisão de competências federativas, . Neste caso, a aparente tendência geral "pró-União" do STF poderia ser apenas o resultado de visões substantivas do tribunal quanto ao resultado concreto de julgamentos específicos. Sua atuação a favor de estados e municípios durante a pandemia não seria um rompimento com uma visão centralista da federação. Mas esse não rompimento não se daria em razão da excecionalidade desses julgados e sim porque essa visão centralista seria meramente ilusória[150].

No caso brasileiro, Glezer (2021b) nota que a dinâmica da relação entre a federação e estados em geral envolve uma tendência de oportunismos políticos concentradores ou evasivos por parte do governo central. Quando o oportunismo político é concentrador, a União busca capturar competências que antes pertenciam estados e municípios. O oportunismo evasivo, ao contrário, ocorre quando o executivo federal busca abdicar das competências legais. De maneira geral, nota Glezer, o sucesso do governo federal brasileiro em sua investida concentradora vai depender de uma ampla

[149] O carácter meramente conjuntural das decisões favoráveis a estados e municípios nas ações relacionadas à pandemia também é apontado por Andrea de Quadros Ramos, Maria Helena Martins Rocha Pedrosa e Alessandra Lopes Da Silva Pereira (2020).

[150] Se existe uma tendência observável do STF em decidir em favor da União em conflitos federativos, há, sim, um possível indício da existência dessa tendência centralista, mas apenas a análise do fundamento e do contexto dessas decisões seriam capaz de confirmar essa hipótese.

coalizão no congresso nacional e na criação de consensos políticos. Esses fatores se tornam especialmente necessários ante ao razoável grau de autonomia legislativa, financeira e administrativa/burocrática conferidos aos estados, municípios e distrito federal pela Constituição Federal. O governo Bolsonaro foi notadamente mal sucedido em seus esforços de criação e manutenção de coalizões e consensos políticos amplos. A omissão do governo federal, porém, deu a prefeitos e governadores ampla margem de atuação política e administrativa, em especial durante a crise da Covid-19.

Incapaz de implantar uma agenda calcada em sua crença de que a economia não poderia parar e a liberdade individual não poderia ser restringida em razão de uma pandemia, restou ao governo Bolsonaro renunciar a maiores responsabilidades na proteção da saúde pública. Quando isto aconteceu, coube ao STF, como protetor da constituição e árbitro da federação, garantir que ao menos aos estados, municípios e distrito federal fossem conferidos espaço legal e recursos materiais para agir. Isso, por sua vez, levou o governo federal a assumir um oportunismo evasivo. No discurso do governo federal, o Presidente Bolsonaro tinha suas ações tolhidas por governadores, congresso e STF. A responsabilidade pelos eventuais erros na condução do combate à pandemia, bem como pelas restrições impostas ao cidadão seriam de inteira responsabilidade destas instituições (GLEZER, 2021b). Dessa maneira, o presidente poderia colher os eventuais dividendos políticos que adviriam do controle da pandemia sem assumir o ônus de tomar medidas impopulares junto à população.

A atuação do STF foi, portanto, responsiva a um contexto político específico. Suas decisões, foram orientadas para as consequências almejadas: garantir que medidas de combate ao coronavírus, inclusive de distanciamento social, fossem implementadas por autoridades públicas, ainda que seus executares fossem estados e municípios e não governo federal. duas conclusões se impõem. Não é possível afirmar, portanto, que estes choques entre o governo federal, entes subnacionais e Supremo Tribunal Federal tenha de fato redesenhado de maneira duradora a distribuição de competências na federação[151].

[151] Não obstante o fato de que, em seus votos, alguns ministros parecessem acreditar no contrário. À título de ilustração, o Ministro Gilmar Mendes, ao votar na ADI 6341, afirma que "*neste momento, de maneira bastante salutar - vis a vis a República Velha -, estamos restaurando positivamente a política dos governadores*". A política dos governadores ao qual é feita referência foi a base do sistema político da Primeira República brasileira (1889-1930) que se caracterizava pela "*criação extralegal de um condomínio de oligarcas – os chefes estaduais – como corpo dotado de prerrogativa de definir a composição do Executivo e do Legislativo federais e do controle sobre a dinâmica legislativa*" (LESSA, 2015: 48).

Não só não é possível extrair das decisões deste tribunal normas jurídicas que mudem de maneira significativa o desenho institucional até então existente quanto a repartição de competências federativas, como sequer se pode afirmar que novas normas sociais informais tenham se consolidado também neste sentido. Não houve uma expansão dos poderes do tribunal por meio de suas interpretações e não houve uma mudança significativa na jurisprudência do tribunal quanto o desenho das competências federais. Suas decisões foram pontuais e nada garante que em contextos políticos diferentes o tribunal fosse decidir de maneira diversa.

Se, por exemplo, o governo federal estivesse genuinamente comprometido com o controle da situação epidemiológica, mas houvesse um conflito com algum dos estados quanto a qual política a ser implementada nessa tarefa, não é absurdo pensar que as decisões do STF contemplassem a posição do poder central, ainda que as medidas defendidas pelo governo estadual fossem igualmente razoáveis. No máximo poder-se-ia afirmar que houve a fixação de jurisprudência no sentido de que ante a omissão do governo federal, os estados têm o poder para agir no exercício de seu dever de zelar pela saúde pública. Não há, portanto, uma reconfiguração, nem mesmo tímida, do estado e da ordem política almejada em um jogo duro constitucional. Se a intensidade do controle do estado da ação presidencial aumentou durante a pandemia, isso se deve a sua atuação hesitante e a necessidade de manter um estado de constante crise com os demais poderes de modo a reforçar a imagem do herói que luta, às vezes inutilmente, contra interesses obscuros.

Por isso, mesmo que evitando um confronto direto com o Presidente da República, não é correto afirmar o STF tenha agido de maneira passiva. Ele buscou fazer frente a um poder que se aproveitou de uma situação de crise para redesenhar o federalismo brasileiro. Impediu que o governo federal, por meio de questionamentos legais a ações de estados e municípios e por um "infralegalismo autoritário"[152], suplantasse o federalismo cooperativo vigente no Brasil por sua visão particular de

[152] Segundo Vieira, Glezer e Barbosa (2022), "infralegalismo autoritário" seria um método de governo praticado pelo Presidente Bolsonaro que busca a implementação de sua agenda populista e autocrática "por meio da edição de decretos, nomeações e ações no âmbito administrativo, orçamentário e burocrático, amparadas por pressões parainstitucionais sobre agentes públicos e voltadas para a erosão ou neutralização de diversos direitos e valores estabelecidos pela Constituição de 1988". Talvez como reação a este movimento, o STF durante o governo Bolsonaro alterou seu entendimento até então consolidado de que normas infraconstitucionais não seriam passíveis de controlo de constitucionalidade, apenas de legalidade (SARMENTO, 2023).

federalismo. Conseguiu, sim, agir como freio substancial à ação do executivo cujas ações poderiam atacar as normas pré-constitucionais vigentes. Dessa maneira, teve papel importante em frenar uma reforma no panorama constitucional em uma situação de jogo duro constitucional.

Ainda que um schmittiano possa retrucar que o sucesso do judiciário se deveu mais à inabilidade do governo federal em organizar uma coalizão política capaz de sustentar suas posições, isso não tira a força dessa conclusão. O argumento de que o judiciário é incapaz de limitar a ação do executivo em emergências sem que haja algum tipo de suporte político e social para suas decisões é trivial. Nem mesmo um formalista radical defenderia o contrário. Se, porém, o argumento é tomado em sua forma mais extrema para indicar que o judiciário jamais quase nunca tem capacidade de exercer esse papel, então o caso brasileiro serve como um contraexemplo relevante.

A pergunta, então, a ser feita é: sem a ação do STF teria o governo sido capaz de sabotar iniciativas de governadores e prefeitos que objetivassem controlar a pandemia? A resposta é que muito provavelmente, sim. Por mais que Bolsonaro não fosse capaz de criar consensos e não tivesse uma coalizão estável para implantar sua agenda, possuía como presidente da república suficiente poder administrativo e normativo para fazer valer, ao menos em alguma medida, sua vontade. Se vitorioso, poderia ter reconfigurado o federalismo brasileiro para acomodá-lo à sua visão de federalismo e a seu modo governança populista.

Como os próprios schmittianos admitem, problemas de ação coletiva abundam no legislativo e nada garante que bancadas estaduais seriam capazes de impor limites ações do executivo. O Ministério Público Federal brasileiro, considerado um quarto poder da república (TUSHNET, 2021), por meio da atuação do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente deferente a ação do governo federal. A combinação de amplos poderes individuais de cautela dos ministros, somados a um certo consenso interno no tribunal quanto a quais medidas eram substancialmente mais adequadas para o combate ao vírus, ao amplo rol de legitimados para ingresso de ações de inconstitucionalidade e à atribuição do papel de árbitro federativo pela constituição brasileira, permitiu ao STF limitar o executivo federal de maneira efetiva e veloz.

Por sua vez, o STF foi auxiliado pelo fato do consenso formado internamente estar alinhado a certo consenso externo. As medidas defendidas pelo tribunal não apenas

iam ao encontro da posição dos entes subnacionais, como do congresso, de maneira geral, e de boa parte da opinião pública. Sobre o consenso a favor de uma ação mais ativa dos poderes públicos no combate ao vírus, uma ação que em certos casos poderia justificar restrições a direitos e liberdades individuais, construi-se uma ampla coalizão entre STF, congresso, entes subnacionais e sociedade civil. A crença schmittiana de que na exceção haveria uma tendência ao alinhamento automático entre executivo e opinião pública que deixaria impotente forças contrárias, aqui claramente não se sustentou.

A pandemia da COVID-19, envolveu uma situação em que o executivo foi chamado a tomar a frente no combate à uma ameaça que colocava em risco a vida e a saúde da população. No caso português, isso significou um reforço, ainda que temporário, em seus poderes e competências. A grande questão era, então, o que foi feito desses poderes e como o Tribunal Constitucional a eles reagiu. No caso, brasileiro, bem distinto, o presidente buscou se abster de tomar maiores ações de combate à crise. Mas sua ação negativa, também implicou uma ação positiva. Ele ativamente buscou enfraquecer outros membros da federação e reforçar seu poder de tomar decisões, ainda que sua decisão tenha sido não apenas por nada fazer, mas por garantir que nada seria feito.

Ante o jogo duro constitucional que opôs a União a estados, municípios e distrito federal, o STF se posicionou de forma a reafirmar o arranjo federativo até então existente. Valendo-se de um considerável grau de alinhamento político entre esses entes subnacionais, Congresso e opinião pública na pandemia, o tribunal impôs limites ao executivo federal sem, no entanto, entrar diretamente em conflito com este.

Na pandemia da COVID-19, a crise levou a um situação em que o que se colocava em que estão era o risco de empoderamento do executivo em detrimento do poder de estados, municípios e distrito federal. Algumas crises, porém, são crises do próprio executivo. Uma grave crise política pode levar ao avanço de outros poderes sobre o executivo. É o caso, como veremos no próximo capítulo, do *impeachment* da Presidente brasileira Dilma Rousseff. Aqui, é o legislativo que, percebendo o enfraquecimento do executivo, busca expandir seus poderes e ampliar seu papel no sistema político do país. O que se buscará agora entender, então, é como o STF brasileiro se posicionou ante as investidas desse legislativo mais ativo.

VI. II. VI. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Durante a crise Covid-19, o STF agiu como árbitro em um jogo duro constitucional entre a União, que buscava redesenhar o Federalismo brasileiro e os estados municípios e distrito federal que buscavam preservar competências. Apesar de alguns autores apontarem os julgados relativos esses confrontos como um momento de reversão do que seria uma tendência centralista do tribunal, as decisões em favor dos entes subnacionais não significa necessariamente uma mudança nesse padrão.

Na prática, o tribunal, valendo-se de uma estratégia de evitar o conflito direto com a União, apenas reafirmou as normas existente quanto a distribuição de competências federais e agiu para estabelecer limites à ação do governo federal, que aqui agia como um “empreendedor normativo”. Deve-se, porém, olhar com cuidado esses julgamentos se o que se busca é identificar um padrão geral de atuação do STF em disputas federativas. Há que se aventar a possibilidade, consideravelmente plausível, de as decisões favoráveis a estados, municípios e distrito federal tenham ocorrido porque o tribunal concordava com o mérito das decisões desses entes questionadas pela União. Caso as circunstâncias tivessem sido outras, o tribunal poderia ter abandonado a postura de “guardião” do modelo federal existente.

O fato do Executivo federal não ter prevalecido no confronto oferece um contraexemplo à tese de Schmitt. Entre os fatores que explicariam o resultado desta disputa estão o alto grau de consenso interno ao tribunal quanto às questões por ele analisadas, e o alinhamento desse consenso interno com um consenso externo existente entre entes subnacionais, Congresso e opinião pública.

VII. O IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF E "JOGO DURO CONSTITUCIONAL" NO BRASIL

Em 31 de agosto de 2016, menos de dois anos após ter sido reeleita para um segundo mandato, Dilma Rousseff foi afastada do cargo de Presidente da República brasileira. Seu longo e arrastado processo de *impeachment* durara meses. Ao final marcas e cicatrizes foram deixadas na política e na sociedade brasileira. Elas existem até hoje.

A situação não era exatamente nova. Desde a redemocratização, o Brasil já passara por outras graves crises políticas e tinha alguma experiência com processos de impeachment. Menos de 25 anos antes, em 1992, o Presidente Fernando Collor de Mello enfrentara um processo parecido e fora afastado. Primeiro presidente brasileiro eleito pelo voto popular desde 1960, o primeiro desde a redemocratização, Collor fora abatido por uma combinação de denúncias de favorecimento ilícito, baixíssimo apoio congressual, e uma crise inflacionária aguda combatida com medidas tão impopulares quanto ineficientes[153].

O *impeachment* de Collor inaugurou um ciclo de *impeachments* presidenciais na América Latina que, para alguns, parecia romper com o antigo ciclo golpe militares e revoluções que dominaram a região nas décadas anteriores (PÉREZ-LIÑÁN, 2007). À época o impedimento do presidente brasileiro foi saudado como um símbolo na nova república e da nova ordem constitucional que nascia com a Constituição de 1988. Movimentos sociais, estudantes, juristas e intelectuais juntaram-se a político dos mais variados matizes ideológicos para pôr fim a um governo corrupto e impopular. Tudo isso feito de acordo com a lei e com a constituição.

Essa reação não poderia ser mais distinta daquela que resultou do impeachment de Rousseff. Se o clima de união dera a tônica do processo de Collor de Mello, no de

[153] A mais polêmica de todas elas foi o súbito confisco da poupança de toda a população brasileira como modo de controlar a inflação ainda no início de seu mandato, em 1990. Com nota Sollum (2016), a crise econômica pode ter tido papel determinante na queda de Collor de Mello, mas outros fatores foram igualmente relevantes. Em especial, sua incapacidade de negociar com membros de congresso de forma a construir uma coalizão estável. Ao longo de seu mandato, Collor preferiu realizar negociações pontuais e manter constante pressão sobre os membros do congresso por meio de uma campanha constante com apelo direto à sociedade, naquilo que Lamounier chamou de "presidencialismo plebiscitário"(LAMOUNIER,1992). Nesse sentido, Collor guardava certa semelhança com o modo de governar de outros presidentes brasileiros que o antecederam, como Jânio Quadros, e que seriam eleitos posteriormente, como Jair Bolsonaro.

Rousseff a polarização imperou. As vozes que saudavam o impeachment de 1992 pelo seu legalismo agora já não eram tão uníssonas. Aqui e ali, acusações de golpe se faziam ouvir. Logo, o país estava dividido: de um lado, críticos do impeachment de Rousseff acusavam os partidários do impeachment de Rousseff de golpistas, do outro, os defensores do processo.

Como sempre, o que acontece na política tem impacto no que acontece na academia. Intelectuais e juristas passam a propalar novas categorias analíticas na tentativa de dar conta do que aconteceu no Brasil. O conceito de "golpe" sofre aquilo que Pérez-Liñán (2018) chamou de "alargamento conceitual", e passa a comportar novas qualificações. Para alguns, Rousseff teria sofrido um "golpe parlamentar" (SANTOS; GUARNIERI, 2016; SANTOS, 2017).

A pergunta que se coloca, então, é a seguinte: por que o tratamento conferido pela academia e pela opinião pública aos *impeachments* de Collor e Rousseff foram tão distintos? O rito do processo nos dois casos foi, como veremos mais à frente, praticamente o mesmo. O que mudou? A resposta que aqui se esboça, está relacionada ao conceito "jogo duro constitucional". O impeachment de Rousseff constitui um caso claro de "jogo duro constitucional", de um modo que o impeachment de *Collor* não foi. Para entender, portanto, a natureza do processo de impedimento da presidente brasileira, é preciso ir, portanto, um pouco além das normas formais que o regularam e adentrar o plano das expectativas, interesses e ações dos atores nele envolvidos. É o que agora se fará. Nessa análise, avisa-se de antemão, a atuação do Supremo Tribunal Federal, seja como árbitro seja como ator, assumirá papel central.

VII. I. O IMPEACHMENT DE DILMA ROUSSEFF: CONTEXTO HISTÓRICO E POLÍTICO

VII. I. I. ANTECEDENTES À CRISE DO IMPEACHMENT

A reeleição de Dilma Rousseff em 2014 não foi fácil. Após uma agressiva campanha na qual o Brasil parecia estar cindido ao meio, a candidata do Partido dos Trabalhadores (PT) conseguiu garantir seu segundo mandato. Desde a redemocratização, nunca uma eleição presidencial fora tão acirrada. Sua vitória sobre seu adversário, Aécio Neves, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), se

dera por uma pequena margem de menos de 4% dos votos. O fim do processo eleitoral, porém, não foi capaz de pôr fim à disputa política.

Apenas quatro dias após a eleição, o PSDB entrou com ação no Tribunal Superior Eleitoral questionando a lisura das eleições e a segurança das urnas eletrônicas nela utilizadas. O questionamento baseava-se em boatos de fraude eleitoral difundidos na internet. Como Aécio Neves liderou a votação por boa parte das apurações e a candidata do PT apenas conseguiu virar o jogo no final da apuração, toda a sorte de teorias conspiratórias proliferaram. Dada a falta de maior embasamento para a denúncia, é possível que o objetivo do PSDB fosse simplesmente manter seus eleitores mobilizados. Não obstante, o TSE aceitou receber a ação e proceder com apurações.

Em outra investida contra o governo, o PSDB, em Dezembro de 2014, entrou com ação no TSE pedindo a cassação do registro da chapa de Rousseff baseando-se em acusações de que a campanha do PT estaria se valendo de gráficas fantasma para lavar dinheiro proveniente de corrupção. Segundo depois se descobriu, o PSDB jamais alimentou grande esperanças quanto a procedência do pedido, mas pretendia com ele desgastar o governo até a próxima eleição presidencial, em 2018. Desse modo, a presidente brasileira iniciou seu mandato com a legitimidade de sua eleição questionada, um dos muito problemas enfrentados pelo novo governo já em seu início.

De fato, a situação para Rousseff não eram nem um pouco fácil. Eleita em 2010 como sucessora de Lula da Silva, um presidente muito popular, Rousseff viu sua taxa de aprovação despencar em 2013 em razão das grandes manifestações de rua acontecidas em todo país naquele ano. Ainda sim, foi capaz de conquistar sua reeleição. Entretanto, em 2015 a situação era ainda mais complicada do que em 2013.

O Brasil passava por uma grave crise econômica fruto de fatores internos e externos. No plano externo, o rápido crescimento chinês na década anterior garantira uma altíssima taxa de exportação no país e, com ela, a entrada de capital estrangeiro na primeira década do século XX. A valorização cambial aí gerada, por sua vez, foi fundamental para manter a inflação sob controle nos primeiros governo do PT concomitantemente ao aumento dos salários (CARVALHO, 2019). O "*boom* das *commodities*", porém, teve vida curta. Após 2011, o governo reorientou sua política econômica, reduzindo investimentos e focando no consumo interno. O *Federal Reserve Bank* norte-americano começou a reduzir medidas de estímulo anti cíclicas e a subir

juros. O resultado no Brasil foi a saída de capital do país, a restrição à liquidez e a queda na demanda externa, o que, por sua vez, derrubou a confiança de empresários e consumidores e, com ela, a demanda interna (SAFATLE, BORGES, OLIVEIRA: 2016) Como notam Campello e Zucco (2016), impactos na economia resultante de choques externos tendem a se refletir na aprovação popular de governos na excessivamente dependentes da exportação de *commodities*. O impacto negativo desses choques é atribuído ao governo mesmo naquelas situações em situações que fogem a seu controle. Nessas circunstâncias, alguma forma de sanção eleitoral ao governo Dilma parecia, então, inevitável.

Entretanto, a crise econômica também teve componente internos. A crise global de 2008 deu força àqueles que defendiam uma maior intervenção estatal na economia, ainda que apenas com instrumento para se evitar uma recessão. Ainda que no Brasil o impacto da crise de 2008 não tenha sido sentida de maneira tão intensa, os novos ventos globais deram força não só àqueles que defendiam uma verdadeira mudança de rumo na condução da economia do país. Ante o aumento da inflação, saída de capital estrangeiro e desaceleração da economia, o governo brasileiro passou a buscar o controle inflacionário via controle dos preços administrados, como o preço da gasolina produzida pela Petrobras, e tarifas de energia elétrica.

O modelo econômico que prevalecera nos anos anteriores, baseado na redução de desigualdades por meio de programa de transferência de renda e da valorização do salário mínimo, estímulo ao consumo interno e forte controle inflacionário por meio da manutenção de altas taxas de juros pelo Banco Central agora deveria ceder lugar a um novo desenvolvimentismo, uma "nova matriz econômica". Era aquilo que Laura Carvalho apelidou de "agenda FIESP", em alusão à política econômica propugnada pela Federação de Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), a mais poderosa e influente entidade de classe da indústria brasileira. O cerne dessa "nova matriz" estava na desvalorização cambial, em uma política de juros baixos, na contenção de gastos e investimentos públicos e em uma política de desonerações tributárias cada vez mais ampla, além da expansão do crédito do BNDES e o represamento das tarifas de energia (CARVALHO, 2019: 51). Quanto a esta última política, o governo optou por uma manobra arriscada. Os contratos com concessionárias de energia elétrica vigentes determinavam que o valor da tarifa cobrada do consumidos seriam o suficiente para cobrir a amortização de investimentos feito por estas em infraestrutura necessária para

produção e distribuição de energia. Quando renovados, tais contratos não trariam mais esses valores a serem amortizados. A tarifa de energia seria barateada. Ciente de que tais contratos terminariam em 2015, o governo propôs às concecionárias proceder com sua renovação já em 2012 e sem necessidade de licitação. O governo cobriria o valor das amortizações e as concessionárias, por sua vez, deveriam baixar o valor da tarifa cobrada dos consumidores. As tarifas de fato tornaram-se mais baratas, mas o governo aumentou ainda mais seu endividamento e houve acentuada queda no valor de mercado das empresas de energia elétrica (VILLAVERDE, 2016).

Os efeitos dessas políticas apenas foram sentidos de maneira mais intensa após a eleição. Já em 2015, bruscos reajustes de tarifa, em especial de energia, aumentaram ainda mais a inflação. Durante a campanha, Dilma Rousseff negou veementemente que a economia brasileira estivesse passando por qualquer dificuldade e acusou seus adversários de abraçarem políticas de austeridade. Reeleito, era o governo que tomava a dianteira na implantação de tais políticas. O Ministério da Fazenda brasileiro, com um economista liberal formado na Universidade de Chicago à frente, passou a defender uma série de medidas estruturantes com o fim de reduzir gastos, a reforma no sistema de previdência social sendo a mais polêmica delas.

As dificuldades no campo econômico criaram mais dificuldades para governo. Rousseff jamais fora um quadro orgânico do Partido dos Trabalhadores e, por isso mesmo, sempre foi vista por muitos de seus membros e dirigentes com certa desconfiança. Não obstante, em grande parte graças ao apoio do ex-presidente Lula da Silva, foi capaz de conseguir o necessário suporte e fidelidade do PT e de sua base aliada[154]. Não era pouco, considerando que o Partido dos Trabalhadores era o maior partido de massas no país. Esse apoio, porém, agora ameaçava esboroar-se ante as acusações de que Rousseff traía o próprio programa que defendera nas urnas. A aprovação de medidas de austeridades não poderiam ser facilmente aprovadas. Do outro lado, a oposição estava mais organizada e intransigente, em especial após 2013.

É difícil compreender o que acontecera no Brasil em junho de 2013. Um protesto aparentemente pequeno de grupos de esquerda contra o aumento dos preços de

[154] Em meados dos anos 2000, cerca de 30% dos eleitores do Brasil tinham identificação com o Partido dos Trabalhadores, um número muito maior ao de qualquer outro partido brasileiro (SAMUELS; ZUCCO, 2018: 6).

passagens de ônibus, seguidos de uma brutal reação policial, rapidamente inflamaram o país em uma onda de grandes manifestações que tomaram mais de 500 cidades. Em poucos dias, milhões de pessoas saíram às ruas. O grande número de manifestantes se refletia também no grande número de reivindicações. Era difícil encontrar uma causa comum que as unisse. Ainda sim, mesmo que de maneira difusa, a rejeição ao PT, à esquerda e à direita, perpassava esse mosaico de movimentos diversos e incongruentes (ALONSO, 2023).

Na oposição à direita, a mais organizada, as reivindicações se dividiam em diferentes frentes, nem todas necessariamente defendidas por todos os manifestantes: a redução do estado e melhoria dos serviços públicos; a moralização da política e a cruzada anticorrupção; a pauta de costumes e o combate a políticas identitárias; disputas de narrativa quanto a história do país, em especial a memória do regime autoritário que vigorou de 1964 à 1985; a rejeição a políticas redistributivas e assistencialistas que criavam uma massa de "desocupados" às custas dos "verdadeiros trabalhadores"; e a defesa de uma política linha dura de "lei e ordem", em "defesa da sociedade" e crítica a direitos humanos.

Na defesa destas causas, alguns grupos da sociedade civil se destacaram. Alguns deles formaram a base de movimentos de oposição ao governo de Dilma Rousseff. Anos depois, alguns deles abraçariam posteriormente a candidatura de um "*outsider*", Jair Bolsonaro, na esperança de botar abaixo o *status quo* e limpar o país da nódoa da corrupção. Naquele momento, porém, era a oposição capitaneada pelo PSDB que dava apoio institucional ao discurso anti-petista.

A oposição ao PT não era nova. Ela sempre existiu e ganhou tração ao longo dos três governos do partido, mas agora ela tinha um discurso próprio, símbolos, e se organizava em uma rede amplas de ativistas que a tornava sua oposição mais popular e, ao mesmo tempo, mais eficaz. Estes ativistas se organizavam em redes descentralizadas, sem o comando ou direção de qualquer partido político e unificavam-se ao redor de uma simbologia patriótica, do apelo a certo tradicionalismo histórico, um pouco na linha do que fazia o movimento "*tea party*" nos Estados Unidos, e de um discurso de moralidade pública e combate a corrupção (ALONSO, 2023).

Nesse contexto, a agressividade da campanha presidencial de 2014 e seu resultado apertado serviram como catalisador para uma intensa campanha de oposição

radical à Dilma Rousseff. Os partidos de oposição ao governo, sem controle das ruas, em parte na tentativa de desgastar o PT visando a eleição de 2018, mas em boa parte cedendo aos apelos radicais vindo das ruas, optaram por uma oposição mais radical do que a até então praticada, não só questionando a lisura das eleições, como atacando até mesmo propostas do governo alinhadas com suas bandeiras históricas, como o controle de gastos e a responsabilidade fiscal[155].

Entre membros do PT e seus opositores existia uma miríade de partidos e representantes eleitos que formavam a maior parte do congresso. Muito deles integravam a base de apoio do governo no congresso brasileiro, mas essa aliança sempre fora vista como de ocasião. O vice-presidente na chapa de Dilma Rousseff era Michel Temer, um importante líder do PMDB. De perfil conservador e típico representante do bacharelismo que caracterizava as antigas elites políticas brasileiras, Temer não tinha grande alinhamento com o PT e seu programa. Entretanto, era um político experiente, ex-presidente da Câmara dos Deputados, e um influente quadro em um dos maiores partidos do país. Em tese, sua presença na chapa era a garantia de governabilidade. Não foi bem isso que aconteceu.

VII. I. II. PRESIDENCIALISMO E GOVERNABILIDADE NO BRASIL PÓS-1988

Contruir e garantir a governabilidade no Brasil não é tarefa fácil, mas, salvo o breve governo de Collor de Mello, os diferentes presidentes que se sucederam desde à redemocratização do país foram relativamente bem sucedidos em fazê-lo. O sistema político brasileiro se organiza na forma daquilo que Sérgio Abranches chamou de "presidencialismo de coalizão", nascido da combinação de um sistema de voto proporcional com um "presidencialismo imperial" em um país com população altamente heterogênea. A ampla fragmentação partidária resultante exigiria do chefe do executivo a tarefa de montar amplas coalizações interpartidárias, em um modelo mais próximo ao de alguns sistemas parlamentaristas (ABRANCHES, 1988). De fato, quando do

[155] Como reação ao PT e ao "petismo", um forte sentimento "anti-petista" se formou, mas este jamais implicou em um sentimento de identificação com o PSDB, partido que durante décadas representou a oposição ao Partido dos Trabalhadores (SAMUELS, ZUCCO, 2018). Os valores e interesses desses dois grupos não necessariamente se sobrepunham. Entretanto, o PSDB, até seu declínio à partir de 2015, foi a principal força eleitoral ao redor da qual gravitaram os grupos hostis ao PT.

impeachment de Dilma Rousseff, em 2016, o Brasil possuía um número de 35 partidos, 27 deles com representação no congresso brasileiro[156].

Para seus críticos, para além das dificuldades típicas de regimes presidencialistas, como sua grande rigidez, dificuldades de continuidade temporal, seu carácter plebiscitário e o fato de legislativo e executivo possuírem origens distintas e subsistirem independentemente um do outro (LINZ, 1990), o modelo brasileiro estaria sujeito a uma série de problemas relativos à manutenção dessas amplas coalizões fracionadas. Se, por um lado, o presidente estaria menos refém de partidos ou forças específicas, o potencial de conflito entre partidos às vezes muito distantes ideologicamente na coalizão e a dificuldade de harmonizar tantas demandas conflitantes exigiriam só chefe do executivo grande capacidade de gestão de coalizão (ABRANCHES, 1988: 27-29).

Abranches, ao cunhar o conceito de "presidencialismo de coalizão" em 1988, escrevia tendo em mente o regime que vigorara no Brasil no breve interregno democrático de 1946 à 1964. O regime político brasileiro de então era marcado por sucessivas crises resultantes de, entre outros fatores, a escassez de poderes presidenciais. Essa fraqueza presidencial leva à momentos de impasse e paralisia que não se repetiram no regime brasileiro pós-1988. Na atual república brasileira, o Presidente possui ferramentas que lhe permitem traçar estratégias para formar e manter coalizões relativamente estáveis e, assim, garantir sua governabilidade. A constituição brasileira de 1988 confere ao chefe do executivo brasileiro grandes poderes normativos e de iniciativa legislativa ao presidente. Ele possui iniciativa de lei em matérias tributárias, orçamentárias e relativas à organização administrativa da União (art.º. 61, § 1º, da CRFB), e a Constituição veda, por sua vez, a apresentação de projetos de lei que impliquem em criação de despesa não prevista em leis de iniciativa do executivo (art.º. 63, I). Além disso, o Presidente da República pode unilateralmente solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. Se estes projetos, não forem votados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal em até 45 dias respetivamente, a pauta de

[156] Em anos recentes, esse número vem em processo de queda, como resultado da introdução de uma "cláusula de desempenho" pela Emenda Constitucional 97/2017. Esse dispositivo condiciona o acesso de partidos políticos a fundos públicos de assistência financeira e à propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão à obtenção de um desempenho eleitoral mínimo. Com isso, não apenas a criação de novos partidos é desestimulada, como também partidos pequenos se viram forçados a se fundir com outros partidos para garantir sua sobrevivência.

votação nessas casas legislativas é trancada até que estes projetos de lei sejam apreciados (artº. 64, §1º e ss., CRFB).

O presidente brasileiro conta ainda com um importante instrumento de governabilidade criado pela constituição de 1988: as medidas provisórias. Preenchidos os requisitos de urgência e relevância, o presidente brasileiro pode editar medidas provisória para regular com força de lei uma série de matérias. Se essas medidas não forem prorrogadas no prazo de 60 dias, prorrogáveis por outros 60, cessam seus efeitos (artº. 62, §1º e ss., CRFB). Na teoria, pode o congresso, ao apreciar tais medidas, convertê-las ou não em lei. Na prática, porém, a simples inovação legislativa e a modificação por ela introduzida, ainda que temporária, torna difícil um retorno a um estado de coisas anterior à promulgação da medida. Estes mecanismos conferem ao presidente brasileiro amplos poderes de agenda, permitindo-lhe ditar não apenas o que é discutido no legislativo, mas também quando é discutido (LIMONGI, FIGUEIREDO, 2001: 26).

A governabilidade seria também auxiliada pelo grau relativamente alto de coesão partidária. Na maior parte dos casos, deputados em partidos da base do presidente seguem a orientação de seus líderes (LIMONGI, FIGUEIREDO, 2001; LIMONGI, FIGUEIREDO, 2017; LIMONGI, 2006: 24)[157]. As normas internas do congresso nacional favorecem a disciplina partidária e desestimulam a atuação parlamentar independente ao adotar como princípio organizativo a proporcionalidade partidária. Segundo essa lógica, os cargos na mesa diretora das casas legislativas são distribuídos de acordo com a força de cada bancada partidária e sua presidência compete ao partido maioritário. Cabe a essa mesa diretora e principalmente ao seu líder dirigir os trabalhos legislativos e tomar decisões internas. A distribuição proporcional também dita a composição das comissões técnicas e cabe aos líderes partidários indicarem parlamentares para ocupar essas posições. Esses líderes também representam suas bancadas e são responsáveis por anunciar sua posição oficial com relação aos projetos de lei votados. Adicionalmente, ao colégio de líderes e o presidente da mesa diretora cabe a tarefa de definir as pautas do dia (LIMONGI, FIGUEIREDO, 2001: 29).

[157] Em sentido diverso, ver Ames, 2003.

Os líderes partidários no colégio de líderes também tem o poder de votar requerimentos de urgência que retiram projetos de discussões no âmbito de comissões e o enviam diretamente para votação simbólica em plenário[158]. Essa votação simbólica é a regra em projetos de lei ordinária, e se dá pela contagem de deputados que permanecem em pé ou sentados durante a votação. O resultado dessa votação simbólica pode ser contestado e uma votação nominal requerida, caso em que cada parlamentar deve apresentar seu voto individualmente. Esse requerimento demanda o apoio de 6% dos parlamentares ou de líderes que representem esse número. Dada a dificuldade de se obter o voto de 6% de parlamentares, são na prática os líderes partidários os responsáveis por apresentar requerimentos de votação nominal (LIMONGI, FIGUEIREDO, 2001: 30)[159]. Assim, a união do princípio da representação proporcional das bancadas com grandes poderes concedidos a líderes partidários faz com que as normas de organização interna do congresso nacional favoreçam a atuação partidária e desestimulem a atuação individual, o que, por sua vez, traz previsibilidade ao trabalho legislativo e facilita a negociação de apoios por parte do Executivo.

Além de poder de agenda, a caixa de ferramentas do legislativa é rica em instrumentos que podem ser oferecidos como moeda de troca no mercado de apoio político. Em primeiro lugar, recursos, em especial emendas ao orçamento da União. Apesar do executivo brasileiro possuir competência exclusiva para apresentar projeto de lei orçamentária. Entretanto, parlamentares podem apresentar emendas a esse projeto. Estas emendas podem ser individuais, coletivas, ou seja, apresentadas por bancadas estaduais ou membros de comissões do Congresso, ou emendas do relator. Emendas individuais são concedidas em igual valor e quantidade para todos os parlamentares, garantindo que nenhum deles seja privilegiado ou prejudicado. A distribuição de recursos é uniforme. Por outro lado, a execução dessas emendas não é obrigatória,

---

[158] O requerimento de urgência, além de reduzirem o papel individual de parlamentares em comissões, também limitam os poderes individuais dos parlamentares apresentarem emendas a projetos de lei, uma vez que, para que sejam válidas, tais emendas devem ser apresentada por uma das comissões permanentes, ser subscrita por 20% dos membros da casa legislativa, ou ser subscrita por líder partidário que represente essa percentagem de deputados (LIMONGI, FIGUEIREDO, 2001).

[159] Como chama atenção Limongi e Figueiredo (2001: 30), "Para impedir que votações nominais sejam usadas por minorias com vistas à obstrução dos trabalhos, os RIs de ambas as casas preveem que entre uma e outra votação nominal deve haver um prazo de uma hora". Assim, "é raro haver tempo para votar nominalmente o projeto e
uma das emendas destacadas. (…) Logo, os líderes partidários decidem quando é oportuno forçar uma votação nominal e, como seria de se esperar, usam esse recurso d maneira estratégica".

cabendo ao executivo decidir sobre essa questão de acordo com sua própria conveniência. Presidentes tendem, assim, a privilegiar a execução de emendas orçamentárias de parlamentares de partidos de sua base aliada (MELO; PEREIRA, 2013: 61; PEREIRA; MUELLER, 2002; Figueiredo; Limongi, 2005)[160]. Se a execução de suas emendas implica na aplicação de recursos do governo federal em obras e políticas que beneficiam potenciais eleitores, e se esse benefício tende a se refletir em votos, legisladores, como consequência, têm um forte estímulo para se juntarem à coalizão governamental. Mesmo, porém, abandonada a premissa de que o maior interesse de um parlamentar reside em sua reeleição, o estímulo permanece. Parlamentares cujo interesse principal é promover políticas públicas contam com mais recursos do governo se fazem parte da base aliada do governo[161].

Em segundo lugar, estão os cargos, sendo os ministérios os mais cobiçados dentre estes. Assumir um ministério no governo implica em diversas vantagens políticas. Em primeiro lugar, coloca seu ocupante em posição de destaque na política nacional. Demonstra prestígio do ministro e de seu partido junto ao presidente e traz visibilidade junto ao eleitorado. Ministérios também permitem que políticos e partidos possam levar à cabo projetos de seu interesse. É colocar em prática políticas caras ao ocupante do cargo e a seu partido. Talvez até mais importante, porém, é o fato de que ministérios se traduzem em recursos. Via de regra, eles atuam na elaboração do projeto de lei orçamentária e, nesta função, podem privilegiar projetos de aliados. Ministérios decidem igualmente quanto à execução de emendas orçamentárias. Dada, como visto, a discricionariedade destas decisões, ministros podem escolher quais parlamentares serão favorecidos. De maneira mais óbvia, ministros são cogestores junto com o presidente do orçamento federal. Eles possuem uma boa dose de autonomia para decidir onde alocar recursos discricionários de suas pastas. Em geral, essa alocação obedece a critérios partidários. Ao comandar ministérios, partidos "adquirem informações sobre

[160] Para Pereira e Melo (2013: 61), o executivo tende a "premiar" parlamentares individuais através da liberação de emendas e "punir" parlamentares individuais que votam contra o governo com a não execução de emendas. Para Figueiredo e Limongi (2005), porém, essa execução de emendas obedece a uma lógica mais partidária que individual, ou seja, presidentes privilegiam a execução de emendas de parlamentares de partidos aliados em prejuízo de parlamentares de partidos que não integram sua coalizão.

[161] Ao emendar o orçamento, parlamentares funcionam como parceiros do governo. Em razões de limitações formais ao poder de emenda, como a impossibilidade de criação de emenda fora das áreas temática já estabelecidas no orçamento, e informais, como falta de expertise, as demandas de legisladores tem de se adaptar ao orçamento e às políticas do executivo. Este, por sua vez, privilegia emendas parlamentares que se amoldem a seus próprios projetos (FIGUEIREDO, LIMONGI, 2008).

os investimentos de suas pastas; prefeitos correligionários demandam mais recursos dessas pastas e, pela conexão partidária entre níveis de governo que facilita a comunicação, obtém mais deles" (MEIRELES, 2023: 10).

Esses dois mecanismos, cargos no governo e distribuição de recursos através da execução de emendas orçamentárias, funcionam de maneira complementar ou substitutiva. Partidos que não sejam beneficiados com cargos na estrutura federal ou que recebam cargos de menor importância ou que comandem administrem menos recursos podem ser compensados com uma maior distribuição de recursos por meio de emendas orçamentárias. Gabinetes ministeriais mais amplos e com um distribuição mais proporcional ao peso de cada partido no congresso são menos dependentes de distribuição de recursos para manter a fidelidade de sua coalizão. Por sua vez, governos gabinetes menores ou mais concentrados em pouco partidos precisam se apoiar mais na distribuição de recursos orçamentários (RAILE; PEREIRA; POWER, 2011: 8).

VII. I. III. IMPEACHMENT E A CRISE DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Dilma Rousseff iniciou seu segundo mandato com todas estas ferramentas de gestão de coalizão à sua disposição. Mais do que isso, foi eleita com base em uma ampla e ideologicamente heterogênea coalizão de partidos. Em tese, possuí condições ideais para governar sem maiores problemas.

O tamanho da coalizão, porém, não é tudo. Quanto mais partidos, mais atores com poder de veto dentro de seu bloco partidário. Além disso, a heterogeneidade, por si só, já traz dificuldades para a gerência de coalizão, principalmente quando dela fazem parte partidos tão distantes de si ideologicamente. É difícil se equilibrar entre posições tão divergentes e achar um ponto médio entre as preferências de seus aliados (AMORIM NETO, 2000; MELO;PEREIRA, 2013).

Rousseff, entretanto, criou ainda mais dificuldades para si ao decidir centralizar a maior parte de seus ministérios, principalmente os ligados à articulação política e atividades gerenciais, a políticos menos importantes do partido dos trabalhadores, porém de sua confiança. Essa divisão do poder não melhorou sua relação com o Congresso brasileiro, que antes mesmo de sua reeleição já dava sinais de desgaste. Vista como centralizadora, mais "técnica" do que "política", avessa a compromissos e negociações, a presidente brasileira jamais cultivara relação próxima com a elite do

legislativo brasileiro. Ainda sim, durante a maioria de seu mandato não teve de lidar com maiores desafios vindos do legislativo. A situação começa a se alterar em 2014. Nesse ano, a taxa de aprovação das medidas provisórias editadas pelo executivo cai a quase 50% e a taxa de sucesso de seu projetos de lei fica em 17%, valor extremamente baixo para o padrão dos presidentes brasileiros. Uma explicação plausível para isto estava na surgimento da câmara de uma nova liderança abertamente hostil ao governo (SANTOS; GUARNIERI, 2016: 490).

O deputado Eduardo Cunha construíra uma longa carreira na política com a fama de honrar seus compromissos e de sempre conseguir o que quer. Como deputado, arregimentou a seu redor políticos ligados ao segmento religioso e evangélico atraídos por pautas conservadores por ele defendidas e deputados de ideologia não muito clara, mas interessados em sua capacidade implacável de impor sua vontade, custe o que custar. Cunha tornou-se, então, uma espécie de "líder sindical" na câmara dos deputados. Apesar de ser do mesmo partido do Vice-presidente, pressionava constantemente o executivo para obter benefícios para si e seus aliados políticos. Com a bandeira da "defesa das prerrogativas do parlamento" contra um executivo imperial, Cunha se lançou à Presidência da Câmara dos Deputados em 2015. Apesar de advertido de que sua vitória era certa, o governo decidiu lançar um candidato próprio à disputa. Como esperado, a vitória de Cunha foi fácil e o governo se afastou ainda mais das lideranças naquela casa legislativa. Com Cunha no comando da casa, a agenda legislativa do governo foi paralisada e a pauta do congresso foi ocupada por medidas de apelo entre setores conservadores, como a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, e por tentativas de diminuir os poderes do executivo. Duas delas merecem nota[162].

A primeira, popularmente chamada de "PEC da bengala", converteu-se na emenda constitucional nº 88/15, que aumentava a idade de aposentadoria compulsória de ministros do STF de 70 para 75 anos. Dois dos ministros do STF, Celso de Melo e Marco Aurélio Mello, completariam 70 anos durante o segundo mandato de Dilma Rousseff, o que a daria a chance de indicar mais dois ministros ao tribunal. Ao aumentar em cinco anos a idade de aposentadoria, a sucessão apenas ocorreria no mandato de um

[162] Talvez a mais drástica destas tentativas legislativas patrocinadas por Eduardo Cunha de reduzir os poderes do executivo não chegou a ser concretizada. Sob a alegação de buscar uma saída para a paralisia do governo de Rousseff, Cunha chegou a começar um articulação em 2015 pela adoção de um regime parlamentarista no Brasil.

novo presidente. Não era claro quem seria esse novo presidente, mas já havia a perceção de que provavelmente não seria um candidato do Partido dos Trabalhadores.

A segunda mudança foi a aprovação, ainda em fevereiro de 2015, da PEC n° 358/2013, a chamada PEC do "orçamento impositivo". A mudança por ela introduzida torna obrigatória a execução de emendas individuais de parlamentares pelo executivo. Como visto, a discricionariedade do executivo na execução ou não destas emendas configurava ferramenta relevante para formação de coalizão. Sem ela, perdia o executivo um pouco de seu poder de barganha em suas negociações com o Congresso precisamente em um momento em que a Câmara dos Deputados aprovava medidas que sabotavam tentativas de ajuste fiscal pelo governo, as chamadas "pautas-bomba". Para piorar a situação, devido ao pouco espaço fiscal do governo, esse engessamento do orçamento federal levava a uma agudização de disputas distributivas[163].

Não é possível entender completamente a deterioração das relações executivo-legislativo no segundo governo Rousseff sem que um novo elemento seja adicionado à nossa análise: a "Operação Lava Jato". A Operação Lava Jato começou de maneira relativamente prosaica em 2013, com a prisão de um "doleiro"[164], Alberto Youssef, envolvido em um grande esquema de embranquecimento de capitais. Com o tempo, as investigações descortinaram um imenso esquema de corrupção que ia além das fronteiras brasileiras e envolvia políticos de praticamente todos os partidos políticos no país. Empreiteiras buscavam criar uma relação de confiança com políticos "parceiros" através de vultosas contribuições para suas campanhas eleitorais, a maior parte delas fora dos registros oficiais e não declaradas à justiça eleitoral, o chamado "caixa 2". Em alguns casos, esse dinheiro era fruto de corrupção[165]. Por sua vez, agentes-chave, "operadores" de partidos políticos, eram alçados a altos cargos em empresas públicas brasileiras, em especial a Petrobras, grande estatal de petróleo do país. Esses "operadores" eram os responsáveis por recolher propina em obras superfaturadas

[163] Estas disputas, note-se, já configuravam problema de difícil solução antes mesmo da adoção do "orçamento impositivo", principalmente devido à rigidez orçamentária brasileira. Como lembra Amorim Neto (2016: 46), em 2015, cerca de 77% das despesas no orçamento brasileira eram obrigatórias, ou seja, estavam necessariamente atreladas à execução com gastos específicos legal ou contratualmente pré-estabelecidos.

[164] No Brasil, o termo "doleiro" refere-se a indivíduos que compram e vendem dólares no mercado negro.

[165] Essas doações não obedeciam à critério ideológico e era comum candidatos adversário receberem recursos dos mesmo doadores. Na prática, as doações era vistas por estas empresas mais como investimento do que manifestação de apoio político. A opção por receber como "caixa 2" era um modo de mantê-las fora da vista dos eleitores e da imprensa (CARAZZA, 2016).

obtidas por um grupo de construtoras. Essas propinas eram, então, transmitidas a seus partidos e políticos “patrocinadores” .

Em 2014, foi criada um força-tarefa para investigar este esquema de corrupção. Como seu início se deu no sul do Brasil, no estado do Paraná, foi nesse estado que se concentrou boa parte do trabalho investigativo e onde boa parte dos processos resultantes foram aí julgados.

Mais do que uma força-tarefa de investigação, a Lava Jato atuava como um movimento com pretensões políticas. As autoridades que a conduziam engajavam-se em campanhas públicas pela moralização pública, como a que ficou conhecida como “dez medidas contra corrupção”, que visava pressionar o congresso para a aprovação de reformas institucionais e processuais que supostamente levariam ao fim da impunidade no país. Duas figuras logo se destacaram em sua liderança, o procurador Deltan Dallagnol, que comandava a força-tarefa, e do juiz Sérgio Moro, responsável pela 13ª Vara de Curitiba (SOUZA NETO, 2020: 77). Ambos, apesar de relativamente jovens, conheciam e tinham experiências com outras grandes operações contra a corrupção no passado que terminaram por ser anuladas. Talvez por isso, tinham a crença que para vencer o poder político e econômico das empreiteiras, era necessário também vencer a batalha de narrativas. Nessa tarefa, a imprensa era indispensável.

De fato, durante anos, a Lava Jato dominou os noticiários no Brasil. Semanalmente, informações em delações premiadas eram vazadas para jornalistas, grandes operações policiais eram realizadas com estardalhaço, notícias de possíveis novos investigados surgiam. Essas delações premiadas eram institutos relativamente novos no processo penal brasileiro.

Introduzidas pela Lei nº. 12.850/2013, no bojo de um pacote de medidas do governo Dilma com vistas a dar uma resposta às manifestações de 2013, essas delações são um acordo entre investigados e o Estado, no qual os primeiros se comprometem a oferecer evidências contundentes de crimes já cometidos quanto a sua autoria em troca de benefícios que vão da redução de sua pena ao perdão judicial. Para os críticos da operação, o uso indiscriminado de prisões preventivas e a longa duração destas eram algumas das táticas da justiça e dos procuradores para forçar estes indivíduos a aceitarem esses acordos.

Em 2015, já havia inúmeros casos de suspeitos denunciados, delações sendo formalizadas, e inúmeras investigações ocorrendo em paralelo. Boa parte do "*establishment*" político brasileiro, no congresso e no governo, temia o desenrolar da Lava Jato. Naquele momento, a postura defensiva parecia a melhor estratégia. A rejeição às medidas de austeridade do governo pelo congresso pode, ao menos em parte, ser interpretadas como fruto do receio de seus membros de mostrar apoio a pautas extremamente impopulares em um momento em que a opinião pública se voltava contra a classe política (AMORIM NETO, 2016: 48).

Abraçar bandeiras mais "ideológicas" ou um moralismo oportunista foi também uma saída para alguns parlamentares, que confiavam para isso na seletividade dos movimentos anticorrupção. Em maio de 2015, Eduardo Cunha, ele mesmo implicado em diversas denúncias de corrupção surgidas no bojo da Lava Jato, recebeu, na condição de Presidente da Câmara dos Deputados, líderes de um dos maiores destes movimentos, o Movimento Brasil Livre, que a ele entregaram um pedido de *impeachment* da Presidente da República. Buscar a popularidade junto a opinião pública era, portanto, tábua de salvação para muitos dos políticos ameaçados.

Se em publico a postura defensiva era a melhor opção, nos bastidores da política, o ataque era preferível. Havia uma imensa pressão política, inclusive vinda de dentro do Partido dos Trabalhadores, para que Dilma Rousseff tomasse as rédeas da Lava Jato. O Ministro da Justiça, afinal, tinha poder para demitir *ad nutum* o chefe da Polícia Federal, que levava à cabo as investigações. O mandato do Procurador-Geral da República terminaria em agosto de 2015. Apesar de durante os governos do PT ter se esboçado a consolidação de uma convenção constitucional de que o Presidente da República deveria indicar para este cargo o candidato mais votado em uma lista tríplice encaminhada pela Associação de Procuradores da República, não havia nenhuma regra formal que o obrigasse a isso. Findo o mandato do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, um defensor da operação, poderia o governo indicar um procurador mais crítico a esta.

Rousseff, no entanto, parecia simpática à causa da Lava Jato. Evitava em ela interferir. Em parte, por estilo pessoal, em parte, por estratégia, a presidente brasileira desde o início de seu segundo mandato levantou a bandeira do combate à corrupção. Parte da antipatia adquirida entre a classe política brasileira era fruto de sua opção de colocar em cargos-chave em estatais e autarquias federais pessoas de sua confiança, em

detrimento de "operadores" de outros partidos. A presidente brasileira era vista como conivente ou fraca demais para domar a Lava Jato. Pode ser que essa aparente fraqueza, como sugere Mafei, fosse também estratégica. O governo simplesmente contava que a operação Lava Jato o livrasse de inimigos muito mais perigosos do que a operação em si, como é o caso de Eduardo Cunha. Independente das motivações de Dilma Rousseff, a maioria dos congressistas acreditava que ela jamais os protegeria da Lava Jato e esta crença pode ter sido determinante para decisão do legislativo de substituí-la por seu vice-presidente (LIMONGI, 2023).

A favor do governo Rousseff, diga-se, pode ser dito que não havia muito que pudesse fazer politicamente. O peso da opinião pública não pode ser desconsiderado quando da análise de suas ações. Ele, em parte, explica por que a presidente brasileira optou por reconduzir Janot ao cargo de Procurador-Geral da República. Explica também por que hesitou em substituir o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, considerado leniente com a Lava Jato. Qualquer outra ação seria vista como tentativa de interferir nas investigações em um momento em que a opinião pública estava hostil ao governo e era amplamente favorável ao trabalho da força-tarefa. E ele explica também o posicionamento do Partido dos Trabalhadores com relação ao mandato do deputado Eduardo Cunha.

Em novembro de 2015, o STF determinara a prisão cautelar do Senador Delcídio do Amaral, líder do governo no Senado. A Polícia Federal intercetara ligação telefônica entre o senador do Partido dos Trabalhadores e a família de Nestor Cerveró, um dos réus presos na Lava Jato, na qual o líder do governo oferecia dinheiro para que Cerveró não fechasse um acordo de delação premiada com as autoridades. Na gravação, Amaral ainda afirmava que conversava com o Ministro Gilmar Mendes, do STF, para que este decidisse de maneira favorável a Cerveró no julgamento de seu *habeas corpus*.

A ordem de prisão foi prolatada pelo então relator das ações atinentes à Lava Jato no STF, ministro Teori Zavascki (Ação Cautelar 4039) [166] . A decisão monocrática de Zavascki foi unanimemente confirmada pela Segunda Turma do STF no dia seguinte. Segundo narram Recondo e Weber, esta decisão foi fruto de reuniões de emergência

[166] A Constituição brasileira (art. 102, I, b) estabelece que cabe ao STF julgar na infrações penais comuns o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

entre os ministros, que, apesar das divisões no tribunal com relação à Lava Jato, optaram por omitir divergências de modo a preservar o tribunal (WEBER, RECONDO, 2019: 55). Para os juízes do tribunal, naquele momento era preciso mostrar força e união. A cautela era compreensível, pois a decisão implicava em um choque direto com o Senado.

Conforme o determinado pelo art. 53, § 2º, da CRFB, "os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável". Fora dessa hipótese, a prisão de um senador apenas poderia ocorrer após o fim de seu mandato ou após sua cassação por sua casa legislativa. Na decisão do relator, esta regra constitucional é, porém, derrotada no caso em concreto por, segundo este, conflitar com outros princípios constitucionais, em especial, o princípio republicano (art. 1º, CRFB), que estabelece a igualde de todos perante a lei e a moralidade das autoridades públicas, e o princípio democrático (art. 1º, CRFB), que impõe aos agentes públicos conduta capaz de fortalecer a fé nas instituições democráticas. Além disso, o relator reconheceu que a excecionalidade de tal medida estaria relacionada a singularidade das circunstâncias. A corrupção generalizada, a proliferação de denúncias e ações criminais contra boa parte dos membros do Senado, justificaria essa interpretação criativa da Constituição.

Muitos são os motivos que podem ter movido o STF em uma decisão tão polêmica. Em primeiro lugar, pressões vindas de corporações policiais e do ministério público, mas principalmente o medo de reação pública adversa caso fosse divulgado que o tribunal negou a prisão do senador ante evidências tão claras de seu comportamento criminoso. Em segundo lugar, o poder de agenda do ministro Zavascki, ao decidir monocraticamente e pautar o debate, teria elevado a pressão sobre os demais ministros. Agora não era apena o caso de decidir ou não pela prisão, mas sim pela libertação de um investigado já preso. Uma vez alterado o status quo e publicizada tal mudança, é mais difícil retornar ao estado de coisas anterior. Em terceiro lugar, uma vez que a decisão já havia sido tomada pelo relator, a necessidade institucional de preservar o tribunal impelia os demais ministros a acompanhá-lo. Por fim, a menção ao nome do Ministro Gilmar Mendes parecia demandar tanto algum tipo de punição como um ato forte que marcasse o afastamento do tribunal das manobras ilícitas do Senador. Independentemente das razões que o moveram, o tribunal colocou o Senado e o governo em difícil posição.

Segundo a regra do art. 53, § 2º, da CRFB, uma vez preso um Senador por ordem do STF, devem os autos ser remetidos ao Senado em até 24 horas para que seus colegas decidam se mantém ou não a prisão. Cientes também da pressão da opinião pública, pressionados pela decisão do STF, os Senadores fizeram aquilo que os ministros do Supremo Tribunal Federal também haviam feito: decidiram politicamente. A prisão foi mantida, inclusive com votos de senadores do Partido dos Trabalhadores e seus aliados.

A prisão de Delcídio do Amaral causou constrangimentos ao governo que transbordaram para outra arena, essa muito mais perigosa. Eduardo Cunha era alvo de representação no conselho de ética da Câmara dos Deputados em razão de denúncia de recebimento de propina em obras da Petrobras. Seu processo no conselho de ética poderia levar à sua cassação. O PT possuía três deputados compondo este conselho. Ante o escândalo causado pela prisão do líder do governo, estes optaram por votar favoravelmente à abertura de processo contra o Presidente da Câmara, mesmo sabendo dos risco de fazê-lo. Como era esperado, Cunha retaliou. Para isso valeu-se de uma arma à muito guardada: o recebimento de pedido de *impeachment* contra a presidente brasileira.

VII. II. O JOGO DO IMPEACHMENT E O STF

Cabe ao Presidente da Câmara dos deputados a competência para decidir sobre recebimento ou arquivamento de denúncias contra o presidente da república. Segundo entendimento prevalecente à época e recentemente referendado pelo STF (MS 37.083 AgR), não há prazo para que decida sobre isto. Tomando-se em conta que qualquer cidadão pode oferecer pedido de *impeachment* contra presidente da república (art. 14 da Lei nº 1.079/50), na prática, em qualquer governo, pilhas destes pedidos tendem a se acumular nos escaninhos da presidência daquela casa legislativa na esperada de uma decisão. A qualquer momento, um deles pode ser trazido de volta e colocar em risco a estabilidade do regime. O deputado Eduardo Cunha se valeu do fantasma destes pedidos de *impeachment* para assombrar o executivo e pressioná-lo a ceder em projetos de seu interesse. Agora que o PT parecia ter se voltado contra Cunha, este se vingava anunciando publicamente rompimento definitivo com o governo.

Mesmo antes do rompimento, Cunha já vinha aconselhando grupos de oposição sobre como apresentar um pedido de impeachment juridicamente mais consistente. Foi seguindo esta assessoria informal que membros do Movimento Brasil Livre buscaram Hélio Bicudo, Miguel Reale Jr. Janaína Paschoal para que produzissem um novo pedido de *impeachment*, desta vez mais técnico. Bicudo era um veterano defensor dos direitos humanos, um progressista que contruíra reputação como promotor combatendo grupos de extermínio da polícia. Seu peso simbólico era grande, pois fora um dos fundadores do PT, do qual se afastou posteriormente. Miguel Reale era professor titular de direito penal da Universidade de São Paulo, tivera atuação destacada nos trabalhos constituintes e fora Ministro da Justiça do governo Fernando Henrique Cardoso. Era, portanto, um jurista respeitado e ligado ao PSDB. Janaína Paschoal era professora de direito penal da Universidade de São Paulo, e foi seu contato com Reale nesta instituição que a fez ser chamada colaborar com esse documento.
Após novas críticas de Cunha à peça construída pelos três, uma nova versão desse pedido de impeachment fora elaborada, e foi ela que foi finalmente recebida pelo presidente da Câmara em dezembro de 2015 (LIMONGI, 2023).

A denúncia apresentada contra a presidente não envolvia casos escandalosos de corrupção. Parecia tão técnica que só podia ser política. A presidente brasileira era acusada de cometer "pedaladas fiscais". Esta expressão era utilizada para denominar uma manobra contábil praticada por quase todos os governos, em diferentes épocas e nos três níveis da federação. A constituição e as leis brasileiras impunham o pagamento de certos gastos obrigatórios, como pensões, seguro-desemprego e aposentadorias. O governo executava estes valores, estes eram enviados à instituições bancárias e eram então retirados por aqueles a quem tais pagamentos eram devidos. Havia, porém, a prática de executar tais recursos no último dia do mês, especialmente em dezembro, e após as 17:10. Essa era a hora limite para que esse pagamento fosse debitado pelos bancos. Em dezembro, devido ao feriado bancário, apesar de empenhadas, as ordens de pagamento só eram debitadas no ano seguinte. Dessa maneira, ainda que a execução destes gastos fossem registradas ainda em 2014, cumprindo, assim, com os ditames legais, estes permaneciam no caixa do governo até o fim daquele ano. Como o Banco Central brasileiro apenas calcula despesas uma vez que os recursos efetivamente saem dos cofres públicos, passava-se a impressão de que o resultado fiscal do governo naquele mês e naquele ano que terminava era melhor do que de fato era na realidade (VILLAVERDE,

2016). O governo Rousseff também realizou tais manobras, mas "pedalada" cuja prática foi imputada ao governo Rousseff era de outra categoria.

Bancos públicos e outras instituições financeiras são meros intermediários que repassam recursos devidos pelo governo. À partir de 2013, durante o primeiro governo da presidente brasileira, tornou-se comum o atraso de valores devidos a título de despesa a estes bancos. O governo, através da Secretaria do Tesouro Nacional, atrasava o repasse de recursos para ministérios e estes atrasavam seu repasse para os bancos públicos, que acabavam tendo de utilizar seus próprio recursos para garantir que estes valores chegassem à sociedade. Dessa maneira, argumentou-se, bancos públicos estariam agindo de maneira semelhante a uma operação de crédito, ou seja, emprestando dinheiro ao governo.

Este tipo de situação não era, ressalte-se, inteiramente nova. Ocorrera nos governos de Lula da Silva, Fernando Henrique Cardoso e Itamar Franco. Entretanto, nestes ela ocorrera de maneira pontual, em alguns poucos meses esparsos, e em valores totais muito mais baixos. No primeiro governo Rousseff, ela fora quase institucionalizada, ocorrendo durante longos períodos, por vários meses seguidos, e gerando dívidas muito maiores que a dos governos anteriores. Era uma manobra calculada tendo em vista a eleições de 2014, para que o governo continuasse levando recursos à população, mas sem aparente impacto fiscal, já que o Banco Central brasileiro não a registrava. Foi apenas quando ganhou esta dimensão que estas "pedaladas" se tornaram visíveis para a imprensa e, principalmente, para os técnicos do Tribunal de Constas da União.

Ao contrário do que se depreende de seu nome, o Tribunal de Constas da União (TCU) não é parte do poder judiciário no Brasil. Ele é um órgão anexo ao poder legislativo, a quem cabe assessorar e fornecer subsídios para a atividade de fiscalização de constas do executivo levada à cabo pelo Congresso Nacional. É com base em parecer do TCU que os parlamentares votam por aprovar ou não as constas do governo federal (art. 71, I, CRFB). Não obstante, a ele incube também tarefas típicas de um tribunal administrativo. Ele possui competência para embargar obras públicas, sustar contratos públicos e interromper processos licitatórios (art. 71, X, CRFB), bem como julgar constas de administradores públicos, que podem ser punidos pelo tribunal com penas que vão desde multas à inabilitação para o exercício de função pública (art. 71, II e VIII, CRFB).

O tribunal é composto por um corpo técnico que inclui auditores, analistas e procuradores e suas decisões são tomadas por uma cúpula de 9 ministros, sendo 3 deles indicados pela Câmara dos Deputados, 3 pelo Senado Federal, e 3 pelo Governo Federal. Destes 3 últimos, 1 deles é escolhido dentre os membros do ministério Público junto ao TCU, 1 é oriundo da carreira de auditor do TCU e 1 é de livre escolha pelo chefe do executivo. Na prática, muitos dos ministros que chegam ao tribunal têm trajetória política e nem todos têm formação jurídica[167].

Em 2014, auditores do tribunal encontraram fortes indícios dessas manobras contábeis, o que colocou o governo em situação delicada. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), expressamente veda, no seu artigo 36, operação de crédito "entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo". Esta mesma lei considera, em seu artigo 38, que uma "operação de crédito por antecipação de receita destina-se a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro". Não é difícil perceber que as "pedaladas" do governo poderiam ser categorizadas como "operação de crédito" e, como tal, ser consideradas ilegais. Foi com base nesse entendimento e nas provas obtidas pelos auditores que o Ministério Pública junto ao TCU ofereceu denúncia contra o governo. Em sua defesa, o governo afirmavam que os atrasos no pagamento não seriam operação de crédito, mas simples descumprimentos contratuais. Os repasses dos ministérios aos bancos públicos eram regulados por via contratual. Estes contratos estabeleciam penalidades para o caso de inadimplemento da obrigações de cada parte. O atraso no pagamento, argumentava o governo, não era violação legal, mas sim contratual. Os juros devidos pelo governo às instituições bancária seriam decorrentes de cláusulas penais do contrato e não remuneração pelo capital emprestado[168]. Ao final, em abril de 2015, os Ministro do TCU terminaram por votar a favor da tese do Ministério Público e o governo e as autoridades responsáveis por esta prática foram condenados.

[167] Em razão do carácter político dos ministro do TCU, o ex-ministro do STF Joaquim Barbosa desdenhava do tribunal como um ""*playground*" de políticos fracassados" (MAFEI, 2021: 177).
[168] Além de violações contratuais e de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, as "pedaladas" também poderiam ser enxergadas como violações à Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7492/86). Logo, seriam crimes. Isto porque, esta lei proibia, à época, que a entidade controladora de instituição financeira tomasse empréstimos ou adiantamentos de "sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas" (MAFEI, 2021: 164).

A condenação do governo deu força aos que demandavam o impedimento da presidente brasileira, não apenas porque, segundo noticiava-se, teriam continuado ao longo de 2015, já no segundo mandato de Rousseff, como também porque o artigo 73 da Lei de responsabilidade fiscal estabelecia que a violação dos artigo desta lei poderiam ser punidas por meio do instituto do *impeachment*. Entretanto, golpe ainda mais forte foi dado quando, em outubro de 2015, o TCU, pela primeira vez desde 1937, votou pela reprovação das contas presidenciais. A decisão, como muitas outros envolvidas nestas disputa política, não foi isenta de críticas.

Logo que o TCU condenou o governo pelas "pedaladas", o relator do processo de análise de contas do governo no TCU, ministro Augusto Nardes passou a dar entrevistas à imprensa nas quais fez questão de reafirmar que a responsabilização por esses atos ilegais não deveria ficar adstrita às autoridades já condenadas pelo TCU. A cúpula do executivo, inclusive a presidente, poderia ser também considerada responsável. Desde cedo deixou claro também que seu voto não seria pela "aprovação com ressalvas" das contas do governo, apenas pela aprovação ou reprovação. De maneira ainda mais séria, antes mesmo do julgamento afirmou à imprensa rejeitar uma das provas trazidas pelo governo: um documento escrito de próprio punho pelo chefe da Secretaria Nacional do Tesouro em que assumia inteira responsabilidade pelos atrasos nos repasses devidos (MAFEI, 2021: 177).

Para o governo, o relator não estaria agindo de maneira isenta. A politização de seu relatório era reforçada pelo fato de Nardes, antes de sua nomeação para o TCU, ter construído longa carreira política, sempre em partidos conservadores (MAFEI, 2021: 177). Por meio de seus ministros do Planejamento, da Justiça e da Advocacia-Geral da União, o governo expressou publicamente contrariedade com a postura de Nardes, que, por sua vez, recebeu apoio público de lideranças da oposição. Dois dias antes do julgamento, o governo entrou com mandado de segurança no STF tentando suspendê-lo e no dia da sessão pediu liminar ao ministro relator dessa ação, Luiz Fux, para que declarasse a suspeição do ministro Nardes. O Ministro Fux rejeitou a ação com base em três fundamentos. Primeiro, entendeu que "manifestar-se sobre o mérito de um processo não implica, necessariamente, interesse no julgamento da causa em qualquer sentido". Segundo, que o caso não se enquadraria no artigo 135 do Código de Processo Civil brasileiro, que prevê suspeição do juiz quando este está "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes", já que no julgamento das contas presidenciais não

existem partes ou litígio em sentido subjetivo. Ao final, sustentou que a mera arguição de suspeição do juiz não implica necessariamente no dever de suspensão do julgamento (MS 33.828 MC/ DF).

Como última saída, tentou o governo arguir junto ao próprio TCU o impedimento do relator. O TCU rejeitou sumariamente a exceção de suspeição (TC 027.170/2015.2, acórdão nº 2460/15, TCU) e o julgamento prosseguiu, como previsto, no dia 7 de outubro de 2017. Em seu voto, o relator subscreveu a tese de que a Lei de Responsabilidade Fiscal não exige a existência de contrato bancário específico para que esteja configurada operação de crédito. Os juros decorrentes da mora do governo eram capazes de, por si só, configurar este tipo de operação. Além disto, afirmou que os atrasos do governo distorciam estatísticas fiscais e afetavam toda programação orçamentária da União (MAFEI, 2021: 178 e 179). Com base nisso, se pronunciava pela rejeição das contas do governo federal relativas ao ano de 2014. Este relatório foi seguido por unanimidade pelos demais ministros do tribunal e, pela primeira vez desde 1937, as contas de um presidente brasileiro tiveram um parecer por sua reprovação. Quando, portanto, em dezembro de 2015, apenas dois meses após o julgamento no TCU, o deputado Eduardo Cunha aceitou um pedido de impeachment fundamentado nas "pedaladas fiscais" ele sabia de seu peso político e sabia que era fácil dar a ela enquadramento legal.

A lei de crimes de responsabilidade brasileira (Lei nº 1.790/ 50) é anterior à constituição de 1988. Foi promulgada em 1950, ainda na vigência da constituição de 1946, mas foi rececionada pela atual constituição brasileira. Por uma tradição que se iniciou ainda no período de Império brasileiro, as condutas passíveis de responsabilização de agentes públicos receberam o nome de "crimes de responsabilidade", o que pode levar à falsa conclusão de que possuem natureza penal. Sua natureza, no entanto, é política, ainda que juridicamente balizada. Este balizamento jurídico se manifesta na forma do elenco legal de um amplo rol de condutas passíveis de punição através de processo de *impeachment*. A lei brasileira é minuciosa nesse sentido. Traz um longo catálogo de crimes de responsabilidade. Esta categorias são, porém, amplas o suficiente para acomodar quase todo o tipo de acusação contra autoridades públicas. Por esse motivo, foi até mesmo acusada de ser um "cavalo de Troia parlamentarista" (MAFEI, 2015).

A acusação não é de todo desarrazoada. Seu principal autor foi o político Raul Pilla, notório defensor da adoção do parlamentarismo no Brasil. Seu principal comentador em sede doutrinária foi o constitucionalista Paulo Brossard, que escreveu a mais influente

monografia sobre o tema no país (BROSSARD, 1964) e que atuava como ministro do STF quando do *impeachment* de Collor de Mello. Além da carreira jurídica, porém, Brossard também teve destacada atuação política filiado ao antigo Partido Libertador que, como seu principal líder, Raul Pilla, tinha o parlamentarismo como principal bandeira. Dessa maneira, alegou-se, a lei do impeachment seria uma maneira de enxertar um "voto de desconfiança", típico de regimes parlamentarista, dentro de um regime presidencialista (MAFEI, 2015). Contra essa hipótese, porém, levantou-se a crítica de que a redação dos delitos trazidos pela atual lei de *impeachment* simplesmente repetem a redação do Decreto nº 30/1892, que a precedeu. Não seria, portanto, fruto apenas do gênio de um parlamentarista frustrado em 1950 (PAIVA DE CARVALHO, 2019: 115).

Esta constatação, porém, não exclui a hipótese de que se tenha havido "influência" do parlamentarismo na definição de crimes de responsabilidade. Apesar de certas peculiaridades, havia um regime parlamentarista vigente durante o período monárquico brasileiro. A expressão "crime de responsabilidade" já era utilizada nos tempos do Império para categorizar aquelas condutas que ensejariam a responsabilização de autoridades públicas (art. 133, da constituição brasileira de 1824)[169]. Poderia ser que as primeiras gerações republicanas também tivessem sido influencias pela cultura parlamentarista monárquica quando tiveram a tarefa de definir quais condutadas ensejariam *impeachment* e na definição das funções de instituto. Tal como no caso do voto de desconfiança, sua função seria resolver impasses políticos e permitir a resolução de crises através de uma destituição constitucionalmente regulada do chefe do executivo (MAFEI, 2021: 81). Além disso, os legisladores de 1950 poderiam ter se desviado desta "tradição parlamentarista", mas não o fizeram. Mantiveram-na. Com ela, sobreviveram na Lei de Crimes de Responsabilidade categorias amplas o bastante para que "pedaladas fiscais" fossem nelas enquadradas sem maiores dificuldades.

Os autores do pedido de *impeachment* recebido por Cunha escolheram para isto os artigos 4º, números V e VI; 9º, números 3 e 7; o artigo 10, números 6, 7, 8 e 9; e o artigo 11, número 3, da Lei 1.079/1950. O incisos V e VI do art. 4º considera como crime de responsabilidade atos atentatórios contra a probidade na administração pública e contra a lei orçamentária. Os números 3 e 7 do art. 9º estabelecem como crimes de

[169] A constituição brasileira era uma das poucas constituições monárquicas a elencar estas condutas. Sua inspiração estava no artigo 159 da constituição portuguesa de 1822.

responsabilidade contra a probidade na administração "não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição" e "proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo". Os números 6, 7, 8 e 9 do art. 10º estabelecem que são crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária "ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal", "deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei", "deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respetivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro" e "ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente". Por fim, o número 3 do art. 9º considera como crime contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos "contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal". Nestes artigos foram enquadrados não apenas os casos das "pedaladas fiscais", mas uma séria de outras acusações menos consistentes, como a de supostos atos de corrupção relativos a venda pela Petrobras de refinaria de petróleo em Pasadena, na Califórnia, e de supostos empréstimos ilegais do Banco Nacional de Desenvolvimento Social em favor de construtoras investigadas na Lava Jato.

Ao receber o pedido, o presidente da Câmara dos Deputados, de saída rejeitou imputação de crime de responsabilidade à presidente em razão do parecer do TCU que rejeitou as contas presidenciais relativas ao ano de 2014, umas vez que seria ato anterior ao exercício do mandato e por tal parecer não ter efeito legal, servindo apenas como orientação para uma decisão posterior do legislativo. Também o fez com relação a acusações quanto aos supostos atos de corrupção que envolviam a Petrobras e o Banco Nacional de Desenvolvimento Social. Com isso, blindava a acusação de críticas desnecessárias ao rejeitar argumentos mais controversos. Entretanto, recebia as acusações relativas à "pedaladas fiscais" ocorridas no ano de 2015. Mais especificamente, Cunha acatou o argumento de que a presidente descumpriu a Lei de Responsabilidade Fiscal ao ter

editado decretos que liberavam crédito extraordinário, nos anos de 2014 a 2015, sem o aval do Congresso Nacional. A presidente brasileira argumentava que o aval do congresso não era necessário uma vez que havia excesso de arrecadação. Entretanto, Rousseff o teria feito com conhecimento de que a meta de superavit primário prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias não estava sendo cumprida, e de que estas operações ilegais teriam ocorrido através do não repasse de recursos a entidades do sistema financeiro nacional controladas pela própria União.

Uma vez lido seu relatório, Cunha deu início oficialmente à disputa pelo mandato presidencial. O governo, de sua parte, acreditava estar preparado para este jogo. Desde março, uma reforma ministerial abriu mais espaço no governo para membros do PMDB, segunda maior bancada na câmara depois do PT, e a presidente delegou a Michel Temer, seu Vice-Presidente, a tarefa de organizar o apoio do governo no congresso. Não contava que o próprio Temer também já se movimentava. Em 7 de dezembro, 4 dias após o recebimento da denúncia contra a presidente brasileira, Temer anunciou, em carta amplamente repercutida na imprensa, seu rompimento com Rousseff[170]. Alegando, ter se tornado um "vice decorativo" e "sem protagonismo político", desautorizado e enfraquecido pela presidente na tarefa que lhe foi por ela confiada, o líder do PMDB agia como se demissionário do governo. A base do governo na Câmara dos Deputados parecia se esfacelar. Ciente destes movimentos antes mesmo da presidente, no dia 3 de dezembro, Eduardo Cunha, valendo-se de seu habilidoso manejo das regras regimentais e da desorganização da base do governo, organizou uma comissão especial do *impeachment* a seu gosto.

O parágrafo 2º do art. 218 do regimento interno da câmara dos deputados estabelece que uma vez recebida a denúncia pelo Presidente desta casa, será esta "lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respetiva proporção, representantes de todos os Partidos". À comissão especial cabe a tarefa de elaborar parecer acerca da abertura de processo por crime de responsabilidade contra o Presidente da República (art. 218, §5°, RICD). Ao formar esta comissão, Cunha rompeu com o rito seguido no *impeachment* de Collor de Mello. Neste, a decisão sobre a composição da comissão se deu por meio de reunião do colégio de líderes onde cada líder partidário indicou

[170] Em 9 de outubro de 2015, já marcando seu descolamento do governo, o PMDB publicou o documento "Uma ponte para o futuro". Nele, elaborava um projeto que muito se assemelhava a um programa de governo, mas em um modelo radicalmente diferente daquele defendido pelo governo do PT. O projeto do PMDB era, em linhas, basicamente o mesmo defendido pela oposição a Rousseff na campanha de 2014.

representantes de seu partido para ocupar as vagas que lhes competiam. A situação, porém, era agora diferente.

O PMDB encontrava-se rachado. Parte do partido defendia incondicionalmente a permanência da presidente no cargo, parte assumia posição de neutralidade e parte era favorável ao encerramento de seu mandato. Como a liderança do partido não era ainda favorável à abertura de processo de *impeachment* contra Rousseff, a ala oposicionista, com o apoio de Cunha, articulou uma chapa alternativa formada por membros da oposição e dissidentes de partidos da base aliada. Uma chapa "oficial" e uma "alternativa" competiam, então, pelas vagas na comissão especial. Para evitar retaliações ao dissidentes, Cunha decidiu que o voto para as chapas se daria de modo secreto. O artigo 188 do regimento interno da Câmara dos Deputados apenas impunha a votação aberta em deliberação acerca de recurso sobre questão de ordem, em discussão sobre projeto de lei periódica, em caso de proposição de lei que vise alterar legislação codificada ou que conceda benefício tributário, e em decisão quanto autorização de abertura de processo, em razão de infrações comuns e de crimes de responsabilidade, contra o Presidente da República, Vice-Presidente e Ministros de Estado.

As manobras do Presidente da Câmara funcionaram. A chapa oposicionista se sagrou vencedora, com 272 votos contra os 199 obtidos pelo governo. Derrotada na arena legislativa, membros da base do governo resolveram levar a questão para o campo judicial. A disputa que antes era política, ganhava agora contornos jurídicos. Ainda no dia 3 de dezembro, o Partido dos Trabalhadores impetrou mandado de segurança com pedido de liminar (MS 33.921) contra ato de recebimento do pedido de impeachment pela Presidência da Câmara dos Deputados. Contava com isso que seu pedido tivesse como relator algum ministro simpático à causa defendida. Quando, porém, o Ministro Gilmar Mendes, visto como próximo à oposição, foi sorteado relator da causa, os autores tentaram desistir da ação. O Min. Gilmar Mendes negou a possibilidade de desistência por tratar-se, segundo ele, de burla processual. No mérito, veio a julgar o pedido improcedente.

Um segundo mandado de segurança com pedido de liminar neste mesmo sentido também foi impetrado por um deputado do Partido dos Trabalhadores (MS 33.920). O relator da ação, Ministro Celso de Mello, também negou provimento ao pedido. Entendeu o ministro que o deputado não possuía legitimidade ativa para ajuizar em nome próprio a ação, uma vez que não pleiteava a proteção de direito subjetivo, mas sim da Presidente da República.

O Partido Comunista do Brasil (PCdoB), aliado fiel do governo, entrou com arguição de descumprimento de preceito fundamental no STF (ADPF 378/2015) questionando a constitucionalidade dos dispositivos da lei de impeachment e pedindo medida cautelar para que o rito na Câmara dos Deputados fosse suspenso. Desta vez, naquilo que foi considerado uma grande vitória do governo, o relator da ação no STF, Ministro Edson Fachin, suspendeu a instalação da comissão do *impeachment*. O governo agora ganhava tempo para reorganizar suas bases.

Esta não foi, ressalte-se, a primeira vitória do governo sobre a oposição na disputa pelo *impeachment* no STF. Ainda em outubro de 2015, antes mesmo do recebimento da acusação de crime de responsabilidade, Eduardo Cunha, em resposta à questão de ordem protocolada por membros da oposição, estabeleceu aquilo que entendia ser o rito legal do *impeachment* (Decisão da Presidência de 24/09/2015). Três ações distintas foram impetradas por deputados da base aliada no STF questionando esta decisão.

No MS 33.837/ DF, o Ministro-relator Teori Zavascki, relatou o argumento de que o STF deveria de intervir no caso, por tratar-se de questão *interna corporis*. Para o relator, a decisão de cunha ofendia o art. 85 da Constituição brasileira, que estabelece que cabe à lei especial a definição de crimes de responsabilidade bem como as normas de processamento e julgamento destes crimes. Por esse motivo, decidia pela suspensão da decisão de Cunha.

Decisão semelhante foi dada pela Ministra Rosa Weber no MS 33.838. Uma terceira liminar com sentido parecido foi concedida também pela Ministra Rosa Weber, desta vez na Reclamação 22.124/DF, que alegava que o ato de Eduardo Cunha configurava violação à Súmula 722 do STF que estabelece que "*são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respetivas normas de processo e julgamento*". Entretanto, a vitória agora era mais importante. E seria ainda maior quando do julgamento do mérito.

Eram muitos os pedidos na ADPF impetrada pelo PCdoB (ADPF 378/2015). Dentre eles, destacavam-se pedidos para que:

> *(I) Em primeiro lugar, fosse cautelarmente suspensa a eleição dos membros da comissão especial;*

(II) Fosse dada interpretação conforme à Constituição do art. 19 da Lei n. 1.079/50[171]*, para que se fixasse a interpretação segundo a qual o recebimento da denúncia pelo Presidente da Câmara dos Deputados deveria ser precedido de audiência prévia do acusado, em até 15 dias;*

(III) Fosse declarada inconstitucional a previsão do artigo 38 da Lei n. 1.079/50 de que os regimentos internos das duas casas legislativas deveriam ser aplicados subsidiariamente a esta lei. Com isto, buscava-se atacar o fundamento do voto secreto estabelecido por Cunha para os membros da comissão;

(IV) Fosse dada interpretação conforme a Constituição para que o rito previsto nos artigos 19, 20, 21, 22 e 23 da Lei n. 1.079/50 tivesse precedência sobre o rito previsto no artigo 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Na prática, este pedido enfraquecia Cunha ao limitar o uso de suas manobras regimentais;

(IV) Fosse dada interpretação conforme a Constituição da lei questionada para que fosse afastada a interpretação segundo a qual a formação da comissão especial deve se dar com representantes dos blocos parlamentares no lugar de representantes dos partidos políticos.;

(V) Fosse conferida interpretação conforme à constituição dos artigos 18, § 1º, 22, 27, 28 e 29 da lei, para que fosse fixada a interpretação segundo a atividade probatória da acusação deveria preceder a da defesa.

(VI) Requeria interpretação conforme do § 1º do art. 22 e dos artigos 28 e 29 da lei questionada para se fixar a interpretação segundo a qual, em cada fase processual e em ambas as casas, a manifestação do acusado, pessoalmente ou por seus representantes legais, fosse o último ato de instrução;

(VII) Concedesse-se interpretação da lei segundo a qual o recebimento da denúncia pelo Senado, após o início do processo ser autorizado pela Câmara dos Deputados, não seria automático. A correta interpretação deveria ser a de que cabia à mesa do Senado decidir se recebia ou não a denúncia e ao plenário desta casa confirmar ou não esta decisão.

---

[171] "Recebida a denúncia, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial eleita, da qual participem, observada a respetiva proporção, representantes de todos os partidos para opinar sobre a mesma" (Art. 19 da Lei n. 1.079/50)

> *(VIII) Fosse declarada a inconstitucionalidade do art 23, §1° e 5° e dos artigos 80 e 81 da lei de impeachment. Os dois primeiros dispositivos impõe o afastamento do Presidente da República após a Câmara dos Deputados aprovar parecer pela procedência da denuncia e classificam o parecer aprovado como decreto de acusação. Para os demandantes, não caberia à Câmara acusar o precedente, mas simplesmente autorizar que o Senado julgue o Presidente. Além disto, estes dispositivos estariam em desacordo com o inciso II do § 1º do art. 86 da CRFB, que estabelece que o Presidente ficará suspenso de suas funções "nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal". Dessa maneira, o afastamento presidencial se daria apenas após o recebimento da denúncia pelo Senado. Os dois últimos dispositivos, por sua vez estabelecem que à Câmara dos Deputados caberia fazer as vezes de tribunal de pronúncia e o Senado o de julgamento. Para os demandantes, a decisão da Câmara dos Deputados não seria decisão de pronuncia, mas mera autorização para abertura de processo contra o presidente da República*
>
> *(IX) Se desse interpretação conforme dos artigos 25, 26, 27, 28, 29 e 30 da Lei nº. 1.079/50, para se fixar a interpretação segundo a qual os Senadores só devem realizar diligências ou a produção de provas de modo residual e complementar às partes, sem assumir, para si, a função acusatória. Senadores seriam juízes em processos por crime de responsabilidade e, por isso, a isenção requerida à tarefa de julgar não poderia ser contaminada pelo exercício de função acusatória.*
>
> *(X) fosse conferida, finalmente, interpretação conforme do art. 19 da Lei n. 1.079/50, com efeitos ex tunc – alcançando processos em andamento –, para fixar a interpretação segundo a qual o Presidente da Câmara dos Deputados apenas pode praticar o ato de recebimento da acusação contra a Presidente da República se não incidir em qualquer das hipóteses de impedimento ou suspeição. Desta maneira, buscava arguir suspeição de Eduardo Cunha*.

De modo geral, os pedidos na ADPF versavam sobre questões procedimentais. Entretanto, seu impacto sobre o resultado poderia ser grande. Estes pedidos prolongavam o tempo do processo e o tempo na política não é neutro. Além disto, chama atenção o fato de que na maior parte dos pedidos não se argumentou por uma clara incompatibilidade entre a lei de impeachment e a Constituição. O que demandou foi uma intervenção criativa do STF. O

Tribunal foi chamado a substituir a interpretação dada pela presidência da Câmara dos Deputados para o regimento desta casa e para a lei de *impeachment* e impor sua própria interpretação em temas que vão bem além dos atos questionados por Cunha. Dessa maneira, demandava-se do tribunal que fixasse previamente, antes do processo começar, quais regras riam balizá-lo.

Ele assim o fez. Não se furtou a decidir sobre a questão. E, tal como viria a ocorrer quando do julgamentos das disputas federativas na pandemia da COVID-19, também aqui a técnica da interpretação conforme a constituição foi um dos principais instrumentos utilizados com este objetivo.

Desta maneira, deu, por exemplo, interpretação conforme à Constituição ao artigo 38 da Lei de Impeachment para autorizar a aplicação subsidiária dos Regimentos Internos da Câmara e do Senado ao processo de *impeachment*, desde que sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes, e limitados a disciplinar questões *interna corporis*. Determinou que os artigos 19, 20 e 21 deveriam ser interpretados de modo que a Comissão Especial de impeachment e suas diligências não se destinassem a provar a procedência ou improcedência da acusação, mas apenas a esclarecer a denúncia. Também estabeleceu que o recebimento da denúncia no processo de *impeachment* ocorre apenas após a decisão do Plenário do Senado Federal, após decisão em maioria simples (art. 24), e esta decisão teria o condão de autorizar o processamento e julgamento da Presidente da República (Art. 23, § 1º).

Em outros pontos da decisão, porém, o plenário do STF se manifestou pela não receção de certas normas da Lei nº 1.079/1950. Por 6 votos a 5, seguindo divergência aberta pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o tribunal decidiu pela inconstitucionalidade do voto secreto, uma vez que, argumentou o tribunal, o sigilo deve ser a exceção e não a regra no Congresso brasileiro. O voto secreto seria uma limitação à necessidade de publicidade e abertura à sociedade que decorre dos princípios republicano, democrático, representativo e da transparência. Por isso, deveria ser restrito a poucos casos. Ainda que normas infraconstitucionais possam eventualmente prever casos de votação secreta, não caberia a ato Presidente da Câmara fazê-lo. Além disso, o sigilo do escrutínio seria incompatível com a natureza e a gravidade do processo por crime de responsabilidade. Neste caso, a necessidade de maior "*accountability*" do congressistas também demandaria maior transparência de seus atos.

Também na linha do voto divergente do Ministro Barroso, a maioria do tribunal também decidiu pela impossibilidade de chapa avulsa na seleção dos membros que compõem a comissão especial. A lei e o regimento interno da Câmara dos Deputados explicitamente fazem uma opção pela proporcionalidade na composição da comissão e essa proporcionalidade também implica na competência dos líderes partidários para indicar os representantes de cada partido. Ainda que a indicação partidária por blocos pudesse ser admitida e que a proporcionalidade não implicasse explicitamente na necessidade de indicação pelos líderes partidários, essa seria a leitura correta do art. 58, §1 da Constituição brasileira, a qual estabelece que "na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respetiva Casa". Com isso, as manobras regimentais de Eduardo Cunha foram consideradas inconstitucionais.

Entretanto, foi unanimemente rejeitada pelo tribunal a arguição de incompetência de Eduardo Cunha para receber acusação de crime de responsabilidade contra a Presidente. Exigir do Presidente da Câmara uma total neutralidade não apenas seria irrealista, como também esvaziaria aquele processo de seu carácter marcadamente político. Dessa maneira, o ato de recebimento da denúncia por Cunha permaneceria válido, ainda que seu desenrolar tivesse sido anulado. Em outra pequena vitória para Cunha, este ato, também determinou o tribunal, não deveria ser precedido de audiência da parte acusada, como pleiteava o impetrante.

O STF também esclareceu que a decisão do Congresso de permitir o processo contra a Presidente da República por crime de responsabilidade não vincula o Senado, que deve decidir pelo recebimento ou não da denúncia. À Câmara dos Deputados, decidiu o tribunal, não caberia pronunciar-se acerca do mérito da acusação. Cumpriria a ela apenas a tarefa de deliberar quanto a autorização para que o Presidente da República seja processado por crime de responsabilidade. Se mais de 2/3 dos membros desta casa legislativa votarem pela autorização, caberá aos membros do Senado Federal decidir se autorizam o prosseguimento da denúncia. Somente após decisão nesse sentido proferida por maioria absoluta dos senadores inicia-se de fato o processo no Senado, que se torna, então, tribunal de julgamento, e o Presidente é afastado. Na tarefa de julgamento, ressaltou ainda o tribunal, não há necessidade de os senadores apartarem-se da função acusatória. No entanto, no julgamento no Senado, assim como nas diligências na Câmara, deve ser assegurado ao acusado o direito de falar por último.

A sentença do STF mostrava certa reverência ao passado, mas trazia inovações mirando o futuro. Por um lado, buscava-se reafirmar que a decisão não era fruto de criatividade judicial, apenas determinava que a Câmara dos Deputados seguisse o rito estabelecido no impeachment de *Collor de Melo*, na qual a comissão especial fora escolhida por líderes partidário seguindo critério proporcional. O argumento, ressalte-se, não é de todo convincente. Em primeiro lugar, porque a ideia de aplicação de precedentes em casos de processo por crime de responsabilidade é questionável. Como nota Klarman (1999: 14), casos de impeachment são raros e cada um deles traz suas própria particularidades, é difícil afirmar que no caso brasileiro algo semelhante a um precedente tenha sido de fato sido estabelecido. Mesmo se fosse este o caso, a ideia de precedentes vinculando o congresso não parece ser plenamente compatível com a atividade de legisladores com competência para alterar as leis e até mesmo a constituição. Além disto, mesmo juízes podem derrubar seus próprios precedentes.

A segunda fragilidade neste argumento deriva do fato de que o STF, em sua decisão, não se furtou a romper com o rito seguido em 1992. No caso de Collor de Mello, o Presidente foi afastado tão logo a Câmara dos Deputados autorizou o prosseguimento da denúncia e o Senado foi obrigado a recebê-la. Agora, a situação mudava. O afastamento presidencial apenas se daria quando e se o Senado decidisse pela abertura de processo por crime de responsabilidade. Além de dar mais tempo ao acusado, o novo rito também modificava os incentivos dos deputados federais, que agora teriam de votar sabendo que corriam o risco de estar votando contra um presidente que permaneceria no cargo (ARGUELHES; PEREIRA, 2017: 67)

Decidido o caso, antes mesmo da publicação do acórdão da decisão, o Presidente da Câmara dos Deputados decidiu entrar com embargos de declaração. Legalmente, ação de Cunha era inócua. Estes embargos apenas eram cabíveis para pleitear ao tribunal que esclarecesse pontos obscuros de sua sentença, e não para pleitear uma reforma de decisão. Além disto seu cabimento antes da publicação do acórdão não era pacífico na jurisprudência do tribunal. Se o acórdão sequer tornou-se ser público, faz pouco sentido alegar que existiriam pontos dele que mereceriam maior clareza. Entretanto, como modo de marcar posição, a ação de Cunha cumpria sua função. Era o modo encontrado para demonstrar desconformidade com a sentença na Câmara e criar novo fato político. Mesmo politicamente, porém, seu efeito foi limitado. Em razão do recesso de final de ano, o embargos de Cunha apenas chegaram ao tribunal em fevereiro de 2016. Seu julgamento apenas se deu em março daquele ano e, por 9 votos a 2, o tribunal manteve os termos da decisão. O processo de *impeachment* iria continuar,

mas segundo o rito determinado pelo STF. À partir deste ponto, a atuação deste tribunal seria bem mais contida, mas não menos polêmica. Nos poucos casos em que atuou o tribunal impactou de forma clara no processo que agora ocorria na Câmara.

A primeira destas decisões ocorreu ainda em marco de 2016. Na tentativa de reorganizar sua base no congresso e evitar a autorização de seu *impeachment* pela câmara, Dilma Rousseff decidira nomear como ministro da Casa Civil o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Apesar da hesitação de ambos, a nomeação foi vista como fundamental para a sobrevivência do governo, já que o ex-presidente era visto com um articulador habilidoso. À nomeação se seguiu ultraje público por opositores do governo, uma vez que no cargo não poderia Lula da Silva ser julgado pelo juiz Sérgio Moro no âmbito dos processos em que era réu. Para agravar essa situação, o Juiz Moro, em resposta à nomeação, decidira divulgar intercetações telefônica que envolviam a presidente, o ex-presidente e diversos outros políticos cujo conteúdo fazia crer que de fato havia uma articulação para blindar o ex-presidente do julgamento pelo juiz de Curitiba. Assim, em 18 de março, o Ministro Gilmar Mendes decidiu liminarmente em mandado de segurança (MS 34.070 e MS 34.071) pela suspensão da posse ministerial por desvio de finalidade. Pressionada, a presidente brasileiro desistiu da nomeação e, com ela, essa tentativa de organizar sua base parlamentar para a disputa que agora novamente se iniciava.

Foi neste contexto que uma comissão especial foi formada na Câmara dos Deputados, com indicações dessa vez feitas pelos líderes partidários, e esta comissão aprovou, com 38 votos favoráveis e 27 contrários, parecer pela autorização para que a presidente fosse processada por crime de responsabilidade. O parecer era estratégico, e buscava evitava dar margens a questionamentos legais e políticos. Nele, o relator afirmava que à Câmara dos Deputados caberia apenas julgar se existiam elementos mínimos que autorizasse o processamento da denúncia e deixava ao Senado a tarefa de decidir pelo recebimento da denúncia. Foi cuidadoso a ponto de rejeitar certas alegações da acusação, como a de que Dilma Rousseff teria mascarado a lei orçamentária, mas manteve as denúncias de "pedaladas fiscais" e abertura de créditos suplementares sem autorização legislativa, aí incluídos os ocorridos antes no primeiro mandato da presidente. Se ateve aos termos da denúncia, não incluindo no relatório trechos de delação premiada do ex-Senador Delcídio Amaral que comprometiam o governo. Fundamentou suas decisões em precedentes anteriores do STF (HARTMANN, LEAL, 2016: 89). Nestes termos, foi aprovado por 367 votos dos 511 deputados federais e, em abril de 2016, a acusação seguiu para o Senado.

Em 5 de abril, o Ministro Marco Aurélio Melo, do STF, concedeu liminar no Mandato de Segurança n° 34.087. Nesta ação, pleiteava-se que fosse o Presidente da Câmara dos Deputados recebesse denúncia por crimes de responsabilidade que teriam sido cometido pelo Vice-Presidente da República Michel Temer ao assinar decretos de abertura de créditos suplementares sem autorização legislativa. Na liminar, o relator instou o deputado Eduardo Cunha a, em até 24h, constituir comissão especial para elaboração de parecer quanto à autorização para que o Vice-Presidente fosse processado por crime de responsabilidade. Ao presidente da Câmara não caberia decidir por receber ou arquivar denúncia por crime de responsabilidade. Uma vez que esta preencha os requisitos formais, deveria ser ela entregue à comissão especial para análise e parecer.

O impacto dessa decisão no Congresso, como era de se esperar, não foi pequeno. O afastamento de um presidente da república por *impeachment* não ocorre sem que haja expectativa de estabilidade e ordem na transição do poder. Por isso, Temer já começara suas articulações junto a deputados e membros da sociedade civil para assegurar que esse processo ocorreria sem maiores sobressaltos. Uma denúncia contra ele mudaria tudo. Além disto, havia o efeito sistêmico dessas decisões. Em todo mandato presidencial, diversas denúncias como essa são levadas à Câmara. Nos dois governos de Fernando Henrique Cardoso, foram 24 pedidos. Nos dois de Lula da Silva, 37. Nos de Dilma Rousseff, 68. Por mais que passassem por um filtro formal, a necessidade de análise de cada um deles por comissão especial não apenas geraria instabilidade constante nesses governos, como ocuparia boa parte da pauta daquela casa legislativa. Como resposta, a maior parte dos partidos se recusou a indicar membros para a comissão da Câmara dos Deputados e o Presidente desta casa rejeitou fazê-lo por ofício. Apesar do relator ter liberado sua decisão para julgamento pelo plenário do tribunal, a sessão de julgamento jamais foi marcada.

Cerca de um mês depois dessa polémica decisão, em 5 de maio de 2016, o Ministro Teori Zavascki acatou pedido na Ação Cautelar 4.070 pelo afastamento do deputado Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos deputados. Na ação, impetrada pelo partido Rede Sustentabilidade, alegava-se que, uma vez que a Constituição impõe o afastamento do Presidente da República quando do recebimento de denúncia contra ele, não poderia, por analogia, o réu permanecer no cargo de Presidente da Câmara, já que este encontra-se na linha de substituição presidencial. Como Cunha se tornara réu no tribunal em março de 2016, a conclusão era de que deveria ser afastado da presidência. Mais uma vez, os ministros do STF

mostraram unidade ao referendarem por unanimidade no plenário do tribunal a decisão do relator.

Em tese, o afastamento de Cunha pelo STF pouco impactaria o processo por crime de responsabilidade que agora seria discutido no Senado. Entretanto, em 9 de maio de 2015, às vésperas da votação que decidiria pelo recebimento da denúncia contra a presidente pelo Senado, o presidente interino da Câmara dos Deputados, Deputado Waldir Maranhão, em acordo com a base governista, decidiu anular a votação da Câmara sob a alegação de vícios insanáveis no rito seguido. Sua decisão causou revolta entre parte expressiva dos deputados e, sob o temor de retaliações ou perda de autoridade, o deputado revogou sua própria decisão no dia seguinte.

A maioria do Senado votou, em 12 de maio, pela admissibilidade do processo de impeachment e Dilma Rousseff foi afastada da cadeira presidencial, para onde não mais voltou. Iniciado o julgamento da presidente brasileira no Senado, presidente do Supremo Tribunal Federal foi chamado a presidir as sessões, conforme o estabelecido pela Constituição (art. 52, parágrafo único da CRFB). Essa atuação extraordinária do presidente do STF era claramente inspirada pelo desenho do *impeachment* nos Estados Unidos. Uma vez que lá o Vice-Presidente era também o Presidente do Senado, este não poderia presidir o julgamento nesta casa por haver conflito de interesses. Com isso, justificava-se a atuação do Presidente do Supremo Tribunal, um terceiro relativamente isento, no julgamento no Senador. No Brasil, porém, o presidente do Senado não é o Vice-Presidente e é apenas o quarto na linha sucessória. As justificativas para tal regra eram mais fracas. Ainda sim, foi esta a opção do constituinte brasileiro. Entretanto, outra inspiração norte-americana importada para o processo de *impeachment* brasileiro não foi opção clara do constituintes de 1988. Sua adoção no país foi fruto da criatividade do presidente do STF e dos senadores.

Dilma Rousseff foi definitivamente afastada da presidência em 31de agosto de 2016. Contra ela, votaram 61 favoráveis e, a favor dela votaram 20 senadores. Findo o julgamento quanto a seu afastamento, uma outra decisão iria se seguir. Acatando a pedido da base governista, o Ministro Ricardo Lewandowski, na presidência da sessão, permitiu votação em separado da inabilitação da ex-presidente para o exercício de função pública. Apo fazê-lo, reabriu o debate acerca da separação ou unificação das penas por crime de responsabilidade que fora grande no alvorecer da república, quando pela primeira vez discutiu-se a adoção do instituto do *impeachment* no Brasil. Naquele momento, sagrou-se vitoriosa a tese da pena única. O presidente, uma vez julgado culpado por crime de responsabilidade, seria afastado do

cargo e também seria necessariamente inabilitado para o exercício de função pública (MAFEI, 2021: 55). Refletindo esta escolha, o texto da atual constituição brasileira estabelece no parágrafo único de seu artigo 52 que a condenação por crime de responsabilidade deverá se limitar "*à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis".* A leitura do dispositivo constitucional parece deixar clara a opção da atual constituição brasileira pela unicidade da pena.

Entretanto, dúvidas quanto a essa interpretação já haviam surgido quando, em 1992, o ex-presidente Collor de Mello decidiu renunciar pouco antes de seu julgamento pelo Senado. À época, alegou a defesa que, uma vez que as penas seriam unificadas, sendo uma acessória e uma principal, uma vez extinta a principal por seu ato de renúncia, sua inabilitação para o exercício de função pública por 8 anos deveria ser também extinta. Questionado, o Presidente do Tribunal à época, Ministro Sidney Sanches, transferiu ao plenário do Senado a decisão sobre a separação das penas. Ao final, decidiu o Senado pela extinção da pena de perda de mandato, mas pela manutenção da pena de inabilitação. Dessa maneira, para o Senado de 1992, eram as penas separadas e independentes, tal qual no direito constitucional dos Estados Unidos (MAFEI, 2021: 129). Foi com base neste caso que o Ministro Lewandowski determinou que julgamento para cada uma das penas ocorresse em separado. Se no julgamento por seu afastamento a presidente saiu derrotada, o mesmo não ocorreu no julgamento quanto à inabilitação por 8 anos. Em uma solução salomónica, 42 senadores votaram pela perda de Direitos políticos pela ex-presidente e 54 por sua manutenção.

VII. III. O PÓS-IMPEACHMENT: STF, GOLPE, "CATIMBA" E "JOGO DURO CONSTITUCIONAL"

Findo o julgamento presidencial, a disputa política perdurou. No campo político, tornou-se principalmente uma batalha de narrativas. Os opositores do *impeachment* presidencial denunciavam um golpe de estado disfarçado no país. Uma elite política corrupta, capitaneada pelo presidente da Câmara, teria derrubado uma presidente legitimamente eleita e que jamais cometera crimes de responsabilidade. Seus defensores, porém, argumentavam que a presidente fora afastada por voto da ampla maioria de representantes eleitos pela população, em um longo processo que seguira os ritos impostos pelas leis e pela constituição e na qual à acusada fora concedido o direito ao contraditório e a ampla defesa. Tudo isso,

ressaltavam, sob a supervisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. No campo jurídico, porém, a grande questão era sobre a revisão da decisão do congresso pelo STF. Afinal, se o *impeachment* resultara em uma condenação por crime de responsabilidade sem que tenha havido realmente crime de responsabilidade, poderia o STF cassar esta decisão?

Em primeiro lugar, é preciso certa cautela com equiparação entre o *impeachment* e golpes de estado. De fato, o aumento de casos de impeachment na América Latina e a redução de golpes militares na região podem indicar que os primeiros estejam substituindo os segundo em razão de uma equivalência funcional entre eles (PERÉZ-LIÑÀN, 2007). O impeachment parece ser uma saída institucional para situações de grave crise sistêmica (GINSBURG, HUQ, LANDAU, 2019: 24). Ao decidir por afastar um presidente por crime de responsabilidade, porém, os congressistas não estão substituindo a decisão dos eleitores por sua própria decisão. Não estão trocando o candidato eleito nas urnas por um candidato de sua preferência. Sua decisão é bem mais limitada. Eles estão apenas decidindo se o presidente incorreu em um dos casos de crime de responsabilidade elencados pelo direito brasileiro. Nesse caso, agem mais como um tribunal criminal (WHITTINGTON, 2020: 13).

É claro que fatores políticos influenciam nesse julgamento. Apesar de formalmente condenada pela abertura de créditos orçamentários sem autorização congressual, não é possível desconsiderar o da crise econômica ou das denúncias na operação Lava Jato na decisão dos parlamentares. Entretanto, sua a denúncia e o processo foram balizados pela lei de crimes de responsabilidade e pela Constituição. Dificilmente, para usar o exemplo de Sunstein, a presidente teria sido legitimamente condenada sob a alegação de fazer uso de drogas no palácio presidencial (SUNSTEIN, 1998: 313). Mesmo na ânsia de derrotar o governo, o Presidente da Câmara foi cuidadoso na escolha dos fundamentos da denúncia que receberia. Sendo assim, um crime de responsabilidade não é "qualquer cousa que o congresso quer que seja"

Por outro lado, estes crimes de responsabilidade não têm natureza criminal. Alguns deles podem também ser enquadrados como crimes comuns, mas não é necessário que assim o seja. Nem sempre uma conduta considerada crime comum será também considerada crime de responsabilidade e vice-versa. De fato, esse tipo de coincidência torna o processo de *impeachment* menos politicamente controverso. O direito penal é um ponto focal para onde podem convergir opositores e defensores do *impeachment*. Entretanto, diferente do que Griffin sugere que tenha acontecido nos Estados Unidos, no Brasil não parece ter operado nenhum tipo de mutação constitucional que a equiparar os dois tipos de crime (GRIFFIN, 2019). Por

isso, por exemplo, mesmo condenado pelo congresso após processo de *impeachment*, o ex-presidente Fernando Collor de Melo foi posteriormente criminalmente julgado perante o STF pelos mesmos fatos e por ele absolvido[172]. No direito brasileiro, o processo de *impeachment* é, assim, um processo político, ainda que balizado por normas de natureza político-administrativa que especificam quais condutas ensejam a condenação presidencial.

O aspeto político deste crime tem sido invocado pela doutrina e jurisprudência na resposta à pergunta que acima foi colocada. A visão prevalecente no direito brasileiro é a de que, por tratar-se de questão política, não cabe aos tribunais, nem mesmo ao STF, entrar no mérito da decisão do congresso em processos por crime de responsabilidade. Nas palavras do ex-ministro do STF Paulo Brossard:

> *"se por êrro (sic), prepotência, espírito de vingança ou mesquinho facciosismo, a Câmara decreta a acusação, e o Senado a julga precedente, a autoridade injustamente acusada e destituída injustamente, não tem recurso algum, nem côrte (sic) de justiça, ante a qual possa pleitear e haver reforma ou revisão da iniquidade (sic) de que tenha sido vítima."*

Consistente com esta tese, foram inócuas as tentativas de questionar judicialmente as decisões de mérito das duas casas legislativas no processo de impeachment de Dilma Rousseff. O Ministro Teori Zavascki, sorteado relator de mandado de segurança (MS 34.193/ DF) questionando a decisão da Câmara dos Deputados em razão de suposto desvio de poder na autuação do Presidente desta casa, recusou o pedido por não " *identificar, na miríade de manchetes instruídas com a inicial, um conjunto probatório capaz de demonstrar, de forma juridicamente incontestável, que aquelas iniciativas tenham ultrapassado os limites da oposição política*". Posteriormente, já afastada a presidente, o Ministro Alexandre de Moraes, indicado ao tribunal por seu sucessor e herdeiro do acervo processo do Ministro Zavascki, recém falecido em acidente de avião, negou pedido em três mandados de segurança (MS 34.193/DF, MS 34.371/DF, MS 34.441/DF) para que a decisão do Senado fosse revertida. Para o STF, o afastamento da presidente era fato consumado.

Apesar disto, as acusações de golpe permaneceram e, com elas, as de conivência do STF. A atuação do tribunal, porém, deveria ser analisada não à luz da categoria de "golpe",

[172] Para uma discussão pormenorizada acerca da natureza dos crimes de responsabilidade no Brasil, ver o trabalho de Mafei (2017).

mas sim de "jogo duro constitucional". E, neste caso, a atuação do tribunal foi ambígua, às vezes buscando postura mais neutra, às vezes mais partidarizada.

O cerne deste "jogo duro" foi uma reconfiguração na relação entre executivo e legislativo no Brasil. Acuado por denúncias de corrupção, por um sentimento de revolta popular contra o *establishment* político e incomodados com uma suposta fraqueza e inabilidade do governo, os congressistas brasileiros se revoltaram contra a presidente. A cooperação entre os dois poderes deu lugar à sabotagem e posteriormente ao enfrentamento direto.

Ao sentir a fragilidade do executivo, tão ou mais abalado por denúncias de corrupção, por uma oposição mais agressiva, por um ambiente econômico desfavorável e pela baixa popularidade de Rousseff, os membros do congresso aproveitaram a oportunidade para engrandecer seus poderes e aumentar sua autonomia com relação ao executivo. Reformas institucionais reduziram os poderes do presidente da república. "Pautas-bomba" desgastaram ainda mais o já combalido executivo. Por fim, prosseguiram com um processo de *impeachment* baseando-se em atos da presidente que, talvez, em outros tempos não conseguiriam ser tão facilmente categorizados como crime de responsabilidade. Estas manobras de Cunha e da oposição podem ser vistas como uma reinterpretação do presidencialismo de coalizão e, ele, da democracia representativa.

O STF, por sua vez, tentou impor limites a essa mutação ao agir como árbitro e coibir aquilo que enxergava como excessos das partes na disputa. Assim fez, por exemplo, quando antes mesmo do processo de fato começar, interrompeu as manobras de Cunha e fixou as regras do jogo a serem seguidas a partir dali. Postas as regras, o tribunal se recolheria e evitaria intervir, salvo em questões procedimentais. Seria um tribunal procedimentalista, na linha de preconizado por John Hart Ely (2010). Com isso, esperava reduzir a força de questionamentos posteriores ao processo. Por outro lado, tomou ações polêmicas que fizeram a balança pender para uma das partes em disputa. O polêmico afastamento do Senador Delcídio Amaral e o veto à posse do ex-presidente Lula da Silva como ministro de Dilma Rousseff, por exemplo, tiveram claro impacto nos esforços do governo de organizar suas bases e manter sua sustentação no congresso. Nesses casos, o tribunal mais atuou com jogador do que como árbitro. Com isso, ao invés de guardião conservador do modelo presidencialista e democrático brasileiro, pode ter atuado como agente de mudança.

É possível, ressalte-se, que o peso da opinião pública tenha influenciado algumas dessas decisões. Ante a revolta popular com a divulgação do áudio com a conversa do ex-líder do governo, uma ação menos incisiva do tribunal poderia ter repercussão extremamente negativa junto à população, especialmente se considerado que seu conteúdo comprometia um dos membros do tribunal. Algo semelhante poderia ser dito quanto à divulgação dos áudios envolvendo a posse do ex-presidente. Se foi esse o caso, o tribunal estaria, em parte, se movendo segundo seu instinto de autopreservação. Entretanto, ao fazê-lo terminou por tomar parte na disputa e os efeitos de longo prazo da abdicação de neutralidade podem conspirar contra o próprio interesse do tribunal na manutenção de sua autoridade.

VII. IV. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

O processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff pode ser interpretado como um caso de "jogo duro constitucional" no Brasil,. O cerne desse conflito foi uma reconfiguração da relação entre os Poderes Executivo e Legislativo, na qual as maiorias parlamentares, percebendo a fragilidade da Presidência, buscaram expandir seu próprio poder e autonomia, limitando assim o poder presidencial. Dessa maneira levaram a modificações no modelo brasileiro de presidencialismo de coalizão, com uma consequente mutação nas pré-compreensões constitucionais do Brasil.

Nesta disputa, a atuação do Supremo Tribunal Federal é ambígua. Por um lado, o interveio como árbitro para garantir a integridade do processo e evitar que o Legislativo subvertesse as regras do jogo, impondo limites às manobras regimentais da mesa da Câmara e fixando um rito para o processo de *impeachment*. Por outro lado, o STF, por meio da postura individual de alguns ministros, atuou como um "jogador" ao tomar decisões polêmicas, como a suspensão da posse de Lula da Silva como Ministro-Chefe da Casa Civil, que impactaram claramente a capacidade do governo de organizar sua base de apoio, o que pode ter estimulado o conflito.

VIII. A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE: O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E A CRISE DA ZONA DO EURO

VIII. I. A GRANDE CRISE DA DÍVIDA SOBERANA NA EUROPA

No final de 2009, quase 2 anos após o cataclisma financeiro que atingiu os Estados Unidos, a crise finalmente chegou à Europa. Seu estopim foi o reconhecimento pelo recém-empossado Primeiro-Ministro grego, George Papandreou, de que o déficit em seu país era muito maior do que o até então admitido. A partir dessa declaração, um efeito cascata levou abaixo a economia de diferentes países da zona do euro. Toda União Europeia e seu mercado comum agora corriam o risco de colapsar. A declaração de Papandreou, porém, não foi a causa da crise. Foi seu ponto de virada. Suas causas eram mais antigas e bem mais profundas (VAN OVERTVELDT, 2012: 77).

Os primeiros anos do Euro foram vistos, de maneira geral, com certa euforia. Para os países da chamada "periferia" da zona do euro, a nova moeda trouxe uma sensação de rápida e sensível prosperidade. Ao ingressar na união monetária, estes países renunciaram ao controlo de sua política monetária, que agora ficava a cargo de um Banco Central Europeu (BCE). Na difícil tarefa de desenhar uma política monetária para países com condições econômicas tão díspares, o BCE tomava como pressuposto para suas ações uma condição econômica hipotética média para a zona. Com isso, se países mais ricos, como Alemanha e França, enfrentavam baixo crescimento, alta taxa de desemprego e baixa inflação, o BCE reduzia as taxas de juros nominais, em um movimento que atingia até mesmo aqueles países do Euro com inflação alta e crescimento acelerado. Além disso, a credibilidade do BCE, em parte herdada do *Budensbank*, o antigo e respeitado Banco Central alemão, se expandiu para os demais países da zona. Isso significou em uma queda na taxa de juros reais em países como Grécia, Irlanda, Espanha e Portugal. O resultado foi um *boom* de crédito barato que levou a um crescimento como poucas vezes havia sido visto na região (VAN OVERTVELDT, 2012: 79).

Por trás dessa aparente bonança, problema estruturais se acumulavam. Ao invés de aproveitarem o bom momento de crescimento econômico e baixas taxas de juros para reduzir a dívida pública, a maior parte desses países, em especial Grécia e Portugal, continuaram com uma política fiscal expansionista. Salários desproporcionalmente altos, principalmente no setor público, mercados de trabalho engessados pela legislação

trabalhista e pela atuação de fortes sindicatos trabalhistas, regulações bizantinas e restrições à entrada no mercado teriam conspirado para derrubar a competitividade desses países (VAN OVERTVELDT, 2012: 88).

Isso significava que a realidade nesses países era bem menos luminosa do que se fazia crer. Seu crescimento artificial se sustentara sobre uma base de grandes déficits públicos, endividamento crescente, perda de competitividade internacional, bolhas de ativos e déficits em conta corrente (VAN OVERTVELDT, 2012: 73). Era questão de tempo até que essa aparente tranquilidade caísse, enfim, por terra[173].

Como lembra Miguel Poiares Maduro (2012: 3), essa, porém, é apenas uma das narrativas da crise. Outra narrativa é possível. Nela, os vilões da crise não seriam os governos dos países da periferia do euro, mas os agentes do mercado cegos pela possibilidade de lucro abundante. Em razão do enorme impulso por demanda, estes países teriam se tornado excessivamente dependentes de capital estrangeiro para garantir a liquidez necessária para cobrir seus grandes *déficits* conta corrente. Aproveitando-se desta oportunidade, grandes bancos, principalmente os do norte da Europa, inundaram estas economias nacionais com empréstimos arriscados. Tal como ocorrera nos Estados Unidos, a perspetiva de lucros fáceis e crescentes cegara estas instituições financeiras quanto aos perigos envolvidos nestas operações. Quando a situação foi finalmente percebida, era tarde demais. Ao retirar seu dinheiro destes países, apenas aprofundaram a crise. Sem controlo sobre sua política monetária, esses países não puderam fazer para estancar esse movimento de fuga de capitais.

É provável que as duas narrativas sejam, em alguma medida, verdadeiras. Talvez até se complementem. Discorrendo sobre a crise financeira de 2008, Gunther Teubner chama a atenção para um impulso de crescimento autodestrutivo inerente a sistemas sociais. O mercado financeiro, afirma, teria um impulso de expansão decorrente de sua capacidade criar dinheiro sem lastro real. A criação de valor e dinheiro necessariamente acarreta um aumento nos lucros e estes, por sua vez, estimulam a criação de mais dinheiro e valor (TEUBNER, 2011: 7). No entanto, essa indução ao crescimento geraria uma espécie de vício, uma crescente retroalimentação que, no limite, pode levar a sua autodestruição. Para Teubner, este impulso autodestrutivo não estaria restrito ao mercado.

[173] Para uma crítica ao discurso de má gestão fiscal e econômica dos países da periferia da zona do euro, ver Scharpf (2011).

Compulsão semelhante acometeria o direito e a política. O primeiro, em seu afã por regular cada área da atividade humana, criaria novos problemas cuja resolução demandaria ainda mais regulação. Já a segunda seria vítima da compulsão por crescimento do Estado de Bem-Estar Social. Esta espiral de crescimento desenfreado não só coloca em risco o sistema, como pode gerar externalidades negativas que atingem outros sistemas sociais.

Para evitar que isto ocorra, seria preciso que uma pressão externa ao sistema fosse nele exercida para que o “irrite”. Esse estímulo externo seria traduzido para os termos próprios do sistema, para sua própria lógica, e poderia gerar reformas que poriam fim a seu comportamento aditivo. A limitação do impulso de crescimento de um sistema apenas pode ser fruto de uma operação interna. Dada a dificuldade de se compatibilizar a função desse sistema com o controlo de suas externalidades, apenas o know-how interno ao sistema é capaz de fazê-lo. A política e o direito apenas podem pressionar, "irritar", o sistema financeiro para que o faça, e vice-versa (TEUBNER, 2011: 10-13). Parece pouco, mas não é. A pressão política é o modo mais efetivo de garantir a sustentabilidade desse sistema. Ao mesmo tempo, acaba por pressionar o Estado para que controle sua expansão crescente, uma pressão financeira que, ao final, ganhas as formas de pressão política.

Por isso, como nota Maduro, por trás das duas narrativas de crise existe uma crise de fundo ainda mais séria, uma crise da democracia no âmbito europeu (POIARES MADURO, 2012: 3). Ela resulta, em parte, da impotência do Estado ante os desafios impostos por uma economia global altamente interconectada. Não obstante seja acusada de buscar solapar a soberania de seus membros, o metabolismo da União Europeia é ainda fragmentário, parasitário em termos de mobilização de recursos e de legitimidade democrática e constitucional dos países que a constituem (FASONE; LINDSETH, 2020: 10). Diferente do tradicional modelo de democracia constitucional, a ela falta uma constituição dotada de autoridade última e exclusiva que unifique e coordene os diferentes órgãos e centros de poder que a compõe. Suas instituições principais são mistas, já que compostas por autoridades dos Estados-membros, e incompletas, uma vez que o cumprimento de suas decisões depende da autoridade de tribunais e outras instituições destes países (WALKER, 2012: 4).

Os próprios Estados-membro, por sua vez, também são dependentes democraticamente da União Europeia. Dada a porosidade das fronteiras estatais, crises internas de um país correm o risco de espalhar-se por outras nações em uma reação em

cadeia que pode resultar, ao final, em uma ampla crise sistêmica. Nesse contexto, o impacto das ações estatais vai além de suas fronteiras. Elas se tornam externalidades que afetam internamente outros Estados (ARNAULD, 1999: 160). Esta interdependência estatal cria dificuldades em termos de legitimidade democrática no interior dos Estados que compõem a União Europeia. Por um lado, externalidades geradas por um Estado afetam a vida de populações em outros Estados. Estas populações, porém, não participam ativamente na formulação de decisões políticas que as afetam diretamente. Por outro lado, muitos dos problemas que atingem os cidadãos de um Estado não podem ser enfrentados por apenas por seus governos (INNERATY, 2015: 179).

Nesse sentido, existe uma dependência recíproca entre a União Europeia e os seus Estados-membros. Como notam Bellamy e Weale (2015), a autoridade da EU reside em duas camadas de relações políticas. Na primeira camada, existe a relação entre Estados iguais e soberanos que buscam coordenar suas ações em nome de um objetivo comum. Uma vez que essa ação coordenada beneficia a todos os Estados, estes aceitam estruturar sua ação em torno de certas normas comuns pactuadas de modo a regular os termos de uma relação mutuamente benéfica. Em certos casos, porém, um dos Estados nesse acordo pode acreditar que poderia obter benefícios ainda maiores por não seguir algumas dessas regras contanto que os demais as continuem obedecendo. Há, portanto, um forte incentivo para desobedecer, para tornar-se um "*free rider*". Se, porém, um Estado acredita que os demais não vão obedecer às mesmas regras as quais está submetido, ele não tem mais nenhuma razão para o fazê-lo. Com isso, essa prática coletiva termina por colapsar.

Esse problema seria visível na zona do euro. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) determina que cabe a uma instituição central, o Banco Central Europeu (BCE), a tarefa de fixar a política monetária dentro da zona do euro (artº. 282 TFEU). Entretanto, as políticas fiscal e econômica dentro da zona do euro são de responsabilidade de seus Estados-membro. Por isso a afirmação de que a união monetária deu origem a um "mercado sem um Estado" e "Estados sem um mercado" (JOERGES, 2014: 31). Isso não significa, porém, que a atuação dos Estados e do BCE sejam totalmente independentes. A sobrevivência do mercado comum europeu depende da coordenação entre Estados-membros e o BCE. Se todos fizessem sua parte, afirma-se, o resultado seria a prosperidade econômica.

Existem, porém, fortes incentivos eleitorais para que os Estados não cumpram sua parte. Os governos dos Estados-membros, argumenta-se, são movidos pelas chances

de sucesso nas urnas. Isso por sua vez, depende da provisão de bens e serviços para seus eleitores. No afã de prover tais benefícios materiais ao eleitorado, estes seriam tentados a renunciar à devida disciplina fiscal. Os ganhos políticos imediatos prevalecem sobre os riscos econômicos futuros.

Em uma união monetária, os efeitos negativos desse comportamento, como um aumento na inflação e o consequente aumento nas taxas de juro, são sentidos de maneira menos intensa e imediata do que em países que possuem o controlo da política monetária. Dessa maneira, a indisciplina fiscal tem muito benefícios e poucos custos. Com isso, há um problema de ação coletiva como o acima discutido (BELLAMY, WEALE, 2015: 6).

Para evitar este tipo de situação, é necessário que os membros dessa empreitada conjunta deem sinais críveis de que estão disposto a cumprir com sua parte no acordo. Antes mesmo da crise da dívida soberana, a zona do euro já possuía mecanismo com essa função. Um dos principais, é o chamado "Pacto de estabilidade e Crescimento (PEC). Através dele, os países signatários se comprometem com equilíbrio orçamentário e a manter o valor do déficit público inferior a 3% do seu produto interno bruto (Resolução sobre o Pacto de Estabilidade e Crescimento, de 17 de junho de 1997).

Para reduzir ainda mais a chance de descumprimento dos compromissos assumidos, o pacto trouxe ainda mecanismo preventivos e repressivos. Em seu aspeto corretivo, o pacto estabelece o dever dos Estados-membros de apresentar informações quanto à situação fiscal do país e os planos para manutenção do equilíbrio orçamentário. Desse modo, torna possível seu acompanhamento e fiscalização pelos demais Estados-membros e pelas instituições da União Europeia (Regulamento (CE) nº 1466/97 do Conselho e art. 121, TFUE). Em sua vertente corretiva, o pacto prevê uma série de sanções, como multas e restrições à obtenção de crédito, que seriam ativadas uma vez que *déficit* orçamentário estatal supere o teto de 3% e o Estado-membro não tome as medidas necessárias para reduzi-lo (Regulamento (CE) nº 1467/97 do Conselho e art. 126, TFUE). Na prática, porém, o que se observou foi que, ante a necessidade de anuência dos Estados-membro para a execução destas sanções, este mecanismo tornou-se inefetivo.

Completando este sistema de controlo e supervisão, o TFUE prevê ainda, em seu artigo 125 (1), a chamada "cláusula de não resgate", que veda que as instituições da União Europeia e os demais Estados-membros assumam as dívidas de um Estado-membro endividado. Dessa maneira, busca incentivar a responsabilidade orçamentária ao retirar

uma possível tábua de salvação para Estados insolventes. Para além do não resgate, outras vedações com objetivo semelhante foram estabelecidas, como a vedação de financiamento de Estado-membro pelo BCE (art. 123, TFUE), e de acesso privilegiado de crédito do BCE por instituição pública financeira do setor público do Estado-membro (art. 24, TFUE).

A crise dos juros soberanos, porém, alterou os termos até então existentes desse contrato intraestatal. Ao constatar-se que estes mecanismos de controlo não foram suficientes para garantir a disciplina fiscal necessária, novos instrumentos ainda mais rígidos foram considerados necessário. Desde 2011, o braço preventivo do pacto de estabilidade e crescimento foi reforçado através do "semestre europeu". Entre novembro e julho de todo ano, os governos dos Estados-membros apresentam seus programas de estabilidade, especificando como pretendem alcançar suas metas orçamentária de médio-prazo, e promovem um esforço conjunto para coordenar suas políticas econômicas e orçamentárias. Este reforço em ações de coordenação e supervisão foi introduzido no bojo das reformas introduzidas pelos chamados "pacote de seis" (Regulamento nº. 1173/2011; Regulamento nº. 1174/2011; Regulamento nº. 1175/2011; Regulamento nº. 1176/2011; Regulamento nº. 1177/2011; Diretiva 2011/85/UE), pelo "pacote duplo" (Regulamento nº. 472/2013; Regulamento nº 473/2013), aprovados respetivamente em 2011 e 2013, e pelo Tratado sobre Estabilidade, Coordenação, Governação na União Económica e Monetária Europeia, aprovado em 2012. Além do aspeto fiscalizatório, a estrutura normativa aí criada cria mecanismo de correção de eventuais desequilíbrios orçamentários dos Estados-membros, que envolvem desde recomendações feitas pela Comissão Europeia até, no limite, sanções aplicáveis nos casos em que os problemas apontados não são corrigidos. Como ressaltam Maduro, Frada e Pierdominici (2017: 18-24), ainda que o art. 288 do TFUE afirme que suas diretivas e recomendações não são vinculantes, não apenas o Tribunal de Justiça da União Europeia possui jurisprudência consolidada no sentido de que as recomendações da Comissão Europeia são atos normativos que devem ser levados em consideração pelos Estados-membros na interpretação do direito interno, como existe a possibilidade de aplicação de sanções em caso de sua contrariedade.

Mas as mudanças trazidas pela crise foram além. Afinal, a grave situação fiscal pela qual passavam alguns dos países da zona do euro poderia colocar em risco a existência de todo o projeto europeu. Simplesmente criar incentivos, aconselhar e

fiscalizar para garantir uma boa gestão fiscal e econômica já não era mais uma alternativa viável. Naquele momento, era necessário auxiliá-los. Resgatá-los, apesar de proibição do TFUE. E esse resgate se deu através de uma série de medidas que, ao mesmo tempo em que ofereciam apoio financeiro, buscavam reestruturar toda a economia destes Estados-membros.

Estas medidas de resgate possuíam três características. Em primeiro lugar, (1) privilegiavam o intergovernamentalismo no desenho dos principais mecanismos de assistência financeira. Em segundo lugar (2), deixavam nas mãos de instituições supranacionais da União Europeia a tarefa de negociar as condições para estes empréstimos e fiscalizar seu cumprimento. Por fim, (3) exigiam dos Estados-membros a elaboração de um programa de ajustamento econômico e financeiro na forma de um "memorando de entendimento" no qual estes se comprometiam a implementar uma série de reformas económicas e financeiras com vistas à capitalização do setor bancário e redução da dívida pública. Na prática, isso significava o compromisso com medidas de austeridade levadas a cabo em um projeto amplo de políticas de crescimento, saneamento fiscal, fomento de emprego e competitividade (COUTINHO, 2013: 155).

Três eram as fontes de recursos emprestados aos Estados-membros devedores. Parte dela provinha do Fundo Monetário Internacional (FMI), que se propôs a emprestar 250 mil milhões de euros sabendo que uma crise econômica europeia era o gatilho para uma nova crise global. Uma segunda parte era proveniente dos Estados-membros da zona do euro através de um Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (FEEF), uma sociedade anônima criada em Luxemburgo para levantar 440 mil milhões de euros por meio de garantias oferecidas por estes países. A terceira fonte de recursos tinha sua origem na União Europeia, por meio de um Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira (MEEF), constituído por meio do Regulamento do Conselho Europeu 407/2010 e baseado no mecanismo previsto no artº. 122 (2) do TFUE, que criava uma linha de crédito de 60 mil milhões de euros administrada pela Comissão Europeia[174]. Ao mesmo tempo, o Banco

[174] Como chama atenção Scicluna (2014: 558), a legalidade destes mecanismos é controversa e alvo de intenso debate. Seus críticos tendem a apontar dois problemas. O primeiro, é o de que haveria um conflito entre o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira e a já mencionada cláusula de não resgate prevista no artº. 125 (1) do TFUE. O segundo, de que o Mecanismo Europeu de Estabilidade Financeira não poderia ser legalmente fundamentado no art. 122 (2) do TFUE, vez que este dispositivo autoriza o auxílio financeiro da União Europeia a seus estados-membros apenas em caso de calamidade ou ocorrência excecional que fuja ao controlo destes. Como, argumentam, a crise foi, em boa medida, resultado de má gestão econômica e financeira realizada por governos europeus, seria impossível afirmar que a situação não estivesse sobre

Central Europeu se comprometia a atuar para evitar calotes injustificados e grandes ruturas no mercado. O acesso aos recursos estava condicionado ao cumprimento pelos Estados-membros dos compromissos assumidos nos memorandos de entendimento. Caberia à chamada "Troika", a trinca formada pelo Fundo Monetário Internacional, pela Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, a tarefa de fiscalizar, por meio de avaliação trimestral, o desenvolvimento das medidas acordadas nos memorandos (PEREIRA COUTINHO, 2013: 156; VAN OVERTVELDT, 2011: 92 e 93).

Juntas, essa série de medidas colocava fortes limites e condicionantes à atuação fiscal e econômica de alguns Estados da zona do euro. Entretanto, elas esbarravam em uma dificuldade. Se, como afirmado, a existência de uma união monetária dependia de um acordo interestadual, ela não era menos dependente de acordos intraestaduais, um segundo nível de relações políticas. Para que Estados possam se comprometer de forma crível um com os outros, estes devem também garantir que internamente seus governos possuam a confiança de seus cidadãos quanto as medidas tomadas. Essa confiança não é fruto apenas de uma legitimidade formalmente a eles outorgada nas urnas. Ela deve ser constantemente renovada por meio de um processo de debate e deliberação pública na qual a maioria de seus cidadãos devem, ao final, restar convencidos de que por meio das medidas tomadas pelo governo sua vida estará melhor do que estaria sem elas (BELLAMY, WEALE, 2015: 8; POIARES MADURO, 2011: 6 e 7).

Como enfatiza Majone (2012: 4), é passado o tempo em que a integração europeia podia ser defendida apenas em termos de processo, ou seja, da quantidade novas competência criadas no âmbito europeu, de novos desenvolvimentos institucionais ocorridos, do volume de legislação e pela escala de suas operações. A integração pela integração. Agora, sua justificação dependia de seus resultados.

Ao mesmo tempo, seus cidadãos precisam acreditar que as medidas de seu governo são o resultado de sua própria vontade, de um ato de autogoverno. Se, os acordos feitos por seus governos são enxergados menos com um pacto livremente acordado entre nações iguais e mais como imposições externas, de outros países e tecnocratas, que

---

seu controlo. Em razão destas críticas, em 2011 o TFUE foi eventualmente emendado em seu art. 136, ao qual foi adicionado novo parágrafo no qual se autoriza a criação pelos estados-membros da zona do euro de "um mecanismo de estabilidade a acionar caso seja indispensável para salvaguardar a estabilidade da área do euro no seu todo", desde que tal assistência esteja sujeita à "estrita condicionalidade" (artº. 136 (3), TFUE). Com base neste novo dispositivo, criou-se um Mecanismo Europeu de Estabilidade, de natureza permanente e em funcionamento desde 2013.

restringem justamente essa capacidade de autogoverno, a confiança entre governante e governado se rompe. Nessas circunstâncias de aparente "gerencialismo autoritário" (JOERGES, 2014: 34), em que sob o signo da técnica procura-se contornar a deliberação política, a própria confiabilidade desses acordos resta enfraquecida (BELLAMY, 2013: 18; MAJONE, 2012: 20).

Este abismo entre as decisões das instituições europeias, como o Banco Central Europeu, e a população dos Estado-membros é também agravada pela ausência de um substrato social no qual estas possam operar de maneira estratégica. Dentro de Estados constitucionais, mesmo instituições independentes interagem com outras instituições dependentes da opinião pública e de votos do eleitorado. Isso as obriga, ainda que indiretamente, a tomar em consideração seus interesses e pontos de vista em suas decisões. No âmbito europeu, porém, em que não há algo como um povo europeu, esse desacoplamento social é ainda maior (MAJONE, 2012: 15).

Dessa maneira, o programa de resgate, em que pese sua necessidade, criou enormes dificuldades políticas para todos os Estados-membros da zona do euro. Nos Estados-credores, como Alemanha e França, fortaleceu-se uma narrativa de que a culpa pela crise era dos Estados-devedores, que, portanto, deveriam pagar pelos seus equívocos. Os empréstimos interestaduais não apenas pareciam ser ilegais, como terminavam por premiar um legado de má gestão orçamentária e econômica.

Nos Estados devedores, a situação política era talvez ainda mais complicada. O preço da bancarrota seria uma queda abrupta e violenta do padrão de vida dos habitantes destes países mas o preço do resgate não era tão mais leve assim. Um amplo programa de restruturação econômica e financeira que envolvesse reduções salariais, flexibilização de direitos trabalhistas, demissões, queda de investimento público e cortes em aposentadorias e pensões também levaria a uma longa e penosa queda em seu padrão de vida, cabendo, ao Estado a difícil tarefa de negociar junto à população o apoio a essas medidas de austeridade (SCHARPF, 2011: 27).

As inflexíveis imposições colocadas pelas "condicionalidades" dos empréstimos tornavam a tarefa para estes governos ainda mais difíceis. De um lado, deveriam lidar com uma população compreensivelmente crítica a estas políticas, por outro deveriam negociar com instituições internacionais friamente distantes e com Estados-credores

também pressionados por suas próprias populações a não cederem demais nas negociações. Não havia escolha simples.

É possível que muitas dessas reformas, ainda que impopulares, fossem necessárias para que, no médio prazo, as economias nacionais pudessem se fortalecer novamente. A legitimidade de governos democráticos depende de sua capacidade de executar a difícil tarefa de se equilibrar entre a necessidade buscar aqueles resultados que promovam o bem-estar de seus cidadãos e a agir, para isso, de modo a não se afastar demais das preferências desses mesmos cidadãos (SCHARPF, 2011: 4).

Em alguns casos, é possível que a transferência de responsabilidade por medidas impopulares a instituições externas possa facilitar o trabalho do governo. Tendo em vista a necessidade se obter um empréstimo, poder-se-ia argumentar, o governo não teria alternativa. A culpa por essas exigências tão duras seria da insensibilidade da Troika. Mas mesmo esse tipo de estratégia possui limites. Se a população acredita que o governo está a ser demasiadamente fraco ou conivente com as imposições desses atores externos, então sua autoridade pode ser colocada em risco.

Entretanto, quando, em 2011, o governo português solicitou sua entrada no Programa de Assistência Económico-financeira (PAEF), o resgate parecia ser o melhor curso de ação. Quebrar não era uma opção, os custos de sair da zona do euro eram ainda mais proibitivos. O governo socialista de José Sócrates vira, em março de 2011, seu pacote de medidas de austeridade ser rejeitado pelo Parlamento. Agora, restava-lhe negociar e tentar pactuar os melhores termos possíveis para os empréstimos a serem tomados. Os desafios políticos dessa decisão não eram pequenos. Os jurídicos, como logo veremos, tampouco.

VIII. II. O RESGATE PORTUGUÊS NOS TRIBUNAIS

O governo português, em troca de um empréstimo de 78 mil milhões de euros, liberado ao longo de três anos, concordou em cumprir as condições impostas em dois memorandos de entendimento, um assinado com a Comissão Europeia, em 17 de Maio de 2011 ("Memorando de Entendimento sobre Condicionalismos Específicos de Política Económica"), ao pleitear o auxílio proveniente do MEEF, e outro com o Fundo Monetário Internacional, enviado em 17 de maio de 2011 e aprovado por essa instituição no dia 20 do mesmo mês. No essencial, seu conteúdo era o mesmo, ainda que o assinado com a

Comissão fosse mais detalhado. Por sua vez, para a obtenção dos recursos provenientes do FEEF, Portugal teve de concordar com as medidas e objetivos elencados no memorando de entendimento já assinado com a Comissão Europeia. Nestes documentos, o governo português se comprometia com uma série de reformas estruturais em suas finanças e sua economia, dentre elas uma reforma administrativa que facilitava o despedimento de servidores e a redução de seus vencimentos, uma reforma no sistema de aposentadoria e pensões, e cortes em subsídios e auxílios sociais. Ao longo dos três anos de duração deste empréstimo, estas medidas foram revistas e atualizadas algumas vezes, sempre com anuência da Troika, de modo a garantir que os objetivos pactuados fossem alcançados.

Ainda que condicionais para fins de obtenção de empréstimo, alguns autores defendem que estes memorandos não geravam obrigações internacionais, razão pelo qual seu cumprimento não poderia ser arguido em juízo. Francisco Pereira Coutinho (2013: 179), por exemplo, argumenta que no caso do memorando para obtenção dos recursos provenientes do FEEF e do MEEF, o documento assinado tratava-se de "ato bilateral baseado em instrumentos jurídicos de direito privado – o acordo-quadro do FEEF e o contrato de empréstimo à República Portuguesa – e atos de direito da União – o Regulamento (UE) n.º 407/2010 e as decisões que o executam.". Por sua vez, o memorando enviado ao FMI seria ato unilateral do governo português, vez que consistiria em documento enviado maneira de persuadir a direção-executiva deste Fundo de seu comprometimento com o cumprimento das condições requeridas para obtenção acesso a seus recursos[175].

Mesmo, porém, que estes memorandos de fato não obrigassem legalmente o Estado português a colocar em práticas as medidas pactuadas, sua condicionalidade para obtenção dos recursos destes fundos colocava enorme pressão política não apenas sobre o governo, mas também sobre a oposição. Isso evidenciou-se pela exigência do Eurogrupo e da União Europeia, de que estas medidas fossem fruto de um amplo acordo

[175] Em sentido diverso, argumentando pela natureza bilateral e juridicamente vinculante destes memorandos, ver Baptista (2011). O Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012 veio a encampar a tese da natureza vinculante, ainda que o reconhecimento dessa obrigação não tenha impendido o tribunal de declarar a inconstitucionalidade dos cortes sobre subsídios e férias previstos na lei do Orçamento de Estado para 2012.

interpartidário que envolvesse não apenas os partidos da base do governo, como também independentes e a oposição (COUTINHO, 2013: 165).

Quando da assinatura destes acordos, o governo socialista de José Sócrates estava demissionário. Não obstante, logrou aprovar o orçamento para 2011 com as primeiras medidas de ajuste fiscal. Um mês depois, a oposição do PSD-CDS assumiu o governo português, em junho de 2010. O programa de governo do novo primeiro-ministro, Pedro Passos Coelho, em momento nenhum rejeitou este acordo. Pelo contrário, antes mesmo das eleições que deram vitória a sua coalizão, o líder do PSD tranquilizou credores e afirmou que seu programa de governo "*está muito além dos memorandos da Troika*" (NOGUEIRA DE BRITO, 2014: 90). Havia, portanto, relativo consenso entre governo e a maioria do parlamento quanto a necessidade de se aprovar as medidas do pacote de austeridade. O que não significa, porém, que não tenha havido contestação política.

As políticas de austeridade levaram centenas de milhares de portugueses às ruas a partir de 2011. Valendo-se das redes sociais, grupos de protesto, como Geração à Rasca ou Que se Lixe a Troika, buscaram canalizar a indignação popular em protestos organizados contra as medidas do governo (NUNES, 2023: 56). Entre 2011 e 2013, ocorreram 3 greves no país, quase um terço de todas as ocorridas desde o fim da ditadura (NOGUEIRA DE BRITO, 2014: 102). As demandas desses movimentos sociais encontraram eco principalmente junto a políticos de partidos menores de esquerda e dissidentes da base do governo que, por sua vez, encontraram no TC uma importante arena de combate.

Ainda em 2010, uma tentativa do governo de José Sócrates de alterar o Código de Imposto de Renda sobre pessoas singulares foi levada ao Tribunal Constitucional pelo Presidente Cavaco e Silva. Cavaco e Silva, questionava as alterações introduzidas nos artigos 68º, n.º 1 pelas Leis n.º 11/2010 e 12-A/2010. Por meio delas, criava-se um novo escalão de tributação sujeitando os rendimentos superiores a 150.000 euros anuais a um imposto de 45%e aumentava-se os impostos nos diferentes escalões do imposto de renda. Até então, o mais alto escalão do imposto de renda possuía uma alíquota de 42%.

Apesar de entrar em vigor apenas em junho de 2010, a Lei n.º 11/2010 determinava que essa nova alíquota seria aplicável a rendimentos obtidos desde janeiro daquele ano. Por isso, alegou o presidente, seria retroativa e, como consequência, estaria

em desacordo com os princípios da irretroatividade da norma tributária mais danosa ao contribuinte e da legalidade tributária (art. 103º, n.ºs 1 e 3, da CRP). Como não seria possível que os contribuintes afetados por essa mudança pudessem antevê-la e, assim, se preparassem para ela, haveria ainda violação ao princípio da confiança (art. 2º da CRP).

A Lei n.º 12-A/2010 aumentava o valor da alíquota em distintos escalões do imposto de renda. Segundo a redação legal, apesar da mudança se operar apenas em julho de 2010, quando entrou em vigor, as novas alíquotas também seriam aplicáveis aos rendimentos auferidos desde janeiro de 2010. Cavaco e Silva usou, então, os mesmos fundamentos acima expostos para questionar a constitucionalidade desse aumento da carga tributária.

Em sua resposta a essas alegações, o TC reconheceu a existência de uma proibição constitucional de retroatividade da norma tributária quando estas criem ou aumentem impostos aplicáveis a fatos geradores ocorridos antes de sua entrada em vigor (Acórdão n.º 399/ 2010). Como, porém, as leis então atacadas não seriam aplicadas a fatos inteiramente ocorridos antes de sua entrada em vigor, não haveria nenhum tipo de desobediência ao preceito constitucional. Isso porque, no caso do imposto de renda de pessoas singulares, seu fato gerador é complexo, já se inicia no início do ano fiscal e termina no último dia do período de tributação. Não se tributa, portanto, os valores auferidos mensalmente, mas o valor global auferido anualmente.

O tribunal não enxergou também qualquer violação ao princípio da confiança, visto que não existiria um expectativa constitucionalmente tutelada de que a criação ou aumento de impostos apenas poderiam ocorrer até o primeiro dia de janeiro para que pudessem já valer para o ano de edição da lei. Isso era especialmente verdade naquele caso, em que a conhecida situação fiscal excecional do país demandava medidas de urgência. No mais, o aumento da tributação seria proporcional e justificável à luz de interesses públicos. Assim, salvas pelo Tribunal Constitucional, as medidas de austeridade passavam seu primeiro teste.

Desde o início do programa de ajuste fiscal, boa parte das reformas anunciadas pelo governo vieram através de leis orçamentárias. O orçamento de Estado para o ano de 2011 (Lei n.º 55-A/2010) trouxe uma série de medidas com vista a sanear as finanças do Estado português. Dentre elas, incluíam-se cortes de até 10% nos salários de servidores públicos, conforme o disposto em seus artigos 19º, 20º e 21º. Quando interesses tão

sensíveis se veem assim afetados, é de se esperar que questionamentos legais sejam feitos. Mas além de sensíveis, estes interesses pertenciam a grupos politicamente bem representados. Por isso, estes questionamentos se deram na forma de um requerimento levado ao Tribunal Constitucional por um grupo de deputados de oposição para que tais dispositivos tivessem sua inconstitucionalidade declarada (Processo n.º 72/11).

Os autores da ação argumentavam que, ao contrário do que sua associação com o orçamento anual poderia levar a crer, estas medidas não tinham carácter temporário e emergencial. Por isso, apesar de alegadamente fundada em uma situação excecional, sua duração ia além do período de excecionalidade. Desta maneira, seriam desproporcionalmente afetados os direitos dos servidores públicos. Mais especificamente, seus interesses protegidos pelo princípio da proteção da confiança legítima, subprincípio do princípio do Estado de Direito (art. 2º, CRP), seus direito fundamental à não redução de sua remuneração, o direito à igualdade dos trabalhadores públicos afetados (art. 13º, CRP), já que estes receberiam tratamento diferente de outros trabalhadores que recebem dinheiro público, e os direitos do trabalhadores de participarem na elaboração legislativa atinente à sua categoria profissional através de entidade representativa de classe (art. 54º, n.º 5, Alínea d, e 56º, n.º 2, Alínea a, da CRP).

Em resposta aos requerentes, a maioria do tribunal reafirmou o carácter provisório das medidas governamentais (Acórdão n.º 396/ 2011). Os dispositivos orçamentários atacados não seriam apenas normas formalmente orçamentárias, mas também materialmente orçamentárias e, como tal, sujeitas à periodicidade anual. Essa provisoriedade, defendeu, estaria em linha com sua natureza excecional. Em um segundo momento, o TC negou a alegação de que existiria um direito a não redutibilidade salarial. O que o direito português vedava, afirmou, seria apenas uma redução arbitrária de salário feita sem adequado suporte normativo. No mais, a Constituição Portuguesa reconheceria apenas um direito fundamental à retribuição pelo trabalho, mas esta não significa que o salário devesse corresponder a um montante específico inalterável. No caso em questão, o percentual das reduções impostas pelo governo não seriam suficiente para violar este direito a um mínimo salarial.

Igualmente rejeitou o tribunal a alegação de violação do princípio da confiança legítima. De fato, os interesses das partes à manutenção de determinada situação jurídico-laboral estava protegido por este princípio, no entanto, também essa proteção poderia eventualmente ceder no caso concreto ante a existência de outros interesses de maior

peso. Para o tribunal, haveria relevante interesse público nos cortes salariais do governo, tendo em vista a excecional situação de calamidade fiscal e os compromissos assumidos com a *Troika* como condição ao auxílio financeiro por esta oferecido. Em um juízo de ponderação com os interesses das partes afetadas, estes interesses públicos prevaleceriam sobre aqueles.

Ao analisar a suposta violação ao princípio da igualdade, o TC negou que houvesse desigualdade existente entre os trabalhadores públicos, já que a categoria de trabalhadores incluídos nas categorias sujeitas à redução salarial na lei orçamentária seria excessivamente ampla, dela estando excluídas apenas aqueles trabalhadores que aufiram menos de 1.500 euros ao mês. Entretanto, mesmo nesses casos limitados valeria a máxima de que o princípio da igualdade impõe tratamento igual aos iguais e tratamento diferente aos diferentes na medida desta diferença.

O foco do tribunal, então, passa a ser outro, e que traria maiores implicações em casos futuros. Haveria um tratamento não isonômico conferido a trabalhadores do setor público e do setor privado. Os primeiros sofreriam de forma mais intensa do que os segundos os impactos do programa de ajuste fiscal do governo. A questão seria, então, se essa diferença se justificaria ou não. Sem dúvidas, existiriam semelhanças e diferenças entre empregos públicos e privados. Escolher equipará-los ou não passa por considerações normativas que levam em conta as implicações legais de fazê-lo e razões fundadas em princípios constitucionais. Essa é uma decisão que deveria, portanto, ter como parâmetro uma análise de proporcionalidade. O maior ônus sobre os trabalhadores com emprego público deveria ser justificado pela promoção de outros interesses públicos relevantes.

A partir dessa premissa, o Tribunal Constitucional engajou-se em um juízo de ponderação no qual foram consideradas as três etapas da análise de proporcionalidade das medidas atacadas. Em primeiro lugar, considerou se estas eram aptas a promover determinados interesses públicos, no caso em questão, a saúde financeira do Estado português e manutenção dos compromissos assumidos junto à Troika. Quanto a isso, conclui que sim, o corte de gastos com salários no setor público era indubitavelmente instrumento hábil para obter esses objetivos de maneira rápida e eficaz. Em segundo lugar, se ponderou se haveria outras maneiras de obter resultado semelhante com menor intervenção sobre outros princípios constitucionais. Nesses casos, reconheceu que a alternativa mais evidente seria um aumento na carga tributária que afetasse a todos os

contribuintes de maneira mais homogênea. Entretanto, reconheceu também que o impacto das duas medidas não seria exatamente igual. Em razão dessa possível diferença entre as duas medidas, poderia o governo decidir pela mais apropriada, desde que sua escolha se mantivesse dentro de um espaço de razoabilidade. Respondeu ainda que, à luz da situação excecional enfrentada pelo país e tendo em vista a promoção de relevantes princípios constitucionais, os cortes do governo passariam por uma análise de proporcionalidade.

Finalmente, o último argumento dos autores da ação, de que não teria sido dada chance a entidades representativas de trabalhadores do setor público a chance de se manifestar quanto à elaboração legislativa que afetasse interesses de seus representados, foi prontamente rechaçado pela maioria dos juízes do TC. Para estes, restaria demonstrado que o governo chamou publicamente estes a debaterem sobre o projeto de lei orçamentária. Mais uma vez o programa de austeridade no Tribunal Constitucional sagrou-se vencedor. Nos termos em que fora proposta, dentro do limite do aceitável, provisória e justificada por circunstâncias extraordinárias, não haveria incompatibilidade entre austeridade e constituição.

A vitória obtida pelo governo nesses dois embates não se repetiria no ano seguinte. No âmbito do processo n.º 40/12, foi chamado o Tribunal Constitucional a mais uma vez se pronunciar quanto a legalidade de políticas de corte de gastos trazidas na lei orçamentária. Desta vez, no orçamento de Estado de 2012 (Lei n.º 64-B/2011), o governo de Passos Coelho explicitamente mantinha as medidas no ano anterior, porém, desta vez, pelo período de três anos, quando, então, teriam fim as condições impostas para obtenção Programa de Assistência Econômica e Financeira (PAEF). Não apenas a duração das medidas seria mais longa, como também seriam estas mais duras. Além do corte salarial, agora a tesoura do governo alcançava subsídios de férias e Natal. Aposentados e reformados do setor público e privado eram também afetados. Concomitantemente, as reduções salariais agora também abarcavam trabalhadores no setor público com salários a partir de 600 euros mensais, e não mais 1.500, como ocorrera no ano anterior. Operava-se, dessa maneira, uma dura reforma administrativa e previdenciária por via de lei orçamentária.

A oposição ao governo PSD-CDS no parlamento investiu contra essas mudanças e levou a questão ao Tribunal Constitucional. Questionou-se nessa ocasião a constitucionalidade dos art.º 21 e 25 daquele diploma legal por alegada violação dos princípios da confiança legítima, do princípio da igualdade perante repartição de

encargos, do direito à segurança social (art. 63°, da CRP), e da proporcionalidade, na sua vertente de necessidade. Se no julgamento anterior, o TC parecia estar disposto a dar um voto de confiança ao governo em seu programa de ajuste fiscal, neste segundo embate constitucional a situação seria diferente (Acórdão 353/2012).

Como da outra vez, reconheceu-se que haveria legítima e bem fundada expectativa destes trabalhadores e pensionistas afetados de não sofrerem reduções salariais no bojo das tentativas de o governo sanear as finanças públicas. Entretanto, aqui a violação seria ainda maior. Subsídios de férias e Natal eram parte do salário de trabalhadores. Somados aos cortes já realizados no ano anterior e mantidos neste, reduções nestes subsídios teriam imenso impacto na renda dos trabalhadores no setor público. Além disso, cortes tão drásticos, em especial em aposentadorias e pensões, deixariam aqueles por ela afetados pouca margem de manobra para adaptarem seus planos de vida a essa nova realidade econômica. Por isso, o ônus de argumentação do poder público para tomar tais medidas seria ainda maior do que no ano anterior. E quanto maior o grau de sacrifício imposto aos cidadãos, maior seria também a necessidade de justiça e equidade na imposição desses sacrifícios.

Nessa linha, a violação à igual repartição de cargos foi o fundamento principal para a declaração de inconstitucionalidade das normas orçamentárias. Mais especificamente, o tribunal desta vez rejeitou a necessidade de uma medida que impunha o encargo desproporcionalmente alto a apenas parte dos trabalhadores. Este argumento foi construído em diversas etapas. Primeiro, o tribunal rejeitou tentativas de desequiparação de trabalhadores no setor público e privado baseadas no argumento de que os primeiros teriam, na média, salário significativamente superior aos segundos, por entender que tal comparação não poderia ser feita sem tomar em conta a natureza dos trabalhos exercidos. Por isso, não se poderia dizer que cobrar igualmente de trabalhadores nos dois setores feriria qualquer noção de equidade.

Em sentido parecido, afastou a tese de que encargos iguais não poderiam ser impostos uma vez que trabalhadores no setor privado seriam mais vulneráveis a choques econômicos por não gozarem da mesma estabilidade laboral dos trabalhadores no setor público. Uma eventual medida alternativa aos cortes salariais, como um aumento na tributação, apenas afetaria aqueles trabalhadores já empregados. Ela atingiria um mesmo grupo, o de cidadãos que auferem renda, independentemente de serem do setor público ou privado.

Restaria como defesa de tal discriminação a alegação de que políticas voltadas para a contenção de despesa seriam mais eficazes para o saneamento fiscal do que aquelas com foco na receita não justificaria qualquer tipo de medida. Entretanto, afirmou o TC, mesmo que isto fosse verdade, os eventuais ganhos em eficácia com redução de despesas deveriam ser ponderados com as restrições aos interesses das partes por ela afetadas. Dado o longo período de duração de tais políticas e seu grande custo para trabalhadores no setor público, aposentados e pensionistas, elas afetariam de maneira tão intensa os direitos e interesses destes que nem mesmo esses benefícios poderiam justificá-las. Por essa razão, concluiu, seriam inconstitucionais.

Em uma solução quase compromissória, o TC suspendeu, no entanto, os efeitos de sua decisão sob a alegação de que, se imediatos, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade gerariam sérios impactos nas contas públicas e nos esforços governamentais de cumprir seus compromissos. Apesar de derrotado, mais uma vez o governo conseguira certo alívio. Mas esse alívio foi passageiro. A partir desta decisão, novas derrotas para o programa de ajuste fiscal do governo se seguiram.

No Acórdão n.º 187/2013 o Tribunal Constitucional veio a se pronunciar quanto à constitucionalidade do orçamento de Estado para o ano de 2013 (Lei nº 66-B/2012). O julgamento foi uma resposta a distintos processos em que se questionava a compatibilidade deste diploma legal com a constituição portuguesa. A maior parte destes pedidos veio dos diferentes partidos de oposição ao governo. Havia, porém, em meio a estes, um pedido de fiscalização de constitucionalidade vindo do Presidente da República (Processo n°. 2/ 2013). Desta vez, os questionamentos à constitucionalidade não vieram apenas da oposição ao governo, mas, curiosamente, do próprio Presidente Aníbal Cavaco Silva em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade. O que dava ares de estranheza à ação presidencial era o fato de o Presidente da República, que assinara o orçamento de estado mesmo tendo dúvidas quanto à sua constitucionalidade, era do mesmo partido de Passos Coelho[176].

[176] É possível que ao enviar projetos de lei para avaliação do Tribunal, Cavaco e Silva buscasse aí reafirmar seu papel de poder moderador independente, ao mesmo tempo em tentava mostrar afastamento de um programa considerado por uma parcela expressiva do eleitorado como excessivamente radical (FEIJÓ, 2019). Em alguns casos, porém, alguns desses envios foram previamente acordados com o governo (VIOLANTE, 2019: 131).

Cavaco e Silva arguiu a inconstitucionalidade dos artigos 29º, 77º e 78º da lei. O artigo 29º suspendia ou reduzia os subsídios de férias ou equivalentes de trabalhadores do setor público. O artigo 77º estendia essa suspensão ou redução a aposentados e pensionista e o artigo 78º criava uma contribuição extraordinária de solidariedade a ser paga por estes últimos. A alegação de inconstitucionalidade era praticamente a mesma formulada pela oposição do PS no Processo n.º 5 /2013 e pelo Provedor-Geral de Justiça, que no Processo n.º 11/2013 também argumentara pela incompatibilidade dos artigos 77 e 78 da lei orçamentária com a constituição portuguesa. Um grupo de deputados de oposição foi ainda mais longe, não apenas atacando os artigos 29º, 77º e 78º do orçamento de 2013, mas voltando suas cargas também contra os artigos 27º, 117º, 186º e 187º. A artigo 27º mantinha redução de salários dos empregados públicos já estabelecidas no ano anterior. O artigo 117º estabelecia uma contribuição a incidir sobre as parcelas pagas a título de prestações de doença e desemprego. Os artigos 186º e 187º baixavam os escalões do imposto de renda de pessoas singulares e estabeleciam uma sobretaxa.

Com relação às normas dos artigos 27º e 29º, o tribunal rejeitou as alegações de que violariam o princípio da anualidade (art. 106º, nº1, CRP) por estabelecerem políticas plurianuais. Também afastou a acusação de que estariam em desacordo com a obrigação constitucional de elaborar o orçamento tendo em conta obrigações contratuais (art. 105º, n.º 2, CRP) e feririam os direitos de contratação coletiva (art. 56 º, n.º 3, CRP) e à retribuição (art. 59º, n.º 1, a)). Igualmente, não aceitou o argumento de que os cortes salariais dos artigos 27º e 29º consistiriam em tributação disfarçada e, consequentemente, de que a lei orçamentária criaria um tipo de discriminação tributária ilegítima em desfavor dos empregados públicos por não ser fundada em princípios de capacidade contributiva e unidade do imposto (art. 104º, CRP). A política de cortes do governo era o resultado da ação do Estado Empregador, não do Estado exercendo seu poder soberano de tributar os cidadãos.

Entretanto, fiel ao trinómio proporcionalidade-igualdade-confiança que balizara os julgamentos anteriores, o TC acatou o argumento de que as normas atacadas aumentariam a disparidade entre o sacrifício exigido de trabalhadores no setor público, aposentados e pensionistas e aqueles trabalhadores ativos no setor privado a ponto de torná-la desproporcional e excessiva, principalmente levado em conta os sacrifícios já destes exigidos, a título de alegada excecionalidade, nos anos anteriores. Por isso,

declarou a inconstitucionalidade do artigo 29º por violar os princípios da igualdade proporcional e da justa repartição de encargos públicos (artigos 13º e 18º da CRP).

Fundamento semelhante foi invocado pelo tribunal para afirmar a inconstitucionalidade dos cortes em subsídios de férias previsto no artigo 77º da lei orçamentária. As restrições impostas aposentados e pensionistas também estariam impondo a este grupo um fardo desproporcionalmente mais duro do que a outros grupos da sociedade, além de novamente violarem o princípio da confiança legítima.

Apesar de reafirmar a constitucionalidade dos artigos 78º, 186º e 187, o TC também considerou inconstitucional o artigo 117 º, n.°1, quando sobretaxa prestações pagas em casos de doença e desemprego. Não por mera limitação ao direito à seguridade social (art. 63º, n.º 3 c/c art. 59º, , CRP), como arguido pelo requerente, mas por abrir a possibilidade para uma redução tão significativa e desproporcional no rendimento dos trabalhadores que havia o risco de que, com isto, o direito a uma existência digna lhes fossem negado.

Ainda em 2013, Cavaco e Silva solicitou ao TC a apreciação da constitucionalidade das normas constantes n.º 2 do artigo 18º, no n.º 1 do artigo 4º, em e na alínea b) do artigo 47° do Decreto n° 177/XII da Assembleia da República, que tinham por objetivo alargar os casos de dispensa de trabalhadores em função pública com fundamento em razões objetivas. Estes enunciados normativos criavam três novas justificativas objetivas para a cessação de vínculo laboral de trabalhadores em função pública. A primeira seria a "*redução de orçamento do órgão ou serviço decorrente da diminuição das transferências do Estado ou de receitas próprias*" (segunda parte do n.º 2 do art. 4°, do Decreto n° 177/XII). Em segundo lugar e terceiro lugares, em caso de "*necessidade de requalificação dos respetivos trabalhadores, para a sua adequação às atribuições ou objetivos definidos*" e "*de cumprimento da estratégia estabelecida*" (terceira e quarta partes do n.º 2 do art. 4º, do Decreto nº 177/XII).

A primeira alegação contra o diploma atacado seria de que estas justificativas seriam por demais vagas e imprecisas. Por isso, não ofereceriam parâmetros suficientes de controlo de atos de despedimento e tampouco imporiam à administração pública o ônus de justificar de maneira convincente de que modo esse despedimento poderia ser enquadrado como "justa causa". Ainda que uma restrição ao direito fundamental do trabalhador a não ser despedido sem justa causa (art. 53 º, CRP) pudesse ser justificada à

luz da promoção de outros princípios e valores constitucionais, o legislador não teria argumentado de maneira suficientemente enfática nesse sentido.

A segunda alegação era a de que, de acordo com as normas do n.º 1 do artigo 4.º e a contida na alínea b) do artigo 47.º do decreto-legislativo, estas medidas implicariam em flexibilização do vínculo empregatício de funcionários públicos com nomeação definitiva à data de entrada da lei. Desta maneira, estariam em conflito, mais uma vez, com o princípio da proteção da confiança legítima.

Novamente, o Tribunal Constitucional encampou ambas as teses (Acórdão 474/ 2013). Por meio de fórmulas vagas e conceitos abertos, as inovações legislativas fragilizavam a estabilidade do emprego público sem que restasse demonstrado que, à luz da proporcionalidade, estas se justificavam em razão da promoção de outros princípios e valores constitucionalmente reconhecidos. Para piorar, as teses atingiam trabalhadores no setor público já com nomeação definitiva, que acreditavam justificadamente que o programa de corte de gastos do governo não atingiria sua estabilidade trabalhista. O próprio tribunal, alegou o TC, havia também acreditado nisto quando, no passado referendou reduções de vencimentos destes trabalhadores sob o argumento de que tais medidas seriam razoáveis ante o fato destes não correrem os mesmos riscos de despedimento que trabalhadores no setor privado.

No Acórdão n.º 602/2013 foi a vez das reformas nas relações laborais do governo serem questionadas. Um grupo de deputados oposicionistas arguiu a inconstitucionalidade dos artigos 208º-A; 208º-B; 229º n.ºs 1, 2, 6 e 7; 234º, n.º1; 238º, n.ºs 3 e 4; 268, n.ºs 1 e 3; 269º, n.º 2; 368º, n.ºs 2 e 4; 375º, n.ºs 1, alíneas b) e d), 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, do Código de Trabalho, cuja nova redação foi dada pelo artigo 2º da Lei n.º 23/2012. No mesmo processo, também foi atacado o art.º 7º deste mesmo diploma legal.

Os artigos 208º-A; 208º-B estabeleciam que o acordo entre entidade patronal e trabalhador para a estipulação do banco de horas poderia ser feito sem a aceitação expressa do trabalhador, desde que este não se opusesse por escrito. Os requerentes argumentavam que esta mudança violaria o direito ao repouso e ao lazer (artigo 59º da CRP), ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, n.º 1, CRP), à proteção da família (artigo 67º, CRP), à saúde (artigo 64º, CRP) e à liberdade sindical (artigo 55º da CRP).

Os artigos 229º n.ºs 1, 2, 6, 234º, n.º1, 238º, n.ºs 3 e 4 e 268, n.ºs 1 e 3, e 269º, n.º 2 determinam o fim do descanso compensatório, a redução à metade do pagamento do trabalho suplementar, diminuição do número de feriados obrigatórios. Aqui, a alegação foi de que tais normas violariam o direito à retribuição do trabalho e o direito ao repouso e lazer.

O artigo 368º transfere à entidade patronal a competência para fixar critérios objetivos e não discriminatórios para extinção de posto de trabalho. Os requerentes defendiam que tais alterações legais botavam em xeque o direito à segurança no emprego e a proibição de despedimento sem justa causa fixado pelo artigo 53º da CP.

O artigo 375º, n.ºs 1, alíneas b) e d), 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 cria uma hipótese legal de despedimento por justa causa por inadaptação do trabalho. Neste caso, novamente a incompatibilidade com a vedação à demissão por justa causa servia como fundamento para a arguição de inconstitucionalidade.

O artigo 7º da Lei nº 23/2012 suspendia até 31 de dezembro de 2014 as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e as cláusulas de contratos de trabalho que tivessem entrado em vigor antes de 1º de agosto de 2012 e que dispunham sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho. Também se suspendia aquelas relativas à retribuição ou descanso compensatório por trabalho normal durante feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia. Esta norma, argumentaram os arguentes, colidiria com o direito fundamental à contratação coletiva (art. 56º, n.ºs 3 e 4, CRP).

Por fim, era apontada a inconstitucionalidade do artigo 9º da mesma lei, que revogava as normas dos artigos 229.º n. 1, 2 e 6 e 375.º, n.º 1, alíneas d) e e) do Código de Trabalho. Nelas eram regulados o direito ao descanso compensatório do trabalhador e fixados critérios objetivos para despedimento por inadaptação.

O TC veio a declarar a inconstitucionalidade da norma do artigo 368º, nºs. 2 e 4, do artigo 9º, n.º 2, e do artigo 7.º, números 2, 3 e 5. O tribunal justificou suas decisões sob o argumento de que as normas do artigo 368 e 9º imporiam restrições à vedação de despedimento sem justa causa e de que as do artigo 7º limitaria o direito a contratação coletiva e a proporcionalidade.

No Acórdão n.º 794/2013 foi a vez da tentativa de o governo aumentar a carga horária dos trabalhadores em funções públicas ser colocada em questão. Por meio da Lei n.º 68/2013, o governo promovia alterações no Regime do contrato de Trabalho em Funções Públicas (Lei nº 59/2008). Os artigos 2º e 3º daquela lei, quando conjugados aos artigo 4º, 10º e 11º, fixam o período de trabalho deste trabalhadores em 8 horas diárias e 40 horas semanais. Um aumento no número de horas trabalhados considerando-se o regime de 7 horas diárias e 35 semanais que antes vigia. Além disso, passam a autorizar carga horária ainda maior desde que prevista em diploma próprio. Os parlamentares da oposição alegaram que estas alterações, além de violarem os princípios da igualdade, proporcionalidade e proteção da confiança, ainda terminavam por ferir a vedação de retrocesso social e o direito à retribuição e a um limite máximo da jornada de trabalho, previsto no artigo 59.º, n.º 1, alínea d), da Constituição portuguesa e a obrigação constitucional do Estado fixar, à nível nacional, os limites da duração do trabalho, determinado pelo artigo 59.º, n.º 2, alínea b), desta carta constitucional.

O TC, em resposta a estes questionamentos, lembrou que, apesar deste aumento de carga horária importar, na prática em uma redução salarial, já que salários se mantém constantes e a carga de trabalho é aumentada, não existe um direito fundamental constitucional à não irredutibilidade salarial. Negou ainda que, em termos de carga horária, exista diferença substancial entre o regime de trabalho dos trabalhadores no setor público e privado que configure violação ao princípio da igualdade e da proporcionalidade. Em razão das condições económicas do país, e tendo em vista o processo de reformas ao qual este foi submetido nos últimos anos, afirmou o tribunal, não haveria boas razões a sustentar a proteção de expectativas na manutenção de carga horária dos empregados públicos. A obrigação de fixar um limite máximo de horário de trabalho estaria satisfeita pela lei, ao estabelecer a carga horária de 8 horas diárias e 40 semanais, ainda que este limite não fosse absoluto. Por fim, rejeitou a alegação de fiscalização de constitucionalidade com base na vedação de retrocesso social, uma vez que esta não fornecia parâmetros objetivos de controlo das normas jurídicas, sendo parasitária da aferição de violação de outros princípios constitucionais, o que não teria se dado no caso em tela. Com base nestes argumentos, o TC avalizou o aumento de carga horária no setor público.

Em mais uma investida contra o programa do ajuste fiscal do governo, o Presidente Cavaco e Silva posicionou-se pela inconstitucionalidade de reduções no valor

das pensões fixadas nas alíneas a), b), c) e d) do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto da Assembleia da República n.º 187/XII. A natureza tributária destas reduções teria como consequência sua sujeição aos princípios da constituição tributária, principalmente os princípios da universalidade, da progressividade, da impessoalidade e do carácter unitário do imposto (art. 103°, n° 1 e 14, n° 2, CRP). Por estarem direcionados apenas a uma parcela da população — os pensionistas — e criarem uma discriminação que não leva em conta a capacidade contributiva destes contribuintes, a política de corte de pensões estaria em clara afronta a todos estes mandamentos constitucionais. Além disso, defendeu, mesmo que ausente sua natureza tributária, tais medidas atingiriam de maneira desproporcional direitos adquiridos dos pensionistas, ferindo, com isso, os princípios da proporcionalidade e da confiança legítima.

Em sua decisão (Acórdão n.º 862/2013), o TC rejeitou o primeiro argumento. Para o tribunal, ainda que com características e efeitos práticos semelhantes, reduções nos valores devidos aos pensionistas, seriam medidas de ajuste fiscal desenhadas a nível de controlo de gastos e não de aumento de receita. Sua natureza não era tributária e, por isso, não estaria sujeito aos princípios do direito tributários. Não obstante, concedeu a maioria dos juízes, novamente as medidas do programa de austeridade governamental estariam violando os princípios da proporcionalidade e da confiança legítima. Por isso, os dispositivos em debate seriam, sim, inconstitucionais.

A saída de Portugal do programa de auxílio financeiro, em 17 de maio de 2014, não significou o fim da "jurisprudência da crise". Outras decisões sobrevieram e novas derrotas para o ajuste fiscal do governo Passos Coelho se seguiram. Duas semanas depois do fim do compromisso assumido com a Troika, em 30 de maio, foi dada a decisão do Acórdão n.º 413/2014. Neste caso, o Tribunal Constitucional julgava a inconstitucionalidade de diferentes normas do orçamento de Estado para o ano de 2014 (Lei nº 83-C/2013) arguidas por membros de diferentes partidos de oposição e pelo Provedor-Geral de Justiça. Em questão estava a constitucionalidade dos artigos 33º, 75º, 115º e 117º da lei.

O artigo 33º trazia uma nova redução das remunerações de trabalhadores do setor público, dessa vez atingindo todos aqueles com salário superior a 675 euros mensais e durante todo o ano de 2014. Os requerentes alegavam que esta redução violaria o direito à retribuição (art. 59º, CRP), o princípio geral da igualdade (art. 13, n.º 1, CRP) e os princípios da proteção da confiança legítima e da proporcionalidade (art. 2º, CRP). Por

mais um ano, alegavam, um sacrifício desproporcional seria exigido de empregados públicos. Repetindo o padrão dos últimos três anos, estes novamente sofreriam o peso das medidas de austeridade de forma muito mais dura que o resto da população. A confiança de que os sacrifícios dos anos anteriores seriam os últimos, também teria sido rompida. Novas privações eram impostas, desta vez ao ponto de inviabilizar o direito à remuneração digna e sem que pudessem ser justificadas como medidas necessárias e proporcionais na persecução do interesse público.

O artigo 75º redefinia o regime de complementos de pensão de trabalhadores de empresas do setor público empresarial e restringindo seu pagamento aos casos em que "*sejam integralmente financiados pelas contribuições ou quotizações dos trabalhadores, através de fundos especiais ou outros regimes complementares*". Argumento semelhante ao usado para questionar a constitucionalidade do artigo 33º era aqui também empregado. As inovações trazidas pela lei orçamentária feririam os princípios da confiança legítima, da igualdade e da proporcionalidade.

O artigo 115º cria uma contribuição sobre as prestações previdenciárias pagas em caso de doença ou o desemprego. Os princípios da proporcionalidade, em sua vertente de necessidade e proporcionalidade *strictu sensu*, e o da igualdade, argumentou-se, restariam feridos por uma medida que exige mais constrangimentos daqueles em situação mais vulnerável.

O artigo 117º determina cortes nas pensões pagas a título de pensão de sobrevivência. Para além das já repetidas alegações de violação aos princípios da confiança legítima, igualdade e proporcionalidade, as medidas previstas neste artigo enfrentaram ainda a acusação de levar à desapropriação total dos valores recebidos a título de pensão, razão pela qual também violariam o direito à propriedade (art. 62º, CRP).

Ao final do julgamento, o TC rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do artigo 75º, por entender que as eventuais limitações aos princípios da igualdade e à proteção da confiança justificar-se-iam, dentro de um juízo de ponderação, pela promoção do interesse público existente em especial no equilíbrio orçamental obtido por meio das novas condições estabelecidas para pagamento dos complementos de pensão. O mesmo não poderia ser dito dos demais artigos. Aqui o tribunal concordou com os argumentos da oposição e do Procurador-Geral da República e declarou a inconstitucionalidade dos artigos 33º, 115º e 117º do orçamento de Estado. Com relação ao artigo 33º, manteve o

mesmo entendimento previamente utilizado para fundamentar a derrubada do corte de subsídios de férias estabelecido pelo orçamento de Estado do ano anterior. O artigo 115º foi considerado uma reedição, com pequenas alterações, do artigo 29º do orçamento de Estado de 2013, declarado inconstitucional pelo TC no Acórdão n.º 187/2013. As modificações, introduzidas como salvaguardas para manutenção de um limite de valor mínimo do auxílio desemprego e doença, eram resposta a este julgamento passado. Ainda assim, afirmou o tribunal, não seriam suficientes para garantir este mínimo razoável, razão pela qual igualmente seria a medida aí apreciada contrária à constituição. O TC rejeitou a alegação de que o artigo 117º afrontaria o direito à pensão e o direito à propriedade. No primeiro caso, por entender que o direito à pensão consagrado na constituição portuguesa não impõe um regime específico de pensões, cabendo ao legislador esta tarefa. No segundo, por entender que não existe correspondência direta entre contribuições feitas à seguridade social e o valor recebido a título de pensão e porque a alteração nas condições de acesso a estes valores, quando feitas por regras gerais, não pode ser equiparada à desapropriação. Tampouco aí encontrou qualquer incompatibilidade com o princípio da confiança legítima, por considerar que eventuais quebras de expectativa gerada pela lei seriam justificadas em razão do interesse público prosseguido que tais expectativas estariam mitigadas pelo longo processo de alteração legislativa no sistema de pensões e segurança social iniciado nos anos anteriores. Depois de anos de medidas de austeridade com impacto em pensões e aposentadorias, perderia força a alegação de crença em sua inalterabilidade. Como havia no Acórdão n.º 353/2012, maioria do Tribunal concordou, em introduzir uma modulação aos efeitos da decisão. Estes apenas se operariam a partir do julgado, ou seja, com efeito *ex nunc*.

Em janeiro de 2014, poucos meses antes do fim do compromisso assumido com a Troika, o governo português apresentou o Projeto de lei n.º 193/XII, que buscava sanar os vícios de inconstitucionalidade identificados pelo TC no Acórdão n.º 862/2013. Fazia isso, pela introdução de modificações nos artigos 14º e 76º do Orçamento de Estado para o ano de 2014. Um mês depois, novas modificações nos artigos 14º, 76º, 77º e 117º da lei orçamentária eram produzidas pelo governo por meio da Lei n.º 13/2014. Novamente, porém, deputados da oposição acionaram o Tribunal Constitucional para que declarasse a inconstitucionalidade dos artigos 14º e 76º. O artigo 14º, com a nova redação que lhe foi dada, modificava regras de repasse e recolhimento de contribuições feitas ao Instituto de Proteção e Assistência da Doença, estabelecendo que 50% da receita da contribuição

de entidades empregadoras seja revertida aos cofres públicos. O artigo 76º regulava uma Contribuição Extraordinária de Solidariedade a qual se sujeitariam as pensões pagas durante o ano de 2014 Com essa nova alterações legislativas, haveria diminuição do limite de isenção desta contribuição e uma redução dos valores de pensão ao qual se aplicariam as taxas de 15% e 40%.

Seguindo o padrão das demandas anteriores, os requerentes fundamentaram seu ataque ao artigo 76º na alegada violação princípio da confiança legítima e proporcionalidade. O argumento pela inconstitucionalidade do artigo 14º pressupunha uma natureza tributária das transferências realizadas para os cofres públicos para, então, defender que como tributo, a medida então analisada estaria em contradição com os princípios da unidade e igualdade tributárias. Desta vez, porém, o tribunal rejeitou todas as arguições de inconstitucionalidade destas normas. As limitações ao princípio da confiança legítima do artigo 76º seriam proporcionais e fundamentadas no interesse público. O TC tampouco acatou o argumento de que o repasse do artigo 14º poderia ser enquadrado como tributo, rejeitando, como consequência, qualquer conflito destes com os princípios constitucionais tributários (Acórdão n.º 574/ 2014).

Esta breve trégua dada pelo Tribunal Constitucional ao governo logo chegou ao fim com a decisão no Acórdão n° 574/2014. Acionado pelo Presidente da República para fiscalização preventiva antes de sua promulgação, o TC analisou a compatibilidade dos números 1 a 15 do artigo 2º e dos números 1 a 3 do artigo 4º do Decreto nº 264/XII da Assembleia da República com as normas constitucionais. O pedido presidencial havia sido uma requisição de Passos Coelho que, em nome da segurança e estabilidade de seu programa, desejava que o tribunal se pronunciasse acerca da constitucionalidade das inovações legais antes mesmo de sua promulgação (CANOTILHO, VIOLANTE, LANCEIRO : 167).

O artigo 2º deste texto legal estabelece uma redução nas remunerações de trabalhadores públicos com salários superior à 1.500 euros. A redução para o ano de 2014 seria semelhante à que vigorou nos anos de 2011, 2012 e 2013 e a possibilidade de cortes salariais se mantém até o ano de 2018. Entretanto, o artigo 4º determina que haja reversão de 20% nas reduções no ano de 2015 e que até 2018 estas sejam completamente revertidas. Dessa maneira, o Decreto-lei buscava não apenas instituir uma política de cortes salariais, mas também um regime transacional que finda com a restauração do valor integral dos salários em 2018.

O Presidente Cavaco e Silva indagava, então, acerca da possível violação dos princípios da igualdade e da confiança legítima e ressaltava que, a partir de 2016, o Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), que impunha a adoção medidas extraordinária de controlo de gastos públicos, já estaria terminado. A maioria do tribunal manteve a redução nos termos do artigo 4º, não obstante, considerou inconstitucional o regime de transição do artigo 15º por entender que a manutenção de uma política de redução salarial, em termos ainda incertos, pelo período de 3 anos adicionais imporia um sacrifício adicional aos trabalhadores do setor público incompatível com o princípio da igualdade na repartição de encargos públicos (art. 13º, CRP). Entretanto, foi não foi encampada a tese da violação da confiança legítima, uma vez que a maioria dos juízes constitucionais entendeu que, após 3 anos de políticas de cortes salariais, não era razoável a crença de que já em 2015 haveria um rápido retorno das remunerações a valores próximos ao de antes das reduções.

Uma das últimas grandes decisões da chamada "jurisprudência da crise" resultou no Acórdão n.º 575/2014. Cavaco e Silva novamente alegava a incompatibilidade das medidas de austeridade do governo com os princípios da igualdade e confiança legítima, previstos respetivamente nos artigos 2º e 13º da Constituição portuguesa. Desta vez, seus alvos eram as normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2º, dos n.ºs 1 a 5 do artigo 4º, e dos números 1 a 4 do artigo 6º do Decreto nº 262/XII da Assembleia da República. Por meio do artigo 2º, o governo de Passos Coelho estabelecia a incidência de uma contribuição de sustentabilidade nas pensões pagas pelo sistema público de proteção social e o artigo 4º fixava o cálculo do valor dessa contribuição. O artigo 6º criava parâmetros de cálculo para a atualização anual das pensões, deixando claro que da aplicação destas regras não poderia resultar uma redução do valor nominal das pensões.

Em sua decisão, o TC não conheceu do pedido de fiscalização do artigo 6º, já que não teria encontrado "*elementos que lhe permitam, com segurança, caracterizar os fundamentos do pedido"*. Isso porque, afirmou, os Acórdãos n.ºs 353/2012, 187/2013, 862/2013 e 413/2014, referido pelo requerente para questionar o dispositivo, não traziam decisões atinentes a reduções remuneratórias ou contribuições extraordinárias de solidariedade. Admitiu, porém, que os artigos 2º e 4º não encontravam guarida na ordem constitucional portuguesa. Fundamentou esta posição no argumento de que as reformas introduzidas pelas normas atacadas simplesmente instituíam medidas conjunturais de natureza arrecadadora, sem levar em conta fatores demográficos e econômicos mais

amplos. Na ausência de justificativas mais sólidas, seria impossível sustentar a proporcionalidade de medidas que, para além de imporem um pesado fardo a aposentados e pensionistas, aplicar-se-iam imediatamente a situações já reguladas de acordo com o regime anterior. Por isso, afirmou, os mencionados artigos violariam o princípio da confiança.

VIII. III. A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E O CONTROLO DE MEDIDAS DE EMERGÊNCIA

Como as situações de exceção discutidas nos capítulos anteriores, crises financeiras se caracterizam por sua escala, velocidade e gravidade. Ainda que seja possível antever a possibilidade de sua ocorrência, é difícil definir quando isto ocorrerá e qual seu desenrolar. Uma vez acionado o gatilho, inicia-se uma série de reações em cadeia capaz de levar a disrupção da economia, do sistema financeiro e, no limite, do próprio sistema político-constitucional. Por isso, demandam respostas rápidas e incisivas. Entretanto, talvez por impactarem interesses econômicos poderosos, raramente estas reações do poder público vêm na forma simbolicamente forte de uma declaração formal de estado de emergência (FEREJOHN, 2019: 19).

É possível que isto ajude a explicar o porquê da reação portuguesa à crise do euro tenha assumido a forma de um amplo programa implementado através de reformas legislativas. Ainda que houvesse relativo consenso entre os principais partidos no parlamento português quanto à necessidade de medidas de ajuste fiscal, sua implantação por meio da declaração de estado de emergência por meio de suspensão de direitos fundamentais poderia ser politicamente mais controversa.[177] Além disso, dado o carácter estruturante de algumas das reformas pretendidas, o recurso à fórmula um estado de exceção passageiro talvez parecesse inadequado aos olhos do Parlamento e da opinião pública.

Os primeiros passos do governo José Sócrates rumo à austeridade foram hesitantes. Em alguma medida refletiam um certo desconforto em admitir a gravidade da situação fiscal do país e a atribuição de responsabilidade pela crise que lhe recairia. Mas

[177] Em uma possível interpretação alternativa, a rejeição a uma declaração formal de estado de emergência seria também uma rejeição à provisoriedade que a caracteriza.

essa hesitação também era fruto da perceção que as restrições a direitos sociais que daí defluiriam pudessem ser enxergadas como uma traição a seus eleitores e gerariam imenso mal-estar junto à opinião pública. Além disso, o governo minoritário de Sócrates e o Presidente da República não estavam em completa sintonia. Sem a certeza do apoio presidencial, a escolha por um duro programa de reforma fiscal e econômica era ainda mais arriscada (FEIJÓ, 2019: 46).

Ao assumir o governo, Passos Coelho encontrou uma situação significativamente mais confortável. Sua coalizão era majoritária no Parlamento e o Presidente era membro de seu partido. Cavaco e Silva, que sempre advogara um papel mais contido para o Presidente da República, principalmente quando Primeiro-Ministro, não poderia nesse momento assumir uma atuação mais ativa na gestão da crise, ainda que o desejasse (FEIJÓ, 2019: 46). A oposição do PS, tampouco estava em posição confortável para atacar o programa de austeridade do novo governo, na medida em fora o governo socialista que solicitara auxílio financeiro da Troika (SEGURO, 2019: 104).

Sem que o governo encontrasse maiores resistências no Presidente da República e no Parlamento, não surgiram conflitos suficientemente graves que pudessem levar a um "jogo duro constitucional". Como modo de reduzir ainda mais atritos e legitimar suas ações, o governo optou por realizá-las sempre através do legislativo. Por isso, o Parlamento sempre esteve envolvido na discussão, aprovação e monitoramento das medidas de austeridade (SEGURO, 2019: 105)[178].

Como argumentado, um jogo duro constitucional envolve uma situação de conflito em que uma das partes busca fazer valer seus interesses através de modificações em normas já assentadas na prática constitucional. Esse conflito entre governo, Presidente e Parlamento não ocorreu. Mas teria o governo buscado obter mais poder por meio de atos contrários a estas convenções constitucionais. Alguns autores argumentam que sim.

Em 2010, o PSD, sob a liderança de Passos Coelho, apresentou um projeto de revisão da constituição portuguesa que tinha por objetivo dar orientação menos estatista e mais liberal à carta lusitana. Na prática, poderia ser visto como verdadeira mudança na

[178] Isso não significa que o governo não encontrasse alguma oposição, apenas que foi bem sucedido em contorná-la sem grandes dificuldades. Quanto a esse ponto, é ilustrativo o fato do governo Passos Coelho ter enfrentado seis moções de censura, o maior número desde 1976 (SEGURO, 2019: 108). Em razão da dificuldade em oferecer oposição efetiva no Parlamento, coube aos partidos da minoria recorrer ao Tribunal Constitucional.

identidade constitucional portuguesa. A dificuldade em obter amplo apoio suprapartidário necessário para superar o quórum de 2/3 exigidos para esta revisão levou o projeto a ser abandonado. Uma hipótese aventada por alguns autores, como Jónatas Machado, seria, então, a de que o governo PSD-CDS tentaria obter através de uma legislação emergencial resultado semelhante durante o período do compromisso assumido com a Troika, mas não limitado a ele (MACHADO, 2013: 239). Passada a crise, o direito emergencial seria incorporado permanentemente ao direito ordinário[179]. Na prática, significaria uma profunda reforma constitucional realizada por meio de legislação emergencial.

Acredito, porém, que esta tese não é suficiente convincente. Por mais duras que tenham sido algumas das medidas implantadas, elas não foram capaz de levar à alterações significativas na ordem constitucional portuguesa. A Constituição portuguesa, principalmente após reforma constitucional de 1982, é e foi capaz de acomodá-las.

Além disso, não se pode perder de vista que as ações do governo encontraram importantes barreiras no Tribunal Constitucional. Mesmo que se rejeite a afirmação de que a "jurisprudência da crise" não possa ser considerada um exercício de ativismo constitucional (MARTINS, 2015; REIS NOVAIS, 2014), a atuação deste tribunal passa longe da passividade submissa às vezes a ele atribuída (MACHADO, 2013; CONTIADES; FONTIADOU, 2013)[180].

Para um observador desatento, o modo com as instituições públicas portuguesas lidaram com os estado de emergência financeira poderia ser enquadrado no modelo "*business as usual*". Parte importante das reformas fiscais e administrativas pela qual o

[179] Ainda que emendas à Constituição portuguesa não sejam de todo impossíveis, sua aprovação não é fácil, na medida em que o quórum de 2/3 exigido demanda amplo consenso. Por isso, talvez, as reformas fiscais não tenham se dado por via de alteração constitucional formal.

[180] Não é intenção deste estudo adentrar no debate, provavelmente infértil, quanto a existência de ativismo ou não do tribunal nestes julgados. O que pode aqui ser dito, lembrando a afirmação já feita de que o termo "ativismo judicial" sofre de enorme ambiguidade semântica, é que existem diferentes modos de caracterizar o que seria este ativismo. Se por ativismo leva-se em consideração a quantidade de vezes em que o tribunal atuou para "chumbar" decisões do parlamento, acusações de ativismo neste caso não tem muita força. De fato, boa parte das medidas reformistas aprovadas pelo legislativo sobreviveu ao crivo do tribunal. Essa me parece ser, no entanto, um critério simplório. Tão ou mais importante do que o Tribunal Constitucional decidiu, foi o modo como decidiu, ou seja, suas justificações e argumentos. Mesmo que tenham sido poucas as vezes em que o tribunal de fato se posicionou contra a vontade majoritária do legislador, decisões pouco fundamentadas, incoerentes, inconsistentes ou que desconsideram aspetos fáticos e normativos relevantes para o caso podem indicar uma falta de compromisso com legalidade e uma maior preocupação com as consequências dos julgados. Isso, ressalte-se, pode ocorrer até mesmo em um tribunal que age de boa-fé mas cuja posição pessoal de seus membros é enviesada por suas visões político-ideológicas. A maioria dos que acusam de ativismo as posições do TC na jurisprudência da crise parecem seguir esta linha de argumentação.

país passou não veio na forma de legislação extraordinária nem foi implementada por meio de poderes excecionais concedidos ao executivo. Tomaram a forma de leis ordinárias e orçamentárias. De sua parte, Tribunal Constitucional fez o que sempre fez: ainda que com significativa celeridade (VIOLANTE, 2019: 131), apenas analisou a constitucionalidade destas normas à luz dos direitos fundamentais e através de um juízo de proporcionalidade (REIS NOVAIS, 2014). O "foro do princípio" articulou suas decisões com base em princípios.

Não houve a elaboração explícita de uma "jurisprudência de exceção". Nesse sentido, é possível entender a afirmação de Ravi Afonso Pereira (AFONSO PEREIRA, 2013: 318) de que o TC parece ter decidido "as questões que lhe foram colocadas como o faria numa situação de normalidade abstraindo do facto de a República Portuguesa se encontrar numa situação de emergência financeira"[181]. De fato, apesar da saliência da jurisprudência desenvolvida durante a crise do euro, o TC não parece ter mudado seu perfil de maneira significativa. O percentual de medidas de austeridade derrubada pelo tribunal nessa ocasião não teria sido sensivelmente maior do que ocorrera em outras situações de crise fiscal do estado português no passado (COROADO; GAROUPA; MAGALHAES, 2017)[182]. Se a atuação do Tribunal Constitucional teria sido excecional aqui, teria sido excecional outras vezes em que decidiu sobre importante reformas econômicas no passado.

Mas é preciso certa cautela com essa linha de análise. Se o número de intervenções do tribunal em políticas elaboradas pelo Governo e Parlamento não foi excecional, isso não significa que a exceção estivesse ausente dos fundamentos para suas decisões. Para avaliar se um Tribunal Constitucional age de maneira excecional, não basta observar quando e com que frequência decide, mas como decide.

Na ausência de uma declaração formal de emergência, coube ao TC fixar balizamentos que na prática, articularam um estado de exceção por construção judicial.

---

[181] Em sentido semelhante, Maria Benedito Urbano (URBANO, 2014: 13) chama atenção para ausência de discussão sobre a questão previa quanto a existência de um "direito de crise e de concomitante jurisprudência da crise".

[182]O estudo deste autores apenas compara o número de leis envolvendo políticas de austeridade declaradas inconstitucionais naquela ocasião com número de leis envolvendo estas mesmas políticas declaradas inconstitucionais em outras situações de crise fiscal ocorridas no passado. Com base nisso, busca analisar o comportamento do tribunal e dos seus juízes ante leis com este perfil pela ótica de um observador externo, sem realizar uma análise detida dos argumentos usados para fundamentar estas decisões.

O exercício da autoridade em contextos de exceção envolve dois tipos de poder. O primeiro, é uma competência epistêmica. É o poder de analisar os fatos e determinar a ocorrência de uma situação excecional. O segundo é o poder prático, ditatorial, de determinar o que deve ou não ser feito para debelar a crise (FEREJOHN, 2019: 22). Em um contexto judicial, isso implica no poder de prescrever formulações a serem seguidas pelo legislador (COUTINHO, 2016).O Tribunal Constitucional exerceu os dois tipos de poder ao longo dos julgamento da crise incorporando a ideia de emergência à uma análise principiológica.

Como nota Gonçalo de Almeida Ribeiro, as medidas de ajuste fiscal "chumbadas" pelo TC tiveram como fundamento a violação de princípios constitucionais, que iam desde os mais concretos, como o princípio da proibição de despedimento sem justa causa, até os mais abstratos, como os da igualdade proporcional e proteção da confiança (RIBEIRO, 2014: 3). Na prática, imperou no discurso do tribunal aquilo que Pedro Coutinho (2018: 92) chamou de "triângulo das bermudas do Estado de Direito": os princípios constitucionais da proteção da confiança legítima, da igualdade proporcional e o princípio da igualdade.

Anos depois do fim da crise do euro, Miguel Nogueira de Brito, ao comparar a respostas dos governos português e alemão à pandemia da COVID-19 anos, lamentou que o modelo de suspensão de direitos fundamentais inscrito nas constituição portuguesa e ativado pelo Presidente e Parlamento, não deixava espaço para um controlo judicial de constitucionalidade das medidas adotadas calcado nos direitos fundamentais e na técnica de ponderação de interesses (BRITO, 2020c). Pois, durante a crise do euro, na ausência de uma declaração emergencial formal, o tribunal encontrou-se livre para realizar este tipo de fiscalização.

Na prática, prevaleceu um debate eminentemente voltado para público interno e centrado em torno do direito nacional. O diálogo com tribunais estrangeiros e com instituições europeias foi insipiente e o direito internacional e europeu não teve papel relevante nos acórdãos (MEDEIROS, 2014; MADURO, 2017; KILPATRICK, 2015: 21). O TC realmente admitiu a legalidade dos memorandos da Troika e a necessidade de controlo de gastos públicos imposta pelo direito europeu (Acórdão 574/2014). Não foi, porém, a normatividade desses documentos que formou o fator decisivo para suas decisões (CANOTILHO, VIOLANTE, LANCEIRO, 2015: 167 e 168). Quando muito, o tribunal se limitou a reconhecer que tais obrigações impunham objetivos mais abstratos,

cabendo ao legislador português a tarefa de escolher as medidas mais apropriadas para alcançá-las. Sendo discricionárias, sua adequação ao direito nacional poderia ser fiscalizada (GUERRA, 2015: 701).

Na maior parte das vezes, o reconhecimento dessas obrigações formou apenas o contexto factual no qual o tribunal se baseou para realizar sua análise de proporcionalidade. Ele admitia a importância de o governo sanear as finanças públicas, admitia que o estado português tinha responsabilidade por garantir boa gestão fiscal derivada do direito europeu e ressaltava a relevância dos empréstimos concedidos pela Troika, os quais estariam legalmente condicionados à adoção de medidas de controlo de gastos. Todas estas considerações eram tratadas como relevantes para a promoção do interesse público. Com base nisso, passava-se à análise das normas questionadas à luz de sua necessidade e eficácia na persecução destes objetivos e realizava-se um juízo de ponderação no qual, do outro lado da balança, eram colocados os direitos fundamentais por elas restringidos.

O recurso a princípios e a técnica da ponderação de interesses traz com ele certos perigos. Ele pode prejudicar a certeza e previsibilidade das decisões judiciais, pode corresponder a um exercício potencialmente ilegítimo de autoridade, gerar questionamentos quanto a sua adequação institucional e a razoabilidade das decisões tomadas e, como já notado, pode fortalecer o carácter insular e pouco cosmopolita da jurisdição constitucional. Para seus críticos, o TC teria incorrido em todos eles (RIBEIRO, 2013).

Para além desses riscos em sua aplicação concreta, há ampla literatura crítica quanto a falhas intrínsecas ao próprio método, a maior parte dela gravitando em torno de seu suposto subjetivismo. Schlink (2012: 299), por exemplo, aponta dificuldades em operacionalizar teorias da ponderação. Estas dificuldades decorreriam, em primeiro lugar, das dificuldades empíricas de se analisar a necessidade e eficácia das normas jurídicas para a promoção de princípios constitucionais e, em segundo lugar, da impossibilidade de avaliação objetiva da precedência de um princípio sobre outro no caso concreto. Böckenforde (2017b: 229-233.) aponta o relativismo e o consequente decisionismo que decorrem de uma visão principialista de direitos fundamentais. Müller (2011: 269-271) critica a ausência de esforço na delimitação do âmbito de aplicação normativa e a obscuridade das pré-compreensões que pautam a ponderação de interesses. Habermas critica a equiparação de princípios constitucionais à bens e valores e conclui que, aceita

esta identidade, a harmonização entre direitos fundamentais e interesse coletivos tornar-se-ia simples análise irracional de custo-benefício, pois incapaz de alcançar validade universal (HABERMAS, 2021: 332)[183].

Talvez, então, argumenta Leal, o maior problema, então, da teoria dos princípios não seja sua ausência de racionalidade, mas seu excesso. Seu procedimento sofisticado de justificação de decisões judiciais seria excessivamente exigente. Críticas da má aplicação de princípios seriam comuns porque o próprio método seria vítima de sua sobreracionalidade. Ao exigir do juiz uma alta dose de racionalidade, não surpreenderia que, na maior parte das vezes, os "roteiros argumentativos" por ela impostos não fossem satisfatoriamente seguidos. Além disto, considerando-se que atores reais possuem vieses e interesses reais que nem sempre coincidem com o mero interesse em alcançar a resposta correta, sua instrumentalização também seria uma consequência natural desta sobreracionalidade. Já que que os complexos elementos da ponderação dificultam seu eventual controlo, estes poderiam ser utilizados para dar respeitabilidade "técnica" a decisões particularistas e estratégicas (LEAL, 2014: 186).

O modelo teleológico de princípios constitucionais tem como contraparte metodológica uma ponderação de interesses pautada por considerações consequencialistas que conferem ao juiz constitucional espaço para avaliações pragmáticas e alta dose de flexibilidade na tomada de decisão[184]. No manejo destes princípios ele pode agir com relativa discricionariedade. Esta discricionariedade decorre da considerável liberdade para estabelecer o grau de abstração em que o problema jurídico diante deles pode ser descrito, do grande número de princípios e valores jurídicos à sua disposição, da relativa falta de objetividade quanto ao seu conteúdo, e da dificuldade de

[183] Como ressalta Schauer, na maior parte destas críticas há implícita alguma confusão entre racionalidade, objetividade e certeza (SCHAUER, 2009: 3). Mantendo-se a separação entre os três conceitos, é possível defender a racionalidade da ponderação ainda que esta talvez leve a respostas menos intersubjetivamente controláveis e previsíveis do que outros tipos de raciocínio jurídico, como o raciocínio dedutivo. A acusação de irracionalidade, porém, perde sua força quando se tem em conta que a ponderação é uma técnica controlada de decisão balizada por regras de precedência, presunções e normas alocativas de ônus argumentativo.

[184] Apesar de muitas vezes colocados como opostos ou antagônicos, modelos "principialistas" e "consequencialistas" de argumentação jurídica são duas face das mesma moeda. Em especial, argumentos de princípio incorporam considerações consequencialistas. Como nota Fernando Leal, "decidir agora se um ato do poder público é compatível com certo princípio exige um esforço de antecipação dos efeitos que a opção (executiva ou legislativa) pode promover na realidade" (LEAL, 2018).

controlo intersubjetivo da complexa técnica de ponderação de interesses em suas diferentes etapas. Essa flexibilidade prova-se útil em situações de emergência.

Em contextos de grave crise fiscal, tribunais constitucionais são colocados em difícil situação. Por um lado, estas situações tendem a ressaltar o carácter representativo de instituições majoritárias, muitas delas obtendo uma espécie de legitimidade reforçada como resultado do amplo suporte popular para suas medidas de enfrentamento à crise. O controlo das medidas tomadas por essas instituições pelo judiciário pode significar uma obstrução da vontade popular, principalmente se estas medidas são tidas com eficazes e necessárias para a volta da normalidade, ainda que em prejuízo de certos direitos e garantias fundamentais. O ônus de ir contra essas medidas é ainda maior quando estas medidas já estão em vigor e seus efeitos já são sentidos. No caso de Portugal, em que a credibilidade externa do governo era tida como fundamental para a solução do problema fiscal do país, sinalizações de falta de compromisso com a responsabilidade financeira poderia ainda significar um maior agravamento da crise no país e de seus efeitos sistêmicos na zona do euro. Por isso, a reação de atores externos era ainda mais um fator a ser levada em conta pelo tribunal. O eventual aprofundamento da crise ou a ineficácia governamental em sua resolução poderiam ser atribuídos a ação do tribunal e os juízes constitucionais passariam a ser encarados como um empecilho a este grande esforço nacional.

Por outro lado, a abnegação total também traz seus riscos. Ao se abster de fiscalizar a ação dos outros poderes, o TC poderia enfraquecer não apenas sua autoridade, como o próprio efeito simbólico e a força normativa da constituição portuguesa. Se a legitimidade desta instituição em alguma medida decorre de sua capacidade de impor limites à vontade de maiores eventuais por meio de decisões que, aos olhos da opinião pública, são vistas como razoavelmente corretas e se esta opinião pública tem perceção negativa das políticas de enfrentamento à crise implantadas pelo parlamento, então se abster de decidir pode passar a imagem de submissão aos demais poderes e a interesses internacionais, com consequentes perdas reputacionais. Em casos extremos, até mesmo fé dos cidadãos na constituição e na capacidade do constitucionalismo de conter abusos do poder estatal pode ser prejudicada (CONTIADES, 2013a: 42).

O manejo estratégico dos princípios permitiu ao tribunal buscar harmonizar estas diferentes considerações de acordo com suas avaliações estratégicas. Dessa maneira, a maioria do tribunal, de maneira minimalista, optou por construir a questão de maneira

mais estreita possível de modo a limitar o alcance futuro de suas decisões. O tribunal, por exemplo, jamais negou a possibilidade de cortes salariais no setor público[185]. No Acórdão 187/2013, por exemplo, ele rejeitou a alegação que existiria um direito constitucional a não redutibilidade salarial. Se uma medida específica de corte salarial seria ou não considerada inconstitucional dependeria da existência de um interesse público que a justificasse e de sua compatibilidade com os princípios da igualdade proporcional, igualdade e proteção da confiança.

Por sua vez, a noção abstrata de interesse público, um guarda-chuva terminológico que pode cobrir diferentes princípios e valores constitucionais, foi utilizada no Acórdão 353/2012 para diminuir o impacto de suas decisões ao postergar o início de seus efeitos. Com isso, decidia-se para o futuro sem de fato decidir sobre o caso concreto. Em linha parecida, também o interesse público, representado aqui de forma mais concreta na manutenção da estabilidade orçamentária do Estado, veio a fundamentar a modulação de efeitos da decisão do Acórdão 413/2014.

A flexibilidade na ponderação de interesses tende a ser ainda maior quando a justificação de suas diferentes etapas é feita de maneira incoerente, inconsistente ou se valem de conceitos ambíguos ou sem maior densidade semântica. Gonçalo de Almeida Ribeiro (2016) critica, por exemplo, a ausência de integridade argumentativa, clareza decisória e densidade normativa nas decisões do Tribunal Constitucional relativas aos cortes salariais no setor público.

A integridade, entendida como ausência de contradição e inconsistência entre as razões para suas decisões, estaria ausente das decisões desse tribunal que fundamentaram a inconstitucionalidade dos cortes salariais no princípio da proteção da confiança. Seriam pouco íntegras porque o Tribunal teria afirmado que o Estado estimulara nos trabalhadores do setor público a crença de que não seriam despedidos quando se utilizou da impossibilidade de despedimento como justificativa para cortes salariais (Acórdão nº.

[185] Ao caracterizar as decisões do Tribunal Constitucional na jurisprudência da crise como minimalistas não tenho por objetivo isentá-las de críticas quanto a sua correção ou de acusações quanto a um suposto ativismo judicial. Meu uso do termo "minimalista" aqui, como no resto deste trabalho, é equivalente ao dele feito por Sunstein (SUNSTEIN, 2001). Decisões minimalista são decisões estreitas, no sentido de não se estenderem muito além do caso concreto, e superficiais, por não envolverem teorizações muito profundas. Obviamente, decisões minimalistas nesse sentido podem ser equivocadas, ainda que o alcance destes erros possa ser mais limitado. Igualmente, se defendida a posição de que o tribunal carece de competência para decidir quanto a certa questões ou de que deveria ser deferente às escolhas políticas feitas por outras instituições, então mesmo uma decisão mínima pode ser demasiada.

474/2013). Entretanto, este mesmo tribunal anteriormente afirmara que a impossibilidade de despedimento não era razão válida para cortes salariais (Acórdão n.º 353/2012). Em outras palavras, o TC afirma que o argumento de impossibilidade de despedimento não é válido para fundamentar uma política de redução de vencimentos mas, pouco depois, afirma que o argumento é válido, desde que usado para justificar um quebra de confiança entre trabalhador público e governo.

A falta de clareza estaria presente na decisão porque, ao se pronunciar pela constitucionalidade dos cortes salariais no Acórdão, o tribunal justificou as limitações a princípios fundamentais no interesse público, naquele momento equiparado a eficácia orçamental (Acórdão n.º 396/2011). Deixou porém, de explicitar se o interesse público que justificaria tais medidas seria unicamente essa eficácia orçamental ou se outros tipos de interesse público poderiam eventualmente ser arguidos.

Em defesa do TC, poder-se-ia argumentar que suas decisões não teriam sido totalmente desprovidas de densidade normativa. O desenvolvimento da jurisprudência da crise envolveu a elaboração de *standards* de controlo que, ainda que possam ser vistos como fracos, já que não deixaram o governo e os parlamentares totalmente de mãos atadas, tampouco seriam tão frouxos quanto afirmam os defensores da tese da "submissão" do Tribunal Constitucional[186].

Como visto, o Tribunal Constitucional veio a enfatizar em suas decisões que as medidas de austeridade tomadas pelos legisladores só seriam permissíveis caso fossem temporárias (Acórdão 396/2011). Com isso, pareceu se apoiar na noção, comum à versão liberal do estado de exceção, de que a necessidade de ações emergenciais decai com o transcurso do tempo. Desta maneira, aumentou-se o ônibus argumentativo do legislativo

[186] Ao afirmar que os parâmetros exercidos pelo Tribunal podem ser visto como fraco, não estou empregando aqui a noção de controlo fraco de constitucionalidade do modo exato como é empregada por Mark Tushnet. Para este autor, um sistema de controlo de constitucionalidade é fraco se o legislativo pode, com relativa brevidade e valendo-se de meios não muito diferentes dos usados para aprovar legislação ordinária, revisar as decisões dadas em sede de fiscalização judicial de constitucionalidade (TUSHNET, 2008: 24). Um sistema desse tipo inexiste em Portugal. Quando aqui uso o termo "fraco" é apenas para chamar atenção para o fato de que os julgados do Tribunal Constitucional não impuseram barreiras intransponíveis à limitação de certos direitos fundamentais levadas à cabo pela legislação aprovada pelo Parlamento português. Em outras palavras, afirma-se que, apesar do sistema de fiscalização de constitucionalidade português não seja fraco, o controlo exercido pelo Tribunal Constitucional pode ser considerado fraco. Saliente-se novamente que isso não significa necessariamente afirmar que estas decisões sejam corretas. Um controlo fraco pode ser excessivamente forte quando nenhum controlo é cabível e, em certos casos, um controlo mais forte pode ser mais apropriado que um controlo fraco. Além disso, mesmo um controlo fraco pode ser feito pelos fundamentos errados.

na justificação apresentada quando da primeira etapa do juízo de proporcionalidade, em que se demonstra a necessidade da política questionada.

De maneira semelhante, encampou implicitamente uma outra tese do típica do estado de exceção liberal: a de que, ao longo do tempo, o prolongamento da emergência leva a um aumento cumulativo do número de abusos de direitos e liberdades. Isso por sua vez aumenta o ônus argumentativo do legislador na análise de proporcionalidade *strictu sensu*. Quanto maior a duração do estado de exceção, maior o peso atribuído à restrições de direitos fundamentais na ponderação de interesses[187].

Entretanto, esses parâmetros são insuficientes para fornecer ao legislador diretivas claras e operacionalizáveis. Como lembra Ribeiro (2016), o Tribunal considerou como excessiva a desigualdade na repartição de encargos entre trabalhadores do setor público e do setor privada (Acórdão n.º 353/2012). Um dos fundamentos para pronúncia pela inconstitucionalidade é esta desigualdade excessiva, mas o TC é pouco claro quanto ao que consiste esta excessividade. Em especial, porque, como já acima afirmado, o tribunal a ele associa um carácter cumulativo. A medida se torna excessiva quando já considerada as medidas anteriores impondo ônus a serem suportados pelo trabalhador público. Mas, tal como no paradoxo de Sorites, quantas e quais medidas acumuladas são necessárias para que se configure este "excesso"?

Por isso, as decisões do Tribunal Constitucional assumem natureza dupla. Se por um lado incorrem no "pecado da imprevisibilidade" (RIBEIRO, 2016), elas dão a ele ampla margem de atuação. Ele tem a necessária flexibilidade para agir casuisticamente e de acordo com avaliações circunstanciais.

Este minimalismo, o uso flexível de princípios e o uso estratégico do efeito temporal atribuído a suas decisões podem ter sido usados como maneira de obter consenso em um momento politicamente delicado e em um tribunal dividido, como atestado pelo grande número de votos divergentes publicados juntos aos acórdãos. O estudo de Coroado, Garoupa e Magalhães (2017: 22) mostra que, comparada com outras decisões do TC acerca medidas de austeridade em períodos anteriores à crise do euro, ainda que

[187] Como ressalta Rui Medeiros, essa abordagem de estado de exceção liberal assumida pelo TC tem por pressuposto a crença no carácter conjuntural da crise. Desse modo, exclui-se a possibilidade de ser resultado de um processo estrutural de erosão do constitucionalismo estadual português fruto do processo de globalização e sua integração a mercados internacionais (MEDEIROS, 2016: 284).

tenha havido polarização no tribunal, este período foi menos polarizado, tendo um maior número de decisões unânimes ou quase unânimes.

Essas estratégias também poderiam ter sido usadas como forma de fomentar um diálogo entre o Tribunal e o legislativo ao longo do desenrolar da crise. Ao invés de serem colocados empecilhos intransponíveis as ações do governo e do Parlamento, o TC simplesmente estabelece uma necessidade de diálogo em seus termos[188]. À questão acerca do cabimento e ou não de fiscalização das medidas excecionais do governo pelo Tribunal Constitucional, a resposta dada foi afirmativa. Ao tribunal caberia o poder de revisão baseado em uma análise de proporcionalidade da legislação. Sendo a proporcionalidade um processo estruturado em diferentes etapas, impôs-se não apenas ao tribunal a tarefa de segui-las em sua análise de constitucionalidade das leis, como também ao legislador fazê-lo. Este, ciente de que a não observância destes parâmetros poderia resultar em uma derrota judicial que também implicaria em revés político, molda suas decisões legislativas e suas justificativas de fundo (CONTIADES; FONTIADOU, 2012: 669-674).

O carácter minimalista de suas decisões deixava a porta aberta para que o governo, mesmo quando derrotado, tivesse ainda considerável espaço para a proposição de novas medidas, desde que compatíveis com as exigências impostas pelo TC. Nenhuma derrota significava o fim, mas apenas a necessidade de nova etapa de discussão em um diálogo interinstitucional constante no qual o governo possuía interesse. Havia imensa pressão externa para realizá-las e as condicionantes impostas aos empréstimos concedidos ao estado português serviram como um eficaz instrumento de pressão. Ao mesmo tempo, havia fatores de ordem interna. O primeiro deles era a própria saúde fiscal do governo. O segundo, o interesse em implantar uma agenda de reformas fiscalista mais alinhada ao programa do governo PSD-CDS. Como visto, era essa agenda de reforma que, segundo

[188] A ideia de um diálogo "nos termos" do tribunal não escapa de seus problemas, dificuldades que são comuns a própria ideia de "diálogos constitucionais". Em especial, isso se deve ao fato de que a ideia de diálogo, se entendida como deliberação entre dois ou mais agentes, parece pressupor um certo reconhecimento mútuo de igualdade entre as partes envolvidas em que estas buscam tomar uma decisão em conjunto por meio de um processo de exposição racional de argumentos e evidências. Dentro dessa noção de deliberação, ideias não são impostas de cima para baixo e sim contruídas em um processo de livre convencimento. Isso, por sua vez, pressupõe que cada uma das partes esteja aberta aos argumentos trazidos pelos seu parceiros deliberativos. Essa noção não parece se harmonizar perfeitamente com o fato de que decisões judiciais não são meros argumentos, mas decisões dotadas de autoridade. Na prática, tampouco parece corresponder ao modo como se dá a interação de tribunais constitucionais e demais poderes em questões de fiscalização de constitucionalidade (TREMBLAY, 2005). Até mesmo tomada metaforicamente, a ideia de "diálogos constitucionais" poderia levar a distorções que poe em questão suas possíveis virtudes (KAVANAGH, 2016)

seus críticos, poderia ser encarada como uma traição aos compromissos sociais da Constituição portuguesa. Parte da oposição e até o Presidente da República parecem ter encampado esta ideia.

Se esta foi a intenção, porém, a estratégia não foi sem riscos. A falta de rigidez em suas decisões talvez não tenha colocado um muro à frente do legislador, mas pode tê-lo deixado a vagar no escuro. Um bom diálogo institucional depende de decisões fundamentadas à luz da razão pública, consistentes, coerentes, claras e prospetivas. Fuller estava correto quando identificou nesses atributos tradicionais do estado de direito a moralidade interna do direito justamente porque são eles que permitem ao direito realizar sua tarefa por excelência: guiar. Quando estes estão ausentes, o que sobra é a incerteza. Nessa situações mesmo agentes comprometidos com a lei são postos na difícil tarefa de escolher entre não agir ou agir de acordo com seu próprio arbítrio. Nesse segundo caso, o potencial de conflito entre fiscalizador e fiscalizado, entre o Tribunal Constitucional e os demais poderes, pode aumentar consideravelmente.

Dessa maneira, ao mesmo tempo em que o Tribunal Constitucional exercia o poder epistêmico de declarar a exceção, ao realizar uma análise conjuntural da situação econômica e fiscal do país quando da fiscalização de constitucionalidade, também exercia um poder com pretensões de soberania, ao decidir acerca do que deveria ser feito para pôr fim a crise. Não houve neste caso, porém, um jogo duro institucional entre TC, Governo e Parlamento.

Vendo frustradas suas tentativas de implementar todas as reformas tidas por necessárias para debelar a crise, executivo e legislativo abdicaram de muitas delas. Não procuraram retaliar o Tribunal Constitucional ou reduzir seus poderes. Esta abdicação, pode ser fruto de um genuíno respeito à lei e à autoridade do Tribunal Constitucional, mas também de avaliações estratégicas. Muitas das principais reformas foram aprovadas e surtiram seus efeitos, ainda que o país tenha saído do programa de resgate financeiro antes do acordado, isso só aconteceu após anos, quando sua necessidade já se reduzira sensivelmente. Contestar politicamente as decisões do tribunal teria um custo político significativo. Primeiro, porque as políticas "chumbadas" eram altamente impopulares. Dificilmente a opinião publica se colocaria em favor do parlamento. Segundo, porque poderia mandar um sinal negativo para essa mesma opinião pública. O governo e os membros da Assembleia da República estaria dispostos a violar a separação de poderes para fazer valer a vontade de credores internacionais e em desfavor da população.

O tribunal tampouco pode ser acusado de ter buscado modificar as normas pré-constitucionais portuguesas. Ainda que possa ser acusado de excessiva ingerência durante este período, isso não implicou na transformação do país em Estado Jurisdicional em que parlamento e o governo tem poderes reduzidos. Entretanto, ao arrogar para si a competência para a decidir pela exceção, o Tribunal Constitucional fez uma escolha arriscada. Uma escolha que poderia, sim, ter levado a um jogo duro constitucional. Se incorreu nesse risco, é porque talvez tenha avaliado que caso um conflito deste tipo se processasse, poderia sair vitorioso. Talvez fosse verdade naquele caso, mas é difícil afirmar que seria verdade em outros.

VIII. IV. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

A crise da dívida soberana da Zona do Euro, não levou, em Portugal, à ocorrência de um genuíno jogo duro constitucional. Embora o Governo formado pela coligação PSD-CDS tenha promovido reformas estruturais e adotado medidas de austeridade por meio de legislação de carácter emergencial, o que certos críticos interpretaram como uma tentativa de esvaziamento do perfil social-democrata da Constituição, o embate político-institucional não evoluiu para um confronto agressivo ou de lógica "tudo ou nada" entre os poderes constituídos que tivesse por objetivo alterar as normas pré-constitucionais. Nesse cenário, ainda que o papel do Tribunal Constitucional tenha se caracterizado por uma atuação ativa, não houve reações retaliatórias por parte dos demais poderes.

A chamada "jurisprudência da crise", teve como eixo central uma articulação dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade e da proteção da confiança legítima. Nesse diapasão, a controvérsia presente nestes casos não girou em torno da possibilidade, em abstrato, do Governo promover a liberalização da economia. Debatia-se, sim, se as medidas escrutinadas levavam a uma imposição de encargos excessivos e desproporcionais aos cidadãos, em violação a esses parâmetros constitucionais. Nos Acórdãos analisados, TC reconheceu a premissa de que a conjuntura fiscal excecional demandava respostas extraordinárias, mas recorreu à técnica da ponderação para afastar aquelas iniciativas que reputou materialmente injustas.

Dessa maneira, o Tribunal buscou estabelecer limites a medidas que produziam impactos assimétricos sobre determinados grupos sociais. Foram declarados

inconstitucionais, entre outros, cortes salariais e suspensões dos subsídios de férias e de Natal de funcionários públicos, bem como reduções em aposentadorias e pensões. O fundamento predominante dessas decisões residiu na violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e da proteção da confiança legítima, sob o argumento de que um ônus desproporcional vinha sendo imposto a trabalhadores e pensionistas do setor público em comparação com outros segmentos da sociedade.

Entretanto, apesar dessas decisões de censura constitucional, a maior parte das medidas de austeridade aprovadas pelo Governo e pelo Parlamento foi considerada compatível com a Constituição pelo TC. De forma estratégica, o Tribunal adotou uma abordagem casuística e pragmática, às vezes recorrendo à modulação temporal dos efeitos das decisões, com o objetivo de evitar um impacto imediato e desestabilizador sobre as contas públicas e, ao mesmo templo, assegurar ao Governo uma margem para a reformulação das normas invalidadas. Tal técnica revelou-se decisiva para a promoção a continuidade do processo de reforma fiscal dentro dos limites constitucionais.

Ao final, a contenção do conflito institucional decorreu, em larga medida, do reconhecimento, pelos demais poderes, da autoridade do Tribunal Constitucional, e da impopularidade das medidas chumbadas. Por esse motivo, Governo e o Parlamento, mesmo diante da frustração causada pela invalidação parcial de sua agenda reformista, optaram por acatar as decisões judiciais e adaptar as políticas públicas correspondentes, em vez de recorrer a estratégias de retaliação ou de “antijogo” voltadas ao enfraquecimento do poder judicial. Como resultado, mesmo com a intervenção do Tribunal Constitucional na agenda do Governo não houve “jogos duros constitucionais” e a ordem constitucional portuguesa manteve-se estável.

IX. CONSIDERAÇÕES FINAIS

IX. I. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NA CRISE

Ao longo destas páginas diferentes tipos de crises foram analisadas. Crises econômicas, crises políticas, crises de saúde pública. Apesar de apresentadas separadamente, é verdade que todas elas estão interconectadas. Vimos que crises econômicas muitas vezes desaguam na política. Não à toa. A política um canal para a manifestação de insatisfações, exposição de reivindicações e exposição de argumentos para que decisões públicas sejam tomadas. Estas decisões, por sua vez, tem o condão de pressionar o mercado, orientá-lo em uma direção ou outra, influir em seu curso.

Se a política move a economia, economia move a política. Por isso, a crise fiscal que afligiu Portugal no início da década de 2010 insuflou ânimos e centralizou o debate político no país. As decisões políticas ali tomadas seriam a chave para a solução ou não dessa situação críticas.

A situação não é tão distante quanto ao que ocorreu no Brasil entre os anos de 2015 e 2016. A crise econômica que se abateu sobre o país durante esse período não foi a causa única da crise política que levou ao *impeachment* de Dilma Rousseff. Tampouco foi causa suficiente. Mas sem ela, dificilmente a democracia brasileira teria passado pelo segundo impeachment de um presidente em apenas 25 anos.

Na COVID-19, uma grave crise sanitária disparou outras crises, econômicas e políticas. A economia pode não ter sido paralisada durante a pandemia, mas se esfriou. Negócios fecharam, comércio e restauração esvaziaram-se, a circulação de bens e pessoas tornou-se mais difícil. Esse esfriamento se deu em parte a uma redução excecional da demanda por bens e serviços, resultado da diminuição de interações sociais presenciais motivadas por medo de contaminação pelo vírus, e em parte em razão de restrições publicamente impostas e exógenas ao mercado. Essas restrições geram descontentamento daqueles por elas negativamente afetados e, mais uma vez, é na política que esta insatisfação encontra um canal para sua expressão.

Por isso, talvez, ainda que analiticamente possamos separar cada uma dessas crises, na prática, pode-se argumentar que formam apenas uma crise. Seria também possível pensar em crises a se desenvolver sobre camadas. Crises política podem ter sua origem em crises econômicas mais profundas, e estas crises econômicas serem apenas

manifestações mais epidérmicas de outras crises ainda mais profundas. Esta é a ideia nos guiará nas respostas às questões inicialmente colocadas nestas tese.

Este trabalho partiu de uma hipótese: a de que situações de crise fomentam um tipo de prática bem específica, os chamados "jogos duros constitucionais", uma ideia inspirada, com algumas modificações, nos trabalhos de Mark Tushnet. No segundo capítulo desta tese, jogos duros constitucionais foram definidos como práticas que, ainda que não confrontem interpretações literais do direito vigente, desafiam as convenções constitucionais e convenções profundas que fundamentam as normas constitucionais. Seu objetivo é o aumento de poder fático ou normativo de seus praticantes em detrimento do poder fático ou normativo de outros atores políticos. Também se estabeleceu que tais atores são instituições públicas, mas a tarefa de delinear melhor o que se entende por "convenções que antecedem logicamente" a constituição foi deixada para o capítulo seguinte.

No terceiro capítulo, buscou-se aproximar a noção de constituição com a de convenção social. Constituições, argumentou-se, funcionam como mecanismos de coordenação social. Elas estruturam o status de cidadãos de uma comunidade político fixando seus direitos, poderes e deveres mais básicos. Articulam a ação democrática por meio de regras de decisão e procedimentos deliberativos. Constituem instituições públicas básicas capazes de fixar diretivas dotadas de autoridade, interpretá-las e aplicá-las a casos concretos, além de punir eventuais desvios. Ao fazê-lo, determinam também os termos da relação entre cidadãos e entre cidadãos e estas instituições públicas.

Mas existem limites ao poder de constituições guiarem a conduta humana. Nos interstícios das engrenagens constitucionais, ali onde as fronteiras do direito constitucional já não são tão visíveis, muitas vezes florescem convenções constitucionais. Convenções constitucionais são normas informais e sem validade jurídica que complementam a constituição naquilo que suas normas formais não deixam claro. Estas convenções sociais regulam a interação entre certos grupos de atores políticos. Em geral, estes a seguem, ao menos em parte, porque sabem que esta será também seguida pelos demais membros de um grupos com o qual se busca coordenar.

Disputas acerca destas convenções são comuns em casos de jogos duros constitucionais. Mas isso não quer dizer que tais convenções configurem por si só as normas pré-constitucionais que são objeto destas disputas. Elas são apenas "a ponta do

iceberg". O rompimento com essas normas pode ser uma indicação de um rompimento com valores e normas mais profundas por elas instanciados.

Estas normas não-jurídicas instanciam normas mais profundas, estas sim o pomo da discórdia em jogos duros constitucionais. Inspirado H. L. A. Hart, estas convenções profundas foram definidas como regras últimas de sistema jurídicos. Estas normas fundamentais determinam o que conta ou não como direito em um sistema jurídico, constituem seus valores mais básicos e determinam a aplicação de normas jurídicas.

Regras de reconhecimento são construídas pelas práticas convergentes de diversos atores de um sistema jurídico. Segunda a tese aqui encampada, estes atores são certamente aquelas autoridades responsáveis por interpretar e aplicar o direito, mas não apenas por eles. Conforme foi sugerido no capítulo 3, também outro atores políticos, como legisladores, como promotores, defensores e advogados formam parte dessa "comunidade reconhecedora". Em democracias constitucionais, como é o caso de Portugal e Brasil, poder-se-ia pensar que mesmo o público leigo em geral poderia influir nessa prática de reconhecimento.

Cada um desses grupos reconhecedores pode possuir sua própria visão do que seja o direito. Nem sempre essas visões irão coincidir plenamente. Em alguns pontos, podem ser antagônicas. Mas em certos aspetos centrais elas devem convergir. No que convergem, estes atores conseguem se organizar cooperativamente na forma de um único grupo reconhecedor.

Jogos duros constitucionais surgem quando há um conflito entre uma visão de direito constitucional de um desses grupos ou atores reconhecedores e a visão esposada por outros atores nessa mesma comunidade. Isso ocorre quando parece haver um ataque direto à regra de reconhecimento que sustenta aquela ordem constitucional ou indiretamente, quando busca-se introduzir uma nova convenção constitucional incompatível com esta norma básica.

Esta mudança que se busca introduzir tem por finalidade alterar o balanço de poder naquela ordem constitucional. Alguns atores ganham poder em detrimento de outros. Estes, podem aceitar passivamente o esvaziamento de seus poderes, mas é comum que reajam. No limite, o conflito aí criado pode escalar para uma crise constitucional em que a própria subsistência daquela ordem constitucional pode ser posta em questão.

Dois grandes riscos para estes "empreendedores" normativos existem, então. O primeiro é o colapso da ordem constitucional, um resultado que pode não ser de seu interesse. O segundo é sua derrota, caso em que pode sofrer retaliações e danos reputacionais que dificultam futuras tentativas de cooperação. Tendo em vista estes risco, os atores de um jogo duro constitucional apenas irão buscar uma alteração nas normas pré-constitucionais caso acreditem que possuem chances razoáveis de vitória e creiam que os benefício que daí advirão compensam os eventuais perigos.

Os atores que têm seus poderes reduzidos também reagirão se acreditarem que existem chances de vitória e tenham interesse na manutenção do *status quo*. Eles podem, porém, aceitar passivamente este movimento de mudança se acreditam que a reação pode implodir a ordem constitucional ou se a derrota naquela disputa pode levar a perdas de poder ainda maiores.

A maior parte dos atuais Estados Constitucionais incumbe a uma instituição a tarefa de se pronunciar com autoridade quanto a correta interpretação da constituição. Nesta tarefa, podem se tornar parte em disputas ao redor de jogo duros constitucionais ou atuar como árbitros. No Brasil, a competência para dar a "palavra final" sobre a Constituição compete ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Em Portugal papel semelhante é cumprido pelo Tribunal Constitucional Português.

Como vimos no capítulo IV, apesar de em muitos pontos semelhantes, estas duas instituições possuem diferenças consideráveis, não apenas em seu desenho mas também em suas práticas e no modo como interagem com outros atores do sistema constitucional. Essas distintas características refletem o contexto histórico de sua criação e do sistema político em que estão inseridos.

O Tribunal Constitucional Português é fruto de um particular equilíbrio de forças surgido das disputas que se seguiram ao fim da ditadura salazarista no país. A instituição aí nascida possui consideráveis poderes de fiscalização de constitucionalidade, um rol razoavelmente amplo de legitimados e possui membros com forte identificação partidária. Entretanto, apesar desta identificação partidária, seu aspeto colegiado e deliberativo, bem como fatores estratégicos e institucionais tendem a mitigar a simetria entre as visões dos juízes constitucionais e dos partidos responsáveis por sua indicação.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já existia antes mesmo da promulgação da Constituição brasileira de 1988. A nova constituição, se pouco alterou

do desenho original do tribunal, inovou ao ampliar o rol de legitimados a propor ações diretas de constitucionalidade e ao empoderar o Ministério Público brasileiro, que se tornou um dos principais responsáveis pela ativação do tribunal. A prática do tribunal atual, porém, não é mesma de suas origens. O atual STF é muito menos deferente para com as escolhas políticas e interpretações constitucionais dos demais poderes brasileiros, e bem menos contido em termos de incursões políticas. Esta nova prática decisória, somada as regras regimentais do tribunal, é responsável por torná-lo um tribunal fragmentado, um arquipélago de 11 ilhas em que cada um de seus ministros possui imensos poderes individuais.

Por isso, ainda que em muitos aspetos se aproximem, não podemos perder de vista as diferenças entre os dois tribunais. Suas peculiaridades explicam, em parte, o modo distinto como o TC e o STF lidam com situações de crise e com jogos duros constitucionais. Elas foram vistas, na prática, em diferentes crises enfrentadas pelos dois países e aqui estudadas.

No capítulo VI analisamos o impacto da pandemia da COVID-19 em Brasil e Portugal e estudamos as reações do TC e do STF à medidas de combate ao vírus implementadas pelas autoridades portuguesas e brasileiras. Em Portugal, pela primeira vez desde a promulgação da Constituição de 1976, o Presidente da República, em acordo com o governo e com aprovação da Assembleia da República, ativou um estado de emergência na qual foram temporariamente suspensos direitos e liberdades fundamentais. Essa suspensão temporária de direitos forneceu o quadro-geral dentro do qual o governo pôde atuar concretamente no combate à crise. Entre 2020 e 2022, período mais crítico da pandemia, esse estado emergencial foi renovado diversas vezes e alternou-se com períodos de emergência administrativa nos quais direitos e liberdades não foram suspensos, mas restringidos por medidas extraordinárias.

Em diferentes oportunidades, pôde o Tribunal Constitucional se manifestar quanto a constitucionalidade destas medidas. Durante um primeiro período, a maior parte dos casos analisados pelo tribunal envolviam questionamentos a medidas administrativas tomadas fora do estado constitucional de emergência, a maioria delas relativas a repartições de competências e a distinção entre medidas que limitam e medidas que restringem a liberdade. Em razão, em parte, da suspensão de direitos fundamentais durante os diferentes períodos de vigência do estado de emergência, o TC pouco se

ocupou do debate acerca sobre a constitucionalidade material ou não das restrições a direitos fundamentais impostas por autoridades públicas.

Apenas em um momento posterior, já quando a crise parecia se dissipar, o Tribunal Constitucional tomou posição quanto a constitucionalidade material destas limitações a direitos fundamentais. Chama atenção, portanto o controle material tardio das políticas de combate à pandemia, já quase quando não havia mais nada a ser controlado.

Como vimos, diversos fatores podem ter colaborado para essa morosidade. O aparente consenso entre atores políticos quanto a necessidade de se conceder ao executivo alargada margem de ação durante a pandemia parece ter se refletido em uma autocontenção na ativação do TC para exercício de controlo concreto e abstrato de constitucionalidade. A maioria das ações julgadas no Tribunal Constitucional relativas à COVID-19 se deram em sede recursal. O caminho dos tribunais de primeira instância ao Tribunal Constitucional leva tempo. Em situações de crise, quando a velocidade é a regra, o ritmo normal das decisões judiciais pode ser demasiado lento para que possa acompanhar a ação do executivo.

Entretanto, essa morosidade pode também ter sido escolha deliberada do próprio tribunal, que, no auge da pandemia, preferiu se abster de adentrar neste debate, mesmo naqueles julgados em que analisava a constitucionalidade de medidas de autoridades públicas tomadas durante os períodos em que o estado de emergência não estava em vigor. Para além de seu impacto concreto na política de combate ao vírus, potenciais decisões de inconstitucionalidade material nestes momentos mais críticos poderiam terminar por vincular o tribunal em casos posteriores. O tribunal estaria se amarrando a decisões tomadas em momentos de forte comoção pública e de forte incerteza factual. Talvez por isso, na prática, o Tribunal assumiu postura de maior deferência para com o legislativo e o executivo justamente quando a demanda por atuação estatal parecia mais forte.

Essa deferência e este razoável grau de consenso que imperou entre os atores políticos portugueses parece ter reduzido substancialmente a chance de jogos duros constitucionais. A gravidade da crise impunha a cooperação e coibia o conflito. Eventuais divergências deveriam ser resolvidas politicamente por meio do diálogo. Era preciso demonstrar certa unidade e evitar uma cacofonia que poderia prejudicar os esforços de informação e regulação da sociedade naquele momento.

É possível, como vimos também, que outros fatores possam também tido seu impacto nessa relativa harmonia entre poderes, como os esforços de coordenação internacional para o combate à pandemia e a autoridade epistêmica atribuída às recomendações de cientistas e instituições especializadas, como a OMS, epitomada no mote “escute a ciência!”. Nesse contexto, uma postura heterodoxa das autoridade portuguesas no combate a pandemia poderia ter provocado fortes reações internacionais, especialmente no âmbito europeu, e poderia ser vista pela opinião pública um desvio injustificável do consenso científico.

A atuação contida Tribunal Constitucional durante a crise da COVID-19 difere sensivelmente de sua atuação durante a crise europeia da década anterior. Nesta, o TC em diversas vezes se pronunciou prontamente pela constitucionalidade de medidas legislativas adotadas no parlamento no bojo do compromisso assumido pelo estado português junto a credores internacionais. Sua decisões não ficaram adstritas a análise meramente formais ou procedimentais. Um aspeto central da jurisprudência da crise ali construída foi o recurso à ponderação de interesses na avaliação desta constitucionalidade. Os princípios da proteção da confiança legítima, da igualdade na repartição de encargos públicos e da proporcionalidade foram frequentemente invocados para justificar a inconstitucionalidade de normas aprovadas pelo Parlamento.

A consideração de circunstâncias fáticas extraordinárias justificou decisões do tribunal que avalizavam restrições de direitos fundamentais em nome de noções relativamente abstratas, como a de interesse público ou consolidação orçamentária. Ele, no entanto, fixou alguns balizamentos ao uso excecional pelo parlamento desses poderes legislativos alargados. Fiel, por exemplo, a certa noção liberal de estado de exceção, impôs ao legislador um crescente esforço de justificação de suas medidas restritivas de direitos fundamentais à medida em que a crise se prolongava. Menor ônus argumentativo no início desse ciclo excecional, alto ônus argumentativo em seu fim.

Frustrados em seus esforços de ver integralmente implementada sua agenda de reformas, governo e Parlamento poderiam ter retaliado. Poderiam ter atacado o tribunal constitucional com prática típica de jogos duros constitucionais. Apesar disso, também neste caso isto não aconteceu. Alguns elementos parecem ter atuado nesse sentido.

Primeiro, o consenso social em torno das medidas de reforma fiscal do governo não era tão grande quanto o observado durante a crise da COVID-19. Desta vez, a

fiscalização de constitucionalidade de normas excecionais se deu por meio de controlo direto e abstrato. Os requerimento de fiscalização tiveram por autores minorias parlamentares, o Provedor-Geral de Justiça e até mesmo o Presidente da República, que em certas ocasiões questionou medidas proposta por um governo de seu próprio partido. Relembremos também que, parte significativa da opinião pública era crítica ao programa de austeridade fiscal que se buscava implantar por via legislativa. Por fim, essa dificuldade de construção de consensos mais amplos pode ter inviabilizado qualquer tentativa de declaração formal de estado de emergência, o que teria blindado as políticas de corte de gastos de questionamentos matérias quanto a sua compatibilidade com os direitos fundamentais presentes na constituição portuguesa.

Nessas circunstâncias, como vimos, o custo de retaliações por parte do governo e do parlamento ao Tribunal Constitucional poderia ser alto. Possíveis tentativas de redução do poder do TC poderia exasperar não só a parcela da opinião pública já crítica ao governo, mas até mesmo alguns de seus apoiadores, que apesar de concordar com as políticas do governo no mérito, discordariam de seus métodos. É difícil crer que outros atores políticos, como o Presidente da República, o Provedor-Geral de Justiça e o Procurador-Geral da República aceitasse esses ataques passivamente. A chance de sucesso desta empreitada seria baixa.

Por sua vez, potenciais ganhos não seriam tão relevantes. A maioria das medidas mais importantes aprovadas pelo Parlamento sobreviveram ao crivo do Tribunal Constitucional. Durante mais de três anos, o governo foi capaz de levar a cabo sua agenda fiscalista, ainda que aos solavancos. Algumas medidas tiveram de ser reformuladas para se adaptarem aos critérios impostos pelo TC. Outras, tiveram de ser abandonadas. Mas, de modo geral, conseguiu-se realizar uma séria de reformas que, além de restruturarem as finanças do país, foram eficazes em manter os empréstimos internacionais durante os anos mais duros da crise. Quando Portugal saiu precocemente do programa de resgate da Troika, a hora mais negra da crise parecia já estar chegando ao seu fim.

Dessa maneira, podemos contrastar a atuação do Tribunal Constitucional durante a crise da COVID-19 com o Tribunal Constitucional da crise da zona do euro. No primeiro caso, o tribunal lidava com uma crise sanitária na qual os demais órgãos de soberania, a opinião pública e a comunidade internacional pareciam estar alinhadas quanto à importância da implantação de um conjunto de medidas necessárias para o controle das infeções. Mesmo que desejasse se posicionar contra a constitucionalidade

destas medidas, a reação política provavelmente seria intensa o suficiente para fazê-lo recuar. Além disso, as complexidades técnicas envolvidas no desenho de políticas de combate ao vírus podem ter estimulado no tribunal uma maior deferência para com o executivo, em razão de sua maior especialização.

No segundo caso, em que talvez as questões técnicas envolvidas fossem vistas como menos complexas e o consenso na sociedade e entre os atores políticos em torno das medidas legislativas questionadas era menor, o tribunal provavelmente se sentiu estimulado a prescrever sua visão do combate à crise ao governo e ao parlamento. Por mais que sua intervenção nos esforços de ajuste fiscal engendrados pelo governo e pelo Parlamento tivessem o potencial de provocar retaliações, as condições políticas para este ataque ao Tribunal Constitucional não eram favoráveis. Por isso, apesar do embates retóricos e discursos críticos aos acórdãos do TC, não houve também neste caso algo que pudéssemos classificar como um jogo duro constitucional.

A situação foi muito diferente do que acontecia no Brasil. Quando o vírus da COVID-19 se espalhou pelo país, a reação do executivo brasileiro foi em sentido quase oposto ao da maioria dos governos democráticos no resto do globo. Sob o lema "o Brasil não pode parar", o Presidente Jair Bolsonaro sistematicamente negou a gravidade da pandemia, se posicionou contra restrições a liberdades dos cidadãos e à livre-iniciativa, e buscou sabotar medidas de combate à crise.

Essa postura idiossincrática do presidente brasileiro explica, em parte, a não decretação de um estado de emergência como ocorrera em Portugal. Se nada extraordinário acontecia, se o governo federal pouco pretendia fazer para conter a propagação do vírus, o interesse por poderes extraordinário era menor. Havia, é claro outros elementos a pesar nessa decisão. Os grande poderes presidenciais no Brasil tornavam tal recurso menos necessário e é possível que a desconfiança no Congresso brasileiro quanto a Bolsonaro dificultava a construção de consensos para a delegação de poderes extraordinários a ele. Independente do motivo, a omissão do governo e a não declaração de um estado de emergência marcam grandes diferença no modo como esta crise foi enfrentada em Portugal e no Brasil.

Incapaz de obter uma coalizão estável no legislativo para levar à cabo sua agenda de "liberdade sem responsabilidade", o presidente brasileiro terminou isolado. Nesta condição, optou pelo conflito. E os conflitos, foram muitos. No sistema de "emergência

distribuída" brasileiro, outra autoridades, como o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), assumem considerável dose de protagonismo em situações de pandemia. O presidente brasileiro buscou neles intervir ou, quando isto não era possível, como no caso da ANVISA, optou por antagonizar estas instituições. Os maiores ataques, porém, foram dirigidos a governadores e prefeitos.

Ao redor de todo país, governos estaduais e prefeituras agiram para conter a propagação do vírus por meio de restrições à locomoção de pessoas e de bens e serviços, impondo políticas de isolamento e determinando o uso obrigatório de máscaras. Em certos casos, como no estado de São Paulo, estas autoridades agiram também para obter vacinas sem o auxílio ou intermediação do governo federal. Para além dos ataques verbais, a Presidência reagiu a este papel mais ativo de governadores e prefeitos buscando impor reduções a seus poderes. Essas investidas se deram na forma de medidas infralegais e por meio de ações diretas de inconstitucionalidade dirigidas ao STF questionando normas estaduais e municipais.

O tribunal brasileiro, contrariando sua suposta tendência "pró-União", reafirmou a competência das entidades subnacionais e impôs limites às investidas do executivo federal. O tribunal entendeu que, no federalismo cooperativo brasileiro, contra o qual Bolsonaro se insurgia, a proteção da vida e do direito à saúde era competência concorrente da União, estados e municípios. Como consequência disto, a autonomia dos entes federativos para tomar medidas necessária para a contenção da pandemia deveria ser preservada, mesmo que isto implicasse em restrições à livre iniciativa e à liberdade pessoal.

Diferentemente, portanto, do que acontecera em Portugal, a COVID-19 levou a um verdadeiro jogo duro constitucional em que o Executivo federal brasileiro atuou para reduzir por via infraconstitucional os poderes de estados e municípios de forma a fazer prevalecer sua própria abordagem para crise. Caso obtivesse esta vitória, as configurações do federalismo brasileiro poderiam ter sido profundamente alteradas em um processo levaria à erosão do modelo de federalismo cooperativo que prevalecera no país à partir da Constituição de 1988. Nessa disputa, o STF foi chamado a intervir como árbitro, mas não assumiu neutralidade na disputa. Seu posicionamento favoravelmente à manutenção das competências de entes subnacionais impôs importante freio a processo de reforma do federalismo brasileiro encampado pelo Presidente da República.

Entre os anos de 2020 e 2023, Portugal e Brasil enfrentaram a mesma crise: uma perigosa doença de rápida propagação cujas características exatas ainda eram desconhecidas de médicos e cientistas colocava em risco a vida de suas populações. Porque, porém, apenas em um deles foi possível observar a ocorrência de um jogo duro constitucional? O que teria ocorrido de diferente.

No caso português, como vimos, um amplo consenso se formou entre diferentes autoridades públicas, especialistas e atores internacionais em torno de uma agenda de medidas de combate ao vírus. Esse consenso garantiu a maior coordenação de esforços no combate a pandemia e reduziu possíveis atritos que poderiam levar a nascimento de um jogo duro constitucional.

No Brasil, tal consenso não foi de todo inexistente. Entre boa parte dos partidos no legislativo, entre a maioria de prefeitos e governadores no país, entre judiciário e instituições de controle, havia um crença compartilhada de que o melhor curso de ação a ser tomado envolvia seguir aquilo que especialistas nacionais e internacionais pareciam recomendar: instituir políticas de distanciamento social e redução de mobilidade, estabelecer a obrigatoriedade do uso de máscaras em lugares público e garantir testagem em massa e o rastreio rápido de possíveis infetados.

Entretanto, em meio a esse discurso aparentemente harmônico havia a voz dissonante do próprio Presidente da República brasileiro. Mesmo sabendo, que estava isolado entre as demais autoridades pública brasileiras, Bolsonaro em momento algum recuou. Acreditava que a opinião pública se posicionaria ao seu lado em sua batalha pela liberdade contra a classe política brasileira. Sua avaliação se provou errada. Fora de seu círculo de apoiadores mais fiéis, foram poucos os que cerraram fileiras a seu lado neste combate.

Assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal protegendo a autoridade de estados e município apenas reforçara uma rejeição política às investidas de Bolsonaro contra o federalismo brasileiro. E essas decisões foram reforçadas, porque estavam alinhadas à posição maioritariamente defendida pela opinião pública e pela classe política brasileira.

Os jogo duro constitucional ocorrido no Brasil durante a pandemia não é fruto apenas, portanto, da crise da Covid-19. Sua causa – sua principal causa – pode ser encontrada em uma causa mais profunda: uma crise de lideranças democráticas no Brasil.

Esta crise, por sua vez, não começara ali. Não era recente. Anos antes, já deixara suas marcas em um outro jogo duro constitucional acontecido no país e foi pro ele aprofundada: a crise política do *impeachment* de Dilma Rousseff.

O processo de impeachment da Presidente da República brasileira surge em um contexto de degradação do presidencialismo de coalizão brasileiro. A crise econômica que se abateu sobre o país e as denúncias de corrupção envolvendo membros do governo e do Congresso brasileiro foram o estopim para um questionamento mais geral ao papel do Presidente da República como figura central na gestão de amplas coalizões partidárias.

Ainda que não seja possível– e tampouco recomendável– aderir à tese de golpe parlamentar, defende-se aqui que o *impeachment* de Rousseff mudou a face da democracia representativa brasileira. A fragilidade política do governo, a postura vacilante e pouco afeita à negociações da presidente brasileira, os riscos advindos da operação Lava Jato e a radicalização da oposição alteraram o balanço de poder que sustentava as relações executivo-legislativo no país. A partir deste ponto, o legislativo passou a reivindicar para si maior protagonismo e insurgiu-se contra uma autoimagem de mero "carimbador" de decisões do executivo. Isto implicava em um maior poder de veto e agenda, maior controle orçamentário e o poder de remover, se necessário, um presidente incapaz de atender a suas demandas. A nova política do legislativo, imposta por meio de práticas de , levou a um conflito entre poderes no qual o executivo e principalmente a Presidente da República foram os grandes derrotados.

Nesta disputa, o STF atuou em diferentes frentes. Atuou, primeiro, como árbitro. Como tal, se absteve de tomar decisões de mérito quanto à disputa e interveio no processo apenas para garantir sua integridade e abertura democrática. Mas, ao fazê-lo, impôs limites a práticas de lideranças parlamentares que poderiam ser encaradas como jogos duros constitucionais. Aqui prevaleceu a tese tradicional que o processo de *impeachment* era eminentemente um questão política. Por isso, não caberia ao tribunal interferir nas decisões tomadas pelo Congresso.

Entretanto, em alguns momentos o tribunal pode ter fomentado o conflito e atuado como praticante de um jogo duro constitucional. Se não institucionalmente, ao menos pela postura individual de seus membros. A decisão do Ministro Gilmar Mendes suspendendo a posse do ex-presidente Lula da Silva como Ministro-chefe da Casa Civil do Presidência ilustra bem essa atuação.

É fácil observar a crise de liderança no governo e no congresso da época. O governo federal foi incapaz de defender consistentemente sua agenda de campanha uma vez no poder. Seu programa de governo, uma vez terminada a campanha eleitoral, em pouco diferia do programa da oposição por ele atacado durante este período. Talvez ainda mais grave, foi incapaz de negociar com o Congresso e gerir de maneira eficaz uma coalizão partidária.

As lideranças no congresso, por sua vez, agiram movidas por uma mistura de medo e ambição. Ao medo dos impactos políticos da operação Lava Jato somou-se o desejo de poder. O forte discurso difuso de rejeição à velha política e ao *status quo* imperante à época podem ter dado a esses líderes políticos de que havia espaço para rejeição das velhas convenções da política. Se a opinião pública pudesse ser convencida de que esse empoderamento do legislativo vinha no bojo de um amplo programa de renovação política, então seu apoio poderia ser conquistado.

Crise de liderança também da oposição. As sucessivas derrotas eleitorais podem ter reduzido a convicção de partidos oposicionistas de que a obtenção do poder por via eleitoral seria um objetivo alcançável no curto prazo. A radicalização da sua base de eleitores também empurrou suas lideranças posições mais extremas. A pressão desta bases e a perspetiva de finalmente alcançar o poder provavelmente estão por trás dos questionamentos quanto à lisura das eleições.

Mas o comportamento dos Ministros do STF também não escapa deste diagnóstico de crise. Ao, por vezes, agir de maneira partidarizada, ao privilegiar um decisionismo individual em detrimento da deliberação coletiva, ao abdicar de influir politicamente por meio de decisões judiciais claras, consistentes e coerentes para fazê-lo por meio de acordos estratégicos com lideranças políticas e declarações exoprocessuais (BUSTAMANTE, 2019; ARGUELHES, 2019), os juízes do tribunal aos poucos diluem sua autoridade institucional. Ao invés de preservar a constituição, contribuem para sua lenta degradação.

O individualismo exacerbado dos membros do STF contrasta com o carácter marcadamente colegiado e deliberativo da atuação dos juízes do Tribunal Constitucional português. Essa maior colegialidade do TC, por sua vez, parece derivar de aspetos processuais, de valores éticos e virtudes internalizadas por seus membros, e de uma prática social exercida cotidianamente (FREITAS; FERNANDES, WON, 2013). Em

conjunto, estes elementos reduzem as oportunidades para que cada um de seus membros venham a intervir em conflitos e controvérsias políticas ao passo que fortalecem institucionalmente o tribunal. Outros fatores, como as regras formais e informais relativas ao processo de nomeação de seus juízes, ajudam a reforçar a imagem pouco partidária do TC, o que é fundamental para preservação de seu capital institucional.

Ressalte-se ainda que, se no Brasil, mas não em Portugal, situações de crise levaram a jogos duros constitucionais, isto foi possível devido a já mencionada existência de uma crise de liderança democrática que atingiu o primeiro país de maneira mais intensa do que no segundo naqueles momentos de crise. Esta crise, seguindo aqui a sugestão de Neil Walker (2020), poderia ser encarada como uma manifestação mais superficial de uma ainda mais profundas crise mais profunda crise de governança democrática.

Na última década, assistiu-se a um processo de crescente polarização na população brasileira, de progressiva rejeição a valores e convenções por ela compartilhados, e de repúdio à instituições e práticas políticas vigentes. As causas desse movimento são por demais complexas para serem aqui analisadas. O que, porém, aqui se pretendeu demostrar, é que esta crise teve consequências para o comportamento de atores políticos, seja neles exercendo pressão seja modificando seus arranjos de incentivos. Situações de crise, com seu forte carácter disruptivo, podem ter agravado esse quadro no Brasil, levando a uma proliferação de práticas constitucionais que, ao menos no casos da crise do *impeachment* de Dilma Rousseff, resultou em uma modificação de certas "pré-compreensões" constitucionais no país. O Supremo Tribunal Federal, na delicada posição de buscar sobreviver a este terremoto político e social e preservar a ordem constitucional então existente tem agido de maneira errática, por vezes colaborando para frenar esse processo de mutação, por vezes impulsionando-o.

Em Portugal, apesar das crises da COVID-19 e da dívida soberana dos países da zona do euro ter levado em duros embates constitucionais, estes embates não escalaram para jogos duros constitucionais. Uma das razões para isso seria ausência durante estes períodos, de uma crise de governança democrática tão intensa quanto a observada no Brasil. É possível conjeturar que nestas duas situações de crise, a polarização na sociedade portuguesa com relação as questões nelas envolvidas fosse menor do que nos dois casos brasileiros.

Igualmente, pode-se argumentar que o semipresidencialismo português, com seu carácter marcadamente consensualista, e a organização do estado constitucional na forma de uma república unitária podem ter colaborado para reduzir conflitos entre atores políticos. No Brasil, a crise do modelo de presidencialismo de coalizão levou a uma multiplicação de centros de decisão política inclinados a fortalecer sua posição.

Não é possível saber ao certo se essa situação se manterá. Pode ser que um processo de erosão de consensos também esteja ocorrendo nos subterrâneos da ordem constitucional portuguesa. Mas durantes aquelas crises, foram esses consensos e o desenho de suas instituições, que tornaram a democracia portuguesa um ambiente menos propício para proliferação de jogos duros constitucionais do que a democracia brasileira.

Isso, porém, não nos deve levar a crer que instituições não tenham papel a desempenhar nesse processo de mutação constitucional. Tribunais Constitucionais, em especial, possuem modos de agir sobre a política e conter a erosão de convenções constitucionais existentes. Entretanto, este papel é limitado e irá depender de certos contextos políticos e sociais específicos.

IX. II. SÍNTESE DAS PRINCIPAIS CONCLUSÕES DA TESE

IX. II. I. HIPÓTESES E PERGUNTAS DA PESQUISA

Como afirmado no primeiro capítulo, este estudo se baseou em duas hipóteses:

a) Primeira hipótese: Crises, sejam elas políticas, econômicas ou sanitárias, funcionam como catalisadoras de jogos duros constitucionais.
b) Segunda hipótese: Tais jogos duros podem levar a um rearranjo informal da ordem constitucional.

Com base nestas hipóteses, a seguintes perguntas foram formuladas:

1. O que é um jogo duro constitucional?
2. Como um jogo duro constitucional leva a uma mutação no sistema constitucional?
3. Ao analisar a atuação dos tribunais brasileiro e português em situações de crise seria possível observar seu envolvimento em um jogo duro constitucional?
4. Se há uma discrepância entre os casos comparados, quais seriam as possíveis explicações para estas diferenças?

5. Se, em contrário, tal fenômeno de fato possa ser observado nos exemplos estudados, como os dois tribunais teriam se manifestado diante dele?
6. Se há um jogo duro constitucional, seria possível afirmar que isso leva a alguma mudança no arranjo constitucional até então existente?

Ao longo deste estudo, buscou-se dar resposta a essas perguntas, as são, agora, abaixo enumeradas.

IX. II. II. RESPOSTAS ÀS PERGUNTAS FORMULADAS

1. Um jogo duro constitucional é (1) uma disputa entre dois ou mais atores políticos, aqui entendidos como instituições públicas; (2) acerca de convenções constitucionais e convenções profundas que precedem logicamente as normas constitucionais; (3) que tem por objetivo um aumento de seu poder de fato ou normativo.
2. Um jogo duro constitucional leva a uma mutação ou rearranjo na ordem constitucional justamente porque o objeto central da disputa envolve normas sociais profundas que logicamente precedem as normas constitucionais. Essas normas sociais, por sua vez, são identificadas como a ideia de regras de reconhecimento desenvolvida originalmente por H. L. A. Hart.
3. O Supremo Tribunal Federal brasileiro se envolveu em jogos duros constitucionais em situações de crise, como durante a pandemia de COVID-19 e o impeachment de Dilma Rousseff. Em que pese, porém, a gravidade das duas crises aqui analisas nas quais o Tribunal Constitucional português foi chamado à fiscalizar a atuação dos poderes públicos, não se observou a presença de jogos duros constitucionais em nenhuma delas.
4. Fatores conjunturais e estruturais podem explicar a existência de "jogos duros constitucionais" nos casos brasileiros analisados e sua ausência no casos portugueses. No âmbito estrutural, a menor polarização social, o consensualismo do semipresidencialismo português, a organização unitária do Estado, juntamente com a colegialidade e o baixo grau de partidarismo do Tribunal Constitucional podem ter contribuído para reduzir os conflitos entre os atores políticos nos casos analisados, em contraste com a situação brasileira. No Brasil, a maior polarização social, a forma federalista do Estado, um modelo político em crise e um STF fragmentado, com normas procedimentais e práticas sociais que favorecem o individualismo de seus membros, podem ter fomentado casos de "jogos duros

constitucionais”. Entretanto, fatores estruturais por si só não explicam essa diferença. O aspecto conjuntural da crise é relevante. É a interação entre estrutura e conjuntura específica que irá levar a ocorrência ou não de um jogo duro constitucional.

5. A atuação do STF em casos de jogo duro constitucional foi ambígua. Na maior parte dos casos atuou como árbitro, ao impor limites à tentativas de uma das partes do conflito de subverter as regras do jogo. Em outros momentos porém, pode ter estimulado o conflito e assumido papel mais próximo a de um “jogador” nesse jogo duro constitucional.
6. O caso brasileiro da crise gerada pelo Impeachment presidencial oferece evidências de que os jogos duros constitucionais podem levar em mudanças nas normas básicas da ordem constitucional. Entretanto, casos como o da crise da Covid-19 oferecem evidência de que nem sempre isto ocorrerá. Além disso, contra Schmitt e seus seguidores, foi possível observar que tentativas do executivo de promover alterações na ordem constitucional em momento de crise nem sempre resultará em triunfo. Judiciário e Parlamento são capazes de agir decisivamente para impor limite a suas ações.

X. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2018.

ABRUCIO, Fernando et al.. *Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental.* Revista de Administração Pública, v. 54, n. 4, p. 663–677, 2020.

ABRAMOVAY, P.. Medidas Provisórias e Separação de Poderes. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. *The Emergency Constitution*. The Yale Law Journal, Vol. 113, No. 5 pp. 1029-109, Mar. 2004.

ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. Faculty Scholarship Series. 129, 1997.

ADLER, Mathew D.. *Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law?*, 100 Nw. U. L. REV., pp.719-804, 2006.

ADLER, Matthew D.; HIMMA, Kenneth Einar (ed.). *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *O estado de exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AHMED, Farrah; ALBERT, Richard; PERRY, Adam. *Judging Constitutional Conventions*. 17 International Journal of Constitutional Law 787, 2019.

ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism*. San Diego Legal Studies Paper No. 19-413, 2019.

ALEXANDER, Larry. *Introduction*. In: *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge university Press, 1998.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and the Dizzying Dependence of Law on Acceptance*. In: ADLER, Matthew D.; HIMMA, Kenneth Einar (ed.). *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais*. Observatório Almedina, 2020. Disponível em: https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/. Visitado em 16 de julho de 2021.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, M. H. T. de.. *Recentralizando a federação?*. Revista De Sociologia E Política, (24), 29–40, 2005.

ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de. *O estado de excepção constitucional*. Disponível em: https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excepcao-constitucional/. Acessado em 12 de junho de 2021.

ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de; PEREIRA COUTINHO, Luís (eds.). *O tribunal constitucional e a crise: ensaios críticos.* Coimbra: Almedina, 2014.

ALONSO, Angela. *Treze*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2023.

AMARAL, Maria Lúcia. *A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia. *O Modelo Português de Justiça Constitucional: Análise Crítica*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 11, Madrid (2007), págs. 17-40.

AMARAL-GARCIA, Sofia; GAROUPA, Nuno ; GREMBI, Veronica. *Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal*. U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE08-21, Jul. 2008.

AMES, Barry. *The Deadlock of Democracy in Brazil*. Michigan: The University of Michigan Press, 2001.

AMORIM NETO, Octávio. *Gabinetes presidenciais, ciclos eleitorais e disciplina legislativa no Brasil*. DADOS-REVISTA DE CIENCIAS SOCIAIS, Rio de Janeiro, v. 43, n.2, p. 479-519, 2000.

AMORIM NETO, Octávio; COSTA LOBO, Marina. *Portugal's semi-presidentialism (re)considered: An assessment of the president's role in the policy process, 1976–2006*. European Journal of Political Research 48, p. 234–255, 2009.

AMORIM NETO, Octávio. *A Crise Política Brasileira de 2015-2016: Diagnóstico, Sequelas e Profilaxia*. RELAÇÕES INTERNACIONAIS (LISBOA), v. 52, p. 43-54, 2016.

APPIAH, Kwame Anthony. *Código de honra*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2012.

ARANTES, Rogério Bastos; MARTINS, Rodrigo. *Does the before influence the after?: career paths, nominations, and votes of the STF justices*. Brazilian Political Science Association, v. 16, n. 3, pp. 38, 2022.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil* . São Paulo: Editora Sumaré, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. *STF e Constituição policy-oriented*. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 299-342, jan./jun. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Juízes falando pelo povo: populismo judicial para além das decisões judiciais*. In: BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz (org.). 30 anos da Constituição de 1988: Uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck. *La moderación judicial como legado constitucional autoritario: el Supremo Tribunal Federal brasilero y las facultades legislativas presidenciales*. Discusiones, v. 24, n. 1, p. 143- 176, 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização*. Univestitas Jus (UniCEUB Law Journal), v. 25, n. 2, p. 25-44, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; LIMA, Rafael Bellen de. *Brazil: From Restraint to Preemption?*. In: KLATT, Matthias (Ed.). Constitutionally Conforming Interpretation: Comparative Perspectives- Volume 1: National Reports. Londres: Hart Publishing, 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *Fachin tem razão: é preciso mudar o rito do caso Collor*. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

ARGUELHES, D. W., & RIBEIRO, L. M... *MINISTROCRACIA : O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos Estudos CEBRAP, 37(1), 13–32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner*. Revista de Direito Administrativo, nº 255, pp. 115-43, 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro P. *Judicialização antes da democratização?: o Supremo Tribunal Federal e o destino da Emenda Constitucional das 'Diretas Já'*. Pensar Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, n. 4, p. 1-16, 2018.

ARAÚJO, António de. *A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional*. Análise Social, vol. XXX (134), 1995 (5.°), 881-946.

ARNAUD, André-Jean. *Direito Entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

ARLOTA, Carolina, and GAROUPA, Nuno. *Addressing Federal Conflicts: An Empirical Analysis of the Brazilian Supreme Court, 1988–2010*.Review of Law & Economics.V. 10, no. 2, pp. 137–68, 2014.

ARRETCHE, Marta. *O Mito Da Descentralização Como Indutor de Maior Democratização e Eficiência Das Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais: RBCS 11, 31, p. 44-66, 1996.

ARRETCHE, Marta. *Um federalismo centralizado*. Blog DADOS – Revista de Ciências Sociais, Publicado em 25 março de 2020. Disponível em: http://dados.iesp.uerj.br/um-federalismo-centralizado/. Visitado em 30 de setembro de 2020.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editora Ariel, 1996.

AZOULAI, L. (2020). *Infrastructural Europe: EU law and human life in times of the Covid-19 pandemic*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, 66, 343-359.

BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Estado de Exceção no Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2020.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968

BALKIN, Jack M.. *Constitutional Hardball and Constitutional Crises*. Yale Law School, Public Law Working Paper No. 158, 2008.

BARBER, N. W.. *The Constitutional State*. Oxford: Oxford university Press, 2010.

BARBER, N. W.. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford: Oxford university Press, 2018.

BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. *A ascensão do plenário virtual:*

nova dinâmica, antigos poderes. Política & Sociedade, v. 20, n. 52, p. 64-104, 2023.

BARCZENTEWICZ, Mikołaj. *The Illuminati Problem, Rules of Recognition, and What Distinguishes Law from Non-law?*. 38 Oxford Journal of Legal Studies, pp. 500–527, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência* – 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco Mundial. Em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2018.

BELLAMY, Richard. *'An Ever Closer Union Among the Peoples of Europe': Republican Intergovernmentalism and Democratic Representation within the EU*. Journal of European Integration, 35:5, pp. 499-516, 2013.

BELLAMY, Richard; WEALE, Albert. *Political legitimacy and European monetary union: contracts, constitutionalism and the normative logic of two-level games*. Journal of European Public Policy, 22:2, pp. 257-274 (2015).

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. 2014. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2509541. Acessado em 12 de Agosto de 2021.

BERNAL PULIDO, Carlos. *Cambio constitucional informal: una introducción crítica*. In: ALBERT, Richard ; BERNAL PULIDO, Carlos (eds.). *Cambio constitucional informal*. Tradução de Rodrigo Camarena González. - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016

BEDNAR, Jenna; FEREJOHN, John; ESKRIDGE, William. *A Political Theory of Federalism*, 1999. Disponível em: https://documents1.worldbank.org/curated/fr/900271468761423846/820140748_20040131103959/additional/28763.pdf. Visitado em 14 de abril de 2023.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgan. *The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances*. In: BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgan. *Constitutional and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgan. *Critique of the Value- based Grounding of Law*. In: BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgan. *Constitutional and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.

BOTELHO, Catarina Santos. *Estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência*. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo (eds.) Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção, AAFDL, Lisboa, pp. 9-57, 2020.

BJØRNSKOV, Christian; VOIGT, Stefan. *This Time is Different? - On the Use of Emergency Measures During the Corona Pandemic*. Eur J Law Econ 54, 63–81, 2022.

BRATMAN, Michael E. *Practical Reasoning and Acceptance in a Context*. Mind, New Series, Vol. 101, No. 401 (Jan., 1992), pp. 1-15.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL. *Decreto nº 10.282*. Promulgado em 20 de março de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de março de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10282.htm. Acesso em 03/12/2025.

BRASIL. *Lei n.º. 1079/50*. Promulgada em 10 de abril. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, DF, 10 de abril de 1950. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 35/79*. Promulgada em 14 de Março de 1979. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de Março de 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL. *Lei n.º 7.492/86*. Promulgada em 16 de Junho de 1986. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de Junho de 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL. *Lei n.º 8-080/1990*. Promulgada em 19 de Setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 de Setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL. *Lei n.º 8.906/94*. Promulgada em 4 de Julho de 1994. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de Julho de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL. *Lei n.º 9.868/99*. Promulgada em 10 de Novembro de 1997. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de Novembro de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL. *Lei n.º 12.850/2013*. Promulgada em 2 de Agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 de Agosto de 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 31 de Agosto de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ministro Marco Aurélio. 23 mar. 2020.

Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765 . Acesso em 30 mar. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.343/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. 6 de Maio de 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754391739. Acesso em 12 Julho 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 17 de dezembro de 2015. Supremo Tribunal Federal. Brasília. disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582. Acesso em: 12 de Janeiro de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 770-MC-REF-DF, 2021d*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 de Fevereiro de 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755275114. Acesso em 20 Abril 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 33.837*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 10 de outubro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4865805. Acesso em: 18 de Janeiro de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33.838. Impetrante: Rubens Pereira e Silva Junior. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, 10 de outubro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4865832. Acesso em: 18 de Janeiro de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 33.920*. Impetrante: Rubens Pereira e Silva Júnior. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 3 de dezembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4899111. Acesso em: 18 de Janeiro de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 33.921*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 3 de dezembro de 2015. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4899328. Acesso em: 18 de Janeiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 34.070 Distrito Federal*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822. Acesso em: 18 de Janeiro de 2023.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 34.193 Distrito Federal*. Brasília, 7 de dezembro de 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34193.pdf. Acesso em: 25 de abril de 2023.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 34.371 Distrito Federal*. Brasília, 7 de Dezembro de 2018. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/661788827. Acesso em 20 Abril 2022.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar em Mandado De Segurança 34.071 Distrito Federal*. Brasília, 18 de março de 2016. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/me/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf. Acesso em 18 de Janeiro de 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.441-DF. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 29 de setembro de 2016. *DJE* nº 226, 21/10/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado De Segurança 37.083 Distrito Federal*. Brasília, 22 de abril de 2020. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/celso-mello-citacao-bolsonaro-acao.pdf. Acesso em 20 Abril 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Em Mandado De Segurança 33.828 Distrito Federal.* Brasília, 7 de outubro de 2015. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151007-07.pdf. Acesso em 20 Abril 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar/Mandado de Segurança 34.371 /DF. Brasília, 8 de setembro de 2016.

BRINKS, Daniel M.. *Faithful Servants of the Regime - The Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution* (2009). APSA 2009 Toronto Meeting Paper.

BROSSARD, Paulo. *O Impeachment: Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República*. Porto Alegre: Oficinas gráficas da Livraria DO Globo, 1964.

BUSTAMANTE, Thomas. Julgando for a dos autos: uma nova reflexao sobre *obter dicta* exoprocessuais. In: BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz (org.). 30 anos da Constituição de 1988: Uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas; MENDES, Conrado Hubner. *Freedom Without Responsibility: the Promise of Bolsonaro's COVID-19 Denial*. Jus Cogens, 3:181–207, 2021.

BUSTAMANTE, Thomas; NEDER MEYER, Emílio Peluso. *Brazil: Covid-19, Illiberal Politics, and the Rule of Law*. In: GROGAN, J.; DONALD, A. (eds.). Routledge Handbook on Law and the COVID-19 Pandemic. Oxfordshire: Routledge, 2022.

CANI, Julia Wand-Del-Rey. *Supremo: um tribunal (só) de teses?* In: ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; RECONDO, Felipe. (ed.). Onze supremos: o Supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Jota: Supra: FGV Direito Rio, 2017. p. 113–115.

CANI, Julia Wand-Del-Rey. Para onde foram as "teses" no Supremo? In: FALCÃO, Joaquim et al. (ed.). O Supremo e o processo eleitoral. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito:Jota: Supra: FGV Direito Rio, 2019. p. 51–54.

CAMPELLO, Daniela; ZUCCO, César. *Presidential Success and the World Economy. The Journal of Politics* 78:2, 589-602, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Amido Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO, Laura. *A valsa brasileira*. São Paulo: Todavia, 2018.

CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, eleições e poder: As engrenagens do sistema político brasileiro*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2018.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *A ampliação dos legitimados ativos na Constituinte de 1988: revisão judicial e judicialização da política*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 96, p. 293–325, jul./dez., 2007.

COLEMAN, Jules L. *Negative and Positive Positivism*. The Journal of Legal Studies, Vol. 11, No. 1, pp. 139-164, Jan. 1982.

COMELLA, Victor Ferreres. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009.

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

CANOTILHO, Mariana; VIOLANTE, Tereza; LANCEIRO, Rui. *Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*. European Constitutional Law Review, Volume 11, Issue 1, May 2015, pp. 155 – 183

CHEIBUB, Jose Antonio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. *Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 361, 2011.

CHEIBUB, Jose Antonio; HONG, Ji Yeon; PRZEWORSKI, Adam. *Rights and Deaths: Government Reactions to the Pandemic* (2020). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3645410. Acessado em 13 de maio de 2020.

CONTIADES, Xenophon. *The Global Financial Crisis and the Constitution*. In: CONTIADES, Xenophon (ed.). *Constitutions in The Global Financial Crisis*. Farnham, Surrey: Ashgate, 2013a.

CONTIADES, Xenophon (ed.). *Constitutions in The Global Financial Crisis*. Farnham, Surrey: Ashgate, 2013b

CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. *Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation*. International Journal of Constitutional Law, Volume 10, Issue 3, pp 660–686, July 2012.

COROADO, Susana; GAROUPA, Nuno; MAGALHAES, Pedro C.. *Judicial Behaviour under Austerity: An Empirical Analysis of Behavioural Changes in the Portuguese Constitutional Court, 2002–2016*. *Journal of Law and Courts*; 5(2), pp 289-311, 2017.

COSTA LOBO, Marina. *Portugal and the pandemic: Political resilience amid health and economic crisis*. Em: EWERT, Christian; HEYNE, Lea (Eds.). One Year with Covid-19. Suíça: Books on Demand, 2021.

COUTINHO, Luís Pereira. *Formular e prescrever: A Constituição do Tribunal Constitucional*. In: ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de; PEREIRA COUTINHO, Luís (eds.). *O tribunal constitucional e a crise: ensaios críticos.* Coimbra: Almedina, 2014.

COVER, Robert M. *The Supreme Court 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*. Harvard Law Review Vol. 97, No. 1, pp. 1-68, Nov. 1983.

CROSS, Frank; NELSON, Blake J.. *Strategic Institutional Effects on Supreme Court Decisionmaking*. Northwestern University Law Review 95 1437, 2001.

DAHL, Robert. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Journal of Public Law, 6, 1957.

DANTAS, Andrea de Quadros. *O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO*. Rev. direito GV, São Paulo, v. 16, n. 2, e 1964, 2020.

DANTAS, Andrea de Quadros; PEDROSA, Maria Helena Martins Rocha; PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. *A Pandemia De Covid-19 e Os Precedentes do STF sobre as Competências Constitucionais dos Entes Federativos: Uma Guinada Jurisprudencial ou Mera Continuidade da Função Integrativa da Corte?*. Revista Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 96, jan. 2021.

DAWSON, Mark; ENDERLEIN, Heinrik; JOERGES, Christian (eds.). *Beyond the crisis: the governance of Europe's economic, political and legal transformation*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DEL RÍO, Andres . *Dictadura, Democracia y Justicia Transicional en Brasil: Trayectoria y Legados del Supremo Tribunal Federal*. Dados, 57(4), 1169–1201, 2014.

DENEEN, Patrick J.. *Porque está a falhar o liberalismo?*. Lisboa: Gradiva, 2018.

DIXON, Rosalind. *Constitutional Rights as Bribes*. 50(3) Connecticut Law Review, Set. 2018.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Roger E. Michener. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DIXON, Rosalind; ISSACHAROFF, Samuel. Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 16-01, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo*. In: Congresso Nacional do CONPEDI (17:2008, Brasília, DF). Anais / XVII 127, R. Proc. Geral Est. São Paulo,

São Paulo, n. 90:115-128, jul./dez. 2019. Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*; tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DYZENHAUS, David. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar. Oxford: Oxford University Press, 1997.

DYZENHAUS, David. The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

EMPOLI, Giovanni Da. *Os engenheiros do caos: Como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições*. Belo Horizonte: Vestígio, 2019.

ENDICOTT, Timothy. *The Generality of Law*. In: DUARTE D'ALMEIDA, Luís; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (eds*.). Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Adrew D.. *The Supreme Court as A Strategic National Policymaker*. 50 Emory Law Journal 583-611, 2001.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard M.. The Behavior Of Federal Judges: A Theoretical & Empirical Study Of Rational Choice. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D.. *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford university Press, 2014.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. *III Relatório Supremo em*

Números. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FALLON, Richard H.. *Constitutional Constraints*. 97 Calif. L. Rev. 975, 2009.

FALLON JR., Richard H.. *Judicial Supremacy, Departmentalism, and the Rule of Law in a Populist Age*. 3 Texas Law Review 96, 2018.

FARBER, Daniel. *Rights as Signals* (December 18, 2000). Disponível em SSRN: https://ssrn.com/abstract=254349. Acessado em 18 de abril de 2023.

FASONE, Cristina; Lindseth, Peter L.. *Europe's Fractured Metabolic Constitution*: *From the Eurozone Crisis to the Coronavirus Response*. LUISS School of Government, SOG Working Paper 61, 2020.

FEIJÓ, Rui Graça. The President of the Republic and the Management of the Eurocrisis. Em: PINTO, Antonio Costa; TEIXEIRA, Conceição Pequito (Eds.). Political Institutions and Democracy in Portugal: Assessing the Impact of the Eurocrisis. Suíça: Pallgrave Mcmillan, 2019.

FEREJOHN, John. *Financial Emergencies*. GINSBURG, Tom; ROSEN, Mark D.; VANBERG, Georg (eds.). *Constitutions in Times of Financial Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

FEREJOHN, John. *Positive Theory and the Internal Point of View*. 10 U. Pa. J. Const. L. 273, 2008.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*. 82 Tex. L. Rev. 1671, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *The law of the exception: A typology of emergency powers*. International Journal of Constitutional Law, Volume 2, Issue 2, Pages 210–239, April 2004.

FONTE, F. M. O *Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: Rumo à sociedade aberta de telespectadores?*. Conjur, 2013. Disponível em: http:// conjur.com.br/dl/pesquisa-decisoes-colegiadas-stf.pdf. Visitado em 13 de novembro de 2023.

FUKUYAMA, Francis. *Identidades: a exigência de dignidade e a política de ressentimento*. Alfragide: D. Quixote, 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011.

FREITAS, Raquel Barrada de; FERNANDES, Jorge M.; WON, Miguel. *Decidir em conjunto: Colegialidade e deliberação no Tribunal Constitucional*. Lisboa: Sersilito, 2023.

FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Texas Law Review Volume 84, Number 2, Dec. 2005.

FULLER, Lon L.. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*. Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, pp. 630-672, Feb. 1958.

FULLER, Lon L.. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

GALLIGAN, Denis. J.; VERSTEEG, Mila (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cmbridge: Cambridge university Press, 2013.

FURONI, Evandro. *Bolsonaro cita "terrivelmente evangélico" e parabeniza Mendonça no STF*. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-cita-terrivelmente-evangelico-e-parabeniza-mendonca-no-stf/. Acessado em 8 de fevereiro de 2023.

GALLIGAN, D. J.. *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge university Press, 2013.

GARDNER, John. *Can There Be a Written Constitution?*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2009.

GARGARELLA, Roberto. *Democracy and Emergency in Latin America*. POIARES MADURO, Miguel; KAHN, Paul W. (eds*). Democracy In Times Of Pandemic: Different Futures Imagined*. Cambridge: Cambridge university Press, 2020.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. *Building Reputation in Constitutional Courts: Party and Judicial Politics*. Illinois Law, Behavior and Social Science Research Papers Series, Research Paper No. LBSS11-15, 2011.

GAROUPA, Nuno; TIEDE, Lydia Brashear. *Judicial Politics in Portugal*. In: FERNANDES, Jorge M., MAGALHÃES, Pedro C., and PINTO, António Costa (eds.).*The Oxford Handbook of Portuguese Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2022.

GILBERT, Margaret. *Social convention revisited*. Topoi (1-2):5-16, 2008.

GINSBURG, T.. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom. *Constitutions as Contract, Constitutions as Charters*. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cambridge: Cambridge university Press, 2013.

GINSBURG, Tom; Huq, Aziz; LANDAU, David. *The Uses and Abuses of Presidential Impeachment*.

GINSBURG, Tom; ROSEN, Mark D.; VANBERG, Georg (eds.). *Constitutions in Times of Financial Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

GINSBURG, Tom and VERSTEEG, Mila. *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-5, 2020.

GLEZER, Rubens. *Catimba constitucional: o STF, do antijogo à crise constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

GLEZER, Rubens. *As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional*. v. 1 n. 2 (2021): Suprema - Revista de Estudos Constitucionais, Dez. 2021.

GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira; CADEDO, Matheus Silva. *O mito da jurisprudência federalista concentradora do STF: uma nova proposta de análise dos conflitos federativos*. Revista Brasileira Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 15, n. 47, p. 83-111, jan./jun. 2021.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades. Revista da Faculdade de Direito da UERJ , v. 29, p. 127-157, 2016.

GOUPY, Marie. O Estado de Exceção ou a Impotência Autoritária do Estado na Era do Liberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

GRABER, Mark A.,. *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*. Faculty Scholarship 518, 1993.

GREEN, Leslie. *The Authority of the State*. Oxford: Oxford university Press, 2008.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Cancelas Invisíveis: "embargos auriculares", legitimidade ativa e permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal*. REI-Revista de Estudos Institucionais, v.6, n.1, pp.55-82, 2020.

GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crisis: Emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GRIFFIN, Stephen M.. *Presidential Impeachment in Tribal Times: The Historical Logic of Informal Constitutional Change*. Connecticut Law Review. 417, 2019.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford university Press, 2016.

GUASTINI, Riccardo. *Costumbres e convenciones constitucionales*. In: GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F.: Doctrina juridica contemporânea, 2001b.

GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. In: GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, D.F.: Doctrina juridica contemporânea, 2001a.

GUASTINI, Riccardo. *Reglas Constitutivas y Gran División*. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990, V. 5 Nº 14. Maio-Ago, p. 269-293.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a Facticidade e a Validade*, V. 1. Rio de Janeiro: Editora Tempo Universitário, 1997.

HAMON, Fraçois; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. Barueri: Manoel, 2012.

HANRETTY, C.. *Dissent in Iberia: The ideal points of justices on the Spanish and Portuguese Constitutional Tribunals.* European Journal of Political Research, 51: 671-692, 2012.

HARDIN, Russell. *Why a constitution?*. In: GALLIGAN, Denis. J.; VERSTEEG, Mila (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. Cmbridge: Cambridge university Press, 2013.

HART, H. L. A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986

HART, H. L. A. The Concept of Law. Oxford: Claredon Press, 1994.

HART ELY, John. *Democracia e Desconfiança: Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HARTMANN, IVAR A. et al. *A influência da TV Justiça no processo decisório do STF. Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 4, n. 3, out 2017, p. 38-56.

HARTMANN, IVAR; LEAL, Fernando. *As cautelas do relator do impeachment*. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. *Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.

HIRCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen. *In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror*. California Law Review Vol. 97, No. 2, pp. 301-355, April 2009.

HOLMES, Stephen. *Passions and Constraints: On the theory of Liberal Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995.

HUME, David. *Of the Origin of Government*. In*: HUME, David. Essay: Moral, Political and Literary, V.1*. Londres: Longmans, Green and Co, 1882.

HUTTINGTON, Samuel P.. *A Terceira Onda: A Democratização no final do Século XX*. São Paulo: Editora Ática, 1994.

INNERATY, Daniel. *The Inter-Democratic Deficit of the European Union*. In: DAWSON, Mark; ENDERLEIN, Heinrik; JOERGES, Christian (eds.). *Beyond the crisis: the governance of Europe's economic, political and legal transformation*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

JACONELLI, J. (2005). *Do constitutional conventions bind?*. Cambridge Law Journal, 64, 149-176.

JASANOFF, Sheila. *Uncertainty*. Boston: Boston Review, 2022.

JASANOFF, Sheila. *The political science of risk perception*. Reliability Engineering and System Saferty, n. 59, p. 91-99, 1998.

JASANOFF, Sheila; HILGARTNER, Stephen: *A Stress Test for Politics: Insights from the Comparative Covid Response Project (CompCoRe) 2020*. VerfBlog, 2021/5/11. Disponível em: https://verfassungsblog.de/a-stress-test-for-politics-insights-from-the-comparative-covid-response-project-compcore-2020/. Acessado em 18 de maio de 2021.

JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutacion de la Constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JOERGES, Christian. *Three Transformations of Europe and the Search for a Way Out of its Crisis*. In: JOERGES, Christian; GLINSKY, Carola. *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

JOERGES, Christian; GLINSKY, Carola. *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

KAISER, Anna-Bettina. *O Estado de Exceção no Direito Alemão e a Atual Pandemia: Modelos Comparativos e Direitos Constitucionais*. *e-Pública* Vol. 7 No. 3, Dezembro 2020.

KALYVAS, Andreas. *Democracy and the politics of the extraordinary*. Cambridge: Cambridge university Press, 2008.

KAHAN, Dan; BRAMAN, Donald; JENKINS-SMITH, Hank. *Cultural Cognition of Scientific Consensus*. Yale Law School, Public Law Working Paper No. 205, 2010.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Introduction*. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KAVANAGH, Aileen. *The Lure and Limits of Dialogue*. The University of Toronto Law Journal Vol. 66, No. 1, Special Issue: Public Law for the Twenty-First Century (Winter 2016), pp. 83-120.

KAY, Richard S. *Preconstitutional Rules* (1981). Ohio State Law Journal, Vol. 42, No. 1, 1981.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KILPATRICK, Claire. *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*. EUI Working Paper LAW 2015/34, 2015.

KJAER, P. F.; TEUBNER, G.; FREBBRAJO. A. (eds.). *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2011.

KLARMAN, Michael. *Constitutional Fetishism and the Clinton Impeachment Debate*. Jun. 1999. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=169257. Visitado em 3 de outubro de 2023.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KNIGHT, Frank G.. Risk, uncertainty and profit. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921.

KOERNER, Andrei; BARROS DE FREITAS, Lígia. *O Supremo Na Constituinte e a Constituinte No Supremo*. Lua Nova, núm. 88, pp. 141-184, 2013.

KORNHAUSER, Lewis A.. *Deciding Together*. New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 13-65, 2013.

KOSELLECK, Reinhart. *Crisis*. Journal of the History of Ideas, Vol. 67, No. 2, pp. 357-400, 2006.

KRAMER, Matthew. *H. L. A. Hart*. Cambridge: Polity Press, 2018.

KRASTEV, Ivan; HOLMES, Stephen. *The light that failed: a reckoning*. Londres: Allen Lane, 2019.

LAGERSPETZ, Erik. *The Opposite Mirrors: A Conventionalist Theory of Institutions*. London: Kluwer Academic Publishers, 1995.

LAMOND, Grant. *The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System*. In: DUARTE D'ALMEIDA, Luís; EDWARDS, James; DOLCETTI, Andrea (eds*.). Reading HLA Hart's 'The Concept of Law'*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

LAZAR, Nomi Claire. *States of Emergency in Liberal Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LEAL, Fernando. *Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno*. Jota. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acessado em 28/01/2024.

LEAL, Fernando A. R. . *Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênu*o. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Impresso), v. 58, pp. 177-209, 2014.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. *Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017).* Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr. 2018.

LEITER, Brian. *Explaining Theoretical Disagreement*. 76 University of Chicago Law Review 1215, pp. 1215-1250, 2009.

LESSA, Renato. *A Invenção Republicana: Campos Sales, as bases e a decadência da Primeira República brasileira*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2015.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M.. *Constitutional Crises*. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 157, 2009.

LEVINSON, Sanford V.; BALKIN, Jack M.. *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design*. Minnesota Law Review, Vol. 94, p. 1789, 2010.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M.. *Understanding the Constitutional Revolution*. 87 Virginia Law Review 1045, pp- 1045-1104, 2001.

LEVINSON, Daryl J.. *Empire-Building Government in Constitutional Law*. NYU Public Law and Legal Theory Working Paper Series, pp. 2008.

LEVINSON, Daryl J.. *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment*. Harvard Law Review, Vol. 124, No. 3, pp. 657-746, 2011.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H.. *Separation of Parties, Not Powers*. Harvard Law Review, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

LEWIS, David. *Convention: A Philosophical Study*. Oxford: Blackwell, 2002.

LIJPHART, Arend. *Emergency Powers and Emergency Regimes: A Commentary*. Asian Survey, Vol. 18, No. 4 (Apr., 1978), pp. 401-407.

LILLA, Mark. *De esquerda, agora e sempre: para além das políticas identitárias*. Lisboa: Tinta da China, 2018.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: *Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório*. Novos estudos CEBRAP (76), Nov. 2006.

LIMONGI, Fernando. *Operação Impeachment: Dilma Rousseff e o Brasil da Lava Jato*. São Paulo: Editora Todavia, 2023.

LIMONGI, F., & FIGUEIREDO, A. C.. *A Crise Atual e o Debate Institucional*. Novos Estudos CEBRAP, 36(3), 79–97, 2017.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. *Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: FGV/Anpocs, 2001.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. *Processo Orçamentário e Comportamento Legislativo: Emendas Individuais, Apoio ao Executivo e Programas de Governo*. Dados, 48(4), 737–776, 2005.

LINTOTT, Andrew. *The Constitution of the Roman Republic*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LINZ, Juan J.. *The Perils of Presidentialism*. Journal of Democracy, Volume 1, Number 1, pp. 51-69, 1990.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOMBA, Pedro. *Constituição, estado de emergência e Administração sanitária: alguns problemas*. e-Pública Vol. 7 No. 1, 2020a.

LOMBA, Pedro. *The Constitutionalized State of Emergency*. Verfassungsblog, 2020b. Disponível em: https://verfassungsblog.de/the-constitutionalized-state-of-emergency/. Visitado em 15 de julho de 2021.

LOPES, F. M. . *Television and Judicial Behavior: Lessons from the Brazilian Supreme Court*. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW, v. 9, p. 41-71, 2018.

LOPES, Pedro Moniz. *Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência*. e-Pública Vol. 7 No. 1, Abril 2020.

LOWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights, I*. The American Political Science Review, Vol. 31, No. 3, pp. 417-432, Jun., 1937a.

LOWENSTEIN, Karl. *Militant Democracy and Fundamental Rights, II*. The American Political Science Review, Vol. 31, No. 4, pp. 638-658, Aug., 1937b.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editora Ariel, 1979.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. New York: De Gruyter, 1993.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *O Caminho Para Washington Passa por Buenos Aires: A Recepção do Conceito Argentino do Estado De Sítio e Seu Papel na Construção da República Brasileira (1890-1898)*. RBCS Vol. 27 n° 78, Fev. 2012.

MACADAMS, Richard H.. *The Expressive Powers of Law: Theories and Limits*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

MACCORMICK, John P.. *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. São Paulo: Elselvier, 2010.

MACEDO, Stephen; LEE, Frances. *In Covid's Wake: How our Politics Failed Us*. Princeton: Princeton University Press, 2025.

MACHADO, Jónatas. E. M.. *The Sovereign Debt Crisis and the Constitution's Negative Outlook: A Portuguese Preliminary Assessment*. In: CONTIADES, Xenophon (ed.). *Constitutions in The Global Financial Crisis*. Farnham, Surrey: Ashgate, 2013.

MACIEL, Débora, e KOERNER, Andrei, *Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises*. Lua Nova, nº 57, pp.113-133, 2002.

MADURO, Luís Miguel Poiares Pessoa. *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*. Robert Schuman Centre for Advanced Studies Policy Paper No. 2012/11, 2012.

MADURO, Miguel Poiares; PIERDOMINICI, Leonardo; FRADA, António. *A Crisis between Crises: Placing the Portuguese Constitutional Jurisprudence of Crisis in Context.* E-Publica, Lisboa: Universidade de Lisboa, Vol. 4, nº 1 (Maio 2017), pp. 6-42.

MAFEI, Rafael. *Como remover um presidente: teoria, história e prática do impeachment no Brasil*. São Paulo: Zahar, 2021.

MAFEI, Rafael. *Impeachment e Lei de Crimes de Responsabilidade: o cavalo de Troia parlamentarista*. Estado de São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.estadao.com.br/brasil/direito-e-sociedade/impeachment-e-lei-de-crimes-de-responsabilidade-o-cavalo-de-troia-parlamentarista/. Visitado em 12 de Setembro de 2023.

MAFEI, Rafael. *A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: Lições a partir do impeachment de Dilma Rousseff*. e-Pública Vol. 4 No. 2, Novembro 2017.

MAGALHÃES, Pedro C..*The Limits To Judicialization: Legislative Politics And Constitutional Review In The Iberian Democracies*. Tese de Doutorado disponível em: https://www.researchgate.net/publication/252067672_The_Limits_to_Judicialization_Legislative_Politics_and_Constitutional_Review_in_the_Iberian_Democracies. Acessado em 9 de Junho de 2023.

MAGALHÃES, Pedro Coutinho; ARAÚJO, António de. *A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português*. Análise Social, vol. XXXIII (145), 1998 (1.°), 7-53.

MAJONE, Giandomenico. *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*. UCL European Institute Working Paper 3/2012. Disponível em: https://www.ucl.ac.uk/european-institute/news/2012/jun/rethinking-european-integration-after-debt-crisis (Visitado em 8 de Julho de 2023).

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F.; WAHLBECK, Paul J.. *Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MANIN, Bernard. *The Emergency Paradigm And The New Terrorism: What If The End Of Terrorism Was Not In Sight*?. Disponível em: https://as.nyu.edu/content/dam/nyu-as/faculty/documents/emerg.pdf. Acessado em 12 de agosto de 2021.

MARMOR, Andrei, *Are Constitutions Legitimate?*. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 20, No. 1, 2007.

MARMOR, Andrei. *Social Conventions: From Language to Law*. Nova Jérsei: Princiton University Press, 2009.

MARKOVITS, Daniel. *A cilada da meritocracia: como um mito fundamental da sociedade alimenta a desigualdade, destrói a classe média e consome a elite*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis: The Portuguese Constitutional Case Law*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 22(5), 678-705.

MAUÉS, Antonio Moreira; FADEL, Alexandre Pinho. *A repartição de competências legislativas no federalismo brasileiro: uma análise da jurisprudência do STF (2013-2017)*. In: BOLONHA, Carlos; LIZIERO, Leonam; SEPÚLVEDA, Carlos (orgs.). *Federalismo: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1947.

MEDEIROS, Rui. *A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a Crise: Entre a Ilusão de um Problema Conjuntural e a Tentação de um Novo Dirigismo Constitucional*. In: *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos*, Coimbra: Almedina, 2014.

MEIRELES, Fernando. *Política Distributiva em Coalizão*. Dados Rev. de Ciências Sociais 67 (1), 2023.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil Work: checking the President in a Multiparty System*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas*. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm. Visitado em 01 de abril de 2023.

MENDES, Conrado Hübner. *O projeto de uma corte deliberative*. In: VOJVODIC, A; PINTO, HM; GORZONI, P; SOUZA, RP. (orgs.) . *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros.

MILLIKAN, Ruth Garrett. *Language Conventions Made Simple*. The Journal of Philosophy, Vol. 95, No. 4, pp. 161-180, Apr. 1998.

MIRANDA, Jorge. *Fiscalizaçao de Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2017.

MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz; RACHED, Danielle; VENTURA, Daisy; HUBNER MENDES, Conrado; MORAES ALBERTO, Marco Antônio. *Brazil: Legal Response to*

Covid-19. In: KING, Jeff; MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz et al. (eds*). The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, 2021.

MUELLER, B. P. M; JALORETTO, M. F.. *O procedimento de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – Uma análise empírica*. EALR, v. 2, n. 1, 2011, p. 170-187. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Jean-Werner. *What Is Populism?*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

NEGRETTO, Gabriel; RIVERA , Jose Antonio Aguilar. *Exception and Emergency Powers: Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory Of Constitutional Dictatorship*. 21 Cardozo L. Rev. 1797, 2000.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica: Uma Abordagem Teórica e uma Interpretação do Caso Brasileiro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis Filosófico, Jjurídico y Politológico de la Práctica Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Tale University Press.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. *Commentary on Professor Anna-Bettina Kaiser's talk "The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights"*. E-Pública. Lisboa: Universidade de Lisboa, Vol. 7, nº 3 (dez. 2020), pp. 25-38, 2020c.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. *Modelos de Emergência no Direito Constitucional.* e-Pública Vol. 7 No. 1, Abril 2020a.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. *Pensar no estado da exceção na sua exigência*. Observatório Almedina, 2020b. Disponível em: https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/02/pensar-no-estado-da-excecao-na-sua-exigencia/. Acessado em 15 de julho de 2021.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. *Putting Social Rights in Brackets? The Portuguese Experience with Welfare Rights Challenges in Times of Crisis*. European Journal of Social Law, 1-2, pp. 87-102, 2014.

NORRIS, Pippa; INGLEHART, Ronald. *Cultural Blacklash: Trump, Brexit and the Rise of Authoritarian Populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

NUNES, Cristina. *Social Movements and Political Protests in Portugal during and after the Austerity Crisis*. In: COSTA PINTO, António. (ed.). *Portugal Since the 2008 Economic Crisis: Resilience and Change*. Londres: Routledge, 2023.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *Poder Judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e União*. Lua Nova, n. 78, pp. 223-250, 2009.

OLSON, Mancur. *A Lógica da Ação Coletiva*. São Paulo: EDUSP, 2015.

PAIVA DE CARVALHO, Cláudia. *Presidencialismo e Democracia No Brasil (1946-1956): Sistema De Governo, Legalidade e Crise Política*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019.

PERALTA-SANTOS, A.; SABOGA-NUNES, L.; MAGALHAES, P. C.. *A tale of two pandemics in three countries: Portugal, Spain, and Italy*. In: GREER, Scott L. et al (Eds.), *Coronavirus Politics: The Comparative Politics and Policy of COVID-19*, pp. 361-377. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2021.

PEREIRA, Thomaz. *A tragédia no STF*. Folha de São Paulo, 20 de novembro de 2017. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/09/1919967-a-tragedia-no-stf.shtml. Visitado em 12 de setembro de 2023.

PEREIRA, C.; MUELLER, Bernardo . *Comportamento Estratégico em Presidencialismo de Coalizão: As Relações entre Executivo e Legislativo na Elaboração do Orçamento Brasileiro*. Dados (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 45, n.2, p. 265-301, 2002.

PEREIRA COUTINHO, Francisco. *A Natureza Jurídica dos Memorandos da 'Troika' (The Legal Nature of the 'Troika's' Memoranda)*. Themis, Ano XIII, No. 24/25, pp. 147-179, 2013.

PÉREZ- LIÑÁN, Aníbal. *Impeachment or Backsliding? Threats to democracy in the twenty-first century*. Revista Brasileira De Ciências Sociais, 33(98), 2018.

PÉREZ- LIÑÁN, Aníbal. *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Cambrige: Cambridge University Press, 2007.

PERRY, Adam. *The Internal Aspect of Social Rules*. (2015) 35 Oxford Journal of Legal Studies 283, Jul. 2015.

PILDES, Richard H.. *Law and the President*. Harvard Law Review, Vol. 125, p. 1381, Fev. 2012.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Promulgada em Lisboa, 2 de Abril de 1976. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Decreto da Assembleia da República n.º 177/XII*. Aprovado em Lisboa, em em 29 de Julho de 2023. Disponível em: https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a79394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a564268636d7868625756756447467946794c7a49324e5759774f4451344c54566a4f544d744e4759304d7931685a6a49784c546c684d474d794f575a6a4f5451785a53356b62324d3d&fich=265f0848-5c93-4f43-af21-9a0c29fc941e.doc&Inline=true. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Decreto da Assembleia da República n.º 187/XII*. Aprovado em Lisboa, em 1 de novembro de 2013. Disponível em:

https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e526863693878596a6c6d5a5463345979303359575977 4c5452694d4455744f4446694e43307a4e444d785a6a55794f4759344d574d755a47396a&fich=1b9fe78c-7af0-4b05-81b4-3431f528f81c.doc&Inline=true. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Decreto da Assembleia da República n.º 262/XII*. Aprovado em Lisboa, em em 25 de Julho de 2014. Disponível em: https://s3.observador.pt/wp-content/uploads/2014/08/dec262-XII.pdf. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Decreto da Assembleia da República n.º 264/XII*. Aprovado em Lisboa, em em 25 de julho de 2014. Disponível em: https://s3.observador.pt/wp-content/uploads/2014/08/dec264-XII.pdf. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 11/2010*. Aprovada em Lisboa, em 15 de junho de 2010. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/11-2010-335437. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 12-A/2010*. Aprovada em Lisboa, em 30 de Junho de 2010. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1282&tabela=leis&ficha=1&pagina=1#:~:text=%3A%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%2012,2010%2C%20de%2030%20de%20Junho&text=30%20de%20Junho-,Aprova%20um%20conjunto%20de%20medidas%20adicionais%20de%20consolida%C3%A7%C3%A3o%20or%C3%A7amental%20que,Estabilidade%20e%20Crescimento%20(PEC).. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 13/2014*. Aprovada em Lisboa, em 31 de dezembro de 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2072&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 23/2012*. Aprovada em Lisboa, em 25 de junho de 2012. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/23-2012-178501. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 27/2006*. Aprovada em Lisboa, em 03 de Julho de 2006. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1735&tabela=leis&so_miolo=c. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 44/1986*. Aprovada em Lisboa, em 30 de Setembro de 1986. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1712&tabela=leis&so_miolo#:~:text=%3A%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%2044%2F86%2C%20de%2030%20de%20Setembro&text=1%20%2D%20O%20estado%20de%20s%C3%ADtio,democr

%C3%A1tica%20ou%20de%20calamidade%20p%C3%BAblica.. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 48/1990*. Aprovada em Lisboa, em 24 de Agosto de 1990. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1668&tabela=leis&ficha=1&pagina=1#:~:text=1%20%2D%20A%20lei%20estabelece%20os,relev%C3%A2ncia%20social%20da%20sua%20actividade. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 55-A/2010*. Aprovada em Lisboa, em 31 de dezembro de 2010. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/55-a-2010-344942. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 59/2008*. Aprovada em Lisboa, em 11 de setembro de 2008. Disponível em: . Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 64-B/2011*. Aprovada em Lisboa, em 30de dezembro de 2011. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/64-b-2011-243769. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 66-B/2012*. Aprovada em Lisboa, em 31 de dezembro de 2012. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/66-b-2012-632448. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 68/2013*. Aprovada em Lisboa, em 29 de agosto de 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1978&tabela=leis&so_miolo=S#:~:text=%3A%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%2068%2F2013%2C%20de%2029%20de%20Agosto&text=29%20de%20agosto-,Estabelece%20a%20dura%C3%A7%C3%A3o%20do%20per%C3%ADodo%20normal%20de%20trabalho%20dos%20trabalhadores,2004%2C%20de%2015%20de%20janeiro.. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 81/2009*. Aprovada em Lisboa, em 21 de agosto de 2009. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/81-2009-488301. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 83-C/2013*. Aprovada em Lisboa, em 31 de dezembro de 2013. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/83-c-2013-164404. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Lei n.º 95/2019*. Aprovada em Lisboa, em 4 de setembro de 2019. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/95-2019-124417108. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. *Decreto da Presidência do Conselho de Ministros n.º 2-A /2020*. Publicado em Lisboa, em 20 de Março de 2020. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto/2-a-2020-130473161. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. *Decreto da Presidência do Conselho de Ministros n.º 2-B /2020*. Publicado em Lisboa, em 2 de Abril de 2020. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto/2-b-2020-131068124. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. *Decreto da Presidência do Conselho de Ministros n.º 9 /2020*. Publicado em Lisboa, em 21 de Novembro de 2020. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto/9-2020-149103950. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. *Proposta de Lei 193/XII/3*. Aprovada em Lisboa, em 9 de janeiro de 2014. Disponível em: https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764d7a4a6b4f546b35597a59745a5759774e793030595745334c5749324e5745744f4759314f4459794e474e684e6a5a684c6d527659773d3d&fich=32d999c6-ef07-4aa7-b65a-8f58624ca66a.doc&Inline=true. Acesso em 14 de Setembro de 2023.

PORTUGAL. Presidência da República. *Decreto do Presidente da República n.º 14-a/2020*. Assinado em Lisboa, em 18 de março de 2020. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-presidente-republica/14-a-2020-130399862. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Presidência da República. *Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020*. Assinado em Lisboa, em 2 de abril de 2020. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-presidente-republica/17-a-2020-131068115. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Presidência da República. *Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020*. Assinado em Lisboa, em 16 de abril de 2020. Disponível em: https://files.diariodarepublica.pt/1s/2020/04/07601/0000200005.pdf. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Presidência da República. *Decreto do Presidente da República n.º 51-U/2020*. Assinado em Lisboa, em 6 de Novembro de 2020. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-presidente-republica/51-u-2020-147933283. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Região Autónoma dos Açores. *Decreto Legislativo Regional n.º 26/2019/A*. Publicado nos Açores, em 22 de Novembro de 2019. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-legislativo-regional/26-2019-126467884. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Região Autónoma dos Açores. *Resolução do Conselho do Governo n.º 77/2020*. Publicada nos Açores, em 27 de Março de 2020. Disponível em: https://jo.azores.gov.pt/#/ato/b409b95c-1ab3-4552-853b-862e0b8d5208. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Região Autónoma dos Açores. *Resolução do Conselho do Governo n.º 123/2020*. Publicada nos Açores em 4 de Maio de 2020. Disponível em: https://jo.azores.gov.pt/api/public/ato/1013a219-796a-4a2d-87c6-82711d33e12f/pdfOriginal. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. Região Autónoma dos Açores. *Resolução do Conselho do Governo n.º 207/2020*. Publicado nos Açores, em 31 de julho de 2020. Disponível em: https://jo.azores.gov.pt/#/ato/a500b558-9d83-4b4a-8622-8b6227da464e. Acesso em 16 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 87/2022. Relator: Conselheiro José João Abrantes. Julgado em Lisboa, 1 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220087.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 88/2022. Relator: Conselheiro José António Teles Pereira. Julgado em Lisboa, 1 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220088.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 89/2022. Relator: José António Teles Pereira. Julgado em Lisboa, 1 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220089.html#:~:text=1%20%E2%80%93%20Todos%20t%C3%AAm%20direito%20%C3%A0,judicial%20de%20medida%20de%20seguran%C3%A7a.. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 90/2022. Relator: José António Teles Pereira. Julgado em Lisboa, 1 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220090.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 173/2021. Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros. Julgado em Lisboa, 24 de março de 2021 . Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210173.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 187/2013. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Julgado em Lisboa, 5 de abril de 2013. Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 193/2022. Relator: Concelheiro Lino Rodrigues Ribeiro (Conselheira Joana Fernandes Costa). Julgado em Lisboa, 17 de março de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220193.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 334/2022. Relator: Conselheira Mariana Canotilho. Julgado em Lisboa, 3 de maio de 2022. Disponível em:

https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220334.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 350/2022. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Julgado em Lisboa, 12 de maio de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220350.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 351/2022. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Julgado em Lisboa, 12 de maio de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220351.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º Acórdão 352/2022. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Julgado em Lisboa, 12 de maio de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220352.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º. 353/2012. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Julgado em Lisboa, 5 de julho de 2012. Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 353/2022. Relator: Lino Rodrigues Ribeiro. Julgado em Lisboa, 12 de maio de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220353.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. acórdão n.º 396/ 2011. Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Julgado em Lisboa, 21 de Setembro de 2011. Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 399/ 2010. Relator: Conselheira Ana Guerra Martins. Julgado em Lisboa, 27 de Outubro de 2010. Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100399.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 413/2014. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Julgado em Lisboa, 30 de maio de 2014 . Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 424/2020. Relator: Conselheiro José António Teles Pereira. Julgado em Lisboa, 31 de julho de 2020. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200424.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 464/2022. Relator: Conselheiro António José da Ascensão Ramos. Julgado em Lisboa, 24 de junho de 2022.

Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220464.html. Acesso em 26 de abril de 2024

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 465/2022. Relator: Conselheiro António José da Ascensão Ramos. Julgado em Lisboa, 24 de junho de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220465.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 466/2022. Relator: Conselheiro António José da Ascensão Ramos. Julgado em Lisboa, 24 de junho de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220466.html. Acesso em 26 de abril de 2024

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 474/ 2013. Relator: Conselheiro Fernando Ventura. Julgado em Lisboa, 29 de agosto de 2013. Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 479/1994. Relator: Antero Alves Monteiro Dinis. Julgado em Lisboa, 7 de Julho de 1994. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940479.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 489/2022. Relatora: Conselheira Mariana Canotilho. Julgado em Lisboa, 14 de julho de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220489.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 490/2022. Relatora: Conselheira Mariana Canotilho. Julgado em Lisboa, 14 de julho de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220490.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 510/2022. Relatora: Conselheira Joana Fernandes Costa. Julgado em Lisboa, 14 de julho de 2022. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220510.html. Acesso em 26 de abril de 2024

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 574/ 2014. Relator: João Pedro Caupers. Julgado em Lisboa, 14 de agosto de 2014 . Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 575/2014. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (Conselheira Maria Lúcia Amaral). Julgado em Lisboa, 14 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 602/2013. Relator: Conselheiro Pedro Machete. Julgado em Lisboa, 20 de Setembro de 2013. Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 687/2020. Relator: Conselheiro Pedro Machete. Julgado em Lisboa, 26 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200687.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 729/2020. Relator: Conselheira Joana Fernandes Costa. Julgado em Lisboa, 10 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200729.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 794/2013. Relator: Conselheiro Pedro Machete. Julgado em Lisboa, 21 de novembro de 2013. Disponível: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130794.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 862/2013. Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro. Julgado em Lisboa, 19 de dezembro de 2013 . Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão n.º 868/2021. Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro. Julgado em Lisboa, 10 de novembro de 2021. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210868.html. Acesso em 26 de abril de 2024.

POSNER, Eric A. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *Constitutional Showdowns*. University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 348, 2007.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *Inside or Outside the System?*. 80 University of Chicago Law Review 1743, 2013.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: After The Madisonian Republic*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

POZEN, David E.; FISHKIN, Joseph. *Asymmetric Constitutional Hardball*. 118. COLUM. L. REV. 915, 920, 2018.

PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. *A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF*. Revista de Direito Administrativo, n. 250, p. 27-74, jan./abr. 2010.

PRZEWORSKI, Adam. *Crises of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

RAILE, Eric; PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy. *The Executive Toolbox: building legislative support in a multiparty presidential regime*. Political Research Quarterly, Salt Lake City, v. 64, n. 2, pp. 323-334, 2011.

RAMIÃO, Rúben. *A Eficácia Retroativa do Estado de Emergência*. 2020a. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/a_eficacia_retroativa_do_estado_de_emergencia_resposta_a_jorge_reis_novais_0.pdf. Acessado em 15 de julho de 2021.

RAMIÃO, Rúben. *O Direito à Liberdade e o Estado de Emergência numa Releitura de Alf Ross. (2ª Resposta a Jorge Reis Novais)*. 2020b. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/direito_a_liberdade_e_o_estado_de_emergencia.pdf. Acessado em 15 de julho de 2021.

RAMIÃO, Rúben. *Lendo a Constituição em Estado de Emergência (3ª Resposta a Jorge Reis Novais)*. 2020c. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/lendo_a_constituicao_em_estado_de_emergencia_3a_resposta_a_jorge_reis_novais.pdf. Visitado em 15 de julho de 2021.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard university Press, 1971.

RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. *O Conceito de Sistema Jurídico: Uma Introdução à Teoria dos Sistema Jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAZ, Joseph. *On the Authority and Interpretation of Constitutions*: Some Preliminaries. In: RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. *Razão Prática e Normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luis. *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2019.

REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Fundamentais e inconstitucionalidade em situação de crise – a propósito da epidemia COVID-19*. e-Pública Vol. 7 No. 1, Abril 2020b.

REIS NOVAIS, Jorge. *Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial.* Observatório da Almedina, 2020a. Disponível em: https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/. Visitado em 15 de julho de 2021.

REIS NOVAIS, Jorge. *Semipresidencialismo*. Coimbra: Almedina, 2018.

REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2014.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; POZAS-LOYO, Andrea. *Enacting Constitutionalism: The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America*. Comparative Politics, vol. 42, no. 3, pp. 293–311, 2010.

RISTROPH, Alice G.. *Is Law? Constitutional Crisis and Existential Anxiety*. Georgetown Public Law Research Paper No. 1473968, 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal, Tomo I (1891-1898): "Defesa das Liberdades Civis"*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio; LORENCINI Marco Antonio Garcia Lopes; ZIMMERMANN, Augusto. *The Supreme Federal Court of Brazil: Protecting Democracy and Centralized Power*. In: KINCAID, John; ARONEY, Nicholas (eds.). *Courts in federal countries : federalists or unitarists?*. Toronto: University of Toronto Press, 2017.

ROITMAN, Janet. *Crisis*. In: *Political Concepts: A Critical Lexicon*, 2012. Disponível em: https://www.politicalconcepts.org/roitman-crisis/. Acessado em 5 de Novembro de 2025.

ROSANVALLON, Pierre. *O Século do Populismo: História, Teoria, Crítica*. Rio de Janeiro: Atelier de Humanidades Editorial, 2021.

ROSS, Alf. *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*. Mind, vol. 78, no. 309, 1969, pp. 1–24.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Princeton University Press, 1948.

RUCIMAN, David. *What Time Frame Makes Sense for Thinking about Crises?*. Em: KJAER, Paul F.; OLSEN, Niklas (eds.). *Critical Theories of Crisis in Europe: From Weimar to the Euro*. Londres: Rowman & Littlefield International, 2016.

RUSSELL, Jacob Hale; PATTERSON, Dennis. *The Weaponization of Expertise: How Elites Fuel Populism*. Cambridge: The MIT Press, 2025.

SADURSKI, Wojciech. *A Pandemic of Populists*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

SAFATLE, Cláudia; BORGES, João; OLIVEIRA, Ribamar. *Anatomia de um desastre: os bastidores da crise econômica que mergulhou o país na pior recessão da sua história*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SAMUELS, David J.; ZUCCO, Cesar. *Partisans, Antipartisans, and Nonpartisans: Voting Behavior in Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SANDEL, Michael. *A tirania do mérito: O que aconteceu com o bem comum?*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTOS, Fabiano; GUARNIERI, Fernando. *From Protest to Parliamentary Coup: An Overview of Brazil’s Recent History*. Journal of Latin American Cultural Studies, 25:4, 485-494, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Legados do STF em tempos de bolsonarismo: contendo boiadas sem individualismo*. O Globo. Disponível em: https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2023/04/daniel-sarmento-legados-do-stf-em-tempos-de-bolsonarismo-contendo-boiadas-sem-individualismo.ghtml. Visitado em 28 de abril de 2023.

SCHARPF, Fritz W.. *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy* (May 2011). LEQS Paper No. 36, 2011.

SCHAUER, Frederick. *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*. February 18, 2009. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1403343. Visitado em 7 de setembro de 2023.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Claredon Press, 1992.

SCHAUER, Frederick. *Amending the Presuppositions of a Constitution*. In: LEVINSON, Sanford (ed.). R*esponding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton: Princeton University,1995.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry Alexander. *Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire*. *William & Mary Law Review* 48 (5): 1579–1603, 2007.

SCHELLING, Thomas. *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

SCHEPELLE, Kim Lane; POZEN, David. *Executive Overreach and Underreach in the Pandemic*. In: Poiares Maduro, Miguel; KAHN, Paul W. (eds*). Democracy In Times Of Pandemic: Different Futures Imagined*. Cambridge: Cambridge university Press, 2020.

SCHEUERMAN, William. *Emergency Powers*. Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2:257–77, 2006.

SCHLINK, Bernard. *Proportionality In Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*. 22 Duke Journal of Comparative & International Law 291-302, 2012.

SCHMITT, Carl. *Dictatorship: From the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle*. Malden: Polity Press, 2014.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 1982.

SEARLE, John*. Actos de Habla: Ensayo de Filosofía Del Lenguage*. Barcelona: Editora Planeta-De Agostini, 1990. p. 41-42.

SEARLE, John. *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press, 1995.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SEGURO, António José. *The Centrality of the Portuguese Parliament: Reform, Troika and "Contraption"*. Em: PINTO, Antonio Costa; TEIXEIRA, Conceição Pequito (Eds.). Political Institutions and Democracy in Portugal: Assessing the Impact of the Eurocrisis. Suíça: Pallgrave Mcmillan, 2019.

SERRA-SILVA, Sofia; SANTOS, Nelson. *Continuity and Change in Portuguese Politics: Towards a more Polarized Party System?*. Em: COSTA PINTO, Antonio (Ed). Portugal Since the 2008 Economic Crisis: Resilience and Change. Londres: Routledge, 2023.

SHAPIRO, Martin M.. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

SHAPIRO, Scott J. *Law, Plans, And Practical Reason*. Legal Theory, 8, pp 387-441, 2002.

SHAPIRO, Scott J.. *Legality*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott. "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed" (5 de março de 2007). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=968657. Acessado em 16 de janeiro de 2020.

SHAPIRO, Scott J.. *What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?*. In: ADLER, Matthew; HIMMA, Kenneth. *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SIEYÈS, Emanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. International Journal of Constitutional Law, v. 11, p. 557–584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Do we deliberate? If so, how?*. European Journal of Legal Studies, v. 9, n. 2, p. 209–240, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Big Brother is watching the court: effects of TV broadcasting on judicial deliberation*. Verfassung und Recht in Übersee, v. 51, n. 2, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

SNYDER, Timothy. *Na contramão da liberdade: A guinada autoritária nas democracias contemporâneas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOMEK, Alexander. *Necessity; Or: The Tyranny of Goals*. In Coronajournal, 2020. Disponível em: https://crisis-diary.net/2020/04/14/necessity-or-the-tyranny-of-goals/. Visistado em 14 de julho de 2021.

SOUZA, Celina; FONTANELLI, Flavio. *Antídotos institucionais do federalismo brasileiro: a covid-19 mudou a dinâmica federativa?* In: AVRITZER, Leonardo et al.

(Orgs.). *Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política*. pp. 135-150, 2021.

SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah. *Facts versus fears: Understanding perceived risk*. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

SPELLMAN, Barbara A.; SCHAUER, Frederick. *Legal Reasoning*. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2012-09, 2012.

STEPHENSON, Matthew C. *'When the Devil Turns…': The Political Foundations of Independent Judicial Review*. The Journal of Legal Studies, vol. 32, no. 1, pp. 59–89, 2003.

STRUCHINER, Noel. *O direito como um campo de escolhas: Por uma leitura das regras prescritivas como relações*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha; BARBOSA, Samuel Rodrigues. (Org.). *Nas Fronteiras do Formalismo*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras – O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito*. 2005. Tese de Doutorado disponível em: http://ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300 5.PDF. Acessado em 12 de março de 2023.

SUBER, Peter. *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Law, Logic, Omnipotence, and Change*. Bern: Peter Lang International Academic Publishers, 1990.

SUNSTEIN, Cass R.. *Impeaching the President*. 147 U. Pa. L. Rev. 279, 1998.

SUNSTEIN, Cass R.. *Incompletely Theorized Agreements*. Harvard Law Review Vol. 108, No. 7,pp. 1733-1772, Maio 1995.

SUNSTEIN, Cass R.. *Minimalism at War*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 231, 2004.

SUNSTEIN, Cass R.. *One Case At a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R.. *Social Norms and Social Roles*. Columbia Law Review, Vol. 96, No. 4, pp. 903-968, May 1996.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica dos cisne negro: O impacto do altamente improvável*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.

TATE, S. Neil. *Why the Expansion of Judicial Power*?. In: TATE, S. Neil; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The Global Expansion Of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TATE, S. Neil; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. In: TATE, S. Neil; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The Global Expansion Of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TAYLOR, M. M.; DA ROS, L. *Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política*. Dados, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

TERRINHA, Luis Heleno. *A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Excepção Biopolítico*. Maio de 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3592726. Visitado em 12 de julho de 2021.

TEUBNER, Gunther. *A Constitutional Moment? The Logics of 'Hitting the Bottom'*. In: KJAER, P. F.; TEUBNER, G.; FREBBRAJO. A. (eds.); The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation. Londres: Bloomsbury Publishing, 2011.

THORNHILL, Chris. *Crise Democrática e Direito Constitucional Global*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luis. *Controle De Constitucionalidade Abstrato e Concentrado no Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 36, 2017.

TOOZE, Adam. *Portas Fechadas: Como a COVID abalou a economia mundial*. São Paulo: Editora Todavia, 2021.

TREMBLAY, Luc. *The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures*. I·CON, Vol. 3, No 4, 2005, pp. 617–648.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. 37 J. Marshall L. Rev. 523, 2004.

TUSHNET, Mark; BUGARIČ, Bojan. *Power to the people : Constitutionalism in the Age of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

TUSHNET, Mark V.. *Constitutional Hardball*. Harvard Public Law Working Paper No. 21-37, 2021.

TUSHNET, Mark V.. *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*. 2003 Wis. L. Rev. 273-307, 2003.

TUSHNET, Mark V., *The Fundamental Attribution Error as Applied to Governance and the COVID-19 Pandemic* (June 2, 2021b). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3858272. Acessado em 30 de julho de 2021.

TUSHNET, Mark V.. *The new fourth branch : institutions for protecting constitutional democracy*. Cambridge : Cambridge University Press, 2021a.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. *The Emergence of Norms*. Oxford: Oxford university Press, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. *Directiva 2011/85/EU do Conselho Europeu*. Assinada em Bruxelas, 12 de Maio de 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:118:0001:0004:PT:PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. *Regulamento (CE) nº 1466/97 do Conselho europeu*. Assinado em Bruxelas, 7 de Julho de 1997. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997R1466:20111213:PT:PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. *Regulamento (CE) nº 1466/97 do Conselho europeu*. Assinado em Bruxelas, 7 de Julho de 1997. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997R1466:20111213:PT:PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. Resolução do Conselho Europeu de Amesterdão sobre o Pacto de Estabilidade e Crescimento. Assinado em Amesterdão, 17 de Julho de 1997. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/resolution-of-the-amsterdam-european-council-on-the-stability-and-growth-pact.html. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho Europeu. Resoluçao n.º 1.173 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Assinada em Bruxelas, 16 de Novembro de 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0001:0007:pt:PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho Europeu. Resoluçao n.º 1.174 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Assinada em Bruxelas, 16 de Novembro de 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0008:0011:PT:PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho Europeu. Resoluçao n.º 1.175 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Assinada em Bruxelas, 16 de Novembro de 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0012:0024:PT:PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho Europeu. Resoluçao n.º 1.176 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Assinada em Bruxelas, 16 de Novembro de 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32011R1176. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho Europeu. Resoluçao n.º 1.177 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu. Assinada em Bruxelas, 16 de Novembro de

2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:306:0033:0040:PT:PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Assinado em Roma em 25 de Novembro de 1957. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em 18 de Março de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária entre o Reino da Bélgica, a República da Bulgária, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República da Estónia, a Irlanda, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a República Italiana, a República do Chipre, a República da Letónia, a República da Lituânia, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a Hungria, Malta, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a República da Polónia, a República Portuguesa, a Roménia, a República da Eslovénia, a República Eslovaca, a República da Finlândia e o Reino da Suécia*. Assinado em Bruxelas em 2 de março de 2012. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/media/20400/st00tscg26-pt-12.pdf. Acesso em 18 de Março de 2023.

URBANO, Maria Benedita. *A Jurisprudência da Crise no Diva: Diagnóstico? Bipolaridade*. In: ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de; PEREIRA COUTINHO, Luís (eds.). *O tribunal constitucional e a crise: ensaios críticos.* Coimbra: Almedina, 2014.

URBINATTI, Nadia. *Me the people : how populism transforms democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

VALLINDER, Torbjörn. *When the Courts Go Marching In*. In: TATE, S. Neil; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The Global Expansion Of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VAN DEN BERGE, Lukas. *Roman Dictatorship: Emergency Government and the Limits of Legality*. Utrecht University School of Law Research Paper, Oct. 2023.

VAN OVERTVELDT, Johan. *O Fim do Euro: A História da Moeda da União Europeia e Seu Futuro Incerto*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2012.

VARGAS, Daniel. *A degradação constitucional brasileira*. In: BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra; SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz (org.). 30 anos da Constituição de 1988: Uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019

VENTURA, Daisy de Freitas Lima; MARTINS, Jameson. *Between Science and populism: the Brazilian response to COVID-19 from the perspective of the legal determinants of Global Health*. Brazilian Journal of International Law, 17(2):67-83, 2020.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. México, DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evorah L.C.. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista de Direito FGV São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo4(2), pp. 441-464, Jul-Dez 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura. *Supremocracia e Infralegalismo Autoritário*: *O comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro*. Novos Estudos Cebrap. São. Paulo, v. 41, nº. 03, set./dez. 2022.

VILLALON, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

VILLAVERDE, João. *Os bastidores da crise que abalou o Brasil e levou ao fim o governo Dilma Rousseff*. São Paulo: Geração Editorial, 2016.

VIOLANTE, Teresa. *The Portuguese Constitutional Court and Its Austerity Case Law*. Em: PINTO, Antonio Costa; TEIXEIRA, Conceição Pequito (Eds.). Political Institutions and Democracy in Portugal: Assessing the Impact of the Eurocrisis. Suíça: Pallgrave Mcmillan, 2019.

WALDRON, Jeremy. *All We Like Sheep*. 12 Can. J.L. & Juris. 169-186,1999.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

WALKER, Neil. *The Crisis of Democratic Leadership in Times of Pandemic*. In: Poiares Maduro, Miguel; KAHN, Paul W. (eds). Democracy In Times Of Pandemic: Different Futures Imagined. Cambridge: Cambridge university Press, 2020.

WALKER, Neil. *The Shifting Foundations of the European Union Constitution*. Europa Working Paper No. 2012/1.

WALUCHOW, W. J.. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Editora Cultrix, 2013.

WERNECK ARGUELHES, Diego; PIRES DE VASCONCELOS, Natália. *Covid-19, federalismo e descentralização no STF: reorientação ou ajuste pontual?*. In: MACHADO, Laura Muller (org.). Legado de uma pandemia: 26 vozes conversam sobre os aprendizados para política pública. Rio de Janeiro, RJ: Autografia, 2021.

WILDE, Marc de. *The Dictator's Trust: Regulating and Constraining Emergency Powers in the Roman Republic*. History Of Political Thought. Vol. XXXIII. No. 4, Winter 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. Coleçao os Prensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

WHITTINGTON, Keith. *Is Presidential Impeachment Like a Coup?*. 2019. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3497960. Visitado em 12 de outubro de 2023.

WHITTINGTON, Keith. *Yet Another Constitutional Crisis?*.43 William & Mary Law Review, 2093, 2002.

WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A.. *The Study of Law and Politics*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A.. *The Oxford Handbook of Law And Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WUCKER, Michelle. *The Gray Rhino: How to Recognize and Act on the Obvious Dangers We Ignore*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madri: Editorial Trotta, 1995.