

Captura Crítica

**RESENHA CRÍTICA DO LIVRO "A BATALHA DOS PODERES", DE OSCAR
VILHENA VIEIRA**

*CRITICAL REVIEW OF THE BOOK "THE BATTLE OF THE POWERS", BY OSCAR
VILHENA VIEIRA*

Samuel Martins Santos¹

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail:
samuelmartinsdossantos.1977@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2042-9491>.

Frederico Gorski²

Faculdade CESUSC, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail:
gorskifrederico@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3804-4709>.

Artigo recebido em 10/12/2021.

Aceito em 03/06/2022.

Captura Crítica, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 244-260, 2021.

ISBN: 1984-6096

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP de Franca, Mestre em Teoria e Filosofia do Direito (UFSC, 2006) e Doutor em Direito (UFSC, 2021).

² Graduado em Direito pela Faculdade CESUSC.



RESENHA CRÍTICA DO LIVRO "A BATALHA DOS PODERES", DE OSCAR VILHENA VIEIRA

CRITICAL REVIEW OF THE BOOK "THE BATTLE OF THE POWERS", BY OSCAR VILHENA VIEIRA



É conhecida a expressão que a coruja de Minerva alça voo ao entardecer, para os analistas esta referência serve como importante parâmetro de cautela, ao indicar que a proximidade dos processos históricos pode ser um fator de dificuldade para a compreensão do objeto de análise. Se isto é verdadeiro, por outro lado, é necessário reconhecer o valor daqueles que, mesmo cientes destes limites, se propõem a reflexões sobre acontecimentos recentes, com todos os riscos e possibilidades deste tipo de iniciativa.

Este é o caso da obra em resenha, pois a história de redação do livro *A Batalha dos Poderes* remonta ao ano de 2013, quando Oscar Vilhena recebeu o convite da antropóloga Lilia Moritz Schwarcz para escrever um livro sobre a Constituição, tendo como alvo o público jovem, conforme explica na introdução.

Trata-se de um conjunto de ensaios sobre os trinta anos de experiência democrática brasileira sob a Constituição Federal de 1988. O conteúdo da obra merece atenção pela abordagem dos acontecimentos de 2013, e da crise política que se seguiu aos protestos daquele período, passando pelas eleições de 2014, o afastamento de Dilma Rousseff, os escândalos no Governo Temer, a prisão de Luís Inácio Lula da Silva e se aproxima da eleição de Jair Bolsonaro, cuja consumação a obra não chega a registrar, já que foi ao prelo antes das eleições.

Mais do que uma visão panorâmica sobre a história recente, o livro oferece conceitos-chave para entender a dinâmica política das constituições contemporâneas, elenca abordagens sobre a crise da democracia e, ainda, remonta ao período de elaboração da Constituição de 1988 e às correlações políticas que a formataram. É verdade que alguns dos paradigmas propostos já apresentam limitações para a leitura do Brasil de 2022, mas isso não ocorre por obra do autor, senão pelo ritmo vertiginoso em que a crise institucional se agravou no país.

Dito isso, é impossível não reconhecer que a leitura do livro em 2022 pode deixar o leitor na cômoda situação de reconhecer erros de análise a partir de eventos posteriores que não estavam disponíveis ao autor naquela época, e que, pelo menos *prima facie*, não lhe era dado prever. Trata-se de observação necessária, uma vez que, malgrado se possa referir a fatos de conhecimento público à época da escrita do texto originário, a precisa relevância desses fatos talvez só pode ser conhecida posteriormente. Esse, contudo, não é um problema particular do texto de Oscar Vilhena, nem diminui a pertinência de sua revisão em uma resenha. Como já apontado anteriormente, trata-se do risco assumido de se avaliar eventos históricos no calor dos acontecimentos.

O primeiro ensaio, A Constituição em tempos bicudos, está dedicado à reconstrução histórica da crise que, de acordo com o autor, inicia-se com as jornadas de junho de 2013. Para Oscar Vilhena Vieira, a nota dos protestos está na exigência do “cumprimento das promessas feitas pela Constituição nos campos dos direitos fundamentais da democracia e do estado de direito” (VIEIRA, 2018, p. 15).

O autor reconhece certo paradoxo no denominado Junho de 2013: suas pautas denunciam tanto o descumprimento das promessas da Constituição Federal de 1988 como também a ameaça de perda do que foi conquistado, considerando os avanços alcançados nos anos que precederam os protestos, frente à crise econômica.

Neste ponto, há que se indicar um risco assumido, de relacionar de maneira causal a crise de 2013 com a expansão dos direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Trata-se de argumento que merece atenção no debate constitucional, que diz respeito a natureza jurídica dos direitos sociais e aos impactos da sua inserção na ordem constitucional contemporânea. O argumento de que tal fato traria instabilidade e ingovernabilidade é marcante nos debates parlamentares e congressistas do século XX, por decorrência do advento do Estado de Bem Estar Social, sobre o tema vale as referências aos estudos sobre a Assembleia Constituinte de Weimar, desenvolvidos no Brasil por Gilberto Bercovici (2004) e, no Brasil, o advento do constitucionalismo social na década de 30 e 40 do século XX também foi tradicionalmente criticado por um excesso de direitos na ordem constitucional e as consequentes dificuldades de governança (NOGUEIRA, 2005).

Os comentários de Oscar Vilhena Vieira, nesse aspecto, estão filiados a uma noção minimalista de Direito Constitucional, qual seja, a do Estado Liberal, caracterizado por uma pouca intervenção na esfera econômica. Nesse ponto o que se está a enfatizar na presente resenha é que tal relação de causa e efeito apontada pelo autor, entre a expansão dos direitos

sociais na Constituição de 1988 e a denominada crise de 2013, não parece conter uma relação direta, e muito menos clara.

Desse modo, se afastamos cautelosamente a relação entre concessão de direitos sociais com a ingovernabilidade do Estado e a crise democrática, e reconhecemos que tal configuração tensionada é inerente às democracias contemporâneas, as explicações sobre 2013 vão precisar buscar outros fundamentos menos óbvios e talvez mais produtivos sobre os anos subsequentes (LESSA, 2012).

A hipótese do livro é a de que não vivemos um período de ruptura, mas de mal-estar constitucional. Assim, a despeito da polarização política que se seguiu a 2013, os atores políticos, civis e institucionais, compareceram, segundo o autor em análise, ao campo de batalha pautando a disputa sempre "a partir da gramática constitucional" (VIEIRA, 2018, p. 16). No mesmo sentido, o autor dispõe na mesma página que, no campo social, cresceu a hostilidade e a intolerância; no político, o jogo tornou-se mais duro. E as próprias instituições de aplicação da lei, os tribunais, como observa o autor, embora tenham se valido da autonomia conferida pelo texto constitucional, tornando-se mais eficazes, por outro lado intervêm na disputa política, sob o risco de também participarem do jogo duro³.

Neste aspecto, o termo “bicudos” que compõe o título do capítulo está relacionado com o jogo duro, sendo definida a expressão “tempos bicudos” como períodos nos quais as diferenças se resolvem na “ponta de faca” (VIEIRA, 2018, p. 219).

Posteriormente, o texto trata de questões conceituais relacionadas aos diversos termos empregados na discussão sobre se o país passou, ou não, por uma crise constitucional. Tendo como base essas análises, é bom destacar que o autor não tinha em mãos as informações que posteriormente se revelaram no episódio conhecido como Vaza-Jato, e menos ainda a

³ Em relação a expressão jogo duro, o autor aqui faz referência ao ensaio *Constitutional Hardball*, de Mark Tushnet, que define assim o termo: “A shorthand sketch of constitutional hardball is this: it consists of political claims and practices—legislative and executive initiatives—that are without much question within the bounds of existing constitutional doctrine and practice but that are nonetheless in some tension with existing pre-constitutional understandings”. Em tradução livre: “Um breve esboço de jogo duro é o seguinte: consiste em alegações e práticas políticas – iniciativas legislativas e executivas – que são quase inquestionavelmente dentro das fronteiras da existente doutrina e prática constitucional mas que estão, não obstante, tensionadas com existentes compreensões pré-constitucionais” (TUSHNET, 2004, p. 523). A definição, portanto, passa pela compreensão de que tais práticas carregam em si noções políticas e legislativas que, embora se disfarçam sob o jogo constitucional, são, na verdade, pré-constitucionais. Este último termo, entretanto, não deve ser lido no registro temporal, querendo denotar espécies de pressuposições que sustentam o funcionamento do sistema de governo constitucional. Assim, durante o jogo duro, estariam em disputa interpretações constitucionais antagônicas.

confirmação do conteúdo pela divulgação das mensagens apreendidas no âmbito da Operação *Spoofing*.⁴

Essas informações revelaram que existiam desvios graves pelo menos nos processos envolvendo o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que certamente afasta a hipótese de jogo duro e aponta para indícios de *law-fare*, com o qual o *Constitutional Hardball* não guarda relação (ZANIN; ZANIN; VALIM, 2020).⁵

Se a escrita dos artigos em um contexto tão próximo aos acontecimentos não permitia uma visão completa como se possui em 2022 a respeito destes processos judiciais, justiça seja feita a inúmeros juristas que apontavam já naquele período indícios de nulidade nos processos⁶ e procedimentos da denominada Operação Lava a Jato⁷ (STRECK, 2019; LOPES JUNIOR; ROSA, 2014).

Nesse contexto, Oscar Vilhena Vieira busca definir as raízes e a natureza da crise de 2013. As primeiras seriam de fundo estrutural, econômico institucional, as segundas, constitucional e política. O conflito estrutural entre ricos e pobres, a crise econômica, e a

⁴ A denominada Vaza a Jato e Operação *Spoofing* foram amplamente noticiadas pela imprensa brasileira, e tiveram parte dos seus conteúdos reconhecidos como conjunto probatório junto ao Supremo Tribunal Federal, servindo, inclusive, como elementos para o embasamento de anulação de condenações criminais envolvendo sentenças proferidas na Operação Lava a Jato. Sobre o assunto: <https://brasil.elpais.com/politica/2020-01-04/ano-em-que-a-vaza-jato-colocou-a-maior-operacao-anticorruptao-do-pais-em-xeque.html>. E <https://www.poder360.com.br/justica/stf-autoriza-lula-a-usar-mensagens-da-spoofing-contra-deltan/>.

⁵ A questão central neste ponto, cara ao debate constitucional, encontra-se na identificação da observância dos parâmetros constitucionais pelos atores no exercício do jogo político. Assim, pelas referências adotadas, o denominado *constitutional hard ball* encontra-se dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, por outro lado a expressão *law-fare* indica uma instrumentalização política das instituições do sistema de justiça que ultrapassam os limites constitucionais, destacadamente, a desconsideração sistemática dos direitos fundamentais do processo e o uso das ações judiciais para o fim de exclusão dos inimigos políticos.

⁶ Embora as mensagens da operação *Spoofing* guardem relação preponderantemente com o processo do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, vários processos da operação Lava Jato vieram a ser anulados por falhas processuais que os autores mencionados apontavam mesmo antes do vazamento das mensagens entre o ex-juiz Sérgio Moro e o ex-procurador Deltan Dallagnol. Por exemplo, processos envolvendo o ex-governador Sérgio Cabral e o ex-ministro da fazenda Antonio Palocci. Os fatos foram noticiados em jornais inclusive de circulação nos meios jurídicos como o Conjur: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-27/stf-forma-maioria-anular-delacao-sergio-cabral-pf>; <https://www.conjur.com.br/2021-dez-07/stf-declara-incompetencia-vara-bretas-julgar-sete-casos>; <https://www.conjur.com.br/2021-dez-01/stj-anula-condenacao-moro-palocci-vaccari-neto-outros>.

⁷ O caso mais emblemático, naturalmente, é o do ex-presidente Lula, que não apenas teve suas condenações anuladas pelo STF (HC 192.726 e HC 164.493), como também resultou na condenação do Brasil por violação de diversos direitos do agora pré-candidato à presidência sob o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O Comitê de Direitos Humanos decidiu por maioria de 15 a 2 (de 15, 14 majoritários e 1 concorrente) que as seguintes violações foram perpetradas nos processos envolvendo Lula: liberdade e segurança pessoal (artigo 9, 1); direito a um julgamento justo perante um tribunal livre, independente e imparcial e que garanta sua presunção de inocência até o julgamento final (artigo 14, 1 e 2); direito à privacidade (artigo 17); e direito de votar e ser votado (artigo 25, b). O voto majoritário reconheceu comprovada a parcialidade de Sérgio Moro tanto do ponto de vista subjetivo quanto objetivo e o voto concorrente faz a seguinte nota: "What is particularly worrisome is that Judge Moro's conduct appears to have been condoned by the State" (disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f134%2fD%2f2841%2f2016&Lang=en, acessado em 1 de maio de 2022).

corrupção desvelada em escândalos como o mensalão e, posteriormente, a Lava-Jato, teriam dado origem aos conflitos posteriores.

Por outro lado, Oscar Vilhena aponta que houve também uma crise política, com repercussões constitucionais, não tão graves quanto aventado pelos atores envolvidos, que disputaram, e disputam até hoje, a definição conceitual adequada para o contexto. Ao citar Argelina Cheibub e Fernando Limongi, o autor dá certa razão a ambos, no sentido de que a coexistência de um regime presidencialista com o multipartidarismo, isoladamente, não explicaria a crise.

No entanto, pondera, este delineamento releva aspectos estruturais da sociedade que se refletem no sistema representativo fracionado, priorizando a defesa de interesses privados e, novamente, corporativos. Estes entrariam em conflito com os interesses do Poder Executivo, cuja programática incluiria, ao menos em tese, interesses mais amplos (VIEIRA, 2018, p. 27-28).

Com isto, foi refletido no sistema político constitucional um conflito de interesses próprio de nossa estrutura social, no qual o presidente da república representara a vontade majoritária, e os parlamentares as minorias. A vontade majoritária, que normalmente encontra freios institucionais na tripartição de poderes, tem na conformação parlamentar um empecilho maior para se fazer valer. Tal característica, segundo Oscar Vilhena, obrigou o governo a buscar uma coalizão ampla, o que foi ainda mais difícil⁸ em consideração da fragmentação do Poder Legislativo, com custos para o sistema eleitoral, de governança e consequente troca de favores (VIEIRA, 2018, p. 28-29).

Tal fenômeno, explica Vilhena Vieira, ensejou o elemento institucional da crise, personificado pelas agências de controle da legalidade, tais como o Ministério Público e a Polícia Federal, que passaram a usufruir da autonomia conferida na Constituição Federal de 1988, com intensificação dos conflitos entre as instituições jurídicas e político-eletivas. O que, na visão do autor, se tornou mais evidente a partir da AP 470, conhecida como o caso Mensalão (VIEIRA, 2018, p. 30).

Desde já, pode-se apontar dificuldades conceituais trazidas pelo autor. Em primeiro lugar, malgrado não reconheça a natureza constitucional da crise, e faça algumas considerações

⁸ Com efeito, afirma o autor, “A lógica é simples: por maior que seja a votação do presidente da República, o candidato eleito terá que governar com um parlamento inevitavelmente fragmentado, no qual não é muito improvável que seu partido obtenha uma maioria que lhe garanta a governabilidade” (VIEIRA, 2018, p. 26). Esse trecho parece conter um erro de revisão, seguindo a intenção do texto, a última parte deveria ser escrita assim: “no qual é muito improvável que seu partido obtenha uma maioria que lhe garanta a governabilidade”.

quanto a tal problemática, há um uso indiscriminado do termo *crise*, que não fica claro para o leitor, mesmo diante da afirmativa de que, constitucionalmente, viveríamos um mal-estar.

Assim, a utilização de expressões como crise constitucional, *hard ball*, mal-estar constitucional, entre outras, implica uma perda de clareza conceitual em torno do texto, sobretudo porque se percebe um tratamento diferenciado em relação ao conceito de golpe, como se fosse mera retórica política dos apoiadores de Dilma Rousseff, desqualificando de antemão seus argumentos.

Ora, se o autor se utiliza de tantas expressões e admite essa dificuldade conceitual para o trato do tema, não existe uma explicação plausível para a restrição da palavra golpe como possibilidade explicativa, mesmo que fosse para não concordar com a sua aplicação. A saber, em um âmbito com tamanha pluralidade conceitual, todos os conceitos deveriam ser considerados como potencialmente explicativos do fenômeno.

Um ponto a ser considerado na análise diz respeito ao fortalecimento dos órgãos de combate à corrupção no Brasil pós-1988. Segundo o autor, tal fenômeno é causa das investigações de atos de corrupção inaugurais na política brasileira. O texto aproxima-se de visões bastante comuns sobre o fenômeno da corrupção e os instrumentos para a sua prevenção e combate, desconsiderando como hipótese analítica a seletividade dos órgãos de investigação, como também a possibilidade de os mesmos atuarem a partir de critérios políticos, e não apenas e exclusivamente interessados em expurgar a corrupção do sistema político brasileiro, como a leitura da obra pode fazer supor.

Neste ponto, vale destacar que o argumento de que os atores do sistema de justiça mantêm relações com o sistema político, e que os mesmos podem agir impulsionados por interesses políticos, é reconhecido como válido pela literatura, sendo que tal reconhecimento não chega a ser um demérito no funcionamento de tais órgãos, a saber, a atuação política dos órgãos do sistema de justiça faz parte da institucionalidade contemporânea, seja em uma chave republicana ou desvirtuada. Sobre tal perspectiva, que inaugura campos de análise das relações entre os poderes, Robert Dahl indicou as relações de mediação entre o sistema político majoritário e o Poder Judiciário, por sua vez Cornell W. Clayton propôs que os desenhos institucionais são variáveis a impactar o modo como os sistemas políticos e jurídicos se relacionam, a partir de uma retomada do neoinstitucionalismo na chave comportamento dos indivíduos e instituições, por sua vez Terri Jennings Peretti defende que o reconhecimento de uma concepção política sobre os Tribunais Constitucionais pode ser um elemento contributivo para as análises dos sistemas democráticos e Samuel Martins dos Santos sugeriu a possibilidade

de desenvolvimento de aportes metodológicos que façam a depuração sobre como os sistemas políticos e jurídicos se relacionam. Com isso, a obra resenhada tem seu conteúdo comprometido ao apresentar uma concepção do sistema jurídico separada do sistema político e não passível de sofrer influências por parte deste. (SANTOS, 2021; CLAYTON, 1999; DAHL, 1957; PERETTI, 1999).

Feitas essas observações, parece-nos que o texto perde profundidade ao deixar de considerar a hipótese de que as instituições e os atores do sistema de justiça envolvidos no combate à corrupção sejam permeáveis a interesses políticos, sejam esses interesses particulares ou partidarizados.

Nesse sentido, a crítica à operação Lava-Jato é bastante sucinta, e o uso de expressões como "jogo duro" acabam dando um verniz de legalidade e constitucionalidade que, ao menos aos olhos de hoje, já não podem ser sustentados facilmente.

Oscar Vilhena Vieira em seguida avança na explanação sobre o conceito de crise constitucional, e os seus possíveis desdobramentos. Na análise do autor, a crise pode decorrer de insuficiências no próprio desenho da Constituição, que não tem instrumentos adequados de correção dos problemas apresentados, ou ainda do abandono deliberado dos parâmetros constitucionais pelos atores políticos. Nesse último caso, existem dois caminhos: a ruptura e a erosão, caracterizada pela transfiguração dos procedimentos e direitos associados a uma democracia constitucional, desconfigurando-a. (VIEIRA, 2018, p. 39).

Para compreender as crises, o autor adota a tipologia proposta por Sanford Levinson e Jack Balkin, segundo a qual são três os tipos principais de crise: a adoção de medidas excepcionais pelas autoridades, a paralisia institucional e o embate entre poderes. Na primeira, as autoridades constituídas alegam não encontrar solução constitucional para um problema grave. Na segunda, "a fidelidade à constituição levaria a uma situação de paralisia institucional ou ainda ao agravamento das crises política, econômica ou social..." Por último, o embate entre poderes define-se como uma situação em que um ou mais poderes reivindicam deter a interpretação mais fiel da constituição e passam a atacar-se mutuamente. (VIEIRA, 2018, p. 41)

Nesse ponto, pode-se apontar a falta de cotejo dos conceitos trazidos com a realidade brasileira. O autor prende-se à literatura estrangeira, mas o faz em detrimento de um debate que tem sido feito no âmbito nacional, como, a título de referência, citamos a produção de Jessé Souza (2016), Luís Felipe Miguel (2019), entre outros. Nesse ponto consideramos que o cotejamento da produção internacional com a literatura nacional poderia ensejar relevantes percepções, inclusive, comparativas.

A análise conceitual é desenvolvida em paralelo com as descrições fáticas, sem encontrar pontos tangentes. Ao apresentar a tipologia das crises constitucionais, o autor não tece considerações sobre o conceito que utiliza para caracterizar o período analisado - o de "mal-estar constitucional".

Apesar de afastar o diagnóstico de crise constitucional, Vieira admite a possibilidade de que venhamos a enfrentá-la com a iminente eleição de novos atores políticos expressamente refratários a um regime democrático. Assim, além da avaliação sobre o comprometimento dos atores políticos com os preceitos e normas constitucionais, far-se-ia necessário discutir em que medida a própria Constituição ofereceria ferramentas que facilitassem tal comprometimento.

O segundo ensaio, A ideia de Constituição, está dedicado à análise jurídico-política da constituição. É apresentada uma definição moderna e são discutidos aspectos históricos e o desenvolvimento da norma superior como forma de organização e imposição de limites ao poder. Mais além, Vieira introduz algumas ferramentas de análise importantes para a discussão sobre até que ponto o desenho institucional de nosso diploma fundador pode contribuir para a crise.

A ideia de constituição, segundo o autor, pressupõe uma clivagem profunda na forma de se pensar o Direito, o Poder e a própria concepção de ser humano. Trata-se de uma invenção moderna que visa não apenas organizar o governo, mas também estabelecer-lhe limites e assegurar o máximo de autonomia e liberdade aos indivíduos. A ideia de racionalidade, de inspiração iluminista, constitui um de seus pilares fundamentais, pois não apenas se atribui aos indivíduos, mas também ao exercício do poder, que obedece a suas regras (VIEIRA, 2018, p. 69-131).

Trata-se, portanto, de “um instrumento de coordenação (...) que deve ser condicionado por regras e valores que o habilitam e justificam” (VIEIRA, 2018, p. 69).

O autor faz uma análise histórica do conceito de Constituição, desde a concepção contratualista – cujos autores descuidaram de tratar a questão da eficácia –, passando pela crítica dos empiristas, como Hume, até chegar à teoria do poder constituinte. Explica Vilhena que essa impõe ver o poder político como resultado da vontade humana, transferindo a titularidade do exercício do poder ao povo, que exerce sua soberania através de seus representantes num ato originário, que estabelece o pacto sob o qual há de surgir o novo Estado e vincular os novos governos. A experiência histórica, ainda segundo o autor de *A batalha dos poderes* (VIEIRA, 2018, p. 87-89), que viu transformar-se a Constituição em força retórica a legitimar Estados opressivos, bem como a deterioração de diplomas democráticos, como aconteceu com a

ascensão de Hitler ao poder na Alemanha, fez com que as cartas modernas passassem a adotar mecanismos mais rígidos de alteração, por vezes tornando simplesmente impossível mudança de certas cláusulas, chamada de supraconstitucionais, ou pétreas, verdadeiro núcleo duro de proteção ao regime democrático e dos direitos fundamentais.

Quanto à classificação, Vieira adota um critério político, distinguindo os regimes democráticos em majoritários e consensuais. O nível de consenso necessário para governar dependeria de três elementos: a supremacia constitucional; as formas de organização da representação conjugada com a quantidade de partidos e os modos de eleição de parlamentares; e a acolhida dos direitos fundamentais no texto constitucional (VIEIRA, 2018, p. 94).

Cada um desses critérios, prossegue Vieira, pode ser analisado tanto do ponto de vista político, como do jurídico. Quando constitucionalmente inseridos como elementos do pacto original, são originariamente políticos; são, por outro lado, jurídicos, porque instituídos no e pelo direito. De início, tal classificação parece oferecer a vantagem da distinção entre questões técnicas, eminentemente jurídicas, e fatos políticos. No entanto, segundo o autor, a ampliação do catálogo de direitos protegidos pela Constituição tornar-se-ia um empecilho para a vontade da maioria, aumentando a necessidade de “consenso político para a promoção de reformas” (VIEIRA, 2018, p. 108). A rigidez constitucional é indicada como um dos fatores de desestabilização do regime, na medida em que a necessidade de os reduzir, ou alterá-los, limitada pelas cláusulas pétreas, é sentida como o único caminho para se vencer, por exemplo, uma crise econômica.

Aqui, parece-nos que a análise do autor termina por confundir amiúde os critérios de uma natureza com os de outra, tornando difícil, ao fim e ao cabo, determinar se é o desenho institucional que contribui com a crise, ou se, ao contrário, é a crise que torna o desenho vulnerável. Do ponto de vista da proteção de direitos, por exemplo, abre-se caminho para responsabilizar a rigidez do núcleo de proteção ao regime democrático e dos direitos fundamentais pela ocorrência das crises. Em outras palavras, retira-se a defesa dos direitos fundamentais da esfera técnica, para a política, tornando-a ideológica e suscetível do perspectivismo típico das posições políticas.

Nesse ponto, consideramos que a questão a ser enfrentada não parece ser a da necessidade de consenso, muito menos as tensões daí inerentes, posto serem estes característicos do jogo democrático, para o qual devemos estar preparados. Aqui, novamente, Oscar Vilhena Vieira abre espaço para um entendimento perigoso sobre uma suposta fraqueza do jogo democrático, seus riscos e limites.

Assim, voltando ao autor (VIEIRA, 2018, p. 119-25), interessa saber é em que medida a Constituição ainda dispõe de mecanismos capazes de estimular a fidelidade a ela, facilitando a coordenação como forma de distender os tensionamentos e oferecer saídas democráticas para impasses. Cuida-se de discutir a eficácia constitucional, questão que remonta os primórdios deste instituto político-jurídico, e cuja resolução, reconhece o autor, impõe dificuldades de ordem prática e teórica.

Quanto ao plano real de validade das normas constitucionais, especialmente aquelas relacionadas à proteção de direitos, admite o autor tratar-se de questão complexa, que ultrapassa o plano do direito puro. Em sociedades materialmente desiguais, como a brasileira, sempre haverá alguma esfera de ineficácia na proteção e na efetivação dos direitos. São questões extrajurídicas que atuam e pressionam o ordenamento.

Posto isso, convém perguntar: em que medida a eficácia constitucional depende de sua própria arquitetura? Em outras palavras, se de alguma forma a elaboração constitucional pode ela mesma facilitar ou dificultar a própria eficácia? Como salvar o pacto democrático? Nesse ponto, o autor cita Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, em *Como as democracias morrem: sozinhas, as constituições não se defendem*. É necessário, segundo ele, lembrando Jean Jacques Rousseau, constante mobilização social no sentido de pressionar “o sistema de coordenação político no sentido de assegurar o disposto no pacto constitucional” (VIEIRA, 2018, p. 126).

Vieira reconhece, com propriedade, que a questão passa também por saber para quem a constituição é eficaz, isto é, quem, a despeito da promessa progressista e igualitária, obtém por seus mecanismos maior satisfação de seus interesses. A saber, em uma sociedade com alto grau de pluralismo o desenho constitucional é nuclear na definição de ganhos e perdas, e regulação dos interesses, dos diversos grupos envolvidos no pacto social.

O terceiro ensaio de *A batalha dos poderes* analisa o processo constituinte e sua resultante Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Cuida-se de evento único na história do país, de inaudita participação dos mais variados setores da sociedade civil, de políticos afinados com ideais progressistas a conservadores, e, claro, com a sempre presente participação do estamento jurídico, fatos saudados pelo autor.

O texto está dividido em três partes: na primeira, Oscar Vilhena Vieira tece considerações sobre os desafios consubstanciais à elaboração de uma constituição; na segunda, disserta sobre a transição do regime ditatorial para a expectativa do regime democrático e do processo constituinte; por fim, elenca alguns aspectos que, considera, determinaram a

resiliência da Constituição de 88, a despeito das críticas que o documento enfrentou ao longo dos anos.

Vieira divide o processo constituinte em duas etapas: à primeira, chama de *pacto social-corporativo*; à segunda, de *pacto político*. O Pacto Social-Corporativo caracterizou-se pela ampla participação popular e permitiu que os diversos setores sociais e políticos envolvidos maximizassem e entrincheirassem seus interesses. Ainda segundo o autor em resenha, o Pacto Político, por outro lado, correspondeu a uma reação dos setores moderados e conservadores, na criação do Centrão, que impuseram limites, ao menos no plano de votação das propostas, ao caráter progressista alcançado na primeira etapa.

O amplo debate que caracterizou o processo não livrou a Constituição de diversas críticas logo que promulgada. O autor de *A batalha dos poderes* as divide em três: crítica da ineficácia material, da confusão normativa, e do engessamento (VIEIRA, 2018, p. 156). A crítica da ineficácia material preocupava-se com a impossibilidade de o Estado cumprir com as promessas constitucionais, gerando enorme frustração social. A crítica da confusão normativa apontava imperfeições e contradições do texto, que gerariam conflitos de interpretação, além de demandarem constante atuação do legislador para sanar os problemas. Por último, a crítica do engessamento vaticinava uma obsolescência precoce do diploma.

Apesar disso, o autor indica que talvez se possa encontrar aí mesmo alguns elementos que determinam a surpreendente resiliência do texto constitucional nos últimos 30 anos. A própria amplitude e minúcia, conjugada com “um duplo patamar de rigidez constitucional”, pode ser um desses elementos. Além do mais, o detalhamento e a flexibilização permitem “que o texto constitucional esteja submetido a um constante processo de adaptação” (VIEIRA, 2018, p.158). Assim, ao lado de um núcleo duro, impossível de ser modificado, vigoram dispositivos passíveis de constante revisão por meios, na leitura do autor, bastante flexíveis, tornando o processo constituinte contínuo.

Como parte do desenho institucional brasileiro, a *Supremocracia*, objeto do último ensaio, não pode ser considerada, pontua Vieira, mera usurpação de poder. Cuida-se aqui de fenômeno complexo, cujas raízes remontam ao pacto originário, em que, como vimos, atuou amplamente a desconfiança mútua entre os agentes políticos, levando-os a entrincheirar direitos e interesses no diploma constitucional. Nesse sentido, são causas dela a já mencionada desconfiança na política, bem como a hiperconstitucionalização da vida do país. Considera ainda que possa ser retroativa, no sentido de que tal concentração de poderes ocorre em detrimento da democracia, vulnerabilizando bem a atividade dos governos como a dos próprios

parlamentares, que, regra geral, não gozam de poderes para obstar as decisões do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo no tocante a matérias políticas. Ao mesmo tempo, só faz crescer a mencionada hiperconstitucionalização, na medida em que o tribunal adote interpretação extensiva de seus artigos.

Do ponto de vista técnico-jurídico, segundo o autor, a Supremocracia decorre da arquitetura constitucional sob três aspectos: em primeiro lugar, do acúmulo de funções jurisdicionais em uma só corte; é também reforçada pelo entrincheiramento de direitos e interesses, de competências institucionais e privilégios corporativos; e, por último, da atribuição de poderes ao STF, que é chamado a dar a última palavra mesmo em termos de política ordinária. Além disso, concorrem razões de ordem econômicas e sociopolíticas para a adoção de tal regime. Do ponto de vista do sistema econômico, a supremocracia seria sentida como uma necessidade de estabilização e previsibilidade de comportamento pelo mercado, que veria o sistema judiciário como mais confiável que as instâncias representativas do Estado Democrático de Direito; do ponto de vista sociopolítico, seria resultado de uma retração no próprio sistema representativo, isso é, da desconfiança social com relação ao mesmo.⁹

Não é demais lembrar que a atribuição constitucional de tais competências à Corte Suprema não implica necessariamente o uso de tais prerrogativas, conforme Oscar Vilhena reconhece. Com efeito, a postura institucional do STF variou, de acordo com o autor, muito desde a promulgação da Constituição Federal de 88. Para avaliar tal postura, Oscar Vilhena Vieira adota critério baseado em uma relação entre o uso de atribuições funcionais e a congruência jurídica: quanto maior essa última, mais legítima a decisão, que pode variar de um campo de deferência, acatando a lei e os atos do governo, a um de responsividade, que corresponde a uma postura ativa da corte, no sentido de garantir máxima eficácia à Constituição. Quanto menor a congruência jurídica, a postura pode ser avaliada como omissão ou usurpação.

Consideramos que a utilização desses critérios para avaliar a atuação do Tribunal pode ser bastante útil. No entanto, a discussão, por exemplo, sobre decisões que repousam na zona de penumbra talvez padeçam do excesso de zelo em discussões doutrinárias, ou podem ainda

⁹ Mereceria maior destaque o papel do judiciário como legitimador de regimes políticos. Não é demais recordar que, num primeiro momento do regime cívico-militar instaurado pelo golpe de 64, o Judiciário foi o único poder relativamente preservado - sobre isso, ver o livro de Felipe Recondo, *Tanques e Togas* (2018). Uma análise mais detalhada pode ser encontrada em *Entre o dever da Toga e o apoio à Farda: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar* de Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2017), que destaca a importância dessa preservação do ponto de vista econômico: "Esta última dimensão ganhou espaço durante o século XX, em especial na América Latina, quando o reconhecimento de governos que ascenderam ao poder sem eleições precisou recorrer ao discurso da permanência e estabilidade das instituições, vistas como condições para que investidores nacionais e estrangeiros manifestassem apoio à mudança brusca no governo." (p. 2)

ser atribuídas ao uso indevido de atribuições funcionais. Pois o próprio autor não esclarece o que entende por congruência jurídica. Não se trata, por certo, da mera coincidência entre a decisão e a norma jurídica, pois, sendo assim, coincidiria com o conceito de deferência.

De todo modo, ao longo dos últimos trinta anos, a postura do STF variou bastante, sendo lícito afirmar, com o autor, que transitou de uma postura omissiva (período Collor), para a usurpação (período Dilma-Temer), passando pela deferência (Governos Itamar-FHC) e pela responsividade (era Lula). O autor analisa cada um dos períodos, trazendo exemplos ilustrativos dessas posturas em cada um deles. Aqui, novamente, o faz com certa arbitrariedade, pinçando as decisões que mais se adequam a hipótese apresentada no texto, sem explicar os critérios metodológicos de tal classificação.

Embora a Supremocracia seja a regra, reconhecida mesmo constitucionalmente, com poderes e prerrogativas atribuídos pela norma superior, nos últimos anos, vem-se verificando o crescimento de decisões monocráticas, que caracterizariam um novo regime, a ministocracia. Essa seria “uma versão radical da ‘supremocracia’, em que parte importante do poder entregue pelo constituinte ao STF foi sendo assumida individualmente por seus membros” (VIEIRA, 2018, p. 201).

Se, nos capítulos anteriores, vinha-se discutindo a possibilidade de o próprio desenho institucional contribuir para a crise, no presente tal hipótese mostra-se cristalina. A análise até aqui empreendida pelo autor permite-lhe emitir um preocupante diagnóstico institucional de nossa República: o de que a opção pela via democrática, constitucionalmente tomada, encontra entraves internos no desenho institucional legado pela própria Constituição.

A supremocracia constitui o mais evidente deles, como recém lemos na afirmação de Vieira. Por isso, embora reconheça árido o caminho para tanto, recomenda buscar uma solução para superar o entulho supremocrático. Impende reconhecer, aliás, que a conversão de tal regime, pela via de decisões monocráticas, em ministocracia, “têm causado uma forte redução na confiança da sociedade em relação à instituição” (VIEIRA, 2018, p. 212), como aponta estudo do Índice de Confiança na Justiça Brasileira, da FGV, citado pelo autor.

Dentre as medidas aventadas por Oscar Vieira, encontram-se: a redistribuição de competências, a eliminação ou restrição das competências monocráticas, maior transparência na construção da agenda, e a adoção de uma deliberação colegiada em três etapas – seleção de casos de jurisdição difusa, espaço para audiências públicas e sustentação oral, e, finalmente, sessões de discussão e julgamento (VIEIRA, 2018, p. 212-214).

Oscar Vilhena Vieira termina ponderando que a simples adoção de tais medidas não resolveria de todo o problema, no entanto, “poderão assegurar uma maior integridade às suas decisões, reduzindo arestas que, em última instância, esgarçaram a própria autoridade do STF nos últimos anos” (p. 214).

A batalha dos poderes, portanto, é um livro que se coloca grandes desafios analíticos e, ao mesmo tempo, traça um panorama histórico dos últimos anos de Constituição e analisa do ponto de vista jurídico e político as vicissitudes que o texto constitucional atravessou durante o período. A abordagem certamente é original, na medida em que pretende abordar a crise econômico-social do ponto de vista do desenho institucional definido em 1988. Nesse sentido, encontra-se a meio caminho entre autores com viés ideológico mais a esquerda, como Jessé Souza (2016), que advogam ter sido o impeachment de Dilma Rousseff uma espécie de golpe, portanto uma ruptura com a via democrática, ainda que aparentemente institucional; e outros, mais a direita, que negam haver abalos eminentemente constitucionais, e advogam por uma análise econômica dos problemas enfrentados por nossa República.

Como já se falou anteriormente, a tese central do livro, o "mal-estar constitucional", em oposição às duas vias de análise recém consideradas, carece de maior sustentação, mesmo levando-se em contas os conceitos arrolados pelo autor. Há um profícuo diálogo com autores estrangeiros, em que pese aí o plano conceitual, e uma omissão grande de referências pátrias, especialmente quando está a tratar da crise (seja ela política, econômica ou constitucional), o que prejudica o cotejo do arcabouço conceitual do livro com a realidade que pretende abordar.

O grande trunfo do livro, por outro lado, talvez seja o de trazer ao leitor leigo uma visão jurídica sobre os temas tratados. O que, aliás, constitui uma lacuna na bibliografia, que em geral descuida na análise de temas jurídicos mais truncados, como esses que aborda o autor.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o dever da toga e o apoio à farda: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Rev. bras. Ci. Soc.**, v. 32, n. 94, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294152017.pdf>. Acesso em 05/10/2019>

CLAYTON, Cornell W. **The Supreme Court and political jurisprudence: new and old institutionalisms**. In: *Supreme court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

DAHL, Robert Alan. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker". In: **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279–295, 1957.

DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

LESSA, Renato. Seminários - **Fórum Senado Brasil 2012** - Representação Política: Fundamentos e Dilemas - Bloco 1. TV Senado, 2012. (1h29m38s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-49FwCJTYFU&t=1409s>. Acesso em: 19 jul. 2021.

NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MENDES, Lucas. ANGELO, Tiago. STF autoriza Lula a usar mensagens da Spoofing contra Deltan Defesa do petista deve recorrer pedindo indenização maior no caso do PowerPoint; Ex-procurador arrecadou R\$ 575 mil. In: **Folha de São Paulo**. Edição de 04 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/stf-autoriza-lula-a-usar-mensagens-da-spoofing-contra-deltan/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

MIGUEL, Luis Felipe. **O colapso da democracia no Brasil: da Constituição ao golpe de 2016**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo. Expressão Popular, 2019.

PERETTI, Terri Jennings. **In defense of a political court**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

ROSA, Alexandre Morais da. LOPES JÚNIOR, Aury. Opinião - Quem vai julgar o futuro processo da operação "lava jato"? In: **Conjur**. Edição de 28 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/limite-penal-quem-julgar-futuro-processo-operacao-lava-jato>. Acesso em 24 nov. 2021.

SANTOS, Samuel Martins dos. **Jurisdição constitucional e processo legislativo: uma análise interinstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional (2011-2019)**. Tese de Doutorado. Florianópolis, PPGD. 2021.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**. Rio de Janeiro: LeYa, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Opinião - Os fins justificam os meios? No Direito, não! Mas na "lava jato", sim! In: **Conjur**. Edição de 24 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/streck-fins-justificam-meios-direito-nao-masna-lava-jato-sim>. Acesso em 24 nov. 2021.

TUSHNET, M. V. Constitutional Hardball. **John Marshall Law Review**, v. 553, n. 37, 2004.

VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ZANIN, Cristiano. ZANIN, Valeska Martins. VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução.**
São Paulo, 2020.