

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A  
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

**ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA**

**André Demetrio Alexandre  
Gustavo Dalpupo de Lara  
Katya Kozicki  
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira  
Thomas Bustamante  
Vera Karam de Chueiri  
(ORGANIZADORES)**

**INTERAÇÕES E TENSÕES ENTRE O  
DIREITO CONSTITUCIONAL E A POLÍTICA**

**VOLUME I**



**INTERAÇÕES E TENSÕES ENTRE O  
DIREITO CONSTITUCIONAL E A POLÍTICA**

VOLUME I

**COLEÇÃO DESIGUALDADE E A  
RECONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA SOCIAL**

ANAIS DO III CONGRESSO INTERNACIONAL DE  
DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA



ANDRÉ DEMETRIO ALEXANDRE  
GUSTAVO DALPUPO DE LARA  
KATYA KOZICKI  
MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA  
THOMAS BUSTAMANTE  
VERA KARAM DE CHUEIRI  
(ORGANIZADORES)

# INTERAÇÕES E TENSÕES ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E A POLÍTICA

VOLUME I



Belo Horizonte  
2019

## CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Bernardo G. B. Nogueira	Kiwonghi Bizawu
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Carlos Bruno Ferreira da Silva	Luciano Stoller de Faria
Carlos Henrique Soares	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Claudia Rosane Roesler	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dircêo Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Martonio Mont’Alverne Barreto Lima
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Nelson Rosenvald
Floribal de Souza Del’Olmo	Renato Caram
Frederico Barbosa Gomes	Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Gilberto Bercovici	Rodolfo Viana Pereira
Gregório Assagra de Almeida	Rodrigo Almeida Magalhães
Gustavo Corgosinho	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Silveira Siqueira	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Janaína Rigo Santin	Wagner Menezes
Jean Carlos Fernandes	William Eduardo Freire

---

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2019.

**Coordenação Editorial:** Fabiana Carvalho  
**Produção Editorial e Capa:** Danilo Jorge da Silva  
**Imagem de Capa:** Pexels (Pixabay.com)  
**Revisão:** Responsabilidade do Autor

---

321.8 Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia  
C749 Política (3. : 2019)  
2019 Interações e tensões entre o direito constitucional e a política / [Organizado por] André Demétrio  
v.1 Alexandre [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. (Desigualdade e a reconstrução da  
democracia social, v. 1)  
238 p.

ISBN: 978-85-8238-556-2 (v.1)

ISBN: 978-85-8238-554-8 (Coleção)

ISBN: 978-85-8238-557-9 (E-book)

ISBN: 978-85-8238-555-5 (E-book)

1. Democracia social. 2. Direito constitucional. 3. Filosofia política. 4. Política. I. Alexandre, André Demétrio (Org.).  
II. Lara, Gustavo Dalpupo de (Org.). III. Kozicki, Katya (Org.). IV. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.).  
V. Bustamante, Thomas (Org.). VI. Chueiri, Vera Karam de (Org.). VII. Título. VIII. Anais do III Congresso  
Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 1.

CDD(23.ed.)– 321.8

CDDir – 341.234

Elaborada por: Fátima Falci  
CRB/6-700

---

**MATRIZ**  
Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion  
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000  
Tel: (31) 3031-2330

**FILIAL**  
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé  
São Paulo/SP - CEP 01006-000  
Tel: (11) 3105-6370

**www.arraeseditores.com.br**  
**arraes@arraeseditores.com.br**

Belo Horizonte  
2019

## AUTORES

### **ARTHUR LUSTOSA STROZZI**

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina. Aluno do Programa de Pós-Graduação LL.M. em Direito Empresarial pelo Instituto Superior de Administração e Economia/Fundação Getúlio Vargas (ISAE/FGV). Aluno Especial da disciplina Empresa Contemporânea e o Regime Jurídico Brasileiro pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina; Brasil; E-mail: arthurstrz@gmail.com.

### **CAROLINA MARTINS MARINHO**

Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela mesma instituição de ensino, Brasil, carolmarinho@usp.br.

### **FRANCISCO RAIMUNDO ALVES NETO**

Doutor em Educação (UFMG) e professor na Universidade Federal do Acre (UFAC), Rio Branco/AC (Brasil). E-mail: alvesnetoadvac@gmail.com.

### **GRESIELI TAÍSE FICANHA**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: gresieli@gmail.com.

### **JOÃO LEONARDO SILVA COSTA**

Mestrando em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela mesma instituição. Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0134359935696151>, e-mail: joaoleocosta@gmail.com.

### **JOÃO PEDRO LOPES FERNANDES**

Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) desde 2016. É monitor de Teoria da Constituição orientado pelo Professor Doutor Marcelo de Andrade Cattoni de Oliveira. É também bolsista de iniciação científica do programa PROBIC/FAPEMIG, orientado pelo Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante.

### **KAMILA MARIA STRAPASSON**

Bacharela em direito - Universidade Federal do Paraná. País: Brasil. Endereço eletrônico: kamilastrapasson@gmail.com.

### **LUCI MARIA TESTON**

Doutora em Ciências (FSP/USP) e professora na Universidade Federal do Acre (UFAC), Rio Branco/AC (Brasil). E-mail: luci\_teston@hotmail.com.

### **MANOELLA PEIXER CIPRIANI**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); pós-graduanda em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau (FURB); pós-graduanda em Teoria e Filosofia do Direito pela PUC Minas; estudante da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC); integrante do Corpo Editorial da Revista AVANT (Revista de Direito para os acadêmicos da graduação da UFSC); integrante do Grupo de Estudos em Direito Público da UFSC (GEDIP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2175448985389999>. Endereço eletrônico: manoellapeixerc@gmail.com. Brasil.

### **MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR**

Doutor em Direitos Humanos (USP). Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Brasil. Email: maseraujunior@hotmail.com.

### **MARINA BONATTO**

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas e do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da UFPR.

### **ORLANDO MOISÉS FISCHER PESSUTI**

Advogado e Consultor jurídico; Mestrando em Direito Constitucional pela UNIBRASIL; Pós-Graduado em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela UNICURITIBA. Curitiba, Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: moisespessuti@gmail.com.

### **PEDRO PAULO PORTO DE SAMPAIO**

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Oficial da Polícia Militar do Paraná. Brasil. E-mail: pppsampaio@gmail.com.

### **RAFAELE BALBINOTTE WINCARDT**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Brasil. Endereço eletrônico: rafawincardt@gmail.com.

### **ROBSON VITOR FREITAS REIS**

Mestrando em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Servidor Público no Campus de Varginha da Universidade Federal Alfenas, Brasil, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5637267621645000>, e-mail: robsonvitor@gmail.com.

### **THAÍS AMOROSO PASCHOAL LUNARDI**

Mestre, doutoranda em Direito das Relações Sociais e integrante do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas do PPGD da Universidade Federal do Paraná. Professora da Universidade Positivo, em Curitiba, Brasil. Endereço eletrônico: thais.paschoal.lunardi@gmail.com.

### **VERA KARAM DE CHUEIRI**

Professora do programa de pós-graduação em direito da UFPR, pesquisadora PQ do CNPq, diretora da Faculdade de Direito da UFPR. Brasil. E-mail: vkchueiri@gmail.com.

### **VIVIANE LEMES DA ROSA**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: viviane.ldr@gmail.com.



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	XI
PARTE I	
CONSTITUCIONALISMO, SEPARAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA SOCIAL .....	1
CAPÍTULO 1	
A IMPLEMENTAÇÃO DA CLÁUSULA DE BARREIRA E A EXTINÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS COMO POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO	
<i>Arthur Lustosa Strozzi</i> .....	2
CAPÍTULO 2	
O IMPEACHMENT DE FERNANDO COLLOR E O NOVO PADRÃO DE INSTABILIDADE POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	
<i>João Pedro Lopes Fernandes</i> .....	18
CAPÍTULO 3	
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL	
<i>Kamila Maria Strapasson</i> .....	38
CAPÍTULO 4	
PROCESSO LEGISLATIVO NO ACRE: UM ESTUDO DO PODER DE AGENDA DO EXECUTIVO FRENTE À ASSEMBLEIA	
<i>Luci Maria Teston; Francisco Raimundo Alves Neto</i> .....	56

<p>CAPÍTULO 5</p> <p>O JUDICIÁRIO COMO TERCEIRO NEUTRO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: A TRANSFERÊNCIA DA DECISÃO POLÍTICA PARA A ESFERA JURÍDICA</p> <p><i>Manoella Peixer Cipriani</i> .....</p>	74
<p>CAPÍTULO 6</p> <p>DECISÕES ESTRUTURAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS</p> <p><i>Thaís Amoroso Paschoal Lunardi</i>.....</p>	90
<p>CAPÍTULO 7</p> <p>A REPRESENTAÇÃO POLÍTICO PARTIDÁRIA NO CONTEXTO DO PLURALISMO SOCIAL</p> <p><i>Orlando Moisés Fischer Pessuti; Rafeale Balbinotte Wincardt</i> .....</p>	107
<p>CAPÍTULO 8</p> <p>PARTICIPAÇÃO POPULAR: A ALTERNATIVA COMUNITÁRIA E ORIENTADA PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA</p> <p><i>Pedro Paulo Porto de Sampaio; Vera Karam de Chueiri</i>.....</p>	127
<p>PARTE II</p> <p>CONSTITUCIONALISMO E POLÍTICAS DE REDISTRIBUIÇÃO .....</p>	146
<p>CAPÍTULO 9</p> <p>UMA MUDANÇA DE PARADIGMA QUANTO AOS DILEMAS DISTRIBUTIVOS NA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA CIDADE DE SÃO PAULO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO</p> <p><i>Carolina Martins Marinho</i> .....</p>	147
<p>CAPÍTULO 10</p> <p>UMA LEITURA DA CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL SOB A LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS</p> <p><i>Gresiéli Taíse Ficanha; Viviane Lemes da Rosa</i>.....</p>	164
<p>CAPÍTULO 11</p> <p>REFORMA PREVIDENCIÁRIA E TRABALHISTA: IMPACTO NEGATIVO NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E NAS POLÍTICAS REDISTRIBUTIVAS</p> <p><i>Marco Aurélio Serau Junior</i> .....</p>	184

CAPÍTULO 12

RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL NA PROMOÇÃO  
DA IGUALDADE DE GÊNERO

*Marina Bonatto* ..... 199

CAPÍTULO 13

A POLÍTICA NO CONTEXTO DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E  
FISCAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA “O MITO DA  
PROPRIEDADE”

*Robson Vitor Freitas Reis; João Leonardo Silva Costa* ..... 212

## APRESENTAÇÃO

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, cujos Anais da Terceira Edição publicamos nestes volumes, consolida-se como um dos mais importantes espaços de discussão e reflexão crítica sobre os temas centrais destas áreas do conhecimento, e um fórum permanente de diálogo entre os mais relevantes grupos de pesquisa no Brasil e na América Latina, com grande potencial para formação de redes de pesquisa e monitoramento da legitimidade das instituições brasileiras e regionais.

Os anais que apresentamos consolidam uma seleção de setenta e três trabalhos apresentados no evento de Curitiba (III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política), com o tema geral “Desigualdade de Reconstrução da Democracia Social, em quatro volumes: i) Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política, ii) Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional, iii) Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo e iv) Direitos Humanos e Democracia.

Os temas dos quatro volumes não poderiam ser mais atuais, em vista do momento de retrocesso dos direitos fundamentais e da democracia social em todo o mundo, o qual requer da comunidade científica e dos estudiosos da filosofia política e do direito constitucional uma agenda capaz de reconstruir os pilares fundamentais do Estado Democráticos de Direito.

Os trabalhos que apresentamos nestes quatro volumes constituem um importante esforço intelectual para este desiderato, realçando a importância da academia e da comunidade científica para a promoção da democracia e da legitimidade do poder estatal, com especial ênfase para o Brasil e a América Latina, bem como a vocação da Associação Brasileira de Direito Constitucional e Filosofia Política para a promoção da cidadania, da busca do conhecimento e do enfrentamento crítico das grandes questões político-jurídicas do conturbado momento institucional brasileiro.



**PARTE I**

**CONSTITUCIONALISMO,  
SEPARAÇÃO DE PODERES  
E DEMOCRACIA SOCIAL**

# CAPÍTULO 1

## A IMPLEMENTAÇÃO DA CLÁUSULA DE BARREIRA E A EXTINÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS COMO POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

*Arthur Lustosa Strozzi*

**RESUMO:** Desde a formulação do Estado Moderno, de Bodin à Montesquieu, com o fenômeno do movimento constitucionalista, a separação dos poderes - positivada em nosso ordenamento jurídico no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil -, é princípio fundamental e pétreo de organização política, em relação a sua estrutura e a organização do Estado. Entretanto, com o segundo impeachment desde a redemocratização do Brasil, muito se questiona sobre o sistema de governo adotado e a utilização da coalizão entre os poderes. Nesse aspecto, ergue-se a Proposta de Emenda à Constituição no 33, de 2017, aprovada em dois turnos no Congresso Nacional, que implementa cláusula de barreira e a extingue as coligações partidárias nas eleições proporcionais, com o claro propósito de alcançar a libertação e o resgate da autonomia entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, bem como o retorno da representatividade democrática; posto que o atual sistema permite o desconhecimento entre parlamentares e eleitores, dificultando, assim, a possibilidade de implementação de políticas públicas destinadas a seus representados, enquanto os próprios cidadãos desconhecem o seu representante. Portanto, busca-se coibir a pulverização dos partidos políticos, para a superação da coalizão - circunstância que açoita nossa democracia e transforma todo o Poder Público em cabresto de empresas privadas, transformando os entes federativos em sinônimo de corrupção e lobby -, de modo a fazer com que o presidencialismo retorne ao jogo democrático, superando a atual estrutura do sistema de governo brasileiro. **PALAVRAS-CHAVE:** Cláusula de Barreira. Extinção das Coligações Partidárias. Governabilidade. Presidencialismo de coalizão.

**ABSTRACT:** *Since the elaboration of the Modern Statehood, from Bodin to Montesquieu, the constitutionalist movement's phenomenon and the separation of public powers - implemented in our's juridical constitutional order in section 2 of the Brazilian Federal Constitution- the Government's arrangement, regarding its structure, is a fundamental and intransigent principle of the political organization. However, with its second impeachment since the Brazilian's redemocratization, there are many doubts regarding the government's system that has been adopted and the coalition between powers. In this respect, the Proposed Constitutional Amendment 33/2017, approved in two rounds in the National Congress of Brazil, which debates the implementation of the barrier's provision and the extinction of party coalitions in proportional elections, aiming to achieve the redemption of the Legislative and Executive branch's autonomy, as well as the return of the democratic representation; because the current system allows the unawareness among parliamentarians and voters, making the possibility of public policies aimed to voters hard to implement, whereas the citizens themselves are unaware of their representative. Therefore, it seeks to restrain the pulverization of the political parties, to overthrow the coalition- a condition that lashes our democracy and turns the whole Public Authority easy to manipulate by private companies, making federal entities into a synonym of corruption and lobbying- in order to make presidentialism able to be back in the democratic business, overcoming the current structure of the Brazilian Government System.*

**KEY-WORDS:** *Barrier Clause; Extinction of Party Coalitions; Governability; Presidentialism of Coalition.*

## INTRODUÇÃO

Para a elaboração de uma análise técnica em relação ao presidencialismo de coalizão e seus efeitos, far-se-á necessário o estudo da formulação dos conceitos de Estado-Nação, bem como do conhecimento do princípio da separação de poderes, do sistema de governo aprovado em nosso país, isto é, o presidencialista, e, finalmente, do presidencialismo.

Inicia-se, com a formulação do Estado Moderno, introduzida na organização feudal, verificou-se a obrigação mútua e jurídica estabelecida nas seguintes polarizações: de um lado o príncipe (soberano), detentor de poder de mando, excluído do dever de obediência e não obrigado pelo direito coercitivo; de outro, o cidadão, com o dever de fé e obediência relativamente ao soberano, e este com o dever de justiça e proteção em relação àqueles.

Com o passar dos séculos, a Constituição da Inglaterra, desenha a célebre tripartição de poderes: Legislativo, Executivo das coisas que dependem do direito das gentes (fazer a guerra e a paz, cuidar da segurança, prevenção de invasões) e o Executivo das coisas que dependem do direito civil (poder de julgar: punir criminosos e decidir querelas entre os particulares), deduzindo-se, portanto, que o poder limita o poder, mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, prosseguindo concertadamente.

Incorporada ao constitucionalismo através do capítulo VI, do livro “O Espírito das Leis”, de Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu, a teoria da separação de poderes, foi concebida *a priori* para assegurar as liberdades dos indivíduos, pois quando uma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois pode-se esperar que desse monarca ou desse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Atualmente, no Brasil, o princípio da separação dos poderes está positivado no ordenamento jurídico, conforme o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo considerado fundamental e pético; e, além disso, o respeito pela esfera de competência dos demais órgãos estatais assume a dimensão não apenas da condição de um dever elementar, mas, sim, a de um imperativo constitucional.

Por sua vez, o sistema de governo consiste nas modalidades de relacionamento institucional entre os vários órgãos de exercício do poder político, identificados na estrutura político-constitucional como resultantes do próprio texto maior, cobrindo a organização, o funcionamento e a inter-relação dos órgãos superiores do Estado. No dia 23 de abril de 1993, antecipando a determinação legal, estabelecida no artigo 2º dos Atos das Disposições Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil, cidadãos foram às urnas em plebiscito nacional para escolher a forma de governo – República



ou Monarquia -, e Presidencialismo ou Parlamentarismo como sistema político a ser adotado pelo Brasil. Como resultado manteve-se a estrutura em voga.

Assim, o Presidencialismo foi proclamado pelo povo como o sistema de governo a ser adotado no Brasil. Diante disso, o presidente da República reúne as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, eleito mediante eleição majoritária, gozando de legitimidade democrática mais forte do que a do Congresso, em decorrência de ser o único político nacionalmente designado, enquanto os parlamentares atravessam o sufrágio apenas em seus respectivos estados.

O Brasil encontra-se em um gênero dicotômico, em que a bipolarização do Estado apresenta uma crise da democracia representativa. Neste âmbito, a discussão de uma reforma política ganha força, tornando-se indispensável para a superação da atual estrutura de separação de poderes e interdependência destes.

Insta salientar que nunca houve no Brasil uma real reforma política posterior à promulgação da Constituição da República de 1988. As leis que regem as eleições são: o Código Eleitoral, introduzido no ordenamento pela Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965 - ano em que o Estado se situava em exceção com a ditadura militar -; e a Lei nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997, conhecida como lei eleitoral, que estabeleceu normas para o sufrágio.

Portanto, diante da possibilidade de implosão da estrutura governamental do país, conduzida pela interferência entre o Poder Legislativo e Executivo através do presidencialismo de coalizão, através de casos que analisarei abaixo, far-se-á necessária a implementação de políticas que visam coibir a referida prática, tendo como objetivo evitar a captura política por grupos específicos diminuindo a probabilidade do aparecimento da corrupção.

Nasceram assim, os institutos da cláusula de barreira e da extinção das coligações partidárias nas eleições proporcionais, objetos do presente estudo.

O artigo parte da análise da estrutura eleitoral brasileira, bem como o conceito de presidencialismo de coalizão e sua evolução histórico-social no Brasil. A abordagem será com embasamento de breves revisões bibliográficas da Ciência Política. Posteriormente, será feita a análise da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2017, aprovada em 03 de outubro de 2017, que alterou a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabeleceu normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispôs sobre regras de transição.

## O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o cientista político Abranches<sup>1</sup> teceu considerações sobre a pluralidade e a heterogeneidade

<sup>1</sup> Sérgio Henrique Abranches, *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro* (Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, 31, 1988), 5-34.

da sociedade brasileira – em emergência naquele período –, bem como acerca das complexas realidades sociais e econômicas vivenciadas no país; os quais representam elementos geradores do presidencialismo de coalizão, derivado do sistema de governo recém concebido e confirmado através do plebiscito de 1993.

Segundo o autor, o estilo de crescimento da sociedade brasileira entre a década de 1950 e meados dos anos 1980 aprofundou a heterogeneidade estrutural. Assim, em que pese a evolução da industrialização do Brasil, a população vivia uma série de desequilíbrios e desarmonias em suas estruturas social, política e econômica, aumentando esporadicamente as diferenças e desigualdades regionais (clivagem regional) que refletem na conformação das forças políticas, além dos fatores históricos, como o clientelismo.

No plano sociológico, a abundante fragmentação estrutural tenderia a exacerbar as demandas de setores organizados da sociedade, expandindo-se, além da emergência de novos atores em busca de espaço econômico e político, em razão do avanço do processo de assalariamento no campo e, sobretudo, nas cidades, bem como por causa do declínio das profissões liberais da elite<sup>2</sup>.

Em relação ao plano macroeconômico, Abranches notou as enormes disparidades de evolução técnica e de nível de renda entre pessoas, empresas, setores da sociedade e regiões do país, fazendo com que o Brasil convivesse com realidades muito distintas: em que uns viviam com padrões de produção, renda e consumo típicos de países capitalistas, enquanto uma considerável parcela da população vivia em condições precárias de destituição, próximas daquelas prevalentes nos países subdesenvolvidos<sup>3</sup>.

E finalmente, no plano macropolítico, constatou desigualdades equivalentes evidenciadas na diferença entre atores políticos, oriundos das mais diversas regiões do país, cada qual com níveis de desenvolvimentos próprios, emergindo uma pluralidade de valores que impedia a consolidação de uma fixa institucionalidade<sup>4</sup>.

Concluiu-se que a existência dos diversos níveis de setores da sociedade transportaria as respectivas expectativas para o plano político, o que fez com que houvesse um conflito dentro do próprio Estado, em decorrência da organização destes setores, os quais introduziam suas reivindicações na esfera partidária, fazendo com que ocorresse uma intervenção mais ampla do Estado. Isto porque as vontades demandadas se multiplicam em virtude da incapacidade de atendimento de parcela dos cidadãos, gerando insatisfação e frustração.

<sup>2</sup> Sérgio Antônio Ferreira Victor, *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2015), 85.

<sup>3</sup> Sergio Henrique Abranches, *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*, 5-6.

<sup>4</sup> Sérgio Antônio Ferreira Victor, *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*, 86.

Assim, o alargamento da amplitude de interesses denota o aumento de competitividade e faz aparecerem alguns antagonismos, evidenciando, desta forma, a existência de conflitos. Para combater esta situação, a burocracia estatal cresceu, mas a organização política seguiu incompetente para processar institucionalmente essa diversidade socioeconômica<sup>5</sup>.

Portanto, Abranches, através desse estudo – que incentivou inúmeras pesquisas na academia<sup>6</sup> e este artigo –, diagnosticou, perante análise estrutural da sociedade, economia e política, a necessidade da composição de uma coalizão partidária, pelo fato da ausência de sistematização do Estado frente às demandas emergentes das referidas classes.

## O MULTIPARTIDARISMO COMO FRUTO DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não alterou significativamente o sistema estrutural anteriormente posto, mantendo o presidencialismo (que veio a ser confirmado pelo plebiscito de 1993); e a legislação eleitoral não sofreu mudanças significativas, prevalecendo, assim, as regras das eleições proporcionais e a lista aberta para a investidura de mandato eletivo das cadeiras legislativas, salvo exceção do Senado da República<sup>7</sup>.

Com a referida promulgação da atual Constituição, estudiosos afirmavam que o resultado das manutenções do arcabouço institucional conduziria a “um sistema com fortes tendências à inoperância, quando não à paralisia; um sistema político em que um presidente impotente e fraco se contraporaria a um Legislativo povoado por uma miríade de partidos carentes de disciplina”<sup>8</sup>.

A crise constatada pelo sistema de governo, foi objeto de análise de Piva, quando estudou o relacionamento entre os poderes no Governo Collor, constatando que (i) o sistema partidário fragmentado ameaça a governabilidade e a estabilidade do regime democrático; (ii) a ausência de partidos fortes – disciplinados, coesos, programáticos – e, por sua razão, aptos a estruturas as preferências políticas dos eleitores; (iii) a falta de vínculos entre os parlamentares

<sup>5</sup> Sergio Henrique Abranches, *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*, 7.

<sup>6</sup> Dentre outros: Sérgio Antônio Ferreira Victor, *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 2015); Fabiano Santos, *O poder legislativo no presidencialismo de coalizão* (Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002); Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, *Política orçamentária no presidencialismo de coalizão* (Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008); Paulo Ricardo Schier, *Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira* (Curitiba: Juruá Editora, 2016).

<sup>7</sup> Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional* (Rio de Janeiro: Editora FGV, 2 ed., 2001), 19.

<sup>8</sup> Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*, 19.

e seus eleitores; (iv) a proliferação de políticos individualistas que, quando se aproximam de seus eleitores, cultivam uma relação clientelista, oferecendo bens e serviços em troca de votos; e (v) a corrupção estimulada pelas regras de financiamento de campanha<sup>9</sup>.

Conforme denota-se no item “i” do referido estudo, o sistema partidário fragmentado ameaça a governabilidade e a estabilidade do regime democrático. Fins de comprovar o acima dito, far-se-á a análise dos partidos políticos atualmente.

## OS PARTIDOS POLÍTICOS E A SUA FRAGMENTAÇÃO NA COALIZÃO BRASILEIRA

A icônica frase profetizada por Hans Kelsen “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos<sup>10</sup>”, denota o fundamento essencial que os partidos políticos têm para a sistematização e funcionalidade da democracia.

Da estabilização da formulação do Estado Nacional, nos regimes políticos democráticos do século XV, fez-se necessário criar meios de efetivação da soberania popular, uma vez que seria impossível reestabelecer a democracia direta. Assim, a chamada democracia representativa passou a reinar.

Entretanto, os diversos grupos e facções que imperavam não eram bem vistos, conforme Jean-Jacques Rousseau<sup>11</sup> constatou, ainda no século XVIII, que a vontade geral cedia espaço para o triunfo da opinião particular quando as facções são estabelecidas. Assim, percebe-se certa intimidação ao senso de unanimidade, ocasionada pelos interesses da burguesia dominante postos em prática pelos partidos políticos e facções; o que ensejava desvalorização do jogo democrático<sup>12</sup>.

Com o passar dos séculos, o modelo liberal de democracia foi entrando em declínio, diante da necessidade de valorização dos partidos políticos como apetrecho propulsor da participação democrática. Em decorrência disso, inúmeros embates filosóficos e doutrinários ganharam espaço na sociedade, com o intuito de superar a utopia da igualdade objetiva e de buscar amparar a realidade pluralista intrínseca às relações humanas.

Assim, inspirando-se no modelo austríaco, que teve em Kelsen um de seus maiores defensores, a tese da “democracia pelos partidos” se estabeleceu

<sup>9</sup> Otávio Piva, *Presidencialismo sem coalizão: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor* (Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação [Mestrado em Ciências Sociais], 2010), 32.

<sup>10</sup> Hans Kelsen. *A democracia* (São Paulo: Editora Martins Fontes, 1993), 40.

<sup>11</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social: princípios de direito político* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2014), 41-43.

<sup>12</sup> Jaime Barreiros Neto, *Direito eleitoral* (Salvador: Editora Juspodivm, 6ª ed., 2016), 87.

nas mais diversas democracias mundiais, defendendo uma forma mais respeitosa ao reconhecer os partidos políticos como benéficos e primordiais aos procedimentos eleitorais da democracia.

Seguindo a tendência das democracias fortalecidas mundialmente, na forma de consolidação dos partidos políticos como instrumento primordial à democracia, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reserva o capítulo V do seu título II à disciplina dos partidos políticos. De acordo com o *caput* do artigo 17 da Carta Magna, “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana”, devendo ser observados o caráter nacional; a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiro ou de subordinação a estes; a prestação de contas à Justiça Federal e o funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Apesar da necessidade expressa do pluripartidarismo – embasado tanto no pluralismo político (art. 1º, V, CRFB) quanto ao pluralismo partidário (art. 17, CRFB), com conseqüente indissociabilidade entre liberdade de ideologia e os regimes democráticos – vivenciamos atualmente no Brasil o que se convencionou chamar de multipartidarismo.

Contudo, a pouca diferença ideológica encontrada nos diversos estatutos partidários, acrescida da abundante multiplicação de agremiações e da fragilidade de seus discursos ideológicos, tem gerado deformidades estruturais na democracia representativa, expondo a governabilidade ao extremo e colocando em risco o próprio jogo democrático.

Atualmente no Brasil existem trinta e cinco partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, com mais semelhanças do que diferenças, dividindo-se, basicamente, em partidos trabalhistas, socialistas ou comunistas, ecológicos e, os demais, em vertentes liberal, democrática, liberal cristã, republicana e humanista. Através do “espectro político”, criado por David Nolan em 1969, que divide as orientações políticas humanas em dois vetores – liberdades econômicas e liberdades individuais – dando um contraste entre a esquerda e a direita, é possível definir as ideologias dos partidos políticos brasileiros da seguinte forma:

- i) esquerda conservadora: Partido Democrático Trabalhista (PDT), AVANTE, Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU), Partido Comunista Brasileiro (PCB) e Partido da Causa Operária (PCO);
- ii) esquerda progressista: Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido da Mobilização Nacional (PMN), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido Pátria Livre (PPL), Partido Republicano da Ordem Social (PROS), Rede Sustentabilidade (REDE) e Partido da Mulher Brasileira (PMB);

- iii) direita conservadora: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Democratas (DEM), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Partido Trabalhista Cristão (PTC), Partido Social Cristão (PSC), Partido Republicano Progressista (PRP), Partido Progressista (PP), Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), Partido Humanista da Solidariedade (PHS), Partido Social Democrata Cristão (PSDC), Podemos (PODE), Partido Social Liberal (PSL), Partido Republicano Brasileiro (PRB), Partido da República (PR), Partido Social Democrático (PSD), Solidariedade (SD) e Partido Novo (NOVO);
- iv) direita progressista: Partido Popular Socialista (PPS), Partido Verde (PV) e Partido Ecológico Nacional (PEN).

Da enumeração acima, extrai-se que oito partidos foram registrados nos anos de 1980; dezesseis na década de 1990; três nos primeiros dez anos deste século; e oito registrados em apenas sete anos. Nesta toada, é inegável a inclinação brasileira ao multipartidarismo.

O multipartidarismo, regressando ao estudo de Piva, atinge brutalmente o sistema de governo presidencialista, pois para a funcionalidade do mesmo, é necessário um sistema partidário linear, com partidos políticos fortes, os quais defendem veementemente um programa partidário, aptos a estruturar as vontades do povo. Isto se dá com o fortalecimento do vínculo entre parlamentares e sufragistas, fazendo com que seja permitida a governabilidade sem a necessidade de coalizões extremas, fins de se garantir a estabilidade e segurança do regime democrático.

Não obstante a heterogeneidade apontada por Abranches, em 1988, o fenômeno brasileiro de expansão da criação e registros de partidos políticos, nesta década, está ligado principalmente às barganhas sucessivas entre membros do Poder Legislativo e o Poder Executivo, gerando dificuldade sistêmica de o Estado corresponder às expectativas dos eleitores à produção de políticas públicas e colocando em grande risco o regime democrático.

Tradicionalmente, reputam-se aos líderes partidários as negociações diretas com o Poder Executivo referentes às liberações das emendas orçamentárias parlamentares e às moedas de troca entre os Poderes, com o objetivo de atingir a coalizão majoritária; para que assim, o Executivo tenha o poder de agenda e de conversão de medidas provisórias em lei. Costumeiramente, pois vivenciamos em nosso país um momento *sui generis*<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Entre os anos de 2015 e 2016, quando Eduardo Cunha, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), atuou como presidente da Câmara dos Deputados, liderando um grupo de aproximadamente 180 deputados federais, denominados pela imprensa como “Blocão” e a “Tropa de Choque”. O referido agrupamento exigia do Governo mais cargos para os aliados, passando a impor sucessivas derrotas à então presidente Dilma Vanna Rousseff – quando o presidente da Câmara se tratava de aliado há mais de quatro anos e vice-presidente do PMDB na esfera nacional –, comandando permutas diretas com o Exe-

Assim, os líderes partidários frente à coalizão, as negociações entre o Poder Legislativo e Executivo começam na formação do gabinete ministerial em busca da construção da aliança eleitoral, distribuindo as pastas proporcionalmente ao peso do apoio político que o partido contemplado terá, no Congresso Nacional, como agente da coalizão. Nas palavras de Abranches:

A formação de coalizões envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição da aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda real de políticos, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação<sup>14</sup>.

Portanto, o significativo aumento de partidos registrados juntos ao Tribunal Superior Eleitoral está correlacionado com a centralização dos trabalhos legislativos em face dos líderes partidários. A Constituição previu (art. 58, §1º) a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da Casa legislativa na constituição das Mesas Diretoras e de cada Comissão, permitindo, então, a clivagem de forças partidárias decorrentes da coalizção governista, assegurando a garantia, assim de um grande poder de controle do Executivo sobre os trabalhos do Legislativo.

O controle é executado através dos líderes partidários, uma vez que são estes os responsáveis por indicar as orientações partidárias das respectivas bancadas. Cabe também a eles a indicação de membros de sua bancada para as Comissões, bem como a faculdade de substituí-los a qualquer tempo, o que, ocasionalmente, provoca insegurança democrática ao parlamento<sup>15</sup>.

---

cutivo, sem a necessidade da presença do líder partidário ou sequer dos partidos. Com o passar do tempo era nítido o rompimento entre o “Blocão” de Eduardo Cunha com o Governo, tendo o seu apogeu no dia 02 de dezembro de 2015, quando o PT decidiu por votar pela continuidade do processo de cassação de Cunha, na Comissão de Ética da Câmara dos Deputados, enquanto que o Deputado autorizou a abertura do processo de impeachment da então presidente Dilma Vanna Rousseff, do Partido dos Trabalhadores. E, assim, a história foi escrita.

<sup>14</sup> Sérgio Henrique Abranches, *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*, 27-28.

<sup>15</sup> A situação acima foi presenciada no corrente ano, nas insólitas mudanças nas cadeiras da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, que resultaram no arquivamento do relatório que defendia a autorização do Supremo Tribunal Federal julgar o presidente Michel Miguel Elias Temer Lulia (PMDB) pelo crime de corrupção passiva. Nesta ocasião, foram efetuadas vinte e cinco alterações na composição da CCJ, do dia 26 de junho até 13 de julho do corrente ano. Apesar das inúmeras críticas proferidas, principalmente da oposição, a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, rejeitou o mandato de segurança impetrado por um grupo de seis parlamentares que pretendia restaurar a composição prévia da CCJ.

Outro importante poder usufruído pelos líderes partidários é a composição do Colégio de Líderes, o qual organiza a pauta da Casa em conjunto com o seu respectivo Presidente. Sendo constituído pelos líderes da maioria, da minoria, dos partidos, dos blocos parlamentares e do governo, o mencionado órgão possui posição privilegiada em relação a intermediação entre o governo e os parlamentares, mediante o exercício de filtros, controle de impulsos e negociação de interesses. Tem como seu papel mais importante, a centralização dos trabalhos legislativos e a congruente coalizão para com o Executivo<sup>16</sup>. Nesse sentido, expõe, Sampaio:

O papel das lideranças serve para incorporar, em cada líder, o partido com que o governo negociou apoio. Isso implica concluir que, costurada a coalizão majoritária, questões importantes como indicação de membros da comissão em sua maioria, substituição, a qualquer tempo, de membros da comissão que possam funcionar como obstáculos pontuais aos intuitos do governo, uso estratégico da palavra e sua distribuição entre os membros da bancada, controle de votação nominal e pedidos de urgência em projetos que não os do Presidente da República, são decididas por um “conjunto de líderes que representam o próprio governo”<sup>17</sup>.

Constatada a fragilidade ocasionada pelo multipartidarismo, que ameaça as estruturas da governabilidade e a estabilidade do regime democrático, encontrando-se a atual estrutura do sistema de governo brasileiro na iminência de implodir, é necessária uma mudança legislativa para o fortalecimento da democracia e das instituições, com o fim de superar o atual panorama, em que devem ser considerados dois institutos, quais sejam: a implementação da cláusula de barreira e o fim das coligações partidárias nas eleições proporcionais.

### **A CLÁUSULA DE DESEMPENHO E A EXTINÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS**

A discussão de uma real reforma política se intensificou com o passar dos meses deste ano, tendo em vista que o Brasil se encontra em um gênero dicotômico, em que a bipolarização do Estado apresenta uma crise da democracia representativa. Neste âmbito, a discussão da reforma política ganha força, tornando-se indispensável para a superação da atual estrutura de separação e interdependência dos poderes.

<sup>16</sup> Sérgio Antônio Ferreira Victor, *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*, 123.

<sup>17</sup> Marco Aurélio Sampaio, *A medida provisória no presidencialismo de coalizão* (São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2007), 152.



A Lei nº 13.165/2015, conhecida como minirreforma eleitoral, promoveu alterações específicas, não afetando a população em sentido lato, mas atualizando apenas mudanças nos prazos para as convenções partidárias, filiação partidária e no tempo de campanha eleitoral. A única contribuição efetiva para a sociedade foi a expressa proibição do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas de direito privado.

Insta salientar que nunca houve no Brasil uma real reforma política posterior à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As leis que regem as eleições são: o Código Eleitoral, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965, ano em que a nação se situava em um estado de exceção com a ditadura militar; e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, conhecida como lei eleitoral, que estabeleceu normas para as eleições.

No ano de 2016, a Câmara dos Deputados instalou a Comissão Especial da Reforma Eleitoral, destinada a efetuar estudos e apresentar propostas com relação às matérias infraconstitucionais da Reforma Política. Entretanto, no mês de agosto do corrente ano, a referida comissão ganhou notoriedade quando aprovou o chamado “distritão” e a possibilidade de instituir o Fundo Especial de Financiamento da Democracia, que em 2018 levaria R\$ 3,6 bilhões do Orçamento da União. Contudo, no dia 19 de setembro, por 205 votos a favor e 238 contra, a Câmara dos Deputados rejeitou o trecho da Proposta de Emenda à Constituição nº 77/2003.

No dia 03 de outubro, o Congresso Nacional aprovou em segundo turno o fim das coligações partidárias para as eleições proporcionais a partir de 2020, bem como a regra que estabelece a cláusula de desempenho. Tais institutos merecem a análise de forma separada, nos termos dos tópicos seguintes.

## A CLÁUSULA DE BARREIRA

A cláusula de barreira – também conhecida como cláusula de desempenho ou de exclusão –, é uma regra que proíbe ou restringe o funcionamento parlamentar ao partido que não alcançar determinado percentual de votos. Referida norma limita o acesso para as legendas ao fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão.

Os critérios aprovados na Câmara dos Deputados estipularam, em progressão temporal, a porcentagem necessária a ser obtida pelos partidos em número de votos válidos ou em números de deputados. Desta forma, nas:

- i) Eleições de 2018: Os partidos terão de obter nas eleições para a Câmara o percentual mínimo de 1,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos estados, com mínimo de 1% dos votos válidos em cada um

- dos estados; ou ter eleito pelo menos 9 deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos estados;
- ii) Eleições de 2022: Os partidos terão de obter, nas eleições para a Câmara, 2% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação, com mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas; ou ter eleito pelo menos 11 deputados, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação;
  - iii) Eleições de 2026: Os partidos terão de obter, nas eleições para a Câmara, 2,5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação, com mínimo de 1,5% dos votos válidos em cada uma delas; ou ter eleito pelo menos 13 deputados, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação; e
  - iv) Eleições de 2030: Os partidos terão de obter, nas eleições para a Câmara, 3% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação, com mínimo de 2% dos votos válidos em cada uma delas; ou ter eleito pelo menos 15 deputados, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da federação.

Em que pese a atualidade da discussão, o capítulo II do título II da Lei nº. 9.096/95 estabelece as regras do chamado funcionamento parlamentar. Em seu artigo 13, dispõe sobre os critérios para que o partido político possa ter funcionamento parlamentar, determinando, como requisito formal, que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, o partido político alcance, no mínimo, cinco por cento dos votos válidos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um dele. Portanto, já existe em nosso ordenamento jurídico, a previsão expressa da cláusula de barreira.

Ocorre que, após as eleições de 2006, as ações diretas de inconstitucionalidade nº 1351-3 e 1354-8 foram ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC), sob o argumento da inconstitucionalidade da cláusula de barreira por afrontar o princípio da liberdade partidária.

O Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei nº. 9.096/95, derrubando, assim, a cláusula de barreira. Entretanto, tal decisão não produzirá efeitos em caso da promulgação da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2017, pelo correto formalismo seguido, sendo que a referida proposta alterará o artigo 17 da Constituição da República, o qual serviu de base para a declaração de inconstitucionalidade no votos do relator.

Assim, a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2017, aprovada em dois turnos no Congresso Nacional, alterou a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tem-

po de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Preenchendo todos os requisitos necessários, formais e materiais para afastar, integralmente, qualquer possibilidade da norma ser declarada inconstitucional.

## A EXTINÇÃO DAS COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS

De acordo com o disposto no artigo 17, §1º da CRFB, os partidos políticos têm autonomia para “adotar os critérios de escolha e os regimes de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”. Surge, então, a controversa coligação partidária, que possui objetivo único para fins eleitorais, constituída pelas convenções partidárias que ocorrem no mês de junho dos anos eleitorais e desfeitas posteriormente ao período eleitoral.

Nas eleições proporcionais, os candidatos de uma mesma coligação, concorrem juntos como se formassem um só partido; entretanto, na prática, ocorrem atrocidades ideológicas: em muitas das vezes os partidos não possuem qualquer correspondência principiológica, fazendo com que o voto do eleitor vá para um partido que sequer conhece.

No entanto, os dados informam que, nas eleições gerais de 2014<sup>18</sup>, apenas 35 deputados se elegeram com votos próprios, isto é, alcançaram votação igual ou superior ao quociente eleitoral (cerca de 6,8% de cadeiras), sendo que os estados: Acre, Alagoas, Amapá, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal não elegeram nenhum candidato que alcançou o quociente eleitoral; mantendo-se a proporção estabelecida nas eleições de 2010<sup>19</sup>.

Vale ressaltar que este fenômeno nas eleições municipais é ainda mais desastroso. Na cidade de Londrina, em 2016, nenhum vereador atingiu o quociente eleitoral sozinho. A leitura desses dados leva à conclusão de que, no Brasil, raros são os candidatos que se elegem com os votos próprios; ao passo que a maioria dos votos nominados dados aos derrotados é transferida para outros candidatos.

Esta situação faz com que o controle da referida transferência é impossível de ser certificada pelos eleitores, não só pela falta de conhecimento técnico

<sup>18</sup> Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL), *Estatísticas de resultados: candidatos eleitos*. <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-antiores/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014> (acesso em 07 de novembro de 2017).

<sup>19</sup> Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL), *Estatísticas de resultados: resultado da eleição*. [http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2010/Est\\_resultados/resultado\\_eleicao.html](http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2010/Est_resultados/resultado_eleicao.html) (acesso em 07 de novembro de 2017).

das formas de cálculo dos quocientes eleitorais, mas principalmente ao fato de que a imensa maioria dos deputados e vereadores ser eleita por legendas coligadas. Assim, a transmissão de votos não se dá apenas intrapartidos, mas também entre os partidos integrantes das coligações eleitorais.

Portanto, há uma espantosa crise de representatividade, à medida que os eleitores não conhecem os seus representantes eleitos (e em alguns casos, até a ideologia partidária) e os deputados não conhecem a sua verdadeira base eleitoral. Desta forma, se eles não conseguem identificar a sua *constituency* (círculo eleitoral/eleitorado), não conseguirão saber quais as preferências dos sufragistas e quais as políticas públicas que deverão ser voltadas ao público que o elegeu. Da mesma forma, os cidadãos não conseguem exigir dos políticos, uma vez que não consegue aferir o membro do legislativo eleito com o seu voto.

Como o enfoque do presente é a análise frente ao Poder Federal, os deputados, ao serem eleitos, salvo raras exceções, e ao tomarem posse no dia 1º de fevereiro, no próximo ano da legislatura começam a planejar a sua reeleição. Portanto, se o congressista não sabe qual é a sua base eleitoral e, muito menos, possui tal base para a sua reeleição, o natural é que ele busque localizá-la, identificá-la e, por fim, construí-la ou aumentá-la. Dessa maneira, o mesmo buscará um grupo de eleitores para demonstrar que está efetivamente os representando. Neste momento, o Presidente da República exerce um papel fundamental, como destaca Santos:

As eleições presidenciais produzem um ator de grande visibilidade e capacidade política. Sobre ele incidem expectativas de desempenho governamental incomparáveis às de qualquer outro agente ou instituição. O número de cargo à disposição, o poder de agenda e de mobilizar os meios de comunicação tornam o presidente figura ímpar em qualquer sistema presidencialista. O caso brasileiro não foge à regra. Portanto, a posição dos deputados em relação às políticas propostas e realizadas pelo Executivo é fonte essencial de sinalização para sua base eleitoral “virtual”. Em outras palavras, nessas condições o presidente se transforma no intermediário representante junto a seus representados<sup>20</sup>.

Assim, “quanto maiores as condições de governabilidade de que dispuser o Poder Executivo, mais oportunidades terão os parlamentares de sua base para sinalizarem seus eleitores.”<sup>21</sup>

Portanto, é extremamente necessária a criação de política apta a coibir as coligações partidárias nas eleições proporcionais. Logo, o Congresso Nacional,

<sup>20</sup> Fabiano Santos, *O poder legislativo no presidencialismo de coalizão* (Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003), 45.

<sup>21</sup> Sérgio Antônio Ferreira Victor, *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*, 102.

de forma acertada, aprovou o texto, tendo em vista as distorções nas campanhas eleitorais, nas formações de bancadas e nas maiorias do Congresso frente às coligações partidárias. Isto fará com que os partidos percam, com o passar do tempo, a personalidade, na proporção de que maior parte dos parlamentares passam a ser eleitos através destas, afastando, de forma integral, o desconhecimento entre o eleitor e seu candidato/partido.

## CONCLUSÃO

A análise proposta partiu dos conceitos clássicos de Estado-Nação, do estudo do princípio da separação dos poderes, do fenômeno do multipartidarismo, para diagnosticar uns dos principais fenômenos que ocorrem em nossa democracia, quais sejam, (i) o presidencialismo de coalizão e (ii) a força dos líderes partidários.

Observou-se que, diante da possibilidade da democracia brasileira ruir em face dos recentes acontecimentos políticos, surge, com a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 33, de 2017, instrumentos que permitem a estabilização e o fortalecimento dos partidos políticos dentro da estrutura nacional, ao menos por ora, isto é, (i) a cláusula de barreira e (ii) a extinção das coligações partidárias nas eleições proporcionais.

O primeiro instituto, com previsão de aplicação em 2018, restringe o acesso dos partidos a recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e televisão, criando exigências gradativas até o ano de 2030; por sua vez, o segundo, acaba com as coligações partidárias em eleições proporcionais, a ser imposta a partir das eleições municipais de 2020, logo, os partidos não poderão mais se ligar na disputa das vagas para deputados (federais, estaduais e distritais) e vereadores.

Portanto, conclui-se que a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2017, é essencial para refrear o multipartidarismo, fortalecendo, assim, a independência e harmonia das instituições, na perspectiva de superação do presidencialismo de coalizão em nosso Estado, buscando-se a efetividade em relação a democracia representativa.

## REFERÊNCIAS

Abranches, Sérgio Henrique. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. (31) Rio de Janeiro: Revista de Ciências Sociais, 1988.

Bodin, Jean. *Los seis libros de la República*. 4 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.

Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) (acessado em 29 de setembro de 2017).

Brasil, Senado Federal. Projeto de Emenda Constitucional nº 33, de 2017. *Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo*

*partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição.* <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131028> (acessado em 23 de maio de 2018).

Brasil, Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas de resultados: candidatos eleitos.* <http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/eleicoes/eleicoes-anteriores/estatisticas-candidaturas-2014/estatisticas-eleitorais-2014> (acessado em 07 de novembro de 2017).

Brasil, Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas de resultados: resultado da eleição.* [http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2010/Est\\_resultados/resultado\\_eleicao.html](http://www.tse.jus.br/hotSites/estatistica2010/Est_resultados/resultado_eleicao.html) (acessado em 07 de novembro de 2017).

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado.*, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Figueiredo, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional.* 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

Hobbes, Thomas. *Leviatã.* Organizado por Richard Tuck. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Kelsen, Hans. *A democracia.* São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Locke, John. *Dois tratados sobre o governo: Livro II: Segundo Tratado.* 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Miranda, Jorge. *Formas e sistemas de governo.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Montesquieu. Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Montesquieu. Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis.* 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Moraes, Alexandre de. *Presidencialismo.* São Paulo: Atlas, 2004.

Neto, Jaime Barreiros. *Direito eleitoral.* 6 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

Novais, Jorge Reis. *Semipresidencialismo - Volume I: teoria do sistema de governo semipresidencial.* Coimbra: Almedina, 2007.

Piva, Otávio. *Presidencialismo sem coalizão: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor.* Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), 2010).

Queiroz, Cristina. *O sistema de governo semipresidencial.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Rousseau, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Sampaio, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo de coalizão.* São Paulo: Malheiros, 2007.

Santos, Fabiano. *O poder legislativo no presidencialismo de coalizão.* Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

Sarlet, Ingo Wolfgang, Marinoni, Luiz Guilherme, Mitidiero, Daniel. *Curso de direito constitucional.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Schier, Paulo Ricardo. *O presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira.* Curitiba: Juruá Editora, 2016.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Victor, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2015.

## CAPÍTULO 2

# O IMPEACHMENT DE FERNANDO COLLOR E O NOVO PADRÃO DE INSTABILIDADE POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

*João Pedro Lopes Fernandes*

**RESUMO:** Muitos esforços têm sido empreendidos na tentativa de responder a uma questão primordial para a história constitucional brasileira: que fatores levaram à queda do Presidente Fernando Collor em 1992? Num acesso de romantismo, muitos intelectuais defendem que o fator chave poderia ser encontrado numa análise psicológica do Presidente. Este artigo, no entanto, defende a hipótese de que o caso Collor se insere num contexto mais amplo de instabilidade política na América Latina como o sustentado por Aníbal Pérez-Liñán e que, se quisermos entender os reais motivos que levaram aos eventos que culminaram com a renúncia de Fernando Collor, precisamos entender antes este fenômeno. Mais: defende que a queda de Collor tem menos a ver com o ordenamento que disciplina o instituto do *impeachment* do que comumente se pensa, entendendo que aqui reside um problema da ordem da legitimidade democrática. Para tanto, procede com uma análise inicial sobre a relação entre o presidencialismo e o instituto do *impeachment*, para depois analisar o novo padrão de instabilidade política latino-americano e, só então, adentrará no desafio de interpretar a crise do governo Collor à luz desta já referida chave interpretativa.

### 1. INTRODUÇÃO

Em 30 de Dezembro de 1992 Fernando Collor foi condenado pelo Senado Federal em um Processo de Impeachment que marcou a história não só do Brasil, como também de toda a América Latina: iniciou-se uma série aparentemente infundável de Crises Presidenciais que resultaram em quedas de governo sem colapsos de regime por todo o continente Latino-americano<sup>1</sup>. Nesse sentido, este artigo advoga a tese de que o caso Collor pode e deve ser interpretado como sendo parte de uma série maior de casos de *impeachment*, e em sentido mais amplo, de casos de instabilidade, no continente latino-americano. Se quisermos entendê-lo de forma acurada, devemos deixar de lado qualquer interpretação reducionista que atribui a Collor uma “identidade política esquizofrênica” ou qualquer “psicologismo” do gênero, e esta é a primeira hipótese desdobrada, especialmente nos eventos atinentes ao primeiro ano de mandato, no tópico 4. Advoga-se a ideia de que Collor foi, independente da

---

<sup>1</sup> PÉREZ-LINÁN, 2007.

base legal de seu processo, cassado pela configuração de fatores que descrevem todo um novo paradigma de instabilidade que se alastrou pelo continente. Isso também porque a própria ideia de corrupção política dentro do Palácio do Planalto não era nenhuma novidade para o Brasil, acostumado inclusive a episódios no mínimo suspeitos no caso Sarney<sup>2</sup>: trata-se de algo mais. Para esta empresa, foi necessário reconstruir o que Aníbal Pérez-Liñán, ao analisar os casos de Impeachment na América Latina entre 1992 e 2004, chamou de um “Novo Padrão de Instabilidade Política na América Latina” (daqui para frente designado pela sigla NPIAL). Esta análise é realizada no Tópico 3.

A perspectiva, com certeza muito rica, da Ciência Política não parece se compadecer de uma questão fundamental, contudo: a da legitimidade do processo. Com certeza, a pressão de base sociológica de um padrão que de tal maneira se alastrou por todo um continente, oferece questões graves para o devido processo constitucional. Nesse sentido, como uma espécie de hipótese secundária, mediante a reconstrução das noções de “Presidencialismo”, “Presidencialismo de Coalizão” e “Impeachment” realizada no Tópico 2, apresenta-se no tópico 5 a ideia de que o excessivo formalismo com que o STF vem trabalhando o processo de Impeachment, se combinados com toda a pressão sociológica imposta pela realidade do NPIAL e pela natureza propriamente conflituosa do Presidencialismo Coalizão é negligente com a legitimidade no processo constitucional e põe em risco, assim, a própria lógica constitucional. Mais: reconhece-se que a assunção da existência de fatores tão poderosos de instabilidade nos obriga a repensar a relação entre Impeachment, Presidencialismo e Processo Democrático.

## 2. PRESIDENCIALISMO E IMPEACHMENT NO BRASIL

### 2.1. PRESIDENCIALISMO: A RELAÇÃO ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO

O “Presidencialismo” é um sistema de governo de um Estado Republicano. Sua característica mais evidente é a coincidência das funções de “Chefe de Estado” e “Chefe de Governo” em um único político, o Presidente. Nascido em 1787, nos Estados Unidos da América, com o advento da Revolução Americana, o Presidencialismo é *necessariamente* uma subespécie de governo *democrático*, opondo-se, portanto, a um governo autocrático. *Como governo democrático*, um de seus traços característicos é a renovação periódica do cargo presidencial por eleições democráticas. Dois dos problemas fundamentais do Presidencialismo são os da estabilidade e da legitimidade. *No Parlamentarismo*

<sup>2</sup> WEYLAND, 1993, p. 2-3.



*desfruta de uma “estabilidade democrática”, onde o Primeiro-Ministro pode dissolver o Parlamento e convocar novas eleições e o Parlamento pode afastar o Primeiro-Ministro por meio de um “voto de desconfiança”. O Presidencialismo neste aspecto é alicerçado na ideia de uma “estabilidade de governo”<sup>3</sup> e numa “legitimidade democrática”*: Executivo e Legislativo são poderes visivelmente separados e essa separação é assegurada por termos fixos de mandato para ambos. É o que leciona o Professor Marcelo Galuppo:

“O pressuposto da moção de desconfiança é que o primeiro ministro tem o dever, senão jurídico, pelo menos político, de manter a maioria no parlamento. Dizer que a moção de desconfiança não se aplica ao presidencialismo quer dizer antes de mais nada, que *o Presidente da República não possui esse dever, e que tentar removê-lo da presidência apenas porque ele possui a maioria do Congresso implica desvirtuar, não só a natureza jurídica, mas também a natureza política do impeachment.*” (grifos meus) (GALUPPO, 2016, p.24)

A legitimidade, por sua vez, é democrática porque promovida por eleições populares de livre participação e concorrência e dual porque essas eleições se dão em consultas separadas e diretas tanto para o cargo de Presidente quanto para o Parlamento.<sup>4</sup>

## 2.2. O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

O Brasil possui um arranjo institucional bastante específico: combina o Presidencialismo com o Federalismo, o Bicameralismo, o Multipartidarismo e a Representação Proporcional. Mas o que explicita essa junção única e tão propensa ao conflito? No plano macro-sociológico, o Brasil é um país fundado sobre grandes desigualdades históricas, raciais, culturais, políticas e econômicas. Decorre disso o fracionamento da estrutura de classes e a setorização das demandas competitivas com uma intensificação dos conflitos sócio-políticos. Estas demandas heterogêneas pressionam ainda mais o Estado em prol de uma intervenção ampliada e sobrecarregam a máquina aumentando a ineficiência da Administração Pública, enquanto o avanço “assincronizado” e retardatário do capitalismo industrial no país amplia a heterogeneidade interna<sup>5</sup>. É então que se desdobra, na visão de Sérgio Abranches, o ponto fulcral do aparente paradoxo brasileiro:

“O dilema institucional brasileiro define-se pela necessidade de se encontrar um ordenamento institucional suficientemente para agregar e processar as pressões

<sup>3</sup> FERNANDES, 2017, p. 1103-1105.

<sup>4</sup> FIX-FIERRO, SALAZAR-UGARTE, 2002, p.1-7. Essa constatação é especialmente importante para a hipótese secundária que se desdobrará no Tópico 5.

<sup>5</sup> ABRANCHES, 1988, p.5-8

derivadas desse quadro heterogêneo, adquirindo, assim, bases mais sólidas para sua legitimidade, que o capacite a intervir de forma mais eficaz na redução das disparidades e na integração da ordem social.” (ABRANCHES, 1988, p.8)

Seria ingenuidade, como ainda nos alerta Abranches<sup>6</sup>, pensarmos que a estrutura incomum do sistema político brasileiro seria um produto do arbítrio. *Em verdade, tal estrutura expressa mesmo necessidades e contradições, de natureza social, econômica, política e cultural, que identificam histórica e estruturalmente o processo de nossa formação social denotando a heterogeneidade estrutural da sociedade brasileira e a sua consequente propensão ao conflito.*

Para uma análise acurada do caso brasileiro, no entanto, é necessário que percebamos que o presidencialismo brasileiro não é genuinamente plebiscitário. Isso decorre de um fundamento empírico percebido no funcionamento macropolítico da democracia brasileira: a fragmentação partidária obriga os Presidentes a recorrer a grandes coalizões que lhes propiciem no mínimo uma maioria qualificada. Do contrário, e isso pode ser notado no caso de João Goulart, o travamento de pautas e a pressão sobre o presidente pode ser tão grande *a ponto de ameaçar a ordem democrática*. Diferente do que quer Juan Linz<sup>7</sup>, não creio que o Presidencialismo seja em si instável e a própria estabilidade da democracia estadunidense é uma resposta a esse argumento que procura na engenharia institucional dos países presidencialistas, a causa para a sua instabilidade política. Mais crível é levar em conta tal heterogeneidade estrutural da sociedade brasileira como causa não só da instabilidade política, mas também desse arranjo institucional *sui generis* sem cair na armadilha de tentar fundar a realidade a partir dos princípios normativos, uma perigosa e comum inversão.

### 2.3. O IMPEACHMENT NO BRASIL: NATUREZA JURÍDICA

Há fervorosos posicionamentos na doutrina, mas resta clara a *natureza político-penal* do impeachment<sup>8</sup>. Podemos oferecer diversos argumentos para elucidar a questão: o primeiro passa pela reconstrução da história constitucional do Brasil. A primeira Carta Magna brasileira, de 1824, não fornecia a possibilidade de responsabilização do Imperador, mas o fazia com relação aos Ministros de Estado no seu Artigo 133, e, no seu Artigo 134, estabelecia que em lei especial seriam disciplinados os “delictos” pelos quais os Ministros poderiam ser responsabilizados. Já na Carta de 1891, surge a possibilidade de responsabilizar diretamente o presidente, assim como surge a específica nomenclatura de “crimes de

<sup>6</sup> ABRANCHES, 1988, p.10-11

<sup>7</sup> LINZ, 1990, p.51-69.

<sup>8</sup> BUSTAMANTE, 2016, p.10-13

responsabilidade” no seu Artigo 54, que disciplina esse tipo de infração, sendo que no art.54, §1º há a delegação para Lei Especial da definição desses crimes. E assim, mesmo nas Cartas não democráticas, como a de 1937 (Artigo 45) e a de 1967 (Artigo 84), há a manutenção dos “crimes de responsabilidade” como pressupostos jurídicos para o processo de Impeachment<sup>9</sup>.

Outro argumento pode ser encontrado no fato de que, na verdade, há duas sanções cominadas pelo art. 52, parágrafo único, CF/88, em caso de condenação do Presidente da República: há a destituição do cargo, mas também a inabilitação do condenado para qualquer cargo público pelo período de 8 anos. Não se trata de sanção meramente política. Indo ainda além, o art. 79 da Lei de Impeachment (Lei 1079/50), estabelece como legislação subsidiária à Constituição Federal, fonte primária, e a ela mesma, fonte secundária, o Código de Processo Penal e não, como é praxe no Processo Administrativo, o Código de Processo Civil. Também não caberia a alegação de que desnecessidade de fundamentação dos votos por parte dos Congressistas denotaria o caráter meramente político do Instituto: na verdade essa característica do Processo o aproxima exatamente do Processo Penal no Tribunal do Júri que estabelece a decisão dos jurados segundo a sua íntima convicção, podendo a decisão dos mesmos carecer de fundamentação<sup>10</sup>.

### 3. O NOVO PADRÃO DE INSTABILIDADE POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA

#### 3.1. O QUE É ?

Aníbal Pérez-Liñan, analisando o padrão de Crises Presidenciais no pós-1990, nos mostra uma nova tendência: a América Latina tem vivido crises de governo que frequentemente resultam na saída dos Chefes de Executivo sem que o regime institucional entre em colapso. Esses eventos geralmente são explicados como o triunfo da sociedade civil contra um governo corrupto ou autoritário, mas o fato é que esses episódios causam intensa instabilidade social sem que, contudo, consigam evitar novos episódios semelhantes<sup>11</sup>.

Entre 1992 e 2004, seis presidentes enfrentaram processos de impeachment e quatro destes lograram êxito. Esta série histórica começou com o Impeachment do Presidente Collor, em 1992 e não pode ser explicada pelo recurso a meras explicações empíricas particulares a cada caso: os eventos tomados separadamente são somente a ponta do iceberg de um fenômeno bem maior. Isso fica ainda mais claro quando observamos que embora fosse

<sup>9</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, BAHIA, BACHA E SILVA, 2016c, p.22-27

<sup>10</sup> GALUPPO, 2016, p.37-42

<sup>11</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p. XIII-XIV

comum a existência do instituto do Impeachment nos países Latinos, no período de 1950 a 1990, apenas um verdadeiro caso de Impeachment ocorreu, o julgamento do Presidente José Guizado, no Panamá de 1955<sup>12</sup>.

A obra de Aníbal Pérez-Liñán enfoca a concentração de múltiplas crises de Impeachment num curto período de tempo na América Latina e as consequências deste novo padrão de instabilidade, enfatizando os eventos críticos que deram forma a esta nova tendência entre 1992 e 2004<sup>13</sup>. Contudo, apesar do enfoque do livro de Pérez-Liñán ser as crises de Impeachment, é necessário, se quisermos entender melhor este padrão, analisarmos a categoria das “Crises Presidenciais”. Crises Presidenciais são definidas como situações extremas de crises entre os Poderes Legislativo e Executivo no qual um dos Poderes procura a dissolução do outro. Nesse sentido, a crise de Impeachment é uma sub-espécie da Crise Presidencial<sup>14</sup>. Se no Parlamentarismo essas situações levariam ou à dissolução do Parlamento com convocação de novas eleições, ou à moção de desconfiança contra o Primeiro-Ministro, no Presidencialismo levam à ativação de mecanismos constitucionais, dentre os quais o Impeachment, para aliviar a tensão institucional. Além disso poderíamos acrescentar aos casos já computados: o caso de Fernando de la Rúa, em 2001, na Argentina, que renunciou, e do seu sucessor apontado para um mandato tampão pelos líderes de província, em 2002, que também renunciou. A renúncia forçada de Jorge Serrano, após uma tentativa de auto-golpe, na Guatemala, em 1993; No Equador, em 2000, o Presidente Jamil Mahuad, o primeiro presidente posterior ao também afastado (por interdição) Abdalá Bucaram, que foi retirado do poder pelos militares e pelo Congresso. No Peru, Fujimori, que subiu ao gabinete em 1990 adotando uma estratégia de confrontação com o Congresso. Fujimori, em 1992, com o apoio dos militares, dissolveu o Parlamento, convocou uma nova constituinte e reescreveu a Constituição peruana, em 1995 Fujimori seria ainda reeleito. Em outubro de 2000, sentindo a fraqueza da /coalizão de Fujimori, uma larga debandada de sua base foi rapidamente realizada, incluindo a renúncia de seu vice-presidente. Foi então que Fujimori fugiu para Tóquio, em novembro do mesmo ano, e de lá anunciou sua renúncia. O Congresso rejeitou sua renúncia e moveu um processo de Impeachment contra ele, baseado na sua “incapacidade moral”. Na Bolívia, em 2003, após o escândalo do uso de forças militares contra manifestantes que bloqueavam as estradas para a capital La Paz e cerca de 60 pessoas morreram, o Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada também anunciou sua renúncia<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Ibidem, p.6

<sup>13</sup> Ibidem, p.2 et p.xiii

<sup>14</sup> Ibidem, p.6-10

<sup>15</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.176-185

É claro que grande parcela dos casos de instabilidade demonstrados resultou em “produtos” diferentes do Impeachment. Contudo, é exatamente assim que devemos entender o Impeachment na América Latina: como *uma certa forma* pela qual o colapso do governo vem à baila. E *esta certa forma* emerge dada a relutância dos militares de assumirem o papel que assumiram nas décadas anteriores (dado o fato de que a comunidade internacional já não encara com bons olhos governos militares e também pelas experiências desastrosas que a América Latina viveu com relação a intervenções militares em tempos recentes) e quando o Presidente não se antecipa ao Congresso e renuncia mediante a pressão dos outros atores políticos<sup>16</sup>.

### 3.2. OS LEGADOS DO NPIAL

Em primeiro lugar, há o que Pérez-Liñán chama de “Presidencialismo estável com Presidentes instáveis”. Isto é, os questionamentos de Juan Linz<sup>17</sup> e de seus então aliados teóricos, se assim podemos dizer, acerca dos “perigos do presidencialismo”, já não fazem mais tanto sentido. A instabilidade agora está instalada a nível de governo, e não mais a nível de regime. Dessa maneira, a Ciência Política recente chegou a uma conclusão oposta: a de que o conflito entre Executivo e Legislativo não é suficiente, por si, para desestabilizar democracias presidenciais. Pelo contrário, mesmo *as ações anti-governistas do Congresso, que não chegam a ameaçar o regime, são mais reativas (oportunistas com relação a fatores exógenos aos dois Poderes) do que propriamente ativas*<sup>18</sup>.

Outro legado diz respeito à responsabilização horizontal. Em democracias maduras, os dois Poderes fiscalizam-se mutuamente de maneira séria e constante. Contudo, era um dogma da Ciência Política acerca do Presidencialismo Latino até os anos 1990 a impossibilidade do Legislativo responsabilizar o Executivo, este sempre tomado como dominante com relação àquele. Este dogma não só se provou incorreto, também suscitou intenso debate sobre de que forma, por que e quando o Legislativo consegue ou intenta responsabilizar o Executivo nessa “Terceira Onda de Democratização”. A resposta de Pérez-Liñán atrela a capacidade de responsabilização do Legislativo com relação ao Executivo ao Novo Padrão de Instabilidade Política e, mais uma vez, a fatores exógenos aos dois Poderes (fatores estes que serão trabalhados no tópico 3). Nesse sentido, o autor caracteriza a responsabilização como “*politizada*”, dado o fato de que as pressões do calendário eleitoral, pressões partidárias e considerações de natureza pessoal guiam as decisões dos legisladores acerca

<sup>16</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2003, 185-186p et 201p

<sup>17</sup> LINZ, 1990, p.51-69

<sup>18</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2003, 204-206

do Impeachment; e “*espasmódica*”, dado o fato de que esta responsabilização é intermitente, não sendo constante e institucionalizada como nas democracias maduras. Antes o contrário: é utilizada somente para lidar com situações extremas e que se conciliem com o interesse dos atores políticos<sup>19</sup>.

Os protestos populares também tiveram papel decisivo nas Crises Presidenciais, todavia é necessário cautela: vários cientistas políticos receberam isso com excessivo otimismo, como uma forma de amadurecimento da democracia. Algumas questões necessitam ser colocadas: não há nenhum motivo para pensarmos que os protestos populares oferecem mais legitimação democrática para a retirada do Presidente do que os votos dados na urna o forneceram para que assumisse o cargo. Depois: se os protestos lograrem êxito, quem estabelecerá a Agenda Política? Todas essas questões, mais o exemplo da crise Argentina de 2001, mais a violência do *Caracazo* e a participação de partidos no financiamento e na manipulação de protestos em alguns casos nos alertam para a necessidade de ao menos temperarmos o otimismo<sup>20</sup>.

## 4. OS FATORES-CHAVE DO NPIAL

### 4.1. MÍDIA E ESCÂNDALOS

A definição de Escândalos Políticos fornecida por Pérez-Liñán é: “Eventos midiáticos que expõem atos de corrupção ou abuso de poder realizados por políticos” (PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.65). *O autor enfatiza, neste conjunto, aqueles eventos que envolveram os membros mais importantes do gabinete presidencial, e os familiares e amigos do Presidente.* Para perceber essa ascensão, um dado do *Foreign Broadcast Information Service* (FBIS) é especialmente icônico: entre 1783 e 1983 apenas 11 escândalos políticos foram registrados na região (e nenhum no Brasil). Já entre 1983 e 1993, 189 Escândalos Políticos foram registrados na América Latina, dentre os quais 69 no Brasil<sup>21</sup>. Embora alguns autores tentem elencar o aumento da corrupção como causa dessa tendência inédita, tal hipótese além de ser de difícil aferição, é também improvável. Acredito que a melhor (e menos ingênua) hipótese é aventada nas análises que destacam a disposição da mídia em publicar escândalos (que como autores como Jiménez Sanches e Pérez-Liñán põem em relevo, nem precisam ter lastro em algum comportamento realmente corrupto para tomarem o noticiário<sup>22</sup>). E essa pulção por “furos” passa a estender-se à grande mídia, no Brasil consubstanciada

<sup>19</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.206-209

<sup>20</sup> Ibidem, p.210-213

<sup>21</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.65-66

<sup>22</sup> Ibidem, p.68

no Conglomerado Globo, pela pressão de uma mídia de vanguarda muito mais agressiva que, agora, com a democratização política (que é uma conquista frente à sempre presente figura do Ato Institucional Nº 5, que institucionalizou a censura durante a ditadura militar), passou a entrar em cena. Para além disso, as Reformas Econômicas neoliberais reduziram a capacidade de regulação estatal da Mídia. *Também a expansão e “democratização” da televisão possibilitaram a extensão do poder da mídia: se, no Brasil, em 1958, haviam 78000 pontos de TV, e concentrados no Rio, em 1980 haviam já cerca de 20 milhões pontos de TV*<sup>23</sup>. *Um outro ponto é a profissionalização da carreira jornalística e todo o ideal agressivo desses profissionais construído no pós-Watergate: no Brasil, estima-se que em 1974, haviam 12554 estudantes de Comunicação Social, enquanto em 1993, este número saltou para 46239*<sup>24</sup>.

O jornalismo na América Latina, e também no Brasil, segue pressionado pelos grandes conglomerados de mídia, por um ideário cético no que concerne à política, pela corrupção, e por uma espécie de “jornalismo de declaração”, fundado frequentemente em alegações isoladas que fornecem boas manchetes, mas que, para seguir a fala de Ricardo Noblat, jornalista e ex-editor do Jornal Correio Brasiliense, é um “jornalismo preguiçoso”, porque não é sério, não busca fatos, apenas manchetes<sup>25</sup>.

Disso depreendemos que a mídia, no Brasil e na América Latina, *atua em duas frentes* quanto ao nosso assunto de interesse: *Primeiro como “guardiã do portal”, dando destaque a certos políticos enquanto deixa outros no ostracismo. Essa função relativiza a influência das estruturas burocrático-partidárias, permitindo a ascensão de figuras singulares e com apelo midiático, como o Presidente Abdalá Bucaram, no Equador e, porque não, o Caçador de Marajás, Collor, no Brasil*<sup>26</sup>. *Em segundo lugar, como um agente, em si também político, que expõe (e por vezes simplesmente criador) de escândalos*<sup>27</sup>.

## 4.2. OPINIÃO PÚBLICA E PROTESTOS POPULARES

É possível desdobrar melhor a explicação do padrão de queda da popularidade dos Presidentes que sofreram Impeachment no período estudado perpassando por 3 fatores: Reformas Econômicas, Desempenho Macroeconômico e Escândalos Políticos.

As Reformas Econômicas empreendidas por muitos dos Presidentes tinham forte caráter neoliberal, e frequentemente eram radicais. Não parece

<sup>23</sup> Ibidem, p.75

<sup>24</sup> Ibidem, p.78-79

<sup>25</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.82-84

<sup>26</sup> Ibidem, p.85

<sup>27</sup> Ibidem, p.85-86

fazer muita diferença que estas reformas tenham sido implementadas no início do mandato presidencial ou depois, ao menos não para o aspecto da popularidade<sup>28</sup>. Além disso, a adoção de medidas neoliberais gera um custo, em média, de 16 pontos percentuais de popularidade<sup>29</sup>. Exemplo deste fator é o desdobramento do Plano Collor I que, dentre medidas de longo prazo que incluíam redução de taxas alfandegárias e privatizações, trazia em seu bojo o famigerado “congelamento das poupanças”, realizado já em Março de 1990, quando sua aprovação era de 71%. Em Junho de 1990, Collor veria sua aprovação popular derreter até 36%<sup>30</sup>.

O Desempenho Macroeconômico, entendido aqui basicamente como desemprego e inflação, é também um fator para o declínio da popularidade do Presidente. Sobre este aspecto, sabe-se que o eleitorado é mais sensível a períodos de crise do que de prosperidade; que é mais sensível a mudanças na economia nacional do que no próprio bolso; que responde mais a prospecções do que a retrospicções (exceto quando o político está concorrendo à reeleição) e que considera mais relevante os resultados macroeconômicos atuais do que ao viés ideológico das políticas implementadas<sup>31</sup>. O aumento do desemprego tem impacto relevante na aprovação presidencial: estima-se que o crescimento da taxa de desemprego entre 5 e 10 % produz uma queda média de 9% na aprovação presidencial<sup>32</sup>. *Embora a inflação em si não produza impacto tão significativo, a hiperinflação produz, e mais: ela cria um cenário no qual políticos ousados (como Collor de Mello o era frente ao mandato conservador de José Sarney) são muito bem vistos*<sup>33</sup>.

Os Escândalos Políticos possuem um impacto importante por si sós, atingindo a popularidade de um Presidente em momentos nos quais ela parece inquebrável. Contudo, indo além, também possuem um impacto no que diz respeito às já referidas “prospecções econômicas”: um Presidente acossado por Escândalos Políticos possui menos credibilidade neste aspecto<sup>34</sup>. A mídia, assumindo o que já foi discutido, isto é, a desnecessidade inclusive da existência de corrupção para a fabricação de escândalos, é menos propensa a atacar a reputação de um político quando sua popularidade está alta<sup>35</sup>. Também tende a publicar mais escândalos quando o Presidente adota medidas neoliberais ou quando o desemprego está em alta, embora não haja evidência de que o faz

<sup>28</sup> Ibidem, p.114

<sup>29</sup> Ibidem, p. 118

<sup>30</sup> PÉREZ-LIÑÁN,2007, p.90

<sup>31</sup> Ibidem, p. 91

<sup>32</sup> Ibidem, p. 118

<sup>33</sup> Ibidem, p.119

<sup>34</sup> Ibidem, p.91-92

<sup>35</sup> Ibidem, p.92



quando a Economia vai mal<sup>36</sup>. *Como no caso Collor (que só foi pessoalmente envolvido nos escândalos do seu governo após a denúncia de seu irmão Pedro Collor à Veja), a recorrência de exposições midiáticas a escândalos fere a popularidade do Presidente ainda que ele não esteja pessoalmente envolvido nos escândalos*<sup>37</sup>. Por meio de uma análise estatística, Pérez-Liñán demonstra que um Presidente enfrentando uma média de um escândalo a cada dois meses, como a situação de Collor durante o ápice de sua crise, verá um impacto na sua popularidade entre seis e oito pontos percentuais, com um adicional de dez pontos se ele estiver pessoalmente implicado<sup>38</sup>. Isso nos leva a outro padrão: os escândalos afetam a popularidade presidencial tanto mais quão maior for a proximidade destes com o Presidente e quão mais recorrentes são. *Diante de tantas evidências fáticas estarrecedoras, o próprio Pérez-Liñán assume que os Impeachments são significativamente influenciados por manipulações midiáticas, pela fraqueza das instituições democráticas e pelo mau desempenho do governo (que é atribuído ao Presidente na lógica do Presidencialismo). Mas não só, também admite (dado os resultados das análises empreendidas) que a Mídia deve ser vista como um “agente estratégico”*<sup>39</sup>.

Ainda conclui o autor: a desaprovação popular provavelmente só terá força para remover um Presidente se se traduzir em protestos populares significantes, em termos numéricos e qualitativos. Devem representar as várias camadas da população unidas pelo desejo comum de retirar o Presidente, já que os protestos envolvendo apenas a classe média-alta se mostraram fracassados<sup>40</sup>.

Isso fica especialmente claro quando percebemos que nenhuma das Ações do Legislativo que visaram a retirada do Presidente lograram êxito sem a presença de protestos populares como *background*<sup>41</sup>. Na verdade, os protestos teriam uma força tão inegável que deram força (ou forçaram) aos (ou os) Congressos Nacionais para (ou a) realizarem os afastamentos presidenciais, mesmo driblando o devido processo legal do Impeachment. Isso, é claro, foi frequentemente feito para evitar as supermaiorias legislativas exigidas normalmente, sendo o caso brasileiro praticamente o único que *aparentemente* seguiu os ditames legais. Ainda assim o próprio Impeachment tem sido um processo político desde o seu início até o seu final<sup>42</sup>, movido majoritariamente pelo binômio corrupção/protestos populares. No dizer de Kathryn Hochstetler: “[...]alguns dos eventos desse período lançaram luz nas fraquezas atuais das

<sup>36</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.122

<sup>37</sup> Ibidem, p.114

<sup>38</sup> Ibidem, p.122

<sup>39</sup> Ibidem, p.123

<sup>40</sup> Ibidem, p.123-124

<sup>41</sup> HOCHSTETLER, 2006, p.404

<sup>42</sup> Ibidem, p.406-408

normas democráticas, da linguagem constitucional e dos sistemas judicial e investigativo.” (HOCHSTETLER, 2006, p.410) [tradução livre].

### 4.3. ESCUDO LEGISLATIVO

O Escudo Legislativo de um Presidente é composto pelos parlamentares dispostos a blindá-lo no caso do surgimento de um Processo de Impeachment. É definido por quatro fatores: Regras Constitucionais; Relação Presidente-Congresso; Sistema Partidário; Contexto Político<sup>43</sup>.

*As Regras Constitucionais com relação ao número de “veto players” não devem ser tomadas como essenciais:* dentre outros motivos, porque as análises estatísticas provam que quase sempre o primeiro órgão da cadeia procedimental influencia os demais e porque, a partir do voto inicial na Câmara de Deputados, por exemplo, o Presidente já é frequentemente afastado, o que já causa um dano institucional relevante<sup>44</sup>. Ainda se tomarmos as regras constitucionais quanto às maiorias parlamentares, perceberemos algo interessante: as “supermaiorias” exigidas para o Impeachment são tão letais quanto os processos mais flexíveis, como as declarações de incapacidade, na América Latina<sup>45</sup>.

O comportamento presidencial com relação ao Congresso pode ser de: Isolamento, Negociação, Confrontação. Um Presidente que, desde o início de seu mandato, adota uma posição amena e de negociação com o Congresso terá, quando da possibilidade de um processo de Impeachment, um Escudo Legislativo que um outro que adotou as outras duas estratégias<sup>46</sup>.

Outro fator de vital importância para o Escudo Legislativo é o tamanho do partido do Partido do Presidente e a sua coesão interna. É claro que Presidentes com partidos menores terão uma tarefa mais árdua, porque precisarão de maiores coalizões parlamentares. Presidentes com partidos muito grandes, também enfrentarão problemas: correrão o risco da insubmissão de alas da sua legenda<sup>47</sup>.

Dentro do fator “Contexto Político” estão incluídas questões como: Pressão midiática, Calendário Eleitoral e Pressões do Círculo Eleitoral. *A mídia na “Era dos Escândalos”, como discutido, exerce uma forte influência indireta sobre os parlamentares, que são “agentes estratégicos”.* A proximidade das eleições, no Calendário Eleitoral, deixa os legisladores menos propensos a apoiar o Presidente. O declínio na popularidade do Presidente, deixa-o mais vulnerável à ação estratégica dos legisladores<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.133

<sup>44</sup> Ibidem, p.142

<sup>45</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p. 143

<sup>46</sup> Ibidem, p. 147-148

<sup>47</sup> Ibidem, p. 149-167

<sup>48</sup> Ibidem, p.169-175

## 5. INTERPRETANDO O IMPEACHMENT DE FERNANDO COLLOR À LUZ DO NPIAL

É necessário que afastemos os “psicologismos” de alguns autores acerca do caso Collor<sup>49</sup>: a personalidade de Fernando Collor de Mello só é eventualmente relevante para a análise porque se trata do Presidente da República, com determinadas alternativas à sua disposição fixadas pelas instituições políticas. É, pois, “personalidade institucionalmente inserida” (SALLUM Jr., CASARÕES, 2011, p.184). E então há uma observação fundamental: as relações Estado-Sociedade seguiam bem pouco determinadas à época da Eleição Presidencial de 1989<sup>50</sup>, como resultado principalmente de uma indefinição provocada pela crise do modelo de Estado “varguista”<sup>51</sup> que, entendo, deve ser interpretada como uma crise também dos paradigmas social e liberal que não mais ofereciam uma resposta adequada diante da tentativa de constituição de um Estado Democrático de Direito: uma experiência, frise-se, pioneira na história do Brasil. Pioneira ou não, a reconstrução de todo o arcabouço político-institucional não se resolveria de pronto (como não se resolveu até hoje). Vigoravam, então, como resposta ao vazio de autoridade, três utopias políticas: a utopia parlamentarista, a utopia participatória e a utopia presidencialista-plebiscitária. Collor não era, como queriam e querem fazer parecer muitos, nenhuma espécie de “esquizofrênico”: pautava-se por uma das possibilidades à época apresentadas, a despeito de não adequada ao paradigma de um Estado Democrático de Direito: a utopia presidencialista-plebiscitária, que idealizava o Presidente como um político que deriva sua autoridade diretamente do povo. Modelo diferente, portanto, do presidencialismo equipotente norte-americano. Trata-se de um presidencialismo que põe o Executivo em direto conflito com outros poderes<sup>52</sup>. Essa indeterminação fica ainda mais clara quando se percebe que os conflitos entre as alas parlamentaristas e presidencialistas não produziram um acordo, antes produziram uma figura híbrida de presidencialismo que dava, por exemplo, ao Presidente o poder de editar Medidas Provisórias, instituto pensado para o parlamentarismo e que, de maneira diversa, nas mãos de um Presidente, torna-o incomensuravelmente mais poderoso do que tornaria um Primeiro-Ministro<sup>53</sup>. Esses conflitos ressuririam, de mal resolvidos, no mandato Collor. É especialmente plausível

<sup>49</sup> SALLUM Jr., CASARÕES, 2011, p. 165. Aqui os autores mencionam Thomas Skidmore e Carlos Melo, mas o leque poderia ser estendido à própria mídia, que insiste em atribuir à personalidade de Collor lugar privilegiado na explicação do seu Impeachment.

<sup>50</sup> SALLUM Jr, 2015, p.15

<sup>51</sup> Ibidem, p.17

<sup>52</sup> LAMOUNIER, 1990, p. 25-26

<sup>53</sup> SALLUM Jr, 2015, p. 31-38

que Collor adotasse tal postura dado o fenômeno da perda da capacidade macrossocial de decidir numa sociedade que precisava de decisões<sup>54</sup>, além de pertencer, ele próprio, a um partido bastante pequeno e estar determinado a encabeçar a “reforma liberal” que muitos defendiam para a saída da “Crise do Estado Vargasista” num momento da já referida “perda da capacidade macrossocial de escolher”.

Mas quem era Collor? O ex-governador do pequeno Estado do Alagoas, com seu ácido discurso anti-establishment era sem dúvidas bastante controverso. Era alguém que pretendia unir sobre sua figura a imagem messiânica do Presidente-Plebiscitário e a “necessidade de modernização” da economia e do Estado brasileiro. A TV Globo, e estudos profícuos foram realizados nesse sentido, trabalhou arduamente para criar, principalmente por meio de suas novelas, noticiários e programas humorísticos, a imagem do funcionalismo público como extremamente corrupto e do empresário como carro-chefe da modernização do país, vítima de uma burocracia recalcitrante. Não menos trabalhou a TV Globo, que possuía de 65 a 80% da audiência nacional<sup>55</sup>, como “guardião do portal”, para o usar o termo de Aníbal Pérez-Liñán, ao dar destaque a Collor, recebendo “vazamentos” da assessoria de Fernando Collor sobre suas viagens ao exterior, ao pintar a imagem de um Presidente jovem, esportista, moderno, bonito e de um “caçador de marajás. Isso fica especialmente claro quando percebemos a crescente de popularidade de Collor antes do início do Horário Eleitoral Gratuito e dos debates, que na verdade custaram um significativo decréscimo de capital eleitoral a Collor, a despeito de uma campanha eleitoral com alto grau de apelação e sensacionalismo<sup>56</sup>. A isso acrescentamos o fato da família de Collor de Mello ser proprietária de uma TV repetidora da Rede Globo de Televisão<sup>57</sup>.

Ao tornar-se Presidente, Collor usou a nomeação de seus Ministros como uma jogada de marketing: desejava afirmar a sua independência do establishment, sua juventude e seu olhar relativamente tecnocrático, que valorizava a competência dos chefes de cada pasta. Disso resultou que Collor de Mello não loteou, como Sarney, seus ministérios, começando o Presidente Eleito a trilhar o caminho perigoso de “isolamento”, para usar o conceito já trabalhado nesse artigo, de Pérez-Liñán. No dia seguinte à sua posse, Collor caminha pessoal-

<sup>54</sup> LAMOUNIER, 1990 p.19-29

<sup>55</sup> SALLUM Jr, 2015, p.71

<sup>56</sup> Ibidem, p.70-79. A influência da TV Globo fica especialmente clara quando vemos que Collor, ainda antes do período eleitoral, em março de 1989, possuía 7% das intenções de voto e que, em junho do mesmo ano, passou a ter 43%. Quando o período eleitoral começou, Collor na verdade perdeu capital eleitoral, já que durante o Horário Eleitoral Gratuito, passou a possuir 28,5% das intenções de voto e, no segundo turno, venceu Lula com somente 53% dos votos válidos.

<sup>57</sup> SALLUM Jr, Casarões, 2011, p. 166

mente até o Congresso entregando as Medidas Provisórias que compunham boa parte do “Plano Brasil Novo”, apelidado de “Plano Collor”, composto por mais de 20 Medidas Provisórias acrescentando que “essas Medidas continham o aval de 35 milhões de votos”. Collor assim cresce ao seu isolamento, que depois seria incrementado pela sua rejeição de recorrer a uma coalizão permanente, a postura de confronto com os demais Poderes.

O Plano Collor era composto fundamentalmente por medidas como privatizações, reformas administrativas (com o intuito de redução do tamanho do Estado), fim da indexação dos salários, e o “confisco” de 80% dos ativos financeiros transformados em depósitos no Banco Central com a promessa de devolução depois de 18 meses, em 12 parcelas mensais. Embora dessas medidas a mais lembrada seja a do confisco, é bom que se diga que 60% dos brasileiros acreditavam, à época do Plano, no sucesso deste contra a inflação, assim como é necessário que se lembre que este choque inicial logrou êxito em produzir uma queda da inflação: de 82,2% (INPC), para 14,7%. Na verdade, foram as ofensivas contra o funcionalismo público como parte da “reforma administrativa”, *a parte propriamente neoliberal do programa* que frequentemente esbarrou na legalidade, que produziu uma grande perda do capital político de Collor. Se o estilo imperial havia subjugado inicialmente Congresso e STF (que se sentiu obrigado a reconhecer, seja um absurdo ou não, a constitucionalidade MP 173, que proibia a concessão de liminares contra o Plano Collor), o TRT passou a conceder reajustes salariais a título de “reposição de perdas”, contra os quais Collor editou a MP 185, que restringia o poder dos TRTs de fazer estes reajustes. O movimento sindical, já extremamente premido, encabeçou mobilizações e, depois da Ministra da Fazenda fixar em 0 os reajustes salariais obrigatórios, de cindido tal movimento se uniu contra Collor reivindicando a revogação da medida. O Congresso, comportando-se como agente oportunista nos termos que expus no tópico anterior, revogou a MP 185 e iniciou a reversão do jogo entre os Poderes. Em junho, com a retomada do curso crescente da inflação, a derrota no Congresso e as mobilizações populares, Collor viu sua aprovação cair de 71 para 36%.

Collor ainda sofreu uma outra derrota no que diz respeito à política de reposições salariais, sendo forçado a recuar várias vezes de suas intenções iniciais. Não menos crítica foi a eleição do novo Congresso que, *sem a pressão do calendário eleitoral, que seguramente foi um dos fatores que influenciaram a sua subserviência*, agora dificilmente se curvaria. Em dezembro, frente aos sucessivos fracassos nos indicadores macroeconômicos e aos escândalos de corrupção que já irrompiam desde junho<sup>58</sup>, a aprovação do Presidente caía para

<sup>58</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.125. Aqui é possível perceber que três escândalos irrompem ainda em 1990, denotando o início da atuação oportunista da mídia, justamente quando o Presidente vinha perdendo poder político.

30%<sup>59</sup>. A esta altura, o paradigma de instabilidade já havia se configurado: tendo rompido com o empresariado após a implementação da parte heterodoxa do “Plano Collor” e a série de declarações quase infantis da Ministra da Fazenda contra a classe<sup>60</sup>, acrescentando-se a pressão do sindicalismo, do funcionalismo público e do capital internacional, que se recusava a aceitar as condições de Collor, que incluíam a não necessidade de estrangulamento doméstico<sup>61</sup>, a base plebiscitária do Presidente ruía: agora Collor estava à mercê da indústria de escândalos que em 1991 o faria enfrentar 1 escândalo a cada 1,5 mês<sup>62</sup>, bem como à mercê de um Congresso que, com 4 anos de mandato pela frente, não mais se curvaria aos seus desígnios.

No início de 1991, com o constante aumento da inflação, o governo entregou ao Congresso duas MP’s que consolidariam o núcleo do chamado “Plano Collor II”. Para conseguir a aprovação do Plano, Collor precisou ceder à negociação inclusive na retórica, reafirmando o novo estado da balança do poder em Brasília. Apesar dos resultados substanciais do plano, quais sejam, as seguidas reduções da inflação, tal plano era definido muitas vezes como um “exercício de monetarismo tropical”<sup>63</sup> e enfrentava forte ceticismo dos eleitores. Assim, a popularidade do Presidente não parava o seu ritmo ascendente, para muito além da pressão sindical ou empresária a que se refere Bruno Sallum Jr.<sup>64</sup>, os próprios escândalos, que começavam inclusive a se aproximar da figura de Collor, já lhe cobravam o preço, já que em abril a aprovação do governo era de 26% e a reprovação era de 34%. Com a posterior retomada do curso ascendente inflacionário, com o envolvimento da própria mulher de Collor em escândalos<sup>65</sup>, com a pressão popular em efervescência e com a ação oportunista do Congresso exigindo cada vez mais concessões, o destino de Collor se afirmava cada vez mais incerto. O envolvimento pessoal e direto do Presidente no famoso caso P.C Farias fora então promovido pelo próprio irmão mais novo do Presidente, Pedro Collor, e serviu de base para mais uma investida do Congresso contra o Presidente: a CPMI que levantaria os fatos, criaria o ambiente de cada vez maior condensação de escândalos (11 escândalos de Fevereiro a Setembro de 1992<sup>66</sup>) e para a realização de protestos ecumênicos (no sentido de *broad multiclass coalition* utilizado por Aníbal Pérez-Liñán<sup>67</sup>)

<sup>59</sup> SALLUM Jr., 2015, p. 88-120

<sup>60</sup> Ibidem, p. 116-117

<sup>61</sup> Ibidem, p. 113-114

<sup>62</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p. 125

<sup>63</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.97

<sup>64</sup> SALLUM, Jr, 2015, p.130-132

<sup>65</sup> Ibidem, p. 140-141

<sup>66</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p. 125-126

<sup>67</sup> Ibidem, p. 123-124

desde o mês de Agosto. Collor, que sempre se recusou a manter uma coalizão permanente no Congresso, para também evitar de dividir o Poder Executivo, definiu já no primeiro ano de governo, as bases para o próprio fracasso<sup>68</sup>. Em 29 de setembro o Processo de Impeachment contra Collor foi aberto, sendo concluído no dia 30 de dezembro com a condenação do Presidente à perda de mandato e à inabilitação para o exercício de função pública por 8 anos.

## 6. A LEGITIMIDADE E O NPIAL

“Nada - nada - pode parar um partido de políticos com votos suficientes e com aquela ambição [de retirar o mandato de um Presidente]. Eles podem, como Gerald Ford advertiu, declarar o que bem entenderem como um ‘high crime or misdemeanor.’ Eles podem ignorar, como o Parlamento ignorou, as mais fundamentais provisões constitucionais do devido processo legal. *Nenbu-ma corte pode rever seus procedimentos, sua declaração, ou seu veredito*” (DWORKIN, 1999a, p.1) [tradução livre]

Ronald Dworkin poderia estar se referindo a qualquer caso de Impeachment na América Latina após a “Terceira Onda de Democratização”, mas escrevia, já com preocupação, sobre a democracia presidencial mais sólida do mundo: os Estados Unidos da América, quando da tentativa do Congresso de afastar o Presidente Bill Clinton por meio de um processo de Impeachment. Como veremos, o STF não parece, em situação muito mais caótica do que a do filósofo do Direito estadunidense, perceber o risco da perda da credibilidade nos processos constitucionalmente estabelecidos e o seu impacto no sentimento de Constituição.

É verdade que uma compreensão constitucionalmente adequada do Impeachment, que leve a natureza do instituto (explorada ainda no tópico 2.3) a sério, exige uma crítica à postura do STF com relação a este Processo. Refiro-me aqui à ideia, típica do paradigma do Estado Liberal<sup>69</sup>, de que a relação entre Judiciário e Legislativo é apaziguada pela delimitação de competências específicas e rígidas: o que está subjacente é uma visão de suposta oposição entre constitucionalismo e democracia, isto é, a visão de que a jurisdição constitucional deve exercer tão somente um papel formal e contra-majoritário já que, do contrário, usurparia a legitimidade do processo político<sup>70</sup>. Isso conduz frequentemente ao absurdo de pensarmos nas competências antes das garantias no processo, e é esse absurdo que fez com que, na ADPF 378, se enfrentassem questões procedimentais, mas não questões de direito material.

<sup>68</sup> WEYLAND, 1993, p.6-14

<sup>69</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, 2016a, p. 36-40

<sup>70</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, 2016a, p. 41-43

A impossibilidade do STF controlar o mérito da decisão do Presidente da Câmara de Deputados, isto é, a impossibilidade do STF declarar inconstitucional o Processo de Impeachment que tenha sido iniciado sem apontar o descumprimento em tese crime de responsabilidade (taxativamente expreso na Lei 1079 de 1950), mesmo diante da clareza do art. 1º do Código Penal vigente: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, coloca em xeque as condições de mandato fixo e separação de poderes que definem o que se entende por Presidencialismo<sup>71</sup>. O princípio democrático, à maneira que alertou Dworkin<sup>72</sup>, bem como as garantias inerentes ao devido processo legal, são postos ao sabor dos parlamentares por uma Corte que nega diuturnamente o seu papel de Guardiã da Constituição, o que significa, adequadamente falando, garantir o devido processo constitucional e a regularidade do processo legislativo<sup>73</sup>.

A compreensão sedimentada pelo STF acerca do Instituto, como alertado, é de fato constitucionalmente inadequada e especialmente perigosa uma vez constatado o NPIAL. Mas parece que há algo a mais: como já discutido no tópico 3.3, a adição de veto players (ainda que de natureza judicial) não parece alterar, estatisticamente, a probabilidade de um Presidente sofrer Impeachment<sup>74</sup>, porque num período de extrema instabilidade, as interpretações das demais instituições seguem, naturalmente por questões políticas de estabilidade (e isso não é nenhum pessimismo sociológico, ou não nos lembramos da posição do STF quanto à MP 173?), a interpretação da primeira instituição da cadeia procedimental. Constatando-se as particularidades conflitivas do Presidencialismo de Coalizão já analisadas no tópico 1.2 e a ação dos fatores e agentes do NPIAL, percebe-se que há uma miríade de elementos empurrando o Presidencialismo Latino-Americano para uma “parlamentarização”<sup>75</sup>. Os problemas com isso são vários<sup>76</sup>, mas a solução mais razoável me parece uma única na medida em que ataca satisfatoriamente o problema imposto pela legitimidade dual no Presidencialismo sem desconsiderar as especificidades conflitivas do Presidencialismo de Coalizão: a extinção do Impeachment e a

<sup>71</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, 2016b, p.1-3

<sup>72</sup> DWORKIN, 1999a, p.2. Originalmente: “Trying a president, let alone removing him, is a seismic shock to the separation of powers that is the Constitution’s spine.”

<sup>73</sup> CATTONI, 2016a, p. 49. Sobre as perspectivas de exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis adequadamente justificadas segundo o Paradigma Procedimentalista do Estado Democrático de Direito.

<sup>74</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.142

<sup>75</sup> PÉREZ-LIÑÁN, 2007, p.3

<sup>76</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, BAHIA, VECCHIATTI, 2016b, p.1. Para mencionar um: “E é importante assinalar: aprovada a [moção de] desconfiança, não só cai o Primeiro Ministro, como o próprio Parlamento, para que novas eleições sejam realizadas”. O que, evidentemente, não ocorre no Presidencialismo.



criação de um instituto semelhante a um plebiscito que aprove o afastamento ou não do Presidente envolvido em escândalos políticos.

## CONCLUSÃO

Ao longo da análise pode-se constatar que o Novo Padrão de Instabilidade Política da América Latina analisado por Aníbal Pérez-Liñán fornece uma chave interpretativa coerente com as singularidades do caso Collor, tendo sido o governo arrastado até o Impeachment principalmente por fatores como: adoção de uma postura de confronto/isolamento com relação ao Congresso; Adoção de reformas neoliberais; Falha na implementação de reformas neoliberais; Escândalos recorrentes e que chegaram, por fim, a envolver o próprio Presidente e seus familiares; Mobilização populares ecumênicas; Ação duplamente oportunista da mídia: ao promover o Presidente, agindo como uma “guardiã do portal” e ao proceder como uma “máquina de escândalos”, formando o ambiente favorável para a ação oportunista do Congresso.

Como resultado dessa interpretação, também foi possível constatar, a partir de uma recuperação das noções de “Presidencialismo”, “Presidencialismo de Coalizão” e “Impeachment”, especificamente naquilo que se refere ao caso brasileiro, a emergência de problemas graves vinculados à legitimidade do no Processo de Impeachment: se por um lado o STF, ao incorrer numa interpretação quase que meramente formalista do instituto, cria um ambiente de banalização da processo de impedimento, o que acaba por promover a perda de fé no Projeto Constitucional, também a natureza conflitiva do Presidencialismo de Coalizão e o fato do NPIAL exigem criatividade no que diz respeito à solução dos problemas ligados à “parlamentarização” do Presidencialismo Latino. Uma sugestão promovida pelo Artigo, e que deve ser explorada futuramente pela literatura, é a extinção do Impeachment, que mais serviu para a criação de crises institucionais do que para a sua solução<sup>77</sup> e a criação de um instituto semelhante a um plebiscito que defina o destino de um Presidente envolvido em escândalos de corrupção suficientemente claros, apelando-se assim ao fundamento da legitimidade dual no presidencialismo.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro**. In: *Revistas de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. Vol. 31, n.1, 1988, pp. 5 a 34.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Parecer Jurídico: O Processo de Impeachment e as Esferas de Autorização pela Câmara dos Deputados**. Limites e Possibilidades de Controle Judicial. Belo Horizonte: 2016. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1470905](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1470905)>. Acesso em: 12/09/2017.

<sup>77</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, 2016c, p.28-29. Essa é, como menciona o autor, a opinião de Paulo Bonavides.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo: Uma Justificação Democrática do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis e do Processo Legislativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2016a. 3ª Edição. 217p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Supremo Tribunal Federal deve barrar ou nulificar impeachment sem crime de responsabilidade.** Março, 23, 2016b. 9p. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/backup/supremo-tribunal-federal-deve-barrar/>>. Acesso em 22/11/17.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. BACHA E SILVA, Diogo. **Os contornos do Impeachment no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro.** In: Anuario de Derecho Constitucional Latino-Americano. Bogotá: Anuario de Derecho Constitucional Latino-Americano, Año XXII, 2016c. 17-32p.

DWORKIN, Ronald. **A Kind of Coup.** In: The New York Review of Books. January 14, 1999. 4p. Disponível em: <[www.nybooks.com/articles/1999/01/14/a-kind-of-coup/?printpage=true](http://www.nybooks.com/articles/1999/01/14/a-kind-of-coup/?printpage=true)>. Acesso em: 12/09/17.

FIX-FIERRO, Héctor. SALAZAR-UGARTE, Pedro. **Presidentialism.** In: ROSENFELD, Michel. SAJÓ, Andrés. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Impeachment: O que é, como se processa e por que se faz.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 302p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Juspodium, 2017. 9ª Edição. 1719p.

HOCHSTETLER, Kathryn. **Rethinking presidentialism: challenges and presidential falls in South America.** In: Comparative Politics, Vol. 38, No. 4 (Jul., 2006), pp. 401-418.

LAMOUNIER, Bolívar. **Antecedentes, riscos e possibilidades do governo Collor.** In:

LINZ, Juan. **The Perils of Presidentialism.** In: Journal of Democracy, vol. 1, nº 1, 1990. 51-69p.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. **Presidential Impeachment and the new political instability in Latin America.** Pittsburgh: Cambridge University Press, 2006. 241p.

SALLUM Jr., Basílio; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. **O impeachment do presidente Collor: a literatura e o processo.** Lua Nova[online]. São Paulo, n. 82, 2011. p.163-200.

SALLUM Jr., Basílio. **O Impeachment de Fernando Collor – Sociologia de uma Crise.** São Paulo: Editora 34, 2015. 424p.

WEYLAND, K. **The Rise and fall of president Collor and its impact on Brazilian Democracy.** In: Journal of Interamerican Studies and World Affairs, vol. 35, nº1, 1993. 1-37p.

# CAPÍTULO 3

## A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

*Kamila Maria Strapasson*

**RESUMO:** O presente artigo busca sugerir parâmetros para guiar a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde, através da concessão de medicamentos e tratamentos. Para tal, traz esclarecimentos sobre o regime constitucional do direito à saúde e, em seguida, a partir de uma crítica aos principais empecilhos apontados pela doutrina, afirma a legitimidade da atuação do Judiciário, quando chamado, na efetivação desse direito fundamental. Por fim, sugere parâmetros para a atuação do Judiciário quando estiver diante de casos que confrontam a necessidade de efetivação do direito à saúde com a escassez de recursos públicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à saúde. Judicialização da política. Escassez de recursos. Parâmetros para a atuação do Poder Judiciário.

### 1. INTRODUÇÃO

Lassale (1995, 49-67) afirma a existência de uma Constituição real e efetiva, formada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e de uma Constituição escrita, a qual denomina de folha de papel. Para o autor, todos os países possuíram sempre uma Constituição real e verdadeira, e a diferença dos países modernos estaria em possuírem uma Constituição escrita na folha de papel, que estabelece documentalmente todas as instituições e princípios do governo. Segundo ele, uma Constituição escrita seria boa e duradoura quando correspondesse a Constituição real e tivesse suas raízes nos fatores reais do poder que regem o país. O autor conclui afirmando que as constituições escritas não têm valor nem são duráveis se não exprimirem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.

No Brasil, o art. 5º, §1º da Constituição de 1988 prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, na prática, permanecem grandes lacunas entre a previsão constitucional e a realidade social, sendo a realidade a baixa efetividade, principalmente, dos denominados direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, os quais exigem grandes dispêndios financeiros por parte do Estado.

Nessa linha, nos casos em que a omissão dos poderes eleitos leve a existência de um grande abismo entre a previsão constitucional de garantia dos direitos

fundamentais sociais e a realidade social, fazendo a Constituição ser vista como uma mera folha de papel nas palavras de Lassale, é legítima a atuação do Judiciário quando chamado na concretização desses direitos fundamentais.

Destaca-se nesse cenário, a atuação do Judiciário na efetivação do direito fundamental social à saúde. Nesses casos, o juiz tem que decidir entre a vinculação de parcela do orçamento público para a garantia da vida e saúde de uns ou a vinculação destes mesmos recursos para garantia de outros direitos da mesma natureza da coletividade como um todo (BARROSO 2008, 4), priorizando certas situações de necessidade em detrimento de outras. Isso porque, as prestações estatais positivas na área de saúde demandam um grande dispêndio de recursos públicos, de forma que nem todos os interesses poderão ser elevados à condição de direitos exigíveis (Gouvêa 2003, 23).

Ademais, o direito à saúde não pode ser concebido como um poder a ser exercido de forma ilimitada, irrestrita e irracional pelo indivíduo contra o Estado e em desconsideração da comunidade (Lima 2006, 116). Quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, é necessário que se visualize também a demanda social e universal existente, isto porque, atendendo-se somente aqueles que buscam ao Poder Judiciário, pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público (Leal 2008, 53).

Portanto, a intervenção do Judiciário visa realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. Contudo, o sistema apresenta problemas devido à falta de critérios e a voluntarismos diversos. Proliferam-se decisões emocionais, que condenam a Administração ao pagamento de tratamentos inacessíveis, destituídos de essencialidade e ao fornecimento de medicamentos de eficácia duvidosa, levando a imprevisibilidade da prestação jurisdicional e colocando em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, pela alocação irracional dos recursos. Dessa forma, é necessário a elaboração de critérios que justifiquem a atuação judicial no campo das prestações de saúde, pois o Judiciário não pode deixar de tutelar direitos fundamentais, mas também não deve a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros (Barroso 2008, 3-4).

Diante do exposto, o presente artigo visa, em um cenário de necessidade de concretização do direito fundamental à saúde e de escassez de recursos, estabelecer parâmetros para a atuação do Judiciário na efetivação desse direito fundamental.

## **2. O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição de 1988 estabeleceu em seu artigo 196 a assistência à saúde como um direito fundamental de todos os cidadãos e um dever do Estado.

Ainda, a Constituição reconheceu em seu art. 6º a saúde como direito social e a inscreveu no rol de um conjunto de ações de iniciativa da sociedade e dos poderes públicos que visam assegurar a nova ordem social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça social (Baptista, Machado e Lima 2009, 830). Assim sendo, o direito a saúde é um direito fundamental, visto que não é algo secundário ou supérfluo, mas sim uma necessidade vital, pressuposto essencial da dignidade humana (Barcellos 2010, 825).

Cabe aqui ressaltar brevemente algumas das características dos direitos fundamentais. Esses direitos são vistos pela doutrina como imprescritíveis, inalienáveis, indisponíveis e indivisíveis. Ainda, não são absolutos, pois podem ser relativizados quando entram em conflito entre si, sofrendo limitações. Todavia, nesse aspecto, os direitos fundamentais não podem ser limitados além do estritamente necessário e sua restrição só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais, devendo ser respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (Cavalcante Filho 2010, 6-12).

Ademais, a saúde é um direito fundamental social, sobressaindo-se seu caráter prestacional, com a exigência de uma conduta positiva do Estado, consistente em uma prestação de natureza fática, encontrando-se diretamente vinculada as tarefas de melhoria e redistribuição de recursos existentes. Ainda, é um direito imediatamente aplicável à luz do art. 5, parágrafo 1º da Constituição de 1988, ou seja, independentemente de sua forma de positivação e por menor que seja sua densidade normativa ao nível constitucional, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, visto que inexistente norma constitucional destituída de aplicabilidade. Contudo, o quanto de eficácia que cada direito fundamental prestacional irá desencadear depende de sua forma de positivação no texto constitucional e de suas peculiaridades, destacando-se o problema da dependência da concretização legislativa de tais direitos, os quais dependem das circunstâncias de natureza socioeconômica para serem efetivados e, por isso, tendem a ser positivados de forma vaga e aberta (Sarlet 2011, 280-290).

Assim, a Constituição de 1988 trouxe aos direitos fundamentais sociais um caráter normativo e sua aplicabilidade imediata, afirmando a concretização do comando do art. 196 da Constituição Federal, em sua dimensão positiva, como reconhecimento do direito à saúde como direito a prestações materiais (LIMA 2006, 123). Dessa forma, assumiu-se na nova ordem constitucional o dever do Estado de garantir a saúde, através da formulação de políticas econômicas e sociais, realizando serviços de proteção, prevenção e recuperação (Santos e Andrade 2009, 783). De modo que, se essas políticas não forem desenvolvidas incorrerá o Poder Público em omissão (Pandolfo, Delduque e Amaral 2012, 343).

Quanto ao conteúdo do direito fundamental a saúde, a Constituição de 1988 alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, que com-

preende uma noção curativa, preventiva e promocional na tutela de tal direito. Nesse aspecto, o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, deveres de cunho organizatório e procedimental, bem como fundamenta as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais, tendo a jurisprudência pátria afirmado a exigibilidade judicial de posições subjetivas ligadas à tutela do mínimo existencial nesse âmbito (Sarlet e Figueiredo 2008, 8-9).

Diante do exposto, conclui-se que uma repercussão prática importante da saúde ter adquirido o status de direito fundamental foi a responsabilização direta do Estado brasileiro pelo atendimento das necessidades de saúde da população. Assim, o cidadão passa a ser sujeito de direitos subjetivos, o que abre a possibilidade de tutela judicial individual e coletiva do direito à assistência à saúde (Sant'ana et all. 2011, 140).

Nesse sentido, mesmo sendo desejável priorizar uma tutela processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde, não lhe pode ser negada a condição de direito de titularidade individual, visto que está ligado tanto a questões de saúde pública e coletiva como de cunho individual, com a proteção individual da vida, da integridade física e da dignidade da pessoa humana individualmente considerada (Sarlet e Figueiredo 2008, 9-10).

Contudo, como destaca Henriques (2010, 828-829), é inviável o fornecimento indiscriminado pelo Estado de qualquer prestação de saúde a universalidade de seus cidadãos, tendo em vista a escassez de recursos e a importância de outros interesses sociais. Segundo a autora, a própria Constituição regula o direito a saúde, delimitando sua implementação positiva, estabelecendo critérios, depois detalhados por normas infraconstitucionais, que devem ser observados pelos tribunais quando estão diante de casos que envolvam a concessão de serviços de saúde e medicamentos.

Diante desse quadro, demonstrada a importância do direito à saúde na nova ordem constitucional, passa-se a analisar o fenômeno da judicialização da política e as principais críticas à atuação do Judiciário na concretização desse direito.

### 3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O Brasil, como outros países do mundo, tem passado, nas últimas décadas, pela experiência de transferência de parte do poder político para o Judiciário. Em outras palavras, com a adoção de uma Constituição democrática, que traz aos direitos fundamentais a proteção contra as maiorias parlamentares, surge novo modo de interpretar e aplicar o direito, implicando no caso do brasileiro em uma preponderância do Poder Judiciário nas decisões políticas do Estado, provocando uma redefinição dos papéis e limites dos demais poderes. Tal fenô-

meno é denominado como judicialização da política e significa a transferência das decisões do plano parlamentar ou executivo e de grande importância para a sociedade para os tribunais (Barboza e Kozicki 2012, 59-60).

Pode-se sustentar que a própria ideia de constitucionalismo e de previsão de questões políticas na Constituição, bem como a distância entre representantes e representados na esfera política permitiram que o Judiciário enfrente questões políticas como constitucionais (Barboza e Kozicki 2012, 61-62). Nesse aspecto, alguns fatores possibilitam reconhecer o reforço do papel do Poder Judiciário em tornar os direitos efetivos, entre eles destacam-se a ampliação da possibilidade de controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário por meio da via concentrada e difusa; e a ampliação dos mecanismos de acesso à justiça (Asensi 2010, 40-42).

Ademais, as normas constitucionais abertas e abstratas modificaram o paradigma positivista, trazendo o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais, em uma aproximação com o sistema do *common law*. Nesse sentido, o Judiciário passou a dar significado a esses direitos, de acordo com o contexto social, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais e políticas públicas, levando o Judiciário a ser utilizado como arena política, em que as minorias têm a possibilidade de ter protegidos seus direitos. Além disso, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário ativo é apoiado pelos detentores do poder, já que quando os políticos eleitos não conseguem implementar sua agenda política, acabam por favorecer um ativo controle de constitucionalidade por um Judiciário simpático (Barboza e Kozicki 2012, 63-66).

Na área da política de saúde, a judicialização envolve a garantia de acesso à bens e serviços por meio de ações judiciais. Contudo, com o aumento dessas ações surgem diversas questões a serem resolvidas tanto em relação à previsão orçamentária dos gastos por elas acarretados como em relação às desigualdades por elas provocadas, tendo em vista que muitas ordens judiciais acabam ferindo o conceito de igualdade de condições nos serviços de saúde, por garantir a poucos indivíduos certos serviços que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), beneficiando-os e rompendo com a equidade, princípio básico do SUS (Chieffi e Barata 2009, 1839-1840).

Nesse cenário, na efetivação do direito à saúde pública é necessário que se visualize a demanda social e universal existente e não somente a situação submetida à avaliação jurisdicional. Isso porque, atendendo-se apenas aqueles que procuram ao poder público corre-se o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento daqueles que ainda não procuraram o socorro público, por exemplo, por falta de recursos para fazê-lo (Leal 2008, 53).

Barcellos (2010, 825-826) salienta ainda como dificuldade da exigibilidade em juízo do direito à saúde, o fato de o mesmo envolver questões de cunho

psicológico por parte do magistrado, que deve tomar uma decisão crucial a vida do jurisdicionado, sem perder de vista “a unidade do Direito, uma visão global do Estado e da sociedade e a escassez de recursos para fazer frente a necessidades ilimitadas”.

Diante desse quadro, como o direito a prestações de saúde envolve princípios e direitos fundamentais, cláusulas gerais que comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e que podem entrar em rota de colisão entre si, a extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza deve ter como cenário as hipóteses de omissão dos poderes públicos, de ação que contravenha a Constituição ou de não atendimento do mínimo existencial. Fora destas hipóteses a atividade judicial deve ser moderada e deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas. Portanto, caberá ao Judiciário agir para concretização do direito a prestações de saúde quando não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, ou quando, havendo lei e atos administrativos, esses não são devidamente cumpridos (Barroso 2008, 21-22).

Assim sendo, fica claro que a normatividade e a efetividade das normas constitucionais propiciaram uma virada jurisprudencial, permitindo ao Judiciário intervir em situações envolvendo o direito à saúde (Barroso 2008, 22). Contudo, tal intervenção sofre objeções diversas.

Primeiramente, destaca-se que o Judiciário tem sofrido críticas no sentido de que não é competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo e não ter legitimidade democrática para isso (Barboza e Kozicki 2012, 64). A atuação do judiciário usurparia competências dos demais poderes, devendo o mesmo apenas aplicar as normas legais que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser efetivados pelo Estado, não cabendo a ele a execução de políticas públicas (Souza Neto 2010, 520).

Contudo, essa objeção não leva em conta a separação de poderes adotada no Brasil, em que não há uma atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional. Isso porque, no Brasil, adota-se o modelo de sistema de freios e contrapesos, com implicações e limitações entre os poderes e com a possibilidade de um poder exercer uma função que tipicamente pertenceria a outro. Dessa forma, não é possível apenas pela referência à separação de poderes deslegitimar a garantia do direito à saúde pelo Judiciário, podendo apenas se discutir a colocação de limites a sua interferência (Souza Neto, 2010, 520-521).

Quanto ao argumento de que a atuação do Judiciário na concretização de direitos sociais é antidemocrática por ser conduzida por agentes que não receberam o voto popular, ele não leva em conta que o Judiciário pode exercer um importante papel na garantia das condições para que a deliberação política ocorra de forma adequada. Isto é, ao garantir os direitos sociais o judiciário capacita o cidadão para participação pública efetiva. Ademais, a aplicação



pelo Judiciário dos direitos sociais não significa de forma absoluta permitir que ele execute um projeto ideológico particular. Isso porque, os direitos sociais conformam a estrutura do regime democrático e por isso se inserem na esfera de imparcialidade política. Esses direitos são condições de possibilidade da democracia; a garantia dos direitos sociais traz aos cidadãos a capacidade de exercer influência sobre os destinos da sociedade (Souza Neto 2010, 523-524).

Uma segunda crítica à judicialização da saúde é a chamada teoria da reserva do possível. Essa teoria perpassa a decisão da Corte alemã que analisou a demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina devido à política de limitação do número de vagas em cursos superiores. Os estudantes basearam-se no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. O Tribunal Constitucional entendeu que o direito ao aumento do número de vagas na universidade encontra-se sujeito à reserva do possível, ou seja, a aquilo que o indivíduo pode esperar de forma razoável da sociedade (Mânica 2011, 13).

Assim sendo, conforme afirma Mânica (2011, 13): “A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação”.

No Brasil, a teoria foi distorcida, sendo entendida como uma teoria da reserva do financeiramente possível, que se considera como limite à efetivação de direitos fundamentais sociais a suficiência de recursos e a previsão orçamentária. Contudo, atualmente, os tribunais brasileiros têm utilizado a teoria para afastar a intervenção do Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas quando há a comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes bem como tem entendido como descabida a alegação de impossibilidade jurídica, pela ausência de previsão orçamentária, para a efetivação de direitos sociais fundamentais. Assim sendo, na aplicação da teoria da reserva do possível deve se considerar que o custo de um direito fundamental deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens, mas não pode servir como barreira intransponível para sua efetivação (Mânica, 2011, 13-18).

Outra crítica frequente é que a atuação judiciária na concretização do direito à saúde, desorganiza a administração pública. Isso porque, os administradores acabariam se dedicando ao atendimento de demandas individuais decorrentes do judiciário, sacrificando prioridades. Um exemplo é quando a decisão judicial determina a internação de paciente em UTI de hospital público o que leva às vezes ao administrador retirar pacientes que ali se encontravam em estado mais grave. Dessa forma, no setor de saúde, decisões judiciais que não consideram problemas de organização administrativa podem gerar consequências contrárias aos próprios valores que objetivavam promover. Assim,

é necessário aprofundar o diálogo institucional, devendo os juízes considerar as implicações práticas de suas decisões para o andamento regular da gestão pública (Souza Neto, 2010, 528-529).

Uma última crítica que deve ser ressaltada é a de que, na realidade, quem tem o efetivo acesso à justiça é predominantemente a classe média, de forma que as decisões que beneficiam cidadãos da classe média reduziriam a capacidade de prover os mesmos serviços para os cidadãos mais pobres, tendo em vista a limitação dos recursos. Contudo, esse argumento da desigualdade de acesso à justiça é uma falácia, pois usa a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, aos pobres e a classe média. Nesse sentido, a solução é aumentar o acesso à justiça dos pobres, melhorar a Defensoria Pública e o Ministério Público. A crítica é significativa para salientar a importância de serem priorizadas as ações coletivas, que levam a decisões aplicáveis a todos que se encontram nas mesmas condições, bem como para justificar o critério da hipossuficiência, garantindo a entrega de bens apenas para os que não podem provê-los com os próprios recursos (Souza Neto, 2010, 533-534).

Debatidas as principais críticas à judicialização da saúde, passa-se a análise de parâmetros para essa atuação.

#### **4. PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Inicialmente, para compreensão do controle judicial do direito à saúde, é necessário diferenciar se o objeto da demanda refere-se a um direito subjetivo do reclamante ou se está ligado a uma política pública. De um lado, o controle judicial de políticas públicas ocorrerá quando estiver em causa um programa de ação estatal, elaborado para a realização de uma finalidade constitucional ou infraconstitucional. Nesse aspecto, questiona-se as ações adotadas pelo poder público em decorrência da dimensão objetiva do direito fundamental. O controle de políticas públicas parte da discussão de se determinado programa de ação está alinhado às finalidades constitucionais, bem como se seu planejamento e mecanismos mostram-se aptos à realização dos fins almejados. Assim, a ação judicial poderá levar à exigência de formulação, rejeição ou reprogramação da política pública (Pivetta 2013, 200-202).

De outro lado, estão os casos em que o cidadão pleiteia ao Poder Judiciário determinada demanda relacionada ao direito à saúde. Nessas situações, pode ser que exista uma política pública em curso para a satisfação daquele direito, e mesmo assim, o cidadão não ter sua demanda atendida por aquela política. Nesse caso, a proteção da esfera jurídica subjetiva do indivíduo viria da relação de débito e crédito entre aquele que requer a prestação material do direito fundamental e o Estado que deve a garantir. Portanto, em uma demanda judicial em que o

indivíduo requer um tratamento não fornecido pelo SUS, esse questionará se a prestação integra seu patrimônio jurídico, considerando a ordem jurídica e as peculiaridades do caso, sendo reconhecido ou não o dever do Estado de entregar ao cidadão a prestação (Pivetta 2013, 201-202).

Ainda, as possibilidades de intervenção do Judiciário, quando se tratar de violação de direito subjetivo, dependerão se a lesão ao direito decorre de ação ou omissão do Estado. Nesse aspecto, quando ocorrer uma intervenção ativa do Estado, seja para proteger ou promover o direito, é possível que a medida utilizada acabe por invadir de forma ilegítima uma esfera de autonomia reconhecida ao cidadão. Isso porque, além dos deveres de proteção e promoção, o direito à saúde impõe também ao poder público deveres de respeito, que exigem posturas de abstenção por parte da administração pública. Nesses casos, o magistrado deve verificar se a medida utilizada pelo Estado restringiu de forma indevida a esfera de liberdade do indivíduo. Para resolução desses conflitos mostra-se adequada a técnica da ponderação, com a aplicação do princípio da proporcionalidade (Pivetta 2013, 209-210).

O quadro é distinto quando se trata de uma conduta omissiva do poder público, isto é, quando esse deveria ter agido e não agiu. Nessa situação, o problema é delimitar se a tutela pleiteada seria ou não exigível do Estado. Nesse caso, inicialmente deve-se analisar se existe política pública específica quanto à tutela pedida, existindo a política, o pedido deve ser deferido, tendo em vista que a administração pública se encontra vinculada aos programas que formula. Contudo, a situação é diferente quando se está diante de prestação não abarcada por política pública. Nesse caso, quando o conteúdo da prestação pleiteada não se encontra delimitado normativamente pela Constituição ou pela lei, a reserva do possível será relevante para a decisão judicial. São situações em que a prestação material reclamada não pode ser considerada, de imediato, um direito subjetivo, de forma que a decisão judicial levaria ao remanejamento de recursos financeiros pelo Estado. Nesse aspecto, caberá ao magistrado garantir que a distribuição de recursos realizada pelos governantes não permaneça incompatível com a Constituição (Pivetta 2013, 212, 219-221).

Nesse aspecto, a doutrina desenvolveu parâmetros para definir o alcance da intervenção judicial legítima, os quais serão analisados a seguir.

Um marco em relação à definição de tais parâmetros é a audiência pública, convocada em 2009, pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Ferreira Mendes, para fornecer subsídios que viabilizassem ao Judiciário definir em que medida o direito à saúde é um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, que pode ser garantido judicialmente. O posicionamento definido pelo STF, a partir da audiência pública, buscava trazer critérios mais bem definidos que orientariam as decisões do Judiciário (Pivetta 2013, 222-223).

Levando em conta os dados obtidos nesta Audiência Pública, Gilmar Mendes lavrou voto, no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, julgado em 17/03/2010. Em seu voto, o ministro traz possíveis critérios para orientar os magistrados na solução de casos envolvendo o direito à saúde. Nesse aspecto, segundo ele, o primeiro dado a ser considerado é a existência ou não de política pública que envolva a prestação pleiteada. No caso de existir a política pública, seria evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública, já que ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando políticas públicas, mas somente determinando seu cumprimento. Já nos casos em que prestação de saúde requerida não estiver entre as políticas do SUS, o ministro subdivide as demandas de acordo com a causa da não prestação da tutela pleiteada, destacando-se duas causas: 1) uma decisão administrativa motivada ou 2) uma vedação legal. Ainda, quanto a existência de motivação para o não fornecimento de determinada prestação de saúde pelo SUS, poderiam, segundo o ministro, ocorrer duas situações: a) a negativa porque o SUS fornece tratamento alternativo; b) a negativa porque o SUS não tem nenhum tratamento específico para a doença.

No caso de o SUS fornecer tratamento alternativo, segundo o ministro, deve-se concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Isso porque, obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer prestação de saúde existente lesaria a ordem administrativa e comprometeria o SUS. Contudo, essa conclusão não afasta a possibilidade do judiciário, ou da administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a certa pessoa que comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Outra situação é a de inexistência de tratamento no SUS, caso em que é necessário diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados no Brasil. Quanto aos tratamentos experimentais, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los, porque nunca foram aprovados. Quanto aos novos tratamentos, ou seja, aqueles, ainda não incorporados pelo SUS, deve-se ter em mente que a aprovação de novos tratamentos pelo SUS pode ser lenta e acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamentos já prestados pela iniciativa privada. Nesses casos, caso a omissão administrativa seja objeto de impugnação judicial, poderá ser concedida a tutela judicial, contudo, será necessário que haja ampla produção de provas.

Há também situações em que existe vedação legal ao fornecimento da prestação, como a hipótese descrita pelo art. 12 da Lei nº 6.360/1976, que trata

sobre os procedimentos de vigilância sanitária a que se sujeitam medicamentos farmacêuticos. Nesse aspecto, os produtos que não tenham sido devidamente registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não podem ser fornecidos à população pela administração pública, tendo em vista que não foram verificadas sua eficácia e segurança. Contudo, é possível que, em razão da demora na tramitação do pedido de registro, alguém seja privado do tratamento, podendo, em casos excepcionais, ser relativizada a vedação, concedendo-se a prestação ainda que o medicamento não tenha obtido registro, devendo haver instrução probatória demonstrando sua adequação à situação do paciente e a inexistência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS ou registrado pela ANVISA (Pivetta 2013, 227-228).

Cabe destacar que o STF, principalmente por meio de decisões da presidência, vem flexibilizando tais parâmetros, com a compreensão de que o registro na ANVISA não é uma condição que impeça o deferimento do medicamento, e que, tratamentos de alto custo não fornecidos no SUS, independentemente de sua eficácia, podem ser deferidos. O STF tem entendido que, embora os protocolos e diretrizes do SUS tragam segurança à saúde pública, a ausência de um medicamento neles não é empecilho para o deferimento de um pedido, pois os protocolos não são facilmente atualizados, tornando-se obsoletos diante do avanço da medicina (Magalhães e Ferreira 2017).

Atualmente, estão em discussão no STF sob o regime da Repercussão Geral o RE nº 657.718/MG e o RE nº 566.471/RN, os quais tratam dos casos de medicamentos não registrados na ANVISA e sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos de alto custo.

Em continuidade a análise de possíveis parâmetros para nortear a atuação do Judiciário em relação às demandas envolvendo o direito à saúde, passa-se a análise do posicionamento de alguns doutrinadores.

Quanto ao fornecimento de medicamentos, Barroso (2008, 28-29) busca explicitar alguns parâmetros para uniformizar a atuação judicial, dividindo as demandas em individuais e coletivas. Segundo o autor, em relação às demandas individuais a atuação do Judiciário deve ser no sentido de conceder os medicamentos constantes nas listas elaboradas pelos entes federativos. O parâmetro busca assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia, independentemente do acesso do indivíduo ao judiciário, visto que o legislativo e executivo, ao elaborarem as listas avaliaram as necessidades prioritárias, os recursos disponíveis e os aspectos médicos envolvidos no emprego dos medicamentos.

Em relação às ações coletivas que buscam a tutela de medicamentos, Barroso (2008, 31-33) afirma que a alteração das listas de medicamentos pode ser objeto de discussão no âmbito dessas ações. O argumento considera que embora não seja papel do Judiciário refazer as escolhas dos demais poderes, cabe

a ele coibir abusos. Dessa forma, o Judiciário poderá rever a lista elaborada pelo ente federativo para, em caso de verificar grave desvio na avaliação dos poderes, determinar a inclusão de determinado medicamento. O autor propõe que essa revisão seja feita no âmbito de ações coletivas, para que a decisão produza efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator, ou por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se discuta a validade das decisões orçamentárias.

Barroso (2008, 33-35) ainda aduz que nas demandas em que se venha a discutir a alteração das listas, é possível cogitar ainda outros parâmetros complementares: a) o Judiciário só pode determinar a inclusão na lista de medicamentos de eficácia comprovada, e não de medicamentos experimentais e alternativos; b) a inclusão de um novo medicamento ou tratamento médico nas listas deve privilegiar medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS; c) caberá ao Judiciário optar pelo medicamento genérico, com menor custo; d) deverá o Judiciário considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Já Souza Neto (2010, 534-535) traça parâmetros materiais e processuais para efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário, os quais devem ser levados em conta nos casos em que os direitos sociais são previstos apenas genericamente na Constituição, visto que se a norma está positivada como regra específica cabe ao Judiciário aplicá-la. Alguns desses parâmetros serão aqui destacados. Quanto aos parâmetros materiais, em primeiro lugar, Souza Neto afirma que a legitimidade da atuação judicial estaria circunscrita, em regra, à esfera de fundamentalidade material, pois seria impossível atribuir ao Judiciário a possibilidade de concretizar os direitos sociais em toda sua amplitude. Para ele, na concretização dos direitos, cabe ao Poder Judiciário: “se circunscrever à garantia das “condições necessárias” para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)” (Souza Neto 2010, 535).

Para Souza Neto (2010, 539-540) um segundo parâmetro seria o de a legitimidade da atuação judiciária estar, em regra, restrita aos hipossuficientes. Nesse aspecto, o autor afirma que se os recursos são escassos deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres, de forma que se o indivíduo pode arcar com os custos da prestação com seus próprios recursos, não pode ele exigí-la do Estado. Tal hipossuficiência deve ser verificada no caso concreto, tendo em vista que há casos que embora o indivíduo não seja pobre, ele não é capaz de arcar com as prestações sociais sem tornar inviável o atendimento de outras necessidades básicas. Esse seria o caso, por exemplo, dos procedimentos médicos complexos, que envolvem altos gastos. O autor

afirma que nada impede que o legislador conceda de maneira universalizada a prestação não apenas para os hipossuficientes, mas destaca que o que não é possível é a extensão a todos, independente de renda, da exigibilidade judicial das prestações sociais.

O terceiro parâmetro para Souza Neto (2010, 541) seria o de que: “Os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas”. Outro parâmetro para o autor é a necessidade de se dar prioridade para a opção técnica da administração em detrimento da proposta pelo demandante. Nesse aspecto, se o Estado oferece determinado procedimento médico para tratamento de certa doença, não há como o Judiciário, em regra, determinar que arque com os custos de outro procedimento. Nessa situação a solução técnica da administração deve ter sido apresentada previamente ao ajuizamento da ação, como política pública já institucionalizada (Souza Neto, 2010, 541-542).

Souza Neto (2010, 542) também destaca como parâmetro a necessidade de se dar prioridade para solução mais econômica dentre as eficazes. Nesse caso, por exemplo, se o demandante solicita determinado medicamento, mas há medicamento genérico, caberá ao judiciário optar pelo medicamento genérico. A escassez de recursos cria essa obrigação ao judiciário para que a medida possa ser universalizada.

O autor delimita ainda parâmetros processuais, afirmando a necessidade de priorizar as ações coletivas. Isso porque, as decisões proferidas em ações coletivas garantem a universalização da prestação, atendendo a todos aqueles que se encontram nas mesmas condições dos envolvidos no processo. Além disso, tais decisões desorganizam menos a administração pública, evitam que apenas cidadãos que possuem acesso qualificado a justiça sejam efetivamente destinatários de prestações sociais e permitem analisar de forma mais precisa o impacto da política no orçamento (Souza Neto, 2010, 543-544).

Outro parâmetro processual para Souza Neto (2010, 545-546) seria a atribuição do ônus da prova de que não tem recursos à administração. Dessa forma, o argumento da reserva do possível não seria admissível quando formulado abstratamente. Todavia, caso a administração prove que não possui recursos para universalizar a prestação caberá ao magistrado decidir pelo não provimento. O autor destaca também como parâmetro processual a necessidade ampliação do diálogo institucional. Isso porque, decisões que não observam suas consequências práticas podem acabar por produzir efeitos contrários aos valores que lhes guiam. Para evitar esses erros, caberia ao Judiciário manter diálogo com as instâncias de execução das políticas sociais.

De outro lado, Barcellos (2010, 808-809), ao discorrer sobre o tema, traz a ideia do mínimo existencial. Segundo a autora, ao procurar uma resposta

adequada para a questão dos efeitos dos comandos constitucionais, muitas vezes, não é possível precisar em toda a extensão o efeito do enunciado, mas apenas um conteúdo mínimo, sobre o qual há consenso de que o princípio foi violado. Em outras palavras, para autora, é possível distinguir um núcleo de condutas exigíveis e, para além desse núcleo, o enunciado constitucional pode ser desenvolvido em função das opções do legislativo e executivo em cada momento.

Segundo Barcellos (2010, 809) além do núcleo de prestações mínimas o poder público pode optar por atender outras necessidades de saúde. Todavia, a diferença do mínimo estaria que em relação a ele o Judiciário poderia determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da administração e do legislativo, independentemente de intervenção legislativa. Nesse aspecto, o Judiciário não deverá determinar o fornecimento de prestações de saúde fora do conjunto do mínimo, a não ser quando as opções políticas dos poderes constituídos para além do mínimo hajam sido juridicizadas e tomem a forma de lei, cabendo ao Judiciário então dar execução a lei.

Barcellos (2010, 809-811, 819) questiona então o que seria o mínimo existencial em matéria de saúde e conclui pela inclusão no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou provavelmente vão necessitar. Seria o caso, por exemplo, do atendimento no parto, do atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, bem como o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade. Este posicionamento da autora busca assegurar que todos tenham direito a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde, podendo exigí-lo caso ele não seja prestado pelo poder público. Ademais, assevera a autora que a ideia do argumento da reserva do possível não pode ser suscitada contra a exigibilidade do mínimo existencial, pois seu conteúdo engloba as prioridades constitucionalmente definidas para ação estatal.

Barcellos (2010, 818-821) destaca ainda que deve haver a possibilidade da tutela coletiva. Comparando as ações individuais com as coletivas e abstratas, a autora demonstra que a demanda individual tem de lidar com o argumento da reserva do possível, havendo pouco que o magistrado possa fazer para analisar a questão de forma consistente, enquanto, no plano coletivo e abstrato, a questão da reserva do possível é minimizada, já que neles se exigirá um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, sendo mais provável esse exame já que os legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.) terão melhores condições de trazer esses elementos aos autos, sendo possível se ter uma ideia mais realista da quantidade de recursos e da dimensão da necessidade. Ademais, nessas demandas, a alocação orçamentária dos recursos às finalidades constitucionais torna-se mais simples, bem como suas decisões



são mais gerais, atingindo a sociedade como todo e produzindo maior igualdade no atendimento da população.

Já Henriques (2010, 830-831), ao tratar da matéria, destaca que a universalidade de acesso aos serviços públicos de saúde não obriga sua oferta gratuita, senão aqueles comprovadamente carentes, ou seja, o Estado não está obrigado, ao menos por força constitucional, a oferecer gratuitamente serviços de saúde para aqueles que possuem condições financeiras de provê-los. Para a autora, se o legislador ordinário optou por estender a gratuidade a qualquer indivíduo, independentemente da necessidade financeira, ela abrangerá somente as prestações concedidas pela lei e explicitadas por normas infralegais, regularmente ofertadas pelo SUS. Dessa forma, em relação a prestação de saúde não definida em lei como de fornecimento estatal obrigatório, cabe ao magistrado exigir a comprovação do demandante de que não possui recursos para arcar com a prestação pleiteada sem que isso coloque em risco a sua própria sobrevivência e o sustento de sua família.

Ainda segundo Henriques (2010, 832-833) um segundo critério para concessão das prestações de saúde, seria o da igualdade. Segundo ela se todos os usuários do sistema público de saúde devem receber os mesmos cuidados e serviços, é vedado o deferimento judicial de medida individual que não possa ser estendida a todos que se encontrem na mesma condição. De acordo com a autora, se a igualdade de acesso fosse levada a sério, demandas individuais buscando medicamentos importados ou tratamentos no exterior muito caros dificilmente teriam sucesso. Tampouco pleitos que impliquem prejuízo imediato a direito alheio, como pedidos de internação e realização de cirurgias sem a análise da disponibilidade de vagas, poderiam ser providos.

Henriques (2010, 835-838) aduz ainda que a afirmação de nosso ordenamento de uma assistência integral à saúde não é sinônimo de uma assistência irrestrita ou ilimitada. Segundo a autora é impossível pretender que o Estado custeie tratamentos experimentais, já que sua eficácia ainda não foi cientificamente comprovada, apesar de inúmeros julgados concederem esses tratamentos. Ainda, não pode se considerar como inserido no âmbito de assistência integral à saúde o fornecimento de medicamento não aprovado pela vigilância sanitária brasileira, tendo em vista que sequer existe certeza sobre sua eficácia, benefícios e efeitos colaterais. Quanto às novas tecnologias, a autora assevera que caberá ao administrador avaliar se os benefícios proporcionados pela incorporação da nova tecnologia ao sistema público de saúde são suficientes para compensar os gastos, cabendo ao juiz controlar a decisão administrativa, declarando sua invalidade apenas quando se provar desarrazoada.

Portanto, levando em conta os posicionamentos apontados, é possível sugerir alguns parâmetros a serem levados em conta pelo Judiciário na concessão dos medicamentos e tratamentos de saúde. A sistematização de tais parâmetros será realizada a seguir, em sede de conclusão do presente trabalho.

## 5. CONCLUSÃO

Como afirma Barcellos (2010, 803-805), em um contexto de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões envolvendo o direito à saúde é um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. Para a autora, é agradável afirmar que o direito a saúde é protegido constitucionalmente e, dessa forma, deve ser assegurado pelo Judiciário, contudo, quando se tenta mapear o alcance de tal afirmação problemas complexos surgem.

Nesse contexto, tendo em vista a escassez de recursos, bem como a necessidade de se evitar voluntarismos, fica clara a necessidade de delimitação de parâmetros para a atuação do Judiciário na concessão de medicamentos e tratamentos de saúde.

Levando em conta os posicionamentos apontados neste trabalho destacam-se algumas orientações para análise dos casos envolvendo o direito à saúde: (i) no caso de existir política pública envolvendo a prestação requerida, caberá ao judiciário determinar seu cumprimento; (ii) no caso de o SUS fornecer tratamento alternativo, deve-se, como regra geral, ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção requerida na demanda; (iii) quanto aos tratamentos experimentais o Estado não pode ser condenado a fornecê-los; já quanto aos novos tratamentos, ainda não incorporados pelo SUS, dependendo do caso poderá ser concedida a tutela judicial; (iv) os produtos que não tenham sido devidamente registrados na ANVISA, não podem, em regra, ser fornecidos à população; (v) a legitimidade da atuação judiciária está restrita aos hipossuficientes, havendo a necessidade de se priorizar a solução mais econômica dentre as eficazes; (vi) em regra é vedado o deferimento judicial de medida individual que não possa ser estendida a todos que se encontrem na mesma condição; (vii) em relação ao mínimo existencial o Judiciário pode determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da administração e do legislativo; (viii) há a necessidade de atribuição do ônus da prova da inexistência de recursos à administração, não admitindo que o argumento da reserva do possível seja formulado abstratamente; (ix) cabe ao judiciário manter diálogo com o executivo, com as instâncias de execução das políticas sociais; (x) há a necessidade de priorização de demandas de cunho coletivo ou abstrato, as quais garantem a universalização da prestação, desorganizam menos a administração pública e possibilitam analisar de forma mais precisa o impacto orçamentário.

Portanto, sem pretender esgotar a matéria, os parâmetros sugeridos buscam trazer maior racionalidade para as decisões judiciais e auxiliar nos casos

difíceis, tendo em vista a escassez de recursos. Afinal, como destaca Souza Neto (2010, 546): “A racionalização da atividade judiciária é exigida para que o Judiciário continue atuando no sentido do progresso social, mas sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária (...)”.

## REFERÊNCIAS

- Asensi, Felipe Dutra. 2010. “Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde”. *Physis*, Rio de Janeiro, 2010, v. 20, n. 1. Acesso em: 20 jan. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100004&lng=en&nrm=iso)>.
- Baptista, Tatiana Vargas de Faria, Cristiani Vieira Machado e Luciana Dias de Lima. 2009. “Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes”. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2009, vol.14, n.3, pp. 829-839. Acesso em: 18 fev. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232009000300018&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232009000300018&script=sci_abstract&tlng=pt)>.
- Barboza, Estefânia Maria de Queiroz e Katya Kozicki. 2012. “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas”. *Rev. direito GV* [online]. 2012, vol.8, n.1, pp. 059-085. Acesso em: 20 dez. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000100003&script=sci_arttext)>.
- Barcellos, Ana Paula de. 2010. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de e Daniel Sarmento (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Barroso, Luís Roberto. 2008. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. Acesso em: 18 fev.2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>.
- Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. SL: 47 PE, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 17/03/2010. Acesso em: 15 jan. 2018. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agreg-na-suspensao-de-liminar-sl-47-pe>>.
- Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. RE 657718 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, data de julgamento: 17/11/2011. Acesso em: 22 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+657718%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+657718%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/aaw9duf>>.
- Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. RE 566471 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, data do julgamento: 15/11/2007. Acesso em: 22 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+566471%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+566471%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/awtjc5x>>.
- Cavalcante Filho, João Trindade. 2010. “Teoria geral dos direitos fundamentais”, out. 2010, 31 f. *Programa Saber Direito: Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Acesso em: 18 fev. 2017. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>.
- Chieffi, Ana Luiza e Rita Barradas Barata. 2009. “Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade”. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, Aug. 2009. Acesso em: 16 dez. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2009000800020&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000800020&lng=en&nrm=iso)>.
- Gouvêa, Marcos Maselli. 2003. “O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos”. *Revista Forense*, vol. 370. Rio de Janeiro, Forense. Acesso em: 13 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>.
- Henriques, Fátima Vieira. 2010. “Direito prestacional à saúde e a atuação jurisdicional.” In: Souza Neto, Cláudio Pereira de e Daniel Sarmento (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1139 p.
- Lassalle, Ferdinand. 1995. *A essência da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris.

Leal, Rogério Gesta. 2008. "A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional". *Revista de Direito Sanitário*, Brasil, v. 9, n. 1, p. 50-69, jun. 2008. Acesso em: 18 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13101>>.

Lima, Ricardo Seibel de Freitas. 2006. "Direito à saúde e critérios de aplicação". *Revista Direito Público*, v. 3, n. 12. Acesso em: 15 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1324/790>>.

Magalhães, Breno Baía e Vanessa Rocha Ferreira. 2017. "STF e os parâmetros para a judicialização da saúde". *Jota*, 16/01/2017. Acesso em: 22 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>>.

Mânica, Fernando Borges. 2011. "Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas". *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, nº 25. Acesso em: 15 dez. 2017. Disponível em: <[http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria\\_da\\_reserva\\_do\\_possivel.pdf](http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf)>.

Pandolfo, Mércia, Maria Célia Delduque e Rita Goreti Amaral. 2012. "Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil". *Rev. salud pública*[online]. 2012, vol.14, n.2, pp. 340-349. Acesso em: 13 jan. 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0124-00642012000200014>>.

Pivetta, Saulo Lindorfer. 2013. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 270f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 15/03/2013.

Sant'ana, João Maurício Brambati, Vera Lúcia Edais Pepe, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro e Miriam Ventura. 2011. "Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil." *Revista Panam Salud Publica*, Washington, v. 29, n. 2, Feb. 2011. Acesso em: 15 Jan. 2018. Disponível em: <[http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1020-49892011000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1020-49892011000200010&lng=en&nrm=iso)>.

Santos, Lenir e Luiz Odorico Monteiro de Andrade. 2009. "Vinte anos de SUS: o sistema de saúde no Brasil no século 21". *Boletim de direito administrativo*, São Paulo, ano XXV, n. 7, 2009. Acesso em: 09 fev. 2017. Disponível em: <[http://www.idisa.org.br/site/documento\\_3532\\_0\\_vinte-anos-de-sus-o-sistema-de-saude-no-brasil-no-seculo-xxi.html](http://www.idisa.org.br/site/documento_3532_0_vinte-anos-de-sus-o-sistema-de-saude-no-brasil-no-seculo-xxi.html)>.

Sarlet, Ingo Wolfgang. 2011. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado.

Sarlet, Ingo Wolfgang e Mariana Filchtiner Figueiredo. 2008. "Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988". *Revista de direito do consumidor*, nº 67, 2008, p. 125-172. Acesso em: 04 jan. 2018. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)>.

Souza Neto, Cláudio Pereira de. 2010. "A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros". In: Souza Neto, Cláudio Pereira de e Daniel Sarmiento (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

# CAPÍTULO 4

## PROCESSO LEGISLATIVO NO ACRE: UM ESTUDO DO PODER DE AGENDA DO EXECUTIVO FRENTE À ASSEMBLEIA

*Luci Maria Teston  
Francisco Raimundo Alves Neto*

**RESUMO:** A separação dos poderes é uma característica dos regimes democráticos e está expressa no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Entretanto, a possibilidade de editar medidas provisórias, o pedido de urgência, a iniciativa exclusiva em matérias orçamentárias, o poder de veto, aliados às leis delegadas estariam proporcionando ao chefe do Executivo considerável influência no Legislativo. Essa influência, pelo princípio da simetria, aplica-se também no âmbito das assembleias legislativas. Dessa forma, buscou-se caracterizar as relações estabelecidas entre os poderes Executivo e Legislativo no Estado do Acre a partir da Constituição Federal de 1988. Para isso, foi realizada análise aos projetos de lei apresentados e aprovados durante o período de 2010 a 2014 por meio de pesquisa documental em fontes primárias e em arquivos da Assembleia Legislativa do Estado do Acre com acesso público. Foram identificados 857 projetos de lei apresentados durante os anos da pesquisa. Houve o predomínio de proposições de autoria dos deputados estaduais, porém foi o chefe do Executivo quem obteve maior taxa de sucesso, com a aprovação de 99,1% dos projetos de lei de sua autoria. Considerada a natureza das proposições apresentadas, verificou-se um Executivo empenhado em aprovar matérias relacionadas à administração, funcionalismo e economia. Por outro lado, 71,6% dos projetos de lei de autoria dos deputados versaram sobre assuntos honoríficos e simbólicos. Dessa forma, apesar da separação dos poderes estabelecida pela Carta Magna determinar a independência e a harmonia entre Executivo e Legislativo, observa-se, na prática, um desequilíbrio de forças. Houve por partes dos parlamentares o uso de uma agenda leve, cabendo ao chefe do Executivo a maior parte das proposições destinadas a alterar o *status quo*. O estudo sugere que há, no Estado do Acre, o exercício de poderes legislativos por parte do Executivo, identificado por meio da produção legal no âmbito da Assembleia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional; Constituição Federal de 1988; Relações Executivo-Legislativo.

### INTRODUÇÃO

A separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário é uma característica dos regimes democráticos e está expressa no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Entretanto, cientistas políticos<sup>1</sup> argumentam que nossa Carta Magna outorga importantes poderes legislativos ao chefe do Executivo, ao

---

<sup>1</sup> Podemos destacar Figueiredo e Limongi 2001, Abrucio 2002 e Santos 2001.

conceder a este considerável influência sobre o Legislativo e, assim, vindo a comprometer o sistema de *checks and balances* entre os poderes.

A possibilidade de editar medidas provisórias, o pedido de urgência, a iniciativa exclusiva em matérias orçamentárias, o poder de veto, aliados às leis delegadas estariam favorecendo a preponderância legislativa do Executivo explicada pelo amplo poder de agenda dado pela Constituição Federal. Não menos importante é o controle sobre os cargos de livre nomeação, a exemplo de cargos disponíveis em ministérios e secretarias de governo.

Essa influência do chefe do Executivo, pelo princípio da simetria, se aplica às assembleias legislativas. Estudos sobre as relações entre Executivo e Legislativo nos estados brasileiros confirmam uma variedade de experiências políticas relacionadas ao poder de agenda do chefe do Executivo frente às assembleias<sup>2</sup>. Com amplos poderes legislativos, o governador passa a influenciar a agenda de trabalhos na assembleia, induzindo os parlamentares à cooperação e formando, no sentido dado por Abrucio (2002), um “sistema político ultrapresidencialista”.

No entanto, essas pesquisas geralmente concentram suas análises no âmbito das assembleias do Centro-Sul do país. Dessa forma, entende-se que estados da região Norte também devem ser objeto de estudos dessa natureza. Assim, busca-se caracterizar as relações estabelecidas entre os poderes Executivo e Legislativo no Estado do Acre a partir da Constituição Federal de 1988. A despeito do sistema de *checks and balances*, questionamos se os poderes constitucionais concedidos ao chefe do Executivo estariam contribuindo, em alguma medida, com a maximização do poder de agenda deste frente ao Legislativo. Assumimos como hipótese que a atual Carta Magna ampliou o poder de agenda do chefe do Executivo junto à Assembleia Legislativa do Estado do Acre (Aleac).

Essa hipótese foi testada a partir da análise aos projetos de lei apresentados e aprovados no âmbito da Aleac durante os anos de 2010 a 2014, período que contempla duas legislaturas e inclui dois mandatos do Executivo<sup>3</sup>. Para isso, realizamos pesquisa documental em fontes primárias e em arquivos da Aleac com acesso público.

Foram identificados e analisados os projetos de lei apresentados e aprovados na Assembleia, considerando: a) autoria, b) taxa de sucesso, c) tempo de tramitação, d) vetos totais e parciais e d) a natureza das proposições apresentadas e aprovadas.

<sup>2</sup> Ver Anastasia 2001, Santos 2001, Domingues 2001, Abrucio, Teixeira e Costa 2001.

<sup>3</sup> Os projetos de lei complementar não foram considerados nesta análise pela pouca incidência. Durante o período do estudo, não foram identificadas medidas provisórias. Demais espécies normativas foram excluídas da análise por serem proposições que não necessitam de sanção governamental.

## 1. PODER DE AGENDA DO EXECUTIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Se comparada à Carta Magna de 1946, a Constituição Federal de 1988 ampliou os poderes do chefe do Executivo relacionados à capacidade deste influenciar e dirigir os trabalhos legislativos. Para Figueiredo e Limongi (2001), a produção legislativa alterou o seu perfil quando considerados os diferentes períodos democráticos. Os autores ressaltam que, na vigência da Constituição de 1946, houve a predominância do Legislativo na produção legal, sendo que as leis de iniciativa do Executivo corresponderam a 43% do total de leis do período. Essa participação aumentou para 89% no período militar, com o Executivo passando a ter o predomínio na produção de leis. Após a Carta de 1988, manteve-se o padrão do regime militar, com uma média de 85% de leis de iniciativa do Executivo. Dessa forma, os poderes do chefe do Executivo podem ser considerados muito superiores aos que dispunham os presidentes do período de 1946-64 e não tão distantes dos que detinham os presidentes no período militar. Ou seja, os dados apresentados demonstram que “sob a Constituição de 1988, o Executivo se constituiu no principal legislador de *jure* e de fato” (Figueiredo e Limongi 2001, 11).

A explicação para a mudança observada nos períodos democráticos descritos pode ser encontrada na ampliação do poder de agenda do Presidente e na sua capacidade de intervir no processo legislativo<sup>4</sup>. O poder de agenda pode ser definido como “a capacidade do Executivo de determinar não só que propostas serão consideradas pelo Congresso, mas também quando o serão” (Figueiredo e Limongi 2001, 22). Quanto maior o poder de agenda do Executivo, mais capacidade este tem de influenciar de forma direta os trabalhos legislativos e, com isso, reduzir os efeitos resultantes da separação dos poderes. Nesse contexto, a agenda teria dois sentidos: a) definição de temas substantivos a serem apreciados e b) determinação dos passos e da sequência de procedimentos a serem seguidos ao longo do processo decisório (Santos 2003).

### 1.1. Fortalecimento do poder de agenda dos governadores frente às assembleias

No plano nacional, o termo “presidencialismo de coalizão”, expressão cunhada por Abranches (1988), pode ser considerado o ponto de partida das análises sobre os partidos brasileiros no Legislativo, visto ser considerado o acordo político mais importante e durável no presidencialismo partidário. Conforme o autor, observa-se um Executivo organizado com base em grandes

<sup>4</sup> A votação da PEC 247/2016 pode ser considerada um exemplo, visto que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal estabeleceram calendários de apreciação e votação da matéria para atender aos interesses do governo.

coalizões, que seguem uma lógica partidária e regional e em cuja articulação o chefe do Executivo exerce um papel de destaque.

Essa influência do chefe do Executivo se dá não apenas em nível nacional, mas também em grande parte dos estados brasileiros. Em Abrucio (2002) tem-se o entendimento de que o Executivo estadual, na figura do governador, também se fortalece a partir da nova Carta Magna. Para além da lealdade dos políticos estaduais e de serem credores dos municípios, os governos estaduais, entende o autor, também conseguiram neutralizar os órgãos de fiscalização do Executivo<sup>5</sup>. Dessa forma, no âmbito dos estados, a força dos chefes do Executivo resultou na formação de um “sistema político ultrapresidencialista”. Esse sistema de governo constituído na redemocratização e em vigor nos estados teria três características básicas: a) o processo decisório, em toda a sua extensão, seria controlado pelo Executivo; b) os outros poderes não seriam *checks and balances* sobre o Executivo; c) o governador torna-se o centro das decisões de governo, sem a dispersão de poder como ocorre no nível federal na relação entre Presidente e ministros (Abrucio, 2002).

Para que o ultrapresidencialismo seja estabelecido com toda a sua eficácia, Abrucio (2002) observa que, ao governador, é necessário obter ampla e sólida maioria na assembleia, tanto para eliminar sua função de *checks and balances*, como para controlar o processo decisório de forma mais ampla. Efetivando-se essas medidas, à maior parte dos deputados estaduais não restaria outra saída frente ao poder dominante do governador a não ser assumir uma posição situacionista ou governista<sup>6</sup>.

Não obstante a tese de Abrucio ser confirmada por estudiosos de casos específicos de padrões de relação entre o Executivo e o Legislativo nos estados, ela é relativizada por aqueles que acreditam serem as exceções em número maior do que o esperado. Certos estudos demonstraram que algumas realidades estaduais não correspondem de todo à tese do ultrapresidencialismo.

Em estudo organizado por Santos (2001) foi testada a hipótese de Abrucio quanto à vigência histórica do ultrapresidencialismo estadual por meio da atuação de seis assembleias legislativas: Minas Gerais, Rio de Janeiro, Espírito Santo, São Paulo, Ceará e Rio de Grande do Sul. Uma das principais conclusões

<sup>5</sup> Ao governador incumbe o poder de nomear o Procurador-Geral do Ministério Público. Além disso, a forma de escolha dos Conselheiros determina o poder do governador sobre o Tribunal de Contas do Estado. Dessa forma, “o controle do Executivo sobre o TCE e o Ministério Público não só tornou o governo estadual praticamente imune a qualquer fiscalização institucional, como aumenta o poder de pressão do governador sobre a classe política estadual” (Abrucio 2002, 163).

<sup>6</sup> Há uma distinção fundamental entre os dois termos. O “situacionismo” reúne apenas os deputados que participam formalmente da bancada do governo, ou seja, os que participam formalmente da base de apoio. Já o padrão de atuação “governista” está presente em quase todos os deputados, já que eles não podem sobreviver politicamente sem gozar dos recursos do Executivo. Seriam os deputados que se apresentam como independentes, mas votam com o governo no geral (Abrucio 2002).



obtidas nesse estudo é que há uma importante variedade de experiências políticas estaduais em termos de relações entre o Executivo e o Legislativo, representadas por meio da produção legal das assembleias e também pela organização interna dos Legislativos estaduais.

Para Abrucio (2002, 118) a explicação sobre o fato de não existir em alguns estados a montagem de uma maioria sólida na assembleia deve ser buscada no grau de competição existente em cada estado: "... primeiro, se a governadoria foi conquistada por um partido desvinculado do *establishment*, o que implicaria maiorias conflitos com as elites políticas tradicionais", bem como o "grau de alternância partidária nos governos estaduais nas últimas três eleições".

Nesse sentido, Shugart e Carey (1992) comentam que chefes do Executivo com reduzido poder legislativo são forçados à negociação para alcançarem êxito em suas proposições, pois têm consciência que sem concessões não terão sua agenda aprovada. Por outro lado, situados no outro extremo estão aqueles que irão procurar governar contornando as resistências dos congressistas e buscando forçar o Legislativo a ceder. Nesse caso, portanto, o padrão de relações estabelecido entre os dois poderes é mais conflituoso do que no primeiro.

## 2. O PROCESSO LEGISLATIVO NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Para Ferreira Filho (2012, 150), a principal manifestação da preponderância do Poder Executivo na atualidade diz respeito à sua crescente interferência no processo legislativo e até no seu estabelecimento como outro Poder Legislativo. Em suas palavras: "Hoje, não só conta ele com a iniciativa, como, em verdade, é dele que provém o impulso inicial da grande maioria das leis promulgadas. Mais ainda, pela generalização da delegação de poderes, legisla".

Entre os instrumentos e atos normativos constitucionalmente permitidos ao Poder Executivo está a Lei Delegada. Falar de delegação é dizer qual e quanto poder decisório é passado do Legislativo para o Executivo. Nesse sentido, o Legislativo estaria delegando poder e responsabilidades ao chefe do Executivo, o que poderia envolver tanto a liberdade de produção e apresentação de propostas, bem como os privilégios para a aprovação de matérias no Legislativo e a concessão de recursos para a implementação de políticas (Grohmann 2001, Pereira 2001, Abrucio, Teixeira e Costa 2001).

Quanto ao veto e seu alcance, a atual Carta Magna prevê duas modalidades: total e parcial. O veto, seguindo os ensinamentos de Novelino (2011, 675), representa a discordância do chefe do Executivo em relação a determinado projeto de lei. Haveria, portanto, uma "divergência quanto a sua *natureza jurídica*, sendo considerado como um *direito*, como um *poder* ou ainda como um *poder-dever*". O referido autor ainda esclarece que o "veto político" diz respeito a um projeto

de lei considerado contrário ao interesse público ao passo que o “veto jurídico” trata da análise da constitucionalidade de um projeto de lei. Em ambas as situações, o veto deve ser motivado, conforme preconiza o art. 66, §1º da CF/88.

Do ponto de vista político, o veto parcial tende a ser um recurso mais utilizado e poderoso. Isso porque impõe aos deputados a preferência do Executivo não somente em relação às proposições legislativas como um todo, mas também em cada artigo, parágrafo, inciso ou alínea de um projeto. No entendimento de Ferreira Filho (2012, 178), o veto parcial tem a qualidade de permitir separar “o joio do trigo, ou seja, excluir da lei o inconveniente, sem fulminar todo o texto”. Para o autor, a possibilidade de vetar parcialmente projetos de lei visa garantir que textos não contenham frases maliciosamente acrescentadas durante a deliberação dos parlamentares. A ideia do veto parcial, nesse sentido, seria a de eliminar abusos por parte dos parlamentares. Entretanto, esclarece, o veto parcial acabou por servir para abusos por parte do Executivo. Mesmo a doutrina sustentando que o veto parcial não poderia ser utilizado para desfigurar um projeto, ou seja, não deveria alterar sua essência, o autor observa que o veto veio a alcançar até palavras isoladas no texto mudando, muitas vezes, o sentido ou alcance desse texto de forma radical (Ferreira Filho 2012).

Em relação à possibilidade do governador editar medidas provisórias, de acordo com Novelino (2011) o Supremo Tribunal Federal (STF) tem admitido sua edição, com fundamento no princípio da simetria. O STF entende pela admissão da medida provisória para governadores desde que haja previsão expressa na Constituição estadual e que sejam observadas regras básicas do processo legislativo<sup>7</sup>.

A partir da tese da simetria, os estados podem prever, em suas respectivas constituições, não só leis complementares, mas também leis delegadas e até mesmo medidas provisórias (Ferreira Filho 2012). A exemplo do Piauí, Santa Catarina, Tocantins, Maranhão e Paraíba, no Estado do Acre há a previsão de medidas provisórias<sup>8</sup>.

### 3. PROCESSO DECISÓRIO NA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ACRE

#### 3.1. Predominância das proposições

Do total de 857 projetos de lei apresentados entre os anos de 2010 a 2014, 70,3% foram de autoria dos deputados estaduais, cabendo ao chefe do Executivo a iniciativa de 27,5% das proposições (Tabela 1).

<sup>7</sup> Conforme a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 425/TO, relatada pelo Min. Maurício Corrêa (STF), bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.391/SC, relatada pela Min. Ellen Gracie (STF).

<sup>8</sup> Art. 52, V, Constituição do Estado do Acre.

**Tabela 1 - Projetos de lei apresentados  
por autoria e ano, Acre, 2010-2014.**

Ano	Autor		
	Executivo	Legislativo	Outros*
2010	55	110	3
2011	42	104	3
2012	48	163	3
2013	67	148	5
2014	24	78	4
<b>Total</b>	<b>236</b>	<b>603</b>	<b>18</b>

Nota:

\*: referem-se, basicamente, às proposições de autoria do Poder Judiciário.

No entendimento de Moraes (2001, 211), no primeiro e no último ano das legislaturas costuma ocorrer, respectivamente, o maior e o menor número de leis promulgadas. No primeiro ano, devido ao “ímpeto legislativo que toma conta dos parlamentares, sobretudo dos novos”. Já no último ano em função da “diminuição do trabalho endógeno, em virtude do envolvimento dos parlamentares no processo eleitoral”. Observa-se, que o argumento do autor se confirma em relação ao último ano da legislatura (2014). Entretanto, foi no segundo ano (2012) que houve a maior quantidade de proposições apresentadas por parte dos deputados. Se considerarmos esta informação isolada, identificamos um parlamento atuante. Entretanto, é importante considerar a taxa de sucesso dos projetos apresentados.

### 3.2. Taxa de sucesso dos projetos de lei apresentados

A taxa de sucesso dos projetos de lei foi mensurada a partir do percentual de proposições aprovadas em comparação com o total apresentado. Identificamos a aprovação, por parte do Executivo de 99,1% das proposições de sua autoria. Já os parlamentares aprovaram 74,4% das proposições apresentadas, o que indica a tentativa de construção de uma agenda própria (Tabela 2).

**Tabela 2 - Taxa de sucesso dos projetos de lei por autoria e ano, Acre, 2010-2014.**

Ano	Autor					
	Executivo		Legislativo		Outros	
	Projetos não aprovados*	Projetos aprovados	Projetos não aprovados*	Projetos aprovados	Projetos não aprovados*	Projetos aprovados
2010	0	55	14	96	0	3
2011	1	41	15	89	0	3
2012	0	48	56	107	0	3
2013	1	66	50	98	1	4
2014	0	24	19	59	0	4
<b>Total</b>	<b>2</b>	<b>234</b>	<b>154</b>	<b>449</b>	<b>1</b>	<b>17</b>

Nota:

\*: Projetos de lei que não tramitaram/não foram apreciados ou foram vetados, retirados pelo autor ou arquivados.

Os achados indicam que, mesmo o Legislativo apresentando maior quantidade de proposições, em termos percentuais, quem mais aprovou foi o Executivo obtendo, portanto, maior taxa de sucesso. As duas proposições do Executivo não aprovadas foram, inclusive, retiradas pelo próprio autor<sup>9</sup>. Em relação aos projetos de lei de autoria dos parlamentares, as causas da não aprovação incluíram vetos, projetos retirados, proposições que não tramitaram na legislatura e projetos arquivados por serem considerados inconstitucionais<sup>10</sup>.

Os resultados observados na Aleac coadunam com o entendimento da literatura que aborda a questão nacional, na qual entende-se ser alta a taxa geral de aprovação de projetos de autoria do Executivo, sendo raras as rejeições, ao

<sup>9</sup> Uma delas foi o PL 73/2011, que instituiu o prêmio estadual de direitos humanos, o qual foi retirado no plenário por mensagem governamental. A outra foi o PL 42/2013 que alterava dispositivos da Lei n. 2.561 de 29 de maio de 2012, a qual dispõe sobre a realização de exame de ecocardiograma nos recém nascidos portadores de Síndrome de Down. Esta também foi retirada mediante mensagem governamental.

<sup>10</sup> Como exemplo de projetos considerados inconstitucionais, pode-se citar o PL 74/2013 que instituiu a conversão em pecúnia indenizatória das licenças especiais e parte das férias, adquiridas e não usufruídas por policiais militares e bombeiros militares, agente socioeducativo e agentes penitenciários. Também foram arquivados por serem considerados inconstitucionais o PL 7/2014 que dispunha sobre a proibição de cobrança da contribuição de iluminação pública (COSIP) para os consumidores que não seriam beneficiados pela prestação do serviço e o PL 8/2014 que tratava da obrigatoriedade de identificação dos imóveis locados para o Poder Público.

passo que as propostas de autoria do Legislativo apresentam taxa de rejeição bem maior (Figueiredo e Limongi 2001). Isso se deve, em parte, conforme sugerem Abrucio, Teixeira e Costa (2001) ao fato da maioria dos parlamentares estaduais depender de forma direta dos recursos que dispõe o Executivo estadual para poderem progredir na carreira política.

### 3.3. Tempo de tramitação das proposições aprovadas

O chefe do Executivo também dispõe do recurso de urgência, importante para agilizar a tramitação dos projetos de seu interesse. O estudo indicou que, enquanto o Executivo aprovou 94,0% de seus projetos de lei em até 15 dias, o Legislativo, se considerado este mesmo tempo, aprovou 67,0%. Os projetos aprovados de autoria dos parlamentares que tramitaram por mais de 120 dias corresponderam a 6,6% das proposições (Tabelas 3 e 4).

**Tabela 3 - Tempo de tramitação dos projetos de lei aprovados com origem no Executivo, Acre, 2010-2014.**

Período (em dias)	Ano				
	2010	2011	2012	2013	2014
0-15	54	39	43	62	22
16-30	0	1	3	1	0
31-60	1	0	1	1	1
61-90	0	1	1	1	1
91-120	0	0	0	0	0
>120	0	0	0	1	0
<b>Total</b>	<b>55</b>	<b>41</b>	<b>48</b>	<b>66</b>	<b>24</b>

**Tabela 4 - Tempo de tramitação dos projetos de lei aprovados com origem no Legislativo, Acre, 2010-2014.**

Período (em dias)	Ano				
	2010	2011	2012	2013	2014
0-15	59	67	63	61	51
16-30	4	10	11	12	1
31-60	14	3	5	9	4

61-90	16	4	13	4	0
91-120	0	1	5	2	0
>120	3	4	10	10	3
Total	96	89	107	98	59

Nesse sentido, é importante destacar o papel desempenhado pela Mesa Diretora e pelas lideranças partidárias, as quais decidem sobre a agilidade de uma matéria e, muitas vezes, utilizam todos os instrumentos de obstrução para adiar a apreciação de outras. As lideranças também podem pedir urgência para a tramitação de determinados projetos. Por outro lado, cabe ao Executivo o direito de requerer unilateralmente urgência para a tramitação de projetos de sua autoria<sup>11</sup>.

Coadunando com os resultados obtidos por Figueiredo e Limongi (2001) em nível nacional, no Estado do Acre, os achados evidenciam que os projetos com origem no Executivo receberam um tratamento privilegiado por parte do Legislativo, ou seja, além de tramitarem de forma ágil também obtiveram índices mais elevados de aprovação. Dessa forma, pode-se sugerir que o Executivo passou a definir a agenda do Legislativo e determinou o conteúdo da produção legal. A Assembleia, nesse contexto, teve mais dificuldades em levar adiante a sua própria agenda. No Executivo, ao contrário, a agenda seguiu um caminho excepcional em regime de urgência.

### 3.4. Vetos Totais e Parciais Emitidos: Derrubadas e/ou Manutenções

O chefe do Executivo fez uso do instrumento do veto parcial, em 2011, a um projeto de sua autoria<sup>12</sup>. Entre os 18 projetos vetados de autoria do Legislativo que foram mantidos na Assembleia está o PL 29/2012 que proibia a comercialização de bebidas alcoólicas e de derivados de fumo e tabaco nas proximidades de instituições educacionais de educação fundamental e básica no Estado do Acre; o PL 16/2013 que dispunha sobre a proibição do plantio de plantas espinhosas nas avenidas, praças, jardins, rotatórias e afins no âmbito do Estado do Acre; e o PL 25/2013 que tratava da aplicação de sanções aos estabelecimentos que comercializassem produtos contrabandeados e/ou falsificados. (Tabela 5).

<sup>11</sup> Além disso, os curtos prazos de apreciação das matérias propostas pelo Executivo podem representar a existência de negociações envolvendo os dois poderes na etapa da elaboração dos projetos.

<sup>12</sup> Trata-se do PL 21/2011 que instituiu o programa de incentivo à produção de álcool, açúcar, energia elétrica e derivados da cana-de-açúcar no Estado do Acre

**Tabela 5 - Vetos emitidos, Acre, 2010-2014.**

Autoria	Quantidade de projetos	Total de vetos	Vetos totais	Vetos parciais	% de vetos em relação a leis aprovadas
Executivo	236	1	0	1	0,42%
Legislativo	603	18	18	0	2,98%

A maior quantidade de vetos aos projetos de autoria dos parlamentares ocorreu no ano de 2013, totalizando 11 projetos vetados e representando 61,1% do total de vetos identificados nos cinco anos da pesquisa. Também foi neste ano que ocorreram as únicas derrubadas de vetos registrados no período da pesquisa: foram rejeitados em plenário os vetos do Executivo a duas proposições: ao PL 10/2013 que declarou patrimônio cultural acreano a atividade de seringueiro e ao PL 59/2013 de disciplinou a validade do bilhete único, do vale-transporte no sistema de transporte coletivo urbano e intermunicipal.

No ano de 2013 o governador, por alguma razão, precisou recorrer com maior frequência a este recurso. Isso pode indicar a tentativa, por parte dos parlamentares, de construir uma própria agenda. Entretanto, os vetos do governador não derrubados indicam dificuldades na construção dessa agenda.

Se os vetos derrubados forem muitos, o Legislativo se afirma frente às preferências do Executivo. No entanto, se muitos vetos são mantidos frente a poucos derrubados, significa que o Executivo bloqueou parcelas da agenda do Legislativo, preservando suas preferências. Logo, é importante atentar para o fato de que nem sempre a maioria que aprova o projeto é idêntica em tamanho ou em composição à maioria que examina o veto. Ou seja, a manutenção do veto pode ser simplesmente a manifestação da preferência do Legislativo e, nesse caso, não haveria um predomínio de um poder sobre o outro (Grohmann 2003).

### 3.5. Natureza dos Projetos de Lei

Para a classificação da natureza das proposições apresentadas definiram-se as seguintes categorias<sup>13</sup>:

1. **Administrativas:** relacionadas à administração pública, gestão de negócios públicos ou particulares. Incluem temas como alienação, doação de

<sup>13</sup> As categorias foram adaptadas de Abrucio, Teixeira e Costa (2001) e de Amorim Neto e Santos (2003).

bens imóveis ou móveis, doações de terras e/ou imóveis, criação de órgãos, alterações em dispositivos legais, autorizações em geral, concessões de direito, revogação de dispositivos legais e gestão do patrimônio público.

2. **Agricultura/pecuária:** referem-se às políticas relacionadas à agricultura e à pecuária, incluindo a agricultura familiar e o extrativismo.

3. **Cidadania:** dizem respeito às políticas de promoção de direitos de minorias, direitos do consumidor e participação política.

4. **Simbólicas:** são as declarações de utilidade pública, tombamento de construções, instituição de dias, semanas e prêmios.

5. **Cultural/científica/tecnológica:** assuntos relacionados à promoção e apoio a atividades culturais, de lazer, científicas e tecnológicas.

6. **Ecológica:** tratam da política ambiental e da preservação do meio ambiente.

7. **Econômicas:** compreendem a regulamentação de atividades econômicas, a abertura de crédito especial e adicional, pagamento de dívidas, políticas de incentivo econômico a empresas, contratação de operações de crédito e instituição de fundos.

8. **Fiscalização:** são os mecanismos para o maior controle das atividades da administração pública e privada, a exemplo da prestação de contas de recursos públicos.

9. **Funcionalismo:** enquadram-se nesta classificação as iniciativas voltadas para o funcionalismo público, como benefícios, gratificações, abertura de concursos públicos, planos de cargos e salários, alterações estatutárias entre outros.

10. **Honoríficas:** correspondem às homenagens.

11. **Orçamentárias/financeiras:** tratam da política financeira e orçamentária, o que envolve receitas e despesas.

12. **Segurança:** relacionadas à polícia, presídios, segurança no trânsito e em instituições, combate às drogas, programa de apoio às vítimas etc.

13. **Sociais:** são as políticas de educação, saúde, saneamento, habitação, transporte e bem-estar.

Os achados indicam que a agenda do Executivo esteve voltada para assuntos relacionados à administração, compreendendo 58,4% das proposições aprovadas. Assuntos relacionados ao funcionalismo e à economia também mereceram destaque na agenda do Executivo, compreendendo 13,1% e 12,2% das proposições aprovadas, respectivamente (Tabela 6).



**Tabela 6 - Natureza das proposições  
apresentadas pelo Executivo, Acre, 2010-2014.**

Assunto	Período										Total
	2010		2011		2012		2013		2014		
	Apres.*	Aprov.**	Apres.	Aprov.	Apres.	Aprov.	Apres.	Aprov.	Apres.	Aprov.	
Administrativas		26		18		36	1	43		14	138
Agricultura/ pecuária		1									1
Cidadania				1							1
Simbólicas				1		2					3
Cultural/científica tecnológica								1		1	2
Ecológica		2		1				2			5
Econômicas		5		8		8		6		2	29
Fiscalização											0
Funcionalismo		16		6				6		3	31
Honoríficas											0
Orçamentárias/ financeiras		2		3		2		2		3	12
Segurança		1		1							2
Sociais		2		3				6		1	12
<b>Total</b>	<b>0</b>	<b>55</b>	<b>1</b>	<b>41</b>	<b>0</b>	<b>48</b>	<b>1</b>	<b>66</b>	<b>0</b>	<b>24</b>	<b>236</b>

Nota:

\*: *Apres.*: proposições apresentadas e não aprovadas.

\*\* : *Aprov.*: proposições apresentadas e aprovadas.

No que compete à agenda do Legislativo, esta esteve voltada, em sua imensa maioria, para homenagens, representadas pela concessão de títulos de cidadão(ã) acreano(a). Este assunto representou um percentual de 63,0% das proposições aprovadas. O segundo assunto mais presente na agenda do legislativo foi o social, correspondendo a 10,9% dos projetos de lei aprovados, seguido das matérias de caráter simbólico, as quais representaram 8,6% do total de leis aprovadas do período de autoria dos deputados (Tabela 7).

**Tabela 7 - Natureza das proposições apresentadas pelo Legislativo, Acre, 2010-2014.**

Assunto	Período										Total
	2010		2011		2012		2013		2014		
	Apres.*	Aprov**.	Apres.	Aprov.	Apres.	Aprov.	Apres.	Aprov.	Apres.	Aprov.	
Administrativas		2	6		10		6	1	2		27
Agricultura/ pecuária				1		1					2
Cidadania	1		2	3	3	2	10		2		23
Simbólicas	4	5		4	2	17	3	10	4	3	52
Cultural/científica tecnológica	1			1							2
Ecológica			1	3	3		4		2		13
Econômicas	2		1		7		5		2		17
Fiscalização					2	1	2		1		6
Funcionalismo			2		2		3				7
Honoríficas	3	89	1	68	2	75		83	3	56	280
Orçamentárias/ financeiras											0
Segurança	1			2	1	1	2		1		8
Sociais	2		2	7	24	10	15	4	2		66
<b>Total</b>	<b>14</b>	<b>96</b>	<b>15</b>	<b>89</b>	<b>56</b>	<b>107</b>	<b>50</b>	<b>98</b>	<b>19</b>	<b>59</b>	<b>603</b>

Nota:

\*: *Apres.*: proposições apresentadas e não aprovadas.

\*\* : *Aprov.*: proposições apresentadas e aprovadas.

Dos 154 projetos de autoria do Legislativo não aprovados, 29,2% tratavam de assuntos classificados como sociais; 15,5% de assuntos administrativos e 11,6% de cidadania. Se considerarmos somente os projetos de natureza honorífica e simbólica estes representaram 71,6% do total de proposições aprovadas de autoria dos deputados, ao passo que, se considerarmos as proposições de autoria do chefe do Executivo, os projetos honoríficos e simbólicos compreenderam 1,27% do total de proposições aprovadas (Tabela 8).

**Tabela 8 - Projetos de lei apresentados  
considerando a natureza e autoria, Acre, 2010-2014.**

Autoria	Simbólicos/Honoríficos		Outros		Total
	Número	% ao total de PLs	Número	% ao total de PLs	
Legislativo	432	71,64%	171	28,35%	603
Executivo	3	1,27%	233	98,72%	236

Tais leis honoríficas e simbólicas de autoria dos parlamentares não afetaram o *status quo* econômico e social do Estado, sendo mais propriamente intervenções específicas em questões pertinentes à vida do cidadão comum. Situação diferente é observada quanto são analisados os projetos de lei de autoria dos deputados que não foram aprovados. Estes, em sua grande maioria, versaram sobre assuntos relacionados a questões sociais, administrativas e de cidadania.

Conforme ressalta Abrucio (2002, 154), a produção parlamentar acaba por não lidar com os principais problemas dos cidadãos, “cabendo ao Executivo as principais decisões legislativas”. O Executivo, nesse cenário, apresentou projetos que alteraram significativamente o *status quo* e, portanto, fez uso de uma agenda pesada. Já o Legislativo, de 2010 a 2014 fez uso de uma agenda leve, com poucas matérias que alteraram o *status quo*<sup>14</sup>.

No que compete às questões honoríficas e simbólicas, cabe notar que essas matérias não devem ser fruto de análises precipitadas. Se, por um lado, tornar determinada instituição de utilidade pública supõe perdas de receita para o Estado, por outro, assegura a existência, em grande medida, de associações criadas de forma espontânea (Moraes 2001). Quanto às homenagens e denominações dadas aos órgãos públicos, podemos considerar a natureza eleitoral na adoção de tais medidas. Ou seja, esse tipo de iniciativa pode ser bastante eficaz no ponto de vista eleitoral, na medida em que, ao se dar o nome de uma pessoa ou de uma família tradicional, que é respeitada pelos moradores, a um órgão público local, isso pode resultar em novos eleitores (Abrucio, Teixeira e Costa, 2001). Portanto, no Acre, a excessiva quantidade de projetos de lei de caráter honorífico e simbólico poderia sinalizar uma espécie de negociação política, pelo fato da concessão de um título a determinada pessoa ou família poder significar benefícios futuros dos mais variados. Importa ressaltar que todos os projetos de lei foram enviados ao Executivo para a sanção e, portanto, são de conhecimento do governador.

<sup>14</sup> Para informações adicionais sobre agenda leve e agenda pesada consultar Pereira (2004).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preponderância do Executivo é explicada, em Figueiredo e Limongi (2001), pela capacidade de controlar a agenda legislativa. Além disso, confere a este uma posição estratégica no que compete à aprovação de seus projetos. Para Ferreira Filho (2012, 36), há de se falar em crise da lei, ligada ao que considera “falência dos parlamentares como legisladores”. No entendimento do autor, os parlamentares não conseguem suprir as necessidades legislativas dos Estados contemporâneos, ou seja, não conseguem gerar leis que atendam as reclamações dos governos e as solicitações dos grupos de pressão. As normas que pautam o trabalho dos parlamentares, entende, dão margem ao “ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos”. Dessa forma, projetos se acumulam e atrasam. Esse atraso, na visão do governo e da opinião pública, “é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados”.

Dessa incapacidade decorre a renúncia de poder. Como consequência, vem a se tornar regra a delegação clara ou dissimulada, a despeito de proibições constitucionais. “A imaginação dos constitucionalistas desvela-se em encontrar caminhos para que o Executivo possa legislar enquanto os magistrados olham para outro lado a fim de não verem as violações à Constituição” (Ferreira Filho, 2012, 37).

Nesse cenário, situa-se o princípio da separação dos poderes. É novamente de Ferreira Filho (2012, 28) a advertência:

Ora, a entrega da elaboração da lei a quem já é, de certo modo, o governo, ao menos aos olhos do povo, tende a torná-lo onipotente. Daí pode surgir uma nova tirania, um novo despotismo que não deixaria de ser odioso, por ser de fundo democrático, ou por ser transitório esse poder.

Nesse cenário, autores como Pereira (2001) procuram entender porque um conjunto grande de pessoas que fazem leis e que tem a prerrogativa de modificá-las caso vão de encontro aos seus interesses se submete ao domínio do chefe do Executivo. Para Andrade (1998), se houver cooperação entre Legislativo e Executivo haverá ganhos na medida em que os parlamentares serão premiados com recursos para suas bases e o governo ganhará em governabilidade e no controle do processo político.

Dessa forma, de acordo com Carvalho (2010), o princípio da separação dos poderes não deve ser entendido de forma rígida. Para o autor, quando o Senado aprecia a indicação do Presidente de nome para ocupar determinado cargo no Executivo está freando o Executivo. Do mesmo modo, o Executivo freia o Legislativo quando veta um projeto de lei aprovado no Congresso Nacional (art. 66, § 1º). Assim como o Judiciário, o qual pode declarar a inconstitucionalidade de leis.

Apesar da separação dos poderes estabelecida pela Constituição Federal de 1988 determinar a independência e a harmonia entre Executivo e Legislativo, observa-se, na prática, um desequilíbrio de forças. No Estado do Acre vimos, no período do estudo, o uso de uma agenda leve por partes dos parlamentares, cabendo ao chefe do Executivo a maior parte das proposições destinadas a alterar o *status quo*. O estudo sugere que, a exemplo do constatado no plano nacional houve, no Estado do Acre, no período do estudo, o exercício dos poderes legislativos por parte do Executivo, identificado por meio da produção legal no âmbito da Assembleia.

## REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os Barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira**. 2. ed, São Paulo: Hucitec, 2002.
- ABRUCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. O Papel Institucional da Assembléia Legislativa Paulista: 1995 a 1998. In: SANTOS, Fabiano (Org.). **O Poder Legislativo nos Estados: diversidade e convergência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001, p. 219-46.
- AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. O segredo ineficiente revisto: o que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros. **Dados**. Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, 2003.
- ANASTASIA, Fátima. Transformando o Legislativo: a experiência da Assembléia Legislativa de Minas Gerais. In: SANTOS, Fabiano (Org.). **O Poder Legislativo nos Estados: diversidade e convergência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001, p. 23-83.
- ANDRADE, Regis de Castro (Org.). **Processo de Governo no Município e no Estado**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14 ed. rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DOMINGUES, Mauro Petersem. Espírito Santo: produção legal e relações entre os poderes Executivo e Legislativo entre 1995 e 1998. In: SANTOS, Fabiano (Org.). **O Poder Legislativo nos Estados: diversidade e convergência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 85-111, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- GROHMANN, Luiz Gustavo Mello. **O Veto Presidencial no Brasil: 1946-1964 e 1990-2000**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, 2003.
- GROHMANN, Luiz Gustavo Mello. O Processo Legislativo no Rio Grande do Sul: 1995 a 1998. In: SANTOS, Fabiano (Org.). **O Poder Legislativo nos Estados: diversidade e convergência**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, p. 113-161.
- MORAES, Filomeno. A Dinâmica Legislativa na Assembléia do Estado do Ceará: 1995 a 1998. In: SANTOS, Fabiano (Org.). **O Poder Legislativo nos estados: diversidade e convergência**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, p. 189-218.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- PEREIRA, André Ricardo. Sob a Ótica da Delegação: governadores e assembleias no Brasil pós-1989. In: SANTOS, Fabiano (Org.). **O Poder Legislativo nos Estados: diversidade e convergência**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, p. 247-287.
- PEREIRA, André Ricardo. **Por Baixo dos Panos: Governadores e Assembleias no Brasil contemporâneo**. 2004. Tese (Doutorado) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, 2004.

SANTOS, Fabiano (Org.). **O Poder Legislativo nos Estados: diversidade e convergência.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão.** Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SHUGART, Matthew S. CAREY, John M. **Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

## CAPÍTULO 5

# O JUDICIÁRIO COMO TERCEIRO NEUTRO NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: A TRANSFERÊNCIA DA DECISÃO POLÍTICA PARA A ESFERA JURÍDICA

*Manoella Peixer Cipriani*

**RESUMO:** O presente trabalho destina-se a responder a seguinte pergunta: a definição do Judiciário como poder neutro autoriza que ele seja considerado mais apto para decidir questões importantes e relevantes socialmente do que o legislativo ou executivo? A hipótese sugerida para responder a questão é que o Judiciário não possui tal neutralidade; inclusive, sequer exerce a sua função precípua de respeitar a aplicar a lei vigente. Atualmente observa-se que a imagem do Judiciário como poder neutro, comprometido com a lei fortalece e contribui para que, cada vez mais, questões políticas sejam deslocadas dos polos de debate das esferas representativas para os tribunais. Todavia, cumpre analisar se realmente o Judiciário possui essa imparcialidade da qual tanto se gaba; se é um Poder realmente livre de interferências econômicas, políticas; se realmente encontra-se limitado pela lei; se suas ações pautam-se única e exclusivamente pelo respeito a norma e pela objetividade. Cumpre também questionar o argumento da atuação contramajoritária do Judiciário, comparando alguns pontos sobre a atuação do legislativo e executivo, afinal tais poderes que em teoria deveriam alinhar-se a vontade da população e de seus eleitores, mas sabe-se que isso está muito longe da atual realidade. Ademais, defende-se que a longo prazo tal mudança de polo decisório pode agravar a situação, pois acarreta maior distanciamento ainda da população com relação aos debates promovidos no âmbito político. O método de abordagem utilizado foi o indutivo; o método de procedimento foi o monográfico e a temática foi desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. **PALAVRAS-CHAVE:** judiciário; democracia; judicialização; decisão política.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como pretensão responder o seguinte problema: a definição do Poder Judiciário como terceiro neutro no Brasil permite que se considere esse Poder como o mais apto a decidir questões políticas (ou de consequências políticas) do que o legislativo e/ou executivo? A indicação do Judiciário como um terceiro poder neutro frente os demais vem servindo como justificativa legitimante para que este Poder decida questões que acarretem consequências políticas as quais, inicialmente, pertenciam às esferas de discussão do poder legislativo e executivo. Com isso, observa-se atualmente uma judicialização crescente da função legislativa e, em alguns casos, também da executiva - passando a ocupar, assim, o lugar de poder soberano frente aos demais. A hipótese apresentada para responder o problema é que, apesar de

aparentemente gozar de uma aura de neutralidade, estudos e fatos recentes evidenciam que de neutro há muito menos que se espera no Judiciário. Para desenvolver a questão, será apresentada a teoria de Carl Schmitt sobre o *pouvoir neutre* juntamente com o conceito de ‘soberano’ para esse autor. A teoria de Schmitt servirá como base para que se entenda, no atual contexto brasileiro, a ocupação do lugar de poder soberano pelo Judiciário, em decorrência da sua caracterização como poder neutro. Como contraponto, serão apresentadas também as principais críticas a essa teoria tecidas pelo teórico austríaco Hans Kelsen. Após, cumpre falar sobre quais fatores propiciam a adjetivação do Judiciário como um poder neutro, culminando na frágil crença de sua confiabilidade e neutralidade. Ademais, segue-se para indicativos e acontecimentos que desmantelam a imagem imparcial<sup>1</sup> do Judiciário. Por fim, cumpre analisar, brevemente, se a posição que o Judiciário ocupa atualmente na repartição dos poderes é benéfica para nossa democracia.

## A IMAGEM NEUTRA DO JUDICIÁRIO E A SUA INTERFERÊNCIA NA ORDEM DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

O Estado Democrático de Direito se desenvolve a partir do término da Segunda Guerra Mundial e tem por característica primordial a subordinação da legalidade a uma Constituição (Bittar 2016). Portanto, no Estado Democrático de Direito o que garante ao cidadão seu tratamento igualitário e justo, de acordo com a ordem jurídica vigente, é o princípio da legalidade. Obviamente que de nada adianta haver tal previsão se não houver mecanismos de se garantir seu respeito. É por isso que as autoridades jurídicas, dentre outras, não podem agir de forma desvinculada da norma; devem pautar-se pelo respeito à Constituição e apresentar fundamentação adequada com a ordem jurídica posta – esses são requisitos essenciais para a validade dos atos jurídicos (Barroso 2014)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Não se ignora que há diferença entre falar sobre neutralidade e imparcialidade. No entanto, neste trabalho ambas palavras apresentam-se no sentido de referir-se ao poder Judiciário como instituição que não deve possuir outros interesses e objetivos além daqueles previstos na Constituição; ou seja, o Judiciário e seus membros devem manter-se inertes frente a interesses pessoais, econômicos, políticos e afins.

<sup>2</sup> Destaca-se aqui o art. 489, §1º do Código de Processo Civil que trouxe regras mais rigorosas sobre a fundamentação das decisões judiciais: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (Brasil 2015).



As Constituições desse período não só trouxeram amplas garantias como também reconheceram expressamente o povo como titular da soberania – mesmo que de maneira restrita, tendo em conta a forma e a limitação do exercício da soberania previstos pelo texto constitucional (Bercovici 2013). Nesse contexto, pretendia-se que os partidos políticos fossem os responsáveis por viabilizar a soberania popular, devendo portanto organizar e representar o povo, para que o Poder constituinte se ligasse com os Poderes constituídos (Bercovici 2013). Todavia, não é preciso muito para observar-se que na realidade essa prática desvirtuou-se de sua intenção inicial. Essa desconexão entre os poderes representativos e os representados e, a longo prazo, a crise de representatividade dos poderes eleitos, tornou-se um dos maiores impulsos para a expansão do Poder Judiciário.

Assim, emerge a figura do Judiciário como uma esperança para solução dos problemas, historicamente visto como terceiro Poder neutro, imparcial, mais bem preparado para exercer o controle sobre os demais poderes. Souza ressalta que o caráter “apolítico” do Judiciário, somado a desconfiança proposital nos atores políticos, contribuiu fortemente pra fortalecer sua legitimidade e ocupar o lugar de Poder neutro e moderador (2015).

Aqui, é indispensável trazer a teoria de Carl Schmitt sobre o *pouvoir neutre*, cuja base reside na obra do teórico Benjamin Constant. Schmitt argumenta pela a necessidade de haver um terceiro Poder neutro que, justamente por ser neutro, é tido como o Poder soberano e, por ser soberano, decide em nome do povo e inclusive para controlar os demais poderes (Schmitt 2007). Para Schmitt, “soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção” (Schmitt 2006, 7). Em sua obra, a função de terceiro neutro é concebida ao chefe do executivo, sendo este portanto aquele que pode decidir sobre a exceção, ou seja, a aplicação ou não aplicação da norma jurídica posta (Schmitt 2007). Schmitt não engessa, em tal sentença, que é o chefe do executivo que decide sobre a exceção – o soberano pode vir a personificar-se no chefe do Executivo, mas não necessariamente. A figura do estado de exceção, na obra schmittiana, surge como solução para sanar o estado de necessidade (Schmitt, 2006)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Apesar de não fazer parte do tema deste trabalho, importante ressaltar que aqui talvez encontra-se a principal diferença entre a teoria do autor sobre a exceção e a teoria de Agamben, os maiores expoentes teóricos contemporâneos do estado de exceção. Para Schmitt, é preciso conceder ao executivo a função de soberano pois não há como a Constituição prever quando ou de que forma se resolverá o estado de necessidade: se será preciso suspender a ordem jurídica; quais medidas são ideais para retornar ao estado de normalidade; se medidas mais brandas já serão suficientes, etc. (Schmitt 2006). Por outro lado, Agamben observa o estado de exceção como um paradigma de governo (Agamben 2004), utilizado pelos governantes (inclusive em regimes aparentemente democráticos) para suspensão de direitos e emissão de ordens que não são leis, mas possuem obrigatoriedade como se fossem (Agamben 2004). Todavia, ambos autores observam o poder de decisão sobre o estado de exceção, ou seja, a desaplicação da norma, nas mãos do poder soberano, que em Schmitt se caracteriza na figura do Reich (Schmitt 2006-2007), e em Agamben não possui figura fixa (Agamben 2004).

Schmitt enxerga no chefe do executivo a imparcialidade necessária para que este Poder coloque-se como soberano e possa exercer não apenas controle sobre os demais poderes, como também a suspensão da norma - função esta que permite caracterizar esse Poder como aquele que realiza a guarda da Constituição (Schmitt 2007; não poderia tal função ser concedida ao parlamento, visto que nesse espaço imperam as disputas egoístas e motivadas por interesses particulares e/ou dos partidos. Também não poderia ser concedida ao Judiciário, pois cabe a esse Poder unicamente aplicar a lei, sem função política e, por consequência, sem poder de decisão - muito menos para decidir se uma lei é constitucional, sob pena de fulminar a diferenciação entre os poderes que, segundo Schmitt, garante a existência do Estado (Schmitt 2006-2007)<sup>4</sup>. Partindo desse fundamento, para Schmitt o Poder soberano atua como “defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas” (Schmitt, 2007, 233) e em situações de crise possui poderes excepcionais para garantir uma proteção efetiva da Constituição (Schmitt 2007), que seria basicamente decretar o estado de exceção.

Kelsen questiona a teoria schmittiana refutável aduzindo que sua criação visava justificar a manutenção de poder nas mãos do chefe de Estado, mesmo após o fim do regime monárquico (Kelsen 2013). Para tanto, Kelsen argumenta que foi preciso afastar a hipótese do Judiciário ser visto como o Poder apto para exercer a guarda da Constituição sob a justificativa de que conceder a esse Poder a possibilidade de decidir sobre a constitucionalidade de leis seria conceder uma função decisória (portanto política), incompatível com sua natureza. Diferentemente de Schmitt, para Kelsen a função do Judiciário perpassa, necessariamente, uma atividade política pois a aplicação da norma geral seria uma criação de uma norma individual e, portanto, um ato político (Kelsen 2013). Dessa forma:

Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou de outro, está lhe conferindo um poder de criação do Direito, e portanto um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter “político” que possui - ainda que em maior medida - a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa (Kelsen 2007, 251).

Ademais, Kelsen considera que Schmitt convenientemente ignora a hipótese do próprio chefe do executivo exceder seus poderes (Kelsen 2013) e aponta que o Judiciário seria o Poder mais adequado para atuar como guardião da

<sup>4</sup> Para Schmitt, todo ato decisório é um ato político, de forma que o juiz não pode decidir (essa é uma função dos poderes políticos), apenas aplica a lei (Schmitt 2007).

Constituição por ser diferente daquele que é o constituinte, trazendo assim mais imparcialidade na análise da constitucionalidade das leis (Kelsen 2013).

Mesmo admitindo que também encontra-se suscetível a interferências políticas de grupos externos, para Kelsen o Judiciário ainda assim seria a melhor opção dentre os demais poderes (Kelsen 2013), até porque encontra-se (teoricamente) limitado pelo ordenamento. Aliás, sobre a hipótese da interferência de esferas políticas externas no Judiciário - mais precisamente nas Cortes Constitucionais, Kelsen defende que, vislumbrando-se tais interferências, talvez fosse melhor incluir tais atores dentro da própria esfera de decisão jurídico-política, de forma que haja uma paridade entre as forças participantes de tal controle (Kelsen 2013). Em que pese indicar e reconhecer tais mazelas, a teoria kelseniana coloca o Judiciário como mais apto, mais comprometido com o respeito à ordem jurídica e também mais compromissado com o dever de exercer sua função de forma objetiva do que os demais (Kelsen 2013), construindo assim um dos motivos pelos quais o autor justifica ser o Judiciário o Poder mais indicado para exercer o controle de constitucionalidade<sup>5</sup>.

Esta imagem quase que imaculada do Judiciário perdura até os dias atuais e permite a equivalência dele com a figura do soberano neutro enxergada por Schmitt. Nesse sentido, Maus observa que o imagem do Judiciário como instituição neutra, independente, aparte de disputas partidárias e pressões externas faz com que este seja visto como um Poder justo e confiável (Maus 2000). Ademais, o aparente caráter “apolítico” desse Poder, somado aos escândalos diários de corrupção atribuídos a membros do legislativo e executivo, contribuíram para fortalecer a legitimidade do Judiciário como Poder neutro e moderador, que pode decidir acima dos demais (Souza 2015). Essas características também são vislumbradas por Hirschl ao constatar que a imparcialidade política e a perícia são adjetivos comumente atribuídos aos poderes Judiciários desses países e, pode-se dizer, aos demais também (Hirschl 2004). Inclusive, o autor indica que “esta ampla confiança pública na imparcialidade do tribunal (em contraste com os interesses velados dos atores políticos) incentivou esses atores políticos a transferir controvérsias políticas para a arena jurídica” (Hirschl 2004, 69, tradução livre)<sup>6</sup>.

No Brasil, pode-se perceber essa e confiança no Judiciário por conta de resultados de pesquisas sobre a confiança do brasileiro nas instituições. Em 2016, de acordo com relatório do Índice de Confiança na Justiça Brasileira

<sup>5</sup> Importante salientar que Kelsen reconhece ser incoerente comparar os dois modelos de “guardião da Constituição”, pois o guardião que Schmitt propõe possui funções e poderes que diferem-se de um órgão que exerce controle de constitucionalidade (Kelsen 2013).

<sup>6</sup> No original: “This widespread public trust in the court’s impartiality (as contrasted with political actors vested interests) has encouraged political actors to transfer political controversies to the legal arena” (Hirschl 2004, 69).

- ICJBrasil, a confiança dos brasileiros no Poder Judiciário ficou em sétimo lugar (29%), atrás de instituições como as Forças Armadas, Grandes Empresas e Ministério Público, por exemplo (Cunha 2016). Todavia, ainda assim ficou à frente dos partidos políticos, congresso nacional e chefe do executivo (Cunha 2016). Já em 2017, o Poder Judiciário obteve apenas 24% dos votos de confiança na Instituição, passando para nona posição, ficando à frente somente das instituições representativas (sindicatos, congresso nacional, partidos políticos e governo federal) (Cunha 2017). Portanto, observa-se que ainda perdura, mesmo que enfraquecendo, mais confiança no Judiciário do que nas instituições eminentemente políticas.

Em parte, pode-se compreender que a limitação de atuação que os juízes possuem, tendo em conta seu dever de obediência ao ordenamento jurídico vigente, possui grande influência na construção da imagem neutra desse Poder (Maus 2000)<sup>7</sup>. Inclusive, conforme mencionado, esse é um dos argumentos apresentados por Kelsen para fundamentar a escolha do Judiciário como aquele que deve guardar a Constituição. Todavia, pouco a pouco aparecem indícios de que o Judiciário não é tão neutro quanto aparenta.

Recente estudo<sup>8</sup> demonstrou que a ocupação dos cargos em cúpulas decisórias de instituições jurídicas é menos plural e aleatória do que se pretende, pois os membros que ocupam essas posições de poder no âmbito jurídico possuem capitais simbólicos (acadêmicos, políticos, profissionais, institucionais, etc.) (Almeida 2010) compartilhados. Por exemplo, o “diploma de uma faculdade de direito da elite é aquele mais amplamente compartilhado pelas elites jurídicas” (Almeida 2010, 290). Esse compartilhamento e valorização de determinados capitais simbólicos também sustenta a propensão para que pessoas com determinada graduação, formação acadêmica e área de interesse, pertencentes à certos grupos sociais, entre outras características em comum, ocupem esses cargos em cúpulas de decisão do Judiciário e de sua estrutura – as quais, atualmente, decidem sobre aspectos que interferem de maneira direta e total na sociedade como um todo (Almeida 2010).

Ademais, se a confiança e a legitimidade do Judiciário pauta-se, em parte, pela limitação e respeito ao ordenamento jurídico posto, o crescente número

<sup>7</sup> Inclusive, pesquisa realizada pelo ICJBrasil no primeiro semestre de 2017 apontou que 57% dos entrevistados acreditam que os juízes são honestos e, por outro lado, cerca de 38% acreditam que os deputados e senadores são aqueles que mais desrespeitam as leis no Brasil (Cunha 2017).

<sup>8</sup> Segundo o autor, “a principal hipótese que orientou a pesquisa foi a de que há um campo político da justiça, representado pelo espaço social de posições, capitais e relações delimitado pela ação de grupos e instituições em disputa pelo controle do direito processual e da burocracia judiciária. No interior desse campo político de justiça, a pesquisa buscou identificar, ainda, as posições dominantes das elites jurídicas – lideranças institucionais e associativas, e intelectuais especializados em determinadas áreas de conhecimento – cuja influência sobre a administração da justiça estatal e as estruturas de seus capitais sociais, políticos e profissionais os diferenciam dos demais agentes do campo jurídico” (Almeida 2010, 8).

de decisões judiciais contrárias à própria lei ou contraditórias entre si desmancha, aos poucos, a segurança que o Judiciário pretende garantir.

Como exemplos recentes, podemos mencionar as decisões contraditórias do STF sobre a prisão de integrantes do congresso nacional. Em que pese haver diferenças nas peculiaridades de cada um dos casos concretos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 5526<sup>9</sup> e a Ação Cautelar - AC n.º 4039<sup>10</sup> versam sobre a aplicação do art. 53, §2º, CRFB/88<sup>11</sup>. Se teoricamente seguiram caminhos um pouco diferentes, na prática suas respectivas consequências distanciaram-se bastante. Na AC n.º 4039 foi autorizada a prisão preventiva do deputado Delcídio Amaral em função de ter sido denunciado por prática de crime de obstrução à justiça, mesmo com o comando explícito do art. 53, §2º, CRFB/88, de que deputados e senadores só poderão ter sua prisão decretada pelo Poder Judiciário em casos de flagrante de crime inafiançável. Todavia, na ADI n.º 5526, o STF relatou entendimento no sentido de que nenhum parlamentar poderá sofrer medidas cautelares quando a execução destas puder interferir direta ou indiretamente no exercício do seu mandato. Na ocasião, o STF considerou que deputados e senadores não podem ser afastados do mandato por meio de medidas cautelares da Corte sem aval do Congresso, conforme já previa o art. 53, §2º, CRFB. Coincidência ou não, na semana seguinte após o julgamento da ADI n.º 5526 o STF analisou o pedido de prisão do senador Aécio Neves, acusado de obstruir investigações. Sem adentrar na análise aprofundada sobre eventuais arranjos políticos para beneficiar esse ou aquele congressista, o que pode inferir-se objetivamente é que a variação das decisões na instância máxima jurídica cria um ambiente de insegurança e leva ao questionamento sobre a existência de influência dos fatores externos ao tribunal (principalmente fatores políticos) em

<sup>9</sup> Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar (Brasil 2017) Salienta-se que a ação mencionada foi proposta para questionar o afastamento do mandato do então Deputado Eduardo Cunha.

<sup>10</sup> Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO CAUTELAR. SENADOR DA REPÚBLICA. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DE PRISÃO PREVENTIVA. INAFIANÇABILIDADE. CABIMENTO DA PRISÃO CAUTELAR (ART. 53, § 2º, DA CF). DECISÃO REFERENDADA (Brasil 2016).

<sup>11</sup> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão (Brasil 1988).

decisões que deveriam seguir estritamente os comandos legais para que assegurem igualdade de tratamento a todos.

Agrava a situação o da corrente neoconstitucionalista, hermenêutica constitucional que acompanha a vinda das Constituições do período pós-guerra. Em que pese a dificuldade de conceituar tal doutrina, pode-se dizer que há consenso sobre as seguintes características:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário (Sarmiento 2009, 1).

Observa-se que tal corrente propicia mais liberdade para o julgador, de forma que em alguns casos a hermenêutica neoconstitucional acaba por autorizar que valorizem-se mais os princípios fundamentais previstos na norma constitucional, pois são considerados norteadores de toda a ordem, e em consequência acaba por permitir a mitigação da aplicação das leis em nome de princípios que muitas vezes possuem ambiguidade e complexa conceituação, dificultando o controle de legalidade das decisões judiciais. Então, se o Judiciário emite decisões que contrariam à lei e fundamenta essas sentenças independentemente de respaldo legislativo, abandona-se o respeito a norma vigente e permite-se o arbítrio dos juizes que, por meio da utilização de princípios gerais e vagos, justificam seu decisionismo (Dimoulis 2006). Dessa forma, abre-se um espaço que permite ao Judiciário sub-rogar-se no lugar do legislador<sup>12</sup> e decide, sem qualquer controle democrático, o que considera melhor para o caso concreto que está sob sua competência (Vieira 2008).

Indo adiante, infere-se que quando desaplica uma lei, em seu lugar aplica-se uma outra ordem que não a ordem jurídica vigente, mas no Estado Democrático de Direito não deve haver espaço para esses tipos de decisões judiciais; tal prática é uma afronta a princípios basilares do nosso ordenamento jurídico e também coloca o judiciário numa posição superior frente ao legislativo e o executivo, pois unilateralmente ele decide desconsiderar o que foi decidido previamente em instâncias políticas.

<sup>12</sup> Não se está fazendo referência aos casos em que o Judiciário, por omissão parcial ou total do legislativo, é obrigado a suprir lacunas da lei.

Aliás, não apenas em função dessas decisões desvinculadas do ordenamento jurídico é que vem se detectando a pretensão de sobreposição do Judiciário em relação aos demais poderes. A crescente judicialização da política<sup>13</sup> bem como o ativismo judicial são outros fatores que propulsionam e/ou legitimam essa prática pelo Judiciário (Hirschl 2004)<sup>14</sup>.

Retomando a aproximação do judiciário brasileiro com a teoria de Carl Schmitt, cumpre destacar novamente que, para esse autor, o Poder soberano é neutro e é também aquele que decide sobre a aplicação ou não da norma vigente ou seja, sobre a instauração ou não do estado de exceção (Schmitt 2007). Observando o Judiciário brasileiro decidindo quando respeita ou não a ordem jurídica vigente, é possível colocá-lo na posição de poder soberano, ao invés do executivo. Nesse mesmo diapasão, Agamben expõe que o estado de exceção consiste na desaplicação da norma vigente e, em seu lugar, a aplicação de uma outra ordem que não a jurídica, decidida pelo Poder soberano (Agamben 2004). Essas aproximações são importantes para que se compreenda o que importa dizer que o Poder Judiciário está fazendo as vezes do poder neutro em nosso país: significa que o Judiciário ocupa a função de Poder soberano e, por conta disso, pode decidir quando aplica ou - mais importante ainda - quando não aplica o ordenamento jurídico vigente.

Nesse ponto torna-se importante indagar o que levaria o Judiciário a não aplicar a ordem jurídica vigente, se cabe a este Poder justamente proteger e aplicar as leis promulgadas pelos outros dois poderes, ou, em outras palavras, o que contribui para que se desmantele a imagem de neutralidade do Judiciário<sup>15</sup>. Deve-se frisar que quando surgiram as Constituições dos Estados Democráticos

<sup>13</sup> Não se desconsidera o debate semântico entre a judicialização da política e a politização da justiça. Aqui, serão tratados como sinônimos, representando a transferência de decisões que seriam das esferas do executivo e legislativo para o Judiciário.

<sup>14</sup> Hirschl edifica sua teoria a respeito da Jurocracia a partir da formulação de que a transferência do poder decisório das esferas políticas para o Judiciário se dá de forma proposital, buscando manter a hegemonia de poder que as elites econômicas e políticas. Dessa forma, “Este tipo de preservação hegemônica através da constitucionalização dos direitos ou de um empoderamento judicial baseado em interesses é provável que ocorra quando a reputação pública do profissional do Judiciário pelo profissionalismo, a imparcialidade política e a retidão é relativamente alta; quando os processos de nomeação judiciária são controlados de acordo com as elites políticas hegemônicas; e quando a jurisprudência constitucional dos tribunais reflete as propensões culturais e as preferências políticas dessas elites hegemônicas” (Hirschl 2004, 44, tradução livre). Original: “This type of hegemonic preservation through the constitutionalization of rights or an interest-based judicial empowerment is likely to occur when the judiciary’s public reputation for professionalism, political impartiality and rectitude is relatively high; when judicial appointment processes are controlled to a large extent by hegemonic political elites; and when the courts’ constitutional jurisprudence mirrors the cultural propensities and policy preferences of these hegemonic elites (Hirschl 2004, 44).

<sup>15</sup> Não se pretende esgotar os fatores que propiciam essa atitude, até porque talvez nem seja possível elencar todos. A intenção é elencar e debater brevemente os mais explícitos.

de Direito, elas não só elevaram o povo ao status de soberano como concederam à população garantias e direitos que anteriormente eram inexistentes, resultando em limitações contrastantes com interesses de grupos de poder econômico. De forma que, se a conquista do Estado de Direito serviu a interesses econômicos<sup>16</sup>, o advento das garantias sociais ao povo representou uma ameaça para esse mesmo setor, que passou a realizar uma campanha deliberada para combater os direitos e garantias sociais previstos nas constituições republicanas (Bercovici 2013). Mas, se o Judiciário está adstrito à aplicação das normas e a concretização da Constituição, de início pode parecer incompreensível que os grupos específicos poderiam conseguir interferir na aplicação de direitos previstos na Constituição, dada as garantias positivas (princípio da legalidade e afins).

Na verdade, não é tão difícil assim perceber como esses interesses infiltram-se de maneira capciosa. Para começar, o respeito as regras do jogo (ou seja, as leis) já não é mais tão garantido assim, dadas as crescentes decisões contrárias à ordem jurídica<sup>17</sup> bem como a desaplicação do ordenamento jurídico vigente. Em segundo, a ocupação dos cargos nas cúpulas de Poder do Judiciário, conforme já mencionado, opera segundo uma lógica que favorece aqueles pertencentes a determinados grupos e com determinados capitais sociais e/ou econômicos, de forma que tais cúpulas de poder, em que pese se renovarem, perpetuam seu interesses em tais polos decisórios (Almeida 2010). Corroborando tal entendimento, Ran Hirschl defende que:

O Poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis (Hirschl 2004, 49)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> A busca pela legalidade foi para que houvesse maior segurança nas relações comerciais realizadas pela burguesia, que tornavam-se cada vez maiores e mais globalizadas. Era necessário, assim, que houvesse uma regulamentação capaz de garantir o cumprimento dos acordos contratos e o respeito a preceitos comuns a toda sociedade (Mascaro 2008). A exigência de uma legislação e limitação do Estado também fundamentava-se na “necessidade por parte da sociedade liberal de concorrência de poder prever a intervenção estatal – garantidora da certeza da propriedade, da previsibilidade de investimentos econômicos e das relações de mercado” (Maus 2000, 188).

<sup>17</sup> Nesse sentido: sentença do impeachment, REsp 1547561/SP, HC 84.078/MG, Súmula 381 STJ, Recurso Cível n.º 5009679-59.2016.4.04.7200/SC.

<sup>18</sup> Do original: “Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that the constitutionalization of rights and fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests” (Hirschl 2004, 49).



Assim, observa-se um conflito de interesses que desencadeia uma contradição prática que explica o paradoxo de “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade” (Streck 2014, 39). Então, se por um lado conquistou-se códigos e constituições que sedimentaram liberdades e garantias para o povo, por outro, frechas foram encontradas para buscar uma forma de desaplicar tais direitos. Favorece tal situação a aplicação indiscriminada da teoria da ponderação dos princípios, que abre espaço para a prolação de decisões judiciais fundamentadas apenas em princípios com conceituação vaga, subjetiva, e que em algumas vezes até buscam justificar a desaplicação da lei vigente. Não se está querendo dizer que o advento dessa nova hermenêutica constitucional é prejudicial, ou que o juiz tem que agir apenas como “boca-da-lei”; o que se quer chamar atenção é que em alguns casos há uso desmedido e inconsequente da discricionariedade que possuem os julgadores, de forma que esse espaço de discricionariedade jurídica dos tribunais “tem servido muito mais para preservar a ordem de mercado e limitar o poder de atuação do Estado do que para garantir ou ampliar direitos fundamentais” (Bercovici 2013, 35).

Outro ponto a se considerar é que, conforme examina Vieira, a função dos tribunais há muito deixou de apenas de aplicar o direito; o Judiciário passou também a legislar (2008). Além dos problemas representativos de tal prática, esse Poder isenta-se de qualquer controle democrático sobre seus atos, permitindo que suas decisões, com “força-de-lei”<sup>19</sup> (Agamben 2004), sobreponham-se à lei elaborada e votada pelo Poder constituído como defesa para o Poder constituinte – o povo. Isso provoca interferências não só no equilíbrio dos poderes, mas na própria ordem democrática prevista na Constituição de 1988.

Se a judicialização da função legislativa nas ocasiões em que o Judiciário ignora a existência de norma vigente e aplica o que o próprio juiz considera melhor é preocupante, deve-se questionar a legitimidade do Judiciário quando coloca-se no lugar do legislador e decide aplicar uma outra norma que não a prevista no ordenamento jurídico – inclusive nos casos em que há uma previsão legal para aplicação no caso concreto em análise. Se por um lado é preciso que haja um controle judicial dos atos dos demais poderes, é preciso questionar se não há certa sobreposição do Judiciário frente os demais poderes quando este se roga no lugar de decidir quando acata ou não as leis que foram decididas previamente pelas instâncias representativas, sem que haja a declaração de inconstitucionalidade da norma, por exemplo.

<sup>19</sup> O sintagma “força-de-lei” é utilizado por Agamben em sua teoria sobre o estado de exceção para designar os atos que, apesar de não serem lei, possuem força como se fossem – ou seja, possuem a obrigatoriedade de uma lei judicial sem serem lei (Agamben 2004).

Que o Judiciário possui uma função de decisão já foi comentado anteriormente com a menção à Kelsen. Mas, além disso, o autor também concluiu que o risco de haver uma interferência política dentro dos tribunais como algo quase inerente ao funcionamento das cortes constitucionais (Kelsen 2013), de forma que se não houver mecanismos de limitação para esse controle, corre-se o risco de permitir que forças políticas coordenem tais decisões (Kelsen 2013). À vista disso, “transmitir a legiferação para tribunais [...] quanto a essas questões, tem o efeito de alterar os tipos de considerações – os tipos de justificações deliberativas – que entram na escolha de políticas alternativas” (Ferejohn 2012, 68). Observa-se portanto que a existência de interferências políticas<sup>20</sup> na arena jurídica desmorona toda a fundamentação que permite ao Judiciário atuar como terceiro neutro frente ao legislativo e executivo: a independência deste Poder perante os demais, bem como, sua objetividade nos julgamentos<sup>21</sup>.

Até aqui, portanto, temos as seguintes premissas: o Judiciário deve respeito a lei e somente a lei e portanto seria um poder mais neutro e confiável do que os demais; alguns fatores externos e internos tem contribuído para que o Judiciário, em alguns casos, não aplique a lei vigente; cada vez mais questões com cunho político são levadas ao Judiciário, cabendo aos juízes decidir sobre pontos com consequências para grupos cada vez maiores. Partindo disso, por mais que haja uma precariedade e desconfiança significativa no legislativo e/ou executivo, seria democrático permitir que juízes decidam sobre aspectos que interferem na sociedade como um todo?

Superficialmente, atentando-se para fatores como a questão contramajoritária, levam a pensar ser antidemocrático permitir que o Judiciário exerça tal função; todavia, alguns outros argumentos devem ser apresentados. Deve-se atentar sobre

[...] deficiência no que tange à legitimidade que a deliberação majoritária não tem: trata-se de formas de governo que não permitem o voto e a opinião de todos os indivíduos nos procedimentos deliberativos; em vez disso, eles tomam decisões finais a respeito dos direitos de milhões com base nas vozes e nos votos de apenas alguns (Waldron 2009, 265).

Numa leitura de Dworkin, Waldron observa que, para aquele autor, as decisões referentes a questões políticas caracterizam-se como democráticas em virtude de seu resultado, não pelo seu procedimento (Waldron 2009, 255). Assim, se o Judiciário demonstra ser o Poder mais adequado para decidir uma

<sup>20</sup> A palavra “políticas” aqui refere-se não necessariamente à interesse de agentes políticos, mas a todo e qualquer interesse externo que se sobreponha ao interesse comum.

<sup>21</sup> Não se pretende dizer que todos os julgamentos do Judiciário são parciais e ofendem a ordem jurídica. O que pretende-se é falar sobre o aumento de tais ocorrências dentro da esfera jurídica.

questão, mesmo que de competência legislativa, a ação seria correta pois traria resultados positivos para a democracia. O próprio Waldron rebate tal ideia argumentando que a valoração de resultados como positivos ou negativos é algo subjetivo: para determinado grupo o resultado pode vir a ser positivo, de fato, mas para outros pode gerar uma consequência negativa (Waldron 2010).

Waldron também destaca que, na visão de Dworkin, a alegação que a transferência do debate das questões políticas para o Judiciário esvazia o espaço de participação cidadã em tais questões é um equívoco total, posto que no processo judicial é dado publicidade e espaço para aqueles que se interessam pela causa (Waldron 2009). Pelo menos na realidade brasileira, pode-se dizer que há (inclusiva as vezes exaustiva) publicidade midiática dos julgamentos – porém, seletiva. Contudo, acreditar que o Judiciário é um espaço aberto para todos aqueles que se interessam pela causa é uma ingenuidade que não se sustenta. Não só por conta da necessária formação acadêmica para participar das discussões, como o próprio acesso à tais cortes exige código de condutas e vestimentas que não são acessíveis a toda população – seja pelo grau de instrução, seja pela classe socioeconômica.

Continuando, se um dos principais motivos para a transferência da função legislativa ao Judiciário encontra-se também no descompasso entre a questão das maiorias decisórias e maiorias tópicas (Waldron 2010), cumpre analisar e contra argumentar sobre esse ponto. Teoricamente, as maiorias decisórias, ou seja, a maioria legislativa, decidiriam de acordo com o interesse das maiorias tópicas (aquelas que sofrem as consequências da decisão) (Waldron 2010). Todavia, identifica-se na realidade brasileira o alinhamento das maiorias decisórias com as minorias tópicas, ou seja, leis feitas por grupos determinados que beneficiam outros grupos específicos. Esse sintoma, somado aos escândalos recorrentes de corrupção fomentam descrença e afastamento da sociedade em relação aos poderes políticos, impulsionando mais ainda a judicialização da função legiferante como uma alternativa a essa insatisfação.

Outro ponto inerente a esta discussão é sobre o próprio processo de produção legislativa, que também vem sendo questionado quanto a sua credibilidade, tendo em conta que não é mais possível basear tal atividade na figura de um único e onipresente legislador. Na verdade, o que percebe-se é a nudez cada vez maior das relações interpessoais entre os próprios integrantes dos poderes legislativo e também executivo, expondo as trocas de favores entre representantes que, na maioria dos casos, agem de forma combinada e visando objetivos particulares. Nesse contexto,

[...] o comportamento de um determinado grupo de legisladores nas sessões dedicadas especificamente a aprovação de uma lei pode ser impossível de se prever sem compreender o que ocorre entre tais atores [...] em outros contextos

legislativos que não tem nada a ver com aquele em análise. O legislador A pode prometer seu apoio a proposta do legislador B, mas somente com a troca, por exemplo, do apoio do legislador B para bloquear uma decisão judicial (Waldron 2005, 38).<sup>22</sup>

Esses fatores, dentre outros mais, estão legitimando e impulsionando a transferência da função legislativa para o Judiciário enquanto este ocupa (mesmo que somente de forma aparente) a posição de terceiro neutro mais apto a decidir questões políticas. Essa expansão do Judiciário não vem se demonstrando benéfica ou sequer “menos pior” do que a atuação do legislativo e do executivo. Se nestes poderes vislumbra-se explicitamente a troca de favores políticos e a busca por satisfação dos próprios interesses de cada agente, percebe-se que no Judiciário isso também começa, aos poucos, a se revelar – de forma muito mais velada, embebida em argumentos hermenêuticos ou até mesmo na hora de pautar ou não determinado processo. Porém, se nos poderes representativos ainda resta a sociedade uma esperança à cada renovação eleitoral, esta não se vislumbra no Judiciário, que segue renovando apenas aqueles que ocupam seus lugares, mas dificilmente suas práticas, muito bem protegidos atrás de suas togas, seus códigos e seus pronunciamentos com “força-de-fei”.

## CONCLUSÃO

No presente artigo pretendeu-se debater se a caracterização do Judiciário como poder neutro permite que esse Poder seja visto como o mais apto a resolver as questões políticas que o legislativo e o executivo já não conseguem (propositalmente ou não). A questão perpassa pontos importantes, como, por exemplo, a própria formação das cortes judiciais – queremos que os juízes governem nosso país? Queremos que os tribunais superiores façam as escolhas políticas no lugar dos representantes políticos? A hipótese apresentada no início do trabalho confirma-se ao final desse: a neutralidade do Judiciário é cada vez mais frágil e superficial, levando a crer que colocar no Judiciário o poder de decidir questões políticas não se mostra mais “confiável” do que deixa-las serem decididas o legislativo e o executivo. Procurou-se demonstrar que essa conclusão se deve a alguns fatores, dos quais destaca-se: o crescente desrespeito a ordem jurídica vigente, a clara interferência de fatores externos e políticos

<sup>22</sup> Do original: “Desde un punto de vista empírico, el comportamiento de un conjunto determinado de legisladores en las sesiones dedicadas específicamente a la aprobación de una ley puede ser imposible de predecir sin comprender a la vez qué es lo que ocurre entre ellos [...] em otros contextos legislativos que no tienen en realidad nada que ver con aquella labor. El legislador A puede prometer su apoyo a la propuesta de ley de B, pero sólo a cambio, por ejemplo, del apoyo de B para bloquear un determinado nombramiento judicial” (Waldron 2005, 38).

nos julgamentos referentes à questões políticas, o advento da corrente neo-constitucionalista e o mascaramento do decisionismo judicial por conta da aplicação de princípios vagos e imprecisos e também pela própria composição das cortes superiores. Importante destacar que não considera-se que toda e qualquer decisão jurídica está evitada de vícios decorrentes da parcialidade e interesse; o que buscou-se foi dar ênfase para fatores muitas vezes desconsiderados e que podem afetar, a longo prazo, nossa democracia em virtude da transferência de poder das esferas representativas para o Judiciário.

## BIBLIOGRAFIA

Agamben, Giorgio. 2004. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo.

Almeida, Frederico Normanha Ribeiro de. 2010. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/pt-br.php>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

Barroso, Luís Roberto. 2014. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva.

Bercovici, Gilberto. 2013. *Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo*, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin.

Bittar, Eduardo Carlos Bianca. 2016. *Teoria do estado: filosofia política e teoria da democracia*, 5ª edição rev. atual. e modificada. - São Paulo: Atlas.

Brasil. 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 de janeiro de 2018.

Brasil. 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. 2016. *Sentença. Processo de Impeachment contra Dilma Vana Rousseff*. Relator: Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Processo de Impeachment Min. Ricardo Lewandowski. *Senado Federal Como Órgão Judiciário*. Brasília, DF, 31 de agosto 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contradilma-rousseff>>. Acesso em junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2016. *Ação Cautelar n. 4039*. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947788>. Acesso em: 14 de janeiro de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. 2017. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5526*. Relator(a): Min. Edson Fachin. Brasília: Diário da Justiça eletrônico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4982736>. Acesso em: 17 de janeiro de 2018.

Cunha, Luciana Gross (Coord.) 2017. *Relatório ICJBrasil, 1º semestre/2017*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_icj\\_1sem2017.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf). Acesso em: 10 de jan. de 2018.

\_\_\_\_\_, Luciana Gross (Coord.). 2016. *Relatório ICJBrasil, 1º semestre/2016*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/17204>>. Acesso em: 03 de jan. de 2018.

Dimoulis, Dimitri. 2006. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método.

Ferejohn, John. 2012. *Judicializando a Política, Politizando o Direito*. In: MOREIRA, Luiz. Judicialização da política. São Paulo: 22 Editorial.

Hirschl, Ran. 2013. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mar. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em agosto de 2017.

\_\_\_\_\_, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard: Harvard University Press.

Justificando. 2017. *Pau que bateu em Delcídio não bateu em Aécio: Juristas comentam decisão do STF*. São Paulo: Carta Capital. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/12/pau-que-bateu-em-delcidio-nao-bateu-em-aecio-juristas-comentam-decisao-do-stf/>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

Kelsen, Hans. 2007. *Jurisdição Constitucional*, 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_, Hans. 2013. *Jurisdição Constitucional*, 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes.

\_\_\_\_\_, Hans. 2009. *Teoria Pura do Direito*, 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

Mascaro, Alysson Leandro. 2008. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*, 2ª edição. São Paulo: Quartier Latam.

Maus, Ingeborg. 2000. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos, n. 58. nov. 2000.

Ramos, Elival da Silva. 2015. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva.

Sarmiento, Daniel. 2009. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em agosto de 2017.

Schmitt, Carl. 2007. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey.

\_\_\_\_\_, Carl. 2006. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey.

Souza, Jessé. 2015. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa.

Streck, Lênio Luiz. 2014. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Supremo Tribunal De Justiça. 2015. *2ª Turma referenda prisão do senador Delcídio do Amaral e de mais três investigados*. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778>. Acesso em: 13 de janeiro de 2018.

Vieira, Oscar Vilhena. 2008. *Supremocracia*. Revistas Direito GV, São Paulo. Vol. 4 n.2. Jul/dez.

Waldron, Jeremy. 2010. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Capino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

\_\_\_\_\_, Jeremy. 2009. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: Limites do controle de constitucionalidade. BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

\_\_\_\_\_, Jeremy. 2005. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.a.. Tradução de José Luis Martí e Águeda Quiroga.

# CAPÍTULO 6

## DECISÕES ESTRUTURAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

*Thaís Amoroso Paschoal Lunardi*

**RESUMO:** Pretende-se analisar a atuação do Judiciário na tomada de decisões em caso de omissão que viole direitos fundamentais. Parte-se inicialmente da análise da legitimidade do Judiciário para a prolação de decisões sobre políticas públicas, em especial quando verificado um estado de coisas inconstitucional. Sob este aspecto, a observância das capacidades institucionais dos envolvidos na implementação da política será fundamental, caracterizando importante ferramenta para atribuição de legitimidade ao Poder Judiciário enquanto ator no processo decisório. Em última análise, pretende-se demonstrar que o respeito às capacidades institucionais caracteriza forma de se compatibilizar a necessidade de concretização dos direitos fundamentais com a construção de um espaço adequado ao diálogo franco e frutífero entre todos os envolvidos, no ambiente de uma reforma estrutural, que viabilize a adoção da melhor solução no caso concreto.

**ABSTRACT:** *It is intended to analyze the Judiciary's decision making performance, in case of omission that violates fundamental rights. Initially, it is analyzed the legitimacy of the Judiciary on decision-making, related to public policies, specifically when verified an unconstitutional state of affairs. Under this aspect, the observance of the institutional capabilities of those involved in the policy's implementation is fundamental, characterizing important tool for attributing legitimacy to the Judicial Power as the actor of the decision-making process. Lastly, the analysis intends to demonstrate that the respect to the institutional capabilities characterizes a manner of complying the necessity of materializing fundamental rights with framing a proper environment for candor and fruitful dialogue between everyone involved, within a structural injunction, that makes possible the adoption of the best solution in the concrete case.*

### INTRODUÇÃO

Inúmeros são os casos em que o Poder Judiciário é chamado a solucionar problemas decorrentes da omissão do Poder Executivo na execução de políticas públicas. Tem sido muito comum, nesse sentido, a menção a um estado de coisas inconstitucional que, por implicar violação massiva a direitos fundamentais, abriria espaço para a atuação indiscriminada do Poder Judiciário.

Essas demandas colocam em evidência um problema que não é recente, e que reside na suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário para se imiscuir nessas questões. Para além disso, denunciam também um problema que muito contribui para a defesa dessa falta de legitimidade. De fato, muitas dessas decisões vêm desacompanhadas de uma mínima preocupação com sua efetividade. E não raras vezes essa falta de efetividade decorre justamente da impossibilidade

de o Poder Executivo fazer cumprir a política pública tal como imposta pelo Judiciário. Afinal, é ele quem tem a capacidade e domínio de todos os detalhes necessários para efetivar as políticas públicas. A própria decisão (eminentemente política) acerca da necessidade e viabilidade de adoção da política pública é fator que deve anteceder a decisão acerca de sua realização. A previsão em orçamento, a possibilidade material de execução da Política, o respeito aos direitos fundamentais, a ponderação entre eventual direito individual em jogo e o direito da coletividade, são todos fatores que influenciam na tomada da decisão.

Essa análise possibilita a elaboração de um importante diagnóstico. Em primeiro lugar, reflete a incapacidade do processo judicial tradicional para lidar com questões de políticas públicas. Em segundo lugar, indica uma falta de preocupação desse mesmo Judiciário com o que se convencionou chamar de *sinceridade* (ou *franqueza*) *judicial*. Afinal, de nada adianta a prolação de decisões judiciais impossíveis de serem cumpridas pelos envolvidos diretamente com a realização da política pública. Em última análise, a falta de efetividade dessas decisões equivale à manutenção da situação inconstitucional revelada pela omissão do Estado na concretização dos direitos fundamentais.

O presente trabalho preocupa-se com essa temática. Em síntese, pretende-se apontar a teoria das capacidades institucionais como importante ferramenta para atribuição de legitimidade ao Poder Judiciário na tomada de decisões sobre políticas públicas no contexto de uma reforma estrutural, como forma de compatibilizar a necessidade de concretização dos direitos fundamentais com a construção de um espaço adequado ao diálogo honesto e frutífero entre todos os envolvidos. Na perspectiva que se adota neste ensaio, portanto, a decisão judicial será *sincera* - e, conseqüentemente, *legítima* - quando manifestar uma franca preocupação com a efetiva concretização dos direitos fundamentais, o que dependerá da consideração das capacidades e possibilidades de todos os atores.

O método utilizado foi o indutivo, resultando em estudo monográfico que teve como base diversas fontes de pesquisa, como livros técnicos e artigos científicos, além da análise de alguns *cases*, extraídos do direito brasileiro e norte americano, que evidenciam a possibilidade de adoção do processo estrutural como forma de se estabelecer o diálogo entre as instituições envolvidas na construção e execução da política pública.

## **1. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A MASSIVA E REITERADA OMISSÃO DO ESTADO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AINDA E SEMPRE, O PARADOXO DA DEMOCRACIA**

No dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou os pedidos formulados na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento



de Preceito Fundamental n. 347, que tem por objeto a situação dos presídios no Brasil. Partindo da constatação de que as características atuais do sistema carcerário evidenciam um estado de coisas inconstitucional, a Corte impôs a adoção de medidas de caráter urgente e estrutural<sup>1</sup>.

Depurada a questão de fundo – a inquestionável crise do sistema carcerário no Brasil – a decisão torna evidentes o clássico conflito entre a atuação dos Poderes, a judicialização da política<sup>2</sup> e a configuração de um Judiciário comumente categorizado como *ativista*<sup>3</sup> por se imiscuir na esfera de decisão dos outros Poderes. Não é necessário chegar às decisões da Corte Suprema para essa constatação. Decisões proferidas por juízes de primeiro grau em ações individuais comumente determinam que o Estado forneça medicamentos ou disponibilize vagas em creches. Ações coletivas discutem a construção de hospitais, a implementação de Defensoria Pública onde o órgão, criado com a Constituição Federal de 1988, ainda não existe ou tem atuação quase que insignificante<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> “Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República. O quadro de distorções revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário desfigura, compromete e subverte, de modo grave, a própria função de que se acha impregnada a execução da pena, que se destina – segundo determinação da Lei de Execução Penal – ‘a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado’ (art. 1º)” (Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 09/09/2015.

<sup>2</sup> Ou seja, a transferência de decisões políticas da esfera dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário.

<sup>3</sup> “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. Luis Roberto Barroso. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *SynThesis* 5 (2012): 25, <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>

<sup>4</sup> Foi, por exemplo, o que ocorreu em caso decidido pelo TRF da 3ª região, no qual juiz de primeiro grau proferiu decisão obrigando o Governo Federal a criar uma unidade da Defensoria Pública da União em Ponta Porã/MS. Segundo o TRF, apenas o Executivo pode decidir sobre a criação de unidades da Defensoria Pública, pois se trata de medida que interfere diretamente na disponibilidade de pessoal e de orçamento (Agravo de instrumento n. 0022062-24.2014.4.03.0000/MS. Rel. Des. Federal Diva Malerbi. J. em 18.09.2014). Da decisão extrai-se: “Da análise dos autos, observa-se que no exercício regular do poder discricionário inerente à sua atividade, a Administração Pública sopesou a gravidade das circunstâncias objetivas que envolveram os fatos e as consequências concretas da escolha da localidade para a implementação das Unidades da Defensoria Pública da União, não sendo possível ao Poder Judiciário impor ao Poder Executivo a maneira como agir, no tocante à disponibilidade de pessoal e orçamentária, em face da existência do princípio da separação de poderes”.

Na grande maioria desses casos, a justificativa é construída de forma muito semelhante àquela utilizada pelo STF no referido julgamento. Em linhas gerais, o estado de coisas inconstitucional revela uma grave, massiva e contínua omissão do Estado quanto ao respeito e à concretização dos direitos fundamentais, autorizando a intervenção do Judiciário por meio de medidas estruturantes<sup>5</sup>.

A discussão, mais uma vez, revela o insuperável paradoxo da democracia. A fórmula já é há muito conhecida: questões de política<sup>6</sup> devem ser decididas pelos órgãos eleitos democraticamente para tanto, responsáveis pela implementação de políticas públicas voltadas ao atendimento das necessidades básicas da população. Ao Judiciário cabe dizer o Direito, tutelando a ordem jurídica e garantindo o respeito à Constituição Federal. O descompasso surge quando a omissão do Poder Executivo na implementação e/ou realização da política pública gera uma omissão capaz de violar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. É nesse momento que o Judiciário, embaçado em sua função de guardião da Constituição e responsável pela observância dos direitos fundamentais, acaba se imiscuindo na esfera decisória de outro Poder. Os limites à legitimidade e adequação dessa invasão nem sempre são facilmente determináveis.

A questão não é recente. O constitucionalismo<sup>7</sup> norte-americano surgiu a partir da confiança nos juízes enquanto guardiões das liberdades individuais<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Em obra específica sobre o tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos explica que o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem origem nas *structural remedies* dos Estados Unidos, sendo declarado pela primeira vez pela Corte Constitucional colombiana – considerada um paradigma do ativismo judicial na América Latina e uma das cortes mais ativistas do mundo - em caso envolvendo direitos previdenciários e de saúde de professores municipais. A partir dessa decisão, o instrumento foi difundido para casos envolvendo o sistema carcerário, proteção a defensores de direitos humanos, afastamento de mora no pagamento de pensões, proteção às pessoas desalojadas em razão da violência no país etc. Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Estado de coisas inconstitucional (Salvador: JusPodivm, 2016), 99.

<sup>6</sup> “(...) os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro. Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo (...) As decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis (...) são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”. Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério. (São Paulo: Martins Fontes, 2002), 129/132.

<sup>7</sup> Que “parece significar algo como a limitação da tomada de decisões políticas populares por uma lei básica, a Constituição – ‘a lei de se fazer leis’, como às vezes a chamaremos -, desenhada para controlar até onde as leis podem ser feitas, por quem, e por quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a lei básica deve ser intocável pelas políticas majoritárias”. Frank. I. Michelman, Excerpts from Brennan and democracy, (Princeton University Press, 1999), 1.

<sup>8</sup> “Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim. Este sentido do que constitui um direito (que poderia ser

Víctor Ferreres Comella lembra que os americanos rebelaram-se contra os excessos legislativos, outorgando aos juízes o controle das leis, sendo que o sistema político se edificou sobre a ideia dos freios e contrapesos. Já na Europa, o estabelecimento de um tribunal constitucional aparece como a opção natural nos países que desejam salvaguardar a Constituição frente ao legislador ordinário, mas que historicamente adotaram uma concepção restritiva do papel dos juízes a partir de um sistema de separação de poderes<sup>9</sup>.

Nos Estados Unidos da América, a partir da experiência dos americanos com o Parlamento inglês, estabeleceu-se uma atmosfera de desconfiança quanto a possíveis abusos provenientes das assembleias parlamentares, transferindo naturalmente as questões constitucionais para o poder judicial. Desde a revolução liberal, assim, o Tribunal Constitucional firmou-se enquanto protetor das garantias individuais, inclusive contra o legislador democrático, o que se acentuou na segunda metade do século XX, quando a Suprema Corte consagrou esse papel tanto no controle incidental de constitucionalidade de normas violadoras das liberdades, quanto no que se refere ao julgamento de recursos que tinham por objeto decisões que desrespeitavam os direitos fundamentais<sup>10</sup>.

A tradicional menção ao voto proferido pelo juiz Marshall no julgamento do célebre caso *Marbury vs Madison*, em 1803, na entrada da Suprema Corte americana, retrata essa valorização do Tribunal Constitucional, considerando-se ser “enfaticamente a competência e dever do Poder Judiciário dizer o Direito”<sup>11</sup>.

A posição é comumente sustentada a partir do argumento contramajoritário. Nesse sentido, Jorge Reis Novais, defensor do constitucionalismo, constrói a ideia dos direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria”<sup>12</sup>. Se a maioria democrática é adversária dos direitos fundamentais, dar a ela “a

---

chamado de conceito antiutilitarista de um direito) parece-me muito próximo do sentido de direito que, nos últimos anos, tem sido empregado principalmente nos escritos e na argumentação políticos e jurídicos. Esse sentido destaca o conceito bem definido de um direito individual contra o Estado, conceito que está, por exemplo, no cerne da teoria constitucional nos Estados Unidos”. Dworkin. Levando os direitos da sério, 414.

<sup>9</sup> Víctor Ferreres Comella. Uma defesa del modelo europeo de control de constitucionalidade, (Madrid: Marcial Pons, 2011), 44.

<sup>10</sup> Jorge Reis Novais. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito. (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 186.

<sup>11</sup> “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what that law is (Mabury vs Madison, 1803)”.

<sup>12</sup> “As entorses às regras democráticas e ao princípio da igualdade de participação política que inevitavelmente ocorrem quando se atribui a uma elite judicial o poder de invalidar as decisões da maioria democraticamente legitimada pelo voto popular só encontram justificação adequada quando simultaneamente concebemos os direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais furtadas à livre disponibilidade da maioria democrática e que, por isso, carecem de ser protegidas por um poder independente”. Jorge Reis Novais. Direitos fundamentais e justiça constitucional, p. 138.

possibilidade de determinar, em última instância, a força concreta de resistência de um direito fundamental seria subverter as regras do Estado de Direito e pôr em causa a própria ideia de direitos fundamentais”<sup>13/14</sup>.

Essa discussão comumente resulta no confronto entre ativismo e autocontenção judicial<sup>15</sup>. Em outras palavras: ao agir de forma ativista na solução dos problemas que lhe são apresentados, o Judiciário ultrapassa os limites de sua função, imiscuindo-se num campo em que somente a soberania popular poderia atuar? Ou, na realidade, trata-se de postura necessária à salvaguarda dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal?

Quando se trata de omissões inconstitucionais capazes de inviabilizar reiteradamente a concretização de direitos fundamentais, entende-se haver um estado de coisas que viola a Constituição Federal e por isso merece uma atenção diferenciada do Poder Judiciário. Foi esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal na citada decisão da ADPF 347. O estado de coisas inconstitucional, nesse sentido, está diretamente atrelado à ideia de uma decisão que viabilize uma solução estrutural do problema, remetendo à ideia de processo estrutural, de que se tratará mais adiante.

Não se descarta o acerto da intervenção do Judiciário nesses casos. Afinal, o estado de coisas inconstitucional agride um dos mais relevantes róis de direitos constitucionalmente previstos, privando de forma reiterada os indivíduos do respeito às garantias fundamentais básicas como a dignidade, saúde, educação, segurança etc. Essa conduta, porém, deve estar constantemente acompanhada de uma preocupação com a efetividade das decisões judiciais e sua real utilidade para a concretização dos direitos fundamentais. Essa preocupação resulta na necessidade de que o Judiciário viabilize a construção da decisão mais adequada à concretização dos direitos, o que inevitavelmente passa pela consideração das possibilidades do órgão responsável pela implementação da

<sup>13</sup> Novais. Direitos fundamentais, 174.

<sup>14</sup> Segundo Carlos Santiago Nino, “a democracia deliberativa é o melhor procedimento para entender e obter a real vigência dos direitos individuais”, na medida em que não existe nenhuma garantia de que pessoas isoladas, como os juízes, não sejam tentados a infringir os direitos dos indivíduos ou das minorias, a não ser que seus direitos coincidam com os direitos desses grupos minoritários. Sob este aspecto, o controle dos direitos individuais pela maioria – igualmente tentada a violar os direitos individuais das minorias - em nada se diferenciaria do controle judicial. Carlos Santiago Nino. La constitución de la democracia deliberativa. Trad. Roberto P. Saba. (Barcelona: Editorial Gedisa, 1997), 259/260.

<sup>15</sup> “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes (...) Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas”. Luis Roberto Barroso. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI, v. 2. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula (Rio de Janeiro: Elsevier, 2014), 764.

Política Pública. Se assim não for, se estará diante de decisão despida de uma característica fundamental quando se trata da realização de direitos fundamentais: a *franqueza* e a consequente preocupação com sua efetividade.

É sobre essas bases que se pretende iniciar, neste breve ensaio, uma discussão em torno das possibilidades para a legitimidade das decisões judiciais sobre políticas públicas, viabilizando que o Judiciário se constitua como verdadeiro espaço para o alcance de soluções concretas fundadas no diálogo entre todos os envolvidos. Esse espaço, como se verá, será ofertado pelas inúmeras possibilidades ofertadas por um processo estrutural<sup>16</sup>.

## 2. PROCESSO ESTRUTURAL COMO ESPAÇO DE INCREMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

A compreensão do Judiciário como espaço de construção de decisões legítimas e efetivas acerca de políticas públicas tem relação direta com a ideia de Jurisdição que se pretenda adotar. Owen Fiss conceitua Jurisdição (*adjudication*) como “o processo pelo qual são dados significado e expressão concretos aos valores incorporados em um texto jurídico dotado de grande autoridade, tal como a Constituição”<sup>17</sup>. A Jurisdição, assim, tem por objetivo a concretização de valores públicos, desincumbindo-se dessa função na medida em que tutele adequadamente os direitos, mediante a prestação de uma tutela jurisdicional legítima e racional. A racionalidade da decisão judicial, nesse sentido, instrumentaliza a Jurisdição de uma ferramenta apta a lhe atribuir a devida legitimidade, inclusive sob o ponto de vista democrático, o que se exaure na garantia da devida participação no processo e justificação adequada das decisões.

Ao posicionar a concretização de valores públicos como centro da Jurisdição, Owen Fiss possibilita uma virada de paradigma que tem como resultado a adaptação das técnicas processuais ao alcance dessa finalidade. É a partir dessas bases que introduz o conceito de reforma estrutural, com a necessidade de se revisitar o modelo tradicional de processo e possibilitar o seu desenvolvimento a partir da transformação das instituições envolvidas no problema que integra seu objeto<sup>18</sup>.

Em linhas gerais, o processo estrutural, voltado à solução de litígios complexos, promove a construção de uma decisão a partir da consideração

<sup>16</sup> “Infelizmente, não há ciência exata disponível para resolver as tensões entre os direitos, a democracia e o Ordenamento Jurídico. O desafio para todos aqueles comprometidos com o ideal de constitucionalismo é equilibrar esses três elementos quando eles se chocam. Ao buscar este equilíbrio, procuramos atingir o limiar onde antagonismos viciosos, debilitantes e mútuos convertem-se em virtuosos, fortificantes e, talvez, em um apoio libertador”. Nino. La constitución de la democracia deliberativa, 222/223.

<sup>17</sup> Owen Fiss. The Social and Political Foundations of Adjudication. Law and Human Behavior, 6 (1982): 121.

<sup>18</sup> Owen Fiss. The forms of Justice. Harvard Law Review, 93, (1979): 2.

das possibilidades de todos os envolvidos, inclusive viabilizando o alcance de resultado diverso daquele pleiteado inicialmente, sem que isso caracterize ofensa aos princípios da demanda e da congruência. A técnica acaba por permitir que o Judiciário adentre nas estruturas burocráticas das instituições, a fim de propiciar a construção das medidas mais adequadas à prestação da tutela aos direitos<sup>19</sup>.

A técnica tem origem no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>20</sup>, que na década de 50 levou à Suprema Corte norte-americana a análise da inconstitucionalidade da doutrina *separate but equal*, marca da segregação racial nos Estados Unidos. O caso teve origem com pedido para que Linda Brown, uma criança negra, pudesse estudar em escolas próximas à sua casa e assim não ser necessário atravessar toda sua cidade a pé. As escolas próximas à sua casa, porém, não aceitavam a presença de pessoas negras. A decisão da Corte Warren reconheceu a necessária proteção ao direito à igualdade, determinando que instalações educacionais separadas são desiguais. A decisão era tão impactante para a cultura estabelecida à época a própria Corte ressaltou a necessidade de acompanhamento de sua implementação. Um ano depois, e a partir de reclamações das escolas acerca da dificuldade de implantação da decisão, o caso *Brown v. Board of Education of Topeka II* possibilitou uma readequação de algumas medidas e a criação de planos de ação<sup>21</sup> voltados à efetivação da

<sup>19</sup> “La denominación ‘estructural’ de las sentencias dictadas em estos procesos viene dada por el hecho que, por su intermedio, los tribunales de justicia se involucran em la gestión de estructuras burocráticas y asumen cierto nivel de supervisión sobre políticas y prácticas institucionales de diversa índole. Es importante destacar que, como regla general, en este tipo de sentencias los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión actora reconocida em la decisión. Em cambio, lo que suelen hacer es indicar los resultados que la ejecución debe producir y, a todo evento, establecer los criterios generales que deben respetarse al efecto. Los modos para conseguir la finalidad especificada em la decisión se dejan librados a la discreción del obligado, o bien del órgano que opera por cuenta del tribunal actuante y em lugar del obligado”. Francisco Verbic. Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural em la república argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Salvador: JusPodivm, 2017), 65/66.

<sup>20</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>

<sup>21</sup> “Once such a start has been made, the courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner. The burden rests on the defendants to establish that additional time is necessary in the public interest and is consistent with good faith compliance at the earliest practicable date. P. 349 U. S. 300. The courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis, and revision of local laws and regulations which may be necessary in solving the foregoing problems. The courts will also consider the adequacy of any plans the defendants may propose to meet these problems and to effectuate a transition to a racially nondiscriminatory school system. During the period of transition, the courts will retain jurisdiction of these cases”. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/case.html>

decisão a partir de mudanças culturais que viabilizassem a superação da doutrina *separate but equal*. Afinal, a decisão exigiria uma reestruturação de todo o sistema escolar estadunidense e da própria sociedade.

Em Curitiba, no Paraná, é conhecido o caso dos terceirizados no Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, que resultou na construção de uma decisão estrutural<sup>22</sup>. Em síntese, verificada a situação de ilegalidade dos terceirizados do Hospital de Clínicas, ingressou-se com demanda em que se pleiteava seu imediato desligamento, o que comprometeria a prestação do serviço público essencial ofertado pelo hospital. O juiz do caso reuniu todos os envolvidos para buscar a construção de uma solução que eliminasse a ilegalidade, mas mantivesse a adequada prestação do serviço. As instituições envolvidas, em conjunto com o juiz, desenharam um plano de ação para viabilizar, ao fim de determinado prazo, a substituição de todos os terceirizados, sem prejudicar o atendimento do hospital à população. Também é conhecido o caso da ACP do Carvão, em Criciúma, em que se buscou a construção de uma decisão que viabilizasse a solução do problema ambiental causado pelas carboníferas que atuam no local, sem prejudicar o desenvolvimento econômico da região<sup>23</sup>.

Owen Fiss, a partir de uma perspectiva progressista, discute algumas premissas teóricas necessárias à compreensão do papel, das funções e das implicações sociais dos mecanismos judiciais de solução de controvérsias. Se ao processo tradicional é dada a função de realizar o direito material, a função da jurisdição, exercida pelo processo, é a de dar concretude aos valores sociais contidos na Constituição. A chamada reforma estrutural leva em conta o caráter constitucional dos valores públicos e envolve um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social<sup>24</sup>.

Em obra específica sobre o processo coletivo na Argentina, Ricardo Lorenzetti embasa-se em inúmeros casos concretos para discorrer acerca da judicialização de políticas públicas, apresentando argumentos favoráveis e contrários ao ativismo judicial, buscando analisar “en qué medida es razonable y eficaz una intervención activa de los jueces”. Em especial, “la posibilidad de intervenir en pleitos donde se cuestione una determinada política de

<sup>22</sup> Processo n. 00008/2002, 1ª Vara do Trabalho de Curitiba. J. 19/01/2004.

<sup>23</sup> Para uma análise do processo estrutural no direito brasileiro, Sérgio Cruz Arenhart. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão. In O processo para solução de conflitos de interesse público. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques da Costa (Salvador: JusPodivm, 2017).

<sup>24</sup> Fiss. The forms of Justice, 2.

la administración o del Congreso en relación con la implementación de un derecho constitucionalmente tutelado”<sup>25</sup>.

Dentre as desvantagens desse “ativismo”, o autor destaca: (i) os juízes não teriam capacitação suficiente em temas científicos, a informação ou os recursos para tomar decisões sobre procedimentos próprios da administração. Como exemplo, é muito difícil para um magistrado definir qual o sistema que melhor permite a diminuição dos gases emitidos pelos veículos; (ii) o Poder Judiciário tem recursos limitados. Supondo que uma Corte tenha dez causas ambientais, dez ligadas ao direito à alimentação, e outras relacionadas ao direito à educação, deverá formar um gabinete de especialistas e reproduzir a burocracia da administração para poder substituí-la, o que levará o tribunal ao fracasso. Por isso, “las críticas que se hacen a la administración se trasladarán al Poder Judicial que la sustituye, y éste verá disminuido su prestigio al desarrollar tareas para las que no está preparado”; (iii) falta de eficiência na solução dos casos, em razão da acumulação de causas e da limitação de tempo; (iv) o “populismo judicial”, ou seja, “hacer sentencias de grandes declaraciones que conciten la atención pública, pero que se desprecupen del impacto real”; (v) o desprestígio dos juízes<sup>26</sup>.

O processo estrutural, na proposta aqui apresentada, possibilita a superação desses problemas. Afinal, é justamente em razão de sua falta de capacidade para compreender as engrenagens da burocracia estatal e os pormenores necessários ao atendimento dos direitos fundamentais por meio da implementação das políticas públicas que o Judiciário deve se abrir ao diálogo com todos os envolvidos na solução da omissão inconstitucional que lhe é apresentada. Considerar as possibilidades e as capacidades das instituições envolvidas na omissão, portanto, são duas das principais ações viabilizadas pelo processo estrutural.

<sup>25</sup> Ricardo Luis Lorenzetti. *Justicia Colectiva* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010), 240.

<sup>26</sup> Após expor as vantagens e desvantagens do ativismo, o autor conclui: “Nuestra posición es favorable al activismo en asuntos de interés público, porque consideramos que, de cara a la sociedad, las ventajas enunciadas son superiores a los defectos que pueda presentar. Sin embargo, es necesario señalar que el juez debe respetar la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar más allá de afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado, evitando involucrarse en los procedimientos”. Para o autor, a questão do ativismo judicial pode ser solucionada a partir de uma concepção da “democracia constitucional”, resumida da seguinte forma: a) a democracia funciona a partir do respeito das decisões da maioria; b) a regra enunciada exclui um governo os juízes que substitua as maiorias; c) a regra, porém, não exclui o controle dos juízes, pois a maioria pode tomar decisões que violem a Constituição; d) o controle judicial procedimental, ou seja, a atuação do Judiciário não pode estar voltada a substituir a vontade das maiorias ou das minorias, mas sim para assegurar o procedimento para que ambas possam ser expressas; e) os instrumentos de controle judicial procedimental, dentre eles a “sentencia exhortativa”, que “contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes, y una ‘exhortación’ para que lo haga efectivo”. Lorenzetti. *Justicia Colectiva*, 241.



O ponto tem relação direta com a teoria das capacidades institucionais, construída por Cass Sunstein e Adrian Vermeule<sup>27</sup>. Em síntese, pretende-se analisar “como o exercício dessas capacidades se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas” para, com isso, “determinar os limites da atuação legítima das cortes em situações de efetiva ou potencial tensão interinstitucional”<sup>28</sup>.

Acerca da teoria das capacidades institucionais, e considerando como exemplo questões que envolvem demarcação de terras indígenas ou transposição de rios nos quais tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, Luis Roberto Barroso destaca que “a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa”, envolvendo “a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão”<sup>29</sup>.

O objetivo é também possibilitar o encontro da instituição mais capacitada para resolver determinado tipo de problema. Nesse sentido, como explicam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal,

pode-se dizer que, no limite, o argumento das capacidades institucionais expressa uma tentativa de eliminação de redundâncias e ambiguidades no desenho institucional (...) comparam-se as aptidões de cada uma delas para se determinar qual instituição reúne as melhores condições para oferecer respostas para determinados problemas<sup>30</sup>.

Rodrigo Brandão destaca a existência de um “consenso doutrinário acerca da vinculação entre a expansão da democracia e a ampliação do controle de constitucionalidade”, que se pautariam pela “sinergia” e não pela “mútua exclusão”<sup>31</sup>. Afinal, se a democracia tem como base o dissenso, e se é necessário proteger os interesses das minorias, o controle pelo Judiciário reafirmaria a democracia. O próprio conflito, afinal, é uma forma de solução dialógica<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, “Interpretation and Institutions”, *Michigan Law Review* 101 (2003): 885-951.

<sup>28</sup> Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, “O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo”, in *Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI*, v. 2, ed. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula (Rio de Janeiro: Elsevier, 2014), 401.

<sup>29</sup> Barroso. *Constituição, democracia e supremacia judicial*, 765.

<sup>30</sup> Barroso. *Constituição, democracia e supremacia judicial*, 409.

<sup>31</sup> Rodrigo Brandão, *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012), 70/72.

<sup>32</sup> “One condition that you think contributes greatly to reliability is the constant exposure of the interpreter – the moral reader – to the full blast of the sundry opinions on the question of the rightness of one or another interpretation”. Frank Michelman. I. Excerpts from Brennan and democracy (Princeton University Press, 1999): 19. Mark Tushnet, discorrendo sobre o que chamou de “revisão judicial dialógica”, como “parte de las herramientas del diseño constitucional” que “permite ver algunos elementos propios

Assim, considerados inúmeros fatores que contribuem para a maior efetividade dos direitos nos casos concretos, a consideração dessas capacidades poderá dar uma direção segura quanto à legitimidade das decisões, garantindo igualmente a necessária confiabilidade nos atores integrantes do desenho institucional.

Aliada à necessidade de consideração das capacidades institucionais – que resulta em uma necessária cooperação entre os poderes – a existência de um diálogo institucional também possibilita uma abertura no constitucionalismo, de modo a garantir a necessária legitimidade às decisões tomadas pelo Judiciário nos casos em que o Executivo se omite quanto às políticas públicas necessárias. Afinal, e como constata Conrado Hübner Mendes acerca das condições ideais para interação entre os poderes, “as instituições, bem ou mal, argumentam, e, em alguma medida, levam em conta os argumentos da outra”<sup>33</sup>.

A utilização das decisões estruturais, portanto, é fundamental para que se atribua maior legitimidade às decisões do Judiciário em se tratando de políticas públicas. Exige-se, neste caso, a consideração das capacidades institucionais de todos os envolvidos no cumprimento da decisão, de forma a garantir sua efetividade.

### 3. EM BUSCA DE DECISÕES JUDICIAIS *SINCERAS*: A ABERTURA DO PROCESSO ESTRUTURAL AO DIÁLOGO E ÀS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS PARA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Muitas das decisões em que o Judiciário determina ao Poder Executivo a implementação de uma política pública são frustradas pela impossibilidade de cumprimento da medida determinada. Os problemas podem ser das mais variadas espécies: desde a falta de orçamento para a implementação da medida até o prejuízo que o seu cumprimento pode gerar à sociedade como um todo, passando pela necessidade de inclusão de outros atores sem os quais o atendimento à decisão pode se tornar muito dificultoso, senão impossível.

A falta de *franqueza* ou *sinceridade* dessas decisões é, portanto, uma constante. É como se o Judiciário se desincumbisse de seu ofício ao proferir uma

---

de ese viejo diseño desde una perspectiva diferente”, destaca tratar-se de modelo que “permite que las interpretaciones judiciales sean mantenidas porque los ciudadanos están de acuerdo com ellas”. Mark Tushnet. Revisión Judicial Dialógica. In Por una justicia dialógica – el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. GARAGARELLA, Roberto (comp.). (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), 106 e 115. Mais especificamente na perspectiva do processo civil, Antonio do Passo Cabral: “a lide terá a solução mais justa e o direito objetivo será tão mais resguardado quanto maior for a participação dos atores do processo” (Antonio do Passo Cabral. O Contraditório como dever e a boa fé processual objetiva. Revista de Processo 126 (2005): 59.

<sup>33</sup> Conrado Hübner Mendes. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação (São Paulo: Saraiva, 2011), 233.

decisão impondo ao Estado o cumprimento de uma determinada medida, sem se preocupar propriamente com a efetividade de sua decisão. De outro lado, a pura e simples imposição de medidas coercitivas com o objetivo de forçar o cumprimento não resolve o problema. Afinal, se se trata de efetiva impossibilidade de cumprimento, não será uma multa diária que incentivará o Estado a implementar a política pública. De outro lado, verificada a possibilidade de cumprimento a partir do necessário e antecedente diálogo, nada impede que medidas coercitivas sejam previstas com vistas a estimular o cumprimento da decisão. Observadas as premissas já estabelecidas, essas medidas serão legítimas na medida em que a decisão se preocupe com a efetiva possibilidade de atendimento à determinação judicial.

Não se defende, de outro lado, a impossibilidade de intervenção do Judiciário nesses casos. Havendo omissão inconstitucional com conseqüente ofensa a direitos fundamentais, é papel do Judiciário auxiliar na criação de possibilidades para sua concretização.

Analisando aspectos da tomada de decisões judiciais, Scott C. Idleman afirma que o processo judicial deve estar sujeito a um requisito de sinceridade, sendo que tal exigência é justificada e desejável até mesmo para se preservar a legitimidade institucional<sup>34</sup>. Em sua essência, a teoria da *judicial candor* tem como foco a motivação adotada na decisão judicial, referindo-se à crença do magistrado de que aquilo que afirma é verdadeiro, e contribuindo para a qualidade das decisões judiciais<sup>35/36</sup>.

A questão está ligada à necessidade de preocupação, por parte do Judiciário, quanto à efetividade de suas decisões. A prolação de decisões sinceras, nesse sentido, tem relação direta com a franqueza do juiz quanto ao conteúdo de sua decisão e à efetiva possibilidade de sua realização.

Ao atendimento a esse requisito, porém, será imprescindível o diálogo com os atores envolvidos na realização da política pública e a consideração

<sup>34</sup> Scott C Idleman. A Prudential Theory of Judicial Candor. *Tex. L. Rev.* 73:1307 (1995): 1310.

<sup>35</sup> Essa é a concepção de Micah Schwartzman, em ensaio dedicado especificamente ao tema. O autor inicia o texto com a seguinte indagação: “Do judges have a duty to believe the reasons they give in their legal opinions?”, destacando que a questão é surpreendentemente controversa, havendo quem defenda que os juízes não devem acreditar no que afirmam em suas decisões. Para o autor, “Sincerity, on this view, requires correspondence between what people say, what they intend to say, and what they believe”. Micah Schwartzman. *The Principle of Judicial Sincerity*. *Virginia Law Review*, 94 (2008): 987/988.

<sup>36</sup> “Defined subjectively, the obligation of candor requires judges and Justices, in their official roles, not to utter deliberate untruths and not to make knowingly misleading statements. Judges also bear an affirmative obligation to strive conscientiously to make it intelligible how they could regard their stated reasons for deciding cases as legally adequate. In a second, ideal dimension, judicial candor calls for searching inquiry into all relevant claims of law and fact in disputed cases and for full disclosure of moral and policy considerations that weighed on a judge’s decision. As a practical matter, however, the inherent pressures of time, among other considerations, would preclude any human judge from realizing the ideal in all cases”. Richard H. Fallon, Jr. *A Theory of judicial candor*. *Columbia Law Review* 117 (2017): 2317.

de suas possibilidades e efetiva capacidade de implementação. A construção de medidas estruturantes a partir do envolvimento de todas as instituições necessárias viabilizará a construção da decisão mais adequada à efetiva concretização do direito fundamental em discussão.

A construção da decisão judicial adequada à realização da política pública no ambiente de um processo estrutural em que se leve em consideração as capacidades de todas as instituições envolvidas possibilitará, portanto, a prolação de decisões judiciais atentas à realidade. Estabelecido o diálogo, constatados quais os obstáculos à implementação e estabelecidas as medidas possíveis de serem adotadas, a decisão judicial observará a franqueza necessária à sua legitimidade.

#### 4. INTENSIFICANDO O DIÁLOGO: ARENA PÚBLICA, PARTICIPAÇÃO E LEGITIMIDADE

Seja qual for a instância do Judiciário competente para a tomada da decisão, fato é que sua racionalidade e legitimidade serão tão maiores quanto mais se admita a participação da sociedade civil na construção dessas decisões. As audiências públicas e a possibilidade de intervenção de *amici curiae* são medidas também adequadas a garantir essa legitimidade, além de atribuir confiabilidade ao Judiciário perante a sociedade, o que é relevante, pois os efeitos das decisões judiciais resultam fundamentalmente insignificantes sem o apoio dos outros ramos do governo e sem uma recepção adequada pelos cidadãos<sup>37</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, o próprio sistema prevê esses mecanismos de solução da suposta tensão entre constitucionalismo e democracia. A garantia de que a atuação do Supremo Tribunal Federal atenderá efetivamente ao que impõe o ideal democrático será alcançada a partir do intenso debate público que deve anteceder a tomada de decisões, permitindo, consequentemente, a participação popular.

Assim, a partir do que Nancy Fraser chama de “gestão comunicativa da opinião pública”, com a repolitização da esfera pública<sup>38</sup>, ou seja, por meio da efetiva participação, implementada a partir do diálogo entre todos os interessados, será possível atender aos ideais da democracia.

Desse modo, todos os “potencialmente afetados por decisões políticas devem ter a chance de participar em termos de paridade nos processos informais de formação de opinião para com os quais os tomadores de decisão devem

<sup>37</sup> Roberto Gargarella. El nacimiento del “constitucionalismo popular”. Revista de libros de la Fundación Caja Madrid, 112 (2006), 17.

<sup>38</sup> Nancy Fraser. Transnacionalizando a esfera pública: sobre a legitimidade e eficácia da opinião pública num mundo pós-vestfália. In Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI, v. 2. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula (Rio de Janeiro: Elsevier, 2014), 80.

prestar contas”<sup>39</sup>. Habermas, a este respeito, destaca que a Corte Constitucional deve considerar-se “como protetora de um processo de criação democrática do direito”, garantindo o respeito aos “procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir”. O procedimento democrático depende, assim, de uma cidadania ativa<sup>40/41</sup>, garantindo-se que todos aqueles que sejam alcançados pelos efeitos de uma decisão tenham voz.

Como destaca Roberto Gargarella, “o compromisso com o sistema democrático implica um compromisso com o um sistema de tomada de decisões organizado a partir da ideia de um ‘debate público robusto’”, devendo-se assegurar que as diversas vozes presentes na sociedade possam ser ouvidas. Em linhas gerais, “um compromisso com um sistema institucional no qual os direitos mais estritamente vinculados com a autonomia individual e o autogoverno coletivo recebem uma proteção privilegiada por parte do Estado”, que encontra no respeito a esses direitos sua própria legitimidade<sup>42</sup>.

O fortalecimento da arena pública, consideração cautelosa das capacidades institucionais de todos os envolvidos e o comprometimento com a construção de uma decisão judicial franca e efetiva, decorrente do diálogo honesto e cooperativo entre todos, possibilitará a consideração das possibilidades frente às situações de recorrente omissão quanto à concretização de direitos fundamentais, possibilitando o encontro da melhor solução para sua observância.

Não parece haver outra solução para que se encontre uma solução para a crise do sistema carcerário nacional retratada na ADPF 347. A insuficiência das medidas determinadas no julgamento da Medida Cautelar revela uma falta de comprometimento por parte da Corte com essas premissas, além de uma necessidade premente de se dar uma solução, ainda que temporária, à crise. Ao julgamento do mérito daquela ação será imprescindível a abertura ao diálogo, com uma franqueza muito grande por parte do Judiciário quanto à sua incapacidade de resolver o problema sem consideração das capacidades e possibilidades de todos os possíveis envolvidos na solução do problema.

<sup>39</sup> Fraser. Transnacionalizando a esfera pública, 94.

<sup>40</sup> Jürgen Habermas. *Más allá del Estado Nacional*. Trad. Manuel Jiménez Redondo (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), p. 101/102.

<sup>41</sup> “A autoridade encarregada de aplicar a Constituição não pode fazer o que bem quiser do texto constitucional, há limites, esses limites são intersubjetivamente compartilhados, e a maior garantia de qualquer constituição chama-se cidadania, uma cidadania viva e atuante, zelosa de seus direitos”. Menelick de Carvalho Netto. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. José Adércio Sampaio (Belo Horizonte: Del Rey, 2003), p. 163

<sup>42</sup> Roberto Gargarella. *El derecho a la protesta – el primer derecho* (Buenos Aires: Ad hoc, 2005), 40/41.

## CONCLUSÃO

A omissão massiva e reiterada do Poder Executivo quanto à implementação de Políticas Públicas e à consequente concretização de direitos fundamentais, a ponto de caracterizar o que se convencionou chamar de estado de coisas inconstitucional, tem provocado uma atuação do Poder Judiciário na tentativa de construir medidas de caráter estruturante que viabilizem o respeito às garantias constitucionais. Nesse contexto é que surge a ideia de um processo estrutural, que viabilize uma imersão do Judiciário nas estruturas burocráticas das instituições, de modo a possibilitar a concretização daqueles direitos.

O processo estrutural deve ser visto como espaço adequado para o desenvolvimento de um diálogo entre as instituições envolvidas, viabilizando que a decisão judicial leve em conta as capacidades institucionais, os reais obstáculos e as efetivas possibilidades de construção da decisão mais atenta à realidade. Na medida em que envolve inúmeros detalhes afetos ao funcionamento de outras instituições, não cabe ao Judiciário imiscuir-se nessas estruturas sem uma preocupação com a franqueza da decisão que será proferida, o que resulta diretamente na efetividade da decisão para a concretização dos direitos fundamentais.

Respeitadas as capacidades institucionais, possibilitado um diálogo cooperativo com os demais poderes e instituições afetadas pelas decisões e garantindo-se o debate numa arena pública fortalecida, a legitimidade das decisões judiciais sobre políticas públicas refletirá, em última análise, a efetiva preocupação com a concretização dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão*. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das 'capacidades institucionais' entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. In ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI*, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (coord.). *Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI*, v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. SynThesis 5, 2012.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. *O Contraditório como dever e a boa fé processual objetiva*. In *Revista de Processo*, v. 126, Ago/2005.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. In SAMPAIO, José Adércio. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- COMELLA, Victor Ferreres. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FISS, Owen. *The Social and Political Foundations of Adjudication*. Law and Human Behavior, 6, 1982.
- \_\_\_\_\_. *The forms of Justice*. Harvard Law Review, 93, 1979.
- FALLON JR., Richard H. *A Theory of judicial candor*. Columbia Law Review 117, 2017.
- FRASER, Nancy. *Transnacionalizando a esfera pública: sobre a legitimidade e eficácia da opinião pública num mundo pós-vestfália*. In ASENSI, Felipe Dutra Asensi; PAULA, Daniel Giotti de. Tratado de direito constitucional: Constituição no século XXI, v. 2. (Rio de Janeiro: Elsevier, 2014).
- GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del "constitucionalismo popular"*. Revista de libros de la Fundación Caja Madrid, 112, 2006.
- \_\_\_\_\_. *El derecho a la protesta - el primer derecho*. Buenos Aires: Ad hoc, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- IDLEMAN, Scott C. *A Prudential Theory of Judicial Candor*. Tex. L. Rev. 73, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MICHELMAN, Frank. I. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton University Press, 1999.
- NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SCHWARTZMAN, Micah. *The Principle of Judicial Sincerity*. Virginia Law Review, 94, 2008.
- SUSTEIN, Cass R. and Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions, *Michigan Law Review* 101, 2003.
- TUSHNET, Mark. *Revisión Judicial Dialógica*. In GARAGARELLA, Roberto (comp.). Por uma justiça dialógica – el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- VERBIC, Francisco. *Ejecución de sentencias en litígios de reforma estructural en la república argentina - dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. In ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, 2017.

# CAPÍTULO 7

## A REPRESENTAÇÃO POLÍTICO PARTIDÁRIA NO CONTEXTO DO PLURALISMO SOCIAL

*Orlando Moisés Fischer Pessuti  
Rafaele Balbinotte Wincardt*

**RESUMO:** O objetivo deste estudo é questionar se a representação político partidária efetivamente logra sucesso no exercício de suas funções diante da reordenação política do espaço público e das esferas da sociedade. E, assim sendo, investigar se há uma abstenção de observância de seus deveres democráticos, arriscando, até mesmo, os valores que levaram à sua criação.

**PALAVRAS-CHAVE:** partidos políticos; representatividade; pluralismo político; pluralismo social.

*ABSTRACT:* The objective of this study is to question whether party political representation effectively succeeds in the exercise of its functions before the political reordering of the public space and the spheres of society. And, therefore, to investigate whether there is an abstention of observance of its democratic duties, even risking the values that led to its creation.

*KEY-WORDS:* political parties; representativeness; political pluralism; social pluralism.

### 1. INTRODUÇÃO

Outrora relegados à duras críticas, tanto no meio acadêmico como social, os partidos políticos alcançaram posição essencial na democracia moderna. Como bem elucida Ana Claudia Santano, “se há política, há partidos”<sup>1</sup>, de maneira que a organização político partidária se torna inexorável a qualquer regime democrático. Nada obstante, aparentam-se perenes as discussões acerca do verdadeiro papel destas organizações na sociedade atual, perpetuando-se, inclusive, o questionamento acerca da necessidade de sua existência.

A Constituição da República, em seu artigo 17, dispõe que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, com a observância de quatro preceitos, que são, (i) o caráter

---

<sup>1</sup> SANTANO, Ana Claudia. A democracia, a sociedade e os partidos políticos: uma análise da eventual existência de uma crise das organizações partidárias. In: *Quaestio Iuris*, vol. 10, nº 03, Rio de Janeiro, 2017, p. 1271. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/17578/21093>> Acesso em set/2017.



nacional, (ii) a proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou subordinação a estes, (iii) a prestação de contas à Justiça Eleitoral e (iv) o funcionamento parlamentar conforme a lei. Aliás, a proteção ao pluralismo político decorre já do artigo 1º da Carta Constitucional. Para além disso, há a disposição infraconstitucional, com a regulação a partir da Lei de Partidos nº 9.096/95, dispondo acerca dos requisitos exigidos para o registo do estatuto partidário no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e para obter acesso gratuito ao rádio e televisão, bem como aos recursos do Fundo Partidário.

Ocorre muitas vezes que, alcançado o status de “partido”, o exercício de funções tão sensíveis ao Estado Democrático resta prejudicado ou mostra-se cada vez mais insipiente em relação às razões de sua criação, a ponto de o debate sobre a possibilidade de pessoas sem filiação a partidos políticos concorrerem em eleições estar cada dia mais evidente, podendo ser, inclusive, permitido pela Corte Suprema.<sup>2</sup>

Em tempos que se discute a possibilidade de candidaturas avulsas, inclusive perante a Corte Constitucional<sup>3</sup>, resta evidente que o fortalecimento dos partidos sob à égide de uma gestão de poder democrática e da verdadeira expressão do pluralismo político, com o exercício de suas funções como entidade estável e o escopo de realizar uma comunicação plena entre sociedade e Estado<sup>4</sup>, proporciona uma abertura partidária cada vez mais crescente.

Outrossim, na medida em que se pauta a representação partidária e admite-se a importância das formações políticas como representantes da vontade popular, invariavelmente, ao partido é dada a função de selecionar líderes que atuem como canal da expressão popular.<sup>5</sup> Nesse sentido, o pluripartidarismo e o pluralismo político são consolidados quando o eleitor se identifica com uma opção e, sem hesitar, confia o seu voto a ela<sup>6</sup>.

No entanto, ante o panorama atual em que temos vinte e oito partidos com representação no Congresso dentre as trinta e cinco agremiações registradas perante o TSE<sup>7</sup>, sendo que mais sessenta e seis partidos políticos estão em formação<sup>8</sup>, atenta-se este estudo à relação que pode ser estabelecida entre a

<sup>2</sup> Vide matéria do Jornal Estadão. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,barroso-libera-para-analise-acao-sobre-candidatura-avulsa,70002012959>>. Acesso em: set/2017.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> SANTANO, Ana Cláudia. *Vamos discutir os deveres dos partidos na democracia brasileira?* JOTA. 01.03.2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-vamos-discutir-os-deveres-dos-partidos-na-democracia-brasileira-01032016>>. Acesso em: set/2017.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> CAMPOS NETO, Raymundo. *A democracia interna nos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 69.

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos em Formação*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/partido-em-formacao>>. Acesso em: set/2017.

presente fragmentação política e o correspondente pluralismo social. Há que se questionar se a representação político partidária efetivamente logra sucesso no exercício de suas funções diante da reordenação política do espaço público e das esferas da sociedade. E, assim sendo, investigar se há uma abstenção de observância de seus deveres democráticos, arriscando, até mesmo, os valores que levaram à sua criação.

Dessarte, posto que impossível abarcar todos os desdobramentos inerentes ao tema, busca-se expor, preliminarmente e em linhas gerais, a respeito do papel dos partidos políticos no âmbito do desenvolvimento da sociedade, destacando suas funções e atribuições legais no âmbito da representação democrática. Na sequência, a partir de um breve resgate do histórico partidário brasileiro, pretende-se uma análise acerca da representação pluripartidária e sua relação com o pluralismo jurídico e social presente na atualidade.

Para tanto, reputou-se adequada a utilização de uma metodologia descritiva, partindo de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, todas pertinentes a um embasamento crítico da matéria, a fim de identificar, ao final, se a luta agonística em um cenário democrático e plural teria limites, vez que afetaria diretamente o próprio significado de pluralismo e implicaria em uma seleção de quais lutas seriam reconhecidas como legítimas<sup>9</sup>, partindo do pressuposto de uma necessária articulação entre a representatividade e a complexa composição social atual.

## 2. PARTIDO POLÍTICO E SUA FUNÇÃO DE REPRESENTAÇÃO: ASPECTOS DE FORMAÇÃO E UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

É possível considerar que, no momento contemporâneo, as entidades partidárias assumem um verdadeiro “monopólio” do sistema eleitoral, definindo, até mesmo, o perfil das ações realizadas pelo Estado<sup>10</sup>. E não poderia ser de outra forma, vez que a democracia brasileira tem seu fundamento na força e qualidade de seus partidos políticos<sup>11</sup>. No entendimento de Caggiano, inclusive, a agremiação partidária assume a posição de “mecanismo de comunicação”, atuando para o “recrutamento dos governantes e à socialização política”<sup>12</sup>. Pois, sem eles, setores sociais podem encontrar-se excluídos ou prejudicados, mitigando os fundamentos democráticos.

<sup>9</sup> MOUFFE, Chantal. *Agonística – pensar el mundo politicamente*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 14-32.

<sup>10</sup> GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 109.

<sup>11</sup> SANTANO, Ana Cláudia. 2016, Op. cit.

<sup>12</sup> CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Direito Parlamentar e direito eleitoral*. São Paulo: Manole, 2004, p. 105.

A partir da lição de Marx, citado por Orides Mezzaroba, os partidos constituem um movimento proletário que se modifica a cada etapa, caracterizando-se uma organização transitória, que, no momento em que alcança seus objetivos específicos, deve alterar a forma e estratégia a fim de estabelecer uma nova organização partidária e adequar-se ao novo contexto. Assim, o partido político assumiria a função de orientador, de forma que cada região disporia de um partido com suas especificidades, repudiando a noção de partido único.

Já na visão de Gramsci, novamente por Mezzaroba, a entidade partidária assume papel de “agente da vontade coletiva”, realizando uma reforma intelectual e moral sem abandonar, contudo, a propaganda, fomentando um espaço dedicado à vontade coletiva. Nesses termos, constituiria uma organização universal<sup>13</sup>.

Ainda por Orides Mezzaroba, segundo Maurice Duverger, o partido político pode ser visto, primeiramente, como uma organização que reúne variados indivíduos politicamente dispersos, mas que, a partir de uma segunda análise, constitui um modelo de disposição centralizada e absoluta<sup>14</sup>. Dessarte, a teoria orgânica dos partidos permite consolidar o partido político como espaço de conscientização política e luta, para além de instrumento de atuação representativa<sup>15</sup>.

Jairo José Gomes compreende por partido político a livre associação de pessoas em uma organização estável a fim de alcançar ou manter o poder político-estatal, garantindo a autenticidade do sistema representativo e regular funcionamento do governo e das instituições, sem olvidar da implementação dos direitos humanos fundamentais<sup>16</sup>.

Cabe ressaltar, aqui, que as agremiações políticas se distinguem de outros entes tais como grupo, seitas, facções, ligas, clubes ou comitês, vez que, na rígida definição de partido de Joseph LaPalombara, a pretensão do partido político é de chegar ao poder e exercê-lo, e não simplesmente influenciar o poder<sup>17</sup>, como fazem os demais grupos de interesse.

Consoante Paulo Bonavides, existem alguns aspectos de relevância diferenciada quando se fala em organizações político-partidárias, que são, (i) a identificação com um grupo social, somado a um (ii) princípio de organização, os quais pautam-se por (iii) ideias e princípios que movem e inspiram seus participantes a fim de (iv) tomar o poder, sobretudo, sob um (v) sentimento de manutenção desse poder ou domínio do governo, quando o alcança, enfim<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> BORGES FILHO, Nilson; MEZZAROBIA, Orides. *O Partido Político em Marx, Engels e Gramsci*. In: *Resenha Eleitoral*, 2ª ed., n° 05. Florianópolis: TRE-SC, 1995.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> GOMES, José Jairo, 2016, Op. cit., p. 110.

<sup>17</sup> LAPALOMBARA, Joseph. Apud. GOMES, José Jairo, 2016, Op. cit., p. 111-112.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 372.

É fato que, ao tratar do papel dos partidos políticos na democracia, resta imperioso também analisar as funções por eles empreendidas, como acentua Santano, na medida em contribuem ao relevo que o papel das organizações partidárias assume, caminhando para além de um vínculo Estado-estrutura e Estado-comunidade (sociedade política e civil), em que há a compreensão da comunidade como “único sujeito politicamente atuante”, considerando a complexidade da sociedade contemporânea<sup>19</sup>.

Nesse sentido, para a doutrina Ken Kollman, interessam três categorias de funções – à título de papel atribuído ou desempenhado – que cumprem aos partidos políticos executar ante o panorama atual. A primeira diz respeito ao governo, em que as entidades partidárias influenciam diretamente a atuação dos agentes públicos e ditam a ação governamental a fim de alcançar os objetivos que se pretendem. A segunda, por sua vez, toca à organização, de forma que os partidos reúnem esforços com o propósito de elegerem seus candidatos e políticos, selecionando representantes e promovendo suas campanhas. E, por derradeiro, a terceira categoria refere-se ao eleitorado, em que os partidos oferecem orientação e auxílio aos eleitores a direcionar o voto, identificando os interesses, valores, ideias e objetivos defendidos pela agremiação, a fim de representá-los e exprimir sua vontade quando no poder<sup>20</sup>.

Assim, a partir de tais categorias, é possível colher funções de intermediar, aglutinar, incorporar e executar as vontades individuais, como entidades aptas a aperfeiçoar o sistema de representação política<sup>21</sup>. Como instrumento “aglutinador de vontades” cada partido admite uma concepção de mundo e, através da concorrência de vontades, cada um dos partidos busca demonstrar como universal a vontade individual do grupo político<sup>22</sup>. No ensinamento de Sigmund Neumann, “ser partido” é construir uma identificação com um determinado grupo, distanciando-se dos demais, por meio de um programa político específico<sup>23</sup>.

Como ensina Raymundo Campos Neto, todas essas funções inerentes às agremiações partidárias são resultado de idealizações evolutivas, desde a origem na Europa e nos Estados Unidos do século XIX, com a proeminência da burguesia, um amadurecimento do sistema político e da divisão do trabalho<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> SANTANO, Ana Cláudia, 2017, Op. cit., p. 1286.

<sup>20</sup> KOLLMAN, KEN. *The American political system*. 2 ed. New York: W.W. Norton&Company, Inc., 2014, p. 411.

<sup>21</sup> MEZZARROBA, Orides. (Re)pensar o partido político como instrumento fundamental para consolidação da democracia representativa. In: SALGADO, Eneida Desiree. DANTAS, Ivo (Coord.). *Partidos políticos e seu regime jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 168-169.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>23</sup> NEUMANN, Sigmund. *Partidos políticos modernos: iniciación al estudio comparativo de los sistemas políticos*. Madrid: Tecnos, 1966, p. 595.

<sup>24</sup> CAMPOS NETO, Raymundo, 2017, Op. cit., p. 43.

De proa, reputa-se proveitoso acrescentar ao estudo a perspectiva histórica, através da qual se busca a formação e desenvolvimento dos partidos, assim como seu relacionamento com o processo político, cujo aspecto dinâmico e mutável tornou o cenário atual em um grande complexo plural.

A teoria dos partidos busca investigar o surgimento das organizações políticas por meio da perspectiva interna e externa, em relação à consolidação do Parlamento<sup>25</sup>. Na teoria interna, a emergência dos partidos políticos estaria intrinsecamente ligada ao princípio dos grupos parlamentares e dos comitês eleitorais, com um fracionamento político do Parlamento. Assim, na medida em que os agrupamentos parlamentares organizavam as atividades e propostas em comum acordo, os comitês eleitorais restavam responsáveis por reunir apoio popular<sup>26</sup>. É da articulação desses dois grupos, segundo Mezzaroba, que nasce a concepção de moderna de partido.

Já para a teoria externa, o partido não tem relação com a existência do Parlamento, uma vez que diz respeito à organização social e vontade dos agentes da sociedade que desejem participar do processo de decisão política. Mezzaroba aponta que os partidos podem vir a constituir-se antes mesmo do Parlamento<sup>27</sup>, bem assim para exigir a institucionalização de órgãos representativos<sup>28</sup>. Dessa forma, o partido assumiria uma dimensão histórico-teórica, como um “fenômeno histórico mundial”<sup>29</sup>.

A democracia representativa partidária é resultado, portanto, do fracasso da ideia de “democracia representativa” do pensamento liberal clássico, em que bastava ao representante a função formal, determinando as prioridades para o Estado<sup>30</sup>. Assim, o conceito de representação política não se verificava reunido em “partidos políticos”<sup>31</sup>, não haviam critérios de representatividade. Pois, enquanto para o liberalismo a vontade geral era posta como “unidade e mito legitimador do Estado”, para a democracia representativa subsequente a legitimação dos órgãos de representação política encontra-se, fundamentalmente, na articulação e interação de interesses das mais variadas camadas e níveis sociais, cuja realização se dá pelos partidos políticos<sup>32</sup>.

Ademais, percebe-se que o surgimento dos partidos políticos seguiu uma tendência semelhante em nível mundial. Foi na Inglaterra, após o reinado

<sup>25</sup> CHARLOT, Jean. *Os partidos políticos*. Trad. Carlos Alberto Lamback. Brasília: UnB, 1982, p. 7-18.

<sup>26</sup> MEZZAROBA, Orides, 2013, Op. cit., p. 173.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> CERRONI, Umberto. *Teoria do partido político*. Trad. Marco Aurélio Nogueira e Sílvia AnetteKneip. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1982, p. 12-19.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> MEZZAROBA, Orides, 2013, Op. cit., p. 168.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 169.

de Isabel, 1680, que emergiram os primeiros grupos de intenção política: os chamados “Tories” e “Whigs”, representantes do feudalismo agrário inglês e da porção capitalista, respectivamente, os quais, mais tarde, ensejaram o surgimento dos tradicionais conservadores e liberais<sup>33</sup>.

Já na França, por sua vez, a Revolução de 1789 permitiu a implementação de associações civis e clubes que, posteriormente, deu azo à criação do chamado “Clube dos Jacobinos”, de cunho monarquista, que aderiu ao movimento revolucionário pós Luiz XVI. O governo de Bonaparte consolidou os partidos na ordem constitucional francesa, também denominados conservadores e liberais. A Alemanha seguiu os padrões ingleses, em 1848<sup>34</sup>. Na América estadunidense, o partido democrático foi idealizado na Convenção de Filadélfia, em 1787, após a independência das colônias, gerando o partido republicano em 1854<sup>35</sup>. Conforme descreve Pinto Ferreira, mesmo com uma interpretação pouco favorável de pensadores e políticos como John Marshall, Henry Jones Ford, Alain, Bolingbroke, Hume, Hobbes, Condorcet, Tocqueville e Balzac, por exemplo, não prosperaram as críticas, de forma que as constituições do século XX institucionalizaram em nível de conteúdo a existência de partidos políticos<sup>36</sup>.

O Brasil também possuiu os partidos conservador e liberal em 1838. A corrente republicana tomou força ainda durante o Império, transformando-se no partido republicano em 1870, o qual sucumbiu às potências de São Paulo e Minas Gerais na República do Café, restando dividido em partido republicano paulista e partido republicano mineiro<sup>37</sup>. Os partidos de esquerda surgiram no início do século XX com a organização da massa proletária na reivindicação por conquista de direitos, principalmente, trabalhistas.

Quanto à previsão constitucional<sup>38</sup>, as Constituições de 1824 e 1891 ignoraram a existência dos partidos políticos, inclusive, dos partidos regionais. Já a assembleia constituinte de 1934 demonstrou o desdenho dos legisladores pelas entidades, enfatizando o fracasso dos partidos políticos e opinando pela sua supressão. O tenentismo, presente na década de 1930, refutava veementemente a ideia de multipartidarismo no Brasil. O movimento pregava apenas a criação de conselhos federais, estaduais e municipais para que, dentre seus integrantes, fossem eleitos “representantes do povo”<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> SANTANO, Ana Cláudia. Os partidos políticos. Paraná Eleitoral, Curitiba, n. 62, out/dez 2006.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> PINTO FERREIRA, Luis. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.I, p. 320-321.

<sup>37</sup> SANTANO, Ana Cláudia. 2006, Op. cit.

<sup>38</sup> Ver mais em: DANTAS, Ivo. Teoria Brasileira dos Partidos Políticos: breves notas ao art. 17 da Constituição Federal de 1988. In: SALGADO, Eneida Desiree. DANTAS, Ivo (Coord.). *Partidos políticos e seu regime jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 38.

<sup>39</sup> Idem.

Somente após o Estado Novo que se iniciou, efetivamente, a criação da estrutura partidária brasileira. A nova assembleia constituinte mostrava-se preocupada em instalar a democracia representativa, com a criação dos tribunais regionais eleitorais e de um Supremo Tribunal, a fim de impedir fraudes e controlar as candidaturas, a instituição do voto obrigatório e universal, com o voto feminino e secreto, bem como os sistemas de eleições para os cargos de comando e para o Poder Legislativo<sup>40</sup>.

Dessa forma, a primeira Constituição a mencionar a estrutura político partidária foi a Carta de 1946, ainda de maneira repressiva e estritamente burocrática. A propósito, nos anos que se seguiram até 1965, os partidos políticos buscaram sua valorização e fortalecimento, em decorrência da ampliação do sufrágio e de mobilização de forças sociais, resultando em partidos de dimensão nacional com significativa participação popular<sup>41</sup>. No entanto, com o advento do Ato Institucional nº 4, em período militar (1964), foi declarada a extinção das entidades partidárias, permitindo a permanência apenas de duas associações com “função de partidos”: “Arena” e “MDB”<sup>42</sup>.

Porém, adveio a Constituição de 1967 no sentido contrário, assim como a de 1969 permitiu um considerável aumento de disposições sobre a organização de partidos, versando sobre a imunidade tributária, comissões parlamentares de inquérito, funcionamento e extinção, entre outras<sup>43</sup>. Em 1979 iniciou-se o que se pode considerar pluripartidarismo, com a exigência de uma base eleitoral mínima para atuação. Contudo, somente após o processo de redemocratização, em 1985, que os partidos adquiriram especial relevância no cenário político e social, ampliando, então, o pluripartidarismo.<sup>44</sup>

Em 1988, na medida em que a Carta Constitucional conferiu autonomia ao partido político para definir estrutura, organização e funcionamento, revelou a adoção do princípio da liberdade de organização como parâmetro<sup>45</sup>. Contudo, tal liberdade não é absoluta, devendo observar as restrições legais estabelecidas. De forma sintética, é possível afirmar que a redação “constitucionalizou” o partido político, a título de “força política institucionalizada”<sup>46</sup>. Assim, o art. 17 da Constituição Federal de 1988 fixa, em seu *caput*, o conteúdo e pressupostos para “fusão, incorporação e extinção”, quais sejam, a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> DANTAS, Ivo, 2013. Op. cit., loc. cit.

<sup>43</sup> SANTANO, Ana Claudia, 2006, Op. cit.

<sup>44</sup> DANTAS, Ivo, 2013. Op. cit., loc. cit.

<sup>45</sup> GOMES, José Jairo. 2016. Op. cit., p. 113.

<sup>46</sup> DANTAS, Ivo, 2013. Op. cit., p. 40.

<sup>47</sup> Idem.

### 3. A RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE PLURALISMO POLÍTICO E PLURALISMO SOCIAL

Consoante aponta Gilmar Ferreira Mendes, o processo de formação da vontade política projeta-se para além do momento eleitoral, pois, quando os partidos desempenham suas funções na relação entre Estado e sociedade funcionam como instituições permanentes de participação política<sup>48</sup>.

Considerando a evolução político partidária, o problema que persiste na contemporaneidade é a expressão da vontade popular dentro de um complexo de vontades individuais. Se os partidos políticos são também responsáveis pela formação e manifestação da vontade popular, são instrumentos de redução dessa complexidade. Assim, devem saber como “canalizar esse processo” de forma a expressar efetivamente a pluralidade que existe<sup>49</sup>.

A eleição de representantes pelos cidadãos é uma das realizações do princípio da representação política, um dos corolários do Estado Democrático de Direito, evidenciando a manifestação da vontade popular, vez que os representantes “expressarão as demandas sociais pelas quais foram eleitos”<sup>50</sup>. Conforme leciona Santano, a representação política torna-se um meio pelo qual o partido leva aos órgãos e instituições as demandas sociais e envolvendo-as nas questões de política pública. Contudo, diante da atual complexidade e da corrente ampliação da base eleitoral, há que se reconhecer que a ideia clássica de representação política se encontra distorcida, o que dificulta a relação entre representante e representado<sup>51</sup>.

A própria democracia traz a ideia de soberania popular, refletida pela liberdade de eleição e uma disputa igualitária pelo poder, com periodicidade e mudança<sup>52</sup>. E é aqui que o pluralismo político adquire especial importância, vez que a essência do Estado Democrático é a participação livre e ilimitada nos processos políticos e sociais<sup>53</sup>. Foi no pós-guerra que a teoria democrática adquiriu força e, por conseguinte, atribuiu destaque à noção de pluralismo político no cenário constitucional e institucional, quando vários grupos demonstraram interesse e influência no processo de tomada de decisões do Poder Executivo. Assim, o processo de governo caracterizar-se-ia pela gama plural de grupos de interesse que, competindo entre si, buscavam o resultado das decisões políticas<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 753 e ss.

<sup>49</sup> SANTANO, Ana Cláudia. 2017, Op. cit., p. 1287.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> LOWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Reimp. Barcelona: Ariel, 1979, p. 95.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 422-424.

<sup>54</sup> SANTANO, Ana Cláudia. 2017, Op. cit., p. 1286.



Foi a partir da década de 1960 que o pluralismo partidário começou a ser visto como a defesa e legitimação por excelência do princípio que respeita a pluralidade – em que a maioria deve observar, também, os direitos das minorias e exercitar seu poder com moderação, sendo limitada, justamente, pela pluralidade<sup>55</sup>. À vista disso, conforme Santano, o processo de decisão política encontraria sua garantia pela comum aceitação da diversidade de opiniões e através do pluralismo social, o que se traduz na formação da vontade popular por meio de um “processo dialético de compensação de forças políticas operando na sociedade”<sup>56</sup>.

Porém, em decorrência de outros fatores que influenciam no panorama institucional, grande parte da força política carece, a priori, da “possibilidade real de obter representação política”, atingindo a credibilidade de um pluralismo político efetivo<sup>57</sup>. A questão está em investigar se a fragmentação dos partidos políticos possui uma relação e correspondência adequada à fragmentação social.

Segundo Boaventura de Souza Santos, a pluralidade de direitos diz respeito a um amplo processo de relações capitalistas, as quais envolvem práticas sociais, formas institucionais, mecanismos e relações de poder, racionalidades e diferentes formas jurídicas, permeando conflitos sociais, de maneira que se cria um espectro de interações que ele denomina “espaços-tempo-estruturais”<sup>58</sup>. E, nesse âmbito, a percepção da pluralidade se dá em cada “contexto estrutural” e a forma jurídica por ele abarcada<sup>59</sup>.

Assim, considerando que as categorias classistas antes restritas à conservadores e liberais, progressistas e conservadores, direita ou esquerda, não se encontram mais puras e bipartidas. Isso significa que a fragmentação social positiva que havia no início da representação política, típica de um contexto de segregação, em que importavam apenas o homem, branco e rico, não mais reflete a materialidade dos conflitos sociais contemporâneos. Pelo contrário, a clivagem socioeconômica atual subsiste, inclusive, dentro do Parlamento.

Nesse sentido, a questão da representatividade diz respeito tão somente à concepção de “partido-classe”, ou seja, quanto ao grau em que um partido representa determinada classe social. Nesses termos, o partido só será efetivamente “representativo” se caminhar além da identificação simbólica, preocupando-se em converter os interesses gerais dessa classe em políticas específicas, a depender da própria autonomia partidária e do sistema partidário em que

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Idem.

<sup>58</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988, p. 76.

<sup>59</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. 2015, Op. cit., p. 253 e ss.

se vê inserido, o qual irá determinar as condições para a atuação de seus membros e o sistema de alianças a ser firmado.<sup>60</sup>

Considerando, então, que o pluralismo político existente – previsto, inclusive, constitucionalmente – pretende em sua essência abarcar o pluralismo social e sua complexidade, importa compreender como pode se dar tal conglobação. Quer-se ressaltar, na dinâmica atual da representatividade, se há uma efetiva atuação dos partidos políticos como representantes democráticos da multifacetada composição social e identificar os vícios que transpassam este processo.

Nessa toada, é sob o influxo do pluralismo jurídico que se torna possível estender uma ponte normativa ao pluralismo social e político. Para Raquel Irigoyen, citada por Wolkmer, o pluralismo jurídico trata-se de uma existência simultânea de diversos sistemas de regulação social e resolução de conflitos, baseados nas mais diversas questões (étnicas, culturais, históricas, ideológicas, políticas) ou pela conformação social que os atores sociais ocupam<sup>61</sup>. Partindo dessa conceituação, seria possível admitir, indubitavelmente, um pluralismo jurídico inserido no âmbito da representatividade político partidária.

Dessa forma, o sistema multipartidário atual traduz-se na composição do governo em coligações, com uma representatividade que define o parlamento como heterogêneo e com instabilidade em suas proposições<sup>62</sup>. Em realidade, o pluripartidarismo ou multipartidarismo caracterizam-se por grupos organizados e estáveis, com partidos efetivamente representativos e fortes, tornando todo o sistema democrático concreto.

Segundo Maurice Duverger, o sistema multipartidário pode se originar de vários elementos e que há tipos de multipartidarismos. Com base nas alianças formadas, há, na verdade, um multipartidarismo fictício, revelando-se um bipartidarismo. Explica-se: conforme a disciplina e força política, os partidos rígidos com disciplina de voto reunirão a maior parte do parlamento, desconfigurando, assim, o “multipartidarismo” existente. Ainda Duverger completa que em um Estado em que a opinião política divide-se em vários e numerosos grupos, porém, instáveis, efêmeros e fluidos, não há a concepção verdadeira de multipartidarismo<sup>63</sup>.

No regime de partidos, procura-se, a propósito, representar as várias correntes de opinião, com representação proporcional, a fim de não excluir a voz

<sup>60</sup> Cf. SOUZA, Maria do Carmo C. Campello de. *Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930 a 1964)*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1983.

<sup>61</sup> IRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Um nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinário. Colômbia, Perú y Bolívia. In: *Desfatiendo Entuertos*, 1995, p. 9 Apud. WOLKMER, Antonio Carlos. 2015, Op. cit., p. 256 e 257.

<sup>62</sup> SANTANO, Ana Claudia. BuscaLegis, Op. cit.

<sup>63</sup> Cf. DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

das minorias. É o caráter democrático inerente à representação partidária<sup>64</sup>. Contudo, ao analisar o sistema multipartidário, João Pedro Galvão de Souza identifica uma alteração substancial da representação política em decorrência do regime partidário. Segundo ele, o parlamento passa a ser fonte de decisões partidárias, em que os parlamentares em mandato decidem tão somente com base na ideologia do seu partido. Por consequência, o mandato torna-se imperativo, sem que o representante político decida por si em prol dos interesses que se comprometeu em cumprir. E, por derradeiro, conforme aponta Galvão de Souza, as eleições tornam-se plebiscitárias, na medida em que busca-se eleger apenas um programa partidário<sup>65</sup>.

Mezzaroba vai além e conclui que os representantes passam a figurar meros executores das metas programáticas na busca pelo poder ou pelas benesses concedidas à organização “partido político”, porém não mais atores do processo político<sup>66</sup>.

#### 4. ESTADO DE PARTIDOS: É POSSÍVEL FALAR EM UMA CRISE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO CONTEXTO ATUAL DE PLURALISMO SOCIAL?

Conforme Celso Ribeiro Bastos, o partido político é necessário. É uma necessidade, inclusive, do próprio governo, pois somente através da representação político partidária é obtido o apoio da sociedade e a participação dos grupos sociais na consecução dos objetivos governamentais<sup>67</sup>.

A democracia partidária ou o Estado de partidos constituiu-se, conforme os ensinamentos de Kelsen<sup>68</sup>, por um sistema em que o partido detém o mandato político e os representantes eleitos ocupam “uma função partidária comissionada”, Assim, o partido político poderia alcançar o escopo que pretendia sua criação, ou seja, aglutinar as vontades individuais, fixando as metas necessárias à realização na vontade estatal.

Há uma clara e evidente substituição do Parlamento para as sedes dos partidos, em que se parte da noção de governo de partidos para o Estado de partidos. Em seu sentido negativo, tal condição político partidária seria o

<sup>64</sup> Giovanni Sartori chama a concorrência eleitoral com caráter democrático de “poliarquia de elites eleitas” ou então “um sistema seletivo de minorias eleitas em competição”. Ver mais em: SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Fundo de Cultura Brasil/Portugal, 1962 Apud. SANTANO, Ana Claudia. 2006, Op. cit.

<sup>65</sup> Ver mais em: SOUZA, João Pedro Galvão de. *Da Representação Política*. São Paulo: Saraiva, 1971.

<sup>66</sup> MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 173.

<sup>67</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

<sup>68</sup> De acordo com Mezzaroba, foi Kelsen quem apresentou o modelo com o nome de Estado de Partidos. *Ibidem*, p. 78.

reflexo da utilização dos partidos para os interesses privados elitistas, camuflados com as mais variadas ideologias. Ou então, a ideia de que os partidos tornaram-se barreiras de acesso dos indivíduos para a reivindicação de interesses gerais ao Estado<sup>69</sup>.

Entretanto, como bem elucidada Ana Claudia Santano, no momento em que tem-se a simples impressão de que o Estado de partidos se sobrepõe à democracia de partidos, há uma manifesta distorção<sup>70</sup> – ou quiçá, mitigação – dos valores constitucionais essenciais ao pluralismo político. Pois, ainda que justifique-se tais distorções, a função da entidade partidária como peça chave da relação sociedade-Estado apresenta uma perda “qualitativa” da representatividade.

As distorções influenciam diretamente na representação, na medida em que os partidos majoritários restarão favorecidos. Em função disso, o processo de tomada de decisões em âmbito legislativo também será afetado por tal “déficit representativo”, relegando interesses sociais, marginalizando-os ou realizando uma sub-representação de suas vontades<sup>71</sup>. Nas palavras de Santano, no Estado de partidos, “o parlamento se descaracteriza como a casa do povo para se tornar uma casa de partidos”<sup>72</sup>.

É fato que a Lei de Partidos nº 9.096/95 regulamentou como deve se dar a criação dos partidos, estabelecendo requisitos para que logo que registrada a personalidade jurídica, o estatuto da organização seja registrado no Tribunal Superior Eleitoral. Para tanto, admite-se o registro do partido de caráter nacional que, no período de dois anos, comprove o apoio de eleitores não filiados, correspondente ao mínimo de 0,5% dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados – excluindo-se os votos nulos e em branco – distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% do eleitorado que haja votado em cada um deles<sup>73</sup>.

É esse registro, também, que permite que o partido participe efetivamente do processo de candidatura eleitoral, receba os recursos provenientes do fundo partidário e tenha acesso gratuito ao rádio e televisão – o chamado direito de antena. Ainda, assegura a exclusividade da denominação partidária, bem como a sigla e os símbolos, vedando a utilização por qualquer outra agremiação<sup>74</sup>. Nesse sentido, a ideia de coligação viria a somar à representação político partidária, na medida em que constitui um “consórcio de partidos políticos” com o intuito de atuar conjuntamente na disputa eleitoral.

<sup>69</sup> SANTANO, Ana Claudia. 2017, Op. cit., p. 1279.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 1287.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 1288.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 1280.

<sup>73</sup> GOMES, José Jairo. 2016, Op. cit., p. 115.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 116.

Todavia, a crítica que este estudo pretende avocar é a mesma percebida por Bonavides, em que há uma real “despolitização” interna das entidades partidárias, reduzindo-as em “máquinas de indicar candidatos, recrutar eleitores, captar votos”<sup>75</sup>. Ocorre que, após obterem o status de “partidos”, muitos não cumprem seus deveres democráticos como representantes populares<sup>76</sup>. Aqui cabe ressaltar a doutrina de Ferreira Filho, em que constata a existência de um número expressivo de partidos e uma correspondente ausência de autenticidade, encerrando um verdadeiro individualismo político<sup>77</sup>. É absolutamente oposto ao que se propõe o preceito constitucional de pluralismo. É, em verdade, o que Duverger chama de fictício, como já aventado.

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral registrou cinquenta pedidos para criação de partidos políticos<sup>78</sup>. É custoso para o próprio Estado manter e compor a coalização governamental diante de tantas organizações. A maioria dessas agremiações são “nanicas”, com pouca expressão no contexto sociopolítico e com a sobrevivência apenas em razão de suas legendas<sup>79</sup>. Como José Jairo Gomes elucida, são “pequenas oligarquias a serviço de uma ou outra personalidade”, com quase nenhuma abertura a novas ideias ou renovação política, estratégia de governo ou defesa de interesses<sup>80</sup>.

Acentua Luiz Roberto Barroso, nesse sentido, que o presente sistema partidário brasileiro pode ser caracterizado por uma “multiplicação de partidos com baixa consistência ideológica e nenhuma identificação popular”<sup>81</sup>. O que há é um novo coronelismo, só que com feições distintas, com o domínio da comunicação social e midiática a fim da implementação de “pseudogramas” assistencialistas, cativando a parcela mais pobre da população com propostas infundadas<sup>82</sup>.

No dizer de Celso Campilongo, a revelação de que a representação política é uma instituição em crise compreende desde as razões de distanciamento e/ou aproximação entre representados e representantes, a burocratização própria das entidades partidárias, a ausência de controle dos mandatários, o desajuste entre

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. 2010, Op. cit., p. 386-421.

<sup>76</sup> SANTANO, Ana Claudia. *Vamos discutir...*, 2016. Op. cit.

<sup>77</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124.

<sup>78</sup> TSE analisa 50 pedidos de criação de partidos. *Em.com.br*. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/08/interna\\_politica,837888/tse-analisa-50-pedidos-de-criacao-de-partidos.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/08/interna_politica,837888/tse-analisa-50-pedidos-de-criacao-de-partidos.shtml)>. Acesso em set/2017.

<sup>79</sup> GOMES, José Jairo. 2016, Op. cit., p. 139.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081/DF* – Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 27.05.2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adi-5081-fidelidade-partidaria-cargos.pdf>>. Acesso em set/2017.

<sup>82</sup> Gomes, José Jairo, 2016, Op. cit., p. 140.

as formas políticas e econômicas, de forma que possui intrínseca relação com a crise do trabalho, do capital, inclusive, da organização e função do Estado<sup>83</sup>.

A crise dos partidos políticos, ainda por Campilongo, reflete a incapacidade atual dessas organizações em filtrar as demandas sociais e transformá-las em decisões políticas<sup>84</sup>. Desse modo, o fracasso das entidades partidárias como “locus de representação” de interesses é encontrado na perda de suas reais funções de agregação social e diante dos novos limites e padrões de conflitos instaurados pela ordem sócio econômica contemporânea. Segundo ele, diante da fragmentação dos interesses sociais, há uma pluralidade de lutas que vão além aos trâmites oficiais e ensejam a multiplicidade insurgente de outras arenas de decisão<sup>85</sup>.

A fim de frear essa explosão partidária, a proposta da reforma política pretende a criação da chamada “cláusula de barreira”. Tal mecanismo limita o acesso ao fundo partidário e ao tempo de rádio e televisão para a propaganda eleitoral, ficando o direito resguardado às organizações que obtiverem um desempenho mínimo nas eleições. Dessa forma, a medida ajudaria a sanear a fragilidade atual do sistema, organizando o acesso e gerenciamento dos recursos públicos. Como aponta Santano, no cenário atual, mesmo que o partido não apresente qualquer candidato à eleição, já possui direito a receber o subsídio, simplesmente por estar registrado perante o Tribunal (TSE)<sup>86</sup>.

Assim, para fins desse estudo, poderia ser considerado um partido de qualidade aquele que cumpre com as funções elencadas por LaPalombara. Aquele que é ativo no Estado, que apresenta candidaturas, fomentando o debate público e representando, efetivamente, uma classe de interesses. Ou seja, que possua identidade.

A participação no debate público reflete a formação de uma agenda pública concreta, conduzindo a causa da sociedade ao Estado. Em contrapartida, o que ocorre na prática contemporânea é o inverso, em que os partidos ocupam uma posição muito mais próxima do Estado do que da sociedade. Novamente, aqui encontra-se a teoria do Estado de Partidos, pois, fato é que a proximidade atual dos partidos com o Estado brasileiro constitui um cenário desfavorável à democracia representativa<sup>87</sup>.

Em nome do “pluralismo político” várias siglas aparecem apenas em período eleitoral, sem uma pauta clara, utilizando-se de palavras-chave na tentativa de representar o “pluralismo social”. Há o partido militar (PMBR), o conservador

<sup>83</sup> CAMPILONGO, Celso F. *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo: USP, 1987, p. 96-132.

<sup>84</sup> Idem.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>86</sup> SANTANO, Ana Claudia. *Vamos discutir...*, 2016, Op. cit.

<sup>87</sup> Idem.

(Paco) e o federalista (PF). O da saúde (PNS), o do esporte (PE) e o da segurança (PSPC). O da família (PFB), o da favela (Frente), o pirata (Piratas) e o corinthiano (PNC). Há a Aliança Renovadora Nacional (Arena) ou União Democrática Nacional (UDN). Só cristãos, há sete, entre os quais o democrata (PDC), o liberal (PLC), o progressista (PPC) e o ecológico (PEC). Nesses termos, Ana Claudia Santano questiona se há realmente um leque de ideologias tão amplo e variado que enseje, necessariamente, a criação de tantas siglas semelhantes<sup>88</sup>.

É fora de dúvida que os vícios apontados enfraquecem o sistema. Mas é certo que, no quadro atual, não é possível a representação política fora do esquema partidário. E isso não só no aspecto prático, mas também no jurídico. Não se pretende, aqui, defender uma crise ou, então, proteger a manutenção atual do cenário político, mas tão somente oferecer uma análise acerca da efetiva representação dentro de um contexto de sociedade plural. Ainda que a crise não tenha origem nos partidos políticos, com certeza encontra-se como consequência.

Pois, o pluripartidarismo pregado pela Constituição não é traduzido em número de siglas ou coligações. Ao revés, é consolidado quando o eleitor efetivamente se identifica com uma opção e confia nela seus interesses e vontades particulares, para, em uma vontade geral e programa partidário, seja instaurado na competição política e alcance o poder, implementando medidas eficazes à realização dessa vontade. Bem assim o real pluralismo político, em que o direito das minorias encontra, então, preservação e confere voz e apoio social à suas causas, através de uma agremiação que caracterize sua representatividade.

No Brasil, a filiação a um partido político configura-se condição de elegibilidade, na medida em que sem a filiação a alguma entidade partidária não há candidatura a cargo eletivo (artigo 14, parágrafo 3º, inciso V). Nesse cenário de crise que fora apresentado, imperam algumas considerações sobre a possibilidade de candidaturas avulsas. Como pondera Marcelo Peregrino, no sistema atual já se encontra candidatos avulsos de seus partidos, de forma que o problema do sistema eleitoral reside mais na liberdade e autonomia para os eleitos, em relação ao partido, do que o contrário<sup>89</sup>.

Aponta Peregrino que o sistema interamericano já tratou das candidaturas avulsas em duas oportunidades, Caso Yatama vs. Nicarágua, de 2005 e Caso Castañeda Gutman vs. México, em 2008<sup>90</sup>. E, de maneira geral, salvo o artigo de

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *Candidaturas avulsas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. CONJUR-Consultor Jurídico. Opinião. 12.06.2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-12/marcelo-peregrino-candidaturas-avulsas-sistema-interamericano-direitos-humanos>>. Acesso em set/2017. Marcelo Peregrino menciona Jairo Nicolau, que propõe: i) redução da fragmentação partidária; ii) correções no sistema representativo; iii) fortalecimento dos partidos.

<sup>90</sup> Idem.

Marcelo Peregrino, o tratamento da matéria tem sido o de citar apenas o Caso Yatama vs. Nicaragua e ignorar o Caso Castañeda Gutman vs. México.

Em 2005, a Corte Interamericana se manifestou sobre os direitos políticos no precedente Yatama v. Nicarágua, caso em que várias pessoas foram impedidas de participar do pleito municipal do ano 2000 nas regiões autônomas do Atlântico Norte e Atlântico Sul, em função de uma resolução restritiva emitida pelo Conselho Supremo Eleitoral. Os candidatos de Yatama já haviam participado das eleições de 1990 e 1996 como “organização de subscrição popular”, vez que era permitida a participação política desde que se reunisse um mínimo de 5% (cinco por cento) de eleitores na respectiva circunscrição eleitoral, inscritos na lista de eleitores da eleição anterior. Na eleição do ano 2000 tal disposição foi suprimida pela lei eleitoral 9 (nove) meses antes das eleições, admitindo-se, exclusivamente, a atuação por meio de partidos políticos, o que constituía meio impróprio e desconhecido daquelas populações indígenas<sup>91</sup>.

Diante das circunstâncias, o Yatama acabou por não apresentar candidato, não tendo participado das eleições municipais do ano 2000 em virtude do indeferimento de seu registro, pela Justiça Especializada, considerando o descumprimento do tempo mínimo de seis meses da existência do partido antes das eleições. Assim, a Corte entendeu que a exigência de constituição do partido político foi “atentadora aos direitos políticos dos envolvidos, porque representava um grave obstáculo à sua efetiva participação política”. O estado da Nicarágua foi condenado pela violação do artigo 23 da Convenção Americana, dentre outros dispositivos<sup>92</sup>.

No Caso Castañeda Gutman vs. México, de 2008, discutiu-se a possibilidade de concorrência ao cargo de presidente do México sem a necessária filiação ao partido político, com fundamento no artigo 23 da Convenção Americana. Neste caso, houve a manifestação cautelar da Corte, conferindo ao autor o registro de candidato à presidente. O julgado demonstra que é possível a criação de limitações desde que realizada sob respaldo social e objetive o fortalecimento da democracia<sup>93</sup>.

Conforme Peregrino observa, ao analisar a restrição de um direito fundamental, a Corte Interamericana indaga a necessidade da limitação para o funcionamento de uma sociedade democrática. E, nesse sentido, examina se as hipóteses para o afastamento da capacidade eleitoral passiva se encontram

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Ver mais em: CARVALHO, Volgane Oliveira. O caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a lei das inelegibilidades (Lei complementar nº 64/1990). Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 106-122, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1622>>. Acesso em set/2017.



naqueles casos *numerus clausus* apontados pela Convenção Americana em seu artigo 23<sup>94</sup>.

Ademais, a Corte entendeu a necessidade de filiação partidária como um interesse público imperativo, considerando, para tanto, a necessidade de criar e fortalecer os sistemas partidários frente à realidade histórica, política e social, a necessidade de uma organização mais eficaz no processo eleitoral tendo em vista o grande número de eleitores, a necessidade de financiamento predominantemente público, a fim de “assegurar o desenvolvimento de eleições autênticas e livres em igualdade de condições” e, por derradeiro, a imprescindibilidade de fiscalização dos recursos utilizados nas eleições.<sup>95</sup>

Desse modo, tem-se que o pluripartidarismo não se resume em mera busca pelo poder por pequenas siglas com regularidade questionável, condicionando o povo eleitor ao papel de assistente de negócios. O pluripartidarismo constitucionalmente previsto elenca o interesse público como primazia de decisões, elenca o partido como representante, no significado pleno da palavra. Há que se repensar, afinal, o sistema partidário ante o cenário político “caótico” e de sub-representação que se apresenta.

## CONCLUSÃO

Tudo o que se está discutindo, desde o sistema partidário constitucional, passando pelo Estado de partidos, chegando até à crise de representação, só adquire algum sentido se observado em um sistema que obriga as candidaturas por meio de partidos. Sem dúvida, a vinda à superfície da discussão das candidaturas avulsas encontra seu fundamento e principal motivo na discussão acerca da crise de representação. E, se for realizada uma análise detida, hoje o que se tem são candidaturas avulsas revestidas de uma chancela partidária. “Quero ser candidato sem partido”, dizem os que se identificam fora do contexto abrangido pelas entidades.

A diversidade social é tanta, os atores sociais são tão variados que, mesmo sendo inúmeros, os partidos políticos não serão suficientes em representar segmentos tão particulares. Voltando à teoria geral dos partidos, cumpre questionar, diante desse cenário, para que servem, afinal, os partidos? Para representar as vontades futebolísticas de um grupo, ou as vontades ambientalistas de outro? O que se deve defender essencialmente um partido?

Parece adequado inferir, então, que a crise não é necessariamente dos partidos ou de representação, propriamente dita. Mas sim, fruto de um pluralismo social que não encontra respaldo – e sequer, permissividade – no sistema jurídico nacional, na medida que impõe candidaturas só por meio de partidos.

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. 2017, Op. cit.

Não se pretende, nesse singelo estudo, propor uma solução, ou quiçá, encontrar uma. Mas tão somente lançar a reflexão sobre o que está errado e (des)conforme com a democracia representativa e constitucional. Uma evidência é perceptível: não são os critérios para a criação de partidos. O problema que existe e a crise de representação vão mais além.

## REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BORGES FILHO, Nilson; MEZZAROBBA, Orides. *O Partido Político em Marx, Engels e Gramsci*. In: Resenha Eleitoral, 2ª ed., nº 05. Florianópolis: TRE-SC, 1995.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos em Formação*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/partido-em-formacao>>. Acesso em: set/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081/DF* - Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 27.05.2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adi-5081-fidelidade-partidaria-cargos.pdf>>. Acesso em set/2017.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Direito Parlamentar e direito eleitoral*. São Paulo: Manole, 2004.
- CAMPILONGO, Celso F. *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo: USP, 1987.
- CAMPOS NETO, Raymundo. *A democracia interna nos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- CARVALHO, Volgane Oliveira. *O caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos e seus reflexos sobre a lei das inelegibilidades (Lei complementar nº 64/1990)*. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 106-122, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1622>>. Acesso em set/2017.
- CERRONI, Umberto. *Teoria do partido político*. Trad. Marco Aurélio Nogueira e Sílvia AnetteKneip. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1982.
- CHARLOT, Jean. *Os partidos políticos*. Trad. Carlos Alberto Lamback. Brasília: UnB, 1982.
- DANTAS, Ivo. Teoria Brasileira dos Partidos Políticos: breves notas ao art. 17 da Constituição Federal de 1988. In: SALGADO, Eneida Desiree. DANTAS, Ivo (Coord.). *Partidos políticos e seu regime jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- DUVERGER, Maurice. *Os Partidos Políticos*. 6ªed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *Candidaturas avulsas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. CONJUR-Consultor Jurídico. Opinião. 12.06.2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-12/marcelo-peregrino-candidaturas-avulsas-sistema-interamericano-direitos-humanos>>. Acesso em set/2017.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- KOLLMAN, KEN. *The American political system*. 2 ed. New York: W.W. Norton&Company, Inc., 2014.
- LOWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Reimp. Barcelona: Ariel, 1979.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOUFFE, Chantal. *Agonística - pensar el mundo políticamente*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MEZZAROBBA, Orides. (Re)pensar o partido político como instrumento fundamental para consolidação da democracia representativa. In: SALGADO, Eneida Desiree. DANTAS, Ivo (Coord.). *Partidos políticos e seu regime jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

NEUMANN, Sigmund. *Partidos políticos modernos: iniciación al estudio comparativo de los sistemas políticos*. Madrid: Tecnos, 1966.

PINTO FERREIRA, Luis. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.I.

SANTANO, Ana Claudia. A democracia, a sociedade e os partidos políticos: uma análise da eventual existência de uma crise das organizações partidárias. In: *Quaestio Iuris*, vol. 10, nº 03, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/17578/21093>>. Acesso em set/2017.

SANTANO, Ana Claudia. *Os partidos políticos*. Paraná Eleitoral, Curitiba, n. 62, out/dez 2006.

SANTANO, Ana Cláudia. *Vamos discutir os deveres dos partidos na democracia brasileira?* JOTA. 01.03.2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/e-leitor/e-leitor-vamos-discutir-os-deveres-dos-partidos-na-democracia-brasileira-01032016>>. Acesso em: set/2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988.

SOUZA, João Pedro Galvão de. *Da Representação Política*. São Paulo: Saraiva, 1971.

SOUZA, Maria do Carmo C. Campello de. *Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930 a 1964)*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1983.

TSE analisa 50 pedidos de criação de partidos. *Em.com.br*. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/08/interna\\_politica,837888/tse-analisa-50-pedidos-de-criacao-de-partidos.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/08/interna_politica,837888/tse-analisa-50-pedidos-de-criacao-de-partidos.shtml)>. Acesso em set/2017.

# CAPÍTULO 8

## PARTICIPAÇÃO POPULAR: A ALTERNATIVA COMUNITÁRIA E ORIENTADA PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

*Vera Karam de Chueiri  
Pedro Paulo Porto de Sampaio*

### 1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios da sociedade brasileira é a escalada da violência e da criminalidade. Os gestores públicos procuram respostas a essa realidade social, entretanto, de maneira sistemática, adotam medidas que reproduzem comportamentos conceitualmente não tolerados pelo próprio Estado, violando assim direitos humanos, e agindo como um sistema amparado em uma cultura de controle (Garland 2008). Essa fragilidade, notadamente das instituições policiais, potencializa o que Miliband denominou de papel decisivo de repressão estatal pelo “uso da violência crua” por meio da chamada “rotinização do conflito” (Miliband 1982, 102).

O presente estudo objetiva discutir a necessidade de um novo olhar sobre o papel e o desenho das instituições policiais. Busca-se analisar a perspectiva comunitária, orientada para a solução de problemas e resolução pacífica de conflitos, em oposição ao modelo ostensivo reativo-repressivo ainda dominante. São observados como antecedentes a política criminal, as eras do policiamento moderno e os atuais movimentos penais expansionistas; se investiga em que medida esses programas influenciaram a difusão de subculturas nas organizações policiais, ocupando assim a retórica discursiva dos governos, o que tem entrincheirado mudanças progressistas. Será analisado como o modelo comunitário foi incorporado tardiamente e possivelmente sem um suporte teórico adequado, afastando assim a participação social.

Como suporte teórico propõe-se modelos de participação popular (Godinho 2014), a partir de práticas de democracia deliberativa (Dahl 2012; Nino 1997), de redesenho institucional (Smith 2009) e de constitucionalismo democrático (Post e Siegel 2013), sendo que a arena de aplicação será os Conselhos Comunitários de Segurança, sob a ótica de como ocorre a parti-

cipação, se esses órgãos a estimulam ou se não seriam apenas instrumentos de legitimação das políticas públicas estipuladas pelo poder público, dentro da lógica de um modelo *top-down* (Sabatier 1986) e meramente incremental (Lindblom 1959).

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. POLÍTICA CRIMINAL

A compreensão dos modelos de atuação policial parte da observação quanto aos efeitos gerados pelos movimentos político-criminais e, de que maneira, ao longo do tempo, políticas públicas no campo da segurança têm conduzido o padrão de resposta estatal ao fenômeno do crime.

Delmas-Marty compreende a política criminal como “o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social” (Delmas-Marty 2008, 3).

Nilo Batista, sob outra perspectiva, aponta a política criminal como um conjunto de princípios e recomendações que derivam dos processos de mudança social, “dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia”, e que se destinam à “transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação” (Batista 2007, 34).

A partir desses autores, destacam-se como pontos comuns na política criminal a organização social e o desenho institucional dos órgãos do sistema de justiça criminal. Sobre esses órgãos, Garland (2008) destaca que o sistema de justiça criminal sofre uma série de interferências externas, e que atualmente se estabeleceu uma nova relação entre os diversos atores, em que os políticos têm mais autoridade e a “opinião pública constitui o ponto de referência para determinar as posições” (Garland 2008, 372). Essa realidade leva o autor a considerar a política criminal como “uma postura ou tática política, adotada para a obtenção de dividendos políticos de curto prazo” (Garland 2008, 372).

Tal postura se traduz no que Elbert (2011) denomina de “populismo penal”, consistente em ações de auto-legitimação dos governos e executado por medidas improvisadas, dando-se lugar ao senso comum, à irracionalidade e à busca pela derrota do mal absoluto.

Como decorrência do discurso de tratamento do mal, surge a cura, cujo remédio é o agravamento da resposta do aparato oficial, em que se adota o arquetipo de “combate” ao crime, em oposição à prestação de um serviço público.

Essa opção ficou clara nos Estados Unidos da América, conforme relata Wacquant (2003), durante os anos de 1976 a 1989, em que foram aumentados em mais de 95% os investimentos no sistema carcerário, enquanto foi reduzida expressivamente a destinação de recursos públicos para educação, saúde e, em especial, para ajudas sociais, com um corte aproximado de 41%.

Na obra *Prisões da miséria*, Wacquant resume a realidade nos Estados Unidos da América, em que “a penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança” (Wacquant 2001, 7).

Nesse contexto, Vera Malaguti, ao prefaciar a obra *Punir os Pobres*, cita a preocupação de criminólogos como Nilo Batista quanto aos “mecanismos de legitimação simbólica do exercício de poder penal e de controle social” (Wacquant 2003, 7).

Diante disso, o que se percebe é uma relação direta entre o perfil da política criminal e o modelo de atuação estatal na resposta ao crime, o que tem asseverado, em certa medida, a tensão das relações entre polícia e sociedade.

## 2.2. AS ERAS DO POLICIAMENTO

Um dos trabalhos clássicos sobre as formas de atuação policial é de Keeling e Moore (1988), os quais apresentam, em linhas gerais, a história do policiamento nos Estados Unidos. Os autores identificam essa evolução em três períodos distintos: a era da política, a era da reforma, também chamada de era do policiamento profissional e a era de solução de problemas com a comunidade, períodos os quais, de certa forma, influenciaram todo um modo de agir policial, inclusive no Brasil.

### 2.2.1. A era da política

A primeira era, da política, foi concebida com esse nome em razão da forte relação entre os grupos políticos de um determinado local e a polícia; se iniciou na década de 1840, a partir de uma maior participação nos assuntos das municipalidades, e se estendeu até o início do século XX. Esse período é marcado por uma forte influência de atores externos e de ingerências das mais diversas ordens, sendo que os únicos requisitos exigidos para integrar a polícia eram a força física e a indicação política (Keeling e Moore 1988). De acordo com Dias Neto, apesar das críticas à era da política, “seria incorreto, contudo, afirmar que a polícia do século 19 era completamente cega à realidade social”, uma vez que inobstante às deficiências dessa instituição, havia “uma certa convergência entre as prioridades policiais e as necessidades cotidianas dos setores populares” (Dias Neto 2000, 22).

### 2.2.2. A era da reforma

O período que se sucede é o da era da reforma, compreendida entre o início do século XX e a década de 1970. Também chamada de era do policiamento profissional, foi marcada por uma visão de que a polícia somente poderia fazer algo a respeito do crime se não fosse incumbida de “atendimentos sociais”. Esse período, totalmente desapegado das efetivas necessidades comunitárias, representou um momento em que os “[...] departamentos de polícia se tornaram uma das mais autônomas organizações públicas dos governos,” sendo que “o policiamento de uma cidade se tornou uma questão legal e técnica, deixada sobre a discricionariedade dos executivos da polícia [...]” (Kelling e Moore 1988, 5).

As principais ações policiais se orientavam pelo uso da legislação penal e na prisão de infratores da lei, sendo que todas as “atividades que chamavam a polícia para resolver outros tipos de problemas da comunidade e contavam com outros tipos de respostas foram identificadas como ‘trabalho social’” (Kelling e Moore 1988, 5), e, conseqüentemente, sofriam com a resistência da burocracia dos departamentos. Para essa corrente, o cidadão tinha por atribuição apenas notificar a polícia do acontecimento de crimes, sem nenhuma função mais proativa, acatando assim as decisões e as respostas das autoridades policiais (Cerqueira 1988).

Um dos principais teóricos da era da reforma foi O. W. Wilson, da Universidade de Berkeley, cujos fundamentos foram originalmente aplicados no departamento de polícia de Chicago. Partindo do modelo organizacional de Taylor, a função policial baseava-se na unidade de comando e na divisão do trabalho (Cerqueira 1998). O modelo proposto por Wilson era eminentemente reativo, sendo a prisão de criminosos a regra básica, passando os policiais a ser “combatentes do crime; para isto a polícia desenvolve uma série de táticas de combate ao crime para atender as demandas do público e estabelecer o controle interno dos policiais” (Cerqueira 1998, 7).

Como táticas preponderantes do modelo proposto por Wilson (1992) destacam-se o investimento em tecnologia, especialmente de radiocomunicação, a utilização de um telefone de emergência, o 911 nos Estados Unidos da América, e uma pronta resposta a esses chamados, mediante um contingente altamente disciplinado e hierarquizado, com o objetivo de “criar a impressão de onipresença” da polícia (Cerqueira 1998, 13).

Dias Neto retrata que o policiamento profissional implementou um estilo de gestão baseado na disciplina e na ordem, e, para se “evitar ambigüidades na aplicação das regras, introduziu-se um modelo de administração altamente hierarquizado, conhecido como ‘sistema de comando e controle’ (*comand and control system*)”, em que se adotou um mecanismo rigoroso de supervisão sobre

a atividade de policiamento. Entretanto, “no rastro dessas inovações, unidades locais foram desativadas e os processos decisórios concentrados em centrais de operações” (Dias Neto 2000, 27-8).

Diante dessa relação direta, limitada a um “sistema de comando e controle”, os cidadãos passaram a ser desencorajados a manter relações mais próximas com o policial do bairro, vinculando-se exclusivamente às centrais de emergência. Assim, em linhas gerais, o modelo proposto por Wilson se baseava no policiamento preventivo e na sistemática diminuição do tempo de resposta aos chamados emergenciais, o que a polícia comumente denomina de “tempo de angústia”.

Nesse cenário, a avaliação do trabalho policial era verificada a partir da velocidade de resposta aos chamados da população e à quantidade de infratores da lei presos, ficando afastadas avaliações de caráter qualitativo ou de satisfação popular quanto ao padrão de resposta policial (Cerqueira 1998).

Cerqueira (1998) aponta que a era da reforma sofreu várias críticas por romper com princípios erigidos por Robert Peel, o criador da polícia de Londres, os quais impunham ao órgão uma estreita relação com o público. A partir do modelo profissional houve um significativo afastamento entre a polícia e lideranças comunitárias, na medida em que a polícia deveria ter uma atuação neutra e distante dos cidadãos. Ainda de acordo com o autor, a eficácia do modelo passou a ser contestada diante dessa natureza reativa, uma vez que “o policiamento só é acionado depois que alguém observa um crime e decide chamar a polícia; com isso os crimes que não são vistos pela população, ou que não produzem vítimas ou testemunhas que estejam dispostas a acionar a polícia, não serão cobertos pelo policiamento ostensivo” (Cerqueira 1998, 13). Segundo Dias Neto, “o que se propunha era a demarcação penal da função policial. Um problema seria de natureza policial somente quando envolvesse um delito” (Dias Neto 2000, 29).

Outra crítica apontada foi de Moore e Trojanowicz (1988), os quais destacam que a tese de O. W. Wilson não foi comprovada diante da sucessão de outros modelos baseados em premissas distintas, os quais foram aplicados em vários departamentos de polícia estadunidenses. Segundo os autores, outra deficiência é a inaplicabilidade do modelo em termos de atuação preventiva, visto que dependia do acontecimento prévio do crime.

Esses pontos da era da reforma, aliado à resistência do modelo para novas perspectivas, fizeram surgir estudos com o foco voltado à primeira era do policiamento descrita por Kelling e Moore (1988). Esse resgate da era da política não reavivou características como a interferência política ou mesmo os critérios de seleção dos membros dessas organizações, mas, principalmente, o papel dos cidadãos no destino das cidades.



### 2.2.3. A era da solução dos problemas com a comunidade

Kelling e Moore (1988) relatam que aliado às críticas ao modelo da reforma, experiências da época envolvendo o policiamento a pé fizeram surgir movimentos que exigiam a expansão da estratégia, diante da proximidade que os policiais em ronda tinham com os cidadãos. A população, em contato direto com os policiais da patrulha a pé do bairro, indicava seus principais anseios e preocupações, sem seguir a rotina burocratizada e impessoal da central de operações do telefone 911.

Kelling e Moore (1988) destacam que, aliado às estratégias do policiamento a pé, estudos desenvolvidos por Herman Goldstein, da Universidade de Wisconsin, fizeram surgir nos Estados Unidos a chamada era do policiamento com a comunidade. Rolim (2006) aponta que os trabalhos sobre o tema mais relevantes de Goldstein foram “Improving Policing: a problem-oriented approach” (1979) e “Problem-oriented policing” (1990).

Essa era do policiamento, surgida assim no final da década de 1970 e início da década de 1980, teve como um dos principais teóricos Herman Goldstein (1979), o qual apontou que todos os anos, em Boston, aproximadamente 60% dos chamados para a polícia eram provenientes de 10% dos domicílios da região. Com essa avaliação, denotou que a maior parte dos problemas tendia a se repetir e nos mesmos lugares, provocando a necessidade de revisão da proposta de policiamento reativo de Wilson, em prol de uma atuação orientada para os problemas identificados e que tendiam a se repetir. Assim, o modelo desenvolvido por Goldstein foi traduzido no método por ele desenvolvido como “SARA”, cuja sigla em inglês indica ações, consistentes nas seguintes etapas: *scanning, analysis, response* e *assessment* (para o português pátrio traduzido como IARA: identificação, análise, resposta e avaliação).

Esse modelo, baseado em ampla participação comunitária, retira estruturas conservadoras, altamente hierarquizadas e burocratizadas da polícia, fazendo com que o ator da base da organização policial, denominado na política pública de burocrata do nível de rua (Lipsky 1980), tenha contato direto com o cidadão, seja na atividade rotineira de policiamento, seja em reuniões organizadas por comunidades locais, possibilitando assim que políticas de segurança sejam conjuntamente formuladas e implementadas, em oposição ao modelo *top-down* (Sabatier 1986) e meramente incremental (Lindblom 1959), típicos da era da reforma.

Note-se que apesar de o período da reforma ter sido superado – pelo menos doutrinariamente – nos Estados Unidos já na década de 1970, percebe-se que essa transição ainda não foi alcançada no Brasil. Há em nosso país um evidente crescimento “nominal” de programas de policiamento comunitário, mas, a rigor, o que se percebe são práticas assistemáticas e, em alguns casos, meras tentativas de legitimação simbólica das ações policiais. Tal realidade

talvez possa ser compreendida como uma decorrência da importação superficial do modelo estadunidense, que veio desacompanhado de um consistente referencial teórico, somado às barreiras originadas durante o período de exceção da ditadura militar de 1964 a 1985, que impuseram um claro afastamento popular nas decisões no campo da segurança pública.

### 2.3. O MOVIMENTO LEI E ORDEM E O PROGRAMA TOLERÂNCIA ZERO

A aplicação superficial do modelo de Goldstein permitiu, por outro viés, o surgimento, seja nos Estados Unidos da América e em outros países, de movimentos penais e policiais expansionistas. De acordo com Wacquant (2001) a partir da obra de James Q. Wilson, *Thinking about crime* (1975), Charles Murray lançou, em 1984, *Losing ground - American social policy (1950-1980)*, que, juntamente com a obra *Law and order* (1985), de Ralf Dahrendorf, ofereceu as primeiras bases teóricas daqueles que seriam os mais conhecidos, influentes e difundidos modelos de intervenção estatal-policial: o movimento lei e ordem e o programa tolerância zero. Esses modelos, que reproduzem elementos da era da reforma, acabaram por se espalhar por diversas cidades dos Estados Unidos e pelo mundo.

Segundo Wacquant, a obra de Murray, visando a “aplicar os princípios da economia de mercado aos problemas sociais”, logo se tornou um clássico, servindo como uma “‘bíblia’ para a cruzada contra o Estado Providência” (Wacquant 2001, 22). Relata o autor que o presidente estadunidense era o republicano Ronald Reagan, o qual, apesar de deter minoria no Congresso, composto amplamente por democratas, ainda assim unificou as correntes ideológicas e empreendeu uma forte crítica às políticas públicas de ajuda social nos Estados Unidos. De acordo com Reagan, essa política seria responsável pelo aumento da violência urbana, pois recompensaria a inatividade, além de induzir “à degenerescência moral das classes populares”, principalmente em face das uniões ditas “ilegítimas”, compreendidas como o último dos males das sociedades modernas (Wacquant 2001, 22).

O filósofo e professor Michael J. Sandel, da Universidade de Harvard, retrata esse período como a “era do triunfalismo do mercado”, que “começou no início da década de 1980, quando Ronald Reagan e Margaret Thatcher proclamaram sua convicção de que os mercados, e não o governo, é que detinham a chave da prosperidade e da verdade” (Sandel 2012, 12).

Desse período destaca-se a obra *Law and Order*, em que Ralf Dahrendorf trata do que definiu como a “estrada para a anomia”. Para o autor, a ausência de uma resposta estatal quanto à violação de uma norma produziria uma anomia no sistema, a qual somente poderia ser superada a partir da adesão a mecanismos de punição efetiva e exemplar (Dahrendorf 1985).

Partindo desses antecedentes, o prefeito eleito de Nova York em 1993, Rudolph Giuliani, resgatou a chamada Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*), de James Q. Wilson e George L. Kelling, originalmente publicada em 1982 na Revista *Atlantic Monthly*. Entretanto, em 1996 o mesmo Kelling, em coautoria com Catherine Coles, escreveria a obra que se tornaria a sustentação para a mudança da política pública de segurança na cidade de Nova York - “*Fixing broken windows: restoring order and reducing crime in our communities* [‘Consertando as vidraças quebradas: como restaurar a ordem e reduzir o crime em nossas comunidades’]” (Wacquant 2001, 26).

A administração de Giuliani, com o auxílio do chefe de polícia William Bratton, concebeu então o programa chamado “Tolerância Zero”, o qual, conforme Shecaira, tinha como ideia central “que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade” (Shecaira 2009, 166).

Segundo Wacquant, o programa Tolerância Zero se caracterizou como uma abrupta intervenção da força policial, “desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como a embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e outros comportamentos anti-sociais” (Wacquant 2001, 26).

Ao lado da repressão às pequenas infrações, o programa também se notabilizou por um expressivo incremento no aparato policial, com uma ampliação orçamentária de 40% em cinco anos, atingindo a marca de US\$ 2,6 bilhões. Entre as diversas medidas tomadas, podem-se citar o crescimento do efetivo policial, a demissão de servidores mais antigos, tidos como não tão eficientes, e o aumento exponencial no número de prisões (Wacquant 2001).

Wacquant (2001) faz severa crítica à Teoria das Janelas Quebradas, afirmando que o movimento foi proposto a partir do início da década de 1990, quando o Manhattan Institute financiou campanha agressiva de reocupação e recuperação dos espaços públicos, como uma forma de afastar a desordem e a marginalização, expondo que o combate diário à pequena delinquência faria recuar as chamadas “grandes patologias criminais”, que afetavam o centro do mercado financeiro do mundo.

Para Wacquant, “essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de alibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por William Bratton” (Wacquant 2001, 26). Essa reorganização teria como fim “refrear o medo das classes médias e superiores - as que votam - por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.)” (Wacquant 2001, 26).

Ressalte-se que, apesar dos elevados investimentos e das marcas obtidas, cidades como San Diego, Boston e Chicago também conseguiram apresentar redução dos índices de criminalidade, mantendo, por outro lado, uma metodologia da polícia de proximidade, comunitária, sem grandes aumentos de

efetivo policial e de recursos públicos. Já Nova York, ao aumentar em cinco vezes o orçamento para a área de segurança, teve reduzidos em um terço os investimentos na área social, com a supressão de aproximados oito mil postos de trabalho (Wacquant 2001).

Essa doutrina imposta por Giuliani teve ampla aceitação na cultura estadunidense e, diante dos resultados obtidos, principalmente com o formidável retorno midiático, vários países arvoraram-se em adotar o modelo. Podem-se citar a Argentina, na cidade de Buenos Aires; México, em várias cidades; Escócia; Itália; África do Sul; Nova Zelândia; Canadá; e até no Brasil foi copiado o modelo (Wacquant 2001). Note-se que o grau de alcance do modelo no Brasil talvez seja um dos principais motivos que impedem a expansão da filosofia de polícia comunitária.

Em janeiro de 1999, depois da visita de dois altos funcionários da polícia de Nova York, o novo governador de Brasília, Joaquim Roriz, anuncia a aplicação da “tolerância zero” mediante a contratação imediata de 800 policiais civis e militares suplementares, em resposta a uma onda de crimes de sangue do tipo que a capital brasileira conhece periodicamente. (Wacquant 2001, 31).

A ação integrada de força da polícia de Nova York teve seus efeitos colaterais, que, a rigor, mitigaram o “sucesso” auferido na redução dos índices de criminalidade na *Big Apple*. Dados da National Urban League apontam que em dois anos foram detidas e revistadas mais de 45.000 pessoas, sob o pretexto de mera suspeita baseada na aparência, vestuário ou comportamento. Esse relatório aponta ainda dessas ações mais de 37.000 se revelaram gratuitas e arbitrárias, restando justificadas apenas 4.000 detenções. De acordo com Wacquant (2001, 35), “uma investigação levada a cabo pelo jornal *New York Daily News* sugere que perto de 80% dos jovens homens negros e latinos da cidade foram detidos e revistados pelo menos uma vez pelas forças da ordem” (Wacquant 2001, 35).

Entretanto, conforme Shecaira (2009), apesar dos reiterados casos de violação de direitos, o programa Tolerância Zero contou com apoio quase que incondicional da mídia, o que permitiu a consolidação desse modelo e a sua contínua expansão, principalmente pelos adeptos do discurso de lei e ordem.

## **2.4. A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DO FORTALECIMENTO DO MODELO COMUNITÁRIO E ORIENTADO PARA A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS**

### **2.4.1. Os Conselhos Comunitários de Segurança**

De acordo com Curso Nacional de Promotor de Polícia Comunitária, por Conselho Comunitário de Segurança Pública entende-se:

Entidade de direito privado, com vida própria e independente em relação aos segmentos da segurança pública ou a qualquer outro órgão público; modalidade de associação comunitária, de utilidade pública, sem fins lucrativos, constituída no exercício do direito de associação garantido no art. 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, e que tem por objetivos mobilizar e congregar forças da comunidade para a discussão de problemas locais da segurança pública, no contexto municipal ou em subdivisão territorial de um Município. (Brasil 2008, 297)

Tais órgãos não se confundem com os conselhos municipais de segurança pública, os quais são criados pelos legislativos municipais, e têm o escopo de definir “ações estratégicas que influenciem no ente federativo como um todo” (Brasil 2008, 297).

O conselho comunitário de segurança se revela um meio para estimular o voluntariado, em âmbito local, para que se viabilizem redes de proteção, auxiliando no diagnóstico de problemas de segurança nas comunidades. Além disso, esses espaços teriam o condão de atribuir responsabilidade a todos e não apenas às organizações policiais.

#### **2.4.2. Há efetivamente participação?**

Conforme se observou, os modelos de policiamento comunitário e orientado para a solução de problemas foram incorporados tardiamente no país e possivelmente sem um suporte teórico adequado. Esse vazio, também provocado pelo período de exceção (1964-1985), afastou a participação social no ciclo de formação de políticas públicas de segurança, inclinando assim a definição da agenda do setor para um dirigismo estatal/policial.

De acordo com Lozardo (2016), a participação da sociedade civil ganhou destaque na formulação de políticas públicas a partir do final da década de 1980.

Para Godinho “uma forma relativamente nova de participação na segurança pública vem ocorrendo por meio de um amplo conjunto de estratégias e instituições”. Seguindo uma tendência já consolidada em outros ramos da política pública, novos formatos de participação vêm se tornando relevantes a partir dos anos 2000. “A participação torna-se elemento central do novo paradigma que se consolida desde então no campo da segurança, da ‘segurança cidadã’” (Godinho 2014, 451), ganhando espaço nesse contexto os conselhos de segurança, o policiamento comunitário e as redes de vigilância.

Apesar das tendências descritas por Godinho (2014), Lozardo (2016) questiona a validade e o alcance desses avanços diante dos arranjos institucionais e modelos de participação nos órgãos de segurança, sendo que, inobstante a existência de programas e ações impulsionados por instituições policiais, principalmente sob a roupagem de “policiamento comunitário”, tais mudanças ainda

exigem “reformulações e adaptações organizacionais no sistema de segurança pública, no sistema de Justiça criminal ou, mais especificamente, na própria polícia e no modelo de policiamento” (Lozardo 2016, 7).

Lima aponta que o tema ainda não está totalmente conformado, diante do que previu a Constituição Federal de 1988, que deslocou “o papel das polícias de defensoras dos interesses do Estado para o de garantidoras dos interesses da sociedade”, não havendo em “nossa legislação e na jurisprudência, balizas claras sobre o significado de segurança pública”. Essa realidade faz com que a doutrina jurídica estruture esse conceito, de forma tautológica, a partir de práticas postas “no dia a dia dos operadores de segurança e da justiça” (Lima 2016, 10).

Assim, a participação, na perspectiva de Lima, “como parâmetro democrático, é um ideal discursivo que, na prática, serve para reforçar posições. Por conseguinte, ela é operada de modo a compor acordos tácitos sobre quem deve ou não ser ouvido pelas polícias”, criando nessas organizações subculturas próprias a partir de taxonomias por elas conduzidas, sobre a quem deve prestar contas (Lima 2016, 10).

Ainda de acordo com Lima, estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP (2016), sobre modelos de participação em segurança pública nos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro e no Distrito Federal demonstrou que

são as polícias que definem não só o escopo da participação social, mas também suas próprias finalidades e seus mandatos, recolocando questões de governança que vêm sendo tratadas pela literatura especializada. As instituições participativas, sejam os Conselhos Comunitários de Segurança, sejam outros espaços, parecem funcionar para que as polícias explicitem suas práticas e valores e, com isso, reponham continuamente a legitimidade de suas ações (Lima 2016, 10-1).

De acordo com o autor “não há brechas para grandes questionamentos e não há uma preocupação efetiva em estreitar laços entre a comunidade e a polícia” (Lima 2016, 11). Nesse contexto, o que se apresenta são severos problemas, oriundos de um déficit democrático, que conduz as ações a servir como instrumentos de legitimação das práticas correntes, na medida em que as polícias “capturaram as instituições e os modelos participativos para a retroalimentação da posição que vê a segurança pública como estratégia de defesa dos interesses do Estado” (Lima 2016, 11).

### **2.4.3. Alternativas democráticas para as instituições policiais**

Um ponto relevante destacado por Godinho é que não há, em nosso país, literatura específica que trate de maneira sistematizada dos processos de

participação no campo da segurança pública. Assim, essa deficiência há de ser suprida com a aproximação aos estudos de “instituições participativas ou das teorias da participação e da deliberação, próprios da ciência política e dos estudos de políticas públicas” (Godinho 2014, 451).

A partir disso, não existe democracia sem participação da sociedade e não existe legitimidade de políticas públicas sem o debate coletivo. No limite, não permitir essa participação se aproxima de um esvaziamento do conteúdo social do que se entende por democracia (Wood 2003).

Avritzer relata a franca “explosão dos estudos sobre participação e deliberação no Brasil” sob duas vertentes: com o “objetivo de examinar a ampliação das formas de deliberação pública”, principalmente nas “áreas de saúde, assistência social e políticas urbanas” e, numa segunda vertente, aquelas que tentaram “tratar dos problemas ou déficits deliberativos destas instituições” (Avritzer 2011, 15-6).

Entretanto, independente da perspectiva a ser adotada, Pateman destaca que a condição necessária para o estabelecimento de um governo democrático é uma sociedade participativa. Para a autora “[...] quanto mais indivíduos participam, melhor capacitados eles se tornam para fazê-lo” (Pateman 1992, 61).

De acordo com Pateman:

[...] para que exista uma forma de governo democrática é necessária a existência de uma sociedade participativa, isto é, uma sociedade onde todos os sistemas políticos tenham sido democratizados e onde a socialização por meio da participação pode ocorrer em todas áreas (Pateman 1992, 61).

Evidente que a orientação de democracia participativa deve se afastar da corrente liberal, que Wood retrata como atualmente dominante e fruto da ascensão de classes proprietárias diante dos agrupamentos mais populares (Wood 2003).

Nesse sentido, uma contribuição relevante vem de Robert Alan Dahl, que, na obra *Poliarquia* indica o “[...] pressuposto de que uma característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais” (Dahl 2015, 25). De acordo com Dahl, para que o regime democrático seja efetivo, todos os cidadãos devem ter oportunidades plenas, podendo “formular suas preferências”, “expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e coletiva” e “ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência” (Dahl 2015, 26).

Um dos trabalhos que aborda inovações democráticas em instituições é de Graham Smith. Nesse estudo, o professor da Universidade de Southampton

propõe um modelo analítico, com o escopo de potencializar a participação popular a partir da reformulação de desenhos institucionais. Para esse fim, o autor estabelece quatro bens democráticos explícitos: a inclusão, o controle popular, o julgamento ponderado e a transparência, sendo que “esses quatro bens são particularmente adequados para avaliar as qualidades democráticas de inovações porque, indiscutivelmente, são fundamentais para qualquer consideração da legitimidade democrática das instituições” (Smith 2009, 12).

A inclusão é estudada na perspectiva de como a igualdade política se efetiva, principalmente sob os aspectos da presença e do direito à voz. Um dos principais questionamentos apontados é quem tem o direito de participar, ou seja, “quem conta como um cidadão”, sendo que “somente estar presente não significa necessariamente que os cidadãos estarão dispostos ou capazes de tornar suas percepções conhecidas” (Smith 2009, 12).

Sobre o controle popular, Smith aponta que “o que frequentemente falta no design da maior parte das instituições democráticas é o senso de que cidadãos têm controle efetivo sobre elementos da tomada de decisão” (Smith 2009, 12).

O julgamento ponderado implica em questionar cidadãos sobre a sua compreensão acerca de detalhes técnicos sobre os problemas em discussão, bem como as perspectivas de outros cidadãos sobre esse problema, ao passo que a transparência aponta a “reflexão sobre a abertura do processo aos participantes e ao público em geral” (Smith 2009, 12).

Smith destaca que esses quatro bens democráticos serão completados por dois bens institucionais: eficiência e transferibilidade. Por eficiência, o autor aponta que a participação pode ter lugar perante cidadãos e autoridades públicas, enquanto transferibilidade “fornece uma ocasião para avaliar se os projetos podem operar em diferentes contextos políticos, entendidos em relação à escala, sistema político ou tipo de problema” (Smith 2009, 13).

Nesse contexto, o autor faz uma provocação, apresentando uma maneira de confirmar o significado dos bens que constituem seu modelo analítico, principalmente em face dos argumentos desconfortáveis dos céticos e críticos da participação popular. De acordo com Smith,

enquanto a corrente dominante dentro da teoria democrática seja aquela que tende a valorizar a participação, há uma série de vozes críticas e críticas significativas que argumentam consistentemente que, embora a participação cidadã na tomada de decisões políticas possa (ou não) ser um ideal teórico digno, há boas razões pelas quais é pouco realista e/ou indesejável e pode (perversamente) ter um efeito prejudicial sobre as instituições e práticas centrais das democracias (Smith 2009, 13).

Por fim, Smith destaca que apesar de diversas dessas contribuições céticas serem de importantes teóricos, com fortes compromissos democráticos, tais



reflexões sobre a experiência do autor, especialmente acerca das formas de compromisso cidadão existentes – instituintes ou não – como a participação em eleições e exercícios de consulta popular – levam o próprio Smith a argumentar que a tentativa de aumentar a participação dos cidadãos na tomada de decisões políticas pode prejudicar o ideal democrático. Assim, “é importante que, ao aplicar nosso quadro analítico, os desafios dos céticos e críticos venham à mente” (Smith 2009, 14).

O fato é que a democracia, e quaisquer de suas formas de manifestação, deve ser observada como um espaço de tensão. Desconsiderar isso é fechar-se para a realidade. Godoy, a partir dos estudos de Carlos Santiago Nino, destaca que

A democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação em uma ação comunicativa e argumentativa a fim de serem tomadas as decisões moralmente mais corretas. No entanto, não podem usurpar determinadas conquistas, direitos e garantias estabelecidas pela Constituição. O que diferencia Nino (e, aqui, também deve-se incluir Roberto Gargarella) dos demais teóricos é que não pretende ele uma teoria que ignore esta tensão. Ao contrário, é a partir dela que se deve teorizar e com ela conviver (Godoy 2011, 70-1).

Esse espaço de tensão se revela muito presente nos processos decisórios concernentes às políticas públicas de segurança. Apesar dos avanços em termos de participação, principalmente com a criação de foros de discussão popular, a exemplo dos conselhos comunitários de segurança, esses órgãos em algum momento ainda servem para legitimar decisões das próprias estruturas do Estado.

Uma alternativa possivelmente eficaz vem da literatura de Nino, no sentido de desenvolver o tema de democracia deliberativa nos conselhos comunitários de segurança. O autor não busca a obtenção do consenso como resultado prático mais justo. Para Nino, a democracia deliberativa é a alternativa mais eficaz e confiável para conciliar interesses e preferências de pessoas, gerando assim maior grau de legitimidade às decisões majoritárias (Nino 1997).

Robert Dahl sintetiza o que nos parece ser outra alternativa consistente para esse novo viés de polícia, também evidenciada pela participação dos conselhos comunitários de segurança. São esses conselhos o espaço de participação popular, os quais, divididos administrativamente por bairros nas grandes cidades, e também existentes nos pequenos e médios municípios, têm como premissas a ampla liberdade de participação, de voz e de voto dos moradores de uma determinada região (Dahl 2012).

A partir da perspectiva poliárquica, tida pelo autor “como uma das criações mais extraordinárias do engenho humano”, com o passar do tempo sociedades viram crescer o número e a variedade de direitos humanos e liberdades, ao mesmo tempo em que viram governos “cuidadosamente controlados pelos cidadãos” (Dahl 2012, 354). Nesse sentido, a visão pluralista e poliárquica se

revela um instrumento capaz de compatibilizar o que se espera da polícia, mediante a efetiva participação comunitária.

#### **2.4.4. Segurança pública, polícia e constitucionalismo democrático**

Ao lado da discussão sobre as formas de participação popular no ciclo das políticas públicas de segurança, o papel da polícia, sob a ótica constitucional, não pode ser desprezado. Nesse contexto, uma das primeiras observações a serem apresentadas diz respeito ao modelo constitucional brasileiro vigente, que pautou a polícia, dentre diversas competências, como responsável pela preservação da ordem pública.

A Constituição Federal, em seu artigo 144, conferiu tal atribuição especialmente às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares, pouco aprofundando a matéria e o alcance do tema segurança pública. Apesar da clara tentativa de “deslocar o papel das polícias de defensoras dos interesses do Estado para o de garantidoras dos interesses da sociedade” (Lima 2016, 9), a estética adotada pelo constituinte ainda manteve premissas anteriores à redemocratização, aproximando-se do modelo de lei e ordem descrito por Ralf Dahrendorf (1985).

Outra constatação é que, diante da singeleza com que o tema foi tratado, limitados estudos foram derivados, numa perspectiva constitucional, do que se entende efetivamente por segurança pública e o papel da polícia, principalmente que estabeleçam o liame entre constitucionalismo, democracia e participação. Assim, a segurança pública tem sido objeto de análise de diversos outros ramos do conhecimento, mas sem o recorte necessário com as novas tendências do direito constitucional, resumindo-se o debate, em grande parte, à função de preservação da ordem e às atividades precípua das instituições que integram o sistema de justiça criminal. Um exemplo disso é a clássica abordagem conferida pelos administrativistas, que estudam com mais intensidade as funções policiais a partir do exercício do poder de polícia e a dicotomia entre polícia administrativa e judiciária.

Tal ausência permitiu que a decisão, sobre a quem e de que forma os serviços da polícia se destinam, recaia sobre as próprias agências policiais, que como ilustra Lima, tem servido para “compor acordos tácitos sobre quem deve ou não ser ouvido pelas polícias”, uma vez que dirige seus serviços “aos ‘cidadãos de bem’, no reconhecimento formal de que a instituição opera a partir de uma taxonomia própria sobre a quem ela deve prestar contas” (Lima 2016, 10).

É nesse contexto que o recorte com a obra de Robert Post e de Reva Siegel sobre constitucionalismo democrático oferece valiosos elementos, principalmente dentro do que se espera da atuação do Estado, a partir de garantidor de Direitos. O texto aborda a visão progressista de Constituição, entendida como

um “direito vivente” ou como uma “carta vivente” que “é capaz de crescer” (Post e Siegel 2013).

Os autores relatam os embates travados entre conservadores e progressistas. Segundo Post e Siegel, nas décadas de 60 e 70 houve uma mobilização pautada na crença de que a Constituição estadunidense era sensível ou receptiva à evolução das necessidades sociais e dos ideais de justiça fundamental. Entretanto, já nos anos seguintes, na década de 1980, conservadores acusaram o Congresso de extrapolar suas atribuições, bem como a Corte de legislar, traindo assim a Constituição e os pais fundadores (Post e Siegel 2013).

O movimento progressista, por outro lado, procurou defender sua própria forma de compreender a Constituição, contrariamente a essa mobilização conservadora. Mesmo assim, muitos dos que estavam em movimentos de esquerda apontaram que uma Constituição vivente expressaria preferências políticas em lugar de direito (Post e Siegel 2013).

Post e Siegel (2013) questionam o que os progressistas poderiam aprender com a incipiente insurgência conservadora, principalmente a partir das realizações das Cortes Warren e Burger. Para desenvolver a questão, os autores se basearam na teoria do constitucionalismo democrático, que trata da fúria contra o caso “Roe”. Post e Siegel destacam que a Constituição tem por missão o desempenho de diversas funções, dentre elas estabelecer as “regras do jogo”, que precisam ser claras e precisas. Além dessas regras básicas, a Constituição deve expressar normas e valores gerais, oriundos de intensas lutas políticas, fruto de um processo histórico havido em um intrínseco espaço de tensão (Post e Siegel 2013).

Além disso, as disposições constitucionais expressam ideais nacionais, ou como denominou Robert Cover um “nomos”, ou seja, um “mundo de significados”, o qual não deixa de ser controverso, diante da heterogeneidade do povo estadunidense, e de suas diferentes formas de compreender “a sua” identidade nacional (Post e Siegel 2013).

Os autores destacam que as atitudes progressistas, em face do teor das decisões judiciais constitucionais, começaram a se separar e divergir. Em parte, os progressistas passaram a seguir o “constitucionalismo popular”, afastando a Constituição dos tribunais e devolvendo-a ao povo. Em outro sentido, parte dos progressistas passou a abordar uma necessidade urgente de cautela judicial e de minimalismo. Essa alternância foi justificada como uma preocupação diante do temor progressista de que um Poder Judiciário autoritário provocaria uma reação violenta (backlash) ou negativa nos planos cultural ou político.

Destacam os autores que o pressuposto básico do constitucionalismo democrático é de que a autoridade da Constituição depende da legitimidade democrática, da capacidade dos estadunidenses de a reconhecer como “sua” Constituição, que permitam apresentar reivindicações diante de seu significa-

do e opor-se a seu governo, quando entendem que este não respeita a norma fundamental (Post e Siegel 2013).

O constitucionalismo democrático oferece uma nova perspectiva sobre os efeitos potencialmente construtivos das reações negativas ou violentas que despertam algumas decisões judiciais. Tais questionamentos se dirigem ao centro do controle judicial de constitucionalidade, em que os juízes refirmam suas opiniões constitucionais invocando a diferença entre direito e política, baseando-se na razão jurídica, pois, diante da impressão de que o judiciário poderia ceder à pressão política, o público poderia perder a confiança na autoridade dos tribunais para proferir o direito constitucional.

A proposta dos autores é conceber o modelo de constitucionalismo democrático “como uma lente através da qual compreende as implicações estruturais deste conflito” (Post e Siegel 2013, 47), como o ordenamento negocia a tensão entre o estado de direito e o autogoverno, e como cede perante as crenças populares, enquanto conserva sua integridade como direito.

O conflito descrito por Post e Siegel apresenta indícios e traz luz ao problema de que, em nossa sociedade brasileira, sequer se discute algo no sentido de se estabelecer “um mundo de significados”. No Brasil, principalmente na segurança pública, o debate não atingiu um nível de percepção social que faça o indivíduo compreender o alcance da Constituição, podendo assim a chamar de “sua”.

Desta forma, justifica-se o enlace entre constitucionalismo e democracia, sendo que o elemento da participação pode se revelar um instrumento apto a impulsionar os cidadãos a reivindicar o que é “seu” e se opor ao governo, que ao exercer seu monopólio da força, não o faz precipuamente com o escopo de garantir direitos da sociedade, mas de preservar a ordem, reproduzindo-se o modelo de poder panóptico de Bauman (2003).

Apesar de a abordagem de Post e Siegel tratar em grande parte dos contornos da atuação do Poder Judiciário, os pressupostos da matéria indicam possíveis caminhos a trilhar, compreendendo esse “nomos”, que apesar de controverso, busca em última análise permitir ao indivíduo apresentar reivindicações, diante do ele entende como o real significado da Constituição. A partir de consistentes práticas democráticas e de participação, o cidadão ficará livre para contestar seu governo se julgar que ele não cumpre a norma fundamental. Para uma mudança de arranjos no campo da segurança pública e no modelo de atuação policial, tal constatação pode se mostrar uma alternativa promissora.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar os antecedentes dos movimentos penais expansionistas, notadamente o percurso histórico que motivou a implantação dos movimentos de lei e ordem e do programa tolerância zero.

Originalmente dos Estados Unidos da América, esse programa acabou por se difundir para diversos países e em especial para o Brasil, cujas premissas potencialmente têm influenciado o modelo de atuação policial.

Segundo Hassemer “atualmente estamos vivendo uma dramatização de violência e ameaça. Ante esta situação, se está elaborando uma política criminal que tende a fazer do direito penal, endurecido e reestruturado, um instrumento de dirigismo estatal” (Hassemer 1999, 49).

Esse alinhamento expansionista, oriundo de discursos populistas e de ordem, tem favorecido o afastamento da comunidade na definição das políticas públicas de segurança, ao mesmo tempo em que tem permitido a violação sistemática de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, para que se rompa essa realidade, a alternativa que se apresenta é a construção e o fortalecimento de ideais democráticos dentro dos organismos policiais, mediante a implantação de um policiamento comunitário, orientado para a solução de problemas e resolução pacífica de conflitos, por meio da participação social no ciclo de formação das políticas públicas de segurança. Essas mudanças devem compreender a sociedade e os processos sociais e econômicos, para que então se supere o entendimento de que as comunidades são teatros de operação, como se estivéssemos em uma “guerra” contra o crime e a violência (Silva 2008).

Desse modo, a partir de um novo olhar sobre a polícia, não se terá mais um órgão alicerçado na cultura de “combate” e de “controle” social, o que tem provocado verdadeiros obstáculos para a construção de políticas públicas de segurança, mas um prestador de um serviço público essencial, guardião e emancipador de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- Avritzer, Leonardo. 2011. “A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate.” Em *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*, organizado por Roberto Rocha C. Pires, 13-28. Brasília: IPEA.
- Bauman, Zygmunt. 2013. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Batista, Nilo. 2007. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 2nd. ed.. Rio de Janeiro: Revan.
- Brasil. 2016. *Atlas da violência 2016*. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública.
- \_\_\_\_\_. 2008. *Curso Nacional de Promotor de Polícia Comunitária*. 3rd. ed. Brasília: SENASP.
- Cerqueira, Carlos Magno Nazareth. 1999. *Do patrulhamento ao policiamento comunitário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Dahl, Robert. A. 2012. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes.
- \_\_\_\_\_. 2015. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp.
- Dahrendorf, Ralf. 1985. *Law and order*. Londres: Stevens and Sons.
- Delmas-Marty, Mireille. 2008. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole.

- Dias Neto, Theodomiro. 2000. *Policimento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana*. São Paulo: Ibccrim.
- Elbert, Carlos Alberto. 2011. "O populismo penal: realidade transitória ou definitiva?" Congresso Internacional em Direito Penal, 8 - Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais, 2009, Porto Alegre, organizado por Fabio Roberto D' Avila, 58-67. Em *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS. <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/direitopenal.pdf>.
- Garland, David. 2008. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan.
- Godinho, Letícia. 2014. "Participação e segurança pública." Em *Crime, polícia e justiça no Brasil*, organizado por Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattón e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, 547-58. São Paulo: Contexto.
- Godoy, Miguel Gualano de. 2011. "A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítima." Em *Coherencia*, v. 8, n. 14, Medellín, Colombia, (jan.-jun.): 63-91. <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n14/v8n14a03.pdf>.
- Goldstein, Herman. 1979. "Improving policing: a problem-oriented approach." Em *Crime and Delinquency*, 25: 236-58.
- Hassemer, Winfried. 1999. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Temis.
- Kelling, Georg L. e Mark H. Moore. 1988. "The evolving strategy of policing." *Perspectives on policing*. Washington: National Institute of Justice. <https://www.innovations.harvard.edu/sites/default/files/114213.pdf>.
- Lima, Renato Sérgio de. 2016. "A participação tutelada." Em *Instituições participativas no âmbito da segurança pública: programas impulsionados por instituições policiais*, organizado por Almir de Oliveira Junior, 9-12. Rio de Janeiro: IPEA.
- Lindblom, Charles E. 1959. The science of "muddling through". *Public administration review*. v. XIX, n. 2: 79-88.
- Lipsky, Michael. 1980. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. Nova Iork: Russel Sage Foundation.
- Lozardo, Ernesto. 2016. "Apresentação." Em *Instituições participativas no âmbito da segurança pública: programas impulsionados por instituições policiais*, organizado por Almir de Oliveira Junior, 7-8. Rio de Janeiro: IPEA.
- Miliband, Ralph. 1982. *O estado na sociedade capitalista*. 2nd. ed. Rio de Janeiro: Zahar.
- Moore, Mark H. e Robert C. Trojanowicz. 1988. "Corporate strategies for policing." *Perspectives on policing*. Washington: National Institute of Justice. <https://https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/114215.pdf>.
- Nino, Carlos Santiago. 1997. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Pateman, Carole. 1992. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Rolim, Marcos. 2006. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Post, Robert e Reva Siegel. 2013. *Constitucionalismo democrático: por uma reconciliação entre constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Sabatier, Paul. 1986. A. "Top-down and bottom-up approaches to implementation research: a critical analysis and suggested synthesis". Em *Journal of public policy*, v. 6, n. 1: 21-48. Cambridge: Cambridge University Press.
- Silva, Jorge da. 2008. *Criminologia crítica: segurança pública e polícia*. 2nd. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Smith, Graham. 2009. *Democratic innovations: designing institutions for citizen participation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wacquant, Loïc. 2003. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2nd. ed. Rio de Janeiro: Revan.
- Wilson, O. W. 1992. *Administración de la policía*. México: Editorial Limusa.
- Wood, Ellen Meiksins. 2003. "O demus versus "nós o povo", das antigas às modernas concepções de cidadania". Em *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo.

**PARTE II**

**CONSTITUCIONALISMO E  
POLÍTICAS DE REDISTRIBUIÇÃO**

# CAPÍTULO 9

## UMA MUDANÇA DE PARADIGMA QUANTO AOS DILEMAS DISTRIBUTIVOS NA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA CIDADE DE SÃO PAULO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

*Carolina Martins Marinbo<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A proposta deste artigo é trazer uma reflexão sobre a judicialização de direitos sociais e as possibilidades de respostas equânimes para estes conflitos à luz da decisão coletiva que condenou o município de São Paulo a abrir 150.000 vagas no ensino infantil.

### INTRODUÇÃO

A distinção entre os conceitos de justiça distributiva e comutativa imputa à justiça distributiva a ideia de proporção, medida ou o *quantum* devido a cada um na repartição de bens comuns feita pelo Estado por meio de suas políticas públicas<sup>2</sup> (Lopes 2006). Nesse entendimento, ao estruturar a política de acesso ao ensino infantil e garantir uma vaga a todos os estudantes que preencham os requisitos legais para terem acesso a este ensino, o Estado está organizando uma política distributiva.

Por vezes, no entanto, a política pública estruturada pelo Estado pode ser falha, incompleta ou se encontrar defasada<sup>3</sup>, situações em que é comum encontrarmos, no judiciário brasileiro, ações pleiteando acesso a serviços públicos, como vagas em creches a crianças ou mesmo medicamentos insumos. Sob o escopo de concretizar preceitos constitucionais e reduzir desigualdades sociais,

---

<sup>1</sup> Agradeço a Artur Péricles Lima Monteiro, Natália Pires de Vasconcelos e Túlio de Medeiros Jales pelas observações críticas e contribuições para o aprimoramento do texto.

<sup>2</sup> Já a justiça comutativa refere-se à ponderação sobre as relações de trocas entre os cidadãos: para um dano sofrido, aquele que o perpetrar indeniza a outra parte, compensando-a pelo dano. Discussões e exemplos mais abrangentes sobre estas questões são exploradas por Lopes (2006), Barzoto (2003), Mello (2005), entre outros.

<sup>3</sup> A política pública pode ser falha se omitindo completamente sobre o exercício de determinado direito fundamental; ser incompleta, ao deixar de incluir em sua regulamentação informações importantes sobre o exercício de determinados direitos; ou se encontrar defasada, deixando de acompanhar aprimoramentos tecnológicos disponíveis no mercado.



é crescente a intervenção de juízes em políticas públicas, redefinindo o que é prioridade para o Executivo<sup>4</sup>.

Se, em um primeiro momento, a concretização de direitos sociais é vista como um anseio muito desejável por todos, a análise de alguns casos práticos evidencia algumas fragilidades institucionais<sup>5</sup> que reduzem a habilidade do judiciário em lidar com questões distributivas.

Tradicionalmente acostumado a lidar com conflitos comutativos, as decisões judiciais, via de regra, não levam em conta a natureza distributiva inerente aos direitos sociais. E a consequência disto, como já nos alertam Lopes (2006, 2008), Verissimo (2006), Barroso (2009), Ferraz e Wang (2014), ao invés de reduzir desigualdades, a intervenção do judiciário na política pública acentua a diferença de acesso a bens públicos entre cidadãos, produzindo iniquidades<sup>6</sup>.

O tratamento justo e igualitário perante a lei é um princípio constitucional (artigo 5º, *caput*) que se aplica às decisões judiciais: a interpretação da regra deve ser universal, dando a mesma resposta a conflitos semelhantes<sup>7</sup>. Nesse entendimento, o que a um foi concedido por decisão judicial não pode ser negado a outro.

Não se pretende negar as possibilidades de intervenção do judiciário em questões distributivas<sup>8</sup>, pois isso seria esvaziar a força jurídica dos direitos

<sup>4</sup> Verificar em ENFAM (2013).

<sup>5</sup> Por “fragilidades institucionais” refiro-me tanto à dificuldade de o judiciário analisar os conflitos que Lopes (2006) denomina de “plurilaterais” (que são os conflitos coletivos com diversos impactos entre os múltiplos sujeitos envolvidos no conflito) dada a carência de ferramentas e técnicas disponíveis ao juiz, como também à sua dificuldade de apreciar a amplitude do conflito que lhe foi colocado.

<sup>6</sup> Por exemplo, concedendo um medicamento de alto custo que, além de comprometer o orçamento de um município pequeno, pode atrapalhar o desenvolvimento da política pública local. Conforme aponta Segatto (2012): “Nos pequenos municípios, as decisões podem ser arrasadoras. É o caso de Buritama, uma cidade de 15 mil habitantes no interior de São Paulo. O orçamento do município para fornecimento de remédios é de R\$ 650 mil por ano. No ano passado, mais da metade foi destinada apenas ao cumprimento de demandas judiciais. Um único paciente pediu na Justiça – e ganhou – uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkinson. Preço: R\$ 108 mil. ‘Todos os pacientes que entraram na Justiça ganharam a causa. E o judiciário nem mandou o Estado compartilhar os gastos conosco’, diz Nancy Ferreira da Silva Cunha, secretária de Saúde de Buritama. ‘Essas ações estão acabando com os pequenos municípios’”.

<sup>7</sup> Afinal, para se observar a ideia de igualdade perante a lei, prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a ideia de justiça não pode ser utilizada de forma arbitrária, concedendo bens públicos de forma diferenciada aos cidadãos, exceto quando se está diante de uma situação específica, em que o tratamento diferenciado se justifica, como é o caso das ações afirmativas para minorias, por exemplo.

<sup>8</sup> Vale observar que em decorrência da complexidade de uma política pública, das alocações orçamentárias envolvidas, bem como das escolhas que são feitas pelo Executivo e pelo Legislativo sobre como serão investidos os recursos públicos, a intromissão do judiciário nas escolhas políticas é altamente criticada e há uma extensa literatura que aborda essas questões, bem como os riscos que estão envolvidos nesta intromissão. Em Marinho (2009) fez-se a recuperação dessa discussão. No entanto, o propósito deste artigo não é entrar nessa discussão, mas se limitar a abordar algumas dificuldades institucionais envolvidas quando o judiciário efetivamente condena a administração em obrigações de fazer.

sociais, bem como retroceder em espaços de diálogos que minorias e grupos vulneráveis (por vezes ignorados nos âmbitos de outros Poderes Públicos) alcançam voz.

No entanto, quando se julga de forma fragmentada questões que envolvem direitos sociais, sem dimensionar as possibilidades de universalização do pedido, a decisão condenatória pode resultar em verdadeiros privilégios a alguns cidadãos<sup>9</sup> em detrimento daqueles que não acessaram a justiça. Compreender que a natureza dos direitos sociais é distributiva e que a atuação do judiciário perante esses direitos deve levar isso em conta é abrir espaço para que ponderações judiciais tratem de forma semelhante e equânime os cidadãos.

Nesse entendimento, a proposta deste artigo é trazer uma reflexão sobre a judicialização de direitos sociais e alguns dilemas que o poder judiciário enfrenta ao lidar com um conflito distributivo.

Para tanto, este artigo seguirá o seguinte trajeto: parte-se de uma concepção sobre a natureza dos direitos sociais, a moldura institucional do judiciário e algumas críticas sobre as dificuldades institucionais de o judiciário lidar com direitos distributivos. Em seguida, será discutida pesquisa<sup>10</sup> que analisou julgados do direito à educação na cidade de São Paulo por meio de ações civis públicas movidas pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente (“PJDIDCI”), no período de 1996 a 2005, com o intuito de ilustrar como podem ser observados os conceitos acima abordados. Comparam-se os resultados desta análise com um caso inovador da corte paulista julgado em 2013, que condenou o município de São Paulo a construir 150.000 vagas no ensino infantil. Por fim, este artigo traz algumas reflexões sobre os dilemas distributivos inerentes à judicialização dos direitos sociais.

## NATUREZA DOS DIREITOS SOCIAIS, MOLDURA DO JUDICIÁRIO E ALGUMAS DIFICULDADES INSTITUCIONAIS

Como demonstra Lopes (2004), o direito não é estático, é dinâmico. Seus conceitos operacionais vão se modificando ao longo do tempo para melhor responder aos conflitos jurídicos que lhe são submetidos, dentro de certos limites de interpretação que são compartilhados pela comunidade jurídica. As “molduras jurídicas” que hoje utilizamos para interpretar a regra são herdeiras

<sup>9</sup> Nessa compreensão, Ferraz e Wang (2014) afirmam que “a judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando um SUS de duas portas: uma para aqueles que vão ao judiciário, para quem “a vida não tem preço” e conseguem assim acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; outra para o resto da população, que, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta”.

<sup>10</sup> Esse artigo abrange, de forma bem sintetizada, reflexões da dissertação de mestrado de Marinho (2009).

do pensamento jurídico moderno. E, nesse sentido, o poder judiciário que temos hoje foi pensado e delineado ao longo da modernidade para atuar com problemas individuais e comutativos, ou seja, a justiça das trocas (Lopes 2004).

Essa moldura jurídica opera nos termos do tradicional modelo de adjudicação, descrito como uma disputa travada entre as partes sobre direitos individuais, sintetizado por Chayes (1976, 1282-1283) da seguinte forma: um processo judicial típico, bipolar, decidido na base do “tudo ou nada”; voltado a eventos passados que já se completaram; cujo pedido e solução são interdependentes, formulados de acordo com uma violação prevista; e o processo e seus impactos são restritos às partes, que o iniciam e o controlam, por meio de provas e argumentos. Ou seja, se o carro de “A” é danificado por “B” e “A” aciona o poder judiciário para que “B” lhe repare o carro ou lhe indenize, tem-se a aplicação do tradicional modelo de adjudicação: a indenização ou reparo é pedido por “A” em troca de um dano que sofreu de “B”; a disputa é bipolar entre “A” e “B” e foi iniciada por “A”, sendo o juiz inerte; o processo é controlado de acordo com os argumentos que “A” e “B” apresentam ao juiz; se o juiz entender que houve o dano por culpa de “B”, dará “tudo” (ganho de causa) para “A”, do contrário, “nada” será devido; o processo se volta a reparar o carro danificado, restituindo a “A” o mesmo *status quo ante*; os efeitos do processo são restritos às partes.

Já os conflitos distributivos, ao contrário dos comutativos, não se resolvem dessa forma. Esses conflitos tratam da repartição de bens comuns, produzidos e distribuídos coletivamente, por meio de políticas públicas (Lopes 2001, 98). Políticas públicas complexas, concatenadas por diversos atos voltados a alcançar a sua finalidade: a prestação de um serviço público à população. A implementação requer planejamento, flexibilidade e é diferida ao longo do tempo. Esses serviços públicos são prestados de forma universal e contínua à coletividade, não se esgotam em um só ato.

Direitos sociais são direitos distributivos. Esses direitos têm natureza prestacional<sup>11</sup> e sua realização volta-se para o futuro, por meio da implementação de uma política pública. A realização desses direitos, portanto, demanda a ponderação de distintos interesses ao longo do processo político, para que se definam quais serão as prioridades para a coletividade e se alcancem as finalidades públicas.

Assim, se um município adquire para seu hospital um tomógrafo avançado para diagnosticar certas doenças, todos os municípios serão beneficiados com a aquisição desse bem, possibilitando que análises mais precisas e

<sup>11</sup> Em que pese Abramovich e Courtis (2002) sustentarem que tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais têm custos ambos os direitos têm custos, entende-se aqui, tal como afirma Silva (2017), que o caráter prestacional dos direitos sociais impõe, para sua realização, um custo maior ao orçamento público.

avançadas sejam feitos naquele local. Contudo, como os recursos são escassos, a opção de se investir no maquinário avançado ocasiona, eventualmente, a impossibilidade de se investir em outros tipos de tratamentos. Esse é um ônus a ser suportado por todos os municípios.

Se o prefeito fizesse um plebiscito, talvez o recurso investido no tomógrafo fosse utilizado para compra de medicamentos, insumos hospitalares ou em medidas preventivas de saúde, por exemplo. No entanto, embasado em conhecimentos técnicos de gestores de saúde<sup>12</sup>, a opção de onde serão investidos os recursos públicos é feita e aprovada pelos representantes eleitos pela população. Como se percebe, os direitos sociais têm um caráter plurilateral que se traduz em um “dever e direito de solidariedade social” (Lopes 2006, 170-171), que tornam mais complexas as alocações distributivas.

Os efeitos da apropriação dos benefícios desses bens não se limitam a duas partes, mas afetam a toda coletividade (são plurilaterais ou policêntricos<sup>13</sup>), colocando problemas que dizem respeito “à alocação ou apropriação individual de recursos comuns” (Lopes 2006, 122).

E este é um grande desafio que se coloca em face do judiciário brasileiro nos dias atuais: a alocação de recursos públicos era, tradicionalmente, feita por órgãos políticos (executivo e legislativo), não pelo judiciário. Não somente porque institucionalmente o legislativo e o executivo são aparelhados com recursos e técnicas que os permitem melhor captar dados da realidade (e, em tese, dar melhores respostas às necessidades sociais) para o preparo e elaboração de políticas públicas, como também, porque, dada a ampla gama de possibilidades e interesses que competem por investimentos e recursos, a opção sobre onde e como investir é, inevitavelmente, discricionária, de modo que a legitimidade para se fazer essa escolha era, tradicionalmente, atribuída àqueles eleitos pela população (Mendes 2008; Nohara 2006).

Contudo, em decorrência de desvirtuamentos nos poderes majoritários (que variam da captura do agente público à má-gestão de políticas públicas) (Barcelos 2008,121), bem como de uma Constituição de normas abertas que estabelece determinados fins sociais a serem observados (Barroso 2009, 3-4), hoje é aceita a tese de que é possível e cabível o controle de constitucionalidade feito pelo poder judiciário (Canela Junior 2009). A questão que se coloca é: até onde é possível a cognição judicial no âmbito das políticas públicas? E esta não é uma questão simples. Imiscuir-se na gestão de políticas públicas envolve

<sup>12</sup> Que têm a possibilidade de avaliar a política pública como um todo, analisando seus déficits e necessidades e prioridades, bem como avaliando o orçamento municipal e distribuindo-o à luz destas informações.

<sup>13</sup> O termo “policêntrico” é explorado por Fuller (1978), para fazer referência a situações em que “cada pedaço do todo é um centro distinto distribuidor de tensões que afeta muitas partes e envolve diversos afazeres”, tal como uma teia de aranha, em que o abalo em um fio produz reverberações em toda a teia (Marinho, 2009, 41).

a apreciação de questões complexas sobre a realidade social, a compreensão de dados e informações especializadas que, via de regra, não são dominadas pelos juízes. Como bem expressa Barroso, “os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (Barroso 2009a, 17). Há uma extensa literatura que discute cada um desses pontos mencionados, não sendo possível abordá-las nos limites desse artigo. No entanto, para substituir a decisão judicial pela do administrador, reintroduzindo as questões alocativas na esfera da justiça, é preciso que o judiciário tenha meios e técnicas aptas a analisar e responder aos problemas levando em consideração a natureza distributiva destes direitos. Via de regra, não é isso o que ocorre.

Por força do “hábito” (ou da moldura jurídica forjada ao longo da modernidade), direitos sociais são analisados e decididos no judiciário como se fossem litígios individuais, como se os efeitos de determinada decisão não afetassem a toda coletividade, mas se restringissem às partes do conflito (Lopes, 2006). Assim ocorre, por exemplo, quando um medicamento não previsto na política de saúde é fornecido por força de uma decisão judicial a um indivíduo, tornando ainda mais escasso o orçamento público da saúde e, consequentemente, dificultando o investimento em políticas mais universais.

E é exatamente nesse ponto que a estrutura dos direitos sociais impõe um grande desafio para a ciência jurídica contemporânea. A relação dos direitos sociais não é bilateral, entre as duas partes do conflito, mas plurilateral, afetando a sociedade como um todo, não se restringindo àqueles que participam da lide. O julgamento do litígio social de forma fragmentada e individual, em geral, não leva em conta o impacto econômico que a decisão judicial produzirá no orçamento público ou os efeitos dessa decisão no desenvolvimento das políticas públicas como um todo (Lopes 2006), abrindo espaço para que o “efeito carona ou predador” torne-se uma prática constante, o que é deveras problemático em uma sociedade desigual como a nossa<sup>14</sup>.

Os conflitos de direitos sociais não visam manter o *status quo ante*, mas sim uma reforma estrutural, prospectiva e policêntrica das políticas públicas. Seriam os magistrados aptos a atuarem nesse tipo de conflitos? A crítica da capacidade institucional, sintetiza Barroso, analisa qual poder estaria mais habilitado para dar a melhor decisão sobre determinada matéria. E temas que envolvem “aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico (Barroso, 2009a, 16)”.

Essas críticas chamam a atenção para a carência de ferramentas e instrumentos, bem como as dificuldades de o judiciário lidar com a efetivação de

<sup>14</sup> Conferir a pesquisa de Grinover e Sica (2014) sobre essas questões.

políticas públicas<sup>15</sup>. Questionam, também, a legitimidade das cortes em substituir as “escolhas dos poderes eleitos” sem conhecer a totalidade dos fatos.

Assim, ressaltando o pensamento tradicional vigente no Brasil, aliado ao pouco grau de familiaridade com os remédios equitativos (como as *injunctions*, os *receivers* e *special masters* americanos), Lopes (2006) destaca que a falta de hábito e aparelhamento das cortes brasileiras impede que as cortes negociem possíveis soluções ou firmem uma agenda de compromissos, fazendo com que os juízes brasileiros atuem na base do “tudo ou nada”, desconsiderando as questões distributivas do direito em tela.

O autor assinala, também, uma limitação institucional relevante: a inércia do poder judiciário somada ao tratamento fragmentado dos direitos sociais impede o necessário planejamento para a realização de objetivos coletivos (Lopes, 2006). Não se sabe quem, quantos ou quando entrarão com uma ação pleiteando determinado direito social. Desse modo, como estabelecer metas e prazos para estruturar esses direitos e permitir o funcionamento adequado de uma política pública?

Ademais, pondera Lopes (2008), o Estado é obrigado a tratar a todos de igual maneira, só pode conceder a um o que pode distribuir a todos. E, de outro modo, não pode conceder a nenhum o que não pode dar a todos, por escassez de recursos: “se a maneira de distribuir é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido” (Lopes, 2008, 192). Essas problemáticas não podem (ou ao menos não deveriam) ser ignoradas pelos tribunais durante um julgamento.

Já Salles (2009, p. 634) constata que o pleito individual de direitos sociais gera efeitos disfuncionais de três formas: (i) leva o judiciário a apreciar o conflito de forma incompleta, ignorando os fatores distributivos inerentes à natureza desses direitos; (ii) julga de modo assimétrico situações idênticas; (iii) além de interferir e desorganizar as políticas públicas, introduzindo critérios distintos daqueles que foram previstos pelo gestor público.

Segundo os autores, a ideia de direito subjetivo individual ainda está fortemente arraigada na cultura brasileira, o que dificulta a efetivação de uma concepção democrática que prima pela universalidade e isonomia.

Fato é que a ponderação do que é universalizável e das distribuições de recursos, via de regra, realizam-se por meio da estruturação de uma política pública. Assim, para que a intervenção do poder judiciário se viabilize e se legitime, não pode ignorar características essenciais do direito que irá aplicar, o que impõe desafios especialmente na habilidade da corte para compreender e lidar adequadamente com a complexidade dos conflitos coletivos.

<sup>15</sup> Uma análise sobre o “estado da arte” dessas críticas é feita em Marinho, 2009.

## OS CASOS DE ACESSO AO ENSINO INFANTIL NA CIDADE DE SÃO PAULO

A pesquisa feita entre 1996 e 2005 na Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente (Marinho, 2009) analisou 36 ações transitadas em julgado que solicitavam vagas em creches para crianças de 0 a 3 anos ou em pré-escola, para crianças de 4 a 6 anos de idade<sup>16</sup>.

As ações que foram estudadas demonstram com clareza como a concepção dos magistrados sobre os direitos sociais vai se modificando ao longo do tempo, abandonando a visão de “norma programática” e concebendo a educação como um verdadeiro “direito”.

Assim, as primeiras ações civis públicas questionavam o cumprimento da norma constitucional de forma coletiva, alegando que a política pública educacional da cidade de São Paulo estava sendo descumprida. Mas, ao perceber que o pedido elaborado de forma coletiva não estava produzindo resultados, o Ministério Público (MP-SP) alterou sua estratégia de ação: passou a propor ações tutelando interesses individuais homogêneos, apontando nominalmente cada criança que pleiteou uma vaga no Conselho Tutelar e não a obteve.

Essa tática do Ministério Público provocou o judiciário a atuar a partir da “moldura jurídica” tradicional de sua linguagem, com sua lógica individual e bipolar de compreensão de conflitos, ou seja, permitiu que juizes analisassem problemas coletivos a partir das ferramentas conceituais com as quais estão acostumados.

Até o final da década de 90 prevalecia, nas ações estudadas, o entendimento de que a educação é uma norma programática, concretizada por meio de políticas públicas, de acordo com a discricionariedade da administração pública. Ao tratar os direitos sociais na lógica bipolar, o MP conseguiu fragilizar a ideia de que direitos sociais eram normas programáticas.

Assim, nos próximos parágrafos serão abordadas as diferenças de tratamento entre as 14 ações coletivas propostas em 1999 (ações coletivas de igual conteúdo<sup>17</sup>, distribuídas nas diferentes Varas Regionalizadas da Infância e Juventude da cidade) e as 21 ações civis públicas propostas a partir de 2002.

As 14 ações coletivas de acesso ao ensino infantil solicitavam uma providência do Município para que a carência de vagas no ensino infantil não perdurasse no ano seguinte. Seu fundamento baseava-se na educação como um direito<sup>18</sup> que impõe obrigações de trato sucessivo e, como estas eram

<sup>16</sup> A classificação etária do ensino infantil foi alterada para crianças de até 5 anos de idade. As ações referem-se a um período antes da alteração da EC 53/06. Observa-se que apenas o ensino fundamental era expressamente previsto como direito público subjetivo.

<sup>17</sup> As ações variavam apenas o nível de ensino solicitado (creche ou pré-escola).

<sup>18</sup> Os seguintes artigos eram mencionados para tratar do direito ao ensino infantil, sua organização e competência: na Constituição Federal, os artigos 6º, 127, 205, 206, 208, 211 e 212; na Constituição Estadual

reiteradamente violadas, deveriam ser remediadas pelo judiciário<sup>19</sup>. Além disso, a promotoria respaldava seu pedido em um levantamento realizado por técnicos da Universidade de São Paulo que demonstrava uma carência de 200.000 vagas na creche e pré-escola no ano de 2000.

Das quatorze ações coletivas regionais propostas, os resultados foram os seguintes: (i) apenas três julgadores deram procedência ao pedido em primeira instância<sup>20</sup>, entendendo que a educação não era uma norma programática, mas um direito público subjetivo exigível no judiciário. Essas três decisões, contudo, foram reformadas e extintas sem julgamento de mérito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por inépcia<sup>21</sup>, violação à tripartição dos Poderes<sup>22</sup> ou por carência de ação do MP<sup>23</sup>; (ii) quatro ações foram julgadas improcedentes em primeira instância<sup>24</sup> e uma delas a sentença foi reformada e julgada procedente no TJSP<sup>25</sup>; (iii) nas outras sete ações coletivas, não houve sequer análise de mérito<sup>26</sup>. As ações foram extintas por impossibilidade jurídica do pedido<sup>27</sup>; inépcia da petição inicial<sup>28</sup>; ou falta de interesse de agir<sup>29</sup>. Em apenas uma dessas ações<sup>30</sup> o MP-SP conseguiu reverter a situação.

---

de São Paulo, os artigos: 233, 237, 238, 239, 240, 241, 247, 248, 255; na Lei Orgânica Municipal de São Paulo, os artigos: 200, 201, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 210 e 211; no Estatuto da Criança e do Adolescente, os artigos: 54, IV, 148, 208, III; na Lei de Diretrizes e Bases do Ensino, os artigos: 5 e 89.

<sup>19</sup> A promotoria embasava os seus pedidos nos seguintes artigos do Código de Processo Civil (Lei 5869, de 11/01/1973): 290 (“Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”), 286, I (“O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados”) e 334, I (“Não dependem de prova os fatos: I – notórios”).

<sup>20</sup> Ver Marinho (2009) as ações 669-4, da Vara da Infância e Juventude (VIJ) de Penha da França; 13/99, da VIJ de Pinheiros; e 576-5 da VIJ de Santo Amaro.

<sup>21</sup> Por ser incerto e indeterminado, não atendendo às condições do artigo 286 do CPC.

<sup>22</sup> Por ser discricionariedade da Administração a efetivação do direito à educação.

<sup>23</sup> Por se tratar de um pedido futuro, voltado ao ano seguinte.

<sup>24</sup> Interessante observar que nestas quatro ações houve o expresse reconhecimento dos magistrados de que havia elevada demanda por vagas no ensino infantil, mas todos entenderam que o acesso ao ensino infantil era facultativo e sua realização era discricionariedade do Poder Público, de acordo com uma previsão orçamentária. Conferir em Marinho (2009) as ações n.ºs. 070/99, da VIJ do Ipiranga, 042-5, do Itaquera; 039-5, do Itaquera; e 007/99, de São Miguel Paulista.

<sup>25</sup> Conferir Marinho (2009) a ação de n.º 007/99, de São Miguel Paulista.

<sup>26</sup> Conferir Marinho (2009) as ações de número: 122-99, da VIJ Central; 9069-99, da VIJ do Ipiranga; 017-99, da VIJ de Santo Amaro; 121/99, da VIJ Central; 356-8, da VIJ de Tatuapé; 09/99 e 010/99, ambas da VIJ de Jabaquara.

<sup>27</sup> Conferir Marinho (2009) as ações n.ºs. 122-99 e 356-8; n.ºs. 017-99 e 121/99; e n.ºs. 017-99 e 122/99.

<sup>28</sup> Por ser o pedido juridicamente impossível (ações n.ºs. 09-99 e 010/99, ambas do Jabaquara). Conferir em Marinho (2009).

<sup>29</sup> Por não haver denúncia específica de ausência de vagas na região (ações n.ºs. 9069-99, do Ipiranga e 356-8, do Tatuapé). Conferir em Marinho (2009).

<sup>30</sup> Conferir Marinho (2009) a ação de n.º. 121/99, da Central.



A partir de 2002, o MP-SP mudou sua estratégia de agir e passou a demandar direito à educação na forma de interesses individuais homogêneos. A antecipação de tutela foi solicitada nas 21 ações em que o pedido foi elaborado na forma de interesses individuais homogêneos e em apenas um caso<sup>31</sup> não obteve êxito. Contudo, neste caso específico foi celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o Ministério Público e o Município para regularizar a situação e a ação foi extinta por perda de objeto. Nas demais ações restantes (vinte ações), em apenas três casos<sup>32</sup> o TJSP suspendeu os efeitos da antecipação da tutela, entendendo que a implementação de tais direitos seria discricionariedade da administração.

Os resultados das 20 ações foram os seguintes: (i) seis ações, das vinte, foram extintas sem julgamento de mérito, por desistência da ação<sup>33</sup> ou por falta de interesse de agir do autor<sup>34</sup>, pois a municipalidade juntou nos autos documentos com a comprovação de matrícula das crianças; (ii) nas 14 ações restantes, houve procedência em primeira instância. Em sede recursal, duas ações<sup>35</sup> foram reformadas pelo TJSP, que entendeu que a forma de acesso ao ensino infantil era discricionariedade do administrador público. Em outros três casos<sup>36</sup>, o Tribunal confirmou as sentenças de primeira instância. Nos demais casos, as ações foram extintas sem julgamento de mérito por perda de objeto<sup>37</sup>, pois a Prefeitura comprovou ter matriculado as crianças.

Comparando as 14 ações de 1999 com as 21 ações julgadas pós 2002 é possível observar que as normas de direitos sociais só começaram a ser albergadas no judiciário quando pleiteadas na moldura tradicional de o judiciário lidar com os direitos: na linguagem comutativa.

Os resultados das ações coletivas evidenciam a dificuldade do magistrado em lidar com pedidos genéricos e indeterminados, sem a quantificação precisa de quantas vagas são devidas. A implementação de um pedido genérico exige certo planejamento para sua realização<sup>38</sup>, o que, naquele momento, parecia um pedido impossível ao judiciário.

<sup>31</sup> Conferir Marinho (2009) a ação de n°. 429-5, do Jabaquara.

<sup>32</sup> Conferir Marinho (2009) as ações de n°. 2169-5, de Santo Amaro; 22-1, do Itaquera; e 012-5, do Ipiranga.

<sup>33</sup> Conferir Marinho (2009) as ações de n°. 35-2, 6ª. Vara da Fazenda Pública; 525-4, do Jabaquara; e 2169-5, de Santo Amaro.

<sup>34</sup> Conferir Marinho (2009) as ações de n°. 245-1 (073/02), de São Miguel Paulista; 002.05.901.752-1, do Campo Limpo; e 002.05.900.14-5, de Santo Amaro.

<sup>35</sup> Conferir Marinho (2009) as ações de n°. 22-1, do Itaquera; e 130-4, de Santo Amaro.

<sup>36</sup> Conferir Marinho (2009) as ações de n°. 12-5, do Ipiranga; 73-6, do Itaquera; e 379-0, do Itaquera.

<sup>37</sup> Os recursos dessas nove ações à segunda instância, antes de extintos, foram suspensos por um prazo de três anos, por conta da celebração de TAC com a Prefeitura paulistana. No TAC a Municipalidade se comprometeu a abrir 108.217 vagas para o segmento infantil no prazo de um ano, conforme consta do Inquérito Civil Público n°. 718/05. Conferir Marinho (2009).

<sup>38</sup> Inúmeras questões de gestão pública estão por trás da decisão de se criarem vagas: quantas vagas serão precisas? Onde deverão ser abertas? Há espaço físico disponível? Quantos professores serão necessários? Há verba disponível para implementar essa estrutura?

Os resultados das ações coletivas regionalizadas expõem, também, como a interpretação de uma norma constitucional principiológica (como o direito à educação) é complexa para o julgador e pode levar a resultados divergentes, tornando quase 'lotérica' a interpretação da norma, podendo os mesmos argumentos (discrecionabilidade, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido) serem estruturados de acordo com a concepção do julgador (Marinho, 2009, 102).

Já nas ações individuais homogêneas, o pedido feito de forma individual evidenciou que o julgador se sentiu "mais confortável" em dar procedência a demandas que se utilizavam de uma linguagem com a qual o poder judiciário está mais familiarizado: direitos públicos subjetivos, com a indicação pessoal de cada um dos alunos que estavam sendo lesados pela falta de vagas no ensino infantil. Essa forma de pedir estes direitos ao judiciário mostrou-se fundamental ao sucesso das demandas. Ao personificar o pleito na forma de interesses individuais homogêneos, o conflito foi tratado de forma bilateral e o direito solicitado foi concedido, para além de eventuais reflexões sobre o impacto destas ações no orçamento público ou sobre a situação de outras crianças que estavam aguardando uma vaga na "fila de espera" criada pela administração pública e que não entraram com uma ação na justiça.

A análise das ações coletivas pleiteando acesso ao ensino infantil evidencia, também, a dificuldade do judiciário em lidar com obrigações de fazer de trato sucessivo, voltadas para o futuro. Acostumado a lidar com ações comutativas, que se voltam para o passado, o lapso temporal no caso dos direitos sociais pode ser uma questão relevante.

Neste sentido, em que pese as ações coletivas terem sido protocoladas em maio de 1999, pleiteando a efetividade de direitos para o ano 2000, em muitos casos o conflito só se resolveu muito tempo após o início do ano letivo de 2000, o que provocou a seguinte situação: mesmo nas ações que foram procedentes em primeira instância, as crianças não conseguiram a vaga pleiteada, pois o ano letivo se iniciou e o poder judiciário ainda levou alguns tempo para decidir a questão<sup>39</sup>. De modo que, a resposta institucional, quando veio, não conseguiu resguardar o direito pleiteado.

No âmbito das ações individuais homogêneas, as liminares foram utilizadas para assegurar os direitos pleiteados e sua viabilização. E, uma vez concedidas, em que pese nem todas as ações terem sido julgadas procedentes, nas 20

<sup>39</sup> Em pesquisa sobre as ações judiciais educacionais Graciano, Marinho e Oliveira (2006, 4) constataram que: "Entre aquelas que tramitaram apenas em primeira instância, o maior período foi de 17 meses – ação referente à reposição de aulas -, e o menor foi de 3 meses, referente à manutenção de turmas de 7ª e 8ª séries em escolas municipais; de maneira geral, o tempo médio para julgamento foi de 8 meses. Já entre aquelas cujo julgamento foi definido em segunda instância, o período variou de 64 a 12 meses, referentes à garantia de vagas na educação infantil; o tempo médio da tramitação neste grupo foi de 31 meses".

ações em que houve antecipação da tutela, as crianças matriculadas garantiram seu acesso ao ensino. Inclusive nas demandas que houve suspensão dos efeitos cautelares, em sede recursal, para as crianças que já haviam se matriculado, estas se mantiveram com a vaga. Isso porque a partir do momento em que o direito subjetivo ingressa no patrimônio de direitos pessoais destas crianças, não é possível retirá-lo, sob pena de se violar o ato jurídico perfeito (teoria do “fato consumado”<sup>40</sup>).

Tampouco nas ações que foram julgadas improcedentes as crianças perderam a vaga. As ações que tratam de interesses de crianças e adolescentes são recebidas apenas no efeito devolutivo (198, VI do Estatuto da Criança e do Adolescente) e, até que saíssem os resultados da demanda, as crianças já estavam em outro ano letivo.

Percebe-se, desse modo, que a questão temporal, para os direitos sociais, é um diferencial que deve pautar nossas reflexões, pois, por serem demandas prospectivas (que se voltam para o futuro) e plurilaterais (em que o impacto de uma ação individual afeta a política pública como um todo), a duração do litígio e os instrumentais atualmente utilizados (medidas cautelares) nem sempre se mostram apropriados para assegurar o resultado final da ação.

De forma geral, essas ações demonstram o quanto o judiciário tem dificuldades em garantir direitos plurilaterais. Mesmo reconhecendo que a norma educacional foi violada, as cortes não conseguem dar uma resposta adequada ao tratar dos conflitos distributivos de forma fragmentada. A carência de instrumentos institucionais para agir adequadamente, somados à “moldura judicial”, praticamente levou os julgadores a tratarem os conflitos distributivos de forma bilateral e pontual, como foi acima apontado pela por Lopes e Salles.

No entanto, ainda que exigidos como interesses individuais homogêneos, os direitos sociais não deixam de ser direitos distributivos, de modo que a procedência de uma decisão judicial individual gera impactos na estruturação da política pública e de seus critérios distributivos.

Se a discussão em torno do caráter jurídico do direito à educação mudou bastante e hoje é pacífico no judiciário o entendimento de que o direito à educação infantil é exigível como um direito público subjetivo, o julgamento fragmentado longe estava de ser a melhor solução. Mais do que tratar de forma

<sup>40</sup> A teoria do “fato consumado” foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral no RE 608482, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, em 09/09/2014. Em síntese, prestigiando a segurança jurídica, afirma-se que a situação provisória concedida liminarmente, consolida-se com o passar do tempo, sendo inviável retornar *ao status quo ante*. Em entrevista concedida em 26 de outubro de 2008, Dr. Motauri Ciocchetti de Souza, Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo que, até agosto de 2008, foi responsável pela Promotoria de Defesa de Direitos Difusos e Coletivos da Infância e Juventude do Ministério Público do Estado de São Paulo, confirmou a aplicação desta teoria nas vagas de ensino infantil concedidas liminarmente.

iníqua os que estão mais à margem do sistema permitindo que os detentores de uma decisão judicial fure a fila das vagas sem observar os critérios de vulnerabilidade e necessidade (Corrêa 2015), a judicialização fragmentada dificulta a análise global da política pública, dando a ilusória sensação de efetividade.

## UMA MUDANÇA DE PARADIGMA DA CORTE PAULISTA

Após condenar a prefeitura a criar inúmeras vagas por força judicial, de forma individual, desrespeitando a ordem da fila de demandas de vagas criadas pela Prefeitura (Souza 2013), evidenciou-se que o julgamento fragmentado do direito à educação não estava sendo efetivo. Além de impor ao judiciário a análise de um grande volume de ações e gerar inequidades na política educacional, percebeu-se que as inúmeras condenações começavam a fazer uma “fila paralela” à da Administração Pública, quando o limite de vagas disponíveis havia sido atingido (Corrêa 2015).

Assim, no intuito de buscar uma solução mais efetiva para a situação, a Justiça Paulista deu uma decisão inédita no final do ano de 2013<sup>41</sup>, decorrente de uma ação civil pública movida em 2008 por um conjunto de ONGs<sup>42</sup> que pleitearam ao judiciário Paulista uma intervenção para a situação do ensino infantil na cidade.

Por meio de uma audiência pública, o TJSP conseguiu coletar opiniões de diferentes especialistas, organizações e representantes do executivo sobre a questão e condenou a Prefeitura a criar 150.000 vagas (ao menos 105.000 em creches) até o final de 2016 (Folha de São Paulo 2013).

Alguns fatores tornam essa decisão inovadora no âmbito da judicialização de políticas públicas (Corrêa 2015). Primeiramente, levou-se em consideração o fato de que o pedido individual tem impactos negativos na política pública educacional (altera a ordem da fila de espera e superlota as classes de ensino, agindo desordenadamente), devendo a criação de vagas ser feita a partir de um planejamento centralizado e previsto por uma política pública.

O problema, ademais, foi analisado como uma questão coletiva, tendo sido a Prefeitura condenada a elaborar um plano para a construção de 150.000 vagas no ensino infantil, tal como foi prometido em campanha política, bem como no plano de metas do então Prefeito Fernando Haddad (Ximenes, Alves e Mateuzi 2014).

No que tange à questão dos recursos, a partir de análises de relatórios do Tribunal de Contas do Município, a Corte ponderou que sobravam recursos orçamentários destinados ao ensino público. A falta de vagas em creches seria,

<sup>41</sup> Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, São Paulo.

<sup>42</sup> Liderados pela ONG Ação Educativa.

assim, melhor explicada por gargalos na gestão destes recursos do que em sua insuficiência. Com o intuito de contornar essa questão, o TJSP também condenou a prefeitura a incluir no próprio orçamento público municipal dotação destinada à construção das 150 mil vagas para o ensino infantil no prazo de dois anos.

A decisão ainda inovou no seu processo de execução. Ao abandonar a lógica do “tudo ou nada”, bilateral, a Corte atuou de forma dialogal, concedendo à Prefeitura de São Paulo um prazo de 60 dias para elaborar a forma de execução da decisão, de modo a viabilizar que as vagas fossem criadas de forma planejada a partir dos próprios critérios definidos pelo gestor. Observando, desse modo, o atendimento prioritário de crianças que estão em maior vulnerabilidade econômico-social, possibilitando que aqueles que mais necessitam do Poder Público pudessem ter acesso aos bens fundamentais o quanto antes.

Ademais, criou um regime de monitoramento semestral e uma comissão para acompanhar o cumprimento do que foi decidido (Vieira, 2014).

### ALGUNS DADOS DISPONÍVEIS SOBRE O ACESSO AO ENSINO INFANTIL

Os efeitos concretos da decisão discutida acima são de difícil mensuração. De acordo com o “Balanço de Governo da Gestão 2013 a 2016”, divulgado pela Secretaria Municipal de Educação em dezembro de 2016 (SME 2016), a expansão no ensino infantil foi de 106.743 novas vagas e matrículas no período, sendo 87.781 referentes a creches<sup>43</sup>. Dados da gestão seguinte (2017-2020), apontam que 65 mil crianças ainda aguardam na fila por uma vaga em creche (Folha 2017)<sup>44</sup>.

No que tange à pré-escola, o atendimento chegou próximo de ser universalizado, com a disponibilização de 18.972 vagas e matrículas (SME 2016). Em maio de 2017, a gestão seguinte informou que universalizou o atendimento neste segmento (Folha 2017). No entanto, a mesma notícia aponta que a expansão de salas se deu com o fechamento de espaços de apoio pedagógico, como salas de leitura, informática e brinquedoteca, para abertura de novas classes. A notícia relata, ainda, que um terço das classes de pré-escola estão superlotadas, com 35 alunos ou mais, quando o limite normativo é de 29 alunos por turma (Folha 2017).

Consta, ainda, no relatório da SME (2016) que, a demanda por creche e pré-escola eram as menores já registradas pelo sistema EOL desde 2012: em de-

<sup>43</sup> A demanda cadastrada de creches para o período era de 71.454 crianças (SME 2016).

<sup>44</sup> Dado obtido em maio de 2017 (Folha 2017).

zembro de 2012, a demanda cadastrada era de 209.559 crianças; em dezembro de 2016 a demanda cadastrada registrava 72.807 alunos<sup>45</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A análise destes casos de acesso ao ensino infantil mostra como o direito e seus conceitos operacionais vão se transformando ao longo do tempo, no intuito de responder aos problemas que lhes são colocados. Aos poucos, as questões distributivas foram se reinserindo na esfera do judiciário, obrigando o operador do direito a flexibilizar suas molduras para dar a devida resposta ao conflito que lhe foi colocado.

As críticas de Lopes e Salles apontam dificuldades institucionais relevantes na justiciabilidade dos direitos sociais: adentrar em disputas que envolvem a alocação de verbas públicas pode resultar em decisões arbitrárias, que não levam em conta a natureza distributiva do direito social. Neste entendimento, a nova forma de atuar do TJ-SP parece estar mais em consonância com a natureza distributiva dos direitos sociais, possibilitando que a política pública seja apreciada como um todo, de forma planejada e equitativa.

Como os dados disponíveis sobre o acesso ao ensino infantil demonstram, de fato, houve uma expansão inegável no acesso à educação infantil na cidade de São Paulo no período de 2013 a 2016, expandindo o atendimento em mais de 50% da demanda no ensino infantil<sup>46</sup>. No entanto, faz-se necessário lembrar que o programa de metas da gestão 2013-2016 já previa expressamente a ampliação da oferta de vagas no ensino infantil, de modo que não há como atribuir, de forma isolada, nem ao judiciário nem à administração eventual progressão na expansão do ensino infantil.

Ademais, é possível observar que, sob pressão judicial, a administração pública reagirá, mas, por vezes, irá comprometer outras esferas da política pública para cumprir a ordem judicial, como demonstram os casos de salas superlotadas.

No entanto, sendo a condenação dialogal e contando com um grupo de monitoramento, nada impede que certas flexibilizações da regra ou mesmo da decisão judicial sejam, eventualmente, tomadas com o intuito de que a política pública educacional aprimore. O desafio colocado, portanto, talvez passe por um aprendizado sobre a natureza distributiva dos direitos sociais,

<sup>45</sup> Como a matrícula no ensino infantil não é obrigatória (aos pais, da criança) a demanda pode variar (ampliando ou reduzindo) em diferentes períodos de um mesmo ano. Desse modo, os dados citados mencionam o mês de avaliação da demanda.

<sup>46</sup> Se observarmos que desde 2002, o MP-SP já embasava suas petições com um documento apontando uma demanda de aproximadamente 200.000 crianças sem vagas no segmento infantil, como acima foi mencionado, a redução da demanda torna-se ainda mais impressionante.

possibilitando ponderações mais concretas sobre os riscos envolvidos e as potenciais intervenções por meio do judiciário.

Simbolicamente, a decisão judicial pode ter um impacto relevante ao tomar para si a tarefa de assegurar a observância de que direitos fundamentais sejam concretizados. Contudo, a intervenção judicial deve avaliar a complexidade do conflito que lhe foi colocado e suas possibilidades de sucesso, sob pena de abalar, ainda mais, a crença em uma resposta institucional justa e adequada. Aprofundar os estudos neste tema, seus problemas e possibilidades de solução é tarefa imprescindível para que a judicialização possa evoluir de forma equânime.

## REFERÊNCIAS

- Abramovich, Victor, e Christian Courtis. 2002. *Los Derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- Barcellos, Ana Paula De. 2008. "Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático", em *Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Barroso, Luís Roberto. 2009. "Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial". Em *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Acessado dia 22 de janeiro de 2018. [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)
- Barroso, Luís Roberto. 2009a. "Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática", Acessado dia 11 de março de 2018. [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf).
- Barzotto, Luis Fernando. 2003. "Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito". *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, p. 17-56.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 608482-RN. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerida: Vanusa Fernandes da Araújo. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 15 de setembro de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955292>.
- Chayes, Abram. 1976. "The Role Of The Judge In Public Law Litigation". Em *Harvard Law Review* 89, n.7: 1281-1316, <http://www.jstor.org/stable/1340256>.
- Canela Junior, Osvaldo. 2009. "A efetivação dos direitos fundamentais através dos processo coletivo: o âmbito de cognição da efetivação de políticas públicas pelo poder judiciário". Tese de doutorado. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo.
- Corrêa, Luiza Andrade. 2015. "A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo". Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). 2013. "Eliana Calmon defende ativismo judicial em favor dos direitos das crianças". Acessado dia 22 de janeiro de 2018. <http://www.enfam.jus.br/2013/08/eliana-calmon-defende-ativismo-judicial-em-favor-dos-direitos-das-criancas/>.
- Ferraz, Octavio Luiz Motta, e Daniel Wang. 2014. "As duas portas do SUS", Em *Folha de São Paulo*, Acessado dia 19 de junho de 2014. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml>.
- Folha de São Paulo. 2013. "Equilíbrio Judicial", em *Editorial*. Acessado dia 30 de dezembro de 2013. <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/12/1391347-editorial-equilibrio-judicial.shtml>.
- Folha de São Paulo. 2017. "Doria zera fila de pré-escola, mas tem desafio maior com procura por creche", em *Educação*. Acessado dia 23 de janeiro de 2017. <http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/05/1889006-doria-zera-fila-de-pre-escola-mas-tem-desafio-maior-com-procura-por-creche.shtml>
- Fuller, Lon L. 1978. "The forms and limits of adjudication". Em *Harvard Law Review*, 92: 353-409, <https://people.rit.edu/wlrgh/Fuller.pdf>.

- Graciano, Mariângela, Carolina Marinho e Fernanda Oliveira. 2006. "As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo". Em *A Educação entre os Direitos Humanos*, coordenado por Haddad, Sérgio e Mariângela Graciano, p. 155-196. Campinas: Autores Associados.
- Grinover, Ada Pellegrini e Ligia Paula P. Pinto Sica (coordenadoras). 2014. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*. São Paulo: CPJA (Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo). <http://hdl.handle.net/10438/18674>.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. 2001. "Da efetividade dos direitos econômicos, Sociais e Culturais". Em *Direitos Humanos, visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. 2004. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34 Ltda..
- Lopes, José Reinaldo de Lima. 2006. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método.
- Lopes, José Reinaldo de Lima. 2008. "Em torno da reserva do possível". *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*, organizado por Sarlet, Ingo W, e Luciano B. Timm, p. 173-193. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Marinho, Carolina Martins. 2009. "Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional", Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- Mello, Cláudio Ari. 2005. "Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. Em Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul (set-dez), n.56: 105-138.
- Mendes, Conrado H. 2008. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Nohara, Irene P. 2006. *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*. São Paulo: Altas
- Pietro, Maria Sylvia Zanella di. 2007. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed.. 4 reimp. São Paulo: Atlas.
- Salles, Carlos Alberto de. 2009. "Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil". Em *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, organizado por Salles, Carlos Alberto de, p. 787-818. São Paulo: Quartier Latin.
- Secretaria Municipal de Educação (SME). 2016. "Balanço de Governo da Gestão 2013 a 2016". Acessado dia 23 de janeiro de 2018. <http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Main/Page/PortalSMESP/Plano-Municipal-de-Educacao>
- Segatto, Cristiane. 2012. *O paciente de R\$ 800 mil*, acessado dia 04 de dezembro de 2013. Disponível em [revistae-poca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html](http://revistae-poca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html).
- Silva, Virgílio Afonso da. 2017. "O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais". *O processo para solução de conflitos de interesse público*, organizado por Grinover, Ada Pellegrini; Kazuo Watanabe e Susana Henriques da Costa, p. 383-396. Salvador: JusPodivm.
- Souza, Marcelle. 2013. Em SP, 12 mil conseguiram vaga em creche por ordem judicial em 2013. Acessado dia 29 de agosto de 2013. <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm>
- Veríssimo, Marcos Paulo. 2006. "A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988". Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- Viera, Oscar Vilhena. 2014. "Experimentalismo judicial", disponível em *Folha de São Paulo*. Acessado dia 09 de maio de 2014. <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhena/2014/05/1448931-experimentalismo-judicial.shtml>.
- Ximenes, Salomão, Ailton Alves e Milena Mateuzi. 2014. "Decisão histórica e coerente", disponível em *Folha de São Paulo*. Acessado dia 20 de janeiro de 2014. <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/01/1399963-salomao-ximenes-ailton-alves-e-milena-mateuzi-decisao-historica-e-coerente.shtml>.



# CAPÍTULO 10

## UMA LEITURA DA CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL SOB A LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

*Greséli Taise Ficanha  
Viviane Lemes da Rosa*

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto a análise da problemática da contribuição ao Funrural à luz dos diálogos institucionais, tendo em vista as divergências de entendimento quanto à constitucionalidade desta contribuição social entre o Judiciário (RE nº 596.177 e nº 718.874), o Legislativo (Resolução nº 15/2017 e Lei nº 13.606/2018) e o Executivo (Medida Provisória nº 793/2017). Tais embates institucionais não são efetivos diálogos e trazem insegurança jurídica ao tratamento da matéria, mas podem contribuir incentivando maiores interações entre os poderes, notadamente porque o *judicial review* do RE nº 718.874 ocasionou reações contrárias da sociedade que impulsionaram a ampliação do debate sobre a questão e uma maior atuação do Legislativo.

### 1. INTRODUÇÃO

O início do estudo a respeito da atuação dos poderes estatais perpassa, necessariamente, pela compreensão de que a separação das funções estatais não se adequa ao modelo tradicional proposto em sua origem. A finalidade da separação dos poderes é evitar o abuso de poder e assegurar a eficiência do Estado, a partir da atribuição de diferentes funções tipicamente estatais a cada um dos ramos do poder.

Essa divisão, todavia, não foi aplicada de forma uniforme, nem permanece estanque ao passar do tempo e ao desenvolvimento das sociedades, o que exige sua constante atualização. Embora tenha sido adotada de forma mais rígida na França, nos Estados Unidos, por exemplo, desde a Constituição de 1787, a teoria assumiu feição de coordenação entre os poderes, que funcionariam como freios e contrapesos (*checks and balances*).

Mais modernamente, defende-se que, além da harmonia entre a atuação dos poderes, deve ocorrer diálogo entre as instituições, pois, em alguns pontos, as atividades dos diferentes ramos de poder acabam por se sobrepor. Isso ocorre, notadamente, em relação a temas constitucionais, que ocupam posição de fundamental importância na orientação normativa e social.

Nesse sentido, alguns autores têm proposto a realização de diálogos constitucionais ou institucionais,<sup>1</sup> a fim de que as instâncias responsáveis pela tomada de decisões sociais complexas e relevantes adotem mecanismos de definição conjunta da posição a ser adotada em dado momento. Isso traria maior legitimidade às instituições e permitiria que a decisão fosse democraticamente mais adequada e informada.

Com efeito, considerando especificamente a matéria pertinente ao presente trabalho, deve-se ter presente que a interpretação constitucional não é uma questão de quem diz a última palavra – como ocorre no julgamento de casos concretos –, mas de adequação dinâmica entre a hermenêutica e as circunstâncias sociais, pois a interpretação pode ser alterada no decorrer do tempo. Assim, é razoavelmente natural que ocorra discussão entre as instituições estatais quando estão em voga temas constitucionais.

A fim de possibilitar a constante atualização do sentido atribuído à Constituição, existe previsão expressa de que a interpretação feita pelo Judiciário, apesar de vinculante para o Executivo (art. 102, §2º, da CF), não impede a atuação do Legislativo – um silêncio eloquente do texto constitucional. Com isso, evita-se o engessamento do direito, que necessariamente deve evoluir em consonância com a sociedade, e permite-se a continuidade da discussão sobre o assunto.

A partir dessa análise, pretende-se estudar a forma de atuação dos três poderes no que diz respeito à controversa contribuição ao Funrural. Embora trate-se de questão afeta ao direito tributário, este estudo não tem por objeto o mérito da contribuição ao Funrural – se é constitucional, se a bitributação é possível, se ofende a isonomia, dentre outros aspectos discutidos pelos tributaristas –, mas a forma como os três poderes interagiram durante todo o desenvolvimento da controvérsia que envolve o tema. Busca-se avaliar de que formas a instituição pelo Legislativo, a operacionalização pelo Executivo e os precedentes do Judiciário relacionam-se com alguns aspectos teóricos de diálogos institucionais e funções dos poderes estatais.

## 2. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Quando mais de um poder é legítimo para atuar em determinado âmbito ou possui interesse em diferentes dimensões de um mesmo tema, cada um acaba se manifestando da forma que entende mais adequada a fim de estabelecer

---

<sup>1</sup> Roberto Gargarella, por exemplo, propõe a superação de um modelo de organização de instituições baseado na separação dos poderes e na ideia de freios e contrapesos e a adoção de um sistema de diálogos institucionais baseado em cooperação e ajuda mútua, mais sensível à argumentação e menos ao jogo de interesses. Ver em GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Em sentido semelhante: TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, n. 2, Dezembro de 2013.

o seu ponto de vista, de acordo com os instrumentos de que dispõe e com a linguagem própria de sua atuação.

É evidente que com o aporte de mais informações e mais perspectivas a serem consideradas, a definição do rumo a se tomar torna-se mais complexa e potencialmente não unânime, mas é necessária para a garantia de segurança e de previsibilidade. Assim, um determinado posicionamento deve prevalecer, ao mesmo tempo em que os debates sobre a matéria prosseguem.

Diante disso, é legítima a organização da sociedade e a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, dentro das suas capacidades institucionais, como resposta a um posicionamento adotado pelo Judiciário, pois essa movimentação faz parte da democracia.

Especificamente no que diz respeito à atuação do Judiciário, não é incomum que o início da discussão judicial ou a resposta fornecida suscite debates e reações por parte dos congressistas, que atuam notadamente através da edição de Emendas Constitucionais. Trata-se de um mecanismo legítimo de atuação constitucional do Legislativo, uma vez que exige aprovação por quórum qualificado e através de procedimento rígido. Alguns exemplos podem esclarecer como ocorre o embate entre os poderes nessas situações.

O Supremo Tribunal Federal possui vários julgados em que entende que o IPTU possui natureza real e, por consequência, em uma interpretação restritiva do art. 145, §1º, da Constituição Federal,<sup>2</sup> não poderia ser progressivo fora da hipótese expressamente reconhecida no texto constitucional (art. 182, §4º, CF). A Emenda Constitucional nº 29/2000, todavia, admitiu expressamente a progressividade do imposto mencionado, acrescentando o §1º ao art. 156 da CF. Com isso, a Corte passou a admitir a progressividade do IPTU, a partir da vigência da emenda constitucional.<sup>3</sup>

Da mesma forma, após o Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade de incidência de contribuição previdenciária sobre o provento de servidores públicos inativos após a EC nº 20/1998, na ADI-MC nº 2010, foi promulgada a EC nº 41/2003 autorizando que lei do ente responsável previsse tal incidência (art. 40, §18, CF).

Ainda, um terceiro exemplo decorre de situação mais delicada, relativa às manifestações culturais que envolvem práticas desportivas com animais. A vaquejada já foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4983, ajuizada contra uma lei do estado do

<sup>2</sup> Art. 145, §1º, CF: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”

<sup>3</sup> Súmula 668/STF: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”

Ceará. Contudo, através da EC 96/2017, incluiu-se o §7º no art. 225 da CF, indicando que tais manifestações culturais não se incluem no conceito de práticas cruéis.

É verdade que a edição de emenda constitucional não impede o controle de sua constitucionalidade pelo Supremo, uma vez que a atuação do poder constituinte derivado se sujeita a esse filtro no Brasil, mas deve existir um cuidado maior para não adentrar no âmbito de escolha legítima do Legislativo.<sup>4</sup>

Pouco mais problemática é quando a manifestação contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal é feita através de legislação infraconstitucional. No caso do foro por prerrogativa de função, a Corte alterou o entendimento fixado na Súmula 384,<sup>5</sup> sedimentando que se encerra quando findo o exercício da função pública. A Lei nº 10.628/2002 acrescentou o §1º ao art. 84 do Código de Processo Penal, determinando que não haveria alteração da competência em reação do fim do exercício da função. Tal alteração legislativa não foi aceita pelo STF por se entender que a lei ordinária não poderia alterar o entendimento do Supremo sobre a Constituição (ADI nº 2860).

Contudo, no julgamento das ADIs nº 3289 e nº 3772, o Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade da extensão do foro por prerrogativa de função aos ex-Presidentes do Banco Central e do cômputo do tempo de serviço prestado fora da sala de aula para fins de aposentadoria especial de professor, ambas as matérias tratadas por leis infraconstitucionais.<sup>6</sup>

De acordo com levantamento de dados feitos por Thamy Pogrebinski, a atuação do Supremo incentiva também a atuação do Legislativo sobre determinados temas e em determinados momentos.<sup>7</sup> A autora menciona que, de 1988 a 2009, houve 48 casos de declaração de inconstitucionalidade, aos quais correspondem 329 projetos que passaram a tramitar no Congresso sobre os mesmos assuntos.<sup>8</sup>

Essa análise institucional é complexa porque deve ser observado, além do que já foi mencionado, também o que os poderes deixam de fazer. Por exemplo, a questão da ampliação da competência da Justiça Militar para julgar crimes praticados contra civis (Lei nº 13.491/17) é objeto da ADPF nº 289 e da ADI nº 5032, ajuizadas em 2013 e ainda não julgadas; a matéria relativa ao trabalho escravo, tratada na Portaria nº 1.129/2017 do Ministério do Trabalho, é

<sup>4</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*, p. 409.

<sup>5</sup> Súmula 384/STF: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

<sup>6</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*, p. 411-413.

<sup>7</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?*, p. 120.

<sup>8</sup> Idem, p. 128-129.

parcialmente tratada na ADI nº 5209<sup>9</sup>, que, por questões formais, acabou por não ser analisada em seu mérito pela Corte.<sup>10-11</sup>

É importante que se esclareça que isso não é algo peculiar do Brasil ou que apenas acontece diante de crises institucionais. No Canadá, a “cláusula do não obstante” (*notwithstanding clause* ou *override clause*) autoriza que o parlamento afaste determinadas decisões judiciais da Corte Suprema, proferidas em controle de constitucionalidade, a fim de fazer prevalecer o entendimento do Legislativo.<sup>12</sup>

Thomas Jefferson, autor da Declaração de Independência e terceiro Presidente dos Estados Unidos da América (1801 a 1809), afirmou, no início do seu mandato, repudiando o *judicial review*, que cada um dos Poderes “tem igualmente o direito de decidir por si mesmo o que é seu dever diante da Constituição, sem qualquer limitação ao que os outros podem ter decidido para eles em uma questão similar”.<sup>13</sup>

Em 1935, Franklin Roosevelt anunciou que iria ignorar as decisões das Cortes distritais nos casos *Golden Clause*, submetendo-se apenas ao que fosse decidido pela Suprema Corte.<sup>14</sup>

O Presidente Barack Obama também se pronunciou a respeito do papel do Poder Judiciário na análise do *Affordable Care Act* pela Suprema Corte, programa que obriga os norte-americanos a terem um plano de saúde. Ele externou a confiança de que um grupo de pessoas não eleitas não adotaria uma decisão sem precedentes para derrubar uma lei que foi aprovada no Congresso por maioria democraticamente eleita, destacando que o ativismo judicial é um grande problema.<sup>15</sup>

No caso *United States v. Carolene Products*, na nota de rodapé número 4, a Suprema Corte afirmou que existem casos em que a presunção de constitucionalidade das leis não deve prevalecer e deve ser submetida a uma análise judicial.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Em liminar proferida em 2014, o Ministro Ricardo Lewandowski suspendeu a publicação da Lista Suja do Trabalho Escravo. Em 2016, o Ministério do Trabalho alterou os critérios de inclusão e exclusão de pessoas desta lista, sendo reconhecida a perda superveniente do objeto da ação direta pela Ministra Carmen Lúcia e, por consequência, revogada a liminar. A Portaria Ministerial é atualmente objeto das ADPFs 489 e 491.

<sup>10</sup> Tais assuntos foram objeto de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Guerrilha do Araguaia (Gomes Lund e outros)* e no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*.

<sup>11</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. Os retrocessos de Temer e o silêncio do Supremo. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/os-retrocessos-de-temer-e-o-silencio-do-supremo-20102017>>. Acesso em 21/10/2017.

<sup>12</sup> Seção 33 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Carta Canadense de Direitos e Liberdades)

<sup>13</sup> NOLAN, Andrew. *The doctrine of constitutional avoidance*, p. 4.

<sup>14</sup> BICKEL, Alexander M. *Foreword: The Passive Virtues*.

<sup>15</sup> Notícia disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/04/02/us-obama-healthcare-idUSBRE8310WP20120402>>. Acesso em 10.09.2017.

<sup>16</sup> “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten

Além das reações dos demais poderes, em alguns casos há reação popular, como no caso *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte colocou fim à segregação racial nas escolas públicas,<sup>17</sup> ou no caso *Roe v. Wade*, que ainda suscita várias manifestações em torno da temática do aborto.

Em vários momentos o exercício do *judicial review* acabou por fazer prevalecer a função contramajoritária do Judiciário e gerar uma repercussão social contrária à decisão tomada (*backlash*<sup>18</sup>), que estimula o desenvolvimento democrático da sociedade e seu envolvimento na vida política do país.

Assim, percebe-se que o Judiciário também pode auxiliar e incentivar o debate social, contribuindo para a democracia, a partir do momento em que instado a julgar determinada matéria. Foi o que ocorreu, no Brasil, no julgamento da ADI nº 3510, referente à possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, prevista na Lei de Biossegurança (nº 11.105/2005). Com a judicialização da questão o debate passou a ser mais amplo, recebendo maior atenção da mídia e atraindo o interesse e participação de diversos *amici curiae*.<sup>19</sup>

Talvez o ideal é que se consiga uma atuação conjunta dos poderes estatais e da sociedade antes da tomada de decisões, a fim de se estabelecer um entendimento mais completo e razoavelmente estável. Todavia, nem sempre isso é possível, seja em razão da complexidade dos casos e da consequente necessidade de se adotar uma decisão parcial, seja em razão da dificuldade de antecipar efeitos futuros das decisões.<sup>20</sup>

Nesse sentido, os desacordos entre as esferas decisórias fazem parte do jogo democrático e, tendencialmente, contribuem para que se busque a melhor solução para situações complexas, de modo que o diálogo institucional pode ser caracterizado tanto por uma interação entre as instituições decisórias de forma prévia às decisões quanto no desenvolvimento posterior, dentro das funções atribuíveis constitucionalmente a cada um dos Poderes.

Com relação à contribuição ao Funrural, os debates institucionais vêm ocorrendo por meio de um jogo de forças entre Judiciário, Executivo e Legislativo,

---

amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.” Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em 11.09.2017.

<sup>17</sup> NOLAN, A. *The doctrine...*, p. 5.

<sup>18</sup> Na doutrina norte-americana, o termo *backlash* se refere às reações sociais negativas decorrentes das decisões judiciais. O constitucionalismo democrático, que valoriza o debate e incentiva o desenvolvimento da argumentação e da interação da sociedade com questões sociais relevantes, confere uma nova perspectiva a partir do ponto de vista dos efeitos potencialmente construtivos dessas reações, uma vez que correspondem à participação do povo na formação de sentido da Constituição. POST, Robert. SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático*. Por uma reconciliação entre Constitución y Pueblo, p. 43-119 (os autores tratam do assunto ao longo do capítulo 2 do livro).

<sup>19</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*, p. 404. No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*, p. 39.

<sup>20</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 185-186.

que não necessariamente se adapta à teoria dos diálogos institucionais, como será exposto no próximo tópico.

### 3. A CONTROVÉRSIA EM TORNO DA CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL

A contribuição ao Fundo de Assistência do Trabalhador Rural (Funrural) é um tributo na forma de contribuição social que tem como fundamento o art. 195, I, da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de contribuição destinada à Seguridade Social dos trabalhadores rurais, assim como a contribuição incidente sobre a remuneração, também prevista no art. 195, I, da Constituição Federal<sup>21</sup>.

O art. 12, V, “a”, VII, “a”, 1, da Lei nº 8.212/1991 prevê o dever dos trabalhadores rurais contribuírem para a seguridade social. Para além da contribuição sobre a remuneração, a mesma legislação prevê três diferentes modalidades de trabalhadores rurais como contribuintes da contribuição ao Funrural: (i) o art. 25 prevê a obrigação dos segurados especiais; (ii) o art. 22-A especifica a alíquota da contribuição do produtor rural pessoa jurídica; e (iii) o art. 25 traz a alíquota da contribuição do empregador rural pessoa física.

A contribuição ao Funrural – independentemente da modalidade de contribuinte – vem gerando insegurança jurídica desde a sua concepção e diversas questões problemáticas envolvem o tema. Primeiramente, tem-se a questão do responsável pelo recolhimento: normalmente, as contribuições sociais de autônomos são pagas pelo próprio contribuinte. Todavia, no caso do Funrural, a base de cálculo é a receita bruta das vendas e os valores são recolhidos pelos compradores da produção, com a emissão das notas fiscais. Em segundo lugar, os trabalhadores rurais já possuíam o dever de recolher contribuição social sobre a remuneração, decorrente do art. 195, I, da Constituição Federal.

Em terceiro lugar, os dispositivos legais que embasam as contribuições sofreram inúmeras alterações legislativas ao longo do tempo, ocasionando confusão e gerando passivos aos sujeitos responsáveis pelo recolhimento. Por fim, alguns dispositivos legais que versam sobre a contribuição ao Funrural foram declarados inconstitucionais, mas não há precedentes vinculantes que

<sup>21</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

versem sobre todas as alterações legislativas, de modo que a jurisprudência é controversa.

A contribuição ao Funrural foi instituída pela Lei nº 8.212/1991. A Lei nº 8.540/1992 promoveu a primeira alteração na redação original do art. 25 da Lei nº 8.212/1991, ao prever que a contribuição da pessoa física e do segurado especial previstos no art. 12, V e VII, da mesma lei, seria de 2% sobre a receita bruta da comercialização da produção. Além dessa contribuição, a Lei nº 8.540/1992 dispôs que a pessoa física do art. 12, V, da Lei nº 8.212/1991 também deve contribuir obrigatoriamente em conformidade com o art. 21 desta mesma lei.

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 9.528/1997, que conferiu uma nova redação ao art. 25 da Lei nº 8.212/1991, dispondo que a contribuição do empregador rural pessoa física e do segurado especial previstos no art. 12, V, a, VII, da mesma lei seria de 2% sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção. Além disso, tal lei manteve vigente o art. 22 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 8.540/1992.

Então, o Legislativo publicou a Lei nº 10.256/2001, alterando novamente a redação do art. 25 da Lei nº 8.212/1991 para prever a “contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social”.

Além de alterar este dispositivo, a nova lei instituiu (i) a contribuição ao Funrural do produtor rural pessoa jurídica, por meio da criação do art. 22-A e (ii) uma hipótese de equiparação por consórcio simplificado de produtores rurais, conforme o art. 25-A da mesma lei. Esta lei também manteve vigente o art. 22 e os parágrafos primeiro e segundo do art. 25 da Lei nº 8.212/1991, todos com a redação dada pela Lei nº 8.540/1992.

Desde a Lei nº 8.540/1992, passou-se a discutir no Judiciário a legalidade dessas contribuições ao Funrural, e tudo por uma questão muito simples: os produtores rurais também pagam a contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento, incidente por força do art. 195, I, da Constituição Federal. A multiplicidade de feitos versando sobre a mesma questão jurídica era tamanha que houve reconhecimento da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 596.177, para julgamento em conformidade com o art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época dos fatos.

Em 01/08/2011, ao julgar o referido recurso, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 8.540/1992.<sup>22</sup> O reconhecimento da inconstitucional-

<sup>22</sup> O precedente contou com a seguinte ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. INCIDÊNCIA SOBRE



lidade se deu por dois fundamentos: (i) inconstitucionalidade formal: o art. 195, §4º, da Constituição Federal (CF) prevê que apenas Lei Complementar pode instituir outras fontes de receita para a seguridade social, e a Lei nº 8.540/1992 é Lei Ordinária; (ii) inconstitucionalidade material: violação do princípio da isonomia (art. 195, II, da CF<sup>23</sup>), pois o produtor rural já tem que recolher contribuição sobre a folha de salários de seus empregados e contribuição ao COFINS, além da contribuição prevista no art. 25 da Lei 8.212/1991, e outros segurados não possuem ônus semelhante.

O problema, como se vê, é que o precedente se limitou a versar apenas sobre a inconstitucionalidade da redação dada pela Lei nº 8.540/1992, sem manifestar-se sobre as redações das Leis nº 9.528/1997 e 10.256/2001. Assim, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais continuaram a julgar as demandas que versavam sobre estas últimas leis de diferentes modos, ante à ausência de precedente vinculante.

Havia jurisprudência do Supremo Tribunal Federal declarando incidentalmente – sem efeito vinculante e com eficácia *inter partes* – a inconstitucionalidade do art. 25 nas redações dadas pelas Leis nº 9.528/1997 e 10.256/2001.<sup>24</sup>

---

A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.212/1991, NA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 8.540/1992. INCONSTITUCIONALIDADE. I – Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador. II – Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social. III – RE conhecido e provido para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art.543-B do CPC. (BRASIL. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 596.177/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 01/08/2011).

<sup>23</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

<sup>24</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEDUZIDO PELA COOPERATIVA PROVIDO – (...) RECURSO DE AGRAVO DEDUZIDO PELA UNIÃO – EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA – INCIDÊNCIA DO FUNRURAL SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO RE 596.177-RG/RS – RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELA UNIÃO IMPROVIDO E “AGRAVO REGIMENTAL” DEDUZIDO PELA CONTRIBUINTE PROVIDO EM PARTE. (BRASIL. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 527.902/PR. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 24/02/15); AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INOVAÇÃO DE MATÉRIA EM AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE QUESTÕES INFRACONSTITUCIONAIS NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. INVIABILIDADE. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA NATURAL. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA BRUTA DECORRENTE DA COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - As questões suscitadas não constituem objeto desta ação. Incabível a inovação temática em agravo regimental. II - Inviável, em recurso extraordinário, o exame de questões infraconstitucionais. III - O Plenário desta Corte, no

O mesmo ocorria com o Superior Tribunal de Justiça.<sup>25</sup> De mesmo modo, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nº 2008.70.16.000444-6/PR, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 10.256/2001, que modificou o art. 25 da Lei nº 8.212/1991, por afronta aos artigos 9º, I, e 97, III e IV, do Código Tributário Nacional e aos arts. 150, I, e 195, caput e I, “b”, da Constituição Federal.<sup>26</sup>

---

Julgamento do RE 363.852/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade da contribuição social devida pelos empregadores rurais, pessoas naturais, sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção. IV - Agravo regimental improvido. (BRASIL. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 549.815. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 23/08/2011).

<sup>25</sup> TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A RECEITA DA COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. EXTINÇÃO DESSA CONTRIBUIÇÃO PELO ART. 138 DA LEI 8.213/91. POSTERIOR RECONHECIMENTO, PELO STF, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.212/91, NA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 8.540/92, QUE RESTABELECE A ALUDIDA HIPÓTESE DE EXAÇÃO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL QUE ORA SE ACOLHE. RECURSO DO CONTRIBUINTE PROVIDO. 1. Na linha de precedentes deste STJ, a contribuição ao FUNRURAL, incidente sobre a receita da comercialização da produção rural, foi extinta pelo art. 138 da Lei nº 8.213/91, relativamente ao empregador rural pessoa física (AgRg no Ag 1.359.692/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 9/9/2011; AgRg no REp 1.226.313/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/4/2011), tendo, contudo, sido restabelecida por força do art. 1º da Lei nº 8.540/92, no passo em que deu nova redação ao art. 25 da Lei nº 8.212/91. 2. Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 596.177/RS, processado sob o rito do art. 543-B do CPC (DJe 29/8/2011), averbou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 8.540/92, reconhecendo, com isso, a não sujeição do empregador rural pessoa física ao recolhimento de contribuição previdenciária sobre a receita da comercialização de sua produção. 3. Recurso especial do contribuinte parcialmente provido para se afastar a incidência do tributo questionado no subjacente mandamus, com a devolução do feito à Corte de origem, para que prossiga no julgamento das demais questões levantadas no apelo do impetrante. (BRASIL. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.070.441/SC. Relator Ministro. Sérgio Kukina. Julgamento em 02/09/2014)

<sup>26</sup> TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. ART. 25 DA LEI Nº 8.212/91. LEIS 8.540/92 E 9.528/97 DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS PELO STF. EC Nº 20/98. LEI Nº 10.256/2001. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. (...) 4. Receita e faturamento não são sinônimos, segundo o STF no julgamento dos RE's nº 346084, 358273, 357950 e 390840, em 09/11/2005. 5. Evidenciada a necessidade de lei complementar à instituição da nova fonte de custeio em data pretérita à Emenda Constitucional nº 20/98. (...) 8. Afastada a redação das Leis nº 8.540/92 e 9.528/97, a Lei nº 10.256/2001, na parte que modificou o caput do art. 25 da Lei nº 8.212/91, não tem arrimo na EC nº 20/98, pois termina em dois pontos e não estipulou o binômio base de cálculo/fato gerador, nem definiu alíquota. Nasceu capenga, natimorta, pois somente à lei cabe eleger estes elementos dimensionantes do tributo, conforme art. 9º, I, do CTN, art. 150, I, e 195, caput, ambos da CF/88. (...) 10. Declarada inconstitucional a Lei nº 10.256/2001, com redução de texto, para abstrair do caput do art. 25 da Lei nº 8.212/91 as expressões ‘contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22’, e “na alínea ‘a’ do inciso V”, fica mantida a contribuição do segurado especial, na forma prevista nos incisos I e II do art. 25 da Lei nº 8.212/91. (...) 12. Tem direito o empregador rural pessoa física, à restituição ou compensação da diferença da contribuição recolhida com base na comercialização da produção rural e a incidente sobre a folha de salários. 13. Acolhido parcialmente o incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei

Conforme o art. 927, V, do CPC,<sup>27</sup> todos os juízes e tribunais adstritos ao TRF-4 deveriam observar o que fora decidido pela Corte Especial nesse precedente, até que outra decisão vinculante fosse proferida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

No entanto, as controvérsias continuavam e a insegurança jurídica ocasionada pelo silêncio do Judiciário era devastadora. Por esse motivo, novos recursos representativos da controvérsia foram afetados para julgamento com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal: (i) o Recurso Extraordinário nº 718.874 trata da contribuição pelo empregador rural pessoa física; (ii) o Recurso Extraordinário nº 761.263 trata da contribuição do segurado especial; e (iii) o Recurso Extraordinário nº 611.601 trata da contribuição do produtor rural pessoa jurídica.

Portanto, atualmente tramitam no Supremo Tribunal Federal três recursos extraordinários “repetitivos” que versam sobre a contribuição ao Funrural, e em cada um desses recursos discute-se o dever de uma modalidade de contribuinte diferente. Até a presente data, os Recursos Extraordinários nº 761.263 e 611.601 não foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que não há decisão da Corte acerca da obrigação do segurado especial e do produtor rural pessoa jurídica a contribuir para o Funrural.

Por outro lado, o Recurso Extraordinário nº 718.874 – que versava sobre a contribuição ao Funrural do empregador rural pessoa física – foi provido em 30/03/2017 pela Corte, que declarou constitucional a redação do art. 25 da Lei nº 8.212/1991 pela Lei nº 10.256/2001:

TRIBUTÁRIO. EC 20/98. NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 195, I DA CF. POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE LEI ORDINÁRIA PARA INSTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE EMPREGADORES RURAIS PESSOAS FÍSICAS INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.256/2001. 1. A declaração incidental de inconstitucionalidade no julgamento do RE 596.177 aplica-se, por força do regime de repercussão geral, a todos os casos idênticos para aquela determinada situação, não retirando do ordenamento jurídico, entretanto, o texto legal do artigo 25, que, manteve vigência e eficácia para as demais hipóteses. 2. A Lei 10.256, de 9 de julho de 2001 alterou o artigo 25 da Lei 8.212/91, reintroduziu o empregador rural como sujeito passivo da contribuição, com a alíquota de

---

nº 10.256/2001, com redução de texto, na parte que modifica o caput do artigo 25 da Lei nº 8212/91, por afronta à princípios insculpidos na Constituição Federal. (BRASIL. Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 2008.70.16.000444-6/PR. Relator Desembargador Álvaro Eduardo Junqueira. Julgamento em 30/06/2011).

<sup>27</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; espécie da base de cálculo receita, autorizada pelo novo texto da EC 20/98. 3. Recurso extraordinário provido, com afirmação de tese segundo a qual “É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/01, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção”.<sup>28</sup>

A decisão foi tomada em regime de repercussão geral e consiste em decisão dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* – por força dos arts. 927, III, e 1.039 do Código de Processo Civil<sup>29</sup> – dando ensejo à formulação da seguinte tese (Tema nº 669 da Repercussão Geral): “É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/01, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção”.

O precedente foi instituído por maioria de votos, em votação apertada (seis votos pela divergência contra cinco votos):

MINISTRO	VOTO	PROPOSIÇÃO
Luiz Edson Fachin	Vencido	“É inconstitucional a contribuição a ser recolhida pelo empregador rural pessoa natural incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção destinada ao FUNRURAL, à luz do previsto no art. 25 da Lei 8.212/1991, com redação dada pelo art. 1º da Lei 10.256/2001.”
Alexandre de Moraes	Vencedor	Vigência e eficácia do art. 1º da Lei nº 10.256/2001.
Cármem Lúcia	Vencedor	Acompanhou divergência
Luís Roberto Barroso	Vencedor	Após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, é constitucional a cobrança do Funrural do empregador pessoa física, com base na receita bruta proveniente da comercialização da produção.
Rosa Weber	Vencido	Acompanhou relator
Luiz Fux	Vencedor	Acompanhou relatora
Dias Toffoli	Vencedor	Constitucionalidade da contribuição para a seguridade social devida pelo empregador rural pessoa física após o advento da Lei no 10.256/2001.

<sup>28</sup> BRASIL. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 718.874/RS. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Julgamento em 30/03/2017.

<sup>29</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Ricardo Lewandowski	Vencido	Acompanhou relator
Marco Aurélio	Vencido	Acompanhou relator
Gilmar Mendes	Vencedor	Constitucionalidade do art. 25 da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei 10.256/2001
Celso de Mello	Vencido	Acompanhou relator

Em síntese, no precedente reputou-se constitucional a redação dada ao art. 25 da Lei nº 8.212/1991 pela Lei nº 10.256/2001, o que significa que a contribuição ao Funrural pelos empregadores rurais é devida desde a entrada em vigor da Lei nº 10.256/2001. O julgamento do Supremo Tribunal Federal revoltou o agronegócio, que passou a buscar perante o Executivo o perdão dos débitos.<sup>30</sup>

Neste ponto, verifica-se claramente que o exercício do *judicial review* pela Corte de Precedentes demonstrou a atuação do Judiciário em sua função contramajoritária, ocasionando reações contrárias na sociedade. O julgamento do Judiciário não era o que a sociedade esperava. O *backlash* resta claro diante do volume de críticas sociais, que impulsionou o debate quanto ao teor e consequências da decisão judicial, inclusive perante os outros dois poderes, e serviu para estimular o desenvolvimento democrático da sociedade e seu envolvimento na política nacional.

Embora a contribuição ao Funrural deva ser descontada do produtor, recolhida pelo comprador e repassada ao fisco, muitos compradores deixaram de descontar os valores dos produtores ou não os repassaram ao fisco. Alguns produtores obtiveram liminares para justificar o não recolhimento e outros não. Fato é que o precedente consolidou a existência de um passivo fiscal considerável para os produtores rurais e/ou os seus sub-rogados na obrigação tributária.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal não realizou um juízo de constitucionalidade da redação dada ao art. 25 pela Lei nº 9.528/1997, limitando-se a declarar constitucional a redação pela Lei nº 10.256/2001. Diante disto, havia uma lacuna do Judiciário quanto à legalidade da contribuição no período entre 1997 e 2001, contemplado pela Lei nº 9.528/1997, visto que não havia precedente obrigatório (dotado de efeito vinculante) julgando a questão nesse lapso temporal.

<sup>30</sup> A título de exemplo, vejamos as notícias na internet acerca da questão: ISTOÉ. **Ruralistas dizem que Temer vai analisar perdão de dívida do Funrural**. Disponível em: <goo.gl/ytZLLT>. Acesso em: 31 jan. 2018; ZAIA, Cristiano. **Perdão de dívidas do Funrural é possível, diz ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <goo.gl/LMTnD8>. Acesso em: 31 jan 2018; FERNANDES, Adriana; TOMAZELLI, Idiana. **União deve recorrer ao STF contra decisão do Senado de perdoar dívidas do Funrural**. Disponível em: <goo.gl/Y48MLd>. Acesso em: 31 jan 2018; Canal Rural. **Funrural: ruralista pressiona por perdão da dívida**. Disponível em: <goo.gl/mYG645>. Acesso em: 31 jan 2018.

O agronegócio perdeu a batalha no Judiciário, mas não a guerra. A questão ainda não estava encerrada, afinal, o precedente judicial não englobava absolutamente todos os aspectos economicamente relevantes da questão: o que fazer com o passivo fiscal dos contribuintes/sub-rogados e com o período não analisado no precedente (de 1997 a 2011)? Seria possível que o Executivo perdoasse os débitos?

Levando tais fatores em conta, em 31/07/2017, o Poder Executivo publicou a Medida Provisória nº 793/2017, instituindo o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR), pelo qual os produtores rurais poderiam confessar o passivo, obter descontos e parcelá-lo. Por meio desta medida, o Executivo alterou a redação do art. 25 da Lei nº 8.212/1991 para diminuir a alíquota da contribuição de 2% para 1,2%. Ocorre que, em 28/11/2017, esta Medida Provisória perdeu vigência. Embora a medida trouxesse benesses aos contribuintes, ainda não era o desejado, pois a agroindústria esperava o perdão dos débitos. Então, os contribuintes voltaram-se para o Legislativo.

Buscando atender aos anseios dos eleitores, em 13/09/2017, o Senado Federal publicou a Resolução nº 15/2017, na qual exerceu a competência descrita no art. 52, X, da CF para suspender a execução do art. 12, VII, da Lei nº 8.212/1991 e do art. 1º da Lei nº 8.540/1992, que conferiu redação aos arts. 12, V, 25, I, II, 30, IV, da Lei nº 8.212/1991, todos com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/1997, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 363.852 (sem efeito vinculante e com *eficácia inter partes*).

Como bem se sabe, nem toda decisão do Supremo Tribunal Federal apresenta efeito vinculante. No ordenamento jurídico brasileiro, o legislador constituinte ou infraconstitucional confere efeito vinculante apenas a determinadas modalidades decisórias, tal como ocorre com os recursos repetitivos. Assim, o art. 52, X, da Constituição Federal<sup>31</sup> permite que o Senado Federal emita resolução para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em decisões definitivas que não contenham efeito vinculante – como é o caso do Recurso Extraordinário nº 363.852.

No Recurso Extraordinário nº 363.852 discutia-se a exigibilidade e constitucionalidade da contribuição ao Funrural incidente sobre a venda de bovinos de propriedade de produtor rural. Neste caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região havia negado provimento à apelação ao reconhecer a constitucionalidade do art. 25 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 8.540/1992. Em 03/02/2010, o recurso foi provido por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal, que à época contava com os Ministros Marco Auré-

<sup>31</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

lio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Eros Grau, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.<sup>32</sup>

Em breve síntese, decidiu-se pela inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos arts. 12, V e VII, 25, I e II, e 30, IV, da Lei nº 8.212/91, com redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, desobrigando o recorrente da retenção e do recolhimento da contribuição ao Funrural do empregador rural pessoa física e do produtor rural pessoa física.<sup>33</sup>

Por meio da Resolução nº 15/2017, embasada na decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário nº 363.852/MG – com fundamentos opostos ao último precedente da mesma Corte, que já conta com outra composição –, o Senado Federal suspendeu a execução dos arts. art. 12, V e VII, 25, I e II, 30, IV, da Lei nº 8.212/1991, com as redações dadas pelas Leis nº 8.540/1992 e 9.528/1997. Com isso, vedou a cobrança da contribuição ao Funrural entre 1997 e 2001, garantindo a não incidência do Funrural para os produtores rurais e empregadores rurais pessoas físicas em tal período.

Ocorre que esta resolução apresenta uma série de problemas. Em primeiro lugar, possui um texto confuso e gera dúvidas com relação ao seu objeto e limites. Em segundo lugar, foi formulada logo após o recente precedente do Supremo Tribunal Federal, sem realizar qualquer diálogo com este. Muito antes disso, é preciso admitir que a questão da contribuição ao Funrural é problemática para o contribuinte para além do âmbito patrimonial: toda a legislação é confusa, inacessível e sofreu várias alterações ao longo do tempo.

Em síntese, os contribuintes e os sub-rogados no recolhimento, que já estavam confusos antes do último precedente do Supremo Tribunal Federal, ficaram ainda mais confusos após a Medida Provisória nº 793/2017 e a Resolução nº 15/2017 do Senado Federal. Afinal, a contribuição é devida? Se sim, por

<sup>32</sup> Importa destacar que, atualmente, apenas cinco desses Ministros permanecem na Corte Constitucional.

<sup>33</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRESSUPOSTO ESPECÍFICO – VIOLÊNCIA À CONSTITUIÇÃO – ANÁLISE – CONCLUSÃO. Porque o Supremo, na análise da violência à Constituição, adota entendimento quanto à matéria de fundo do extraordinário, a conclusão a que chega deságua, conforme sempre sustentou a melhor doutrina – José Carlos Barbosa Moreira –, em provimento ou desprovimento do recurso, sendo impróprias as nomenclaturas conhecimento e não conhecimento. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – COMERCIALIZAÇÃO DE BOVINOS – PRODUTORES RURAIS PESSOAS NATURAIS – SUB-ROGAÇÃO – LEI Nº 8212/91 – ARTIGO 195, INCISO I, DA CARTA FEDERAL – PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 – UNICIDADE DE INCIDÊNCIA – EXCEÇÕES – COFINS E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PRECEDENTE – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. Ante o texto constitucional, não subsiste a obrigação tributária sub-rogada do adquirente, presente a venda de bovinos por produtores rurais, pessoas naturais, prevista nos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Aplicação de leis no tempo – considerações. (BRASIL. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.852/MG. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 03/02/2010)

quais contribuintes? E por qual período? Com a publicação da Resolução do Senado, as redes sociais e sites na internet noticiavam “o perdão do Funrural”, a “vitória dos contribuintes”. Circulavam vídeos pelas redes sociais em que parlamentares afirmavam que a Resolução era a vitória do produtor rural.<sup>34</sup>

A questão estava tão confusa que a Procuradoria da Receita Federal emitiu o Parecer nº 1447/2017<sup>35</sup>, no qual esclareceu que a Resolução nº 15/2017 simplesmente suspende a execução das leis declaradas inconstitucionais no Recurso Extraordinário nº 363.852, de modo que não se aplica à Lei nº 10.256/2001, mas apenas às Leis nº 8.540/1992 e 9.528/1997. Isso significa que a contribuição ao Funrural é devida a partir da Lei nº 10.256/2001 e que a Resolução nº 15/2017 em nada afeta o Recurso Extraordinário nº 718.784, pois tratam de períodos distintos.

Não bastasse tal confusão, posteriormente à queda da Medida Provisória nº 793/2017 e à edição da Resolução nº 15/2017, o Legislativo promulgou a Lei nº 13.606/2018, que, dentre outras questões, (i) instituiu o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR), (ii) alterou a alíquota do Funrural para o produtor rural pessoa física para 1,2% e (iii) possibilitou a opção do produtor por recolher a contribuição sobre a folha de salários.

A Lei nº 13.606/2018 atendeu aos reclamos da agroindústria, na medida em que possibilitou o parcelamento a perder de vista dos débitos, com perdão de 100% dos juros de mora. Além disso, previu a possibilidade de parcelamento tanto para o produtor rural quanto para o sub-rogado da obrigação tributária de recolhimento da contribuição. Não bastasse isso, diminuiu consideravelmente a alíquota da contribuição a partir de 01/01/2018 para os produtores rurais pessoa física e possibilitou a escolha do produtor entre recolher a contribuição sobre a folha de salários ou sobre a receita bruta das vendas.

Disto se extrai que as normas jurídicas derivadas do precedente do Supremo Tribunal Federal e da legislação pátria cobrem os seguintes períodos: (i) no Recurso Extraordinário nº 596.177 declarou-se inconstitucional a redação dada pela Lei nº 8.540/1992; (ii) A Resolução nº 15/2017 do Senado Federal concedeu efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade da redação dada pela Lei nº 9.528/1997; (iii) no Recurso Extraordinário nº 718.874 declarou-se constitucional a redação dada pela Lei nº 10.256/2001. Logo, o Funrural é indevido entre 1992 e 2001, mas devido a partir de 2001 pelo empregador rural pessoa física (ainda não

<sup>34</sup> O produtor Valdir Edeimar Fries publicou sincero desabafo diante dos acontecimentos: FRIES, Valdir Edeimar. **Funrural**: Apelação ao Ministério Público Federal. Produtores não querem perdão de dívidas, mas justiça! Disponível em: <goo.gl/JGrd2E>. Acesso em: 31 jan. 2018.

<sup>35</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Parecer nº 1447/2017. Disponível em: <goo.gl/Sf-VYse>. Acesso em: 31 jan. 2018.



houve julgamento do período posterior a 2001 pelos produtores rurais pessoa física e jurídica).

Após uma leitura atenta – e extenuante – dos confusos dispositivos legais e dos precedentes envolvidos, é possível concluir que o dever de pagar a contribuição ao Funrural depende de dois fatores: da espécie de contribuinte e do período analisado.

Em primeiro lugar, cada espécie de contribuinte (segurado especial, empregador rural pessoa física e empregador rural pessoa jurídica) deve se ater aos precedentes e à legislação aplicáveis a si. Como exposto, o Recurso Extraordinário nº 761.263 (contribuição do produtor rural pessoa física) e o Recurso Extraordinário nº 611.601 (contribuição do produtor rural pessoa jurídica) ainda não foram julgados, mas o Recurso Extraordinário nº 718.874 (contribuição pelo empregador rural pessoa física) foi provido para declarar a constitucionalidade da contribuição após a Lei nº 10.256/2001.

Deste modo, até o presente momento, com relação à redação dada pela Lei nº 10.256/2001 (que compreende o período posterior a 2001), somente há decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à exigibilidade da contribuição ao Funrural pelo empregador rural pessoa física. Aguarda-se o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 761.263 e nº 611.601 sobre a situação dos produtores rurais pessoa física e jurídica no período posterior a 2001.

Em segundo lugar, o contribuinte deve se atentar para a norma jurídica que rege cada espécie de contribuinte:

	Contribuinte	Conclusão
<b>RE 596.177</b>	Empregador rural pessoa física	Inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 8.212/1991, com redação da Lei nº 8.540/1992
<b>Resolução 15/17</b>	Empregador rural pessoa física e segurado especial	Inconstitucionalidade do art. 25 da Lei nº 8.212/1991, com redação das Leis nº 8.540/1992 e 9.528/1997
<b>RE 718.874</b>	Empregador rural pessoa física	Constitucionalidade do art. 25 da Lei nº 8.212/1991, com redação da Lei nº 10.256/2001
<b>Lei 13.606/18</b>	Empregador rural pessoa física, consórcio de produtores, segurado especial	Diminuiu a alíquota da contribuição para 1,2% da receita bruta da comercialização da produção a partir de 01/01/18 e possibilitou opção por contribuir sobre a folha salarial a partir de 01/01/19
<b>Lei 13.606/18</b>	Empregador rural pessoa jurídica	Manteve a alíquota da contribuição de 2,5% da receita bruta da comercialização da produção a partir de 01/01/18 e possibilitou opção por contribuir sobre a folha salarial a partir de 01/01/19
<b>RE 761.263</b>	Segurado especial	Pendente de julgamento
<b>RE 611.601</b>	Produtor rural pessoa jurídica	Pendente de julgamento

Isto significa que: (i) para os empregadores rurais pessoas físicas, a contribuição ao Funrural somente é devida entre 2001 e 2017 na alíquota de 2,5% sobre a receita bruta da comercialização da produção e, após 2018, na alíquota de 1,2% sobre a receita bruta ou, a partir de 2019, sobre a folha de salários, conforme opção do contribuinte; (ii) para os produtores rurais pessoas físicas, a contribuição é indevida até 2001 e, entre 2001 e 2017, aguarda-se julgamento do Supremo Tribunal Federal; (iii) para os produtores rurais pessoas jurídicas, aguarda-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto à exigibilidade da contribuição após 2001.

## 5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A identificação do diálogo institucional, que é o equilíbrio entre os extremos de sujeição de um poder a outro e da existência de um jogo de poderes, depende muito do que se compreende como função de cada um dos poderes do estado, o que é conturbado e controverso quando se trata de questões constitucionais que entrelaçam técnica jurídica e política. A diferença entre esses campos é bastante tênue.

Legislador e intérprete têm sensibilidades diferentes, mas que podem e, em determinados casos, devem ser complementadas. Há diferença entre o papel que o legislador atribui aos princípios gerais do ordenamento jurídico e o papel que os juristas lhes atribuem.<sup>36</sup>

No primeiro caso, o princípio atua apenas se não houver uma disposição específica – ficando sujeito a discussões políticas. No segundo, além dos casos de falha de uma regra legislativa, o princípio opera sobre uma norma existente sujeita à interpretação conforme ou entra em balanceamento com outro princípio – de acordo com uma argumentação lógica e coerente.

No que concerne à contribuição ao Funrural, o Supremo Tribunal Federal definiu a questão com relação à Leis nº 8.540/1992 e 10.256/2001 por meio de dois precedentes (RE nº 596.177 e nº 718.874), julgados com base em argumentos de direito. O primeiro precedente apresentou resultados favoráveis aos contribuintes, e o segundo ao fisco. O segundo precedente gerou verdadeira revolta nos contribuintes, que buscaram forças perante o Executivo e o Legislativo.

O Executivo instituiu a Medida Provisória nº 793/2017 para garantir os parcelamentos a favor dos contribuintes, mas visando preservar os interesses da Fazenda Nacional. Discordando do teor da medida, o Senado Federal publicou a Resolução nº 15/2017 – que afastou a exigibilidade do Funrural pela

<sup>36</sup> CAPONI, Remo. <<Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace>>: l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, p. 240.

redação da Lei nº 9.528/1997 – e o Legislativo promulgou a Lei nº 13.606/2018, por meio da qual alterou diversas regras relacionadas ao Funrural – frise-se que se trata de lei posterior ao recente precedente do Supremo Tribunal Federal e não albergada por ele. Visando limitar as benesses conferidas aos contribuintes pela Lei nº 13.606/2018 (ou seja, pelo Legislativo), a presidência realizou vetos a alguns dispositivos. Ao mesmo tempo, pendem de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal os Recursos Extraordinários nº 761.263 e 611.601, que tratam de outras espécies de contribuintes que não o empregador rural pessoa física.

Restou claro, portanto, que os resultados do *judicial review* e a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal ocasionaram reações contrárias na sociedade, impulsionando o debate e o desenvolvimento democrático. A sociedade buscou o apoio do Legislativo e do Executivo, que atuaram de acordo com os interesses envolvidos. Apesar da falta de diálogo institucional entre os três poderes – que se limitaram a emitir normas de acordo com seus entendimentos – e das confusões legislativas, houve efetivo jogo de forças entre os poderes quanto à contribuição ao Funrural. Cada poder utilizou-se de suas competências, instrumentos e possibilidades para garantir que seus posicionamentos prevalecessem.

Os três poderes realizaram embates legítimos em busca de fixar entendimentos a respeito da contribuição ao Funrural com relação a cada uma das três modalidades de contribuintes. Dentro de suas esferas legítimas de atuação, utilizaram dos mecanismos legais existentes no ordenamento para fazer prevalecer interesses distintos: o Legislativo, aparentemente a favor do contribuinte; o Executivo, aparentemente a favor da Fazenda Nacional; e o Judiciário, interpretando as normas de acordo com seu entendimento sobre a Constituição Federal, por meio de argumentação jurídica lógica e coerente.

Inseridos na ideia de separação de poderes e freios e contrapesos, os três poderes não dialogaram e não interagiram efetivamente, limitando-se a atuar nos espaços vazios permitidos, não ocupados uns pelos outros. De outro lado, apesar da falta de diálogo, também não houve a indevida invasão de competências, mantendo-se as regras do jogo.<sup>37</sup>

Atualmente, talvez o problema da contribuição ao Funrural esteja parcialmente resolvido. De toda forma, é importante observar que o embate que surge não é necessariamente ruim, já que pode ser interpretado sob a perspectiva dos debates e diálogos institucionais, o que efetivamente pode contribuir para a

<sup>37</sup> Gargarella reconhece que as soluções dialógicas, enquadradas dentro do sistema tradicional de freios e contrapesos, encontram dificuldades para consolidarem-se como novas práticas, motivo pelo qual defende a necessidade de uma nova organização da estrutura institucional, que supere a ideia de freios e contrapesos. A ideia é exposta em GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de lós frenos y contrapesos.

democracia e para a ampliação da discussão na sociedade,<sup>38</sup> ou, ao menos, incentivar a interação entre os poderes para que seja adotada uma solução única e bem direcionada, que leve em consideração todos os interesses envolvidos.

## BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

BICKEL, Alexander M. *Foreword: The Passive Virtues*. Disponível em <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3968/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968/)>. Acesso em 27/12/2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 2008.70.16.000444-6/PR. Relator Desembargador Álvaro Eduardo Junqueira. Julgamento em 30/06/2011

BRASIL. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363.852/MG. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 03/02/2010

BRASIL. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.070.441/SC. Relator Ministro Sérgio Kukina. Julgamento em 02/09/2014.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Parecer nº 1447/2017. Disponível em: <[goo.gl/SfVYse](http://goo.gl/SfVYse)>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 549.815. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 23/08/2011.

BRASIL. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 527.902/PR. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 24/02/15.

CAPONI, Remo. Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace: l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana. *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 223-248. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/it/document/view/15103554/annuario-1pdf-universita-del-sannio/23>>. Acesso em 19/08/2014.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, nº 2, Dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 17/10/2017.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Os retrocessos de Temer e o silêncio do Supremo. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/os-retrocessos-de-temer-e-o-silencio-do-supremo-20102017>>. Acesso em 21/10/2017.

NOLAN, Andrew. *The doctrine of constitutional avoidance*: a legal overview. Disponível em <<http://fas.org/sgp/crs/misc/R43706.pdf>>. Acesso em 27/12/2014.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático*. Por uma reconciliação entre Constitución y Pueblo. Trad. Leonardo Jaramillo. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2013.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

<sup>38</sup> Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento defendem que “É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem do Judiciário, nem do Legislativo – o ‘direito de errar por último’, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*, p. 406.

# CAPÍTULO 11

## REFORMAS PREVIDENCIÁRIA E TRABALHISTA: IMPACTO NEGATIVO NO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E NAS POLÍTICAS REDISTRIBUTIVAS

*Marco Aurélio Serau Junior*

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida de examinar os impactos das Reformas Trabalhista e Previdenciária, esta última ainda em trâmite no Congresso Nacional, nas políticas de redistribuição de renda, modelo contemplado no constitucionalismo contemporâneo, que se afastou das matrizes estritamente liberais do Constitucionalismo novecentista.

Para tanto, inicialmente o artigo se dedica a demonstrar a evolução do modelo constitucional, que surge vinculado ao parâmetro político liberal e avança para o modelo de Estado Social, onde se abandona o perfil de simples absentismo estatal (visando unicamente à proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão) e passam a ser adotados serviços e políticas públicas nos mais diversos campos, vicejando os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão).

Nos dois tópicos seguintes procura-se dar breve panorama dos principais elementos contidos nas Reformas Trabalhista e Previdenciária, indicando também os principais reflexos negativos em matéria de redistribuição de renda.

O método empregado foi eminentemente analítico-bibliográfico, não tendo existido pesquisa de campo, em que pese ser indissociável da reflexão acadêmica aqui empreendida a prévia experiência profissional do autor do trabalho nos segmentos do Direito aqui versados.

### 1. EVOLUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: DO MODELO LIBERAL PARA O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E O RECENTE DESMONTE NEOLIBERAL

O Constitucionalismo moderno observa notável modificação de sua feição. Avança de um modelo estritamente liberal, onde a Constituição é apenas garantista dos direitos fundamentais (notadamente aqueles de primeira dimensão) e

estabelece a estruturação jurídico-política de determinado Estado, para o formato do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

A primeira geração/dimensão de direitos fundamentais engloba os chamados direitos de liberdade, liberdades negativas, liberdades individuais ou direitos às prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. São fruto das revoluções liberais do século XVIII na Europa e nos Estados Unidos, visando proteger o indivíduo face aos abusos do monarca ou do Estado. Destacam-se, nessa primeira dimensão, os direitos à liberdade, à igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança (RAMOS, 2012: 72; SARLET, 2004: 54-55).

A segunda geração ou dimensão de direitos fundamentais é aquela que aparece em momento histórico posterior ao reconhecimento normativo dos chamados direitos fundamentais de primeira geração, marcado pelas lutas sociais na Europa e na América. Essa situação não implica uma relação hierárquica ou de importância entre uns e outros, mas apenas uma diferente etapa histórica de afirmação.

Os direitos de segunda geração compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais. Representam a modificação do papel do Estado, de quem se passa a exigir um vigoroso papel ativo, promotor de bem-estar social, saindo de sua posição de mero fiscal das regras jurídicas (RAMOS, 2012: 73).

No Constitucionalismo Social o Estado e o Direito Constitucional adquirem novas funções, como a promoção da igualdade substancial através de políticas redistributivas, sobretudo a partir da concretização de direitos sociais, econômicos e culturais (direitos fundamentais de segunda dimensão), o que se dá por intermédio de políticas e serviços públicos, bem como pela intervenção normativa no domínio econômico.

Dois segmentos em que as políticas redistributivas se dão de modo evidente, são o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, os quais contem atualmente com amplo respaldo constitucional e mesmo no âmbito do Direito Internacional, formando o denominado *bloco de constitucionalidade*.

Em relação à Previdência Social, é importante ressaltar que um de seus pilares é justamente o princípio da solidariedade (art. 194, da Constituição Federal), que promove relevante impacto redistributivo no interior da sociedade: contribuem à Previdência Social todos aqueles que possuem capacidade econômica, na medida de sua capacidade econômica; usufruem os benefícios previdenciários e de Assistência Social todos aqueles que dela necessitem, ainda que não tenham vertido contribuições previdenciárias ou as tenham feito em menor escala.

Por outro ângulo, destaque-se que a Previdência Social também apresenta importante aspecto redistributivo à medida que propicia intensa circulação de renda na sociedade brasileira, em particular nos pequenos municípios, onde o

principal “orçamento” decorre justamente dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social.

No Direito do Trabalho a política redistributiva não é tão clara e opera de modo diverso da política previdenciária: nem tanto por intermédio de políticas e serviços públicos, mas muito mais através da intervenção normativa no âmbito econômico, mediante a estrita regulação dos contratos de trabalho.

O papel do Estado, portanto, passa a ser o de regulamentar a relação entre capital e trabalho, buscando nivelar uma situação social e econômica essencialmente assimétrica. Nesse proceder, o Direito do Trabalho adquire foros redistributivos, pois minimiza os efeitos da *mais-valia* (utilizado aqui o referencial teórico marxista). Muitos direitos trabalhistas, com sensível respaldo constitucional, promovem redistribuição de renda ou, em outras palavras, certa parcela de participação da classe trabalhadora nas benesses do capital: participação em lucros e resultados da empresa; salário mínimo; políticas antidiscriminatórias e de equiparação salarial; controle sobre a remuneração e sobre a jornada, etc.

Atualmente o Direito do Trabalho conta com expressivo possui respaldo constitucional, seja por obra dos artigos 7º e 8º, da Constituição Federal, seja em virtude dos inúmeros Tratados Internacionais que cuidam da matéria (sobretudo da OIT – Organização Internacional do Trabalho), muitos dos quais o Brasil é signatário. Da mesma forma a Seguridade e Previdência Social, compondo ambos aquilo que, desde as Constituições Mexicanas de 1917 e a de Weimar, de 1919, se denominou de *Constitucionalismo Social* e, mais tarde, o Estado de Bem-Estar Social.

O processo de reformas constitucionais e legais que se encontra em curso atinge diretamente a Previdência Social e o Direito do Trabalho, afetando drasticamente esses mecanismos redistributivos importantes e característicos do Estado de Bem-Estar Social.

Não se pode perder de vista que o Direito do Trabalho e os demais direitos sociais surgirão e se desenvolverão em virtude dos conflitos e das “irritações” produzidos sobre o sistema jurídico por movimentos sociais que, em sua origem, postularam um projeto de transformação global dos sistemas político e jurídico (FREITAS JR., 2011: 161).

A redistribuição de renda e as pautas de promoção de igualdade, a partir da criação das primeiras políticas sociais não derivaram de um efetivo vetor ético, mas foram tão somente mecanismos de manutenção e equilíbrio do mercado, evitando crises políticas e desmobilizando as camadas sociais desvalidas (DEMO, 1995: 42-43, 59-60; FREITAS JR., 2011: 169).

Após a II Guerra Mundial o Estado-Providência conhece seu segundo estágio ou segunda etapa. A necessidade de reconstrução da Europa, no quadro da Guerra Fria e necessidade de evitar a expansão socialista, ensejam que

os norte-americanos empenhem grande ajuda financeira aos países europeus (*Plano Marshal*), de sorte a que estes países vivenciam um grande ciclo de prosperidade econômica, propiciando a correlata expansão dos direitos sociais e dos programas de bem-estar social (FREITAS JR., 2011: 170-171).

Todos esses momentos históricos acima narrados demonstram, em termos de construção dos direitos sociais e do próprio Estado-Providência, a necessidade da criação de regras jurídicas que transfiram, ao Estado, mecanismos asseguradores contra os riscos sociais, diante da insuficiência da responsabilidade e capacidade individual para enfrentá-los. Supera-se a ideia de responsabilidade individual e utiliza-se a noção objetiva de *risco*, tratado através de *mecanismos de seguro social*. O tratamento das situações de risco social deixa de ser mera liberalidade (de patrões e do Estado) para transformar-se em norma jurídica (ROSANVALLON, 2011: 21-27).

Porém, esse momento de extraordinária expansão do Estado-Providência não se revelou eterno ou contínuo, e um terceiro momento de seu desenvolvimento, bastante diverso, teve lugar.

É uma análise corrente o argumento de que as crises do petróleo, ocorridas nos anos 1970, sinalizam o marco final da exuberante expansão econômica vivenciada nos 30 anos a partir da Segunda Guerra Mundial, com evidentes efeitos sobre o processo de distribuição de renda, oportunidades e direitos característico do Estado-Providência (MALLOY, 1986: 29).

Esse processo de estagnação econômica suscita dois questionamentos fundamentais, o primeiro acerca da promoção de equilíbrio fiscal e o segundo em relação à intensificação do aparelho burocrático do Estado, gerando duas ordens de ajustes: a) revisão dos benefícios sociais; b) tratamento dos custos e sinais de ineficiência na máquina pública, sempre crescentes por decorrência da expansão das políticas sociais, a cargo do aparelho governamental no Estado-Providência. De modo mais profundo, a incapacidade do Estado de absorver indefinida e progressivamente, todas as demandas sociais que lhe são postas gera uma verdadeira “crise de legitimidade” do Estado-Providência (MALLOY, 1986: 30; ROSANVALLON, 1997: 13-17).

Em tempos mais recentes (aproximadamente as três décadas que envolvem o período de 1980-2010) verificamos novo quadro de crise econômica, tanto nos países da periferia do capitalismo, especialmente nos anos 80-90, como mais recentemente nos países do capitalismo central (bolha imobiliária norte-americana de 2008; socorro a algumas economias europeias – Portugal, Grécia e Espanha - a partir de 2011). Esse quadro recessivo, aliado à reabilitação de doutrinas conservadoras, por vezes denominadas *neoliberais*, implica na aposição de novos limites para o Estado-Providência (FREITAS JR., 2011: 174-175).

Outro ponto de crise do Estado-Providência é a difração do social para além do tradicional conflito de classes: vislumbram-se na sociedade outros



conflitos, novos movimentos sociais que procuram reconhecimento de sua identidade coletiva. Há múltiplas redes e inúmeros extratos sociais, além do binômio burguês/proletário, e o modelo de regulação keynesiano acaba sendo insuficiente a suprir essas demandas (ROSANVALLON, 1997: 99-101).

Muda-se também a figura daquele que é objeto da proteção social: no lugar do cidadão passa-se à figura do contribuinte, com notória redução da noção de solidariedade (ROSANVALLON, 2011: 77-80).

Essa evolução e posterior involução do Direito Constitucional, sobretudo no aspecto de políticas redistributivas e promoção dos direitos sociais, é o pano de fundo no qual devem ser compreendidas as Reformas Trabalhista e Previdenciária, com forte impacto no modelo de Estado Social trazido pela Constituição Federal de 1988.

## 2. EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA NAS POLÍTICAS DE REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA

O viés redistributivo do Direito do Trabalho não é tão nítido como a política previdenciária ou de outros segmentos de políticas públicas, como habitação ou saúde. Aqui se dá através da intervenção normativa no âmbito econômico, mediante uma intensa regulação dos contratos de trabalho.

O papel do Estado, portanto, passa a ser o de regulamentar a relação entre capital e trabalho, buscando nivelar uma situação social e econômica essencialmente assimétrica, minimizando os efeitos da *mais-valia* (conforme o referencial teórico marxista). Os institutos de Direito do Trabalho promovem certa redistribuição de renda, permitindo a parcela da classe trabalhadora participar minimamente das benesses do sistema capitalista: garantias salariais e salário mínimo; políticas antidiscriminatórias e de equiparação salarial; controle sobre a remuneração e sobre a jornada, etc.

Trata-se, na realidade, de condição de permanência do próprio modelo capitalista, que propicia o acesso ao patamar civilizatório mínimo, desenho jurídico que assegura e legitima a continuidade da exploração do homem pelo homem.

Conforme SILVA (2017, p. 217-218), o Direito do Trabalho não existe antes do modelo econômico capitalista, e surge visando diminuir o nível de exploração e estabelecer um patamar mínimo civilizatório, através do reconhecimento da imprescindibilidade de um dirigismo contratual:

“É preciso relembrar que este ramo especializado do Direito não existia em modelos de produção anteriores ao capitalismo. As revoluções industriais e burguesas são fatos históricos relevantíssimos nesse contexto.  
(...)”

O que se quer dizer com esse sumariíssimo histórico é que o Direito do Trabalho é fruto das lutas travadas no âmbito social. O Direito Civil tornou-se incapaz de regular as regulações de trabalho, ante a flagrante desigualdade entre empregados e patrões, o que ocasiona situações de notória exploração.”

No mesmo sentido, segundo SEVERO (2017, p. 30):

“A proteção que faz surgir o Direito do Trabalho é a proteção contra a exploração econômica, mas é também, desde o início, o reconhecimento social de que essa relação implica uma troca desigual: tempo de vida/força física em troca de remuneração/valor monetário.

Esse elemento se revela já na constituição da OIT, em 1919, em que se afirma ‘trabalho não é mercadoria’. Aqui, claro está o reconhecimento de que a troca desigual permitida nesse tipo de contrato deve ser controlada/restringida pelo Estado, para que a força de trabalho não seja, como foi no início do período de industrialização, tratada como mercadoria. (...) A história demonstra que muitas normas trabalhistas surgem como resposta a crises do sistema econômico, bastando citar como exemplo o conjunto de regras trabalhistas impostas pelo denominado *New Deal*, por Roosevelt, após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, no país mais liberal e capitalista do mundo ocidental.”

Todavia, não se pode negar que algumas transformações observadas nas últimas décadas na sociedade, na Ciência e na Economia, impactaram drástica e negativamente o papel e o alcance do Direito do Trabalho como instrumento regulatório das relações de trabalho.

Em primeiro lugar destaque-se o aprofundamento do fenômeno da globalização econômica, acarretando duas consequências importantes: a) o enfraquecimento do Estado-Nação e seu poder regulatório, inclusive no âmbito laboral; b) o deslocamento dos parques produtivos ao longo do globo terrestre.

Ao lado da globalização econômica devemos destacar também a revolução tecnológica vivida nas últimas 3 ou 4 décadas, reforçando a possibilidade de deslocamento dos parques industriais em formato sem precedentes, bem como a eliminação maciça de postos de trabalho (RIFKIN, 1995).

Essa ampla reestruturação do modelo de produção capitalista trouxe, inegavelmente, impactos ao Direito do Trabalho, que se vê questionado em seu papel e mesmo reduzido em sua eficácia jurídica.

É o que SOUTO MAIOR denomina de *crise de identidade do Direito do Trabalho cocontemporâneo* (2011, p. 21-26).

No intuito de uma pretensa *modernização da legislação trabalhista*, que seria supostamente capaz de gerar ocupação e novos postos de trabalho, observou-se diversas formas de *flexibilização* da legislação laboral, inclusive mediante *desconstitucionalização* de direitos trabalhistas, fenômeno que se verifica em todo o mundo ocidental.

Essa *flexibilização trabalhista*, contudo, é controversa e há diversas vozes em contraposição que indicam se tratar do estabelecimento de novas formas de exploração/intensificação da exploração do trabalho humano (ANTUNES, 2006) e que os resultados em termos de criação de novos empregos são duvidosos ou, no mínimo, incertos (FREITAS JR., 1999).

É nesse cenário que deve ser compreendida a Reforma Trabalhista ainda em curso no Brasil.

A Reforma Trabalhista, já concretizada (Lei 13.467/2017), promove grande precarização das relações de trabalho no Brasil: criação do contrato de trabalho intermitente; aumento da modalidade contratual de trabalho a tempo parcial; diminuição dos encargos empresariais com contribuições previdenciárias; redução da possibilidade de acesso à justiça laboral, etc. Assim, mesmo pela via da legislação ordinária, ocorre o enfraquecimento das normas constitucionais de intervenção no domínio econômico e redistribuição de renda no mercado de trabalho:

“O que se verifica na Lei nº 13.467/17, que é o resultado desse processo de “reforma”, são mais de 200 alterações na legislação do trabalho que tentam fragilizar ainda mais os trabalhadores, expondo-os, em um ambiente de elevado desemprego, a formas precárias de engajamento em uma unidade produtiva alheia: ampliação da terceirização, trabalho intermitente; negociado sobre legislado; ajustes individuais de condições de trabalho; aumento das fórmulas de compensação de jornada; institucionalização do PJ e por aí vai...” (SOUTO MAIOR; SPERB ROCHA, 2017, p. 16)

As consequências econômicas da Reforma Trabalhista vêm elucidadas nas palavras de MURADAS e COUTINHO (2017, p. 75):

“A ‘reforma’ trabalhista do governo Temer demonstra a atualidade da teoria do valor-trabalho em Marx, ao pretender ampliar os limites legais de exploração econômica da classe trabalhadora, gerando, por via de consequência, o aumento do montante do trabalho não remunerado pelo capital (mais-valia) e o rebaixamento geral das condições de labor, com especial ênfase para a jornada de trabalho.

E a remuneração da jornada de trabalho ou a sua falta de pagamento continua sendo a chave para desvendar os segredos dos lucros obtidos pelos negócios capitalistas, inclusive na era da cibernética, da robótica, da revolução da microeletrônica e da financeirização, atestando-se, assim, que o trabalho cristalizado nas máquinas (trabalho morto) é insuficiente para criar mais-valia absoluta, muito menos sustenta o capitalismo sem a exploração do trabalho vivo humano.”

Segundo SOUTO MAIOR e SPERB ROCHA (2017, p. 17), o setor empresarial, na defesa da reforma trabalhista, vislumbrou que “teria a oportu-

nidade para concretizar um desejo manifestado desde 1989, qual seja, o de reverter a formalização de algumas garantias próprias de um ‘Estado Social’ incluídas na Constituição de 1988 (...) notadamente nos aspectos da posição de direitos fundamentais que foi conferida aos direitos dos trabalhadores”.

A pretensão empresarial, todavia, esbarra na dificuldade de desmontar garantias da classe trabalhadora erigidas a direitos fundamentais pelo Texto Constitucional de 1988, sobretudo por obra do conteúdo do artigo 7º, da Constituição Federal.

Isso perpassa principalmente pela previsão contida no art. 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, que busca romper com a tradição trabalhista brasileira, de forte regulação estatal do âmbito econômico e contratual, tentando impor modelo de amplíssima e totalmente livre negociação no mercado de trabalho.

Eis a redação do artigo 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XIII - (Revogado Medida Provisória nº 808, de 2017)

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.”

Da simples leitura do art. 611-A, da CLT, verifica-se que a lei ordinária abre espaço para a negociação (redução) sobre diversas garantias trabalhistas importantes, relativas a salário e jornada de trabalho, principalmente, itens do contrato de trabalho onde se dá e o Direito procura minimizar a *mais-valia*.

De acordo com SILVA (2017, p. 220-221), a Reforma Trabalhista autoriza a negociação em torno dos direitos trabalhistas permitindo a redução do nível de proteção laboral:

“Em suma: a negociação coletiva já era amplamente permitida em nosso ordenamento jurídico, havendo apenas alguns parâmetros que têm por objetivo o respeito à própria essência do Direito do Trabalho. *A reforma pretendeu ultrapassar esses limites, autorizando a negociação em detrimento do Princípio da Proteção. Em contrapartida, no entanto, não concedeu mecanismos para que as entidades sindicais reforçassem o seu poder de negociação*, por meio da ampliação da liberdade sindical e da flexibilização do direito de greve.” (grifamos)

A Reforma Trabalhista, de fato, promove verdadeira *exacerbação do âmbito negocial*, em frontal infirmação do princípio da norma mais favorável, através do modelo trazido pela Lei 13.467/2017, em que se dá primazia ao *negociado sobre o legislado*:

“Com a prevalência do negociado sobre o legislado (caput do art. 611-A da CLT), a Lei n. 13.467/2017 autoriza a supressão ou atenuação, pela negociação coletiva trabalhista, de regras imperativas estatais incidentes sobre o contrato de trabalho, com evidente negligência à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social.” (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 254)

O que se constata, portanto, é que a Reforma Trabalhista, mero diploma constante da legislação ordinária, alterado por Medida Provisória, pretende

alterar, ilegitimamente o modelo constitucional redistributivo (no quadro do Estado Social e Democrático de Direito) trazido pela Constituição Federal de 1988, no tocante aos direitos fundamentais trabalhistas.

### 3. REFORMA PREVIDENCIÁRIA E IMPACTO NAS POLÍTICAS REDISTRIBUTIVAS

Um dos elementos mais importantes da Previdência Social reside na característica de ser um relevante mecanismo de *redistribuição de renda* (SERAU JR., 2011, p. 163-164).

Deve-se rememorar que um dos principais fatores de criação das contingências sociais, agravado no âmbito do sistema capitalista de produção, é a ausência de propriedade, o que enseja a venda da força de trabalho e daí a sujeição a toda uma sorte de riscos sociais (acidentes do trabalho, desemprego etc.).

Nesta perspectiva, a Seguridade Social surge como a possibilidade de conciliar esse conflito entre capital e trabalho, através dos mecanismos de transferência de riqueza que a estruturam (arrecadação de contribuições correlata ao pagamento de prestações de benefícios e prestação de serviços, conforme visto acima), em particular o fato de que as somas poupadas são retidas obrigatória e automaticamente, sendo recolocadas em circulação somente quando verificadas certas circunstâncias precisas, quais sejam as contingências e riscos sociais.

*Operativamente*, a redistribuição de renda pode funcionar de três modos distintos, a saber: a) redistribuição de recursos de cada um, bem como os de sua família ao largo de sua vida, de forma que durante sua atividade possa prover-se o período de sua inatividade futura; b) redistribuição dos recursos entre aqueles que os têm, em um período determinado, e os que não os possuem, no mesmo período, ou seja, do empregado ao desempregado, do são ao enfermo; c) redistribuição dos recursos aos indivíduos das gerações presentes para atender às necessidades de gerações passadas, esperando-se que os recursos das gerações futuras atendam, quando chegar o momento, às necessidades das gerações atuais (CORREIA; CORREIA, 2007, p. 100; DUPEYROUX, 2001, p. 113).

Quanto ao Direito Previdenciário e a Reforma Previdenciária, cuja Proposta de Emenda Constitucional ainda se encontra em trâmite, constata-se nítido impacto negativo nas políticas redistributivas.

No Brasil, a Previdência Social desde 1988 foi alçada ao *status* de direito fundamental (SERAU JR., 2011), encontrando respaldo no artigo 194 e seguintes da Constituição Federal, os quais operam e permitem uma releitura do arcabouço infraconstitucional que põe em prática essa política pública redistributiva, notadamente as Leis 8.213/91 e 8.472/93.

A Previdência Social, justamente por seu papel redistributivo e de combate às iniquidades sociais, sempre foi objeto de discussão política e tentativas

de restrição, tendo sido objeto de diversas Emendas Constitucionais (Emendas 03/93; 20/98; 41/2003; 47/2005; 70/2012 e 88/2015, sem contar aquelas que indiretamente lhe tocam, como aquelas relativas a orçamento social, tal qual a Emenda Constitucional 95/2016).

As Emendas Constitucionais que alteraram o regime constitucional previdenciário em sua imensa maioria se dedicaram à implementação de exigências mais rígidas para a obtenção dos benefícios previdenciários ou à criação de mecanismos de redução do valor dos benefícios praticados para os segurados e pensionistas.

A PEC 287/2016, que é a atual proposta de Reforma Previdenciária, ainda em trâmite no Congresso Nacional, segue no mesmo sentido e exacerba as dificuldades para obtenção das aposentadorias, alterando profundamente também o regime previdenciário dos servidores públicos, em desatenção às particularidades da carreira pública.

O objetivo central da proposta de reforma previdenciária reside na fixação de uma elevada idade mínima para concessão das aposentadorias, a qual ficaria atrelada também ao recolhimento de um montante muito elevado de contribuições previdenciárias para a concessão do benefício previdenciário.

Eis a proposta contida no texto da PEC 287/2016, já na versão da Emenda Aglutinativa das emendas parlamentares apresentadas desde a apresentação da Proposta, em 05.12.2016:

“§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social:

I - ao segurado que completar sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta e dois anos de idade, se mulher, e quinze anos de contribuição, para ambos os sexos, exceto na hipótese do inciso II;

II - ao segurado de que trata o § 8º do art. 195, aos sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher, e quinze anos de contribuição, para ambos os sexos;

III - por incapacidade permanente para o trabalho, observados os requisitos estabelecidos em lei, sendo obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria.

§ 8º O professor de ambos os sexos que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio poderá se aposentar aos sessenta anos de idade e quinze anos de contribuição.

§ 8º-A Ressalvadas as aposentadorias concedidas aos segurados de que tratam o § 8º do art. 195 e o § 12 deste artigo, correspondentes a um salário mínimo, o valor das aposentadorias no regime geral de previdência social será apurado na forma do § 8º-B deste artigo e terá como referência a média aritmética simples dos salários de contribuição e remunerações, selecionados na forma da lei, utilizados como base para contribuições ao regime geral de previdência social e ao regime de que trata o art. 40.

§ 8º-B O valor da aposentadoria, por ocasião da sua concessão, corresponderá: I - nas hipóteses do inciso II do § 1º, do inciso I do § 7º e do § 8º, a 60% (sessenta por cento) da média referida no § 8º-A, observando-se, para as contribuições que excederem o tempo de contribuição mínimo exigido para concessão do benefício, os seguintes acréscimos, até o limite de 100% (cem por cento), incidentes sobre a mesma média:

a) do primeiro ao décimo grupo de doze contribuições adicionais, 1 (um) ponto percentual por grupo;

b) do décimo-primeiro ao décimo-quinto grupo de doze contribuições adicionais, 1,5 (um inteiro e cinco décimos) pontos percentuais por grupo;

c) do décimo-sexto ao vigésimo grupo de doze contribuições adicionais, 2 (dois) pontos percentuais por grupo;

d) a partir do vigésimo-primeiro grupo de doze contribuições adicionais, 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais por grupo;

II - na hipótese do inciso III do § 7º, a 70% (setenta por cento) da média referida no § 8º-A, aplicando-se, até o limite de 100% (cem por cento), os acréscimos de que tratam as alíneas b, c e d do inciso I, se superado o tempo mínimo de contribuição necessário para a aposentadoria prevista no inciso I do § 7º, exceto em caso de acidente do trabalho, de doenças profissionais e de doenças do trabalho, quando corresponderão a 100% (cem por cento) da média referida no § 8º-A;

III - na hipótese do inciso I do § 1º, a 100% (cem por cento) da média referida no § 8º-A.”

Como se vê, projeta-se para a aposentadoria de mulheres e homens a fixação de idade mínima de 62 e 65 anos, respectivamente, a qual é muito elevada e atualmente não é exigida. Além disso, a proposta é de exigir 25 anos de contribuições previdenciárias, para ambos os gêneros.

As mesmas regras, em síntese, passarão a ser aplicadas aos servidores públicos que se vinculam aos regimes próprios de previdência previstos no art. 40 da Constituição Federal.

Trata-se de patamar inatingível para a maior parte da população brasileira, pois a partir de certa idade é baixa a empregabilidade do brasileiro médio, que se vê forçado ao sub emprego/informalidade, ao trabalho precário e mesmo ao desemprego.

Com esta perspectiva, verifica-se que o sistema previdenciário passará a ser estruturado, caso aprovada a PEC 287/2016, em um formato anti-distributivo, pois será um modelo que exigirá grande força de arrecadação de contribuições, mas será extremamente difícil a obtenção dos benefícios previdenciários, frustrando o objetivo de justiça social e distributividade do regime previdenciário.

Esse desenho não é exclusivo da proposta de Reforma Previdenciária. A jurisdição constitucional também caminha sua interpretação para esse caminho, a exemplo do julgamento do RE 661.256 pelo Supremo Tribunal Federal (caso da desaposentação), em que se firmou a tese de que o recolhimento



de contribuições previdenciárias nada assegura aos segurados em termos de contrapartida social, salvo aquilo que singela e expressamente previsto em lei, sendo inviável qualquer operação hermenêutica ampliativa.

Em paralelo, encontra-se em curso uma verdadeira *contrarreforma previdenciária*, que busca minimizar as contribuições previdenciárias a cargo da classe empresarial, urbana e rural, bem como se promove políticas de parcelamentos tributários bastante facilitadas aos devedores da Previdência Social (agronegócio, clubes de futebol, Municípios, etc.)<sup>1</sup>.

O projeto de Reforma Previdenciária, seja pela própria PEC 287/2016, seja pelas medidas correlatas que lhe vão sendo agregadas, como as diversas medidas de renúncia fiscal acima indicadas, vão ilustrando a derrocada da perspectiva redistributiva adotada pelo modelo constitucional de 1988, com inestimável prejuízo à justiça social.

## CONCLUSÕES

As profundas alterações ocorridas no sistema capitalista, nas últimas duas ou três décadas, originadas por diversos fatores (crise do petróleo dos anos 1970; intenso desenvolvimento tecnológico e da robótica; intensificação da globalização econômica; crise financeira de 2008, queda do Muro de Berlim em 1989 e esfacelamento do projeto socialista, dentre outros), proporcionou significativo rearranjo da ordem econômica, política e jurídica.

O impacto foi diretamente notado no campo das políticas de direitos sociais, através das quais é viabilizada a justiça distributiva, mediante serviços e políticas públicas que efetivam esses direitos, os quais encontram-se em sua maioria previstos em normas jurídicas de Direito Constitucional (Constitucionalismo Social ou Estado Social).

Assim, constata-se que o próprio Estado Social ou Estado Providência encontra-se em xeque, frontalmente questionado (ROSANVALLON, 2011).

No Brasil, desde os anos 1990 foram promulgadas diversas Emendas Constitucionais que “invertem” o modelo constitucional trazido pelo constituinte originário, que adotou nitidamente um modelo de Estado Social.

É nesse sentido que se pode registrar as Emendas Constitucionais que permitiram a privatização de diversos serviços públicos; que reduziram os direitos previdenciários (falando aqui ainda das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03); que quebraram o monopólio das atividades telefônicas e de petróleo, dentre várias outras mudanças significativas.

<sup>1</sup> A exemplo das Medidas Provisórias 815, de 29.12.2017, que ampliou o repasse ao FPM – Fundo de Participação dos Municípios; 807, de 31.10.2017, e 803, de 29.09.2017, que estabelecem parcelamento tributário facilitado perante a Receita Federal, etc.

No escopo de minar a política de redistribuição de renda e promoção da igualdade social que é um grande objetivo constitucional, pode-se indicar como o maior exemplo desse cenário a promulgação da Emenda Constitucional 95/2016, que “congela” os gastos públicos, inclusive na área social, por 20 anos a contar do ano de sua vigência.

No mesmo caminho seguem a proposta de Reforma Previdenciária em trâmite no Congresso Nacional através da PEC 287/2016, e a Reforma Trabalhista, concretizada pelas Leis 13.429/017 e 13.467/2017 (além de outros diplomas esparsos), a qual, mediante singela legislação ordinária, pretende desfazer o arcabouço constitucional de direitos trabalhistas.

Se o Constitucionalismo moderno adquiriu a conotação de “social” em passado recente, o momento contemporâneo é de nítida captura da Teoria do Direito Constitucional pelo viés econômico e pelos discursos de austeridade.

As reformas estruturais em curso no Brasil (Previdenciária e Trabalhista) distanciam-se do formato de políticas redistributivas e de promoção da igualdade e voltam-se a um rumo diverso, da plena promoção da desigualdade social.

Porém, em sentido totalmente oposto, a necessidade de redistribuição de renda, e promoção da justiça social, duramente atacada pelas Reformas Trabalhista e Previdenciária, fica muito evidente no atual estágio histórico da humanidade que mescla superabundância com carência excessiva.

Com efeito, nunca se produziu tanta riqueza, em escala global, e jamais esta se encontrou tão distante de beneficiar a totalidade das pessoas.

O cenário é de *horror econômico* (FORRESTER, 1997) e de completa desumanização das pessoas que vivem do trabalho (AVELÃS NUNES, 2016; ANTUNES, 2009). Nada mais urgente que lutar pela manutenção das políticas redistributivas e, em última escala, pelo modelo constitucional do Estado de Bem Estar.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*, 11ª edição. Campinas: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os sentidos do trabalho - ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009.

AVELÃS NUNES, Antônio José. *Os trabalhadores e a crise do capitalismo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil - com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DEMO, Pedro. *Cidadania Tutelada e Cidadania Assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995.

DUPEYROUX, Jean-Jacques; BORGETTO, Michel; LAFORE, Robert; RUELLAN, Rolande. *Droit de la sécurité sociale*. 14. ed. Paris: Dalloz, 2001.

FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*, 7ª reimp. 13.467/2017. Trad.: Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. *Direito do Trabalho na Era do Desemprego - instrumentos jurídicos em políticas públicas de fomento à ocupação*. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. *O trabalho à procura de um direito: crise econômica, conflitos de classe e proteção social na modernidade*. Revista do Parlamento Paulistano, nº 1, Ano 1, dezembro/2011, p. 158-181. São Paulo: Gráfica da Câmara Municipal de S. Paulo, 2011.

MALLOY, James M. *Statecraft, Política y crisis de la Seguridad Social - una comparación de Ila América Latina y los Estados Unidos*. MESA-LAGO, Carmelo (coord.). *La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

MURADAS, Daniela; COUTINHO, Grijalbo Fernandes. “Reforma” trabalhista: a potencialização do valor trabalho como mercadoria em tempos de governança burguesa ilegítima, p. 59-78, in: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos - o declínio inevitável dos níveis de emprego e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Makron Books, 1995.

ROSANVALLON, Pierre. *La nueva cuestión social - repensar El Estado Providencia*. Buenos Aires: Manantial, 2011.

\_\_\_\_\_. *A crise do Estado-Providência*. Goiânia: Editora da UnB, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 4 ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SERAU JR., Marco Aurélio. *Seguridade social como direito fundamental material*, 2ª ed., rev. e ampl., Curitiba: Juruá, 2011.

SEVERO, Valdete Souto. *A hermenêutica trabalhista e o princípio do Direito do Trabalho*, p. 29-46, in: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

SILVA, Mayana Macedo Fernandes da. *Da prevalência do negociado sobre o legislado*, p. 217-248, in: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza (coord.). *Reforma Trabalhista Interpretada - Lei 13.467/2017*. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SPERB ROCHA, Bruno Gilga. *A história da ilegitimidade da Lei nº 13.467/17*, p. 15-28, in: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto (coord.). *Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho - Teoria Geral do Direito do Trabalho, vol. I - Parte I*. São Paulo: LTr, 2011.

TAMBURI, Giovanni. *La Seguridad Social en la América Latina: tendencias y perspectivas*. MESA-LAGO, Carmelo (coord.). *La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

## CAPÍTULO 12

# RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL NA PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO

*Marina Bonatto*

**RESUMO:** Em razão do surgimento de um aparato protetivo dos direitos humanos datar de um contexto extremamente diverso do atual, não mais se sustenta um modelo de proteção que se restrinja às relações entre o Estado e o indivíduo.

A dinamicidade dos direitos e o surgimento de relações sociais cada vez mais complexas exige uma ampliação do âmbito de incidência desses direitos, a fim de ampliar a sua capacidade de proteção. A igualdade de gênero como uma pauta de direitos humanos é resultado de uma construção histórica marcada por conquistas paulatinas advindas dos mais variados movimentos de luta para reduzir a desigualdade social da mulher.

Sua concepção está atrelada à dinâmica social e a transformação dos próprios conceitos de igualdade e gênero, ensejando em diferentes avaliações, ao longo do tempo, sobre quais seriam os critérios mais justos e igualitários de distribuição.

Atualmente, após décadas de lutas para conquistar e reconquistar constantemente seus direitos, pode-se afirmar que há uma ampla gama de previsões normativas nacionais e internacionais protetivas dos direitos das mulheres.

Ocorre que, frente a um contexto fático de recorrentes violações a direitos, somado a ausência de políticas públicas para promoção de direitos e a inércia por parte dos poderes públicos, verifica-se que essas medidas legislativas detêm eficácia limitada e não conseguem, por si só, abarcar a realidade em sua totalidade.

De acordo com a Pesquisa Mensal de Emprego do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2003, as mulheres representavam 40,5% da População Ocupada, e em 2011, 45,3%. Além disso, o crescimento da participação das mulheres na população economicamente ativa foi de 1,8 ponto percentual de 2003 para 2011.

Contudo, não há uma proporcionalidade direta entre o número de mulheres inseridas no mercado de trabalho e a promoção da igualdade de direitos e oportunidades. Fato que pode ser observado, a título exemplificativo, a partir dos dados da pesquisa que mostram que o maior crescimento da participação feminina foi observado no emprego sem carteira assinada no setor privado, em 2003, 36,5% das mulheres enquadravam-se nessa categoria, já em 2011, eram 40,5%.

As mulheres, hoje, têm baixa representatividade em empresas, dificuldade para conquistar cargos hierárquicos superiores e sofrem com a disparidade salarial.

Tendo em vista que as grandes empresas figuram como entidades sociais com potencial de transformação, em razão de seu poder de influência e controle, ações implementadas por elas são fundamentais não só no que diz respeito ao alcance de uma responsabilidade social empresarial, mas para gerar impactos positivos para além dos limites empresariais e contribuir para a promoção de equidade de gênero na sociedade.

Verifica-se nessa atuação uma possibilidade de coibir práticas discriminatórias e dar oportunidades concretas às mulheres por meio de políticas privadas, que, por vezes, se mostram mais céleres e eficazes na modificação da atual configuração das relações de poder e na efetivação de garantias constitucionalmente definidas.

Por mais que essas políticas de discriminação positiva não tenham a capacidade de erradicar de uma vez toda forma de discriminação presentes na sociedade, elas se mostram como um grande avanço em relação à inclusão de grupos que estão à margem do mercado de trabalho, garantindo-

-lhes uma maior participação na sociedade. Até porque a busca de soluções somente por parte do Estado já não se mostra suficiente.

Diferentemente de políticas públicas elaboradas a longo prazo, as ações afirmativas voltadas para a equidade de gênero realizadas no âmbito empresarial são muito mais pontuais e focadas em problemas específicos de discriminação, que podem ser gradualmente combatidos.

Essas ações devem ser realizadas a fim de romper com o status quo de discriminação vigente e impedir a permanência e reprodução das desigualdades sociais.

**PALAVRAS CHAVE:** Discriminação; Igualdade de Oportunidades; Equidade de Gênero; Empresas; Ações Afirmativas.

## INTRODUÇÃO

O surgimento de um aparato protetivo dos direitos humanos data de um contexto extremamente diverso do atual, porém, em razão de sua dinamicidade, esses direitos vêm se transformando e se adequando às novas realidades, a fim de manter e ampliar sua capacidade protetiva.

Conforme muito bem colocado por Flávia Piovesan, em artigo para o jornal O Globo:

Se, tradicionalmente, o aparato protetivo dos direitos humanos ambicionava responder à relação entre estados e indivíduos – endossando os deveres dos estados de respeitar, proteger e implementar direitos – na atualidade emergem relações mais complexas a envolver, de um lado, empresas; por outro, coletividades e grupos vulneráveis. (PIOVESAN, 2017).

A Constituição Federal, em seu artigo 170, dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, logo, em sendo a empresa atividade motriz da ordem econômica nacional, sua atuação deve ser basear-se somente em uma lógica de mercado cujo único objetivo é a consecução do lucro, mas deve ser realizada a fim de atingir sua função social.

De acordo com um novo paradigma que permeia o mundo empresarial, da mesma forma que as empresas podem violar direitos, também podem promover-los, o que ensejaria não somente em um ganho empresarial, mas, como colocado por Flávia Piovesan, “um ganho na identidade e reputação da empresa”, figurando como agentes na promoção de direitos. (PIOVESAN, 2017).

A atividade empresarial, como alegam Luciane Maria Trippia e Viviane Coêlho De Séllos-Knoerr, deve ir além de seus objetivos puramente econômicos, e agir de modo a incluir os grupos vulneráveis. Além disso, no modelo capitalista atual, as empresas têm uma ampla capacidade de influência na agenda governamental e na transformação da sociedade. Sendo assim, sua atuação é

de suma importância no combate à discriminação da mulher no mercado de trabalho, principalmente no que diz respeito ao âmbito empresarial. (TRIPPIA e SÉLLOS-KNOERR, 2013)

A igualdade de gênero como uma pauta de direitos humanos é resultado de uma construção histórica marcada por conquistas paulatinas advindas dos mais variados movimentos de luta para reduzir a desigualdade social da mulher.

Atualmente, após décadas de lutas para conquistar e reconquistar constantemente seus direitos, pode-se afirmar que há uma ampla gama de previsões normativas nacionais e internacionais protetivas dos direitos das mulheres.

Já em seus primeiros parágrafos, a Constituição da República elenca, como um de seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E, em sequência, o inciso primeiro do artigo 5º estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Esse compromisso para com a promoção da igualdade verifica-se também no que concerne aos direitos dos trabalhadores, o artigo 7º, em seus incisos XX e XXX, garante a proteção do mercado de trabalho da mulher e proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo.

Ainda, para dar respaldo aos ditames constitucionais, o legislador infraconstitucional criou as leis 9.029 de 1995 e 9.799 de 1999, em que veda toda e qualquer forma de discriminação referente ao trabalho da mulher.

Além disso, há que se atentar para o fato de que o Brasil faz parte de diversos Tratados e Convenções Internacionais que dispõem sobre o assunto, a exemplo das Convenções 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõem sobre a igualdade de remuneração para a mão de obra de homens e mulheres na execução de trabalho de igual valor e sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão.

Ocorre que, frente a um contexto fático de recorrentes violações a direitos, somado a ausência de políticas públicas para promoção de direitos e a inércia por parte dos poderes públicos, verifica-se que essas medidas legislativas detêm eficácia limitada e não conseguem, por si só, abarcar a realidade em sua totalidade.

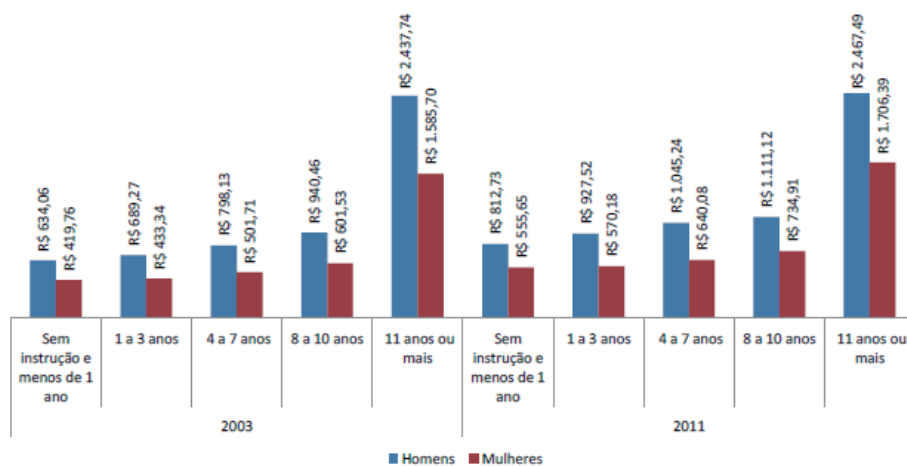
De acordo com a Pesquisa Mensal de Emprego do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2003, as mulheres representavam 40,5% da População Ocupada, e em 2011, 45,3%. Além disso, o crescimento da participação das mulheres na população economicamente ativa foi de 1,8 ponto percentual de 2003 para 2011. (IBGE, 2012)

Contudo, não há uma proporcionalidade direta entre o número de mulheres inseridas no mercado de trabalho e a promoção da igualdade de direitos e oportunidades. Fato que pode ser observado, a título exemplificativo, a

partir dos dados da pesquisa que mostram que o maior crescimento da participação feminina foi observado no emprego sem carteira assinada no setor privado, em 2003, 36,5% das mulheres enquadravam-se nessa categoria, já em 2011, eram 40,5%. (IBGE, 2012)

Mais alarmante ainda é a diferença de remuneração das mulheres e dos homens com o mesmo nível de escolaridade, conforme apresentado no gráfico a seguir.

**Rendimento médio real habitual da população ocupada, por grupos de anos de estudo, segundo o sexo – (2003 e 2011)\***



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego 2003-2011.  
 \*Média das estimativas mensais.

Outro dado que permite uma análise da desigualdade de condições e oportunidades das mulheres no mercado de trabalho é a porcentagem de mulheres nos espaços de poder e decisão, expressa na tabela. Conforme levantamento realizado pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento, há um “afunilamento hierárquico” no corpo de funcionários, com menor inclusão de mulheres à medida que aumentam as atribuições de comando.

## DISTRIBUIÇÃO DO PESSOAL POR SEXO (%)

	HOMENS	MULHERES
Conselho de Administração	89,0	11,0
Quadro Executivo	86,4	13,6
Gerência	68,7	31,3
Supervisão	61,2	38,8
Quadro Funcional	64,5	35,5
Trainees	57,4	42,6
Estagiários	41,1	58,9
Aprendizes	44,1	55,9

Fonte: Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil e suas Ações Afirmativas. Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento

Tal fenômeno, como colocado por Liliana Carneiro de Miranda pode ser denominado como “teto de vidro”, que representaria uma barreira tênue e transparente, mas suficientemente intransponível, que impediria a passagem de mulheres aos níveis hierárquicos mais elevados no mercado de trabalho, o que dificulta o crescimento da carreira executiva feminina no Brasil. (MIRANDA apud PIRES, LUCAS, de ANDRADE, AMORIM e FISCHER, 2010)

## DESENVOLVIMENTO

### 1. A Temática da Igualdade de Gênero e de Oportunidades no Âmbito Empresarial

No Brasil, a temática da diversidade da força de trabalho no âmbito empresarial tomou forma a partir da década de 1990, sob influência das denúncias realizadas pelo movimento sindical e pelo movimento feminista acerca do não cumprimento e da violação dos dispositivos normativos nacionais e internacionais. (TEIXEIRA e GÓIS, 2015)

Nesse período, segundo informações do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), a questão da igualdade de gênero no trabalho tornou-se pauta recorrente das negociações e cláusulas coletivas. (DIEESE apud PIRES, LUCAS, de ANDRADE, AMORIM e FISCHER, 2010)

É neste contexto que o governo federal instituiu, em 1996, em cooperação com a OIT, o Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação, composto por representantes do governo, dos



trabalhadores e dos empresários, com o fim de elaborar um plano para a eliminação da discriminação no mercado de trabalho com um enfoque específico nas questões de raça e gênero. (TEIXEIRA e GÓIS, 2015)

Mister ressaltar a atuação das empresas multinacionais nesse sentido, a exemplo da General Electric e Philips, que contribuíram para a expansão do debate e na disseminação de práticas voltadas para a responsabilidade social empresarial. (TEIXEIRA e GÓIS, 2015)

Apesar disso, conforme dados apresentados no artigo “Gênero e Práticas de Gestão nas Melhores Empresas para se Trabalhar no Brasil”, no período entre 1990 e 2006, o mercado de trabalho no Brasil caracterizou-se pelo alto grau de desigualdade, principalmente em relação às mulheres. (PIRES, LUCAS, de ANDRADE, AMORIM e FISCHER, 2010)

A participação entre as mulheres no mercado passou de 53,2% para 58,9% entre 1992 e 2006, enquanto, dos homens, a participação caiu de 86,3 para 82% no mesmo período. A desigualdade entre homens e mulheres atinge, em especial, as mais pobres e menos escolarizadas. Dessa maneira, mesmo garantindo menor desigualdade de participação, não há garantia, por si só, da igualdade entre os gêneros. Além disso, vale destacar que dados de 2006 apontam que as mulheres tinham mais anos de estudo que os homens e que, mesmo entre o mesmo nível de escolaridade, há diferença entre a remuneração de homens e mulheres, assim como entre brancos e negros. (PIRES, LUCAS, de ANDRADE, AMORIM e FISCHER, 2010).

Atualmente, ainda há muito que se fazer nesse sentido, visto que as mulheres têm baixa representatividade em empresas, tem dificuldade para conquistar cargos hierárquicos superiores e sofrem com a disparidade salarial.

## **2. As Empresas como Entidades Sociais com Potencial de Transformação**

Tendo em vista que as grandes empresas figuram como entidades sociais com potencial de transformação em razão de seu poder de influência e controle, ações implementadas por elas são fundamentais não só no que diz respeito ao alcance da sustentabilidade empresarial, mas para gerar impactos positivos para além dos limites empresariais e contribuir para a promoção de equidade de gênero na sociedade.

O primeiro aspecto diz respeito ao fato de que o empresariado constitui um segmento importante das elites brasileiras. Sem dúvida, uma descrição desse segmento, dada a sua histórica atuação predatória, pode ser feita usando termos derogatórios, posto que em muitos contextos ele pode ser conservador e mesmo reacionário. Contudo, não se pode esquecer que as elites empresariais

sabidamente desempenham um papel fundamental nos processos de modernização e mudança social no Brasil e no mundo. Vale salientar que nenhuma mudança importante ocorreu no Brasil sem que parte das nossas elites, guiadas pelas mais diferentes motivações, tenha dado alguma contribuição, como demonstram os estudos sobre a abolição da escravidão e a derrocada do regime militar instalado em 1964. O segundo aspecto diz respeito às inovações que as práticas produzidas no campo da responsabilidade social empresarial podem produzir. Esse é um debate fundamental na compreensão do processo de policy making em nosso país. Sem dúvidas, é o Estado que assume muitas vezes o protagonismo na criação das políticas sociais. Isso, contudo, não pode obscurecer o fato de que organizações filantrópicas, organizações não-governamentais, empresas etc. têm demonstrado uma importante força criativa na produção de modelos de políticas públicas, como fica evidente, por exemplo, na estruturação da atenção à epidemia de HIV/Aids no Brasil e da assistência à maternidade. Nesses e em tanto outros casos, foram entidades da sociedade civil que desenharam e implementaram estratégias protecionistas as quais, posteriormente, foram incorporadas pelas agências estatais ou incluídas na agenda social brasileira. (TEIXEIRA e GOIS, 2015)

Segundo Maria Cecília Coutinho de Arruda, em entrevista concedida à revista *Ética Empresarial*, “a grande mudança necessária ao Brasil se fará a partir das empresas, e não a partir do governo ou das instituições de ensino, como seria de se esperar”. (De ARRUDA, 2004)

Nesta perspectiva, tem-se que a empresa é um importante agente social, principalmente quando adota uma conduta pró-ativa, vindo a privilegiar necessidades que se mostrem relevantes para a sociedade como um todo. Faz parte de uma postura ética empresarial, desta forma, procurar trazer a diferença para dentro de seu empreendimento, buscando combater as discriminações, reconhecendo, desse modo, a diversidade entre os seres humanos. (TRIPPIA e SÉLLOS-KNOERR, 2013, p. 19)

As empresas seriam, no modelo econômico vigente, um instrumento de interligação entre a atividade econômica e o bem-estar social dos cidadãos. Assim, somente por meio da “utilização da empresa de modo consciente e ético é possível alcançar o ideal de dignidade que deve estar presente no conceito atual e ideal de cidadania. E, neste sentido, a ética empresarial precisa render tributos aos novos preceitos de cidadania propalados” (JUNIOR apud TRIPPIA e SÉLLOS-KNOERR, 2013).

Dessa forma, a atuação das empresas deve ser baseada em práticas socialmente responsáveis, para além de suas obrigações puramente legais e econômicas, não deixando questões como a de gênero em segundo plano, mas fazendo com que estas componham suas práticas de maneira integrada (HORST e CUNHA, 2010). Verifica-se, ainda, que a implementação de políticas nesse

sentido tem contribuído para aumentar a reputação e a credibilidade das empresas no mercado.

Os entraves à participação plena das mulheres no mercado de trabalho resultam em grandes perdas – para as mulheres, para as empresas e para o país. Alterar esse quadro é vantajoso sob vários aspectos. Para as empresas, investir na promoção da diversidade entre seus funcionários, com forte recorte de gênero, representa a possibilidade de aproveitamento de um potencial, ainda pouco explorado, de criatividade, capacidade de gerenciamento e produtividade de suas equipes. A diversidade em todas as instâncias da empresa tem se traduzido em equipes mais eficientes, em funcionários mais satisfeitos e em redução da rotatividade. (INSTITUTO ETHOS apud HORST e CUNHA, 2010)

Nesse sentido, Lígia Neves Silva apresenta como uma ferramenta de gestão da empresa sustentável a responsabilidade social empresarial, destacando a necessidade de um diálogo e investimento social que se inicie dentro das empresas.

A RSE não visa apenas atuar no ambiente externo, pois não estamos falando de marketing social, o seu foco dentro da empresa deve ser o bem-estar, saúde e segurança dos trabalhadores. Por isso, a responsabilidade social atua tão próxima do direito do trabalho, incentivando o estabelecimento de políticas sociais de promoção de comportamentos socialmente responsáveis, tais como: melhoria das condições de trabalho e emprego; tratamento equitativo com os empregados subcontratados ou terceirizados; a transparência no diálogo com a sua cadeia de valor; a forma de conduzir mudanças na gestão de recursos humanos e o estabelecimento de ações afirmativas de igualdade de gênero, raça, etnias e pessoas com deficiência (SILVA, 2010).

### **3. As Ações Afirmativas como Mecanismos de Discriminação Positiva no Âmbito Empresarial**

A partir da concepção trazida pela Organização Internacional do Trabalho, em sua Convenção 111, a discriminação seria uma forma de exclusão, restrição, distinção ou preferência, fundada no sexo que repercutiria negativamente na igualdade de oportunidades e condições em matéria de emprego ou profissão. É assim sendo, estaria intimamente relacionada ao princípio da igualdade, conforme afirma Flavia Piovesan, “a discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes, e como diferentes em situações iguais” (PIOVESAN, 2005)

Contudo, a igualdade nesse contexto não deve ser entendida apenas em seu sentido formal, mas deve ser considerada no sentido de uma igualdade material correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades, vertente defendida por Flávia Piovesan. (PIOVESAN, 2005)

O reconhecimento não pode reduzir-se à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em razão da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não pode conseguir um táxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode reduzir-se ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em razão de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Nesse caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Essa concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma a outra, abarca ambas em algo mais amplo (2001, p.55-56). (NANCY FRASER apud PIOVESAN, 2005)

A partir disso, é necessário trabalhar com dois tipos de discriminação, a positiva e a negativa.

Como discriminação negativa, aponta-se o tratamento desigual que cria um desfavor ao indivíduo, negando-lhe o exercício de seus direitos de pessoa humana, ou que segrega, ou exclui da vida social os membros de determinado grupo, e tem como efeito provocar desigualdades injustificadas. Essa discriminação é aquela sofrida pelas mulheres, negros e pessoas portadoras de deficiência, que historicamente enfrentam enormes desigualdades sociais. É um fenômeno social, que se percebe em todas as fases do desenvolvimento das sociedades humanas, mas de relevância significativa nas sociedades atuais, cada vez mais intolerantes com o diferente.

A essa forma desfavorável de tratamento, que gera excessivas desigualdades entre as pessoas ou grupos, opõe-se outro tipo de discriminação, denominada *discriminação positiva*. Isso porque é um modo de eliminar as diferenças, ao assegurar a igualdade de oportunidades a todos, mediante políticas protetivas ou distributivas de benefícios às pessoas ou grupos que se encontram em situação desfavorável, com o objetivo de corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade. Justifica-se a discriminação positiva a partir da idéia de equidade, que vai dizer da necessidade de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. (COUTINHO, 2006)

A noção de ações afirmativas surge, então, a partir dessa concepção de discriminação positiva, com o objetivo de, por meio de um tratamento diferenciado, fortalecer e incluir grupos vulneráveis e socialmente sub-representados.

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vista ao combate à discriminação racial, de gênero e de

origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [...], as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. (BARBOSA apud COZER, CORINO e PÊPE, 2008)

Frente a ineficácia legislativa e insuficiência de políticas públicas, verifica-se nessa figura uma possibilidade de coibir práticas discriminatórias e dar oportunidades concretas às mulheres por meio de políticas privadas, que por vezes se mostram mais céleres e eficazes na modificação da atual configuração das relações de poder e na efetivação de garantias constitucionalmente definidas.

Por mais que essas políticas de discriminação positiva não tenham a capacidade de erradicar de uma vez toda forma de discriminação presentes na sociedade, elas se mostram como um grande avanço em relação à inclusão de grupos que estão à margem do mercado de trabalho, garantindo-lhes uma maior participação na sociedade. Até porque a busca de soluções somente por parte do Estado já não se mostra suficiente. (MASTRANTONIO, 2010)

Diferentemente de políticas públicas elaboradas a longo prazo, as ações afirmativas voltadas para a equidade de gênero realizadas no âmbito empresarial são muito mais pontuais e focadas em problemas específicos de discriminação, que podem ser gradualmente combatidos tomando por base diversas experiências já bem-sucedidas. (TEIXEIRA e GÓIS, 2015)

No direito comparado, temos a experiência dos Estados Unidos com o Affirmative Action, que teve como base a questão da diversidade da força de trabalho e incluía a obrigação das empresas que assinavam acordos com o governo de adotar práticas para a promoção da diversidade, principalmente no que diz respeito à inclusão de mulheres. (PIRES, LUCAS, ANDRADE, de AMORIM e FISCHER, 2010)

No que diz respeito a ações afirmativas de equidade de gênero no geral, no Brasil há a Lei n° 9.100, de 29 de setembro de 1995, que definiu que 20% das vagas nos partidos políticos ou coligações fossem reservadas às mulheres, a fim de incluí-las na política. Contudo, tal lei não atingiu o objetivo prático almejado, visto que não houve um aumento significativo das mulheres eleitas.

Já no que diz respeito a inclusão e igualdade de condições no mercado de trabalho, não há ainda nenhuma ação implementada, mas há um Projeto de Lei do Senado (PLS 112/2010), proposto em 2010, que define um percentual mínimo de 40% de participação de mulheres nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedade de economia mista, suas

subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha maioria do capital social com direito a voto.

Essas ações devem ser realizadas a fim de romper com o status quo de discriminação vigente e impedir a permanência e reprodução das desigualdades sociais.

## CONCLUSÃO

Segundo informações do Banco Mundial, além de contribuir socialmente, a atuação empresarial voltada para a questão da igualdade de oportunidades de gênero pode render bons investimentos e retornos financeiros. Além disso, o Banco destaca que “o risco de não se alcançar o 3º objetivo das Metas do Milênio teria um impacto de redução entre 0,1 a 0,3% nas taxas de crescimento mundial”. (BRASIL, 2010)

Em artigo publicado na Revista Exame, em 2010, Carolina Meyer e Marianna Aragão afirmam, logo na manchete, que “o maior mercado emergente do mundo. Não é a China e nem a Índia. São as mulheres. Juntas, elas despejaram 12 trilhões de dólares na economia mundial, em 2009. Só no Brasil, foram 800 bilhões de reais”. (MEYER e ARAGÃO, 2010)

Hoje, o discurso que estimula a incorporação de políticas de igualdade de gênero pelas empresas é muito mais pragmático, baseado na dimensão financeira e no aumento das potencialidades de ganhos para as empresas. As ações afirmativas nesse sentido seriam um “bom negócio para as empresas, pois implicariam em estímulos para funcionários, incrementos em produtividade e melhoria da imagem pública e social das mesmas”. (BRASIL, 2010, p. 62)

Importante frisar, a título exemplificativo, a experiência do Banco del Desarrollo da Costa Rica, que promoveu a paridade em todos os órgãos de decisão do Banco e desenvolveu uma política, que posteriormente se transformou em lei, “destinada a estimular a empresarialidade dos grupos mais vulneráveis, com menção expressa sobre as mulheres”. (BRASIL, 2010, p. 54)

O Banco Interamericano de Desenvolvimento, que desde 1987 incorporou o princípio da igualdade de oportunidade e da equidade de gênero como parte dos seus objetivos gerais de fomento ao desenvolvimento econômico e social, também realiza investimentos nesse sentido e, tomando por base a pergunta “como a integração de práticas de equidade de gênero no setor privado podem beneficiar tanto os empregadores como as empresas?”, realizou uma sistematização das tendências de emprego, obstáculos e potencialidades para a inserção de mulheres no mercado de trabalho. (BRASIL, 2010)

A igualdade de gênero é importante para o desenvolvimento – é economia inteligente A igualdade de gênero também é importante como instrumento de

desenvolvimento. [...] A igualdade de gênero representa uma economia inteligente: ela pode aumentar a eficiência econômica e melhorar outros resultados de desenvolvimento de três maneiras. Primeiro, removendo barreiras que impedem as mulheres de ter o mesmo acesso que os homens têm à educação, oportunidades econômicas e insumos produtivos podem gerar enormes ganhos de produtividade – ganhos essenciais em um mundo mais competitivo e globalizado. Segundo, melhorar a condição absoluta e relativa das mulheres introduz muitos outros resultados de desenvolvimento, inclusive para seus filhos. Terceiro, o nivelamento das condições de competitividade – onde mulheres e homens têm chances iguais para se tornar social e politicamente ativos, tomar decisões e formular políticas – provavelmente gerará no decorrer do tempo instituições e escolhas de políticas mais representativas e mais inclusivas, levando assim a um melhor caminho de desenvolvimento.

### **A alocação indevida das aptidões e talentos das mulheres representa um alto (e crescente) custo econômico**

A igualdade de gênero pode ter grandes impactos sobre a produtividade. As mulheres agora representam mais de 40% da mão-de-obra global, 43% da força de trabalho e mais da metade dos estudantes universitários do mundo. Para uma economia funcionar com todo seu potencial, as mulheres com suas aptidões e talentos devem participar das atividades que façam melhor uso dessas capacidades. (BANCO MUNDIAL, 2012)

## REFERÊNCIAS

- BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2012: Igualdade de Gênero e Desenvolvimento**, 2012.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Revista do Observatório Brasil da Igualdade de Gênero**. 1ª Impressão. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2010. 88 p.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro, OIT, **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate e de Promoção da Igualdade de Oportunidades**, 2006.
- COZER, Luiza Simões; CORINO, Tatiana Bortoluzzi; PÊPE, Tatiana Branco. Ações afirmativas dirigidas à proteção da mulher. In: FAZENDO GÊNERO 8 - CORPO, VIOLÊNCIA E PODER, 2008. Florianópolis. p. 1 - 6. Disponível em: <[www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST57/Cozer-Corino-Pepe\\_57.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST57/Cozer-Corino-Pepe_57.pdf)>.
- De ARRUDA, Maria Cecília Coutinho. Entrevista. **Revista Ética Empresarial**, 17 mar. 2004. Disponível em: <[http://www.eticaempresarial.com.br/site/pg.asp?pagina=detalhe\\_artigo&codigo=173&tit\\_pagina=ENTREVISTA&nomeart=&nomecat=n](http://www.eticaempresarial.com.br/site/pg.asp?pagina=detalhe_artigo&codigo=173&tit_pagina=ENTREVISTA&nomeart=&nomecat=n)>.
- DOUZINAS, Costas. OS PARADOXOS DOS DIREITOS HUMANOS. Pensar Os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas, Goiânia, v. 1, n. 1, p.1-15, 2011. Disponível em: <<https://www.ciencias-sociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>>.
- FRASER, Nancy. La política feminista en la era del reconocimiento: un enfoque bidimensional de la justicia de género. Arenal: Revista de Historia de las Mujeres, Granada, Esp, v. 19, n. 2, p.267-286, junho-dezembro 2012. Semestral. Disponível em: <[revistasueg.ugr.es/index.php/arenal/article/view/1417](http://revistasueg.ugr.es/index.php/arenal/article/view/1417)>.
- GOSDAL, Thereza Cristina. PRECONCEITOS E DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. Disponível em: <[http://www.agrinho.com.br/site/wp-content/uploads/2014/09/37\\_Preconceitos-e-discriminacao.pdf](http://www.agrinho.com.br/site/wp-content/uploads/2014/09/37_Preconceitos-e-discriminacao.pdf)>.
- HORST, Ana Carolina; CUNHA, Renata Thereza Fagundes. Sustentabilidade empresarial e equidade de gênero: uma interface a partir da construção de uma tecnologia social. Revista Tecnologia e Sociedade, Curitiba, v. 6, n. 11, p.8-20, jul. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/2558/1663>>.

IBGE. MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: PERGUNTAS E RESPOSTAS. Pesquisa Mensal de Emprego - Pme, 8 mar. 2012. Disponível em: <[https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf)>.

INSTITUTO ETHOS. O Compromisso das Empresas com a Valorização da Mulher. São Paulo: Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, v. 1, set. 2004. Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/14.pdf>>.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. AÇÃO AFIRMATIVA COMO FORMA DE PROMOVER A CIDADANIA NO ÂMBITO EMPRESARIAL. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=2314521](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=2314521)>.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; CIRINO, Samia Moda. ANÁLISE CRÍTICA DA EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO: UM IMPASSE NA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p.1955-1981, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22189/18879>>.

MEYER, Carolina; ARAGÃO, Marianna. Mulheres, o maior dos mercados emergentes. *Revista Exame*, 10 out. 2010. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/marketing/mulheres-maior-mercados-emergentes-564993/>>.

ONU Mulheres. Princípios de Empoderamento das Mulheres. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/cartilha\\_WEPs\\_2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/cartilha_WEPs_2016.pdf)>.

PIOVESAN, Flávia. AÇÕES AFIRMATIVAS DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS. *Cadernos de Pesquisa*, [s. L.], v. 35, n. 124, p.43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>>.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista Usp*, São Paulo, n. 69, p.36-43, março-maio 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/viewFile/13511/15329>>.

PIOVESAN, Flávia. Empresas e Direitos humanos. *Jornal O Globo*, 02 fev. 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/empresas-direitos-humanos-20859445>>

PIRES, Fernanda Mendes et al. Gênero e as Práticas de Gestão nas Melhores Empresas para se Trabalhar no Brasil. *Gerais: Revista Interinstitucional de Psicologia*, Juiz de Fora, v. 3, n. 1, p.81-94, 2010. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/gerais/v3n1/v3n1a09.pdf>>.

SILVA, Ligia Neves. Responsabilidade social empresarial e os paradigmas igualitários da justiça social. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8573](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8573)>. Acesso em: 29 abr. 2017

TEIXEIRA, Daniel Viana. DESIGUALDADE DE GÊNERO: SOBRE GARANTIAS E RESPONSABILIDADES SOCIAIS DE HOMENS E MULHERES. *Revista Direito Gv*, São Paulo, v. 6, n. 1, p.253-274, janeiro-junho 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/12.pdf>>.

TEIXEIRA, Kamila Cristina da Silva; GÓIS, João Bôsko Hora. DIVERSIDADE E EQUIDADE DE GÊNERO EM EMPRESAS. *Revista Gênero*, Niterói, v. 15, n. 2, p.155-162, janeiro-junho 2015. Semestral. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/viewFile/659/405>>.

TRIPPIA, Luciane Maria; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: A IMPORTÂNCIA DA CONSCIÊNCIA ÉTICA EMPRESARIAL. *Direitos Sociais e Políticas Públicas Ii*, p.212-236, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d4dcf709a96dca12>>.



## CAPÍTULO 13

# A POLÍTICA NO CONTEXTO DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E FISCAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA “O MITO DA PROPRIEDADE”

*Robson Vitor Freitas Reis  
João Leonardo Silva Costa*

**RESUMO:** Pretendemos desenvolver e analisar as considerações postas por Liam Murphy e Thomas Nagel em *O Mito da Propriedade*, em especial o último capítulo da obra. Explicaremos como a forma míope de enxergar o sistema financeiro/tributário traz consequências diretas para a esfera política no tocante às políticas redistributivas. Utilizaremos, para isso, uma metodologia de natureza normativa, ou seja, tomando dados e fatos gerais sobre a realidade, o objetivo último que almejamos é por em relevo discussão teórica acerca da política tributária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade; Justiça Tributária; Desigualdade; Renda; Campanhas eleitorais.

*ABSTRACT: We intend to develop and analyse some considerations put forward by Liam Murphy and Thomas Nagel in *The Myth of Ownership*, in particular the last chapter of their work. We will explain how the short-sighted view of the financial/tax system will have direct consequences for the political sphere in terms of redistributive policies. For accomplish this task, we will use a normative method. In other words, taking some general data and facts about the reality, the ultimate objective is to highlight a theoretical framework about tax policy.*

**KEY WORDS:** *Ownership; Tax Justice; Inequality; Income; Financial Campaigns.*

## 1. INTRODUÇÃO

O livro *O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça*,<sup>1</sup> dos filósofos americanos Liam Murphy e Thomas Nagel, traz uma abordagem pouco usual na doutrina pátria das discussões relativas ao sistema tributário.<sup>2</sup> Os temas traba-

<sup>1</sup> Liam Murphy e Thomas Nagel, *O Mito da propriedade: os impostos e a Justiça*, tradução de Marcelo Brandão Cipolla (São Paulo: Martins Fontes, 2005).

<sup>2</sup> Interessante notar que o livro foi recebido tanto com aplausos quanto com repugnância pelo mesmo espectro político mais liberal (libertário). Pela recepção positiva ver: Stephen Moore, “In their Own Words”, *National Review Online*, nº 23 (Abril de 2002), <http://www.nationalreview.com/moore/moore042302.asp>. Ver também: Richard Epstein, “Myth-Making on Taxes”, *National Review*, nº 49, 2002. Pelo espectro negativo, ver o representante do Mises Institute: David Gordon, “Property: convention or right? by Liam Murphy e Thomas Nagel”, *Mises Institute*, <https://mises.org/library/property-convention-or-right-liam-murphy-and-thomas-nagel>.

lhados no livro suprem uma lacuna<sup>3</sup> de um trabalho filosófico-analítico sério, sistemático, que analise a relação entre o direito tributário e a justiça.<sup>4</sup>

Como pontuam os autores, o direito tributário não pode ser enxergado sob a visão míope costumeira, apartado dos gastos fiscais empreendidos pelo Estado.<sup>5</sup> O direito financeiro e o direito tributário são faces de uma mesma moeda. Não se pode conceber uma ótica pré-tributária, e uma pós-tributária, que afete os direitos de propriedade. São os tributos que legitimam e garantem a existência da propriedade, possuindo esta uma natureza meramente convencional.<sup>6</sup>

Contudo, a despeito da importância da reflexão do que seria o mais justo em termos morais/normativos, é preciso levar em consideração que essa descrição ainda está distante da realidade ou, até mesmo, de sua capacidade de influenciá-la, principalmente quando se busca a desconstrução de concepções profundamente arraigadas culturalmente no imaginário coletivo. Mesmo que a teoria formulada pelos autores possa ser classificada como uma teoria *não ideal*,<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Como afirmava Govert den Hartogh em 2011, uma pesquisa no *Philosopher Index* (uma das principais *databases* existentes sobre filosofia) combinando as palavras “tributação” e “justiça” traria apenas duas entradas do assunto. Mesmo hoje, em uma busca na base de dados do Portal eletrônico da CAPES, não mais do que algumas dezenas de trabalhos são encontrados. Ainda que isso possa ser relativo a uma ineficiência da compilação de dados com base nas palavras-chave (*tags*), a sensação que fica é que a maior parte da literatura se concentra na parte operacional da matéria, sendo minoritários os trabalhos que tratam diretamente da relação entre justiça e tributação. Cf. Govert Den Hartogh, *The Reality of Ownership*, manuscrito não publicado (Amsterdam, 2011), <https://www.uva.nl/binaries/content/documents/personalpages/h/a/g.a.denhartogh/nl/downloads/downloads/assets%5B2%5D/asset?1365081851721>.

<sup>4</sup> Entretanto, não se pode dizer que é um trabalho exaustivo. Muitos outros temas restam ainda a serem explorados, sobretudo em um viés internacional e de uma ótica de países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo.

<sup>5</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 20, 26 e 43. Cabe destacar aqui a denominação dada por Onofre Alves Batista Júnior de “Estado Tributário Redistribuidor” a atual forma de Estado, que possui como forma de financiamento predominante a receita derivada (tributos), que a arrecada, para depois redistribuí-la através da ação pública, direta e indireta. Cf. Onofre Alves Batista Júnior, *O Outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço* (São Paulo: Almedina, 2015), 83-93.

<sup>6</sup> “(...) é logicamente impossível que as pessoas tenham algum tipo de direito sobre a renda que acumulam antes de pagar impostos. Só podem ter direito ao que lhes sobra depois de pagar os impostos sob um sistema legítimo, sustentado por uma tributação legítima – e isso demonstra que não podemos avaliar a legitimidade dos impostos tomando como critério a renda pré-tributária. Pelo contrário, temos de avaliar a legitimidade da renda pós-tributária tomando como critério a legitimidade do sistema político e econômico que a gera, o qual inclui os impostos, que são aliás uma parte essencial desse sistema. A ordem lógica de prioridade entre os impostos e os direitos de propriedade é inversa à ordem suposta pelo libertarismo”, cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 45. Ver também a seguinte passagem: “os direitos de propriedade são direitos que as pessoas tem sobre aquilo que lhes resta depois de cobrados os impostos, e não antes”, cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 240.

<sup>7</sup> Para John Rawls, somente uma teoria ideal fornece uma visão sistemática dos problemas mais prementes da justiça e qualquer entendimento mais profundo não consegue ser feito de outra forma. Cf. John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard, 1999), p. 8. (No original: *The reason for beginning with ideal theory is that it provides, I believe, the only basis for the systematic grasp of these more pressing problems. (...) At least, I shall assume that a deeper understanding can be gained in no other way, and*

ou *comparativa*,<sup>8</sup> com um objeto de justiça ampliado e aplicações práticas evidentes, sua efetivação é obstaculizada pela priorização de interesses outros na arena política. E mesmo algumas das proposições formuladas pelos autores podem ser desenvolvidas, o que será aqui tentado.

Tendo esta visão geral da obra em mente, este trabalho pretende, por meio de uma pesquisa de cunho teórico-normativa (não empírica), refletir sobre a discussão trazida pelos autores no último capítulo do livro, acerca do grande abismo que separa os estudos teóricos da justiça no âmbito da filosofia política das práticas tributárias do mundo real.

Como metodologia, nos valeremos do método da análise de conteúdo, já que “todas as vezes que se desenvolve uma pesquisa teórica, o procedimento de análise de conteúdo torna-se imprescindível”.<sup>9</sup> No que tange a vertente de investigação que utilizaremos, esta será do tipo jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo, ou seja, nos valeremos “do procedimento analítico de decomposição de um problema em seus diversos aspectos, relações e níveis”, o que “é próprio das pesquisas compreensivas e não somente descritivas”, que “investigam objetos de maior complexidade e com maior aprofundamento”.<sup>10</sup>

O artigo está dividido da seguinte forma: na segunda seção será apresentado o embate encontrado entre o modo de pensar o direito tributário e a realidade prática; na terceira seção, será desenvolvida a dificuldade de se colocar em relevo a justiça nos discursos políticos; na quarta seção serão feitas reflexões sobre os sistemas tributários plausíveis trazidos pelos autores; na quinta seção será explorada a questão da influência de poderios econômicos de certos grupos da sociedade, à luz da Teoria de Justiça de John Rawls, com

---

*that the nature and aims of a perfectly just society is the fundamental part of the theory of justice.*). Não obstante, segundo Liam Murphy em uma obra anterior, somente uma teoria não ideal é aplicável no mundo real, pois nem todos agirão conforme os ditames da justiça, mas motivados por outros interesses. Cf. Liam Murphy, *Moral Demands in Nonideal Theory* (Oxford: Oxford, 2000), 5 e 8. (No original: *The practically relevant question (...) is thus a question of 'nonideal theory' – a question, that is, of what a given person is required to do in circumstances where at least some others are not doing what they are required to do. (...) Since we do live in an unjust world, and since indeed we are doomed always to apply nonideal theory only, this is hardly an insignificant political issue.*). Ainda que Rawls não tenha deixado manuscritos que esclarecessem a distinção entre teorias ideais e não ideais, segue-se que Murphy toma as teorias não ideais como teorias que têm como pressuposto a não conformidade integral dos indivíduos aos ditames da justiça, algo que ocorre no mundo real. Para um quadro geral sobre teorias ideais e não ideais, ver: Leandro Martins Zanitelli, “Direito e teorias ideal e não ideal da justiça”, *Revista GV Direito*, V. 12, nº 2, mai-ago, 364-381, (FGV: São Paulo, 2016), 366-369. A classificação que se propõe da teoria dos autores formulada no livro abarca, de forma comparativa, em um maior grau o objeto da justiça do que as tradicionais teorias que analisam o direito tributário isoladamente.

<sup>8</sup> A terminologia é utilizada por Amartya Sen, “What do we want from a theory of justice?”, *Journal of Philosophy*, 103(5) (2006, 215-238), 215-218.

<sup>9</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensado a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 91

<sup>10</sup> Cf. Gustin e Dias. *(Re)pensado a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*, p. 28-29.

repercussões para o sistema tributário; e, por fim, será traçada uma conclusão para o trabalho.

## 2. O EMBATE ENTRE A TEORIA E A REALIDADE

Na parte introdutória do último capítulo, reproduz-se o comentário feito pelos autores, de que “a política não é feita por reis-filósofos”.<sup>11</sup> Com efeito, o debate acerca das questões de justiça, apesar de bastante comum no cenário político geral, não é muito usual em discussões no âmbito tributário. Este encontra-se mais suscetível a influências do cenário econômico, no qual o argumento da eficiência possui maior peso e é elevado, no mais das vezes, como único critério a serem pautadas as reformas.<sup>12</sup>

As discussões suscitadas pelos autores levam a uma nova perspectiva para os tradicionais argumentos presentes na esfera tributária, os quais deverão considerar, também, outros elementos, tais como a desigualdade econômica, a responsabilidade individual, a diminuição da pobreza ou a distribuição dos custos do governo e de outros bens públicos.<sup>13</sup> Os autores percebem que embora programas que envolvam a assistência médica ou previdência social não corram perigo de serem abolidos, longe se está de atingir um consenso acerca da extensão desses tipos de programa. E o principal pano de fundo dessa extensão são questões filosóficas envolvendo a responsabilidade de cada um por si mesmo e para com os seus concidadãos.<sup>14</sup>

Os autores afirmam que “para mudar esse hábito de pensamento é preciso uma espécie de mudança de *gestalt*”.<sup>15</sup> A palavra *gestalt*, sem tradução exata para o português, refere-se ao que é “exposto ao olhar”. Segundo esta teoria da psicologia/filosofia, também conhecida como *psicologia das formas*, o todo é sempre maior que a soma de suas partes, trazendo em si a concepção de que não se pode conhecer o todo por intermédio das partes, mas sim as partes por meio do conjunto. É necessário não apenas olhar para o que é tributado, mas igualmente a destinação do que é arrecadado. É preciso, antes de tudo, atentar-se para a finalidade social de um sistema de tributação. Apenas a partir dessa perspectiva mais ampla é que as pessoas em geral poderão

<sup>11</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 238.

<sup>12</sup> Em verdade, no discurso das políticas tributárias existem três critérios primários para se julgar um sistema tributário: equidade, simplicidade e eficiência. No entanto, nos discursos políticos o que se observa é a predominante referência a este último. Nesse sentido, ver: Miranda Stewart, “Tax Justice in context”, Book Symposium Liam Murphy and Thomas Nagel Thy Myth of Ownership: Taxes and Justice, *Australian Legal Journal of Legal Philosophy*, 30 (2005, 133-142), 133.

<sup>13</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 239.

<sup>14</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 239.

<sup>15</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 241.

quebrar alguns paradigmas já mais arraigados como, por exemplo, a ideia da *propriedade pré-tributária*.

A título exemplificativo, dentro da visão tradicional, a função distributiva da tributação<sup>16</sup> é vista como uma espécie de *política Robin Hood*, onde se pretende “tirar o dinheiro dos ricos para dar aos pobres”.<sup>17</sup> O que constitui um erro, pois não se está retirando de algumas pessoas algo que previamente lhes pertença. O que ocorre de fato é que o sistema tributário, orientado por essa função distributiva, faz com que os cidadãos fiquem com menos recursos do que teriam caso vigorasse um sistema menos distributivo. Assim, a correta pergunta não é “que proporção daquilo que me pertence deve ser tirada de mim a fim de sustentar o serviço público e ser repassada às outras pessoas?”, mas sim “de que modo o sistema tributário deve dividir o produto social entre o controle privado dos indivíduos e o controle público do governo?”.<sup>18</sup> Repele-se, dessa forma, a costumeira noção intuitiva para a maioria das pessoas de que os tributos são atos expropriatórios, ou seja, de que por meio deles o governo retira parte do patrimônio que está nas mãos dos cidadãos.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Segundo Murphy e Nagel, o sistema tributário, possui duas funções, quais sejam, *repartição entre o público e o privado* e a *distribuição*. Nas palavras dos autores: “a tributação possui duas funções principais. 1) Ela determina que proporção dos recursos da sociedade vai estar sob o controle do governo para ser gasta de acordo com algum procedimento de decisão coletiva, e que proporção será deixada, na qualidade de propriedade pessoal, sob o arbítrio dos indivíduos particulares. Essa é a *repartição entre o público e o privado*. 2) Ela é um dos principais fatores que determinam de que modo o produto social é dividido entre os diversos indivíduos, tanto sob a forma de propriedade privada quanto sob a forma de benefícios fornecidos pela ação pública. Essa é a *distribuição*.” Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 101. É importante salientar que essa é uma classificação funcionalística original dos autores, não encontrando, ao que se saiba, paralelo teórico anterior equivalente. Richard Musgrave, por exemplo, distingue três funções da atividade financeira governamental, quais sejam, *alocação, distribuição e estabilização macroeconômica*. Os primórdios dessa tripartição são encontrados em um artigo do autor de 1939, cf. Richard Abel Musgrave, “The voluntary Exchange theory of public economy”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 53, nº 2 (Feb., 1939), 213-317. Essa tripartição é explicitada pelo mesmo autor em um artigo de 1957, em um livro de 1959, e revisitada posteriormente em um artigo de 1989, sem que tenha havido substanciais modificações na classificação. Cf. Richard Abel Musgrave, “A Multiple Theory of Budget Determination”, *Finanzarchiv*, N.F., 17, 3, (1957); Richard Abel Musgrave, *The Theory of Public Finance* (New York: McGraw Hill, 1959); e Richard Abel Musgrave, “The Three Branches Revisited”, *Atlantic Economic Journal* 17:1 (Kluwer Academic Publishers, 1989), doi: <https://doi.org/10.1007/BF02303268>. À sua maneira, a doutrina nacional faz uma diferenciação entre a função fiscal (arrecadatória) e a função extrafiscal (regulatória), outros também aludindo a uma função parafiscal (de financiamento de entidades fora da órbita estatal). Ver, nesse sentido, Hugo de Brito Machado, *Curso de Direito Tributário* (São Paulo: Malheiros, 2010), 74. Vale notar que outros conferem à função extrafiscal um outro tipo de função além da regulatória, qual seja, a distributiva. Nesse sentido, ver: Reuven S. Avi-Yonah, “The Three Goals of Taxation”, *Tax Law Review*, 60:1 (New York 2006-2007), url: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1039&context=articles>.

<sup>17</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 240.

<sup>18</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 241.

<sup>19</sup> É algo que vai frontalmente à noção do imposto como *trabalho escravo* proposta por Nozick, cf. Robert Nozick. *Anarquia, Estado y Utopia* (New York: Innisfree), e-book., ou como *roubo*, cf. Edward Feser, *Taxation, Forced Labor and Theft*. *Independent Review*, 5 (2000), 219-235.

Os autores afirmam que essa mudança de perspectiva é extremamente relevante para uma melhor compreensão do todo. Clarifica que as pessoas só podem ser donas de algo, só podem manter com segurança e estabilidade a sua *propriedade*, caso exista o Estado para garanti-la, quando já exista previamente um sistema normativo disciplinando a extensão dos direitos de propriedade. Assim, a tributação não deve ser vista como o Estado tomando e redistribuindo algo que os cidadãos previamente possuam, mas sim como instrumento que fornece os reais contornos do direito de propriedade, que passou a existir após o advento da estrutura institucional. Sendo importante compreender que o Estado atua para garantir o direito de propriedade.

Murphy e Nagel assumem que, mesmo após a mudança de perspectiva proposta, não é possível eliminar completamente algo que já está tão arraigado no pensamento contemporâneo capitalista ocidental, pois isso seria por demasiado pretensioso. Contudo, esta mudança de compreensão acerca do que é a propriedade e qual a sua origem já contribui, e muito, para o debate. Esta mudança de entendimento constituirá, indubitavelmente, um importante e significativo passo na quebra de alguns paradigmas que foram construídos historicamente. A partir dessa mudança de perspectiva, os cidadãos passam a questionar quais são os valores que almejam ver afirmados no sistema de direitos de propriedade estruturado pela coletividade, ou seja, “qual o peso que se deve dar à diminuição da pobreza e ao fornecimento de oportunidades iguais para todos”.<sup>20</sup>

### 3. JUSTIÇA E INTERESSE PRÓPRIO

Na seara política tributária, as justificativas morais e aquelas baseadas em critérios de justiça quase sempre vêm acompanhadas, ainda que implicitamente, de uma tentativa por parte de seus defensores de verem resguardados seus respectivos interesses pessoais.<sup>21</sup>

Como Murphy e Nagel colocam, até mesmo os mais desatentos observadores conseguem perceber que as escolhas políticas dos cidadãos são regidas por seus respectivos interesses individuais. Neste sentido afirmam que, em toda parte, os apelos discursivos acerca da justiça se misturam aos apelos discursivos de interesses setoriais. No entanto, seria excessivamente pessimista uma conclusão de que tudo se resumiria ao dinheiro e ao “conflito direto entre interesses econômicos divergentes”.<sup>22</sup> Não se podendo negar que na política também existem apelos não hipócritas ao justo, ao moral. E nem sempre podemos nos guiar através de estereótipos. Existem ricos que são favoráveis a

<sup>20</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 243.

<sup>21</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 243-244.

<sup>22</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 246.

políticas redistributivas, bem como pessoas mais pobres que são contra a imposição de grandes tributações às classes mais abastadas. Assim, muito embora seja inegável que as escolhas políticas das pessoas sejam em grande medida orientadas por interesses próprios e pessoais, “pelo menos em parte, a maioria delas também atribui algum peso aos argumentos morais”.<sup>23</sup> Como resultado, tais pessoas conseguem justificar suas decisões para si próprias e para a sociedade em que vivem não só do ponto de vista de seus interesses econômicos pessoais, mas igualmente do ponto de vista moral.

Diante dessa constatação, exsurge um dilema, que é determinar “qual é a quantidade de tensão entre motivos de interesse próprio econômico e da justiça que os eleitores são capazes de tolerar”.<sup>24</sup> Ou seja, até onde podemos exigir dos eleitores que aprovem medidas legitimadas única e exclusivamente por interesses públicos de justiça em detrimentos de seus interesses econômicos?

Sendo esta talvez uma das mais relevantes questões de fundo dos principais duelos políticos e, devido a ela, a maioria dos agentes políticos opta por tentar harmonizar em seus discursos argumentos morais com propostas que atendam os interesses individuais da maioria de seus eleitores. Assim, mesmo que os representantes políticos queiram combater as desigualdades sociais, a extrema pobreza, etc., a melhor estratégia política que decorre é optar por programas que atendam a interesses que atinjam um maior número de eleitores.

#### 4. SISTEMAS TRIBUTÁRIOS PLAUSÍVEIS

Após tratar dos embates entre os interesses individuais e coletivos que são travados num dado sistema tributário, os autores apresentam meios para atingir esses objetivos, levando em conta, inclusive, questões relativas à sua viabilidade política.

Os autores afirmam que a economia capitalista de mercado é o melhor meio para “gerar empregos,<sup>25</sup> criar riquezas, empregar o capital na produção e distribuir bens e serviços”.<sup>26</sup>

Paradoxalmente, a economia capitalista é igualmente responsável pela geração de desigualdades sociais e econômicas, que muito comumente são

<sup>23</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 246.

<sup>24</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 246.

<sup>25</sup> Neste ponto, concorda-se em relação à sua capacidade de geração de riqueza, embora seja questionável o argumento dos autores de que o capitalismo seja responsável pela geração de empregos em larga escala. O atual contexto econômico tem sido marcado pela intensa informatização e uso de tecnologias com vistas à redução da necessidade de mão-de-obra e redução de custos para os detentores dos meios de produção (tomemos como exemplo a mecanização da produção agropecuária e, no campo do direito, a utilização de softwares para elaboração de peças processuais e contratos).

<sup>26</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 248.

transmitidas de geração em geração, e que, caso não sejam tomadas medidas de controle, podem resultar na formação de um grande contingente populacional miserável. Diante disso, os autores concluem que para além das clássicas funções do Estado, quais sejam, a garantia da segurança pública, a proteção das fronteiras, a manutenção de uma ordem jurídico-legal, etc., é também seu dever atuar diretamente de forma a minimizar esses efeitos colaterais indesejados decorrentes de uma economia de mercado capitalista.<sup>27</sup>

Partindo-se da constatação de que não é possível garantir a todos os cidadãos as mesmas oportunidades de vida, os autores sugerem um desígnio mais realista para que, ao menos, todos tenham uma qualidade de vida minimamente decente. Ou seja, que a todos sejam garantidas condições mínimas de acesso à saúde, à moradia e à educação, independentemente dos acertos e erros de sua jornada. Para os autores tais questões seriam uma “responsabilidade positiva fundamental que temos para com nossos concidadãos”.<sup>28</sup>

Para se alcançar tais resultados, os autores propõem, além da isenção do pagamento de impostos para faixas mais baixas de renda, um aumento da renda disponível. Ressaltando que é difícil encontrar métodos eficazes, e que não resultem igualmente em outros efeitos colaterais indesejados. Sendo citados alguns exemplos nesse sentido, como o aumento do valor do salário mínimo. Tal medida é vista como uma possibilidade limitada, pois, para não gerar grandes distúrbios do ponto de vista econômico, apenas permitiria pequenos aumentos. Uma outra alternativa seria a transferência direta de dinheiro para os mais pobres, considerada pelos autores um procedimento mais eficaz.<sup>29</sup>

Nesse sentido, os autores entendem que a concessão de benefícios de renda continuada, de natureza previdenciária, para pessoas que já não podem mais laborar (seja por razões de saúde ou idade) são socialmente aceitos e, por tal razão, não são politicamente problemáticos. Este tipo de intervenção estatal é visto, inclusive, sob o ponto de vista distributivo, já que, a despeito de serem proporcionais às contribuições pagas pelos seus beneficiários durante um dado período, é certo que as pessoas de baixa renda costumam receber mais do que pagaram e, aquelas de renda mais alta, benefícios abaixo daquilo para o qual contribuíram.

Já os programas de transferência monetária para pessoas em idade (ou condições de saúde) produtiva devem ser elaborados de tal forma que “incentive o trabalho e não diminua os ganhos do trabalho remunerado nem facilite as rupturas familiares”.<sup>30</sup> Como exemplos de programas bem-sucedidos, cita-se

<sup>27</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 248.

<sup>28</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 249.

<sup>29</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 249-250.

<sup>30</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 251. Valendo destacar que em um contexto de grande crise financeira e econômica, caracterizada pela escassez de empregos e diminuição da renda da população economicamente ativa, ou não, a garantia de um patamar mínimo de renda é absolutamente necessário



o caso dos programas de renda mínima (para casais/cidadãos com filhos/pessoas de baixa-renda), comumente empregados na Europa e no Brasil. Sendo, inclusive, que os autores argumentam no sentido do estabelecimento de uma renda básica,<sup>31</sup> embora não vejam com muito otimismo a aceitação de uma proposta como esta no atual cenário político.<sup>32</sup>

Argumenta-se, ainda, que programas mais específicos, como seguro-saúde universal ou a garantia de educação pública gratuita, também seriam importantes ferramentas de qualquer rede de assistência social. Contudo, a despeito disso, alerta-se para o fato de que esse tipo de fornecimento público direto de benefícios sociais, que comumente é associado à ideia do *big government*, é visto com muito preconceito. O que faz com que surja muita resistência política na democracia à aprovação de programas deste gênero.<sup>33</sup>

As ideias acima foram expostas pelos autores sob o ponto de vista da despesa pública. Sob o viés da receita, é importante destacar algumas de suas reflexões acerca da progressividade, da base tributária e da regulamentação dos tributos sobre as heranças e doações.

No tocante à progressividade, ainda que não fundada em ideias nas quais se exija a redução da desigualdade socioeconômica ou uma atenção especial aos mais pobres, propõe-se que os bens públicos devam ser financiados por contribuições desiguais, haja vista as disparidades das rendas individuais, o que faz com que ocorra uma clara redução de sua utilidade marginal. Vale destacar que Murphy e Nagel afirmam ser favoráveis à progressividade tributária, não apenas pela possibilidade de redução da utilidade marginal do capital privado, mas ainda em razão de argumentos de cunho mais igualitários, visando à redução da desigualdade socioeconômica em si, o que exigiria uma progressividade ainda maior. Contudo, é preciso apontar a grande dificuldade na correta mensuração das muitas variáveis que afetam a questão, o que torna muito difícil a escolha da alíquota apropriada para atingir esses objetivos de maneira justa.<sup>34</sup>

---

para garantir subsistência de famílias mais pobres. Há uma tendência na diminuição do emprego e, mesmo na sociedade americana, nota-se, há pelo menos uma década, estagnação no nível de renda da média dos trabalhadores. Sendo assim, é imperativo por parte do Estado, ao qual compete reduzir as desigualdades sociais, a adoção de mecanismos que possam assegurar um padrão de vida mínimo para com seus cidadãos.

<sup>31</sup> Na percepção aqui trazida, ela se refere a concebida por Van Parijs, segundo a qual a renda básica é uma renda incondicionada paga em espécie a todos os cidadãos indistintamente de forma individual e igual. Cf. Philippe Van Parijs, “Renda Básica: renda mínima garantida para o século XXI?”, *Estudos Avançados*, 14(40) (2000) 179-210, doi: <https://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000300017>.

<sup>32</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 250.

<sup>33</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 252-253.

<sup>34</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 254-256.

Já no que se refere à base tributária, os autores acreditam que não existam “motivos firmes para se vir a isentar de imposto toda renda de capital através da adoção de um imposto sobre o consumo”.<sup>35</sup> Assim, acreditam que quando se dá “o devido valor à redistribuição, a base tributária apropriada continua sendo a renda (ou o consumo mais a riqueza)”.<sup>36</sup> Adverte-se que não seria realista pensar que toda receita tributária que um imposto sobre o consumo deixar passar “poderia ser efetivamente recapturada por um imposto de transmissão politicamente viável”.<sup>37</sup>

Sobre a herança, Murphy e Nagel rejeitam a ideia de que os vencedores da arena econômica teriam “por mérito, o direito moral de conservar seus enormes ganhos e transmiti-los a seus filhos”.<sup>38</sup> Os autores acreditam que a tributação da herança deve ser vista como uma fonte legítima de receita,<sup>39</sup> não devendo existir obstáculos a esta forma arrecadatória sob o argumento de que com ela se violaria algum direito natural de propriedade. Até mesmo porque, como exaustivamente tratado ao longo da obra, o direito de propriedade constitui meramente uma construção cultural.

Por fim, para garantir uma maior equidade social, Murphy e Nagel destacam a grande importância de se limitar o financiamento privado de campanha, pois, na sua ausência, a política seria dominada pelos interesses financeiros, fazendo com que a população mais pobre tenha, na prática, suas reivindicações deixadas em segundo plano.<sup>40</sup> Este tópico, pouco explorado pelos autores, pode ser complementado pelo que foi desenvolvido por John Rawls<sup>41</sup> no tocante ao valor equitativo das liberdades políticas.

<sup>35</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 255.

<sup>36</sup> Idem. Não obstante, é de se duvidar que essa afirmação seja aplicável a países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, tendo em vista a política de deduções que são feitas na renda para atrair investimentos estrangeiros diretos e remeter posteriormente os lucros ao exterior (tais como a isenção de lucros e dividendos feita no Brasil). Além disso, há a dificuldade imposta pela própria mobilidade da renda, sendo propensa a mecanismos lícitos (elisão) e ilícitos (evasão) de fuga de capital. Isso faz com que a opção pelo consumo como base tributária se coadune de melhor forma à praticabilidade arrecadatória. Sobre essa reflexão, ver: Onofre Alves Batista Júnior e Nathália Daniel Domingues, “Piketty, desigualdade e os países em desenvolvimento”, *Revista Brasileira de Advocacia Pública*, nº 1, jul./dez. (Belo Horizonte: Forum, 2015), 231-263.

<sup>37</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 255. Para uma visão contrária, ver Unger on Taxation and Inequality, *The Democratic Alternative*, acessado em 30/01/2018, <https://democraticalternative.us/unger-on-taxation-and-inequality/>.

<sup>38</sup> Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 257.

<sup>39</sup> Ainda que, sem dúvidas, a arrecadação dos tributos sobre a herança não poderiam ser enquadrados como uma fonte de receita estimável, pelo fato gerador ser incerto e esporádico, devendo ser coligados a outras fontes de receita derivada.

<sup>40</sup> Cf. Murphy e Nagel, *O Mito da propriedade*, 257.

<sup>41</sup> Cf. John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Massachusetts: Harvard, 1999); John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia, 1993); e John Rawls, *Justice as fairness: a restatement* (Cambridge: Harvard, 2001).

## 5. O VALOR EQUITATIVO DAS LIBERDADES POLÍTICAS

O cerne da questão referente ao valor equitativo das liberdades diz respeito “à familiar objeção, frequentemente feita por democratas radicais e socialistas (e por Marx), de que as liberdades iguais num estado democrático moderno são, na prática, meramente formais”.<sup>42</sup> Tal objeção deriva do fato de que as desigualdades sociais e econômicas na sociedade por vezes são tamanhas, que aqueles que detêm maior riqueza ou melhores posições sociais possuem, por consequência, um maior domínio da esfera política, elaborando leis que visam prioritariamente aos seus interesses. Quem possui um maior acesso aos bens primários polivalentes, como a riqueza, consegue, com isso, um melhor acesso à educação de qualidade, à saúde de qualidade e a uma série de outros fatores que irão propiciar um usufruto mais efetivo de suas liberdades. Pensemos, por exemplo, na liberdade de expressão. Quem terá, em abstrato, melhores condições de fazer um gozo efetivo deste importante direito: alguém que mal sabe ler e escrever, que mal sabe se expressar, ou alguém com curso superior completo? Não que isso seja uma condição necessária, mas com certeza é um fator que terá grande influência em um exercício mais substancial da liberdade.

Diante dessa importante questão, Rawls diferencia o conceito de *liberdade* com o de *valor da liberdade*. A liberdade seria a garantia institucional do direito às liberdades básicas iguais. Ou seja, qualquer Estado que se diz democrático deve, pelo menos, garantir em sua constituição, a liberdade de consciência e de pensamento; liberdade política e de associação; liberdade pessoal (integridade psicológica e física); e as liberdades provenientes do Estado de Direito. Sendo isto um pressuposto básico prioritário. Contudo, e não obstante isso, é preciso diferenciar essa garantia institucional do valor da liberdade, que se liga à possibilidade, de uma forma mais efetiva/substancial, de se fazer uso de todas essas garantias.

Rawls percebe porém que, com tal diferenciação, a despeito de enxergarmos com maior clareza a situação, ela não soluciona o problema, não resolve a crítica. E, para solucionar a questão da garantia do valor da liberdade, o autor coloca que este valor, por se ligar mais a demandas sociais e econômicas, estaria, regra geral, para além das possibilidades do primeiro princípio da justiça,<sup>43</sup> se vinculando mais propriamente no âmbito de garantia do segundo princípio

<sup>42</sup> John Rawls, *Justice as fairness: a restatement*, 148 – tradução nossa. No original: *how shall we meet the familiar objection, often made by radical democrats and socialists (and by Marx), that the equal liberties in a modern democratic state are in practice merely formal?*

<sup>43</sup> “Todas as pessoas têm igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais para todos, esquema este compatível com todos os demais; e, nesse esquema, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.” Cf. John Rawls, *Political Liberalism*, 5, tradução nossa. No original: *Each person has an equal claim to a fully adequate scheme*

da justiça.<sup>44</sup> São questões complexas e de difícil consenso, que deverão ser trabalhadas por intermédio de uma legislação infraconstitucional consciente da necessidade de garantia de posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade de oportunidades, e um maior benefício possível aos menos privilegiados da sociedade.

Todavia, Rawls coloca uma significativa e importante exceção a essa regra. Tal exceção diz respeito às liberdades políticas, que, segundo ele, deveriam ter seu equitativo acesso já resguardado no primeiro princípio, por meio de normas constitucionais que regulem o processo político. Valendo destacar que o que Rawls quer garantir, por se enquadrar no seu conceito de equitativa igualdade de oportunidades, é algo efetivamente robusto, não se tratando de um acesso simplesmente mais substancial das liberdades políticas, mas sim de um efetivo e igualitário acesso de todos à esfera pública independentemente de sua classe social. E, quanto a isso, apesar de não fazer uma análise minuciosa de como seria a melhor maneira de concretizar tal proposta, afirma que existiriam sim modos institucionais viáveis de realizá-la, fazendo inclusive algumas sugestões como o financiamento público de campanhas (ou pelo menos alguma regulamentação aos financiamentos privados), garantia de um acesso equitativo aos meios de comunicação, e algumas restrições à liberdade de expressão e imprensa, que não afetem o seu conteúdo.

Perceba-se que, nesta tentativa de promover uma equitativa igualdade de oportunidades na esfera política, podem surgir fortes conflitos com outras liberdades fundamentais, como, por exemplo, com a liberdade de expressão e imprensa, mas, sem a garantia “do valor equitativo das liberdades políticas, aqueles que dispõem de mais meios poderiam se juntar e excluir aqueles com menos meios. Presume-se que o princípio da diferença não seja suficiente para impedir isso”.<sup>45</sup>

---

*of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value.*

<sup>44</sup> “As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.” Cf. John Rawls, *Political Liberalism*, 6, tradução nossa. No original: *Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and of offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.*

<sup>45</sup> John Rawls, *Justice as fairness: a restatement*, 150, tradução nossa. No original: *Without a guarantee of the fair value of the political liberties, those with greater means can combine together and exclude those who have less. The difference principle is presumably not sufficient to prevent this.* Com base nisso, Rawls expressamente critica a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Buckley vs. Valeo*, onde ela declarou inconstitucional vários limites de despesas de campanha proposto pela *Election Act Amendment* de 1974. Imagina-se que, se ainda estivesse vivo, o autor igualmente teria duras críticas a fazer no caso *Citizens United vs. FEC* julgado pela Suprema Corte em 2010, em que as corporações e

Rawls afirma de maneira enfática que, impedir a grande influência do poder econômico na esfera política, para além de poder evitar a corrupção, irá garantir um processo político efetivamente justo e equânime. Sendo fundamental a garantia de um processo político que assegure voz a todos, uma igual oportunidade de participação em um sistema de representação, na medida em que uma futura e adequada proteção dos direitos fundamentais irá depender intrinsecamente disso.<sup>46</sup>

Contudo, a despeito das críticas, Rawls nega a garantia do valor equitativo para outras liberdades básicas além da liberdade política. Para o autor, a garantia do segundo princípio e a garantia do valor equitativo para as liberdades políticas já seriam medidas suficientes. E uma tentativa de garantir o valor equitativo para as demais seria “irracional, ou supérflua, ou fonte de conflitos sociais”.<sup>47</sup>

Não obstante, o autor admite que, para a garantia das liberdades básicas, faz-se necessário um mínimo, expressamente afirmando que o primeiro princípio, que garante as liberdades fundamentais, deve ser precedido de um

---

os sindicatos tiveram o seu direito constitucional declarado de gastarem o tanto quanto desejassem em comerciais eleitorais de televisão visando apoiar determinados candidatos. Para uma crítica a este caso, ver: Ronald Dworkin, “Uma decisão que ameaça a democracia”, in Juarez Freitas e Anderson Teixeira (eds.), *Direito à Democracia: estudos transdisciplinares* (São Paulo: Conceito Editorial, 2011), 241-254. No Brasil, tem-se um paralelo que possivelmente seria visto com um olhar positivo por John Rawls, do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650, em que o Supremo Tribunal Federal, em 2015, declarou inconstitucional dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

<sup>46</sup> Fazendo uma interessante comparação, Rawls afirma: “A primeira emenda não impõe um sistema de representação de acordo com a influência efetivamente exercida na livre competição política entre desiguais, assim com o a décima quarta emenda igualmente não impõe um sistema de liberdade de contrato e de livre competição entre desiguais na economia, como a Corte pensava na era Lochner.” Cf. John Rawls, *Political Liberalism*, 362, tradução nossa. No original: *The First Amendment no more enjoins a system of representation according to influence effectively exerted in free political rivalry between unequals than the Fourteenth Amendment enjoins a system of liberty of contract and free competition between unequals in the economy, as the Court thought in the Lochner era.*

<sup>47</sup> Cf. John Rawls, *Justice as fairness: a restatement*, 151, tradução nossa. No original: *The idea of this wide guarantee is, I think, either irrational, or superfluous, or socially divisive.* Isto pelas seguintes razões, conforme aduz o próprio Rawls: “(a) Se a garantia significa que renda e riqueza devem ser distribuídas de forma igualitária, ela é irracional: não permite que a sociedade satisfaça às exigências de organização social e eficiência. Se significa que um certo nível de renda e riqueza tem ser garantido para todos a fim de expressar o ideal de valor igual das liberdades básicas, é supérflua, já que temos o segundo princípio. (b) Se a garantia mais ampla significa que a renda e a riqueza devem ser distribuídas de acordo com o conteúdo de certos interesses considerados centrais para projetos de vida do cidadão, por exemplo, interesses religiosos, então será fonte de conflitos sociais”. Cf. idem., tradução nossa. No original: *(a) If that guarantee means that income and wealth are to be distributed equally, it is irrational: it does not allow society to meet the requirements of social organization and efficiency. If it means that a certain level of income and wealth is to be assured to everyone in order to express the ideal of the equal worth of the basic liberties, it is superfluous, given the difference principle. (b) If the wider guarantee means that income and wealth are to be distributed according to the content of certain interests regarded as central to citizens’ plans of life, for example, the religious interest, then it is socially divisive.*

princípio lexicalmente anterior, que determine a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, “pelo menos na medida em que a sua satisfação é necessária para que os cidadãos compreendam e possam exercer de forma frutífera esses direitos e liberdades”.<sup>48</sup> Pressupõe, inclusive, um Estado que seja capaz de resguardar esse mínimo. E, qualquer coisa para além desse mínimo, seria função do segundo princípio da justiça garantir através de uma política adequada e uma legislação infraconstitucional consistente e consciente de sua função. Nesse sentido, ainda que vários arranjos pudessem ser pensados, necessário então que o sistema tributário (na visão ampla de Murphy e Nagel, envolvendo receita e despesa) se coadunasse com esta dupla faceta das liberdades, garantindo este mínimo substancial, e obstando a desigualdade extremada que afetasse as liberdades políticas.

## 6. CONCLUSÃO

Vários méritos devem ser concedidos à abordagem feita por Murphy e Nagel sobre as dificuldades de implementação da justiça no sistema tributário. Os autores escancaram a visão parcial de justiça quando se analisa o sistema tributário de forma isolada, propondo uma visão mais alargada, em que receita e despesa, propriedade e tributos, repartição e distribuição sejam vistos de forma conjunta.

Sendo importante destacar que esta nossa análise aponta para problemas de cunho mais estrutural, ou seja, são mudanças que não ocorrerão rapidamente, uma vez que trata de questões/mitos já profundamente arraigados na cultura em geral. Assim, apesar de sempre existirem pessoas a frente de seu tempo, é igualmente verdade que os mais retrógrados sempre estarão por lá. E isso não deixa de ser até mesmo um resguardo, já que, por vezes, é difícil, no tempo presente, ter serenidade para identificarmos aquilo que verdadeiramente precisa ser mudado.

Não obstante, partindo do pressuposto de que não existe propriedade pré-tributária, é importante repensarmos as funções do Estado, ao qual compete, por meio de suas instituições, garantir a todos um padrão de vida mínimo, necessário à subsistência. E isto tanto pode se dar mediante programas de transferência financeira direta, quanto através da prestação de serviços, independentemente do conjunto de acertos ou erros que cada cidadão colecionou no decorrer de sua vida.

Ao longo destas escolhas, que deverão ser tomadas pelos governantes, os autores destacam a importância de fazer com que as pessoas compreendam a

<sup>48</sup> Cf. John Rawls, *Political Liberalism*, 7 – tradução nossa. No original: *at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise those rights and liberties.*

lógica de mercado capitalista, suas distorções e paradoxos, e cuja aplicação por meio do modelo baseado no *laissez-faire* poderá gerar graves danos sociais. Por essa razão, não é possível, sob o ponto de vista racional e minimante plausível, imputar a cada cidadão a responsabilidade plena por toda a riqueza que conseguiu acumular ou perder, justificando-se, portanto, a adoção de mecanismos que garantam a efetividade dos princípios relativos à justiça social e aos objetivos relativos à redução das desigualdades sociais, no modelo econômico adotado por um determinado Estado.

E, desse modo, enxergamos com bons olhos as proposições rawlsianas quanto à necessidade de se estabelecer uma garantia substancial do valor equitativo das liberdades políticas, com a ressalva de que este valor equitativo, garantido conjuntamente com das liberdades básicas, deve se limitar às liberdades políticas, pois algo para além disso poderia fugir aos escopos dos pressupostos políticos liberais.

O Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política tem se apresentado, nos últimos cinco anos, como um dos principais fóruns de discussão e reflexão teórica e crítica sobre o direito constitucional e a filosofia política no Brasil. A terceira edição do Congresso, realizada em Curitiba, pelos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade Federal do Paraná, teve como tema central a Desigualdade e a Reconstrução da Democracia Social, recebendo mais de uma centena de trabalhos enviados por pesquisadores do Brasil e da América Latina. Foram publicados quatro volumes de trabalhos completos, os quais passaram por rigoroso peer review, com as seguintes temáticas específicas: Volume 1: Interações e Tensões entre o Direito Constitucional e a Política; Volume 2: Interpretação da Constituição e Jurisdição Constitucional; Volume 3: Aspectos Políticos e Históricos do Constitucionalismo; Volume 4: Direitos Humanos e Democracia.



[www.arraeseditores.com.br](http://www.arraeseditores.com.br)  
[arraes@arraeseditores.com.br](mailto:arraes@arraeseditores.com.br)

