

OSCAR VILHENA VIEIRA

A batalha dos poderes

*Da transição democrática ao mal-estar
constitucional*



Copyright © 2018 by Oscar Vilhena Vieira

*Grafia atualizada segundo o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990,
que entrou em vigor no Brasil em 2009.*

Capa

Kiko Farkas

Imagen de capa

Leonardo Finotti

Checagem

Érico Melo

Preparação

Alexandre Boide

Revisão

Clara Diament

Angela das Neves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Vieira, Oscar Vilhena

A batalha dos poderes : Da transição democrática ao mal-estar constitucional / Oscar Vilhena Vieira. — 1^a ed. — São Paulo : Companhia das Letras, 2018.

ISBN 978-85-359-3181-5

1. Constituição 2. Constituição — 1988 — Brasil 3. Crises — Brasil 4. Política e governo 1. Título.

18-20461

CDD-342.4 (81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Constituição 342.4 (81)

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427

[2018]

Todos os direitos desta edição reservados à

EDITORIA SCHWARCZ S.A.

Rua Bandeira Paulista, 702, cj. 32

04532-002 — São Paulo — SP

Telefone: (11) 3707-3500

www.companhiadasletras.com.br

www.blogdacompanhia.com.br

facebook.com/companhiadasletras

instagram.com/companhiadasletras

twitter.com/cialetras

Para Beatriz

Sumário

<i>Introdução</i>	9
1. A Constituição em tempos bicudos	15
2. A ideia de constituição	69
3. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional	132
4. Supremocracia em crise	161
<i>Conclusão</i>	215
<i>Notas</i>	219

Introdução

Escrever sobre os trinta anos da experiência constitucional brasileira foi uma tarefa mais complicada do que eu imaginava inicialmente. Por ter me formado no mesmo ano em que a Constituição foi promulgada e passado os últimos trinta anos estudando, escrevendo e ensinando direito constitucional, além de me dedicar à defesa dos direitos reconhecidos pela Constituição de 1988, imaginei que seria simples refazer esse percurso. Ledo engano. A grave crise política que se estabeleceu a partir de 2013, com forte impacto sobre o funcionamento das instituições constitucionais, dificultou meu plano de fazer um balanço sereno dessas últimas três décadas. O que ofereço ao leitor, portanto, é uma leitura da experiência constitucional brasileira em seu contexto a partir deste turbulento trigésimo ano de vigência do pacto de 1988.

As constituições têm sido um objeto de interesse predominante dos juristas, e eventualmente dos cientistas políticos, ao longo da história. Em momentos de maior tensão política e institucional, no entanto, muitos se dão conta de que nossos destinos — não apenas político, econômico e social, mas também nossas

aspirações sobre quem somos e como queremos levar nossas vidas — estão diretamente relacionados à vitalidade do pacto que nos constitui como sociedade.

As constituições, mais do que um conjunto de normas superiores, são dispositivos que aspiram habilitar a democracia, regular o exercício do poder e estabelecer parâmetros de justiça que devem pautar a relação entre as pessoas e entre os cidadãos e o Estado. Nesse sentido, são mecanismos pelos quais nos comprometemos a enfrentar nossos problemas e coordenar nossos conflitos de forma pacífica e democrática.

A transição para a democracia no Brasil exigiu um grande processo de coordenação política entre diferentes classes, forças políticas e setores da sociedade, que resultou num ambicioso compromisso constitucional firmado em 1988. O alto grau de desconfiança entre essas diversas forças presentes na Assembleia Constituinte favoreceu a elaboração de um documento amplo e detalhista. Também levou à transferência de enormes poderes para as instituições de aplicação da lei, para que pudessem zelar pelo respeito ao pacto constitucional.

Ao longo dessas três últimas décadas, a Constituição não apenas contribuiu para a consolidação da democracia, a modernização das relações sociais e a implementação incremental de seus objetivos, como também demonstrou uma resiliência surpreendente, adaptando-se a diversos imperativos de natureza econômica, política e social, por intermédio de reformas, assim como de uma ativa atuação do Supremo Tribunal Federal.

As vastas manifestações que tomaram as ruas de nossas cidades em 2013 colocaram em xeque a estabilidade de um sistema político que parecia consolidado. De um lado, houve um choque entre o presidencialismo de coalizão, que foi se degenerando ao longo do tempo, e as instituições de aplicação da lei, que foram se tornando mais autônomas e ambiciosas. De outro, os direitos fun-

damentais e todo um conjunto de políticas públicas, que vinham induzindo inúmeras transformações positivas na sociedade brasileira nas últimas décadas, viram-se subitamente ameaçados por um crescente descontrole fiscal, em grande medida ligado a gastos de natureza regressiva.

Imergimos, então, numa severa crise política, com forte impacto no padrão de funcionamento das instituições. A disputa política e institucional tornou-se mais polarizada, e a sociedade, mais intolerante e conflitiva. Para muitos, nosso sistema constitucional entrou em crise. A batalha dos poderes, no entanto, tem sido travada a partir da retórica constitucional, ainda que utilizada de forma estratégica e eventualmente distorcida e cínica. Os sucessivos escândalos de corrupção, a crise econômica, o acirramento do conflito distributivo associados ao descrédito dos partidos e das instituições políticas abriram espaço para lideranças e discursos hostis aos valores e princípios estabelecidos pelo pacto constitucional de 1988.

A superação do mal-estar constitucional imporá um enorme esforço de coordenação e concertação política nos próximos anos. Como nos alertam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, as constituições não se salvam sozinhas. Sem que os diversos setores da sociedade brasileira, assim como as principais lideranças políticas e institucionais, estejam dispostos a pautar suas condutas pelas regras e procedimentos oferecidos pela Constituição, não sairemos da armadilha em que nos metemos nos últimos anos.

Este livro foi mandado à gráfica no dia em que a Constituição completou 30 anos.

Embora curto, este livro não teria sido escrito sem o incentivo, o apoio e a colaboração de muitas pessoas. Começo por agradecer a Lilia Schwarcz, que, após as manifestações de 2013, me

provocou a escrever um livro sobre a Constituição, destinado ao público jovem. Com o acirramento da crise e o uso cada vez mais instrumental que os atores políticos e institucionais passaram a fazer do texto constitucional, tive dificuldade de encontrar o tom adequado e adiei o projeto.

Somente no final de 2017 retomei a conversa com a Companhia das Letras, agora por intermédio de Ricardo Teperman, e propus saldar minha dívida escrevendo um conjunto de ensaios sobre nossa experiência constitucional no contexto de seu trigésimo aniversário. Ao longo desse processo, Ricardo se demonstrou um leitor generoso, um interlocutor crítico e um editor extremamente cuidadoso e paciente. Com gentileza, me colocou a remover diversas pedras que eu havia derrubado no caminho do leitor. Também na Companhia das Letras, gostaria de agradecer o trabalho de revisão primoroso realizado por Lucila Lombardi e sua equipe.

Como *global fellow* do Woodrow Wilson Center, no ano de 2018, tive o privilégio de passar algumas semanas em Washington, onde a estrutura básica do livro foi colocada de pé. Paulo Sotero não foi apenas um anfitrião pródigo, mas também um interlocutor agudo, comprometido e entusiasmado com o Brasil, mesmo nestes tempos bicudos. Também em Washington agradeço ao professor e juiz Peter Messitte, que me ofereceu o conforto de sua sala, na faculdade de Direito da American University, enquanto se dedicava a analisar um dos casos mais contundentes contra a administração Trump.

A conclusão deste livro, em especial o capítulo que busca compreender as raízes e a natureza da crise em que imergimos, também foi escrita à distância dos embates. Agradeço a meu querido amigo e colega Octávio Ferraz Jr., que, além de disponibilizar sua magnífica sala na Escola de Direito do King's College, des-

pendeu tempo e energia para me ajudar a decifrar a experiência constitucional brasileira.

Esses dois pequenos sabáticos só foram possíveis graças à liberalidade do professor Carlos Ivan Simonsen Leal, presidente da Fundação Getúlio Vargas, que me encorajou a levar a cabo essa empreitada, e à enorme disposição de minha amiga Adriana Ancona de Faria, que, além de assumir minhas responsabilidades na Escola de Direito da FGV, tem sido uma refinada analista da vida constitucional brasileira, com quem tenho tido o privilégio de dialogar cotidianamente.

À jovem pesquisadora do Supremo em Pauta, da FGV Direito SP, Ana Laura Barbosa, agradeço pelo rigoroso trabalho de pesquisa e apoio na produção do texto. Também imprescindível foi a dedicação de Eliana Rego, que, além de me auxiliar com o manuscrito, assegurou todos os espaços possíveis em minha agenda para que eu pudesse me dedicar ao livro no primeiro semestre de 2018. Tenho que agradecer ainda aos meus queridos amigos e colegas da FGV Direito SP, em especial Dimitri Dimoulis e Rubens Glezer, com os quais desenvolvi várias das ideias aqui presentes, como a de resiliência constitucional; agradeço ainda a Roberto Dias, Thiago Amparo, Ronaldo Porto Macedo Jr., André Corrêa, José Garcez Ghirardi, Emerson Fabiani, Eloísa Machado de Almeida, Heloisa Estellita, Theo Dias e o queridíssimo Antonio Angarita, pelo contínuo, frutífero e intenso diálogo sobre os destinos de nossa democracia constitucional. Devo agradecimentos especiais ao meu amigo Pedro Paulo Poppovic e a meu pai, José Oswaldo Pereira Vieira, pela leitura aguda que fizeram dos originais antes de seguirem para a editora, com a perspectiva de quem acompanha a política brasileira desde a crise do segundo governo Vargas.

Alguns dos capítulos do livro, em especial os ensaios sobre o compromisso maximizador e sobre a crise aberta em 2013, foram discutidos em seminários generosamente organizados na Facul-

dade de Direito da Universidade Yale, nos Estados Unidos; no Transnational Law Institute, do King's College, e no Bingham Centre for the Rule of Law, em Londres; na LexDebata, em Portugal; no Woodrow Wilson Center e no Washington College of Law, em Washington DC. Agradeço aos professores Owen Fiss, Bruce Ackerman, Daniel Marcovitch, Timothy Power, Christina Murray e, mais uma vez, Octávio Ferraz Jr. e Peter Messitte, pelas sugestões, críticas e comentários ao meu trabalho. Tive o privilégio de discutir meu capítulo sobre a supremacia no Instituto Victor Nunes Leal, a convite de Lúcia de Toledo Piza Peluso, e pude contar com os comentários valiosos dos ex-ministros do STF Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Britto e Antonio Cesar Peluso.

Por fim, meus maiores agradecimentos vão para minhas filhas Clara e Luiza e, sobretudo, minha esposa e companheira de vida, Beatriz, que foram extremamente condescendentes com minhas ausências físicas e bem-humoradas com as ausências mentais. Sem o apoio, o diálogo, o carinho e a fortaleza dessas três mulheres, este livro e tantas outras coisas não teriam sido realizados em minha vida.

1. A Constituição em tempos bicudos

Os protestos que tomaram as ruas das principais cidades brasileiras em junho de 2013 foram uma expressão surpreendente da disposição de muitos setores da sociedade, em especial dos mais jovens, de exigir o cumprimento das promessas feitas pela Constituição de 1988 nos campos dos direitos fundamentais, da democracia e do estado de direito. Ao repudiarem de forma tão ampla e veemente o comportamento de partidos e lideranças, as manifestações desestabilizaram o que parecia ser o sólido equilíbrio adquirido pelo sistema político brasileiro a partir do pacto constitucional que selou nosso processo de transição.

A partir de 2013, no entanto, o embate político tornou-se mais duro e intolerante. A competição eleitoral foi se radicalizando. O padrão conciliador, que tradicionalmente marcou o relacionamento entre as elites políticas e os poderes no Brasil, foi substituído por uma postura conflitiva.¹ Também o direito e suas instituições passaram a colidir com a política numa frequência antes desconhecida, instaurando um cabo de guerra entre o estamento² jurídico e o corpo político.

Prerrogativas institucionais e mandatos políticos passaram a ser utilizados de forma mais incisiva, ora com o objetivo de assegurar o estado de direito e a integridade do jogo democrático, ora apenas com a finalidade de debilitar adversários ou entrincheirar-se no poder, à margem de maiores considerações de interesse público.³ Passamos a viver, da perspectiva constitucional, tempos bicudos,⁴ em que a coordenação política parece ter sido substituída por uma constante e recíproca retaliação institucional, em que ferramentas voltadas à estabilização de expectativas jurídicas e procedimentos concebidos para favorecer a competição democrática passaram, em determinadas circunstâncias, a ser empregados como facas afiadas na luta pelo poder. A questão no momento é saber se a democracia constitucional que se demonstrou surpreendentemente resiliente nas últimas décadas, inclusive ao longo dos últimos cinco anos, resistirá aos novos desafios e ameaças que se apresentarão após as eleições de 2018.⁵

Os últimos cinco anos têm sido marcados por uma forte turbulência política, sobretudo pelo aumento da intolerância e da hostilidade, que até o momento não transbordaram em desordem e violência generalizadas. Mesmo nos momentos de maior tensão, como o impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, o julgamento da chapa Dilma-Temer no TSE, a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que culminou com sua inelegibilidade, ou o atentado à vida do candidato Jair Bolsonaro, não houve convulsão social ou violência generalizada. Talvez a paralisação dos caminhoneiros entre maio e junho de 2018 tenha sido o momento em que as instituições se mostraram mais vulneráveis.

Apesar da tensão latente, não se pode desprezar o fato de que a validade das ações jurídicas e políticas continuou a ser disputada a partir da gramática constitucional, dentro e fora das instituições. Fora, por intermédio do direito de protesto e liberdade de expressão. Dentro, por intermédio de uma interminável batalha

eleitoral, judicial e congressual, ainda que de maneira bruta e mesmo cínica em diversas oportunidades. Isso indica que, embora estejamos vivendo uma forte turbulência, não imergimos numa clássica crise constitucional, em que as instituições criadas com a finalidade de habilitar a democracia perderam por completo sua capacidade de mediar os conflitos e favorecer a coordenação do jogo político.⁶ Por outro lado, a radicalização política, os atos pontuais, mas gravíssimos, de violência, o crescimento de uma retórica da intolerância, o constante desafio às decisões judiciais e, sobretudo, a ascensão de uma liderança com um discurso expressamente hostil aos valores constitucionais sinalizam que nossa democracia constitucional já pode estar vivendo um momento de regressão. O objetivo deste capítulo é tentar compreender as características e a natureza dessa crise, da perspectiva da Constituição.

Se o aumento dos preços das passagens de ônibus e metrô na cidade de São Paulo foi a faísca que deu origem à primeira onda de protestos em 2013, as demandas veiculadas ao longo daquelas jornadas apontaram para questões mais profundas e estruturais de nossa democracia. As manifestações de junho foram a expressão de uma aparente contradição de nossa experiência constitucional. De um lado, os jovens se insurgiam contra a insuficiência das políticas sociais, as falhas na representação política, a sistêmica corrupção eleitoral, além da impunidade e falta de imparcialidade na aplicação da lei. Apontavam, assim, para um certo insucesso da experiência constitucional de 1988. De outro lado, os protestos foram uma consequência dos avanços alcançados a partir da Constituição. A perspectiva de que as melhorias das condições de vida e mesmo de progresso econômico experimentadas nas últimas décadas estavam sob ameaça fez com que uma nova geração, beneficiada por esses avanços e socializada dentro da de-