

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

EDSON LUÍS KOSSMANN

**O ESTADO CONSTITUCIONALMENTE EFICIENTE A PARTIR DE PARÂMETROS
DEMOCRÁTICOS: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO CONDIÇÃO DE
POSSIBILIDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

SÃO LEOPOLDO

2018

Edson Luís Kossmann

O Estado constitucionalmente Eficiente a partir de
Parâmetros Democráticos: o princípio da igualdade como condição de possibilidade para a
concretização do direito à saúde

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS
Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Lenio Streck

São Leopoldo

2018

K86e

Kossmann, Edson Luís

O Estado constitucionalmente eficiente a partir de parâmetros democráticos: o princípio da igualdade como condição de possibilidade para a concretização do direito à saúde / Edson Luís Kossmann -- 2018.
372 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito Público) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Streck.


1. Direito constitucional. 2. Democracia. 3. Constituição. 4. Estado constitucional - Eficiente. 5. Direito à saúde. I. Título. II. Streck, Lenio.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O ESTADO CONSTITUCIONALMENTE EFICIENTE A PARTIR DE PARÂMETROS DEMOCRÁTICOS: O princípio da igualdade como condição de possibilidade para a concretização do direito à saúde”, elaborada pelo doutorando **Edson Luís Kossmann**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de dezembro de 2018.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

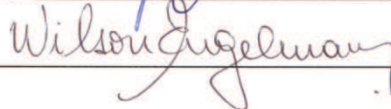
Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Andre Luis Del Negri

Membro: Dr. Francisco José Borges Motta

Membro: Dr. André Karam Trindade

Membro: Dr. Wilson Engelmann



Para *Josi*, cujo companheirismo, amor e apoio sempre foi
incondicional.

Para meus filhos *Icaro, Luana e Victória*.

E para o *Seu Eugênio*, meu pai.

AGRADECIMENTOS

À *minha família* que sempre me apoiou e lutou comigo para que esse sonho se tornasse realidade.

Ao professor *Lenio Streck*, meu orientador, por ter dado o apoio e a orientação fundamental e norteadora. Aos demais professores da UNISINOS que me auxiliaram nessa travessia: *Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann, Jose Luis Bolzan de Morais e Têmis Limberger*.

À secretaria do PPGD, especialmente em nome da *Vera* e do *Ronaldo*.

Aos colegas do escritório *Dallagnol Advogados Associados*, pela compreensão e apoio.

Enfim, à todos os colegas e amigos que apoiaram, de uma forma ou de outra, para o desiderato desse trabalho.

*Uma vez me perguntaram se o Estado brasileiro é muito grande. Respondi assim:
'Eu vou dar o telefone da minha empregada porque você está perguntando isso a mim, um cara que fez pós-doutorado, trabalha num lugar com ar condicionado, com vista para o Cristo Redentor. Está brincando comigo. Eu não dependo em nada do Estado, com exceção de segurança. Nesse condomínio social, eu moro na cobertura.
Você tem que perguntar a quem precisa do Estado'.*

Luiz Guilherme Schymura

RESUMO

Analisa-se as condições de possibilidade para que a Constituição – entendida como um pacto social democraticamente constituído – seja efetivada. Diante do extenso rol de direitos sociais constitucionalmente assegurados, delimita-se o estudo ao direito à saúde. O descumprimento desses direitos desconsidera o caráter dirigente da Constituição, principalmente em Estados onde as promessas da modernidade não foram atendidas. Neste sentido, faz-se necessária uma análise prévia sobre o que se entende por Estado democrático; o que caracteriza a democracia e as condições para a sua concretização. Sustenta-se a tese de que a jovem e frágil democracia brasileira sofre ataques predatórios de instituições que a compõem e que dela dependem (e que, portanto, deveriam atuar na sua preservação). Como predadores da democracia, destaca-se o poder econômico, a mídia e a religião. Por sua vez, no cumprimento do pacto democrático, o conjunto dos direitos sociais geram demandas que cabe ao Estado o seu atendimento. Assim, a política constitucional tributária aparece problematizada sob a ótica de a arrecadação não ser uma faculdade do Estado, mas um dever, pois é dela dependente para cumprimento de suas obrigações. O problema é que, atualmente, a arrecadação tributária mostra-se como uma pirâmide invertida: pessoas mais pobres, para as quais os recursos do Estado deveriam ser auxiliares, são as maiores contribuintes, em termos proporcionais às suas economias, ao passo que os mais ricos menos contribuem proporcionalmente. Diante deste contexto, mostra-se indispensável a correta compreensão e interpretação do direito. A leitura constitucional não pode ser descontextualizada da realidade vivida, compreendida a partir de dos princípios consagrados pela Constituição brasileira. Neste cenário, ganha destaque o princípio da igualdade, que, na visão dworkiniana, deriva da dignidade da pessoa humana, cuja determinação é a de que toda pessoa deve ter o direito de decidir o que é o melhor para a sua própria vida, além de ser tratada com igual consideração e respeito. Esse tratamento, em um Estado Democrático, obriga ao próprio Estado nas suas relações com o conjunto social. É nessa perspectiva que o presente estudo enfrenta a análise do direito à saúde. Esse direito, como qualquer outro, não pode ser interpretado de forma isolada, mas, sim, considerando o contexto social, tendo como norte o princípio da igualdade, que também deve alcançar a necessária universalização. O direito à saúde tem, como condição de possibilidade, a concretização do princípio da igualdade, na efetiva responsabilidade do Estado em atender o conjunto das demandas sociais (que não podem ser compreendidas como privilégios individuais); e na compreensão de que determinado direito somente assim pode ser chamado quando seu atendimento é igualmente universalizável. Somente nestes termos é possível uma

compreensão do efetivo atendimento ao pacto constitucional que instituiu um Estado democrático e social de Direito. Por fim, o trabalho é desenvolvido por meio do método hermenêutico-fenomenológico, seguindo a linha interpretativa da Crítica Hermenêutica do Direito, trabalhada por Lenio Streck, sob os aportes de Hans-Georg Gadamer e de Martin Heidegger, conjugando com a perspectiva de Ronald Dworkin, especialmente no que diz respeito à integridade e à coerência do direito.

Palavras-chave: Democracia. Constituição. Estado constitucionalmente eficiente. Direito à saúde.

ABSTRACT

This paper analyzes the conditions of possibility for the Constitution – understood as a democratically constituted social pact – to take effect. Faced with the extensive role of constitutionally assured social rights, the study is delimited to the right to health. Non-compliance with these rights disregards the governing nature of the Constitution, especially in states where the promises of modernity have not been met. In this sense, it is necessary to parse what is meant by a democratic State; what characterizes democracy and the conditions for its materialization. The thesis is that the young and fragile Brazilian democracy undergoes predatory attacks by institutions which make it up and depend on it (and should therefore act in their preservation). Media and religion stand out as predators of democracy. In turn, in compliance with the democratic pact, the set of social rights generates demands that are up to the State to accord. Thus, the constitutional tax policy appears questioned from the viewpoint that tax collection is not a State's faculty, but a duty, since it is dependent on it to fulfill its obligations. The problem is that, today, tax collection shows itself as an inverted pyramid: poorer people, for whom state resources should be auxiliary, are the largest contributors, in proportional terms to their economies, while the wealthiest contribute proportionately less. Given this context, the correct understanding and interpretation of the right is indispensable. The constitutional reading cannot be decontextualized from the reality lived, understood from the principles enshrined in the Brazilian Constitution. It stands out in this scenario the principle of equality – which, in Dworkin's view, derives from the human dignity, whose determination is that every person should have the right to decide what is best for her own life, besides being treated with equal consideration and respect. In a Democratic State, this treatment obliges the State itself in its relations with the social set. It is from this perspective that the present study faces the analysis of the right to health. This specific right, like any other right, cannot be interpreted in isolation, but rather – considering the social context – having as its north the principle of equality, which must also achieve the necessary universalization. The right to health has, as a condition of possibility, the implementation of the principle of equality, on the effective responsibility of the State to meet all social demands (which can not be understood as individual privileges); and in the understanding that a given right can only be so called when its service is equally universalizable. Only in these terms is possible to understand the effective compliance with the constitutional pact that established a democratic and social State of Law. Lastly, the work is developed through the hermeneutic-phenomenological method, following the interpretive line of the Hermeneutics Critique of the Law, worked by Lenio Streck, under

the contributions of Hans-Georg Gadamer and Martin Heidegger, combining with the perspective of Ronald Dworkin, especially with regard to the integrity and the consistency of law.

Key-words: Democracy. Constitution. Constitutionally efficient state. Right to health.

RESUMEN

Se analizan las condiciones de posibilidad para que la Constitución - entendida como un pacto social democráticamente constituido - sea efectiva. Ante el extenso rol de derechos sociales constitucionalmente asegurados, se delimita el estudio al derecho a la salud. El incumplimiento de esos derechos desconsidera el carácter dirigente de la Constitución, principalmente en Estados donde las promesas de la modernidad no fueron atendidas. En este sentido, se hace necesario un análisis previo sobre lo que se entiende por Estado democrático; lo que caracteriza la democracia y las condiciones para su concreción. Se sostiene la tesis de que la joven y frágil democracia brasileña sufre ataques predatorios de instituciones que la componen y que de ella dependen (y que, por lo tanto, deberían actuar en su preservación). Como predadores de la democracia, se destaca el poder económico, los medios y la religión. Por su parte, en el cumplimiento del pacto democrático, el conjunto de los derechos sociales generan demandas que corresponde al Estado su atención. Así, la política constitucional tributaria aparece problematizada bajo la óptica de que la recaudación no es una facultad del Estado, sino un deber, pues es de ella dependiente para el cumplimiento de sus obligaciones. El problema es que, actualmente, la recaudación tributaria se muestra como una pirámide invertida: las personas más pobres, para las cuales los recursos del Estado deberían ser auxiliares, son los mayores contribuyentes, en términos proporcionales a sus economías, mientras que los más ricos menos contribuyen proporcionalmente. Ante este contexto, se muestra indispensable la correcta comprensión e interpretación del derecho. La lectura constitucional no puede ser descontextualizada de la realidad vivida, comprendida a partir de los principios consagrados por la Constitución brasileña. En este escenario, se destaca el principio de igualdad, que, en la visión dworkiniana, deriva de la dignidad de la persona humana, cuya determinación es que toda persona debe tener el derecho de decidir lo que es lo mejor para su propia vida, ser tratada con igual consideración y respeto. Este trato, en un Estado Democrático, obliga al propio Estado en sus relaciones con el conjunto social. Es en esta perspectiva que el presente estudio se enfrenta al análisis del derecho a la salud. Este derecho, como cualquier otro, no puede ser interpretado de forma aislada, sino, considerando el contexto social, teniendo como norte el principio de igualdad, que también debe alcanzar la necesaria universalización. El derecho a la salud tiene, como condición de posibilidad, la concreción del principio de igualdad, en la efectiva responsabilidad del Estado en atender el conjunto de las demandas sociales (que no pueden comprenderse como privilegios individuales); y en la comprensión de que determinado derecho sólo así puede ser llamado cuando su atención es

igualmente universalizable. Sólo en estos términos es posible una comprensión de la efectiva atención al pacto constitucional que instituyó un Estado democrático y social de Derecho. Por último, el trabajo es desarrollado por medio del método hermenéutico-fenomenológico, siguiendo la línea interpretativa de la Crítica Hermenéutica del Derecho, trabajada por Lenio Streck, bajo los aportes de Hans-Georg Gadamer y de Martin Heidegger, conjugando con la perspectiva de Ronald Dworkin especialmente en lo que se refiere a la integridad y la coherencia del Derecho.

Palabras clave: Democracia. Constitución. Estado constitucionalmente eficiente. Derecho a la salud.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA – ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO	25
2.1 AS FUNÇÕES E AS CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO	26
2.1.1 O Estado e suas Crises.....	31
2.1.2 O Estado Constitucional	38
2.2 ESTADO DEMOCRÁTICO	45
2.2.1 Democracia: em Busca de uma Identidade	47
2.2.1.1 Princípio da Igualdade Intrínseca e a Presunção de Autonomia Pessoal como Justificação da Democracia	47
2.2.1.2 Custos e Riscos da Democracia Representativa Atual	66
2.3 A DEMOCRACIA E SEUS PROBLEMAS COM O <i>POVO</i>	77
2.3.1 A Democracia Delegativa de O’Donnell.....	82
2.3.2 A Poliarquia de Dahl.....	84
3 OS PREDADORES DA DEMOCRACIA	87
3.1 O PODER ECONÔMICO COMO PREDADOR DA DEMOCRACIA.....	90
3.1.1 O Necessário Controle do Exercício Arbitrário do Poder	92
3.1.2 Democracia: uma pessoa, um voto?	94
3.1.3 A Realidade da Democracia Brasileira sob o Prisma do Poder Econômico	97
3.2 QUANDO O USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PREDAM A DEMOCRACIA	103
3.2.1 A Exploração dos Meios de Comunicação no Brasil.....	104
3.2.1.1 Uma História de Outorgas pouco Públicas e nada Republicanas	105
3.2.1.2 Do Interesse Público para um Poder Privado	113
3.2.2 Para muito Além da Influência Direta e Explícita	114
3.2.2.1 Uma Dominação que Constrói Realidades e Forja Subjetividades	118
3.2.2.2 A Imagem Informativa que Desinforma, Aliena e Atrofia a Capacidade Cognitiva .	124
3.2.3 Mídia, Opinião Pública e Democracia	128
3.3 O FUDAMENTALISMO E O MORALISMO RELIGIOSO E A SUA INSERÇÃO NO ESPAÇO PÚBLICO.....	136
3.3.1 Da Dicotomia Sagrado/Profano para a Política Partidária.....	138
3.3.2 Entre a Igreja e a Política	139

3.3.3 Pós como Conceito de Retrocesso – Avançando ao Passado	147
3.3.4 A Predação em Dois Sentidos	152
3.3.4.1 Estado e Religião sob o Prisma da Dignidade Humana	153
3.3.4.2 Dois Modelos sobre a Relação entre Estado e Religião	155
3.3.5 O Estado Laico e o Ensino Religioso em Escolas Públicas no Brasil.....	156
3.3.6 O Modelo de Estado Laico Tolerante como Opção Democrática, com Fundamento na Dignidade Humana	161
3.4 DA (CON)FUSÃO ENTRE RELIGIÃO, MÍDIA E PODER ECONÔMICO.....	166
4 CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA - O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DE UM ESTADO CONSTITUCIONALMENTE EFICIENTE .	171
4.1 A CIDADANIA NUM EXERCÍCIO CONSTANTE	171
4.1.1 Cidadania e Democracia: dois conceitos imbricados	174
4.1.2 A Participação do Cidadão e suas Possibilidades: condições necessárias para a legitimidade do Estado democrático	175
4.1.2.1 O Exercício da Cidadania Democrática Contemporânea com o Auxílio da Tecnologia – Condição de Necessidade e possibilidade	176
4.1.2.2 O Direito de Acesso à Informação e o Dever de Transparência – Mecanismos Legais para o Exercício da Cidadania	185
4.2 AS FUNÇÕES DO ESTADO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E AS CONDIÇÕES PARA O SEU DESEMPENHO DE FORMA EFICIENTE.....	188
4.2.1 O Estado Constitucionalmente Eficiente para o Desempenho de suas Funções....	189
4.2.1.1 Constituição Dirigente.....	191
4.2.2 Os Direitos Fundamentais num Estado Eficiente	204
4.2.2.1 O Atendimento ao Princípio Constitucional da Eficiência como Condição de Possibilidade para a Concretização de um Estado Constitucional	206
4.2.2.1.1 Aspectos Jurídicos e Conceituais do Princípio da Eficiência.....	209
4.2.2.1.2 O Princípio da Eficiência no Contexto Constitucional Brasileiro.....	215
4.2.2.4 Recursos para um Estado Eficiente	221
4.2.2.4.1 A Arrecadação Necessária e a Correta Hermenêutica do Princípio da Capacidade Contributiva Aplicado ao Parágrafo 1º do art. 145 da CF.....	224
4.2.2.4.2 A Capacidade Contributiva em Relação aos Tributos Constitucionalmente Previstos	231

5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE (EM DWORKIN) COMO CONDIÇÃO PARA A CORRETA COMPREENSÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	250
5.1 A COMPREENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	251
5.1.1 A Correta Hermenêutica Constitucional.....	257
5.1.1.1 A Produção do Ordenamento Jurídico por uma Comunidade Política (em Dworkin)	258
5.1.1.2 A Compreensão e Interpretação do Direito a partir do Pensamento de Ronald Dworkin	265
5.2.PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA INTERPRETAÇÃO EM DWORKIN.....	278
5.2.1 O Tratamento Igualitário como Condição de Legitimidade do Estado	282
5.2.2 O Princípio da Igualdade na Constituição Brasileira	287
5.3 O DIREITO À SAÚDE ATENDENDO OS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E DA IGUALDADE A PARTIR DE DWORKIN – UM MODELO PARA SE PENSAR UM ESTADO DEMOCRÁTICO, IGUALITÁRIO E CONSTITUCIONALMENTE EFICIENTE	294
5.3.1 O Custo do Direito à Saúde e o seu Financiamento em Dworkin	296
5.3.1.1 O Ativismo Judicial como Obstáculo ao Atendimento Igualitário e Universal do Direito à Saúde.....	301
5.3.2 A Necessidade (e a possibilidade) do Estado estar Capacitado a Atender as Demandas Sociais (como o direito à saúde)	313
5.3.2.2 Sobre o Ressarcimento ao Sistema de Saúde do Estado por Serviços Prestados a Clientes de Planos de Saúde Privados	323
5.3.3 Recursos para Saúde	329
6 CONCLUSÃO.....	336
REFERÊNCIAS	352

1 INTRODUÇÃO

O Estado é uma instituição social. Tem sua origem a partir de um fato social instituidor, engendrado por meio de ações sociais produzidas pelos membros da sociedade, ou seja, é uma instituição criada pela sociedade.

Estado e poder são dois elementos indissociáveis; não podem ser separados. O Estado somente consegue *ser* Estado, quando possui poder para sê-lo. Dito de outra forma, o Estado apenas exerce as suas funções e impõe suas decisões e diretrizes por meio do exercício da coerção estatal quando é autorizado para tanto.

Na relação entre Estado e poder, há que se compreender, de forma inequívoca, que o poder do Estado não nasce nele próprio, ou seja, ele não tem origem em si, mas, sim, na sociedade. Assim, o poder originário brota dentro da sociedade e é transferido ao Estado de forma derivada. Portanto, o poder do Estado é um poder derivado e não original¹.

Embora a teoria contratualista² explique a formação do Estado como resultado de um contrato firmado pelo conjunto social e, portanto, tendo sido firmado pelo conjunto da sociedade (entendido, assim, na sua totalidade), nas relações de disputa pela hegemonia e exercício do poder transferido, essa relação não se dá de forma homogênea. Pelo contrário, o poder tem sido historicamente concentrado em mãos de determinados indivíduos ou grupos sociais que o exercem em seu benefício. Como esse poder original é concentrado, a transferência dele ao Estado tem se mostrado, historicamente, como algo condicionado ao seu exercício também em favor e proveito desses indivíduos ou grupos sociais.

Portanto, o Estado tem o seu poder derivado da sociedade e o utiliza de forma a atender àquelas demandas e funções que essa mesma sociedade lhe atribui. Tanto é assim que grande parte do conjunto social tem se mostrado historicamente contra o Estado. Kant³, por exemplo, um representante da nascente burguesia que começava a se formar no final do século XVIII – mas que ainda se encontrava subjugada ao Estado – defendia, no seu idealismo racional, que era a razão do indivíduo que deveria conduzir as ações humanas, num claro confronto às razões

¹ Não se pode esquecer, porém, que há ocasiões históricas em que o poder original, ou seja, a fonte do poder destinado ao Estado, e o poder do Estado em si tenham se (con)fundido. Essa realidade acontece quando o agente do Estado, geralmente um déspota, consegue se apropriar da instituição, tornando-a extensão de seu próprio domínio. Dessa forma, o poder do Estado transforma-se no seu próprio poder e vice-versa.

² HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

³ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1988; e KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

do absolutismo que iniciava a sua derrocada. Abrindo as portas para a formação de um Estado liberal, o Iluminismo de Kant, portanto, se colocava contra o modelo anterior.

Diferente foi a posição de Hegel⁴, que, no vespertino do século XVIII e no despertar do século XIX, faz uma ode ao Estado, colocando-o em posição de destaque frente ao indivíduo, que é que apenas parte desse Estado que unifica a vontade universal dos membros da sociedade. Portanto, a burguesia emergente, após as revoluções instituidoras da modernidade, agora ascende ao Estado, passando a lhe dar sustentação e legitimidade.

Como sabido, o poder se manifesta e se concretiza por meio de diversas formas. Uma das mais significativas é a do poder econômico. A relação do poder econômico com o Estado, embora retoricamente alguns a neguem (alegando não precisar dele), é umbilical. Questões como a capacidade de produção e a uma maior ou menor concentração e manutenção do poder econômico somente podem ser exercidas com a intervenção do Estado. Essas intervenções ocorrem principalmente na forma da produção jurídica, por parte do Estado, que presta legalidade, sustentação e legitimidade a tais fatos e práticas.

Assim, a sociedade forma o Estado, estrutural e juridicamente, e – numa relação de via dupla – esse mesmo Estado, como privilegiado instrumento, proporciona sustentação à sociedade, utilizando-se, para isso, do poder (convertido em força) que lhe foi conferido originalmente. Ou seja, o Estado se utiliza do poder derivado da sociedade, retribuindo e protegendo essa mesma (ou parte da) sociedade que lhe conferiu tal poder.

Modernamente, esse poder se transforma em competência. Competência entendida tanto como faculdade (faculta ao Estado) vinculativamente condicionada, quanto em atribuição (é atribuído ao Estado) de determinados deveres. Portanto, é um poder/dever. Esse poder, que atualmente se compreende em poder/dever, ao longo da história foi entendido e justificado como originário das mais diversas fontes, inclusive divinas. E, nesse caso, não se tratava, por óbvio, de um poder/dever, mas apenas de um poder exercido por aquela inspiração e, portanto, sem qualquer possibilidade de questionamento ou controle.

As modernas democracias, porém, influenciadas pela racionalidade iluminista e que se materializaram, principalmente, após as revoluções oitocentistas, agudizaram ainda mais a contestação à teorias de fontes de poder naturais ou metafísicas, procurando a origem do poder do Estado na razão social. Com isso, as democracias modernas começaram a compreender que o poder emana do povo, portanto, o poder é do povo, e ele, nessa condição, delega (transfere) ao Estado poderes que aquele não detém originalmente, mas recebe-o do povo, permitindo,

⁴ HEGEL, G.W.F. **Introdução à história da filosofia**. Coimbra: A. Amado, 1980; e HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: M. Fontes, 1997.

dessa forma, o exercício de seu poder/dever, mais precisamente, o cumprimento de suas competências atribuídas.

Nesse sentido, o Estado, passando pelas mais diversas formas e estruturas, chega à contemporaneidade com as características de um Estado Democrático e de Direito, tendo no constitucionalismo a sua mais elevada fonte jurídica. As constituições atuais - diferentes das suas manifestações anteriores - e, em busca de legitimidade, no jogo das relações sociais, se apresentam como um verdadeiro pacto social, assumindo compromissos, como demandas impostas ao Estado de resgate e cumprimento de uma série de direitos sociais e coletivos, que visam a fornecer ao conjunto social as condições materiais da realização efetiva da dignidade da pessoa humana. Esses compromissos nada mais são do que os assumidos pela própria modernidade. Isso representa, portanto, a formulação de um dever/poder ao Estado, impondo-lhe obrigações, por um lado, e, por outro, fornecendo-lhe mecanismos e recursos para o seu cumprimento.

Esse compromisso estratégico e tardio, por exemplo, foi assumido pela Constituição brasileira de 1988. Ele visa à concretização dos objetivos fundamentais da República, que são, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento; e a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades.

No rol dos direitos sociais, cuja promessa de garantia foi positivada no texto constitucional, estão o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados. Porém, como é sabido, a garantia desses direitos continua sendo uma promessa longe de ser concretizada. A não concretização dos direitos sociais pelo Estado brasileiro é, portanto, a questão primordial a ser *criticamente* analisada.

A sua não concretização é compreendida, em muitas oportunidades, como uma demonstração de uma pretensa impossibilidade. Ou seja, produz-se no seio da sociedade um círculo retórico vicioso: os direitos sociais não são concretizados e a sua não concretização torna-se demonstração (e justificção) da impossibilidade de sua concretização. Tal circularidade retórica tautológica não passa de uma petição de princípio: não se faz, e não se fazendo, produz-se a demonstração de que não se pode fazê-lo.

Assim, o *problema* a ser enfrentado trilha a busca de respostas às promessas firmadas e não cumpridas no pacto democraticamente produzido na Constituição Federal, acordo esse que deve nortear a ação do Estado frente (e com) à sociedade, numa compreensão de um Estado Democrático e de Direito. Desse modo, impõe-se que as instituições do Estado, juntamente com a sociedade, encontrem formas para esse desiderato, tendo os poderes constituídos um papel

não somente relevante, mas decisivo, assumindo a responsabilidade de cada um, porém, de forma harmônica e (relativamente) interdependente.

Essas questões devem ser enfrentadas, na ótica da Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico, observada a necessidade e a possibilidade de se discuti-las na perspectiva de uma compreensão que respeite a integridade e a coerência (Dworkin) do Direito constitucional, afirmando o caráter universal dos direitos sociais, mormente do direito à saúde. Frente a essa problemática e ao tema apresentado, alguns questionamentos secundários podem ser apontados, como:

- a) Quais são as funções do Estado na sociedade contemporânea?
- b) Qual é a origem das funções do Estado e quais as condições para o seu atendimento de forma eficiente?
- c) Qual é o papel do constitucionalismo contemporâneo?
- d) Como as demandas sociais estabelecidas na Constituição devem ser compreendidas pelo Estado e pela sociedade, frente a uma retórica de limitações de recursos financeiros e da necessidade de seu atendimento de forma universal?

E, por fim, a questão central do trabalho:

- e) *Como pode (deve) ser compreendido, e qual a relevância do princípio da igualdade para atender a essas questões levantadas?*

Assim, já resta explícito que o presente trabalho *objetiva* estudar uma alternativa que represente as condições de possibilidade para a concretização de um Estado constitucionalmente eficiente, forjado a partir de um processo democrático que venha efetivamente a atender as demandas sociais que lhe foram constitucionalmente impostas.

Compreendendo a Constituição como um pacto sociopolítico, instituidor e portador dos direitos fundamentais sociais, mormente o da saúde, e estes, como compromissos do acordo assumido e não cumprido, *as hipóteses formuladas* para o enfrentamento desse tema são as seguintes:

- a) A consagração normativa dos direitos humanos (destacadamente os direitos econômicos, culturais e sociais) é considerada um grande avanço na busca de sua concretização. No Brasil, um dos progressos mais significativos foi a inclusão desses direitos na Constituição Federal, caracterizando-os como direitos fundamentais. Porém, sua efetivação tem sofrido profundas dificuldades, tornando, muitas vezes, sem efeito os ditames constitucionais. Dessa forma, embora sejam reconhecidos os importantes passos dados com a constitucionalização do

direito universal à saúde, a deficiência na sua concretização faz com que milhares de cidadãos fiquem à margem desse direito fundamental. Por outro lado, de forma dicotômica, outros cidadãos conseguem junto ao Poder Judiciário o atendimento de seus direitos, em detrimento ainda maior à possível universalidade do atendimento à saúde. Com isso, o próprio Estado, com a judicialização dos direitos, produz cidadão de diferentes classes. E quanto mais atende ao pretense direito de uns, desatende os de outros. Assim, a promessa de modernidade, com a implementação definitiva de um Estado Democrático de Direito, consubstanciado no pacto constitucional de 1988, fica adiada, senão comprometida, caso não haja o real enfrentamento dessa questão. Não se trata apenas de um problema de Estado, mas, sim, da própria sociedade, que precisa exigir e viabilizar ao Estado o cumprimento eficiente dos ditames constitucionais, sob pena de transformá-lo num simples objeto de confirmação (e conformação) de um *blefe* constitucional, legitimando, em última instância, a compreensão de que o pacto, não sendo atendido, também não motiva a manutenção do próprio Estado.

b) Como alternativa na busca da consolidação material e do cumprimento das promessas de um Estado Social, Democrático e de Direito, propõe-se uma hermenêutica da Constituição Federal à luz do princípio da igualdade, na perspectiva de Ronald Dworkin, tanto no que diz respeito ao atendimento das demandas sociais, mormente do direito à saúde, mas, também, no que diz respeito às condições que viabilizam o próprio Estado democrático, para atender às demandas constitucionalmente pactuadas, tornando-o necessariamente eficiente, no sentido de (também) lhe ser assegurado a sua própria legitimidade.

Portanto, caso o trabalho chegue ao desiderato pretendido, tem-se a confirmação da *hipótese principal*, a de que a concretização do princípio da igualdade fornece a primordial condição de possibilidade para o cumprimento, de forma eficiente e universal, das funções que foram constitucionalmente estabelecidas ao Estado. Dentre essas funções, a concretização dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde. E é nesse aspecto, que também reside a necessária *originalidade e pertinência* do presente trabalho.

Essa análise se *justifica* pelo fato de que, embora tenha se passado três décadas da promulgação da Constituição Federal, ela continua não tendo efetividade, principalmente, no que diz com a concretização dos direitos fundamentais. Essa realidade tem permitido o entendimento de que aqueles preceitos constitucionais não passam de *princípios programáticos*, valores norteadores de uma política estatal que não avança além do mero formalismo. Tal hermenêutica constitucional produz e reforça a ótica de que a dívida social, que deveria ser resgatada com a concretização desses direitos, é algo intransponível e, portanto, a realidade social vivida é insuperável e imutável.

Esse entendimento, porém, se baseia numa equívoca compreensão sobre o que significa o próprio texto constitucional. Há muito se tem superado (ou se deveria ter) o entendimento de que as normas constitucionais são apenas normas programáticas, no sentido de programas norteadores, sem qualquer poder vinculativo. Depois do segundo pós-guerra, com o advento do Constitucionalismo Dirigente, as constituições deixaram de ter uma função meramente voltada à limitação dos poderes do Estado, num sentido negativo, passando a ter a função norteadora das práticas sociais e, principalmente, das condutas do Estado, num sentido positivo. As constituições passaram a assumir o compromisso de resgate de uma dívida social há muito existente e insuperada, tendo o Estado como destinatário dessa função.

É nesse sentido que se utiliza a expressão de que o texto da Constituição brasileira não pode limitar-se a um *blefe constitucional*, em que os compromissos nela assumidos tenham sido apenas no sentido formal, objetivando a dissolução dos interesses e conflitos sociais que mostravam-se presentes no período pré-constitucional e na sua produção. Portanto, os direitos sociais expressos na Constituição são *direitos fundamentais* pactuados e assumidos pela coletividade social e pelo Estado, devendo ser atendidos como dever desta instituição e direito dos cidadãos.

Também justifica o presente trabalho o aprofundamento da análise de outro elemento constitucional que se mostra descumprido: o princípio da eficiência. Esse princípio deve ser lido e compreendido no conjunto do texto constitucional. A compreensão desse princípio numa ótica meramente contábil, conforme tem sido a tônica das interpretações dogmáticas, não se apresenta em sintonia com uma leitura integral e coerente da totalidade do texto constitucional. O Estado eficiente é aquele que cumpre com a sua função, no atendimento de forma universal às demandas que lhe são impostas pelo pacto social realizado. O Estado deve tratar a todos os cidadãos de forma igualitária, não podendo, portanto, produzir, no seu interior, castas que são privilegiadas com o atendimento de *seus direitos*, em detrimento de outro contingente de cidadãos, relegado a segundo plano, sob a alegação da incapacidade econômica do Estado atender a seus direitos de forma universal e igualitária.

Essa (re)leitura será possível, através da hermenêutica constitucional à luz do princípio da igualdade, tendo esse como horizonte delimitador da atuação do Estado e como condição de possibilidade para o resgate da promessa constitucional de implementação concreta dos direitos fundamentais sociais. Neste trabalho, observa-se a delimitação do problema do direito ao acesso universal à saúde.

Como *referencial teórico*, tendo a compreensão de que a própria condição de possibilidade para o correto entendimento do que seja o direito à saúde na Constituição Federal,

é necessário enfrentar a questão da interpretação do Direito, sendo, para esse deslinde, imprescindível a adoção da interpretação feita pela Crítica Hermenêutica do Direito trabalhada por Lenio Streck, a partir dos aportes de Hans-Georg Gadamer e de Martin Heidegger, enfrentando a questão da compreensão e da interpretação, não como uma equação metodológica, mas, sim, como um acontecer hermenêutico. Para a correta interpretação do Direito, deve-se ainda conjugar a questão da Hermenêutica Filosófica com os princípios do Direito analisados por Ronald Dworkin (sobre a necessidade de a interpretação ser feita com respeito à integridade e à coerência do Direito). A partir da possibilidade da correta interpretação e compreensão do Direito, torna-se possível, também, a adequada interpretação dos direitos frente ao que dispõe a Constituição Federal brasileira.

Por fim, será trabalhada a questão que introduz o princípio da igualdade sob a ótica apresentada por Ronald Dworkin, tendo esse princípio como condição de possibilidade para a correta aplicação daquele direito fundamental em estudo. É importante destacar que, quando se pretende delimitar a forma da compreensão e aplicação do direito à saúde na realidade brasileira, está se referindo a um sistema democrático e constitucional. Ou seja, há uma Constituição dirigente a ser cumprida de forma a atender, dentro das próprias delimitações constitucionais, o princípio da igualdade, alcançando a universalidade da demanda.

Frente ao disposto até aqui, já resta indicado que o presente trabalho se insere na linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UNISINOS. A tese que se apresenta, portanto, é o resultado de um ciclo de estudos desenvolvido sobre constitucionalismo, democracia, cidadania e concretização de direitos (e deveres), sempre analisados sob a ótica daquela linha de pesquisa.

A partir das inquietações colocadas, é necessário partir para a pesquisa. O trabalho se utilizará, como recurso técnico, de pesquisas bibliográficas em livros, periódicos e demais materiais publicados na área jurídica constitucional, direitos fundamentais e áreas afins, análise jurisprudencial, sempre procurando conhecer as diversas óticas apresentadas nas variadas contribuições científicas sobre as questões aqui enfrentadas. Destaca-se, porém, que a principal base teórica para a análise jusfilosófica do tema serão as obras de Ronald Dworkin. Complementarmente, se utilizará ainda de análises de notícias, reportagens e investigações jornalísticas, acerca de problemas envolvendo a questão da saúde.

O método de abordagem deve possibilitar a aproximação e a interação do pesquisador (como sujeito que realiza a pesquisa) com o objeto de sua pesquisa. Porém, essa relação não pode ser de forma a assujeitar o objeto pesquisado, mas, sim, permitindo que ele possa se

expressar numa relação dialógica circular, superando a metodologia cartesiana, que impõe uma cisão na relação sujeito-objeto. Por isso, como forma de abordagem, será utilizado o *método fenomenológico-hermenêutico*. Nessa forma de abordagem, o pesquisador deve estar aberto às possibilidades significativas de determinado tema, possibilitando a interação com seu objeto de estudo, oferecendo alternativas de descoberta de suas propriedades e potencialidades.

No método de abordagem fenomenológico-hermenêutico⁵, a pesquisa se realiza em um acontecer do fenômeno. A esse fenômeno são atribuídos sentidos, a partir de um círculo de compreensão (círculo hermenêutico), construído pelas contribuições de Gadamer e de Heidegger. Nesse sentido, Streck afirma que “o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto”. Assim, “a introdução ao método fenomenológico somente é possível, portanto, na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambiguidade e sua intrínseca circularidade”. Nesse movimento, verifica-se que a “sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”⁶. O resultado da pesquisa somente será possível a partir da experiência do pesquisador no mundo em que está inserido, como pré-compreensão desse mesmo mundo, possibilitando a compreensão-interpretação-aplicação como resultado do acontecer fenomenológico.

Assim, o presente trabalho será reflexivo, tendo como enfoque jurídico e filosófico uma (re)leitura dos direitos fundamentais constitucionalmente *protegidos*, principalmente a questão do acesso universal à saúde, à luz do princípio da igualdade (no seu sentido material), como alternativa para que possa ser alcançada a efetividade constitucional pretendida e necessária.

A partir dessas delimitações, o trabalho será apresentado da seguinte forma:

Nos capítulos iniciais procura-se *analisar* os elementos analíticos fundamentais para a correta compreensão de concepções e conceitos que venham a possibilitar a incursão na busca da análise da principal hipótese levantada para o desiderato do presente trabalho. Com esse objetivo, se impõe uma autêntica análise desses elementos que se encontram irremediavelmente imbricados: constituição, democracia e cidadania. No período em que vivemos, o exercício da democracia constitucional não pode mais ser relegado a um segundo plano, como algo sem valor.

⁵ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento**: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os pensadores).

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 4.

Assim, no primeiro capítulo (capítulo 2), se busca o correto entendimento do que seja uma democracia (constitucional) no sentido substancial, e não meramente formal ou procedimental. Essa análise, não prescinde de uma compreensão dos elementos resistentes à correta concepção do conceito de democracia e de seu efetivo exercício. Porém, para se chegar a isso, também é necessário a compreensão das principais crises pelas quais o Estado passou e, principalmente, atravessa na atualidade, bem como as relações dessas crises com o (des)atendimento das funções do Estado contemporâneo.

Na mesma senda, é necessário compreender que há elementos institucionais que são essenciais à democracia, bem como dela dependentes, mas que podem agir no sentido de predá-la, com objetivos de sua fragilização e, com isso, de seu controle estratégico. No segundo capítulo (capítulo 3), se propõe a análise sobre o que se denomina de *predadores* da democracia. Será visto que elementos institucionais, como os meios de comunicação, a economia (enquanto instrumento de poder) e a (liberdade do exercício da) religião, que são essenciais à democracia, muitas vezes também a prejudicam, dependendo da forma como agem, na sua intervenção, controle e manipulação. Na busca da superação desses problemas, é necessário refazer os caminhos que ligam o cidadão e o Estado. A reconstrução de uma efetiva democracia, em que haja concreta participação cidadã, de forma consciente e compromissada.

No terceiro capítulo (capítulo 4) se desenvolverá uma análise sobre as condições necessárias e constitucionalmente possíveis para que o Estado cumpra de forma eficiente com as funções que lhe foram atribuídas para o desiderato dos objetivos pactuados. Não restam dúvidas de que o Estado somente cumprirá com suas obrigações tendo as condições estruturais necessárias. Para isso, a principal mola propulsora é a sua (in)capacidade econômica, ou seja, as formas que a Constituição lhe assegurou para a busca e arrecadação – pela via tributária e com respeito ao princípio da igualdade, que, nesse aspecto, se apresenta na capacidade contributiva – dos recursos necessários ao atendimento das demandas sociais que visam a assegurar as condições necessárias para a garantia dos direitos fundamentais inerentes e necessários à própria condição e dignidade humana.

Por fim, o quarto capítulo (capítulo 5) será preponderantemente propositivo. Tendo como norte primordial do trabalho a análise da possibilidade de concretização de um Estado constitucionalmente eficiente a partir de parâmetros democráticos (como principal condicionante, o atendimento ao princípio da igualdade), é no rumo da confirmação (ou não) dessa hipótese principal que se desenvolverá a proposta que se apresenta.

A partir do caminho trilhado, se entenderá por afirmativa a hipótese levantada, ou seja, a de que, efetivamente, o Estado pode ser constitucionalmente eficiente, na medida em que se

compreende de forma correta a sua função outorgada. Para isso, é necessário entender como condição de possibilidade o atendimento ao princípio da igualdade, na forma concebida a partir das referências utilizadas, principalmente tendo como base a construção conceitual elaborada, também nesse particular, por Ronald Dworkin. Para isso, o princípio da igualdade não pode ser compreendido e pretensamente atendido apenas no seu sentido formal; é necessário que seja interpretado principalmente no seu sentido material (substancial).

No mesmo sentido da correta hermenêutica constitucional, tendo como fio condutor o princípio da igualdade entre os cidadãos (na forma concebida por Dworkin), ou seja, no atendimento das demandas, entre elas, o direito à saúde, mas, também, na busca dos recursos – principalmente por meio da política de tributação –, que efetivamente a Constituição estabelece condições para o atendimento das obrigações impostas ao Estado. É nesse sentido que a Constituição brasileira precisa ser compreendida e efetivada, com vistas a atender aos direitos sociais que o pacto impôs ao Estado como sua responsabilidade.

Elaborar uma tese é investigar sobre a melhor forma de se responder (ou a melhor resposta a se dar) a uma pergunta; uma questão colocada. Porém, nunca a investigação parte do nada; de um grau zero. Sempre é o trilhar de um caminho que já tem algumas balizas postas; um caminho cuja clareira, produzida pela tradição autêntica, permite uma aproximação do objeto investigado, facultando que a sua voz nos seja alcançada e compreendida da melhor forma possível, no círculo hermenêutico que permite a melhor relação e compreensão entre o sujeito investigador e o objeto investigado. Um caminho previamente falquejado por pré-compreensões e pré-juízos presentes no horizonte histórico, que precisam ser postos à prova, para que sejam confirmados ou refutados e substituídos por outros autênticos e corretos.

Talvez a pergunta implícita no trabalho que se apresenta seja aquela que indaga sobre a melhor forma de se construir uma sociedade (uma comunidade política) ideal; ou sobre o que é o ideal para que a sociedade, uma comunidade política, viva da melhor forma possível.

Dworkin permite a formulação dessas perguntas e na busca de suas respostas, já a partir de sua concepção de Estado, relacionada ao indivíduo, utilizando o princípio da igualdade. O que Dworkin chamou de virtude soberana é a consideração igualitária de todos os membros da comunidade. Um governo que não trata a todos com igual consideração não passa de uma tirania. Assim, a igual consideração é pré-requisito da legitimidade política.

É essa a reflexão que se propõe e que será encontrada no presente trabalho.

2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA – ELEMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO

Como objetivo central do presente trabalho, será desenvolvido uma análise da necessidade e dos meios de promover a aplicação do princípio⁷ da igualdade como condição de possibilidade na busca da concretização dos direitos sociais, principalmente o direito à saúde. Fazendo, com isso, que o próprio Estado também cumpra com suas funções de forma (minimamente) eficiente. Para esse desiderato, porém, é necessário inicialmente se compreender de forma correta sobre o que se está falando; ou seja, de que se trata quando se refere ao direito à saúde e à concepção de Estado eficiente.

É importante compreender o que são efetivamente direitos sociais, qual a sua forma de constituição, a sua origem, a sua extensão e a sua exigibilidade. Do mesmo modo, percebe-se como fundamental entender o que é esse Estado que tem a obrigação de atender a demandas deste tipo, suas funções e suas (in)capacidades diante delas. Tudo isso será feito a partir de um contexto contemporâneo, em que o Estado adquire as feições de Estado Democrático (Social) e de Direito, tendo sua legitimidade adquirida e condicionada por uma constituição democraticamente elaborada e instituída. Entre os elementos condicionantes da legitimidade do Estado, está o próprio compromisso de ser eficiente no atendimento às demandas que a o texto constitucional estabeleceu como sendo seus deveres.

Essas concepções e conceitos⁸ iniciais são importantes porque, sem eles, se corre o risco de repetir o senso comum produzido na práxis jurídica que compreende a realidade que permeia as instituições da sociedade e do Estado como algo posto e, portanto, inquestionável; e, mesmo que questionável, imutável, produzindo, com isso, uma espécie de naturalização da realidade e a conseqüente conformação com ela. Essa conformação que se adequa a situações postas, como naturais, produz uma pré-compreensão inautêntica, obnubilando a correta compreensão da realidade e produzindo uma visão de mundo distorcida pela lente obstruída por camadas de

⁷ No presente trabalho compreende-se o conceito de princípio da esteira da crítica feita pela CHD, como um elemento de fundamento do sistema jurídico.

⁸ Lembramos, com Macedo Junior, que a distinção entre concepções e conceitos tornou-se comum no discurso filosófico contemporâneo, especialmente nos debates morais. Autores como Herbert Hart, John Rawls e Ronald Dworkin se utilizam amplamente desta distinção, que foi originalmente destacada por Walter Bryce Gallie. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205, Nota de rodapé. A propósito, como será visto adiante, Dworkin também trabalha a distinção entre os tipos de conceitos. Os conceitos são distinguidos conforme o elemento que é utilizado para a sua definição. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 240-260. Nesse sentido, para o trabalho que se propõe e como será apresentado, os conceitos são divididos em conceitos criteriosais e conceitos interpretativos.

sentido que levam ao seu desfoque, desviando o caminho que poderia levar à correta compreensão da verdade.

Frente a isso, é necessário se iniciar a análise de como se compreende o que se denomina de uma democracia constitucional contemporânea, bem como as funções que se destinam ao Estado e as crises que esse Estado enfrenta, frente a esses desafios e demandas que lhe são impostas.

2.1 AS FUNÇÕES E AS CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Para a doutrina contratualista⁹ de Estado, a multidão de homens, ou seja, o conjunto dos indivíduos (o que depois viria a ser conhecido como sociedade), abriria mão do direito de autogovernar-se (individualmente), em favor de um único ente, que viria a ser o Estado. Essa abdicação em favor do Estado teria por objetivo dar-lhe o monopólio da força, evitando a sua utilização por parte dos indivíduos, de forma particular, pois, no seu estado de natureza, o homem seria lobo do homem, ou seja, levaria ao perigo da violência recíproca, provocando ao final, a autodestruição da própria espécie humana. Nesse sentido, vem à tona a ideia de pacto¹⁰, que é fundamental para a correta compreensão da relação entre o conjunto da sociedade e o Estado:

Isso significa muito mais do que consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também do teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações¹¹.

Portanto, o Estado, a partir desse entendimento, surge por meio de um pacto, tendo como sua motivação e como sua finalidade primordial a ruptura entre civilização e barbárie¹². Entre suas principais características está a de ser um Estado de Direito e a de ter os seus poderes divididos entre Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme teorizado por Montesquieu¹³. Para

⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

¹⁰ Essa ideia tem extrema relevância no presente trabalho, porque remete à necessidade de cumprimento do acordo pactuado, como condição de legitimidade e manutenção do próprio pacto, no caso, do próprio Estado, como instituído a partir de um pacto social.

¹¹ *Ibid.*, p. 140.

¹² Nesse sentido, compreendendo a gênese do Estado como a busca da superação da barbárie pela civilização, é possível afirmar que o Estado, em sua versão mais primitiva, é tão antigo quanto a própria civilização.

¹³ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

Canotilho o Estado é “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotado de *qualidades* que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder [...]’¹⁴. Sua primeira qualidade distintiva seria a soberania, que na modernidade se caracteriza em um poder supremo no plano interno e no poder de independência no plano internacional¹⁵. Canotilho lembra que na Constituição portuguesa, o Estado é definido como toda a organização política da sociedade, constitucionalmente institucionalizada¹⁶. Embora juridicamente o Estado seja uma abstração, o Estado exerce poder. O poder lhe confere os instrumentos e a capacidade de submissão e coerção, objetivando o controle social. Nesse sentido, parece concordar com Hobbes, para quem o poder foi conferido ao Estado, visando a garantir em suas mãos o monopólio da violência, em busca da obtenção e da manutenção da paz entre seus súditos¹⁷.

Para Ferrajoli, reforçando a ideia de pacto, “as constituições são por assim dizer pactos sociais de forma escrita, pactos de não agressão, de mútua solidariedade através das quais são estipuladas as razões de ser do artifício jurídico. As instituições são um instrumento para a realização dessa finalidade”¹⁸. O Estado é, portanto, a partir desse entendimento, um instrumento de direção e de realização dos valores constitucionalmente pactuados e tutelados. Assim, o Estado experimentou um processo evolutivo desde as sociedades mais primitivas até os dias atuais. Em cada período determinado, específico e distinto, a sociedade se organizou de forma também diferenciada. Observa-se, com Bolzan de Moraes¹⁹, que, após as revoluções liberais do século XVIII, o Estado teve três momentos significativos, identificáveis com as transformações ocorridas em cada um desses períodos.

O Estado Liberal, identificado como o Estado mínimo. Uma estrutura estatal reduzida, própria da tradição liberal-burguesa, que saía vitoriosa das revoluções oitocentistas. A função do Estado era o reconhecimento das liberdades, fundamentais ao espírito liberal, bem como as proteções individuais, com a garantia da segurança e da paz. O Estado Liberal, que marca uma das fases do Estado, tem no triunfo da burguesia a delimitação de sua assunção ao poder, efetivamente na condição da classe que saiu vitoriosa nas revoluções havidas, principalmente, na Revolução Francesa. Assim, se na ordem econômica o Estado passa a defender e sustentar

¹⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 89-90.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. revisada, Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 204

¹⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil, op. cit.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. I Conferência internacional sobre garantismo e gestão pública – separação dos poderes: funções de governo e funções de garantia. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, ano 4, n. 23, nov./dez. 2009.

¹⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

os interesses da nova classe, no campo político, o Estado também encontra-se frente à necessidade de limitações do seu próprio poder. Essas limitações e controles vêm do campo político/jurídico, que impõe regras que o Estado passa a ter que respeitar. Nasce assim, portanto, o Estado de Direito²⁰.

Importante observar que modernamente a noção de Estado de Direito está relacionada ao Estado Constitucional, portanto, esses dois conceitos se inter-relacionam. Canotilho entende que essa ideia “pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”²¹. Isto é, uma ordem jurídica dotada de supremacia, a supremacia constitucional. Importante frisar que o Estado de Direito Constitucional é norteado por uma série de princípios e subprincípios. Entre esses, destacam-se o princípio da legalidade na administração pública, o da segurança jurídica e o da proteção da confiança dos cidadãos, o princípio da proibição do excesso, o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais²².

O segundo momento ocorreu com o afloramento dos interesses e das necessidades oriundos principalmente da classe operária, que passou a demonstrar as graves desigualdades na nova realidade social que emergia, começou-se a exigir do Estado novas atuações, diferentes daquelas presentes nos ideais liberais originários. Essa nova realidade produziu pretensões materiais de igualdade, distintas da igualdade meramente formal, defendida pelo modelo liberal. Assim, as liberdades negativas, garantidas pelo Estado de Direito, de cariz liberal, já não se mostravam suficientes para atender as novas demandas impostas ao Estado. As novas demandas exigiam do Estado uma atuação de caráter igualitário e democrático, buscando satisfazer minimamente um ideal que pretendia a equalização econômica e a disponibilidade de oportunidades a todos os indivíduos.

Assim, o Estado sofreu uma forte mudança de postura, caracterizando um novo modelo, o Estado Social. Essa forma representou uma radical transformação estrutural em comparação ao Estado de Direito, inserido na ótica meramente liberal-individualista, passando a ter que se preocupar, minimamente que fosse, com as necessidades coletivas dos cidadãos. Porém, não se pode esquecer, que, embora o chamado Estado Social tivesse a pretensão de alterações estruturais em favor de uma igualdade substancial, jamais se afastou dos ideários capitalistas

²⁰ Com pequenas variações, mas sempre com a ideia da limitação legal dos poderes do Estado: o *Rule of law* na Inglaterra; *État légal*, na França; *Rechtsstaat*, na Alemanha e o *Estado constitucional*, nos Estados Unidos.

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245-246.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito: cadernos democráticos**. Lisboa: Grávida, 1999. p. 256 et seq.

ou do liberalismo pós-absolutismo, mantendo os direitos de liberdade e o direito à propriedade privada (como um direito natural do indivíduo). A adjetivação social ao Estado, ou seja, sua caracterização como Estado Social pretendeu, conforme Streck e Morais²³, “[...] a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social [...]”.

A versão posterior do Estado veio com a necessidade de sua legitimação. Ou seja, com a necessidade de se firmar como uma instituição efetivamente formada por um pacto social, com a participação do cidadão de forma mais ampla possível. Assim, o Estado sofre nova transformação, sendo forjado o Estado Democrático de Direito, como resposta à sua necessidade de legitimação, elemento fundamental do Estado na democracia moderna. Portanto, com pretensões de fundamento na soberania popular, surge o Estado Democrático de Direito.

Trilhando o caminho que visa a analisar a superação da barbárie por meio das instituições do Estado e do Direito, constituído, portanto, um Estado de Direito – e, conseqüentemente, um Direito de Estado, posto pelo Estado –, não é possível avançar sem reconhecer a sua falha. Ou seja, reconhecer que apenas o Estado de Direito, na sua feição formal, não foi capaz de atingir essa superação buscada. Pelo contrário, em muitas oportunidades, apenas fez com que a prática da barbárie trocasse de mãos e de justificação.

A própria história nos mostra que o Estado de Direito, por muito tempo, ao contrário de superar a barbárie, foi seu artífice e mantenedor, através de instituições totalitárias, sendo patrocinador direto de duas grandes guerras mundiais, além de outras brutalidades, como a perpetuação da miséria, da intolerância e da perversidade, que, se não provocou, as manteve de forma direta, foi conivente e, de certa forma, até legitimador de tais barbáries, por se omitir e por produzir mecanismos legais que as mantinha e justificava. O próprio Estado Social, que, embora tenha significado um grande avanço para a sociedade, também não conseguiu resolver o problema da profunda concentração do poder político, muitas vezes exercido através de regimes políticos ilegítimos, de cunho totalitário ou despótico.

O Estado, na sua versão social, não conseguiu ser suficiente para atender o fundamento de legitimidade da estrutura política do Estado, a soberania popular. Dessa forma, foi necessário avançar para além do conceito do Estado de Direito, agregando a ele um elemento indispensável: a democracia, como requisito fundamental à legitimidade do Estado, surgindo

²³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 97.

assim o Estado Democrático de Direito. Streck qualifica como um plus normativo:

O Estado Democrático de Direito representa um plus normativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social. A Constituição brasileira, como as de Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo, em que pese o seu caráter aberto, é uma Constituição densa de valores, compromissária e voltada para a transformação das estruturas econômicas e sociais. Além da carga elevada de valores e do caráter compromissário do texto da Constituição brasileira, este 'traz em seu bojo' os mecanismos para a implantação das políticas do *Welfare State*.²⁴

Diante da necessidade de enfrentamento das mazelas individuais e sociais, o Estado tem a necessidade de estar articulado e ter sua atuação pautada por parâmetros democráticos. O Estado passou a necessitar a subordinação ao domínio da legitimidade. Dessa forma, o moderno Estado Constitucional significa que o Estado deve ser organizado, exercido e submetido à ordem democrática.

O elemento central desse modelo é a constituição, comprometida com a realização dos direitos fundamentais, assumindo uma postura dirigente, que visa a implementar na sociedade níveis reais de igualdade, tanto no aspecto individual, como no social, passando a ser uma forma privilegiada de instrumentalização das ações do Estado no objetivo de concretização das funções sociais a ele impostas e descumpridas. A constituição democrática deve, portanto, informar, dirigir e instrumentalizar as ações do Estado, através da Administração Pública institucionalizada de forma eficiente e comprometida com os ideais constitucionais.

Reforça-se que todas as ações, estatais ou sociais informadas e dirigidas pelo Estado, devem ser norteadas por esses princípios balizadores dos rumos a serem seguidos e perseguidos. Assim, os princípios do Estado Democrático de Direito, compromissados com a dignidade da pessoa humana e a concretização efetiva dos direitos fundamentais, devem ser o fecho eficaz, dando a conclusão final na interpretação de todos os demais princípios e normas constitucionais ou legais do sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, a interpretação e a aplicação do Direito, constitucional e infraconstitucional, deve assumir um papel fundamental frente ao Estado Democrático de Direito, visando à efetivação das promessas pactuadas e ainda descumpridas, buscando a superação da dívida social histórica²⁵, cujo pacto constitucional assumiu o compromisso de seu resgate.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 42-43.

²⁵ O conceito de dívida social histórica, pertence a um horizonte comum compartilhado no aprendizado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Trabalhar com a ideia da Constituição de 1988, e a necessidade de efetivação de direitos sociais em um dos países mais desiguais do mundo; processa essa, portanto, presente na Constituição, porém, invariavelmente, descumprida. Nesse sentido, entre outros: *Ibid.*, p. 99 et. seq.

Assim, se forjou o Estado, o Direito e o que se entende por Democracia nas suas mais variadas formas. Ocorre que nem mesmo assim se conseguiu superar a barbárie, também nas suas mais variadas formas que se apresentam até hoje. Atualmente vive-se, entre outras, uma espécie de barbárie institucional, e o Estado, bem como o Direito, que foram instituições criadas para a superação da barbárie, parecem confessar a sua incapacidade para essa finalidade, e muitas vezes a sua conivência e até certa legitimação. O Estado contemporâneo encontra-se em profunda crise, existindo, nesse sentido, inclusive análises que defendem a sua própria superação por algo que não se sabe dizer o que seria. Para enfrentar tais discussões, tanto de sua superação quanto de sua ineficiência para o atendimento das demandas que lhe foram atribuídas, é necessário compreender as motivações e consequências de sua crise.

2.1.1 O Estado e suas Crises

O Estado não deu conta de suas funções. Por isso, as suas crises emergem de diversas formas. O Estado, em que pese a sua experiência de um período de efetivo Estado Social, atualmente enfrenta uma crise em relação às condições para a continuidade daquelas políticas que outrora foram consideradas bem sucedidas. Bolzan de Moraes trata desse fenômeno, a partir do que denomina de uma *teoria das crises*²⁶, em que se vislumbra uma profunda retração na própria fórmula do Estado:

O que se tem neste contexto é que, em crise a forma e o conteúdo estatal moderno veem-se complexificar a gestão do próprio poder político, marcado pela quantificação e qualificação das demandas. Assim, diante da deficiência, insuficiência ou inexistência das respostas, instado a cumprir com as promessas contidas nos acordos político-constitucionais, seja por intermédio de práticas políticas, seja pelo crescimento da litigiosidade, marcada pela pretensão a serem satisfeitos os conteúdos reconhecidos constitucionalmente²⁷.

Na busca de respostas a essa complexidade dos fenômenos contemporâneos, o Estado “transmutou-se, mudou de rumos, enfraqueceu, subjugou-se, muitas vezes, mas o debate permanece [...]”²⁸. A perda de referência do Estado afeta inclusive a própria Teoria do Estado,

²⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. (Coleção Estado e Constituição, n. 1.)

²⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

²⁸ Ibid.

a ponto de se questionar a sua capacidade de explicar as atuais circunstâncias das práticas políticas, considerando os dilemas e perplexidades apresentadas²⁹.

A crise do Estado se mostra no modo como ele está estruturado contemporaneamente: devedor de um grande rol de promessas, que, embora tardias, ainda não foram cumpridas, permanecendo o dilema sobre a capacidade do Estado de cumprir o seu fim (como finalidade) ou, então, sobre se efetivamente o Estado encontra o seu fim (como encerramento/superação), numa confissão definitiva de sua incapacidade para o desiderato que lhe cabe (ou coube), mostrando-se, dessa forma, uma instituição ultrapassada.

Ao analisar a crise do Estado, Bolzan de Moraes identifica cinco divisões parciais dessa crise, são elas: a crise conceitual, a crise estrutural, a crise constitucional, a crise funcional e a crise política³⁰. Partindo dessas concepções que são parciais, e não independentes umas das outras – pois se entrelaçam numa conjunção que as potencializa –, é possível uma melhor identificação do fenômeno, para a sua correta compreensão.

1. A crise conceitual do Estado diz respeito à questão do poder como soberania. É imperativo compreender que a soberania do Estado traz como elemento primordial a caracterização típica do Estado-Nação, identificada basicamente pela centralidade do poder, o monopólio da força, a tripartite divisão do poder, a delimitação territorial-geográfica claramente definida e a população como corpo da cidadania nacional.

Ocorre que: “Muito embora a soberania permaneça adstrita à ideia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se atentar para as novas realidades que impõem à mesma uma série de matizes, transformando-a por vezes”³¹. Nesse mesmo sentido, para Saskia Sassen, somente se concebe a soberania nacional a partir da centralização de uma autoridade sobre um determinado território. Porém, a autora afirma que “La dimensión política de la soberanía contemporánea es mucho más compleja de lo que puede suponerse a partir de la nación de exclusividad territorial”³².

Portanto, os próprios elementos formadores do conceito de Estado sofrem profundas alterações, empurrando-o para uma crise conceitual, que precisa redefinir, tanto no plano externo como no interno, o conceito contemporâneo de soberania.

²⁹ Conforme Moraes, um exemplo disso pode ser lido em: CANOTILHO, J. J. Gomes. Precisar a Teoria da Constituição Europeia de uma Teoria do Estado. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Coimbra, p. 665-674, 2005.

³⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25 et seq.

³¹ Ibid., p. 28.

³² SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Madri: Kats, 2010. p. 519.

2. A crise estrutural está relacionada ao fim do Estado de Bem-Estar Social. O Estado do Bem-Estar Social, ou o modelo constitucional do *Welfare State* – em que o Estado atende à demanda de garantir instrumentos de proteção social, sobrevalorizando o princípio da igualdade. Essa crise estrutural (num sentido amplo) sofreu transformações diante de determinadas situações históricas, provocadas pela emergência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido Bolzan de Moraes afirma:

O Estado Democrático de Direito emerge, neste quadro de ideias, como um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pelo caráter *transformador* que agora se incorpora³³.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito que se agregou ao Estado Social, aprimorando-o e tornando-o mais complexo, impôs uma atividade estatal comprometida com a transformação da realidade social, no sentido de ir além daqueles compromissos anteriormente existentes no Estado Social³⁴. Ocorre que essas demandas, principalmente nos países com déficit democrático, nunca foram atendidas, aprofundando as crises do Estado, principalmente, nessa especificidade: a crise estrutural que o Estado contemporâneo vive. Se pode afirmar, com Streck³⁵, que as políticas de desregulamentação, por exemplo, são antitéticas ao texto constitucional brasileiro, pois, considerando que o neoliberalismo pretende a desregulamentação, a Constituição brasileira direciona o Estado e a sociedade rumo à necessária construção de um Estado Social, intervencionista, pautado por políticas públicas distributivas. Nesse sentido, o art. 3º do texto constitucional traz os fins estabelecidos ao Estado, como sendo o núcleo da Modernidade que o Brasil ainda não logrou alcançar e, por isso, a dívida consagrada que precisa ser resgatada, cuja promessa de resgate está exatamente estabelecida no pacto constitucional.

Essa realidade produz, ainda, uma outra crise sentida pelo Estado, a crise *político-democrática*, dividida, conforme já afirmado, nas crises constitucional, funcional e política.

³³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41.

³⁴ Id. A Jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”: o caso das contratações temporárias no serviço público. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 94.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 144.

3. A crise constitucional/institucional é, entre outros aspectos, uma consequência das crises já analisadas anteriormente. É preciso lembrar que a Constituição, assim como as demais conquistas históricas, nunca foi um dado, no sentido de ser objeto de reverência consensual. Pelo contrário, sempre esteve sujeita ao jogo de poder entre os mais diversos atores e interesses em permanente disputa, produzindo, assim, tensões e conquistas inerentes a esse jogo. Isso tudo repercutiu no que se observa atualmente: elementos de desestabilização do projeto constitucional. É nesse sentido que Bolzan de Moraes afirma que:

Dessa forma, percebe-se que o constitucionalismo se ressent, nos dias atuais, seja pela fragilização/fragmentação daquilo que ele mesmo ‘constitui’ e do qual se sustenta, o Estado, seja pela tentativa de aponta-lo como, ao contrário de sua ideia inicial e a partir do desenho que impõe, um instrumento impeditivo do desenvolvimento – econômico – apesar de resultante do projeto jurídico-político liberal-burguês, apesar de ter marcado o seu nascimento como instrumento de segurança e legitimidade social³⁶.

Assim, a crise constitucional/institucional demonstra que se enfrenta um processo de desconstitucionalização, provocado pelo ideário neoliberal e pela contradição presente entre as promessas descumpridas dos textos constitucionais, exatamente pela ausência de condições econômicas (dentro do ideário ideológico citado) para o atendimento das demandas constitucionalmente pactuadas.

4. Essa crise constitucional produz o surgimento de outra, a funcional, que faz com que o Estado perca a centralidade e a exclusividade no desempenho das funções tipicamente estatais. Bolzan de Moraes identifica essa crise do Estado em elementos como o surgimento de instituições, na iniciativa privada, que exercem funções outrora privativas do Estado, como as “*agências* produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, [...] pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas pelo critério coercitivo que seria próprio às decisões de Estado”³⁷.

Dessa forma, reforçando a crise funcional, no que diz respeito ao clássico modelo da tripartição das funções do Estado, percebe-se, por exemplo – amparado pela crise estrutural, que faz com que aquelas demandas constitucionais que não sejam atendidas no campo da política –, a canalização de demandas ao Judiciário, produzindo, com isso, a judicialização da política, isto é, dos interesses que deveriam ser enfrentados e resolvidos pelos demais Poderes republicanos. Assim, a crise funcional do Estado também está umbilicalmente relacionada com

³⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52-53.

³⁷ *Ibid.*, p. 57.

o ativismo judicial, pois, quando as pautas constitucionais – principalmente no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais –, que deveriam ser reivindicadas e construídas na arena da política, são buscadas (e atendidas) no Judiciário, produz-se um círculo vicioso, na medida em que o ativismo judicial, que é resultado da judicialização da política, também a alimenta.

5. Por fim, a crise política. Essa traz à discussão a questão da representatividade política (e partidária), como elemento fulcral da democracia nos dias atuais.

Na democracia moderna, superada a possibilidade da participação direta do cidadão nas decisões dos rumos do Estado, a representação (eleitoral) democrática tem sido a melhor opção. Porém, diante das complexidades que se apresentam na sociedade contemporânea, o jogo da política tem produzido uma espécie de *fantochização* da democracia, como observa Bolzan de Morais:

[...] constata-se, ao menos tendencialmente, o desaparecimento de *alternativas reais de escolha*, posto que se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desdiferenciação de candidatos, etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições, uma vez ausente qualquer competição eleitoral efetiva ou, por outro lado, em razão do descrédito em relação à política como instrumento capaz de responder adequadamente aos interesses sociais ou, ainda, pela desconfiança relativamente à política e seus atores como ambiente e sujeitos acima de qualquer suspeita [...].³⁸

Esse descrédito denunciado tem várias motivações. Entre elas talvez a mais significativa seja a progressiva e quase total ocupação do espaço da política pela economia. Os mecanismos e atores de decisão política contemporaneamente estão cada vez mais influenciados e controlados pela economia, produzindo uma espécie de ideologia única, disfarçada de neutralidade. Esses elementos têm produzido uma despolitização massiva e uma diminuição da participação cidadã na vida pública, o que resulta numa queda da qualidade da atuação política, transformando os partidos em *máquinas* meramente eleitorais, sem qualquer compromisso com a representação cidadã e democrática³⁹.

Essa crise política, portanto, produz uma democracia formal e burocrática, que se apoia, por um lado, numa pretensa legitimação eleitoral dos representantes e, em outro, na seleção burocrática dos mais *competentes* para aquelas funções administrativas, por meio do concurso público. Dessa forma, reduz-se o próprio papel das eleições, que apenas definem quem assume o governo, porém, com pouca influência e legitimidade sobre as políticas que são

³⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 72-73.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional**. Madrid: Trotta, 2011. p. 77-78.

posteriormente implementadas pelos representantes eleitos⁴⁰. Com isso, há a necessidade de uma produção de mecanismos democráticos alternativos, superando a concepção clássica estatal⁴¹, que vai desde o fortalecimento de estruturas não governamentais, porém, públicas, até a propostas cuja radicalidade de ação é muito mais concreta e efetiva.

Por outro lado, conforme já se viu, a crise leva à desestruturação do Estado, tanto no plano interno como no externo, produzindo uma decomposição do conceito clássico de Estado-nação. Não se pode ignorar, assim, que outro elemento fundamental da atualidade, que coloca em cheque e faz aprofundar as crises do Estado, é o processo de globalização. Esse processo, além de fragilizar o Estado-nação, aumentando a volatilidade (e, portanto, o enfraquecimento) da economia nacional, deixa como consequência, ao Estado e à sociedade, as mazelas provocadas por essa mesma volatilidade. Ou seja, transfere os recursos econômicos e mantém os problemas sociais, o que aumenta a incapacidade do Estado de atendimento a essa demanda, aprofundando a sua própria crise.

O processo de globalização, capitaneado principalmente pelo setor econômico, mais precisamente, pelo capital financeiro, que, não encontrando mais fronteiras, tornou o mundo o seu lugar, ou seja, qualquer lugar e todo lugar ao mesmo tempo. Com Sassen é possível compreender que a década de 1980 marca o início de um processo de desnacionalização de determinados elementos do Estado. Inicia, com isso, a formação de entidades manifestamente globais. Essas mudanças, porém, já haviam sido moldadas e desenvolvidas em períodos anteriores, o que possibilitou o seu desencadeamento mais concreto naquela década:

Si hay un rasgo sistémico que caracteriza a todos estos ensamblajes es que se han visto desnacionalizados, ya sea que hayan nacido en el Estado-nación o en los sistemas tradicionales de alcance global. Éstos conviven con numerosas formaciones históricas que son constitutivas del Estado-nación moderno, de modo que también en este sentido son configuraciones emergentes. El proceso de desnacionalización se encuentra en plena marcha, lo que no implica que vaya a ser absoluto, pues ningún proceso histórico lo es.⁴²

Analisando a formação dessa nova ordem global, tendo seu rumo forjado pelo e para o capital financeiro, Sassen lembra do fundamental papel desempenhado por mecanismos como

⁴⁰ ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Barcelona: Paidós, 2011. p. 22-25.

⁴¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas no Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012. p. 166.

⁴² SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Madri: Kats, 2010. p. 504-505.

a Organização Mundial do Comércio e o FMI, que servem de instrumento para a consolidação dessa ordem:

[...] las formaciones globales que han recibido más atención, como la reformulación del FMI o la creación de la OMC, son sucesos de transición que funcionan como indicadores de un cambio fundacional y como capacidades instrumentales para ese cambio. Sin embargo, las dinámicas concretas que se están configurando son mucho más profundas y radicales que entidades tales como el FMI o la OMC por sí solas. Estos organismos más bien sin potentes recursos para construir un nuevo orden: no constituyen el orden en sí, sino sus instrumentos⁴³.

Ao trata da ideia de um Direito Comum, Delmas-Marty destaca a contradição que se verifica quando da análise da globalização, no que concerne a cisão conflitiva entre os direitos humanos e os direitos dos bens econômicos. Destaca a necessária superação desse conflito, tornando esses *dois direitos* compatíveis. Mas, para isso, é necessário superar a tradicional oposição que existe entre os direitos das pessoas e os direitos dos bens econômicos: “este confronto da Europa dos comerciantes com a dos direitos do homem é uma ilustração [...] daquilo que os sociólogos chamam a ‘polissemia simultânea’, definida por Andre-Jean Arnaud como ‘o encontro de várias sistemas jurídicos num mesmo lugar e num mesmo tempo’”⁴⁴. Assim, é necessário uma distinção entre aquelas normas que se mostram compatíveis, das incompatíveis, na dicotomia entre mercado comum e/ou direitos do homem. Verificação essa que se mostra ainda mais dolorosa por não existir nenhuma hierarquia jurídica que permita dirimir o conflito⁴⁵.

Assim, questões como representação, democracia e soberania nacional não podem mais ser analisadas sem o reconhecimento de que os mercados financeiros globais se tornaram o centro proeminente da produção autônoma de legalidade e da política.

Esse conflito existe porque a globalização percorreu um processo capitalista neoliberal, fundamentado unicamente nos interesses do capital, relegando a algo sem importância a preocupação com os direitos humanos, ou mesmo com a produção de bens (o capital produtivo)⁴⁶. Essa política econômica que prioriza o interesse do capital também é acompanhada por uma política cultural de dominação, exclusão e imposição, centrada numa

⁴³ SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Madri: Kats, 2010. p. 524.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 241.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 241.

⁴⁶ Pertinente a análise de que “O princípio da banca universal” permitiu o desenvolvimento de poderosos “conglomerados financeiros” e a “financeirização da economia”, conseguindo a “supremacia do capital financeiro sobre o capital produtivo”, tornando-se num verdadeiro “capitalismo de casino”. “O princípio da liberdade de circulação do capital”, produziu um “mercado único de capitais à escala mundial”, permitindo que o dinheiro circule para qualquer parte do mundo em qualquer hora do dia. “O casino funciona 24 horas por dia”. AVELÁS NUNES, António José. **O Estado capitalista e suas máscaras**. Lisboa: Avante, 2013. p. 218-220.

proposta de produção cultural/ideológica única, ou seja, como se outras culturas e ideais de vida não precisassem ou deveriam ser consideradas.

Assim, resta evidente que nem mesmo o processo de globalização conseguiu – e efetivamente não foi esse o seu objetivo – superar ou ao menos minimizar os graves problemas sociais impostos por um processo de acumulação/exclusão social, típico do liberalismo econômico. Portanto, é nesse contexto de crise que o Estado contemporâneo se encontra. A busca de sua superação é algo que se impõe, no sentido de encontrar alternativas que possibilitem a construção de um Estado que encontre legitimidade através do cumprimento das funções que lhe forma (im)postas pelo pacto constitucional, sob o risco de, não alcançando esse desiderato, efetivamente restar confirmada a sua incapacidade de superação da barbárie (no contexto contemporâneo).

2.1.2 O Estado Constitucional

Embora com raízes embrionárias tanto na antiguidade quanto no medievo, o constitucionalismo é um fenômeno da modernidade. Diferente do constitucionalismo moderno, o primitivo ainda não pressupunha um poder soberano que representasse a comunidade política, subordinada à sua constituição, nem pretendia garantir os direitos individuais, como o direito à igualdade. Conceitos como soberania, direitos individuais, igualdade, ainda são desconhecidos para a comunidade política e social que inaugura o constitucionalismo primitivo.

No grande hiato de tempo entre a antiguidade e o período moderno, o medievo também teve a sua constituição, dotada de características próprias e peculiares, distintas do período que a antecedeu, como do que a sucedeu. Portanto, a constituição medieval não foi uma simples continuação da constituição dos antigos, tampouco uma mera antecipação da constituição dos tempos modernos.

Também não é possível se compreender o medievo, muito menos a(s) constituição(ões), como um único e imutável espaço temporal, nem tampouco como uma única forma típica de exercício do poder. Tratou-se, pois, de um período que teve uma duração de aproximadamente dez séculos: desde a queda do Império Romano, no século V, até o início das ideias que vieram a desaguar na modernidade, ou seja, até o século XV.

Destaca Fioravanti⁴⁷ que nesse período existiram reis, príncipes e senhores, leigos e eclesiásticos, cuja origem de seus poderes se deu de maneira mais ou menos segura e linear. E,

⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 33-34.

dessa forma, tendiam a considerar o objeto de seus domínios como um território mais ou menos unificado, ou como um simples conjunto de terras unidas por relações feudais. Destaca, porém, que, sobretudo a partir do século XI, passou a existir “el extraordinario fenómeno de la constitución de los ordenamentos de las ciudades, que se dotan de formas de gobierno también em gran medida participativa”⁴⁸. Ou seja, formas distintas de governo daquelas tradicionalmente entendidas para o período, como a concentração individual e total do poder, seja nas mãos dos reis ou dos senhores feudais.

No século XII, com o renascimento do poder monárquico, surgem os primeiros elementos de uma administração de Estado, com um incipiente aparato burocrático. Aquelas monarquias soberanas restauraram o poder do Estado, com a estruturação de um governo burocraticamente organizado, como um embrião do que posteriormente veio a consolidar a ideia de Estado-nação. Assim, a monarquia absoluta foi se desenvolvendo e se transformando em monarquia constitucional-parlamentar, surgindo um regime modernizado que ficou conhecido como “despotismo esclarecido”.⁴⁹ Com isso, surgem as denominadas constituições mistas, como resultado da correlação de interesses da monarquia, da aristocracia e como elementos que podem ser considerados democráticos.

Assim, para responder a questão sobre como poderia ser representada a constituição no período histórico que vai do início da Idade Média até o período que antecedeu às revoluções do século XVIII, Fioravanti⁵⁰ explica esse período e suas respectivas constituições como sendo a existência de espaços políticos e territoriais sobre os quais atuava um conjunto de forças distintas. Tais forças podiam ser as de origem feudal e corporativas, como podiam ser também as econômicas e a dos artesãos (e outros ofícios), que passavam a se instalar no âmbito dos burgos. Nesses espaços, essas forças eram mantidas em equilíbrio conforme as regras consuetudinárias ou escritas, acordadas geralmente com um senhor-feudal ou com quem ocupasse uma posição de proeminência naquele determinado território. Pois esse conjunto de regras e o equilíbrio que ele possibilitava era exatamente o que se entendia como constituição. A constituição mostrava-se coerente e temporalmente estável, não em respeito a um princípio de soberania, ou por fundamento democrático, porém, por sua capacidade de garantir a paz e um razoável equilíbrio entre as forças existentes naquele território, reconhecendo seus direitos e suas liberdades.

⁴⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 34.

⁴⁹ CAENEGEM, Raoul C. Van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 25-26.

⁵⁰ FIORAVANTI, op. cit., p. 20-21.

Não se pode ignorar, no entanto, que, quando se tratava da pretensão de manter um equilíbrio (designação original do que veio posteriormente, e com mais força a partir das revoluções oitocentistas, a ser defendido e compreendido por direito de igualdade), para a preservação da paz e concórdia, não se tratava de uma pretensão levada de forma universal ao conjunto da sociedade, ou seja, a todos os indivíduos que viviam naquela sociedade. Pelo contrário, as diversas forças, cujo equilíbrio era buscado por parte da constituição primitiva, eram as que detinham alguma organização e expressão econômica.

Fioravanti destaca que, em 1656, James Harrington teorizava sobre o que se pretendia que fosse uma república ideal, defendendo um equilíbrio social e institucional, com base em leis fundamentais, entre elas, a lei agrária, que limitava o valor da terra que cada um poderia possuir, criando, com isso, condições para que, assim, um maior número de pessoas pudessem se tornar proprietárias. E uma lei eleitoral que, intrinsecamente relacionada com a lei agrária, estabelecia quem poderia fazer parte das instituições do Estado, “que diferencia el senado, reservado a los propietarios con una renta elevada, dela cámara popular, en la que están presentes todos los propietarios, con la única excepción de los asalariados, de los *servants*, de los indigentes y de los mendigos”⁵¹. Assim, o Estado era sustentado por governos mistos. Sob esse governo misto, o ideal de constituição também eram as constituições mistas, formadas com elementos da aristocracia e da democracia daquela época.

Esse modelo constitucional imperou na Europa durante toda a idade moderna, até meados do século XVIII. Fioravanti destaca que as constituições continham em si a razão e a medida da convivência. “Apartarse de la constitución significa abandonar el camino principal, hacer prevalecer los puntos de vista unilaterales contrarios a su naturaliza mista y, por lo tanto, a su *aequabilitas*, y tomar caminos inseguros hacia soluciones inestables [...]”⁵².

Assim, na pretensão de uma definição que pudesse remontar à origem do constitucionalismo até o moderno, Fioravanti afirma que:

El constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizada mediante normas⁵³.

Delimitando assim, as principais características do constitucionalismo nascente encontram-se fortemente presentes num movimento político-jurídico que busca a imposição de

⁵¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 22-23.

⁵² *Ibid.*, p. 25.

⁵³ *Ibid.*, p. 17.

limites ao Estado, por meio de disposições legais limitadores, bem como a busca de garantir a liberdade do indivíduo, afastando-o da ingerência desse mesmo Estado. Essas duas características principais são, posteriormente, entendidas como marcas fundantes da modernidade.

A própria institucionalização do Estado tem claramente duas fases distintas: na primeira, a finalidade primordial é o estabelecimento da soberania territorial, ou seja, a demarcação e a concentração do poder público sobre (seu) determinado território; a segunda fase busca a consolidação do constitucionalismo com a imposição dos limites ao Estado, a compreensão da necessária garantia ao pluralismo (embora, claramente ainda muito limitado, nesse aspecto) e da liberdade individual, bem como a promessa da participação popular e democrática. Assim, o movimento que desagua no Estado é o mesmo que passa a consolidar o constitucionalismo.

Embora na especificidade, com motivações e resultados distintos, principalmente se comparando às Revoluções Francesa e Norte-americana⁵⁴, no que se refere ao processo de consolidação do constitucionalismo, as revoluções que estabeleceram o nascimento da modernidade foram marcantes. Essas revoluções – que tiveram uma mútua influência entre si – representaram um momento de mudança na história do constitucionalismo, ao produzirem o surgimento das constituições escritas, fruto de poderes constituintes explícitos. Porém, conforme Fioravanti⁵⁵, o que distinguiu com maior profundidade o constitucionalismo das revoluções daquele constitucionalismo primitivo foi o princípio da igualdade, elaborado a partir das modernas doutrinas jusnaturalistas, “en versiones más extremadas, como en la línea que conduce de Hobbes a Rousseau, o más moderadas, como en la línea que conduce Locke a Kant”.

Porém, ainda conforme Fioravanti, entre a solução antiga do historicismo conservador e o racionalismo revolucionário, o constitucionalismo europeu do século XIX buscou uma espécie de terceira via, com formas e soluções diferentes. Destaca que, para não renunciar aos princípios da revolução, não pode retroceder ao primeiro modelo. Por temer a ilimitada extensão da aplicação dos ideais revolucionários, sobretudo do princípio da igualdade, não pôde assumi-lo de forma integral. Por isso, *la nación* da época liberal tem essas duas faces

⁵⁴ Além de resultados díspares, as três revoluções do século XIII também tiveram que lidar com peculiaridades e diferentes realidades históricas. Um ponto de distinção marcante nas revoluções francesa e inglesa, frente à revolução norte-americana, foi o fato de que as duas primeiras tiveram o problema das guerras civis religiosas no contexto da conformação do governo estatal. Já a terceira revolução estava mais ligada ao processo de desligamento das colônias em relação à metrópole inglesa e à necessidade de afirmação de um governo autônomo, desvinculando-se do parlamento e do trono inglês. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. A Constituição e o estamento: contribuições à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente; CULLETON, Alfredo (Org.). **20 anos de Constituição: os direitos humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 221-222.

⁵⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001. p. 18-19.

inseparáveis, “por una parte, es una nación de individuos que nace de la revolución, pero, por otra, es una nación en sentido histórico que, como tal, pone vínculos y límites e impone prudencia y equilibrio, sobre todo frente a la monarquía que es la principal institución histórica”⁵⁶.

Assim, o constitucionalismo pós-revolucionário constrói uma problemática relação com a democracia, principalmente no que diz respeito à extensão da aplicação dos direitos, tanto os direitos civis, mas, principalmente, os políticos e sociais, entendidos como conquistas das lutas revolucionárias. Por isso, esse constitucionalismo se forjou com um pé nas conquistas revolucionárias (sempre acentuando que a grande questão do conflito era a extensão da aplicação prática do princípio da igualdade) e outro no conservadorismo histórico, que via na expansão dos direitos políticos e sociais uma ameaça real e constante. Assim, o Estado constitucional liberal, que não negava os direitos advindos da aplicação do princípio da igualdade, também não permitia seu aprofundamento.

Já o que se convencionou a denominar de constituições democráticas tiveram a sua gênese ainda no século XX, cujo início foi marcado por um grande número de guerras, entre elas as duas guerras mundiais, e regimes totalitários, que provocaram a necessidade de mudanças no constitucionalismo liberal europeu daquela época. Assim, as constituições democráticas do pós-guerra são marcadas por inaugurarem a inclusão em seus textos os direitos sociais. Por isso, as democracias constitucionais são democracias sociais, por estabelecerem os direitos sociais constitucionalmente protegidos, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à assistência social e outros.

Outro elemento fundamental do constitucionalismo democrático pós-guerra é a compreensão da supremacia da constituição frente ao legislador ordinário. Com isso, o parlamento – que não criou a constituição, mas foi criado por ela – não tem poderes de alterar livremente o texto constitucional, como também não pode editar textos legais que venham a afrontar os ditames da constituição democraticamente pactuada.

Nesse ponto, importa demarcar de forma clara as distinções conceituais fundamentais existentes entre o processo embrionário de formação do constitucionalismo, tendo como marcos temporais o medieval, a modernidade e o mais contemporâneo conceito de constituição. Marcelo Neves destaca que as denominadas cartas de liberdade ou pactos de poder que tiveram sua origem no medieval, como, por exemplo, a Carta Magna inglesa de 1215 “desenvolveram-se no âmbito dos conflitos de interesses dos barões feudais e da burguesia emergente contra a

⁵⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 48.

monarquia no âmbito do Estado Absoluto. Mas esses pactos de poder não devem ser confundidos com a Constituição em sentido moderno”⁵⁷.

Um dos elementos distintivos era a abrangência no meio social atribuída àqueles pactos em comparação com as Constituições modernas. Os pactos de poder eram particulares, “referindo-se a certos acordos entre a monarquia e a nobreza ou parte da burguesia. As constituições modernas, ao contrário, têm a pretensão de ser universais, pois se referem, includentemente, a todos os membros da respectiva organização jurídico-política”⁵⁸. Portanto, os pactos de poder do medievo tinham uma característica particularista, ao passo que as constituições modernas têm uma característica universalista. Compreender essa característica é de fundamental importância para a correta interpretação do próprio conteúdo constitucional contemporâneo.

Outro elemento de distinção destacado por Neves diz respeito à sua validade ou às diferenças quanto à dimensão material entre os referidos pactos medievais e a constituição moderna. Os pactos eram pontuais, ou seja, se destinavam a tratar de determinados temas específicos. As constituições modernas, por sua vez, são abrangentes em seu conteúdo, isto é, elas possuem um conteúdo que pretende atender às questões gerais que dizem respeito ao Estado e à sua relação com a sociedade, e não apenas questões específicas, pontuais.

Outra distinção fundamental é que as constituições contemporâneas são normativas, ou seja, implicam a “vinculação jurídica do poder, o que possibilita o seu limite e controle pelo direito. [...] são constituintes de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe fundamentação normativa, positivada juridicamente”⁵⁹. Assim, o constitucionalismo medieval, que era constituído por pactos e acordos firmados entre os que detinham poder econômico e político, ou seja, entre os senhores feudais, parte da burguesia emergente e a monarquia, passou por um profundo processo de transformação, quando num primeiro momento o poder político passou a sofrer limitações, proporcionando maior liberdade à vida particular e privada. Uma segunda transformação marcante na vida constitucional aconteceu com a necessidade dessa mesma constituição ter que se constituir num documento pactual do conjunto da sociedade e não apenas de uma parcela privilegiada dela. Assim, passando primeiro pelo constitucionalismo do Estado Social, chegando, depois, às constituições do Estado Democrático de Direito, tendo, aí, sim, nas constituições contemporâneas, a sua lei fundamental, como um verdadeiro pacto social-

⁵⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 19.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 21.

político-jurídico, que passa a orientar os rumos do Estado e da sociedade que cada nação pretende formar.

Destaca-se que esse marco definitivo no modelo do constitucionalismo social e democrático iniciou com a Constituição mexicana de 1917, sendo seguida pela Constituição de Weimar de 1919, pelas Constituições francesas de 1946 e 1958, pela italiana de 1948 e pela Norma fundamental alemã (*Grundgesetz*) de 1949, entre outras⁶⁰. Assim, o constitucionalismo democrático, ou as democracias constitucionais, são conquistas recentes, sendo consideradas a grande novidade do século XX. Fioravanti destaca que a democracia constitucional é fruto da superação de uma velha e dupla desconfiança: “por uma parte, la democracia acepta ser regulada en la constitución, por otra, la constitución acepta su origen político, su procedencia de la voluntad del pueblo soberano”⁶¹. A partir dessa compreensão, ao menos que formalmente, o povo deixa de ser simples destinatário do Direito, passando a ser o próprio e soberano constituidor do Direito, por meio da produção das Constituições democráticas contemporâneas.

Porém, da mesma forma como o Estado Constitucional assume seus compromissos voltados ao bem-estar social, comprometendo-se, portanto, com as condições minimamente necessárias para uma vida boa, com práticas que assegurassem o atendimento dessas necessidades, viu-se envolto de uma profunda dificuldade para cumprimento dessas demandas.

Conforme já visto, parte-se da hipótese principal de que a concretização do princípio da igualdade fornece a primordial condição de possibilidade para o cumprimento, de forma eficiente e universal, das funções que foram estabelecidas ao Estado. Dentre essas funções, está a concretização dos direitos fundamentais, entre eles, o direito à saúde. Porém, para que seja possível se analisar uma possível confirmação ou não dessa hipótese, é necessário, anteriormente, se ter mais claro alguns temas, considerados vinculados e de abordagem imprescindível. Trata-se de assuntos que podem ser considerados de forma independente, mas que, para a presente análise, se encontram irremediavelmente imbricados. Um deles, é a questão

⁶⁰ É importante destacar que, quando se fala em Constituição, não se está a tratar de uma ideia ou de um conceito que se encontra no interior de um documento que tenha uma única forma. Ou seja, a ideia de Constituição não está relacionada à forma com que esse documento “Constituição” possua. Nesse aspecto, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud lecionam que “A Inglaterra não tem constituição escrita. Entretanto, desde 1215, com a Carta Magna, a sociedade inglesa tem construído, historicamente, um tecido constitucional para proteger o cidadão dos desmandos e do excesso do Poder Público. [...] Os EUA têm uma Constituição enxuta, que cresceu com algumas emendas, mas sua essência e seu respeito são pontos fundamentais do constitucionalismo norteamericano. A Alemanha não teve uma Constituição escrita a partir de um poder constituinte genuíno. Contudo, no pós-2ª Guerra Mundial, em razão de uma sólida atuação do Tribunal Constitucional Alemão, foi possível conferir **status** constitucional a sua lei fundamental.” NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 79.

⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução: Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014. p. 55.

da democracia, que precisa ter seus marcos substanciais compreendidos, numa intrínseca relação com o Estado contemporâneo.

2.2 ESTADO DEMOCRÁTICO

A análise em relação à democracia ou ao Estado democrático, parte do entendimento prévio de que o espaço físico da *Ágora* grega, onde se realizavam as assembleias com a participação direta do cidadão, é uma realidade que não está mais à disposição nas democracias contemporâneas. Por esse motivo, foi necessário encontrar outros mecanismos que tornassem possível a comunicação entre o Estado e seus cidadãos, numa relação que avance para além da simples democracia formal e procedimental. Sabidamente, a alternativa moderna tem sido a participação indireta do cidadão, por meio de seus representantes, na denominada democracia representativa. Nela, o representante deve representar o cidadão (representado). Porém, essa forma também tem apresentado problemas, principalmente a falta de legitimidade democrática, provocando mais o afastamento do cidadão dos assuntos relacionados ao Estado do que fomentado e possibilitado a sua participação.

A democracia corre riscos quando se admite e se mantém a existência de apenas uma frágil e meramente formal participação do cidadão. O processo, dessa forma, mantém-se nas mãos de poucas pessoas, que, motivadas pelo próprio funcionamento do sistema, tendem a compreender que efetivamente não precisam mais prestar contas ao conjunto da sociedade, tornando o exercício do poder, no Estado, um bem pessoal, no sentido patrimonialista, para si e seus grupos, em detrimento de todo o conjunto da cidadania.

(Re)fazer canais de comunicação entre o cidadão e o Estado é uma necessidade que se impõe ao buscar-se a reconstrução de uma efetiva democracia, em que aconteça a concreta participação cidadã. Uma democracia substancial somente é possível com participação compromissada do conjunto da sociedade, de forma a exercer a cidadania no que diz respeito tanto aos direitos quanto aos deveres de cada um.

Essa comunicação, entretanto, não pode ser apenas uma via de mão-única, mas precisa ser uma via de mão-dupla, em que efetivamente ocorra a possibilidade do diálogo, e não apenas um monólogo, sob pena de que a própria democracia (que tem na participação popular o seu fundamento último) venha a perecer por absoluta impossibilidade de operacionalização, tornando-se somente mais um conceito performático à disposição dos interesses de poucos (mas sob o manto formal de se estar, verdadeiramente, representando o conjunto dos cidadãos). Assim, a democracia contemporânea precisa produzir e disponibilizar mecanismos de

participação cidadã, da forma mais efetiva e com a maior igualdade de condições possível, pois, sabidamente, sem o mínimo de igualdade de condições, no sentido material, também não há democracia.

Não se pode olvidar que conceitos como crises do Estado, fragilidade democrática, baixa constitucionalidade dos atos e decisões do Estado e ilegitimidade do Estado caminham *pari passu*. Um Estado que se quer legítimo somente consegue angariar *tal status* em processos que lhe dão sustentação democrática. Ou seja, somente a democracia concreta e substancial é capaz de dar legitimidade ao Estado e às suas ações. Por isso, é importante que se produza, no interior do Estado e nas suas relações com o conjunto da sociedade, uma cultura verdadeiramente democrática. Um Estado não democrático, ou com uma democracia meramente formal, é um Estado ilegítimo. Como tal, não encontra (ao menos não de forma pacífica e racional) fundamento que lhe dê sustentação. Por isso, também a intrínseca relação entre democracia e legitimidade do Estado.

Demo (povo) e *kracia* (governo): democracia. Esse conceito, que nasceu com os gregos, é, portanto, o governo do povo ou o poder do povo. Com essa definição preliminar tem-se o ponto de partida para sua análise e compreensão. Porém, a definição de democracia moderna é muito distinta daquela conhecida pelos antigos. Na Grécia, em suas cidades-Estado, de dimensões infinitamente menores em relação às cidades atuais, os cidadãos tinham uma relação muito mais estreita com a *polis* do que se tem hoje e, assim, condições possíveis para a prática da democracia direta, com a participação do cidadão diretamente nas decisões sobre as questões da vida pública. É por isso, também, que o próprio sentido de democracia da modernidade é diferente do antigo: ideias como liberdade, igualdade, humanidade, dignidade humana e Estado não eram compreendidas no mesmo sentido como são nos dias atuais.

A ideia de democracia não teve um desenvolvimento contínuo ao longo do tempo. Após a experiência da Antiguidade, que possibilitou a democracia direta, durante mais de dois mil anos o termo democracia foi praticamente esquecido, perdendo, assim, qualquer conotação positiva. Somente em meados do século XIX é que foi possível passar do ideal de democracia para a sua realização mínima, começando a se materializar a soberania popular como um elemento fundamental para a construção do processo político⁶².

⁶² SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 2: Questões clássicas, p. 49.

2.2.1 Democracia: em Busca de uma Identidade

Talvez a palavra democracia tenha sido uma das mais pronunciadas, quando relacionada à compreensão e à definição do Estado moderno. Esse fato, pela sua repetição, leva ao entendimento de que *democracia* tem um significado de domínio público e inequívoco, portanto, sem necessidade de uma correta compreensão do seu real significado ou, dizendo de outra forma, dispensando a análise de qual seria a melhor concepção de democracia.

Considerando que no presente trabalho a democracia é um dos elementos primordiais para o enfrentamento do que se pretende, é necessária uma melhor compreensão do que se diz quando se utiliza o termo democracia, bem como algumas das mais importantes concepções desse conceito. Portanto, questões como: o que é democracia? Por que democracia? Quais são suas justificações e as condições necessárias para o exercício da democracia? Que características deve ter a democracia (ou um Estado democrático), para que possa ser assim definida? Por que não outras alternativas? Entre outras, essas questões precisam ser enfrentadas. Enfim, democracia: governo do povo. Este é o conceito mais comum. Mas o que isso significa? Qual é a sua dimensão? Quem, realmente, é esse povo que *governa*?

2.2.1.1 Princípio da Igualdade Intrínseca e a Presunção de Autonomia Pessoal como Justificação da Democracia

Ao tratar sobre democracia – como sendo o governo democrático superior a qualquer outra alternativa, pressupondo que todos os cidadãos devem ser tratados como iguais frente ao governo –, Robert Dahl questiona se essa ideia de igualdade de todos frente ao Estado é razoável. Questiona, ainda, sobre quais seriam os motivos que levam ao entendimento de que os direitos necessários ao processo democrático devem ser igualmente estendidos a todos os cidadãos.

Iniciando a análise destas questões, Dahl faz referência ao que foi dito pelos autores da Declaração da Independência dos Estados Unidos, em 1776: “Consideramos evidentes as verdades de que todos os homens foram criados iguais e que todos são dotados pelo Criador com certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca pela felicidade”⁶³. E questiona se, de fato, a igualdade seria algo evidente, conforme aquela manifestação.

Em resposta sobre a efetiva evidência, ou não, da igualdade entre todos os homens, Dahl afirma:

⁶³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 75.

Thomas Jefferson conhecia as questões humanas e percebia que, obviamente, em muitos aspectos importantes, as capacidades, as vantagens e as oportunidades dos seres humanos não eram distribuídos, com igualdade no nascimento e menos ainda depois que a educação, as circunstâncias e a sorte se somavam às diferenças iniciais⁶⁴.

Mas se a igualdade não existe, por que a necessidade de se afirmar a igualdade de todos perante o Estado? Por que é necessário adotar este princípio, em um processo democrático?

Dahl entende que, quando se expressa a necessária igualdade, não se está afirmando a crença de que ela efetivamente seja real ou que possa ser alcançada num futuro. Contudo, a expressão da necessária igualdade entre os homens reflete um julgamento moral, uma manifestação sobre o que deveria ser, e não sobre o que efetivamente é. Ou seja, sobre algo que deva ser buscado, principalmente frente e por parte do Estado: “Devemos considerar o bem de cada ser humano *intrinsecamente* igual ao de qualquer um”⁶⁵. O princípio da *igualdade intrínseca* de todo ser humano pretende afastar, portanto, o entendimento de que a vida, a liberdade, a felicidade e outros bens de determinada pessoa possam ser considerados intrinsecamente superiores ou inferiores em relação a qualquer outra pessoa.

Esse princípio, aplicado ao Estado, leva a outro que exige, conseqüentemente, que: “Ao chegar a decisões, o governo deve dar igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas ligadas por tais decisões”⁶⁶. Embora se pudesse avançar, aqui, em busca de uma melhor interpretação do que seria a moral coletiva que leva à justificação das razões para se adotar o princípio da igualdade intrínseca de todos os seres humanos, é interessante trazer as razões práticas que Dahl elenca para justificar a utilização dessa ideia de igualdade, pelo Estado para os cidadãos.

A primeira razão é o fato de existir muita gente que vê na igualdade intrínseca um princípio que está de acordo com as suas convicções éticas essenciais. Tais convicções se sustentam no entendimento de que todos são igualmente filhos de Deus, cujo dogma é mantido por praticamente todas as grandes religiões do mundo, como o cristianismo, judaísmo e o islamismo, encontrando entendimento muito semelhante no budismo, e tendo apenas no hinduísmo uma exceção a essa concepção. Portanto, de forma explícita ou implícita, a maioria dos argumentos morais e sistemas ético-religiosos dão amparo a esse princípio.

⁶⁴ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 77.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 78

⁶⁶ *Ibid.*, p. 78.

Outra razão é que todas as alternativas à igualdade intrínseca são “implausíveis ou duvidosas”. Ou seja, qualquer alternativa que lhe rejeite está afirmando um princípio de superioridade/inferioridade de alguém em relação a outros⁶⁷.

A prudência é o terceiro motivo apresentado por Dahl como razão para adotarmos o princípio da igualdade intrínseca. A prudência seria um resultado natural das duas razões precedentes. Ou seja, é necessário sempre ter presente o fato de que um governo de um Estado pode conferir aos cidadãos grandes benefícios. Porém, da mesma forma, pode infligir grandes males. Se os grandes benefícios atingirem apenas poucas pessoas, ou um grupo minoritário, tal fato se torna atraente quando se está presente entre os privilegiados; entretanto, quando não se está entre estes, o privilégio alheio se torna nefasto e repulsivo. Assim, para a maioria, é prudente defender que seus interesses devam receber igual atenção e tratamento, como os de todos os outros: sem privilégios, mas, também, sem prejuízos.

A última razão elencada por Dahl⁶⁸ é a aceitabilidade. Isso significa que há uma grande probabilidade de que um processo que assegure a igualdade para todos tenha maior aceitação do que outro que defenda a desigualdade, com privilégios a algumas pessoas em detrimento de outras. Assim, o princípio da igualdade intrínseca faz mais sentido e, portanto, tem, provavelmente, um grau de aceitabilidade maior do que outra alternativa. Portanto, embora não seja nada óbvia a razão pela qual a igualdade intrínseca seja a melhor opção como princípio de governo, devendo com isso dar igual peso aos interesses de todos – sem privilégios a ninguém –, a adoção desse princípio se justifica “com base na moralidade, na prudência e na aceitabilidade”⁶⁹.

Entretanto, há uma questão que ainda merece uma melhor compreensão. O princípio da igualdade intrínseca estabelece que todos devem ser considerados, num sentido moral, iguais, principalmente perante o Estado, seja no sentido da constituição deste Estado, seu ordenamento etc., como também no sentido de receber igual consideração e respeito por parte do Estado, na condição de cidadão. Contudo, isso não afasta aquela *obviedade* natural de que há aspectos em que as capacidades inatas das pessoas são diferentes, sendo algumas mais capazes, em certos aspectos, do que outras, bem como o fato, também natural, de que algumas pessoas sejam

⁶⁷ Para justificar esse entendimento, Dahl afirma que “A essa altura, não será nenhum choque admitirmos que nós, seres humanos, temos um pouco mais do que simples vestígios de egoísmo: em graus variados, tendemos a nos preocupar mais com nossos próprios interesses do que com os dos outros. Conseqüentemente, muitos de nós poderiam sentir-se muitíssimo tentados a fazer esse tipo de reivindicação para si e para os mais próximos. Em todo caso, a menos que possamos contar confiantemente no governo do estado, porque deveríamos aceitar a superioridade intrínseca de determinadas pessoas como princípio político fundamental?”. DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 80.

⁶⁸ Ibid., p. 79-81

⁶⁹ Ibid., p. 81.

completa ou parcialmente incapazes. Isso, conjugado com a educação e o preparo intelectual e pessoal que cada um recebe, pode tornar, presumivelmente, algumas pessoas mais competentes para governar do que outras.

Portanto, com isso, mesmo se considerando o princípio da igualdade intrínseca de todas as pessoas, não estaria descartada a possibilidade de efetivamente existirem pessoas mais bem preparadas para a função de governo do que outras. Assim, com isso, se afastaria a compreensão da democracia como melhor forma de governo, abrindo a possibilidade de uma elite política-governamental mais capacitada do que todos os demais. Isso resultaria, em tese, num melhor governo e, portanto, em uma melhor defesa e atendimento das necessidades e interesses de todas as pessoas que fazem parte daquela determinada sociedade.

Para enfrentar essa questão, Dahl faz uma importante distinção entre o fato de que algumas pessoas ou grupos sejam especialistas – portanto, mais capazes em determinados assuntos – e aquele em que, por essa especialidade, se atribui competência para decidir o que é melhor para a defesa dos interesses das pessoas de forma individual, bem como de toda uma coletividade. O autor norte-americano afirma que – em que pese haja efetivamente um pequeno número de pessoas que não tenha capacidade de decidir o que é o melhor para os seus interesses – “um número substancial de adultos são adequadamente qualificados para se governar”. Ele denomina esse pressuposto de princípio forte da igualdade⁷⁰. Ou seja, numa sociedade em que se necessite tomar decisões coletivas que vinculem o grupo, todos são, em regra, suficientemente qualificados para participar na tomada dessas decisões. No mesmo sentido, ninguém é suficientemente mais bem qualificado do que os demais para ter a incumbência de tomar decisões coletivas e a todos vinculantes.

Por mais especialista⁷¹ que alguém seja na arte de governar, não é razoável que se entregue, a uma classe política especializada, a autoridade de tomar e controlar as decisões importantes de um Estado. Afinal, conforme Dahl, tais decisões podem ser coercitivamente impostas “pela prisão, talvez até pela morte”⁷². Governar exige a análise de valores que vão muito além de estudos e conhecimentos indispensáveis às ciências exatas, como a química, a física e até a medicina. As importantes decisões políticas, individuais ou coletivas demandam julgamentos éticos: “Tomar uma decisão sobre os objetivos que as políticas de governo deveriam atingir (justiça, equanimidade, probidade, felicidade, saúde, sobrevivência,

⁷⁰ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: MF Martins Fontes, 2012. p. 150.

⁷¹ Isso não significa que não haja determinadas áreas e assuntos em que seja imprescindível a participação e opinião de especialistas. Mas isso não significa delegar todo o governo de forma irrestrita para os *especialistas*.

⁷² DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 85.

segurança, bem-estar, igualdade e sei lá mais o que) é fazer um julgamento ético. Julgamentos éticos não são ‘científicos’ no sentido habitual”⁷³.

A análise leva ao entendimento de que, se a regra é de que todos são suficientemente qualificados para tomar decisões sobre assuntos que envolvem tanto o interesse pessoal quanto o interesse da coletividade da qual são membros, então, cada pessoa é potencialmente qualificada. Portanto, em regra, todos devem ser tratados como sendo os melhores juízes para a defesa de seus interesses. Assim, Dahl estabelece a ideia da presunção de autonomia pessoal⁷⁴. Dito de outra forma: todo adulto, contra o qual não tenha nenhuma demonstração clara de incompetência, deve ser considerado o juiz mais adequado para a defesa de seus interesses.

Tomando como premissa, portanto, o princípio da igualdade intrínseca e a presunção de autonomia pessoal, Dahl conclui que toda pessoa deve governar a si mesmo, rejeitando, portanto, a tutela alheia aos interesses de cada um. Tal conclusão serve para a rejeição da referida tutela, tanto no que concerne aos interesses pessoais (portanto, particulares de cada pessoa) quanto os interesses coletivos (cuja incidência das decisões tenha repercussão na vida de cada um). Com isso, justifica-se a democracia como o melhor sistema para o governo de um Estado, afastando alternativas como a guardiania⁷⁵, por exemplo.

A presunção da autonomia pessoal torna-se, assim, justificção moral para a efetiva participação política do cidadão na vida do Estado. Essa participação política, por sua vez, é fonte de legitimidade da própria democracia, afastando dela o que seria o seu caráter estritamente procedimental. Leonardo Avritzer reforça que “[...] o princípio da autonomia moral traz, enquanto decorrência, a constatação de que todos os indivíduos são suficientemente qualificados para participar das decisões coletivas de uma associação que afete significativamente os seus interesses”⁷⁶.

Assim, em função do princípio da igualdade intrínseca e da presunção da autonomia pessoal, a democracia aposta na crença de que toda pessoa⁷⁷ deve participar dos julgamentos de

⁷³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 86.

⁷⁴ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: MF Martins Fontes, 2012. p. 154-155.

⁷⁵ Dahl descreve a guardiania como sendo um regime político em que o “[...] governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e de sua virtude superior”. Ibid., p. 77. Cita como exemplos de guardiania, os regimes políticos com a hegemonia de um partido único, implementados na antiga União Soviética, em Cuba e na China; assim como os “regimes militares” na Argentina, no Brasil, no Chile, no Peru, na Turquia, na Nigéria e outros países. Ibid., p. 414.

⁷⁶ AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 117.

⁷⁷ Embora possa não ter coincidência entre os entendimentos das ciências da natureza sobre a idade em que uma pessoa ingresse na condição de adulto com o ordenamento jurídico que estabelece determinada idade cronológica para a assunção de responsabilidades (conforme a legislação civil e penal brasileira), essa possível distinção e suas eventuais implicações não serão aprofundadas no presente trabalho. Porém, adota-se, como adequado para os fins que aqui se discute, o entendimento de que o conceito de *toda pessoa* identifica toda

assuntos que lhe dizem respeito ou que lhe trarão alguma consequência. Toda pessoa deve poder exercer o seu direito de decidir o que é melhor para o seu bem e para os seus interesses, pois ninguém melhor do que ela própria é conhecedora daquilo que atende a seus interesses e às necessidades individuais e coletivas.

Embora a justificativa apresentada, tendo na autonomia pessoal e na igualdade intrínseca de cada cidadão seus princípios fundamentais, caso se pretendesse uma definição conceitual de democracia, em poucos elementos se encontraria unanimidade. As definições de democracia se estendem desde análises mais concretas e realistas, buscadas em dados empíricos referentes aos mais variados cotidianos democráticos existentes⁷⁸, até definições mais abstratas que buscam traçar o que se entende como uma democracia perfeita, aproximando-se de uma pretensa construção utópica a ser forjada no futuro, ou tendo o passado como um *tempo ideal* que não voltará jamais.

Dahl trabalha uma definição descritiva bem peculiar de democracia, reservando o termo original apenas para a democracia dos antigos. Assim, utiliza, para a democracia representativa moderna, a denominação de *poliarquia*⁷⁹. Nesta distinção, o autor reserva o nome de *democracia* para conceituar um modelo perfeito, ou seja, na sua concepção, a democracia dos antigos, em que a participação dos cidadãos nos processos democráticos era direta e não representativa. Por isso, afirma:

A mudança de escala e suas consequências – o governo representativo, maior diversidade, um aumento nas cisões e conflitos – contribuiu para o desenvolvimento de um conjunto de instituições políticas que, como um todo, distinguem a democracia representativa moderna de todos os outros sistemas políticos, sejam eles não democráticos ou sistemas democráticos mais antigos. Denominou-se esse tipo de sistema político *poliarquia*, um termo que utilizo com frequência⁸⁰.

A mudança de escala, portanto, entre a democracia antiga, das cidades-Estado, cuja realidade possibilitava a participação direta do todos⁸¹, para as modernas democracias

peessoa adulta e capaz. Estando, portanto, excluída desse conceito, por excepcionalidade, qualquer pessoa adulta incapaz, bem como todas as crianças e menores. Todos na forma da lei.

⁷⁸ Experiências, inclusive, nada democráticas, como as próprias ditaduras vivenciadas nos últimos tempos, principalmente na América Latina, bem como algumas experiências autoritárias africanas, europeias e asiáticas, em países que se autodenominavam democráticos.

⁷⁹ No presente trabalho, o termo *poliarquia* é citado com a finalidade de demonstrar a alternativa que Dahl engendrou para superar e talvez não enfrentar a questão dos problemas das democracias atuais (em confronto com a democracia dos antigos) de não assumirem o compromisso de ser inclusiva e, portanto, acessível a *todos*, e não somente à *maioria* das pessoas. Assim, a utilização do termo é exclusivamente descritiva da concepção dahlsiana de democracia/poliarquia.

⁸⁰ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 346.

⁸¹ Nunca esquecendo que nesse conceito de *todos* não englobava todos, por mais contraditório que atualmente isso possa parecer. Naquela democracia antiga, para a qual Dahl reserva o adjetivo de perfeita – embora excludente,

praticadas no Estado-nação, onde a participação direta em todos os assuntos do Estado é algo impossível – necessitando, portanto, do instituto da representação (ao menos na grande maioria das decisões) – é o principal motivador da alteração de denominação da antiga democracia para a poliarquia⁸², em que não participa todo o povo (*demos*), mas os muitos (*poli*).

Para Dahl⁸³, essa mudança (de uma ideia de democracia dos antigos para a democracia dos modernos) produziu significativas alterações, com uma série de consequências, que podem ser assim enumeradas: (i) *A representação*: com a impossibilidade física da realização de assembleias (por uma questão de escala), em que as pessoas participavam diretamente das discussões, a solução encontrada para a democracia foi a instituição da representação, proporcionando, portanto, uma participação indireta, por meio de seus representantes. (ii) *A expansão ilimitada*: com a instituição da representação, os obstáculos dimensionais físicos e populacionais dos Estados nacionais foram eliminados, tornando possível o exercício da democracia em expansão ilimitada. (iii) *A limitação da democracia participativa*: a grande maioria das decisões políticas não podem mais ser tomadas de forma direta pela população de determinado território. Essa função deve ser exercida por representação, restando a participação direta em ocasiões específicas, como os processos eleitorais, os referendos e os plebiscitos, por exemplo. (iv) *A diversidade*: quanto maior e mais inclusiva for uma determinada unidade política, maior é a tendência dela apresentar uma grande diversidade de modos, ideias e concepções de vida. (v) *O conflito*: esse, como algo inevitável nas grandes democracias, tende a ser aceito como algo inerente do próprio processo e da vida democrática, e não como uma anormalidade do sistema. (vi) *O pluralismo social e organizacional*: essa consequência surge como uma decorrência tanto da diversidade quanto do conflito, ou seja, um maior número de grupos e organizações sociais com autonomia, diversidade cultural e algumas vezes conflitiva entre si. (vii) *A expansão dos direitos individuais*: embora não diretamente relacionada à mudança de escala entre a democracia dos antigos e a democracia moderna, ela contribui para a expansão dos direitos individuais, principalmente quando há o desenvolvimento de um conjunto de instituições políticas necessárias a uma democracia em grande escala. E (viii) *o aparecimento de um conjunto de instituições políticas*: o surgimento e o fortalecimento dessas instituições é condição essencial para possibilitar o exercício da democracia em grande escala.

como por todos sabido e reconhecido –, em função da participação direta, não participavam os escravos e nem mesmo as mulheres, o que significa que a grande maioria das pessoas sequer era reconhecida como cidadã.

⁸² Dahl observa que a utilização do termo *poliarquia* tem a finalidade de enfatizar a peculiaridade das instituições políticas necessárias para o processo e o desenvolvimento da democracia moderna, em distinção dos sistemas democráticos antigos, cuja necessidade dessas instituições não existia. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 574.

⁸³ *Ibid.*, p. 339-351.

Já as instituições que Dahl entende como necessárias para um governo democrático – que o autor denomina de poliárquico – são as seguintes:

1) Funcionários eleitos: Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais. 2) Eleições livres e justas: Os funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de um modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara. 3) Sufrágio inclusivo: Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo. 4) Direito de concorrer a cargos eletivos: Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio. 5) Liberdade de expressão: Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante. 6) Informação alternativa: Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei. 7) Autonomia associativa: Para alcançar seus vários direitos, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse⁸⁴.

Assim, democracia (mesmo sendo denominada de poliarquia, por Dahl) não necessita da existência e do real funcionamento de *todas* essas instituições, podendo variar a classificação do nível de democracia de cada Estado e governo, conforme o grau de desenvolvimento dessas instituições.

Já Joseph Schumpeter, em sua concepção, estabeleceu a democracia como sendo um método político, ou seja, “um arranjo institucional para chegar a uma decisão política”⁸⁵. Como método, é um meio procedimental e, portanto, não tem capacidade de ser um fim em si mesmo. Sendo a democracia apenas um mecanismo para a escolha do governo de um determinado Estado, ela é definida apenas como um “sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor”⁸⁶.

Portanto, essa concepção de democracia afasta de sua análise uma interpretação valorativa de seu conceito, definindo-a apenas numa ótica de método que estabelece as regras competitivas de um certame, ou seja, vencer a eleição para obter o direito de governar⁸⁷. Schumpeter apresenta, assim, a definição clássica da teoria competitiva de democracia.

⁸⁴ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 351.

⁸⁵ SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 295.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 327-328.

⁸⁷ Interessante observação faz Giovanni Sartori ao identificar que, reduzindo a democracia a um método meramente instrumental, Schumpeter relega a democracia à condição de insumo, questionando, assim, como se passa do método para suas consequências democráticas, ou seja, da democracia como insumo para uma democracia em termo de produto. “A resposta é fornecida, penso eu, pelo princípio ou regra das ‘reações antecipadas’ de Friedrich. No caso em pauta, o princípio pode ser interpretado da seguinte maneira: autoridades

Conforme Sartori⁸⁸, Dahl começa onde Schumpeter para. Ele não afasta o aspecto competitivo da democracia, mas acrescenta a ela um reforço pluralista, envolvendo toda a sociedade na competição elitista. Schumpeter, por sua vez, procura entender o funcionamento da democracia, descrevendo-a, ao passo que Dahl se preocupa não somente em entendê-la, mas, também, em projetar prescritivamente uma construção da democracia, reforçando o pluralismo social, de competição entre elites.

Assim, enquanto que, para Schumpeter, democracia é uma luta competitiva na elite, pelos votos do eleitor para ter o direito de tomar decisões, para Dahl, a democracia proporciona uma disputa entre as diversas elites, numa preocupação de representar o eleitor, visando atender às expectativas desse eleitor, para a sua manutenção no poder.

Sartori, por sua vez, parte da análise das profundas diferenças entre democracia direta e indireta, e a democracia dos antigos e a moderna. Destaca que “nessa justaposição, a democracia direta permite a participação contínua do povo no exercício direto do poder, ao passo que a democracia indireta consiste, em grande parte, num sistema de limitação e controle do poder”⁸⁹. Assim, entende haver nas democracias atuais uma espécie de separação entre os que governam e os governados, cisa essa que também permanece na relação entre o Estado e os seus cidadãos. Essa realidade produz os políticos profissionais e os cidadãos que se afastam da política, retornando apenas em breves intervalos, geralmente em períodos e processos eleitorais.

Com relação ao significado do termo *povo* (no contexto de democracia em que este não pode exercê-la de forma direta), Sartori afirma que *povo* deve ser entendido como uma regra de contagem, ou seja, como mecanismo para estabelecer a decisão soberana da maioria, portanto, o poder da maioria. Porém, o princípio da maioria é limitado. Por isso, essa regra não pode ser compreendida no seu sentido absoluto. Assim, o “poder da maioria” é apenas uma fórmula condensada para poder *limitado* da maioria, para um poder restrito da maioria que respeita os direitos da minoria”⁹⁰. *Povo* é compreendido nesta limitação, que possibilita a

eleitas em busca da reeleição (numa situação competitiva) são condicionadas, em sua decisão, pela antecipação (expectativa) de como os eleitores vão reagir ao que elas decidem. Portanto, o princípio das reações antecipadas fornece o elo entre o insumo e o produto, entre o procedimento (conforme a definição de Schumpeter) e suas consequências. A definição completa seria então: *democracia é um subproduto de um método competitivo de renovação de lideranças*. É assim porque o poder de eleger também resulta, como um processo de retroalimentação, na atenção dos eleitos com relação ao poder de seus eleitores. Em resumo, *eleições competitivas produzem democracia*. E vamos chamar a teoria acima – dentro do âmbito da teoria competitiva – de teoria da retroalimentação democrática”. SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo. p. 209.

⁸⁸ Ibid., p. 211.

⁸⁹ SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 2: Questões clássicas, p. 37.

⁹⁰ Ibid., v. 2, p. 53.

composição entre maiorias e minorias. Assim, o poder democrático nunca pode ser compreendido como sendo todo da maioria, mas sempre respeitando os direitos dos grupos minoritários.

No entender de Canotilho, “o *direito da maioria* é sempre um *direito em concorrência* com o *direito das minorias* com o conseqüente reconhecimento de estas poderem se tornar maiorias”⁹¹. A limitação dos poderes da maioria⁹², portanto, é uma característica fundamental da democracia. Se assim não fosse, esse regime de governo não poderia ser denominado de democrático, pois seria apenas a ditadura da maioria⁹³.

A questão da vontade da maioria também é analisada por Ronald Dworkin, que, nesse sentido, questiona o critério majoritário da democracia, entendendo que a fórmula da vontade da maioria não pode ser de forma absoluta um critério de validade do processo democrático. O jusfilósofo norte-americano apresenta como contraste a essa visão *majoritária* o que chamou de democracia *comunitária*, ou em *parceria*⁹⁴. Ou, ainda, como democracia *coparticipativa*⁹⁵. Francisco Motta explica que a democracia em *parceria*, de Dworkin, “implica em que o povo governe a si próprio considerando-se cada um de seus integrantes, como um parceiro integral (*full partner*) num empreendimento político coletivo”⁹⁶, não importando, portanto, para fins de valoração de sua posição, se encontra-se entre a maioria ou entre a minoria. Assim, a decisão da maioria somente é considerada democrática quando condições que protejam o *status* de cada cidadão (como um parceiro integral desse empreendimento político e social) são atendidas⁹⁷.

⁹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 329.

⁹² Nesse mesmo sentido, já no alvorecer da modernidade, a impossibilidade de que a vontade da maioria pudesse ser absoluta, Alexis de Tocqueville, ao analisar a democracia da América do Norte, já se pronunciava: “Assim, quando me recuso a obedecer a uma lei injusta, não nego à maioria o direito de comandar; apenas, em lugar de apelar para a soberania do povo, apelo para a soberania do gênero humano.” E, também: “Mas a maioria mesma não é onipotente. Acima dela, no mundo moral, estão a humanidade, a justiça e a razão; no mundo político, os direitos adquiridos. A maioria reconhece essas duas barreiras e se, por acaso, ela as supera, é que tem paixões, como todos os homens, e que, igual a eles, pode fazer o mal discernindo o bem”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins, 2005. Livro 1: leis e costumes, p. 294 e 454. Vê-se na manifestação de Tocqueville uma clara preocupação, embora não especificamente com essa denominação, com os Direitos Humanos. No seu entender, eles não poderiam ficar à mercê da vontade da maioria. Portanto, a necessidade de imposição de limites à própria maioria em um regime democrático.

⁹³ Neste aspecto Guglielmo Ferrero destaca a importância da oposição nos regimes democráticos, ao dizer que “Nas democracias, a oposição é um órgão de soberania popular tão vital quanto o governo. Suprimir a oposição é suprimir a soberania do povo”. FERRERO, Guglielmo. **Il potere**. Milano: Comunità, 1974. p. 217.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 131.

⁹⁵ Id. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

⁹⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 67.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 67-68.

Porém, tradicionalmente, nas eleições de representantes, é utilizada a fórmula do princípio da maioria. Nesse contexto eleitoral, em que é observado o procedimento de decisão pela maioria, não é a decisão final nas questões da política concreta que é tomada pelo eleitor, mas, sim, a escolha sobre quem vai decidir. Ou seja, a quem será conferido o direito/dever, como seu representante, de decidir questões da vida política. Assim, na condição de seus representantes, os vencedores das eleições passam a representar o povo, tomando as decisões pertinentes.

No entendimento de Sartori, nas modernas democracias, as decisões são tomadas de forma coletivizada, diferente das decisões coletivas, que são tomadas por muitos ou por todos os membros do grupo sobre quem recairá a decisão. Nas decisões coletivizadas, quem decide, decide em nome de todos. Ou seja, as suas decisões recaem sobre todos, mas não são todos que decidem⁹⁸. Por isso, na democracia representativa, o povo, por meio do voto, escolhe quem deve decidir, mas não consegue, necessariamente, influenciar nas decisões daqueles que são eleitos.

A legislação eleitoral, em regra, estabelece, dentro de parâmetros formais, os limites da participação popular. Para Canotilho, porém, a democracia constitucionalmente consagrada não consiste apenas num modelo de escolha de quem governa, por parte dos governados, “pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ela aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade”⁹⁹. Assim, numa efetiva democracia¹⁰⁰, a participação popular não deve se limitar apenas aos processos eleitorais, mas consistir num contínuo exercício de cidadania, participando, inclusive, das decisões sobre as questões de Estado.

Diante do que foi até aqui analisado, pode-se compreender que não há uma única, concreta e estanque definição conceitual de democracia. Entretanto, também não se pode admitir que qualquer definição é adequada para o que se deve entender por democracia. Aliás,

⁹⁸ SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 2: Questões clássicas, p. 289.

⁹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 288.

¹⁰⁰ Nelson Nery Jr. e Georges Abboud, tratando da indissociável relação entre democracia e constituição, portanto, de uma democracia constitucional, elencam uma relação de elementos que necessitam estar presentes nas relações políticas e jurídicas de um Estado efetivamente democrático: 1. Uma efetiva força normativa da Constituição; 2. Separação de poderes; 3. A universalidade do sufrágio; 4. Pluralismo político e ideológico; 5. Efetivo respeito e consagração dos princípios constitucionais, a saber: legalidade, dignidade da pessoa humana, devido processo legal e isonomia; 6. A positivação normativa dos direitos fundamentais e a substancial vinculação da sociedade e dos poderes da República em relação a eles; 7. Disposição ao cidadão de instrumentos para a correção das omissões legislativas; 8. Instância contramajoritária de controle dos atos dos Poderes, em regra, exercida pela própria jurisdição constitucional; 9. Pluralismo cultural, social e político; 10. Efetiva proteção das minorias; e, 11. Dever de fundamentação de todos atos de todo o Poder Público. NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 103.

nesse sentido, deve-se trazer à baila o entendimento dworkiniano, de que o conceito de democracia – assim como outros conceitos jurídicos, políticos e morais – não é criterial, e, sim, interpretativo¹⁰¹.

Os Estados democráticos têm distinções entre si não apenas quanto à forma procedimental, mas, também, quanto à concretização substancial da democracia. Dito de outro modo, os distintos conceitos teóricos doutrinários de democracia não se diferenciam apenas na forma como são praticados os atos formais da democracia, pelo povo representado, como, por exemplo, as formas como acontecem as eleições dos representantes, mas, igualmente, no sentido substancial, naquilo que efetivamente os representantes podem e devem decidir na própria condição de representação de seus representados.

As democracias podem ser analisadas e divididas em várias modalidades e formatos. Podem ser estudadas quanto à *frequência* em que há a participação popular e direta nas tomadas de decisões dos assuntos do Estado; pode ocorrer nos processos eleitorais de escolha dos representantes, na realização de plebiscitos e referendos quanto a assuntos específicos, etc. Também podem ser investigadas quanto à *intensidade* (substancial) dessa participação, no sentido do peso que terá a participação popular.

Quanto à frequência, a democracia pode ainda ser subdividida em democracia participativa (ou direta) e democracia representativa. Já em relação à intensidade, a democracia pode ser subdividida em quantitativa e qualitativa. A democracia formal, em que os eleitores elegem seus representantes, e eles, depois de eleitos, não têm mais relação ou compromisso com quem os elegeram, decidindo do modo que lhes parece mais conveniente, é uma democracia meramente quantitativa e formal, ou seja, são eleitos aqueles representantes que fazem o maior número de votos, atendendo a um princípio estritamente majoritário¹⁰². Já quando há uma preocupação quanto à qualidade da democracia, o processo não diz respeito apenas ao número de votos que tem cada candidato (no sentido meramente quantitativo), mas também leva em consideração questões inerentes à democracia substancial, como o respeito aos interesses dos cidadãos, que, portanto, mantêm uma efetiva participação para além dos processos eleitorais.

Para avançarmos na análise proposta, é necessário compreender o peculiar fundamento e a concepção de democracia apresentada por Dworkin. Para o jusfilósofo norte-americano, a

¹⁰¹ Conforme se verá adiante.

¹⁰² Aqui o termo *majoritário* é usado no sentido da eleição dos mais votados, sejam eles para o Poder Executivo ou para o Poder Legislativo. Ou seja, não se confunde com o sentido dado pela Legislação Eleitoral brasileira, que utiliza o termo *majoritário* para as eleições do Executivo e o termo *proporcional* para a eleição do Legislativo.

prática da democracia está entre as liberdades positivas do cidadão¹⁰³. A responsabilidade ética pessoal é protegida pelo segundo princípio da dignidade¹⁰⁴. Conforme esse princípio, a responsabilidade ética deve conduzir a dois tipos de comportamento pessoal¹⁰⁵. O primeiro trata da independência pessoal frente ao governo (Estado) no que se refere às escolhas éticas (particulares). Portanto, trata-se do exercício de sua liberdade negativa.

O segundo aspecto do princípio da dignidade que protege a liberdade e as escolhas pessoais, por outro lado, não exige independência em relação ao governo nos assuntos em que toda a comunidade política deve tomar, coletivamente, decisões sobre a moral e a justiça. Pelo contrário – considerando que tais decisões, para que produzam o efeito pretendido, devam ser coercitivamente impostas, quando necessário, por essa mesma comunidade política, por meio da força de seu Estado –, a dignidade exige participação pessoal na produção dessas decisões coletivamente impostas. Aqui, portanto, se trata do exercício da liberdade positiva, ou seja, aquela cujos limites da ação pessoal são impostos pelas decisões da comunidade, estando sujeita ao uso de coerção, caso não atendidas.

Portanto, se o cidadão não pode gozar de independência ética pessoal em relação às decisões tomadas pelo conjunto da comunidade política, a dignidade exige que tais decisões sejam tomadas democraticamente. Por isso, sentencia Dworkin: “Não posso estar livre de todo controle coercitivo nas questões de justiça e moral, mas minha dignidade exige que eu tenha alguma participação nas decisões coletivas que exercem esse controle”¹⁰⁶. Assim, a prática da democracia é uma exigência da dignidade. A dignidade exige que as pessoas participem do próprio governo. Dito de outro modo, o exercício da democracia é uma responsabilidade de cada pessoa (cidadã) consigo mesma.

¹⁰³ Lembrando que a liberdade é tratada, quanto ao seu aspecto positivo ou negativo, frente à comunidade política em que o cidadão está inserido e frente ao próprio Estado. Assim, as liberdades negativas são aquelas em que seu exercício diz respeito unicamente à independência ética pessoal. Ou seja, aqueles atos cuja responsabilidade pela sua prática é de foro íntimo e dentro dos limites éticos de cada cidadão. Já a liberdade positiva diz respeito ao comportamento pessoal de cada cidadão frente à comunidade política e ao Estado, isto é, está relacionada àqueles atos que são limitados pelo Estado, cuja extrapolação atrai contra si o poder coercitivo do Estado, conferido pelo conjunto da comunidade política. Por isso, a decisão sobre quais atos devem ter limitações, o caráter dessa limitação e a coerção a ser imposta em caso de atendimento negativo devem ser decididos democraticamente, com a participação de todos os cidadãos, cujos efeitos da decisão lhes serão impostos.

¹⁰⁴ Segundo Dworkin, a dignidade se fundamenta em dois princípios que devem ser respeitados pela sociedade e, principalmente, por qualquer governo que se pretende legítimo: (i) a igual consideração a todos os cidadãos, membros dessa comunidade e sob esse mesmo governo; e (ii) a responsabilidade pessoal pelas decisões dos rumos de sua própria vida, agindo da forma que entender ser a mais correta para tornar a sua vida a melhor possível. Essa questão será analisada com maior profundidade no capítulo 4 desse trabalho. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 513.

¹⁰⁵ Ibid., p. 579.

¹⁰⁶ Ibid. p. 579.

Por isso, democracia é o autogoverno; os membros da comunidade política decidem questões relevantes à vida comum daquela mesma comunidade. Sendo assim, Dworkin questiona sobre qual seria a melhor concepção de democracia; sobre quais princípios se deve considerar para que os arranjos políticos sejam entendidos por democráticos; sobre se há concepções de democracia mais compatíveis com a dignidade do povo do que outras; sobre quais critérios poderiam ser usados para julgar uma concepção de democracia melhor do que a outra¹⁰⁷. Frente a tais indagações, é necessário reconhecer que os sistemas considerados democráticos são muito diferentes uns dos outros.

Dworkin lembra que alguns desses sistemas deixam as questões mais importantes para serem decididas por meio de referendo, em que o povo, de forma geral, é chamado para votar, ao passo que outros sistemas os rejeitam completamente. Outra diferença é em relação à frequência em que as eleições acontecem para a escolha das autoridades. Alguns se utilizam mais das eleições proporcionais, enquanto que outros sistemas privilegiam as eleições majoritárias, em que o vencedor leva todo o cociente eleitoral daquela comunidade (parcial ou total), mesmo não tendo feito a totalidade dos votos. Outros sistemas ainda têm, em autoridades não eleitas, um considerável acúmulo de poder, como é o caso dos juízes constitucionais, por exemplo. Portanto, qual é o melhor sistema? Qual é a melhor concepção de democracia? Que sistema respeita mais a dignidade de seu povo?

Dworkin apresenta o que chama de democracia em parceria ou coparticipativa, tratando da liberdade e dos limites que um governo (cujas decisões são tomadas pela maioria) tem para decidir as questões políticas e morais da vida das pessoas. Destaca como parâmetro de decisão o respeito à dignidade de todos os cidadãos. Assim, quando uma sociedade toma uma decisão coletiva, impondo o dever de não matar, por exemplo, isso não insulta a dignidade das pessoas que estão sujeitas a essa lei. Pelo contrário, a dignidade de “cidadãos iguais” exige que se tenha tais leis, e que o governo aja no sentido de proteger a todos da mesma maneira. Porém, “[...] sofreríamos aviltamento caso aceitássemos que até uma grande maioria tem o direito de ditar nossas convicções ou práticas religiosas, ou as opiniões que devemos ou não expressar nos debates políticos”¹⁰⁸. Talvez as pessoas sejam obrigadas a obedecer a tais ditames em sociedades

¹⁰⁷ Necessário lembrar que Dworkin sustenta ser a *democracia* um conceito interpretativo (conforme melhor tratado adiante). Ou seja, diferente de outros conceitos que podem ter critérios objetivos para a sua concepção, no caso da democracia, não existe esse critério. Assim, há discordância sobre o que significa a democracia, e, para escolher entre concepções rivais, “devemos localizar aquele valor ou conjunto de valores que melhor seja capaz de explicar – se é que tal explicação é possível – o que ela tem de bom. [...] é importante considerar como problema independente a questão de saber como devemos compreender a finalidade e a essência da democracia”. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 584-585.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 562.

que entendem a possibilidade de decisões como estas, tomadas a partir da maioria. Mas jamais serão admitidas como legítimas e aceitáveis apenas pelo fato de que foram estabelecidas pela maioria. Destaca que:

Na verdade não há razão alguma para pensarmos que um processo eleitoral majoritarista produzirá, mesmo na maioria das vezes, um resultado que pudesse ser considerado justo de acordo com algum padrão agregativo em particular. Pelo contrário, é muito provável que o processo majoritarista produza – como tantas vezes já produziu – leis que ferem o bem-estar total ou médio, definido de acordo com qualquer concepção. É por isso que defensores da concepção majoritarista creem ser importante distinguir a democracia da justiça. Um autocrata poderia decretar uma distribuição de recursos mais justa do que a aprovada pela maioria.

A concepção coparticipativa de democracia é diferente: segundo ela, o autogoverno não é o governo de uma maioria que exerce sua autoridade sobre todos, mas o governo de todas as pessoas atuando como parceiras. Essa parceria ou coparticipação estará inevitavelmente dividida quanto ao curso de ação política, uma vez que a unanimidade é rara nas comunidades políticas de qualquer tamanho. Mas pode ser, mesmo assim, uma parceria, desde que os membros aceitem que, na política, devem agir com igual respeito e consideração por todos os outros parceiros¹⁰⁹.

Assim, a democracia deve ser de parceria, coparticipativa, e não meramente majoritária, caso cada membro da comunidade respeite e defenda as condições de legitimidade desse autogoverno democrático¹¹⁰ como uma obrigação permanente, tanto de obedecer as leis da comunidade (conforme coletivamente e em parceria produzidas) quanto de tentar tornar tais leis compatíveis com a sua compreensão, em boa-fé, conforme o que é exigido pela dignidade de cada cidadão¹¹¹.

Conforme Ommati, para Dworkin,

se todos estamos em uma comunidade e vivemos como membros de uma comunidade de princípios, profundamente divididos quanto aos projetos individuais de felicidade, mas unidos quanto a um projeto coletivo comum, qual seja, tentar tornar essa comunidade a melhor que ela pode ser, de modo a nos orgulharmos de fazer parte dessa comunidade, porque ela, inclusive, nos respeita, então temos que ser responsáveis uns pelos outros, devendo fiscalizar as ações estatais e as ações dos nossos parceiros de empreendimento comum¹¹².

Assim, a democracia, como projeto comum, exige uma relação coparticipativa do conjunto dos membros da comunidade, não como fiscais morais uns dos outros, mas como

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 586-587.

¹¹⁰ Destaca Dworkin que sua pretensão é muito menor do que John Rawls espera de uma sociedade “bem-ordenada”, pois não inclui a exigência – difícilíssima de ser atendida – de que os cidadãos partilhem a mesma concepção de justiça. *Ibid.*, p. 707.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 587.

¹¹² OMMATI, José Emilio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 33-34.

coautores de um projeto social coletivo de toda a comunidade política em que se encontram, consubstanciado na Constituição, como uma espécie de síntese de todo o processo democrático.

Aprofundando a análise, Dworkin estabelece a distinção entre o método *equitativo* e a *igualdade política*. Pelo método equitativo, a democracia majoritária é a que melhor responde a questão sobre como atender o pressuposto que, em respeito à dignidade das pessoas, exige que as pessoas participem do próprio governo. Tratando da defesa da democracia majoritarista apresentada por Jeremy Waldron¹¹³, Dworkin, citando-o, refere que: “Mais do que qualquer outra forma de governo, a democracia majoritarista é neutra no que se refere aos possíveis resultados, trata todos os participantes do mesmo modo e dá a cada opinião expressa o maior peso possível e compatível com a atribuição de um mesmo peso a todas as opiniões”¹¹⁴. Entretanto, essa defesa apresenta apenas um princípio geral de equidade procedimental, ou seja, entende a democracia apenas como a aplicação procedimental do princípio da equidade.

Comparando as distinções entre a concepção majoritarista e a coparticipativa de democracia, Dworkin questiona se a primeira poderia oferecer algo que a segunda não o faz. Ou seja, se a concepção majoritarista poderia ir além da concepção coparticipativa, oferecendo uma melhor interpretação do conceito de democracia. Em resposta, afirma que a igualdade política pode ser concebida de três maneiras distintas: as duas primeiras analisam a influência e o impacto que cada cidadão teria em um determinado processo político; a terceira maneira de conceber a igualdade política seria a de impedir que um cidadão tivesse um impacto político menor do que qualquer outro, por razões que comprometem a sua dignidade¹¹⁵.

Quanto à influência, analisa-se a probabilidade de que a opinião de cada cidadão seja igual no processo político. Ou seja, de que a influência de cada um tenha o mesmo peso no processo político, não tendo, portanto, qualquer diferença entre o peso das opiniões dos diversos cidadãos no resultado final do processo, seja ele um político respeitado, um artista famoso, um grande empresário ou um cidadão comum. Essa concepção é, portanto, melhor compreendida quando se analisa o poder de persuadir ou de induzir, que cada cidadão possui frente aos demais, fazendo com que os outros adotem ou não a sua opinião. Assim, a questão: todos os cidadãos têm o mesmo poder de influência sobre os demais? Segundo Dworkin, “Não faz sentido eu pensar que o meu poder político é igual ao de um bilionário, de um *pop star*, de um pregador

¹¹³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, [S.l.], n. 115, p. 1387, 2006.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 590.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 593.

carismático ou de um herói político venerado quando tantos milhões de cidadãos seguem essas pessoas e eu mesmo sou desconhecido e não tenho nenhum poder de persuasão”¹¹⁶.

Por isso, deveria ser preferível a concepção de igual impacto, pois, por essa, se compreende que a opinião de cada um teria o mesmo peso, em relação a todas as demais pessoas, na decisão final, independente, portanto, do poder de influência de cada um, do que pensa ou acredita. Contudo, Dworkin lembra que essa concepção, além de ser irrealista, tampouco é atraente ou desejável¹¹⁷, na medida em que só seria possível a sua realização em sociedades totalitárias.

A terceira concepção da igualdade política, diferente das duas anteriores, não entende a igualdade apenas como um ideal matemático. Pelo contrário, visualiza a igualdade política como uma questão de atitude e não como resultado de simples métrica que iguala, num sentido ideal, todos os cidadãos, o que, na prática, sabe-se ser irreal. A igualdade política, conforme a terceira concepção, significa “que nenhum cidadão adulto tenha um impacto político menor que o de qualquer outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade – razões que tratam sua vida como se ela merecesse menos consideração ou que tratem suas opiniões como se fossem menos dignas de respeito”¹¹⁸. Por isso, essa concepção política entende que o poder político deva ser distribuído não necessariamente de modo igual, mas de maneira que todas as pessoas sejam tratadas como iguais.

Importante observar que, para essa concepção, a igualdade política não depende do poder político, mas da posição política¹¹⁹. Para esclarecer o conceito de posição política, diferente da de poder político, Dworkin afirma que atribuir a qualquer cidadão um impacto eleitoral menor do que o dos outros é sinal de que a sua posição política é inferior àquela dos demais cidadãos, a menos que essa atribuição de inferioridade possa ser justificada de modo que demonstre que tal interpretação não seja a correta¹²⁰. Fica claro, porém, que esse entendimento não alcança, como democraticamente possível, a concessão, por exemplo, do

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 594.

¹¹⁷ Não se pode ignorar, porém, que, na prática, a narrativa da democracia majoritária considera apenas a pretensa igualdade de impacto como uma questão meramente matemática, desconsiderando completamente a influência política, como se ela não existisse. A desigualdade do poder de influência tem muita repercussão no resultado final do processo político, desequilibrando, portanto, a pretensão de igualdade de impacto, no sentido matemático de *um cidadão, um voto*.

¹¹⁸ Ibid., p. 593.

¹¹⁹ Ibid., p. 597.

¹²⁰ Como demonstração de posição política inferior, o autor cita a atribuição a qualquer cidadão um impacto eleitoral menor que o dos outros por meio de negar-lhe o voto; dar votos a mais a outros cidadãos; promover arranjos eleitorais em distritos cujo resultado seja um maior número de eleitores, com menor representatividade etc. Ibid., p. 597.

direito ao voto apenas aos aristocratas, aos sacerdotes, aos homens, aos cidadãos cristãos ou brancos, aos cidadãos que têm bens, ou a quem tem diploma universitário. Tal prática, por certo, ocasionaria uma inegável menor consideração ou respeito àquelas pessoas que ficariam excluídas desses processos políticos, atingindo a sua dignidade.

Por outro lado, alguns arranjos constitucionais, mesmo acarretando certa desigualdade de impacto, não significariam desrespeito ou afronta à dignidade. “Dada a injustiça racial que infelizmente marcou o passado dos Estados Unidos e dado o legado contemporâneo dessa injustiça, a adoção de medidas especiais para aumentar o número de representantes negros pode representar uma importante vantagem para toda a comunidade”¹²¹. No mesmo sentido, a reformulação dos desenhos eleitorais em determinados distritos, deixando um pouco desigual o número de eleitores que cada distrito necessita para eleger um representante, comparando um distrito com outro, não causaria nenhuma restrição que pudesse vir a diminuir a cidadania de qualquer pessoa.

Porém, arranjos constitucionais que venham a produzir certa desigualdade de impacto somente se mostram democraticamente aceitáveis e oportunos quando servem para confirmar uma melhor distribuição do poder político, resultando numa demonstração de igual consideração e respeito da comunidade para com todos os seus membros¹²². Nesse sentido, concorda-se com Motta, ao afirmar que “[...] essas diferenças carregam um fardo: o de somente se justificarem quando for possível demonstrar que aperfeiçoam o caráter legítimo da comunidade”¹²³. Por isso, arranjos constitucionais que levem a uma desigualdade de impacto, mas que não afetem a dignidade das pessoas, devem ser promovidos, diferente do que pretende a concepção majoritarista.

Dworkin defende que arranjos que produzam desigualdade de impacto são desejáveis quando levam a uma melhor distribuição de poder político, refletindo em igual consideração e respeito que uma comunidade deve ter por seus cidadãos. Mas, para isso, duas condições são necessárias. Em primeiro lugar, ela não pode produzir um entendimento de que certas pessoas nasceram para governar outras¹²⁴. Portanto, não pode ser desigual de forma que produza uma aristocracia de riqueza, talentos, sexo, casta, raça ou etnia. Em segundo lugar, a diferença de impacto deve gerar um aperfeiçoamento na legitimidade da comunidade¹²⁵.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 598.

¹²² Ibid., p. 598-599.

¹²³ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 90.

¹²⁴ DWORKIN, op. cit., p. 600.

¹²⁵ Ibid., p. 600.

Assim, portanto, das três concepções distintas de igualdade política tratadas por Dworkin, pode-se concluir que a igualdade aritmética de influência é impossível e indesejável em qualquer democracia; o que, inevitavelmente, leva a resultados induzidos e influenciados na igualdade de impacto, produzindo motivações para determinada decisão em vez de outra. A igualdade de impacto, por sua vez, deve ser relativizada quando arranjos constitucionais – que respeitam as duas condições necessárias tratadas acima – levem à terceira e mais importante igualdade política que uma comunidade deve buscar: a igualdade de tratamento entre todos os membros dessa mesma comunidade. Ou seja, arranjos que levem à desigualdade de impacto são necessários quando seu resultado produz uma maior legitimidade política da comunidade, tratando a todos seus membros com igual consideração e respeito.

Outra discussão que envolve as concepções majoritárias e coparticipativa de democracia diz respeito à compatibilidade entre democracia e o controle judicial de constitucionalidade. Dworkin lembra que a concepção majoritarista não exclui automaticamente a possibilidade de atribuir aos juízes o controle de constitucionalidade de leis infraconstitucionais. Entretanto, a encara com desconfiança¹²⁶, rejeitando a ideia de ser possível ao Poder Judiciário derrubar leis favorecidas por uma maioria “estável e informada”, como, por exemplo, a pena de morte ou a obrigatoriedade da prática de orações em escolas públicas¹²⁷.

Para a concepção coparticipativa, esse argumento apresentado pelos majoritaristas é nitidamente circular, pois não deixa de pressupor que a maioria tem autoridade moral para decidir questões controversas em nome de todos. Porém, lembra Dworkin, que “a maioria não tem autoridade moral para decidir alguma coisa a menos que as instituições por meio das quais governe sejam suficientemente legítimas”¹²⁸. Assim, o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é um elemento estratégico possível, que objetiva o aperfeiçoamento da legitimidade do governo.

Com isso, se torna possível a proteção da independência ética de uma minoria, assegurando, por outro lado, o direito moral da maioria impor sua vontade em outros assuntos que não venham a afrontar tal independência ética minoritária¹²⁹. A função do controle contramajoritário e de guardião da Constituição, por parte do Poder Judiciário, portanto, é necessária. Conforme Dworkin, “[...] talvez seja menos necessário em países onde uma maioria estável tem o costume histórico de proteger a legitimidade do governo, identificando e

¹²⁶ Como defensores desse entendimento, cita John Hart Ely e Janos Kis.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 588.

¹²⁸ Ibid. p. 588-589.

¹²⁹ Ibid. p. 589.

respeitando corretamente os direitos dos indivíduos e das minorias. Infelizmente, a história revela poucos países desse tipo, mesmo entre as democracias consolidadas.”¹³⁰ O que dizer, então, de democracia embrionárias ou esporadicamente vilipendiadas?

2.2.1.2 Custos e Riscos da Democracia Representativa Atual

Questões relativas a quem toma decisões, como se tomam determinadas decisões, e a quem se destinam as decisões tomadas são fundamentais para a discussão sobre democracia. Que tipos de decisões são possíveis e quais são inerentes, ou podem ser consideradas democráticas?

Objetivando enfrentar esses temas, Sartori¹³¹ faz uma distinção entre quatro tipos de decisões possíveis, tendo, como elemento de análise, quem decide e para quem as decisões são tomadas. As decisões são divididas em: 1) *individuais*, tomadas isoladamente por cada indivíduo; 2) *grupais*, tomadas por um grupo concreto que interage face a face; 3) *coletivas*, decisões tomadas por *muitos*, que não podem atuar face a face, devido ao tamanho da coletividade. Observe-se as decisões individuais, grupais ou coletivas são tomadas e se destinam a quem as tomou, seja o indivíduo, o grupo ou o coletivo. Por fim, o último tipo, as 4) *coletivizadas*, aquelas que, independente de quem as tome, são impostas a uma coletividade, mesmo que os membros (ou a grande maioria deles) não tenham participado da tomada da decisão.

Importante frisar que, nas decisões coletivizadas, diferente dos tipos anteriores, não importa quem ou quantos participaram da tomada de decisão. Ela se estenderá a toda a coletividade, tenha sido ela tomada por um indivíduo, um grupo ou um coletivo. As decisões coletivizadas políticas possuem as características¹³² de serem (a) soberanas: sobrepõem-se a qualquer outro poder; (b) inescapáveis: estendem-se a todos os que estão sob aquele Estado; (c) sancionáveis: são sustentadas e sancionáveis pelo monopólio da força estatal.

As decisões coletivizadas políticas abrangem aquelas áreas em que, pela necessidade coletiva, pública, portanto, precisam ser tomadas pelo Estado e estendidas a todos, como questões relacionadas à saúde, à educação, ao transporte público, entre outros serviços e demandas públicas. Porém, uma questão que se coloca é saber quando é necessário ou

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 609-610.

¹³¹ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 286-287.

¹³² Ibid., p. 288.

conveniente se coletivizar as decisões de uma determinada área, ou deixá-la para que sejam tomadas decisões a seu respeito no âmbito individual. Outro aspecto relacionado à primeira questão é como se deve proceder ao coletivizar uma decisão.

Para resolver tais impasses, Sartori¹³³ utiliza dois instrumentos, que analisam (a) os *custos decisórios*: são os custos procedimentais internos (de tempo, energia e outros elementos) inerentes a todas as decisões tomadas em grupo ou por coletivos, ou seja, custos dos próprios tomadores da decisão intragrupo; e (b) os *riscos externos* das decisões coletivizadas: são os riscos (indetermináveis *ex ante*; uma incerteza; um perigo em potencial de haver perdas) para os destinatários da decisão coletivizada extragrupo. Assim, uma equação que se coloca para quem decide é aumentar a probabilidade de resultados positivos – satisfação, portanto, minimizando a probabilidade de resultados negativos, danos. Além disso, é necessária a busca de que os custos decisórios sejam razoáveis, conjugados com a diminuição dos riscos externos.

Ocorre que a principal variável na formação dos custos decisórios é o número de pessoas que participam da decisão¹³⁴. Desse modo, quanto maior o número de pessoas de uma coletividade que participam do processo decisório, maior será o seu custo; quanto menor, menor o custo. Por outro lado, quanto maior o número de participantes do processo decisório, menor o risco externo da decisão tomada; quanto menor, maior o risco externo. Assim, portanto, quanto maior o custo decisório, menor o risco externo, e quanto menor o custo decisório, maior o risco externo.

Por isso, é necessário enfrentar o dilema sobre quando é conveniente coletivizar uma decisão e como fazê-la de forma adequada. Ao que se pode perceber, a variável apresentada se mostra incapaz de solucionar a questão de forma definitiva, pois não há um ponto arquimediano em que a curva gráfica do custo das decisões deve se encontrar com a curva dos riscos externos, para que se tenha uma resposta adequada.

Agregada a essa variável, Sartori¹³⁵ apresenta mais duas outras suplementares, que dizem respeito 1) *ao método de formar o órgão decisório*, isto é, à forma de recrutar os membros do órgão decisório, observando também qual é a sua composição. Os métodos podem variar desde um processo amplamente democrático, com escolhas entre e por todos os membros da coletividade daqueles que devem tomar as decisões em seus nomes, sejam escolhas feitas

¹³³ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 289-290.

¹³⁴ Ibid., p. 291-293.

¹³⁵ Ibid., p. 294-295.

majoritária ou proporcionalmente¹³⁶, até métodos ditatoriais, cujo poder decisório é tomado e mantido pela força, passando por métodos hereditários etc.; 2) *à regra de tomada de decisões*, que trata dos princípios e procedimentos que circundam o ato de decidir. A principal regra para a tomada de decisões é a da unanimidade. Sendo ela possível, todas as demais se tornam obsoletas. Ocorre que nem sempre a unanimidade é possível. Quando isso acontece, se pode adotar a regra da maioria¹³⁷.

Postas as três variáveis conjugáveis na busca da diminuição dos custos decisórios e dos riscos externos – (a) o número de pessoas que tomam as decisões; (b) a forma da seleção dessas pessoas; e (c) as regras da tomada de decisão –, há que se perguntar se efetivamente essa redução pretendida é possível, já que, a princípio, a redução de um aumenta o outro. Sartori¹³⁸ entende que sim. Primeiro porque os riscos externos não decorrem tanto do número de participantes do grupo decisório, mas, basicamente, do método de formação do grupo que decide e, conseqüentemente, de sua composição e natureza. E, nesse aspecto, a questão decisiva é se realmente o grupo decisório é representativo¹³⁹. Ou seja, se ele tem a representatividade necessária e legítima.

A razão que permite e justifica que uma coletividade passe o poder de decidir a um pequeno grupo é o pressuposto de que ele efetivamente represente os interesses da coletividade. Ou seja, que realmente exista um grupo de representantes. Caso contrário, a alternativa seria a participação de todos os membros da coletividade no órgão decisório, o que, nas democracias modernas, é impraticável. Assim, reforça Sartori, “a chave é a *representação*: pois apenas a redução drástica do universo de representados para um pequeno grupo de representantes permite *uma redução importante dos riscos externos* (de opressão) *sem agravar os custos decisórios*”¹⁴⁰.

¹³⁶ Importante observar aqui que, nessa descrição de método, se está a considerar a democracia representativa, possível em dias atuais. Caso se tratasse de democracia direta, em que todos os participantes da comunidade atuam da tomada de decisões, primeiro não teríamos método de escolha, pois não haveria o que escolher. Afinal, todos participariam do próprio conjunto decisório. Segundo, também não se estaria tratando de decisões coletivizadas, mas, sim, de decisões coletivas ou grupais, cujas decisões se destinam para o exato conjunto dos próprios tomadores das decisões, e não para além destes.

¹³⁷ A regra da maioria apresenta três magnitudes distintas, que, embora haja certa confusão em relação aos seus termos e aos conceitos inerentes a cada um deles, podem ser assim definidas: (a) maiorias qualificadas (frequentemente dois terços ou três quintos); (b) maiorias simples ou absoluta (*metade mais um*); (c) maioria relativa, ou seja, uma maioria minoritária; a maior minoria (inferior a 50%, mas maior que as outras minorias). SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 295-296.

¹³⁸ Ibid., v. 1, p. 297-298.

¹³⁹ Sartori enfatiza que apesar das críticas dirigidas ao modelo da representação política, “[...] à parte as técnicas representativas de transmissão controlado do poder, não há nenhuma outra técnica conhecida para lidar com os riscos externos”. Ibid., v. 1, p. 298.

¹⁴⁰ Ibid., v. 1, p. 298.

Diante dos aspectos analisados, portanto, é necessário ter clareza sobre o que se está tratando quando se fala em democracia. Poderia ainda ser colocado no sentido de sobre qual democracia se está a tratar. No aspecto temporal, há que se concordar que a democracia moderna não é a mesma democracia dos antigos. Essa questão é importante para a presente análise, porque, quando se pretende avançar para além de uma teoria meramente descritiva da democracia, ou seja, da chamada democracia real, avançando rumo a uma ideia de democracia ideal (uma teoria prescritiva ou normativa de democracia), não se pode ter a ingênua ilusão de que o *padrão ótimo* de democracia para a nossa época é um retorno à democracia (direta) ateniense. Dito de outra forma, a democracia dos antigos, mesmo se filtrando apenas seus aspectos considerados positivos, como a participação direta dos cidadãos, por exemplo, não pode mais ser referencial para a democracia contemporânea.

A antiga democracia como regra para todo o tipo de decisão que deveria ser tomada na *polis*, não pode mais ser implementada em escala geral na democracia contemporânea, considerando que a cidade-Estado há muito foi superada pelo Estado-nação, cujas dimensões encontram-se em escala incomparável com aquela. A democracia contemporânea possível, e cuja idealidade deve ser trabalhada e buscada prescritivamente, é a democracia representativa, por mais problemática que ela possa ser¹⁴¹.

Num segundo sentido, também é necessário estabelecer os limites da relação entre o ideal da política democrática e a ética. Os ideais morais são apenas um subconjunto formador do conjunto específico do ideal de democracia. Sartori adjetiva como algo desorientador qualificar a democracia dos antigos como uma “sociedade política moralmente ordenada”¹⁴². Isso porque, no período da democracia clássica, ainda não havia ocorrido a cisão entre a ética, a religião, a economia e a política.

Não há dúvida de que a democracia, assim como a constituição, tem ou deve ter seus fundamentos morais. Porém, tais fundamentos não podem significar uma moralidade individual disfarçada de fundamentos morais de governo, exercida de forma arbitrária e voluntarista por quem exerce o poder de Estado, pretendendo impor uma moral privada, como se fosse uma

¹⁴¹ É necessário ficar claro, aqui, que se está a tratar de democracia exercitada em escala de Estados nacionais, ou mesmo a democracia comunitária, cuja União Europeia intenta em implementar. Com isso, não se está fazendo um comparativo ou mesmo excluindo a possibilidade de que a democracia possa ser exercida de forma direta e participativa em pequena escala, em pequenas comunidades, em que tal prática se torna possível, considerando o pequeno número de participantes. Da mesma forma, não se está comparando com a possível democracia exercida no interior de comitês temáticos ou algo parecido.

¹⁴² SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 322.

moralidade coletiva institucionalizada no interior do Estado e de suas instituições constituintes e mantenedoras (o que sempre é necessário reforçar).

Tratando especificamente dos fundamentos morais¹⁴³ da democracia, Sartori destaca a sua fragilidade contemporânea, culminando com uma tendência histórica que vem de longa data. Na relação do indivíduo (cidadão) com a sociedade, os fundamentos morais “estão relacionados com o senso do *dever*, com a compreensão de que os direitos envolvem obrigações e que há um valor e uma gratificação em fazer as coisas *por nada*, gratuitamente”¹⁴⁴. Porém, esse mesmo senso de dever pelo simples dever e, portanto, exercido de forma espontânea e gratuita, já foi substituído há muito tempo por uma ótica meramente economicista.

Essa ausência do senso de dever faz, conforme Sartori, com que a atual crise da democracia seja, em grande parte, uma crise de fundamentos éticos. Observa que se produziu um entendimento¹⁴⁵ comum de que o cidadão das democracias atuais deve se preocupar *racionalmente* com aquilo (e só com aquilo) que venha a atender a seus interesses individuais, repetindo no seu comportamento político os mesmos interesses – e a busca pelo atendimento destes – de modo semelhante a seu comportamento na economia privada, individual¹⁴⁶.

Com base nessa compreensão do cidadão nas democracias atuais, Sartori analisa o que chamou de custos do realismo democrático, assim como os custos do idealismo. Questiona, dessa forma, a que custo, com que consequências são exercidas as atuais democracias e de que

¹⁴³ Para fundamentar sua análise e traçar a linha divisória entre a ética e a política, Sartori parte da ética de Kant, em que a moralidade faz parte do reino das *ações desinteressadas*. Lembra-se, entretanto, que a moralidade kantiana não é necessariamente sinônimo de ausência de qualquer motivação, mas, sim, ausência de critérios de utilidade para a motivação do agir. Kant afasta, portanto, a ética utilitarista. A atitude deve ser ética sempre e sem qualquer motivação de utilidade, assim como, sem qualquer busca ou análise de consequência (para ver mais, entre outros: KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964. Porém, é na distinção que Weber faz entre uma atitude ética – *Gesinnungsethik* – e uma ética que se responsabiliza pelas consequências – *Verantwortungsethik* (ver mais em *A Política como vocação*. WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2006) que Sartori encontra o fundamento último de sua análise. A divisão feita por Weber serve para Sartori fazer uma separação entre a atitude privada de cada um, como animais morais, ao que ele reserva para a atitude ética – *Gesinnungsethik*; com as atitudes públicas (coletivas) como animais políticos, identificadas com atitudes éticas com responsabilidade pelas consequências que tais atitudes poderão produzir – *Verantwortungsethik*. Assim, como o indivíduo na *polis* não vive unicamente só e para si mesmo, suas atitudes devem ser consequentemente responsáveis, exercendo uma ética com responsabilidade pelas consequências de suas atitudes. SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 323-324.

¹⁴⁴ *Ibid.*, v. 1, p. 323.

¹⁴⁵ Em que ética se baseia a afirmação de que o cidadão das democracias atuais deve ser racionalmente individualista e egoísta? Esse é o questionamento apresentado por Sartori. Efetivamente, esse comportamento não encontra respaldo em qualquer análise da teoria ética que lhe pudesse sustentar. Pelo contrário, esse comportamento parece suspender ou até mesmo afastar qualquer preocupação ética com suas atitudes, tendo como motivador de ação a simples busca do resultado pretendido, que deve ser alcançado a qualquer custo. Assim, sequer há que se falar de uma *ética* que pudesse sustentar tais atitudes, mas, sim, de atitudes meramente *niilistas, aéticas*, cujo fundamento moral para a ação sequer entra em perspectiva de análise ou preocupação.

¹⁴⁶ *Ibid.*, v. 1, p. 323-324.

maneira é projetada o que se poderia chamar de uma democracia ideal. Algumas características *do nosso tempo*, que são trazidas pelo autor italiano, merecem ser observadas, pois demonstram a real situação – tanto da realidade prática, como do sentimento que permeia e muitas vezes dá sustentação ideológica a essa situação –, bem como as implicações para o que comumente se projeta para o futuro como algo ideal.

A primeira característica é a total e injustificada negligência com as consequências das decisões coletivizadas, os chamados *riscos externos*. O principal risco externo é o menoscabo à constituição, ou seja, a decadência do respeito ao constitucionalismo garantidor “diante do crescimento exponencial do potencial do poder”¹⁴⁷. Ou seja, esse crescimento do potencial do poder se revela no deliberado desrespeito aos limites e preceitos constitucionais, que devem nortear toda a vida da sociedade e do Estado. Por consequência, esse também se estende à própria democracia, considerando que a constituição é o resultado de um processo constituinte democrático, e o seu não cumprimento significa o rompimento de um pacto formulado de maneira democrática pelo conjunto social.

Outro aspecto destacado é o que o autor chamou de uma ênfase na *política mais visível*, em detrimento a áreas de menor visibilidade, sem que se tenha claro o que essa situação efetivamente coloca em jogo. Parte-se inicialmente, e como regra, de que a democracia precise da mais ampla visibilidade e transparência. Essa visibilidade faz com que possa haver maior participação e controle, elementos vitais para a própria democracia. O que efetivamente é verdadeiro.

Sartori, porém, chama a atenção para o fato de que a mesma pessoa comporta-se de forma diversa em situações distintas, principalmente, em se tratando de menor ou maior exposição e visibilidade: “isso significa que o elemento visibilidade pode melhorar, mas também pode distorcer o comportamento”¹⁴⁸. Essa distorção pode acontecer quando alguém tem uma preocupação maior com a *venda da imagem* do que com um comportamento responsável; quando a pessoa tem uma preocupação ou uma pretensão de – como comumente é dito – *jogar para a torcida*.

Nesses casos, o comportamento responsável é substituído pela simples – contudo, muitas vezes legítima – pretensão de agradar, seja decidindo de uma forma irresponsável, seja produzindo conflitos e aumentando tensões artificiais, apenas para chamar para si a atenção dos interessados etc. Portanto, está fora de qualquer dúvida o fato de que a visibilidade e a

¹⁴⁷ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 325.

¹⁴⁸ *Ibid.*, v. 1, p. 326.

transparência são elementos essenciais à democracia. Mas seu excesso, em situações e locais inapropriados, pode produzir mais prejuízos do que benefícios.

Quanto ao aspecto da *extensão da política* e da excessiva *politização* de todos os espaços e arenas públicas, Sartori também apresenta algumas preocupações que merecem relevo. Inicialmente, manifesta-se sobre o que chama de *hipertrofia* da política, ou seja, um excesso de politização de questões que não deveriam ser politizadas. Não há dúvidas de que há um contínuo aumento de questões que são decididas de forma coletivizada – portanto, sob o manto da democracia – e postas sob a autoridade do Estado para a sua implementação.

Embora essas decisões tenham sido tomadas por meio da política, ou seja, na arena legítima do espaço político democrático, geralmente pelo parlamento¹⁴⁹, a sua implementação não precisa e não deve ser politizada. Nesse mesmo sentido, há arenas em que a penetração da política se mostra maléfica, para todos e para a própria democracia, como é o caso do Judiciário, do Exército, da prestação do serviço público e das instituições de ensino¹⁵⁰. Assim, a democracia pressupõe, para a sua existência, a efetiva participação popular. Entretanto, nem todos os espaços, órgãos e poderes públicos devem ser sistematicamente politizados. A apatia política faz mal para a democracia. Porém, a politização excessiva de todos os campos sociais e do Estado, também.

Nessa mesma linha, analisando a necessária participação dos cidadãos nas esferas políticas, mas, também, seus limites, sejam eles necessários ou contingenciais, Sartori traz à tona a discussão sobre o pretense conflito entre a democracia direta, portanto, participativa, com a democracia indireta, representativa. Conflito esse que tornaria incompatível a relação entre as duas formas de exercício da democracia (como se fossem uma dicotomia excludente), em benefício da democracia direta. Para essa reflexão, Sartori apresenta uma série de diferentes questões, sob as quais é possível analisar o exercício da democracia participativa. Essas questões são colocadas da seguinte forma:

- (a) participação em termos de interesse, atenção, informação e competência; (b) participação em apoio à ‘voz’, isto é, em termos de democracia de manifestação; (c) participação no poder, isto é, uma participação real e efetiva na tomada de decisões; (d) uma participação que equivale a uma verdadeira democracia direta. Assim, o que denuncia dificuldades para o quê?¹⁵¹

¹⁴⁹ Embora aqui se trate de *hipertrofia* da política, essa análise não pode ser confundida com o que se tratou, em outro ponto, o que se chamou de *hipertrofia* legal, ou seja, quando o parlamento produz, de forma açodada, e, muitas vezes, sem qualquer preocupação com a sua efetividade e eficácia, um grande número de instrumentos legais que efetivamente não se mostram necessários ou razoáveis, mas que servem para a pretensão de produzir uma acomodação a um clamor popular momentâneo, cuja resposta imediata serve apenas para essa estratégia de *resposta* e acomodação.

¹⁵⁰ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 326-327.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 327-328.

O primeiro ponto colocado já apresenta o problema central de todo o processo democrático. E mais, a reflexão que se propõe não se limita à análise de uma possível democracia participativa, mas, inclusive, da democracia representativa¹⁵². Vejamos que algumas questões, como interesse, atenção, informação e competência, permeiam toda a discussão sobre as possibilidades de exercício de uma democracia efetivamente substancial, e não meramente procedimental. Não há dúvidas quanto à necessidade de um maior interesse e atenção, conjugado com informações e competência para o exercício da cidadania.

Atenção e interesse são aspectos que resultam numa maior ou menor intensidade da participação. Porém, a intensidade da participação, como regra, se apresenta de forma mais relevante em grupos minoritários específicos concretos¹⁵³, ou seja, naquelas minorias que possuem um interesse comum a ser buscado ou defendido no processo democrático¹⁵⁴. Portanto, a intensidade de preferências e participação não está presente uniformemente na totalidade do conjunto social. Contudo, como estender esse interesse? O que fazer para que a intensidade da participação seja algo que encontre abrigo e desempenho nas maiorias dispersas? Como resolver essa questão?

Os processos democráticos, de modo geral, têm uma participação majoritária da população com uma fraca intensidade, que pode ser identificada como a participação do povo nos processos eleitorais (condição mínima para que um sistema possa ser identificado por

¹⁵² No sentido de que essa exigiria menos do que a democracia direta.

¹⁵³ É necessário observar que não se pode confundir aqui – quando se trata do fator *intensidade de preferência* – o que se identifica como grupos minoritários específicos com interesses concretos nos processos democráticos, com aqueles grupos minoritários que têm influência na formação da *opinião pública* de maneira geral (tratado na sessão seguinte). Portanto, são assuntos diversos que merecem a necessária e prudente distinção conceitual e interpretativa. Isso não quer dizer que não haja ocasiões em que esses dois conceitos de grupos distintos se (co)fundam no mesmo grupo. Tal fato acontece, por exemplo, exatamente quando um grupo minoritário é o principal indutor do processo de formação da opinião pública (o que, majoritariamente, acontece nos processos de formação da opinião pública. Nesse caso, poderia ser dito que o *grupo minoritário que induz a formação da opinião pública* seria uma espécie do gênero *grupos minoritários intensos*.

¹⁵⁴ As preferências individuais apresentam diferentes graus de intensidade. Ou seja, cada questão em jogo apresenta diferentes graus de afeto, envolvimento, interesse e disponibilidade no debate. O princípio da maioria ignora que a intensidade não é a mesma em todos os indivíduos que manifestam preferência a uma ou outra posição. Caso considerada, a intensidade poderia fazer com que o resultado final não fosse apenas a verificação das diferenças de preferências de cada indivíduo (calculando uma simples maioria numérica), mas é diretamente influenciado pelo grau de como essas diferenças de preferências se manifestam e são defendidas. Dahl manifestou sua preocupação em relação às chamadas *democracias populistas*, que menosprezam o fator intensidade, colocando-se ao lado de uma maioria desinteressada e apática, em detrimento de minorias extremamente intensas. Com isso, lamenta a inexistência de alguma maneira de se comparar intensidades de preferência, para que as mesmas pudessem ser consideradas como elemento decisório, em favor da própria estabilidade do sistema democrático. DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 94-104. Não se pode ignorar, porém, que há ocasiões em que o grau de intensidade de preferência tem parte decisiva no jogo democrático, como ocorre quando uma minoria intensa consegue influenciar parte de uma maioria inicialmente desinteressada, conseguindo eventualmente alterar o resultado final do processo. Assim, uma maioria pouco intensa pode ser superada por uma minoria que demonstra e defende suas preferências com grande intensidade.

democrático, ainda que, também, no seu sentido mais fraco). Entretanto, mesmo nos processos meramente eleitorais, a informação desempenha um papel importante, influenciando a participação do cidadão e ajudando a decidir o resultado final. Essa informação, que é fundamental para a formação da vontade do cidadão-eleitor, inevitavelmente, em maior ou menor intensidade, sofre de forma crucial a interferência da opinião pública, tornando essa vontade mais ou menos autêntica.

Quando se trata de informação para a formação da vontade do cidadão, sendo ela mais ou menos autêntica, ingressa na análise, de forma crucial, o quanto e o que sabe o cidadão comum. A resposta dada por Sartori não é muito animadora: “o estado de desatenção, falta de interesse, subinformação, distorção perceptiva e a simples ignorância do cidadão comum nunca deixam de surpreender [...] em muitos aspectos e casos, o público não tem opinião, e sim, sentimentos desarticulados constituídos de humores e impulsos afetivos”¹⁵⁵. Esse fato não é muito diferente em países de tradição democrática já consolidada, assim como naqueles em que o grau de analfabetismo e pobreza tem sido drasticamente reduzido. Por isso, a esses fatores não se pode destinar toda a responsabilidade pela apatia frente à democracia e o interesse pela coisa pública.

Objetivando identificar, então, outros responsáveis por esse comportamento, Sartori volta à questão da informação, não no sentido de sua deficiência quantitativa, mas de sua tendenciosidade e da má qualidade. A informação tendenciosa é a produzida pelos padrões cada vez mais baixos da ética profissional, em relação ao *respeito à verdade*. Já a má qualidade da informação é um problema facilmente identificável, mas de difícil solução. Sartori apresenta a técnica utilizada na televisão como um dos principais fatores dessa má qualidade, pois estas, para agradar ao público, fazem com que, “combinadas, implicam que aquilo que é mostrado é muitas vezes uma meia verdade ou algo inteiramente falso. Aqui o remédio consiste unicamente em mais responsabilidade (e, pelo mesmo motivo, menos responsividade) nos meios de comunicação de massa”¹⁵⁶. O grande motivador dessa técnica televisiva é que a preocupação central é a busca de maiores audiências, objetivo esse que, necessariamente, precisa nivelar por baixo a qualidade do que é mostrado ao público.

Outro aspecto identificado como responsável por aquela apatia política se relaciona à questão da instrução. O maior nível de instrução possibilita com que a informação política possa ser selecionada e, com isso, mais qualificada, fazendo com que a pessoa que expresse a sua

¹⁵⁵ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 146.

¹⁵⁶ Ibid., v. 1, p. 146.

opinião possa fazê-lo embasada em informações selecionadas. E isso é diferente de simplesmente expressar uma opinião, por mais firme que possa ser, sem condições de embasá-la em informações qualificadas, que a tornam autêntica e racionalmente defensável.

Entretanto, apenas o crescimento geral dos níveis de informação não reflete necessariamente no crescimento de participação política ou no grau de informação política desse público. Sartori¹⁵⁷ lembra que os custos em termos de recursos individuais, expressos em tempo e atenção para a informação política, podem demonstrar o contrário do pretendido. Efetivamente, adquirir instrução e informação em determinado assunto pode implicar em negligenciar outros.

Portanto, mesmo que houvesse a universalização de um alto grau de instrução, não haveria razão para se esperar que esse fato se convertesse em interesse por assuntos ligados à política, à democracia e ao Estado. Isso ocorre porque, como regra geral, a participação na esfera política não faz parte dos reais interesses do cidadão comum. Ele não encontra na atividade e na discussão política a recompensa imediata que o auxilia na solução de seus problemas diários. Contrariamente a isso, esse indivíduo encontra nas atividades cotidianas da vida interesses e necessidades maiores que absorvem o seu tempo e sua disposição, negligenciando, assim, a busca da informação política.

Nesse sentido, é esclarecedora observação de Brittan, quando trata dos motivos que o cidadão comum tem para não se manter bem informado politicamente: “Na vida privada, a restrição financeira é uma influência que favorece a racionalidade. As pessoas sabem, a partir do orçamento doméstico, que mais de uma coisa significa menos de outra”¹⁵⁸. Sartori lembra que Brittan ao comparar o *Homo politicus* ao *Homo economicus*, afirma que “a política não proporciona, recompensas e incentivos a todos [...] e isso, é um grande obstáculo às ideias em voga sobre ‘participação’”¹⁵⁹. Assim, a ausência da compreensão de que a política afeta a vida de todos, participando ou não dela ativamente, faz com que o cidadão encontre um incentivo (muitas vezes inconsciente) para se afastar da busca de informação política que lhe pudesse qualificar (ou ao menos motivar) para uma maior participação efetiva na vida (e nas decisões) política.

É necessário reforçar, porém, que, em que pese um maior grau de instrução, bem como condições de vida economicamente dignas sejam condições necessárias para o exercício de uma

¹⁵⁷ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 150.

¹⁵⁸ BRITTAN, S. **Participation without politics**. London: Institute of Economic Affairs, 1975. p. 37-38.

¹⁵⁹ SARTORI, op. cit., v. 1, p. 151.

cidadania autêntica, essas condições não são, por si só, suficientes para a busca da informação política e para o esse exercício cidadão, com a intensidade que a democracia substantiva exige. Entretanto, também é necessário frisar que, embora não haja condições de se estabelecer uma relação direta, no sentido de uma comparação em termos proporcionais entre informação, conhecimento e competência¹⁶⁰, com o grau de intensidade de participação – e a qualidade dessa participação –, não há dúvidas de que a informação e o conhecimento¹⁶¹ somente podem possibilitar uma participação mais qualificada¹⁶² quando ela acontece.

Da mesma forma, a intensidade, ou seja, o exercício democrático de forma intensa, também depende do grau de informação e da capacidade de participação, principalmente quando se pretende uma participação efetivamente substancial, com interesse e capacidade de interpretação, compreensão e participação dialogal no processo. Como se resolve a questão da informação e capacitação em sociedades como a brasileira, por exemplo, em que sequer as promessas da modernidade foram cumpridas; sequer o acesso a uma educação básica de qualidade está garantido de forma universal; e o nível de *sentimento constitucional*, ou seja, a compreensão da necessidade de atendimento dos ditames constitucionais, diminui continuamente?

A resposta a essas questões, embora possa parecer uma tautologia, leva à circularidade do exercício democrático. Os defeitos e problemas da democracia somente podem ser resolvidos com democracia. Essa conclusão, embora óbvia, precisa ser compreendida da forma correta. Dizer que democracia só se faz com mais democracia é dizer que a democracia precisa

¹⁶⁰ Com relação a esses termos “informação”, “conhecimento” e “competência”, é importante não haver confusão entre seus conceitos. Embora eles possam estar relacionados, não necessariamente estão. A informação por si só, não pressupõem conhecimento, muito menos competência. O conhecimento relacionado à informação implica a possibilidade de uma apreensão e um controle mental sobre a informação adquirida, portanto, ela deixa de ser uma simples informação e passa a estar sob o controle cognitivo de quem a adquiriu. Já a relação entre conhecimento e competência não possui a mesma separação possível que há entre informação e conhecimento. O conhecimento está conjugado com a competência. Quem tem conhecimento sobre determinada coisa, tem competência para se relacionar com ela; da mesma forma, quem tem competência pressupõe a existência do conhecimento, que possibilita aquela competência. SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 164.

¹⁶¹ Isso não significa dizer que uma pessoa com mais informações qualificadas e maior grau de conhecimento tenha efetivamente, como consequência natural, uma participação mais qualificada – quando participa – do que outra com menos informação e menor grau de conhecimento. Pode, inclusive, a sua participação ser menos qualificada do que aquela outra, porém, nesse caso, a responsabilidade por sua participação menos qualificada não pode ser reputada ao seu grau de informação e conhecimento, mas, sim, a outros fatores que não esses. Uma pessoa pode ter altos graus de instrução e conhecimento, e ser politicamente analfabeta.

¹⁶² Não cabe aqui se analisar o que pode ser entendido como uma participação qualificada, ou seja, o que se deve compreender por uma participação mais ou menos qualificada. Porém, pode se dizer – mesmo que arbitrariamente – que o grau de qualidade de uma participação no processo democrático está diretamente relacionado ao resultado ou influência que essa participação pode proporcionar, de forma positiva, ao próprio processo democrático, como meio, ou no resultado final alcançado pelo processo democrático. Ou seja, quanto mais democrático o processo passa a ser, ou quanto melhor for o resultado final alcançado a partir do processo democrático.

ser cuidada, preservada e cultivada com reponsabilidade individual e coletiva – dentro de uma consciência cidadã – inserida em uma circularidade democrática e, jamais, procurando fora do próprio regime alternativas a seus defeitos ou vícios.

2.3 A DEMOCRACIA E SEUS PROBLEMAS COM O *POVO*

Ao perguntar *Quem é o Povo?*, Friedrich Müller provoca uma reflexão sobre qual é a mais correta concepção de seu conceito. Quem efetivamente é o povo dentro de um conceito de ‘demo’cracia? Na obra, Müller entende que o conceito de povo é fundamental para a democracia. Entretanto, a ele se pode indicar uma grande gama de atribuições e significados. Qual é o melhor conceito é algo, portanto, fundamental para que se possa entender o *povo* como efetivamente um ente que tenha poder dentro de um processo e de uma vida democrática¹⁶³.

Na teoria política e constitucional, conforme Comparato, povo não é um conceito descritivo, mas, sim, operacional. Portanto, esse termo não serve, dentro desse contexto, para designar “uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político”¹⁶⁴. Povo, assim, precisa ser compreendido como o sujeito com prerrogativas (direitos) e responsabilidades políticas sociais, e não simplesmente como um elemento simbolicamente legitimador de uma pseudodemocracia usurpada em forma de oligarquia.

Embora a Constituição Federal de 1988 faça uma clara distinção entre a titularidade e o exercício do poder político frente ao Estado, estabelecendo que “todo poder emana do povo”, mas que pode ser exercido “por meio de representantes eleitos ou diretamente”¹⁶⁵, seu exercício não pode ocorrer de forma dissociada de sua titularidade. Em que pese seja inevitável, em sociedades de massa, a utilização do recurso da representação e de decisão, em muitos casos tomados de forma majoritária, essas decisões precisam refletir os interesses do conjunto da coletividade, ou seja, do povo. A questão é que, em algumas hipóteses, na realidade contemporânea, o resultado do sufrágio não corresponde a uma verdadeira representação do conjunto social, formado pela diversidade de classe e de grupos sociais. Por isso, mesmo nos sufrágios universais, a maioria resultante das urnas – principalmente nos parlamentos – não

¹⁶³ Sem retornar, aqui, a concepções etimológicas e conceituações políticas do termo povo desde a Antiguidade, a análise pretende concentrar-se na realidade atual e na sua importância para a democracia.

¹⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. [S.l.]: Max Limonad, 2000. p. 13-14.

¹⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

corresponde à totalidade do povo, porque não representa proporcionalmente a diversidade social existente.

O poder emana do povo. Por isso, tanto nos processos eleitorais quanto nas decisões deliberativas, fala-se *nele* (no povo), mas não se fala *por ele*. Fala-se em seu nome – como processo de justificação legitimadora das decisões tomadas –, mas não se fala em defesa de *seus interesses*, ou seja, em nome dos interesses dos titulares do poder, mas, sim, geralmente, dos interesses próprios dos representantes ou de uma elite que é verdadeiramente representada no poder, por meio da legitimação simbólica do sufrágio universal. Por isso, há que se concordar com Müller, para quem:

Entretanto, só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual [nicht zuletzt], também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são ‘valores’, ‘privilégios’, ‘exceções’ do poder de Estado ou “lacunas nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental [obligkeitsfreudiges Denken] ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i. é, dos cidadãos, a uma participação ativa [aktive Ermächtigung]. No que lhes diz respeito, *fundamentam* juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos humanos e do cidadão, ‘o povo’ permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, ‘o povo de um país’ [‘Staatsvolk’] de uma democracia capaz de justificação – e torna-se ao mesmo tempo ‘povo’ enquanto instância de atribuição global¹⁶⁶.

A manifestação de Müller mostra não apenas a representação em nome do povo como procedimento, mas, também, como consequência dessa mesma representação. Dito de outra forma, o autor faz, na perspectiva jurídica, uma importante distinção entre o povo que fala, que participa de forma ativa nos processos eleitorais, conceituando-o como *povo ativo*¹⁶⁷. Portanto, esse é o povo que participa ativamente dos processos (que é procedimentalmente *ativo*). Nesse aspecto, seriam os nacionais (naturais ou naturalizados – conforme legislação específica) de determinado país que podem votar e serem votados (que se encontram em condições de exercício da cidadania ativa, portanto).

Já para o povo em nome do qual os representantes falam, o autor reserva uma outra distinção, conceituando-o como *instância de atribuição de legitimidade*¹⁶⁸. Assim, os representantes eleitos pelo *povo ativo* falam em nome do povo. Têm, portanto, legitimidade para falar em nome do povo, que os legitima. Nesse sentido, é em nome do povo que o poder é exercido. Quando o representante manifesta-se, o faz em nome do povo, que atribui a

¹⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. [S.l.]: Max Limonad, 2000. p. 63-64.

¹⁶⁷ Ibid., p. 54-58.

¹⁶⁸ Ibid., p. 59-64.

legitimidade de sua manifestação. Portanto, a legitimidade democrática exige que a manifestação dos representantes do povo deve ser feita na defesa e no respeito dos direitos fundamentais desse mesmo povo, em nome do qual há a manifestação.

Direitos humanos como normas (constitucionais) devem ser cumpridas e não apenas citadas como valores ou como eventual programa de governo deste ou daquele governante. Por outro lado, reforça Müller que, quando esses direitos fundamentais não são atendidos, o termo *povo* não passa de uma metáfora abstrata e alheia à realidade vivida pelo conjunto da sociedade. Por isso, a importância do adjetivo acrescido ao conceito, delimitando o *povo ativo*.

Assim, não basta a operacionalidade conceitual de *povo*, atribuindo a ele, ou *em nome dele falando*, sem uma consideração ativa ou substancial a esse mesmo povo. Na sua utilização como instância de atribuição, o povo deve efetivamente ser respeitado e verdadeiramente representado, e não apenas utilizado como uma metáfora abstratamente legitimadora de decisões que se encontram desarticuladas e desvinculadas dos reais e corretos de seus interesses.

Müller traz algumas questões fundamentais ao indagar: “E o que vale, se as leis parlamentares são promulgadas corretamente, mas se o parlamento não é ‘representativo’ – em virtude de eleições fraudadas ou em virtude de manipulação do procedimento de votação ou por razões similares?” ou, acrescenta-se, se o Executivo não cumpre as normas legitimamente produzidas? “O que deve valer, se as leis legítimas ou decretos não são implementados pelo governo ou pela administração pública ou se a sua realização se desencaminha subjetiva ou objetivamente, ou de qualquer modo objetivamente?”¹⁶⁹ Assim, o autor ressalta a importância, para a legitimação democrática do Estado, da apreensão dessa dupla função legitimadora do *povo*, seja na criação ou decisão de como deve o Estado agir e da efetiva implementação dessas decisões tomadas pelo povo ativo.

Junto com os conceitos operacionais de povo, como *povo ativo* e povo como *instância de atribuição de legitimidade*, Müller também agrega o conceito de *povo-destinatário* (nesse aspecto, esse conceito abrange todo o povo que se encontra em determinado território, não importando se são nacionais, estrangeiros ou mesmo apátridas), mas não apenas como simples destinatário, ou como destinatário de qualquer política governamental. O autor complementa o conceito como “destinatário de prestações civilizatórias do Estado [zivilisatorische Staatsleistungen]”¹⁷⁰. Portanto, o que deve ser destinado a esse *povo* são prestações

¹⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. [S.l.]: Max Limonad, 2000. p. 65-66.

¹⁷⁰ Ibid. p. 77.

civilizatórias, e não meros atos de força ou outros atos de faculdade valorativa que se pretendem legítimas, pelo simples fato de partirem do Estado.

A prestação civilizatória do Estado, destinada ao conjunto do povo de uma determinada nação, encontra-se presente e elencada nas normas jurídicas fundamentais implementadas por essa mesma nação, que, nas sociedades modernas, situam-se nas próprias constituições nacionais, ou seja, nos pactos civilizatórios promulgados pelos povos dessas nações, cuja efetividade deve se fazer sentir pelo seu conjunto social (sob o risco desse mesmo pacto, quando não respeitado e implementado, ser compreendido como um *blefe* – aceito apenas com o fim de acomodação político-social –, cujo cumprimento e implementação são desrespeitados e sonogados ao conjunto social que estabeleceu tal pacto. Portanto, saúde, educação, moradia digna, trabalho digno, condições econômicas de subsistência, liberdade religiosa e de qualquer tipo de expressão, informação e comunicação social corretas, sufrágios universais corretos, sem fraudes ou manipulações por instrumentos midiáticos, econômicos ou de caráter religioso etc., são elementos mínimos e essenciais para o atendimento desse pacto civilizatório, cujo conjunto social é tanto o povo ativo, a instância de atribuição, como o destinatário das prestações civilizatórias do Estado.

A conjunção dessas três acepções positivas, que Müller atribui ao *povo*, é fundamental para que a democracia possa ser entendida como substancial e legítima, projetando a existência de um povo ativamente participativo, o povo como instância real (e não apenas abstrata e retórica) de atribuição de legitimidade, e o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado. Assim, a legitimação da democracia está diretamente relacionada à titularidade do poder (que é do povo) e não meramente ao seu exercício (dos representantes). Uma representação que é fraudada ou manipulada na sua seleção, ou que, como consequência, não respeita os interesses dos representados, não alcança legitimidade ao sistema democrático. Pelo contrário, o depreda, fragiliza e ameaça.

Entretanto, há ainda outro conceito operacional para o termo *povo*, podendo ser qualificado como extraordinariamente negativo. Trata-se do povo como *ícone*¹⁷¹. Neste caso, o povo não pode ser entendido como *ativo*, nem mesmo como *instância de atribuição*, pois não se podem atribuir a seu nome (no sentido do titular do poder democrático) as decisões que são tomadas. Nesse aspecto, o povo não exerce a *dominação real*. Não é o titular do poder, mas apenas “fala-se como se ele estivesse exercendo a dominação real, como se tivesse agido de forma mediada, como se legitimasse por meio da lealdade mediada por normas”¹⁷².

¹⁷¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. [S.l.]: Max Limonad, 2000. p. 65-73.

¹⁷² Ibid. p. 67.

A iconização do termo *povo* é utilizada para justificar e tentar legitimar (por meio da invocação do *povo*) concepções políticas de justiça, de modos de *agir em seu nome*, quando, na verdade, abandona-se o povo como instância de titularidade de poder. Utiliza-se dele apenas como ícone de justificação. Com isso, ele passa a ser algo irreal, uma mera ideologização justificadora, utilizada, inclusive, por regimes autoritários para a sua pretensa legitimidade. A manifestação e a ação *em nome do povo* (como ícone justificador) podem produzir ações das mais bárbaras:

Ou, caso a população real tiver dimensões que atravanquem os planos de legitimação [als zu sprengig erscheint], importa ‘criar o povo’, o que se faz por meio de medidas externas: colonização, reassentamento, expulsão, liquidação; mais recentemente também por meio da ‘limpeza étnica’, um neologismo bárbaro a denotar uma velha práxis bárbara. Estamos aqui em um museu histórico e atual de horrores de manipulações brutais de populações, para em seguida poder sacralizar o grande grupo composto corretamente à imagem e à semelhança dos atores dominantes – e aqui a pergunta pela própria legitimação já não poderá ser feita¹⁷³.

Resta claro, portanto, que falar em nome do povo, utilizando o conceito como ícone, pode pretender a justificação de medidas, inclusive por parte de representantes eleitos em processos decorados com *capas de democracia*, mas que, na ação política, efetivamente, não agem em respeito aos interesses do titular do poder político, abrindo espaço para as maiores barbaridades que a humanidade já presenciou. Povo como *ícone* não é *povo ativo*, que participa dos processos democráticos e que tem as suas pretensões e seus interesses defendidos frente ao e no Estado. Também não é o povo como *instância de atribuição*, pois a real legitimidade não é algo que se pretende. De igual modo, não é o povo como *destinatário de prestações civilizatórias do Estado*, porque essa pretensão não está mais no horizonte do Estado, que se utiliza do povo como *ícone*. Pelo contrário, as prestações civilizatórias estão cada vez mais, chegando, inclusive à utilização do Estado como fonte de barbárie e terror contra o próprio povo.

Por isso, os questionamentos sobre a democracia sempre se fazem necessários. As questões se repetem por sua necessidade. O que é a democracia? Em que tipo de democracia se vive? Vive-se, efetivamente, em um regime democrático? Em que grau?

¹⁷³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. [S.l.]: Max Limonad, 2000. p. 67-68.

2.3.1 A Democracia Delegativa de O'Donnell

Em um nível um pouco mais ameno, talvez (quanto ao grau de barbárie em que aquela teoria permite chegar), do conceito trabalhado por Müller de povo como ícone, O'Donnell explora uma nova proposta relacionada à democracia. Contudo, essa *democracia* se encontra em um grau tão frágil que não se pode qualificá-la como representativa, identificando, portanto, o que chamou de *democracia delegativa*¹⁷⁴.

Inicialmente, é necessário observar, porém, que essa distinção conceitual entre a democracia representativa e a democracia delegativa não possui uma fronteira muito rígida. Pelo contrário, a própria ideia de representatividade envolve certo grau de delegação. Essa questão fica clara quando se compreende que a representação de uma coletividade não tem condições de refletir anseios e interesses particularmente postos por cada um de seus membros (por suas divergências materiais, de grau e, até mesmo, suas contradições). Portanto, há que se admitir que o representante fale pelos representados. Afinal, a ele é outorgado esse poder (permissão). Por isso que representação e delegação não são, necessariamente, opostos entre si, mas se relacionam em determinado grau, ocorrendo uma *delegação representativa*¹⁷⁵. A distinção, porém, é que, na democracia delegativa, esse grau de contato acontece apenas na formalidade procedimental, já que materialmente a delegação é completa.

Para a conceituação de democracia delegativa, O'Donnell verifica que algumas democracias¹⁷⁶ não são consolidadas ou institucionalizadas¹⁷⁷, embora possam ser duradouras. Essa realidade seria herança dos períodos autoritários pelos quais alguns países teriam passado, o que os colocaria tanto no rumo de uma possível consolidação futura de democracia

¹⁷⁴ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. **Novos estudos – Cebrap**, São Paulo, v. 31, p. 25-40, 1991.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 32.

¹⁷⁶ Para sua análise, que data de 1991, o autor utiliza exemplificativamente os regimes instalados na Argentina, no Brasil, no Peru, no Equador, na Bolívia, nas Filipinas, na Coreia do Sul e alguns países da Europa Central e Oriental, como a Polônia, que, no seu entendimento, estariam a cumprir os critérios de *democracia* no sentido utilizado por Robert Dahl, para a definição de *poliarquia*. Entretanto, conforme O'Donnell, essas democracias não são *representativas*, mas denominadas de *democracias delegativas*. *Ibid.*, p. 26. Portanto, embora Dahl utilize argumentos diferentes daqueles utilizados pelo autor argentino, é possível compreender a distinção que ambos fazem a partir da fragilidade das democracias que analisam, denominando-as de outra forma, como *poliarquia*, no caso de Dahl, ou como *delegativa*, no caso de O'Donnell.

¹⁷⁷ O'Donnell faz um paralelo de sua definição de democracia delegativa com a poliarquia de Dahl. Porém, nos parece que entre as duas definições há pelo menos um traço marcante que as separa em vez de as aproximar. Se na democracia delegativa do autor argentino não há instituições a se identificar como democráticas (que pudessem sustentar uma democracia representativa, mesmo que para poucos), na definição de Dahl esse problema não aparece. Pelo contrário, para esse autor, a existência de um conjunto de instituições políticas é condição fundamental para dar sustentação a sua definição de poliarquia. Portanto, aqui há “democracia representativa” (embora definida como poliarquia), sustentada por instituições políticas democráticas que possibilitam a democracia em grande escala (em que pese não para *todos*, mas para *muitos*). Diferente, pois, da democracia delegativa de O'Donnell, em que essas instituições inexistem, impondo, por isso, a sua total delegação ao governante.

verdadeiramente representativa, como, também, os poderia levar a novos retrocessos marcados pelo autoritarismo. Por isso, a conceituação de democracia delegativa e não representativa¹⁷⁸.

Conforme O'Donnell, a instalação de governos eleitos pelo procedimento democrático abre caminho (que não necessariamente será seguido) para uma *segunda transição*, fazendo passar de um *governo democraticamente* (portanto, procedimentalmente) *eleito*, para um *regime* democrático, consolidando e institucionalizando a democracia representativa. Entretanto, uma das condições fundamentais para isso é, efetivamente, a construção de instituições que fomentem e protejam o processo democrático, possibilitando a transição de uma democracia delegativa para uma democracia que possa ser qualificada como representativa¹⁷⁹.

Assim, as democracias delegativas se caracterizam “[...] por uma aguda escassez de instituições democráticas. Uma democracia não institucionalizada é caracterizada pelo escopo restrito (fundamentalmente de base classista), pela fraqueza e pela baixa densidade de suas instituições”¹⁸⁰. Por outro lado, na ausência das instituições democráticas, há uma forte atuação de outras instituições não formalizadas, como o clientelismo, o patrimonialismo e a corrupção. As democracias delegativas têm por fundamento, portanto, uma premissa básica:

o [...] que ganha uma eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente e, na medida em que as relações de poder existentes permitem, até o final de seu mandato. O presidente é a encarnação da nação, o principal fiador do interesse nacional, o qual cabe a ele definir. O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral – ele foi autorizado a governar como achar conveniente¹⁸¹.

Nessa concepção, instituições fundamentais para a democracia são consideradas um incômodo ao governante *democraticamente eleito*, pois a prestação de contas (o *accountability*) é um elemento estranho ao interesse e à própria compreensão do mandatário, já que recebeu delegação absoluta para o *seu mandato*. Tais instituições, como o parlamento, o Judiciário e a própria imprensa não apenas podem ser consideradas incômodas para as pretensões do *eleito*, como, também, podem capitular (ou mesmo colaborar) a um conjunto de interesses que os alcançam e que defendem¹⁸².

¹⁷⁸ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. *Novos estudos – Cebrap*, São Paulo, v. 31, p. 26, 1991.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² É necessário frisar que não pertencem, a essa definição de *democracia delegativa*, as novas formas de autoritarismo e ameaças à democracia que recentemente ocorreram em países da América Latina, como Honduras, Paraguai e Brasil. Nesses casos recentes, houve a assunção ao poder de governantes que não foram eleitos diretamente, mas ascenderam após processos de deposição dos anteriormente eleitos. Tais deposições e a consequente ascensão dos substitutos ocorreram após procedimentos meramente formais de *impeachment*.

A prestação de contas não acontece, portanto, nem no sentido vertical, para a população em geral, pois ela delegou ao governante o poder de agir sozinho e conforme o seu entendimento. Afinal, foi eleito para ser o *salvador da pátria*. Também não acontece a *accountability* no sentido horizontal, ou seja, em relação a essa rede de poderes relativamente autônomos, que, institucionalmente, teriam a capacidade de questionar e, se necessário, até punir o governante por atos impróprios praticados, caso se estivesse em uma democracia verdadeiramente representativa.

O'Donnell identifica tendência caudilhistas na democracia delegativa, característica essa já detectada em governos na maioria dos países da América Latina, assim como – com matizes que reproduzem a mesma forma – em países da Europa Central e Oriental. Essa prática é teoricamente referenciada como uma espécie de autoritarismo, identificado na história por cesarismo, bonapartismo, caudilhismo e populismo. Reforça o autor que “mesmo que a democracia delegativa pertença ao gênero democrático, seria difícil encontrar algo que seja mais estranho, quando não hostil, à construção e ao fortalecimento de instituições políticas democráticas”¹⁸³.

Portanto, de caráter simbolicamente democrático, a democracia delegativa tem apenas o procedimento formal dos processos eleitorais, típicos, esses sim (quando a lisura e a legitimidade dos processos assim permitem que sejam classificados), das democracias representativas.

2.3.2 A Poliarquia de Dahl

Conforme se viu alhures, Dahl também não compreende o sistema moderno como democracia representativa. Aliás, sequer denomina-o como democracia. Em sua análise descritiva, diz que o povo das *democracias atuais* é apenas parte do povo, e não a sua totalidade. Por isso, conceitua a democracia atual como poliarquia e não democracia propriamente dita, reservando esse conceito para o que se identifica como a democracia dos antigos, em que a *totalidade* do povo participava de forma direta.

Embora o conceito de Dahl seja descritivo, não pode ser uma alternativa conformadora¹⁸⁴. Ele descreve a *democracia* praticada atualmente e, tendo presente que esse

Tais processos foram bem sucedidos porque tiveram a colaboração ou a complacência de instituições como o congresso, o Judiciário e a imprensa. SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016.

¹⁸³ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. **Novos estudos – Cebrap**, São Paulo, v. 31, p. 33, 1991.

¹⁸⁴ No sentido de produzir um sentimento de conformação. *Essa é a democracia possível, não podemos pretender mais do que isso.*

modelo não corresponde ao dos *antigos*, não é, portanto, uma ‘demo’cracia (não merece, por isso, carregar o nome, na definição do autor), mas *apenas* uma ‘poli’arquia. Utiliza-se dessa estratégia para manter a *integridade* do conceito anterior. Contudo, conforma-se com outro que não define efetivamente uma democracia.

A democracia pressupõe *uma pessoa, um voto*. Isso, no sentido formal, pode ser facilmente compreendido. Porém, esse princípio não pode ser entendido apenas desse modo. *Uma pessoa, um voto* tem que, necessariamente, significar *uma pessoa, uma participação em igualdade de condições*. Em relação ao conceito de participação, não havia maiores dificuldades de interpretação e compreensão na democracia antiga. O povo cidadão participava diretamente das decisões que eram tomadas, relacionadas à *polis*. Portanto, o povo, para o conceito de democracia, era todo o povo cidadão¹⁸⁵.

Nas democracias modernas, cuja participação direta foi substituída pela representação, a participação se limita formalmente aos processos eleitorais. O povo cidadão não participa mais diretamente das decisões sobre assuntos do Estado, mas decide os assuntos do Estado por meio de seus representantes. Assim, um processo eleitoral, para ser democrático, não é apenas uma escolha de quem terá direito de participar diretamente das decisões sobre os rumos do Estado, mas, sim, participar, mesmo que indiretamente, dessas decisões. Assim, nos processos eleitorais democráticos, o cidadão faz duas escolhas: uma, o seu representante; a outra, quais interesses esse representante deve defender.

A realidade é que hoje se vive numa democracia representativa. Suas mazelas e deficiências, porém, não podem ter o condão de lhe retirar essa condição, nem mesmo de se pretender substituir essa condição definidora por outra que levasse à acomodação da situação, tornando a fragilidade do sistema algo inerente e conformado a si. Por isso, alguns questionamentos se impõem: como é possível pretender que o cidadão participe (de forma igualitária) dos processos de decisão dos assuntos do Estado, se sequer escolhe o(s) *seu(s)* representante(s)?

Explicando melhor, se nos processos eleitorais o cidadão eleitor não escolhe um candidato que seja efetivamente o seu representante, mas, sim, alguém que, com todo o apoio do poder midiático e econômico (quando não de determinada igreja) lhe é *vendido*, como sendo o representante correto, como pretender que esse mesmo cidadão possa participar nas decisões sobre os assuntos do Estado? Como pretender que o cidadão eleitor possa ter, nesse único processo eleitoral, as informações necessárias e suficientes para decidir que rumos o Estado

¹⁸⁵ Jamais se pode olvidar que, na democracia grega, o conceito de cidadão também não era extensivo a todo o povo, mas apenas para aos homens proprietários, excluindo mulheres e escravos.

deve seguir, ou seja, que direitos esse Estado deve garantir e implementar, para, com isso, ter condições de escolher quem efetivamente irá ser o *seu* representante?

A democracia precisa ser cuidada, apontando-se tanto aquelas iniciativas que vão de encontro a ela quanto às práticas que procuram manter um círculo vicioso de baixa instrução na população, objetivando maior facilidade de manipulação dos processos democráticos. Além disso, é preciso observar instituições que deveriam ser entendidas como necessárias ao fortalecimento da democracia, mas que, nos seus excessos, passam a se comportar e a produzir prejuízos ao próprio sistema democrático, com a falsa justificativa de protegê-lo.

Assim, também é necessário analisar instituições que, embora existam a partir da democracia, consideradas essenciais à manutenção e ao fortalecimento desse regime, são, contraditoriamente, suas *predadoras*. Passam a ter um comportamento que resulta na fragilização e na ameaça à própria manutenção da democracia podendo, dessa forma, manter sobre ela uma maior interferência e controle. Por isso, é necessário analisar tais *predadores* da democracia.

3 OS PREDADORES DA DEMOCRACIA

Sob o conceito de *predadores* da democracia, será analisado o comportamento desviante de três instituições que têm uma relação muito importante com a democracia. Tais instituições são fundamentais a esse regime, como também dependem dele para a sua existência. Portanto, a relação delas com a democracia é de interdependência. Porém, quando seu comportamento desvia de sua função institucional, realizando práticas abusivas, faz delas predadoras da democracia.

A importância dessas instituições tem, portanto, um duplo sentido. Elas precisam da democracia para existir com independência e liberdade e, por outro lado, são também sustentáculos desse regime. Assim, há uma dupla relação de dependência e mútuo fortalecimento entre a democracia e essas instituições. Dessa forma – e é muito importante que isso fique bem entendido –, a crítica não se dirige às instituições, no desempenho de suas funções institucionais e juridicamente protegidas, mas, sim, a seus comportamentos desviantes, que, por isso mesmo, tornam-se perversos e *predadores* da democracia.

Embora outras instituições também pudessem merecer um estudo quanto a determinados comportamentos desviantes, o presente estudo restringe-se à análise desse comportamento em relação ao uso indevido da religião, do poder econômico e dos meios de comunicação social. É de salientar, essas três instituições são tão importantes para a democracia – e, no caso, para a democracia brasileira – que têm a sua proteção garantida pela própria Constituição Federal. São basilares da democracia no Brasil. Por isso, a relevância da reflexão que se propõe.

Antes de se adentrar, contudo, na específica observação de cada uma das instituições citadas, é necessário compreender a natureza do poder que permite esse exercício abusivo (tanto pelo poder econômico quanto pela imprensa e pela religião), que leva à deturpação e à predação da democracia. É necessário questionar: quando se fala em poder, do que exatamente se trata? Qual é a natureza e a melhor concepção do conceito de poder para a presente análise?

O poder pode ser compreendido, em sua primeira acepção, como recurso, como uma qualidade ou capacidade de se fazer alguma coisa; como um *poder para*. No sentido denotativo, etimológico. A outra forma de se entender o poder é no sentido de relação, ou seja, o poder como relação.

O poder como recurso ou capacidade é inerente a toda pessoa. Diz-se que todos têm o poder, a potência, a possibilidade de fazer alguma coisa, um poder para algo. Portanto, mesmo quando não se faz algo que poderia ser feito, o poder existe, embora não como ação, mas como

potencialidade. Um indivíduo pode fazer algo que decidirá se fará ou não. De toda forma, o poder para fazer é um recurso ou uma capacidade inerente à pessoa como indivíduo.

Já o poder como relação precisa mais do que o próprio indivíduo. Precisa de um *outro*. A pessoa, individualmente, não exerce o poder da relação quando não existe com quem se relacionar. Portanto, há a necessidade do outro para que o poder da relação aconteça. Sem o outro, sequer existe o poder da relação. Assim, não é mais um poder que pode ser entendido como uma capacidade ou um recurso individual, mas, sim, um poder que apenas existirá na existência do outro.

Para Roso e Guareschi¹⁸⁶, o poder como relação envolve sempre uma prática de retirada, de expropriação, ou uma doação, de disponibilização de poder. Explicando melhor: quando há uma relação, há sempre a retirada ou a doação de poder (entendido aqui o poder no seu sentido primeiro, como recurso ou capacidade) de uma pessoa para a outra. Portanto, uma transferência de poder.

As relações sociais – ou não meramente individuais – são relações de poder. As relações entre duas pessoas, ou em uma família, uma empresa, uma escola, uma comunidade (a sociedade em geral) são relações de poder. É a existência do poder a condição de possibilidade para que essas relações existam. Essas relações são, portanto, transferências de poder, que são oferecidos ou expropriados de um(ns) para outro(s). Uma das formas desse poder ser exercido é por meio da dominação¹⁸⁷. O poder da dominação acontece quando é retirado, expropriado o poder (recurso, capacidade) de uma pessoa, pela dominação, por outra.

A dominação pode ser exercida por diversos meios. Pela dominação econômica, uma pessoa tem o poder de retirar de outra a sua capacidade de trabalho, para, por exemplo, o aumento de sua riqueza. Esse poder é exercido porque a pessoa que trabalha tem a necessidade de auferir parte do poder material que a primeira dispõe. Assim, há uma transferência de poder, de capacidade. Enquanto a primeira transfere a sua capacidade de força de trabalho, a segunda lhe transfere parte de sua capacidade econômica. A dominação econômica ocorre pelo fato de que essa transferência da capacidade de trabalho não é feita de forma voluntária, mas, sim, por necessidade de sobrevivência. Ou seja, não há igualdade de condições para a decisão de transferência ou não da capacidade de trabalho, mas uma imposição estrutural que dá a uma pessoa o poder de dominação sobre outra(s).

¹⁸⁶ ROSO, Adriane; GUARESCHI, Pedrinho. Megagrupos midiáticos e poder: construção de subjetividades narcisistas. **Revista de Ciências Sociais – Política & Trabalho**, João Pessoa, v. 26, p. 39, 2007.

¹⁸⁷ O conceito de dominação trabalhado aqui, está relacionado ao que é entendido por Weber, nos seus diversos tipos de dominação. WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2000.

Outro meio de dominação é a política. Conforme já se viu, a dignidade humana está fundada em duas dimensões: o princípio da igualdade intrínseca de todas as pessoas e o princípio da autonomia de cada pessoa, ou seja, de sua capacidade de se autogovernar, decidindo o que entende ser o melhor para si. Essa autonomia levada à coletividade fundamenta a democracia, que é, portanto, a capacidade que os cidadãos têm, de forma coletivizada, de decidirem o que é o melhor para suas vidas. A democracia contemporânea, principalmente devido ao problema de escala, é exercida de forma representativa. Os cidadãos escolhem entre seus pares aqueles que irão lhes representar e tomar decisões em nome de todos, respeitando as opiniões e posições de seus representados. Quando isso não ocorre, ou seja, quando não há um processo democrático para a escolha de representantes, ou quando esse processo é viciado, seja no procedimento de escolha, seja no exercício do poder conferido, não há mais que se falar em democracia, mas em dominação. Essa é, portanto, a denominação exercida por meio da política.

Diferente não é o que se identifica também como dominação religiosa. Esta forma de dominação é exercida quando a relação entre os líderes religiosos e os fiéis é exercida de forma abusiva. Geralmente, essa denominação é exercida sob uma justificativa irracional, de uma pretensa superioridade, que dá poderes exagerados de quem a exerce sobre os demais fiéis. A título de representantes de Deus, portanto, seus interlocutores privilegiados, esses líderes também *recebem* a incumbência de dizer o que é o certo e o que é o errado, o que devem e o que não devem fazer. Esse (ab)uso do poder de representação, levado ao campo da política, os autoriza a dizer em quem Deus quer que eles votem e em quem não devem votar de forma alguma. Portanto, nesse aspecto, a dominação religiosa é utilizada (e se confunde, inclusive) para alcançar a dominação política.

Todas essas dominações se relacionam, ou se aproveitam da dominação simbólica. A dominação por meio da expropriação do poder simbólico é outra forma de dominação. Para entendê-la, é necessário compreender a existência de um poder simbólico, ou seja, de uma capacidade fundamentada no simbólico. Existe um certo capital simbólico, que é possuído por determinadas pessoas. Porém, diferente do poder como recurso ou como capacidade do indivíduo, entendido como a potência que as pessoas têm para determinadas coisas – desenvolvido e exercido no aspecto individual –, o poder simbólico apenas pode ser exercido dentro de um contexto social. Assim, ele também não existe, ou não é exercível na escala individual.

O poder simbólico se torna possível porque, no interior da sociedade, determinadas pessoas, na condição de agentes, adquirem poderes ou capacidades especiais fundadas em crenças, teorias ou tradições, que são compartilhadas pelo grupo ao qual pertencem. Esse poder

simbólico, baseado numa capacidade especial, leva, muitas vezes, o agente a ter privilégios e benefícios que se materializam com a transferência de poderes dos demais membros da sociedade para o agente possuidor do poder simbólico.

É importante ter claro, contudo, que esses poderes dificilmente se materializam em pessoas, locais e em formas isoladas, mas, sim, se entrelaçam e são exercidos nas relações sociais como uma rede que se estende ao todo. Conforme Foucault, “O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui e ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede”¹⁸⁸. Assim, com essas análises preliminares postas, torna-se possível enfrentar cada um dos predadores especificamente.

3.1 O PODER ECONÔMICO COMO PREDADOR DA DEMOCRACIA¹⁸⁹

Nossos políticos são uma desgraça, e o dinheiro é a raiz do problema. [...] As autoridades começam a levantar dinheiro para a próxima eleição no dia seguinte à última, e quase sempre dedicam mais tempo e esforço a essa tarefa do que às tarefas para as quais foram eleitos.

Ronald Dworkin – *Virtude Soberana*¹⁹⁰

A influência nefasta que o poder econômico tem sobre a democracia – principalmente em sociedades como a brasileira, em que o fosso da desigualdade social é extremamente profundo – é quase óbvia. A democracia contemporânea é uma conquista recente, que, em muitas sociedades, ainda sequer consegue *caminhar pelas próprias pernas*. Portanto, *engatinha*. Em que pesem as promessas da modernidade, catalogadas no rol dos direitos fundamentais e, no Brasil, consubstanciados, entre outros dispositivos, no capítulo dos direitos sociais da Constituição Federal, a desigualdade social vivida mostra que tais promessas não se concretizaram.

¹⁸⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 183.

¹⁸⁹ Necessário esclarecer preliminarmente que a presente análise não visa ao enfrentamento das questões inerentes ao próprio poder econômico, por exemplo, relacionadas a sua formação e a sua inserção nas economias nacionais, por influência da macroeconomia formada e formadora dos processos de mundialização e globalização financeira da economia. O que se pretende analisar é a relação existente entre os poderes constituídos, nesse caso, o poder econômico, com os processos democráticos, mormente, como esses poderes influenciam a formação e os exercícios dos processos representativos no Brasil, principalmente, no que diz respeito ao Poder Legislativo, poder esse, que é (ou deveria ser) por excelência, o reflexo representativo do conjunto da sociedade. Não é uma análise sistêmica (no sentido macro), portanto, mas, sim, uma análise da influência desse poder, no aspecto representacional da democracia.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 493.

A sociedade brasileira convive com a ausência de condições a uma vida digna a grande parte do conjunto da sociedade. Muitas pessoas não têm condições de acesso à moradia digna, à saúde de qualidade, à instrução e educação emancipadoras e à formação independente e autônoma de sua identidade como pessoa e cidadã.

Nessas condições, não há a possibilidade de se falar em exercício da democracia de forma cidadã e consistente. Pois, por um lado, o cidadão sofre com as mazelas que a falta de condições materiais para uma vida digna impõe (portanto, sem condições de formar uma subjetividade pessoal forte e independente). Por outro, sofre com a influência nefasta que o poder econômico exerce nos períodos eleitorais, com o objetivo de influenciar a formação da consciência para o exercício do seu voto.

Necessário frisar, todavia, que a influência do poder econômico sobre o exercício da democracia não ocorre apenas durante os processos eleitorais, viciando-os e predando o regime. Esta nefasta influência ocorre sempre, ou seja, durante os processos eleitorais (pontualmente, com mais força e de forma mais direta), mas, também, em todos os demais períodos da vida. E essa influência ocorre, exatamente conforme já dito acima, pela constante ausência das condições mínimas para uma vida digna à maioria da população.

Merece destaque que a falta das condições materiais para uma vida digna reflete, diretamente, nos processos e no exercício da democracia num duplo sentido. Em primeiro lugar, esse reflexo se apresenta nos prejuízos advindos das deficiências materiais que as pessoas, nessas condições, sentem e têm para a formação de sua personalidade subjetiva e, conseqüentemente, para a formação de uma consciência cidadã frente aos processos democráticos. Assim, esse primeiro sentido pode ser entendido no seu caráter subjetivo, ou seja, na formação subjetiva e pessoal do indivíduo como cidadão. Já num segundo sentido e, agora, num caráter objetivo, esse prejuízo acontece, em relação a essas pessoas, no próprio processo do exercício democrático.

Esse duplo sentido prejudicial faz com que as profundas desigualdades econômicas entre os cidadãos levem aquelas pessoas, que se encontram em situação de maior fragilidade, a sentirem tais reflexos prejudiciais, não apenas no cotidiano da vida, como resultado de uma democracia de baixa intensidade, mas, também, nos próprios processos democráticos. Ou seja, no exercício da democracia, que culminará em outros resultados, que novamente lhes serão desfavoráveis.

Portanto, há, assim, um ciclo vicioso, em que o cidadão, que se encontra na base da pirâmide social e econômica, não apenas sofre os reflexos materiais de sua situação desprivilegiada, como, também, se encontra em prejuízo quando tais situações são tratadas nos

processos democráticos, para uma eventual superação (que, dessa forma, não acontecerá) desse processo que lhe é nefasto. Assim, o ciclo sempre se repete, e a situação da profunda diferença social e econômica não encontra caminho para a sua superação nem no seio da sociedade, nem nas ações do Estado.

Dessa forma, o ciclo segue, e a democracia, que é predada pelo poder econômico, não consegue se desenvolver como um processo efetivamente substancial e de alta intensidade.

3.1.1 O Necessário Controle do Exercício Arbitrário do Poder

A discussão acerca do poder econômico e a sua influência nos processos democráticos diz respeito diretamente com os debates acerca da igualdade de condições de participação neste processo. Portanto, é uma reflexão sobre o poder. Sobre o poder e sobre o controle do poder nas ações e decisões dos indivíduos na vida privada e pública.

A discussão sobre o poder, seu exercício e seu controle não é assunto novo na Filosofia Política e na Teoria de Estado. Uma das preocupações do pensamento republicano, seja o antigo quanto o moderno, sempre foi no sentido de que o egoísmo individualista, que visa a atender sempre e apenas os interesses pessoais próprios, pudesse arruinar o Estado¹⁹¹. Portanto, torna-se necessário encontrar mecanismos para controlar essas forças desagregadoras.

A busca por uma solução a essa questão chegou a duas respostas possíveis: uma que pretende enfrentar o problema conclamando para uma autodisciplina do cidadão, que deveria desenvolver a ideia de virtudes cívicas, de religião civil e de patriotismo. Portanto, de caráter

¹⁹¹ Tocqueville faz um interessante paralelo conceitual entre o *egoísmo* e o *individualismo*. Destaca que a gênese do individualismo é recente, como uma consequência sociológica do vício moral chamado egoísmo. Diz: “O individualismo é uma expressão recente que uma nova ideia fez surgir. Nossos pais só conhecem o egoísmo. O egoísmo é um amor apaixonado e exagerado, que leva o homem a referir tudo a si mesmo e a se preferir a tudo o mais. O individualismo é um sentimento refletido e tranquilo, que dispõe cada cidadão a se isolar da massa de seus semelhantes e a se retirar isoladamente com sua família e seus amigos; de tal modo que, depois de ter criado assim uma pequena sociedade para seu uso, abandona de bom grado a grande sociedade a si mesma. O egoísmo nasce de um instinto cego; o individualismo procede muito mais de um juízo errôneo do que de um sentimento depravado. Nasce tanto dos defeitos do espírito quanto dos vícios do coração. O egoísmo resseca o germe de todas as virtudes, o individualismo só esgota, a princípio, a fonte das virtudes públicas; mas, com o tempo, ataca e destrói todas as outras e termina se absorvendo no egoísmo. O egoísmo é um vício tão antigo quanto o mundo. Não pertence mais a uma forma de sociedade do que a outra. O individualismo é de origem democrática, e ameaça desenvolver-se à medida que as condições se igualam”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Livro II. Sentimentos e opiniões. p. 119. Assim, no entender de Tocqueville, diferente do egoísmo, que é um sentimento nascido de forma isolada do próprio homem, o individualismo é um fenômeno social da modernidade. Tem a sua gênese como uma consequência social, ou, melhor, decorre do seu afastamento da vida em sociedade, abandonando-a por desnecessidade ou de forma paradoxal aos seus interesses individuais.

subjetivo, pessoal do cidadão frente às suas responsabilidades para com o Estado. Essa primeira solução foi denominada de *internalista*¹⁹².

Já a segunda alternativa não confia nessa autodisciplina do cidadão e remete o controle para uma entidade externa, portanto, ao Estado. Com isso, o Estado, por meio de leis criadas, exerceria a função de controle, delimitando as esferas jurídicas dos cidadãos com mecanismos de proibição e ordenamento de determinadas linhas de ação, bem como estabelecendo regras com as quais deveriam ser resolvidos casos de conflito. Essa segunda solução foi denominada de *externalista*¹⁹³. As duas soluções não são necessárias e mutuamente excludentes.

Uma sociedade que tenha cidadãos virtuosos precisa conjugar essa virtuosidade pessoal, subjetiva de cada um, com legislações eficazes que possam representar segurança em questões de conflito. Segurança no sentido de que, em caso de conflito, estes sejam solvidos de acordo com as regras jurídicas previamente estabelecidas. Da mesma forma, a solução *externalista*, que delega ao Estado a produção de leis eficazes para o controle da vida daquele conjunto social, terá muito mais eficácia caso os cidadãos efetivamente exerçam uma *virtuosidade cidadã* frente ao Estado e ao conjunto social a que pertencem. Nesse sentido, Maquiavel lembra que “As leis e instituições estabelecidas na origem de uma república, quando os cidadãos eram virtuosos, se tornam insuficientes quando eles começam a se corromper”¹⁹⁴.

Ocorre que, certamente, os cidadãos (que antes eram virtuosos e depois passaram a se corromper) mantinham o entendimento e, principalmente, o argumento, de que continuavam sendo virtuosos, mesmo que outros entendessem de forma diferente. O problema começa com a própria definição do que são as chamadas virtudes cívicas que o cidadão deve desenvolver. Termos como virtude, solidariedade, justiça, tolerância, patriotismo etc., embora sejam valores que possam ser coletivamente compartilhados, de modo geral, são conceituados de forma subjetiva por cada cidadão, tornando, portanto, difícil sua definição em um sentido coletivo. Por isso, a necessidade do estabelecimento de regras jurídicas que possam conduzir a superação desses conceitos subjetivos, possibilitando a compreensão dos valores a se desenvolver no interior da sociedade e frente ao Estado a partir de parâmetros coletivamente construídos, respeitando a melhor concepção coletiva da definição desses valores.

Assim, é necessária a intercessão do Estado, construindo previamente e de forma democrática as regras distribuidoras do poder e limitadoras de seu exercício. John Adams,

¹⁹² FRANKENBERG, Günter. **Die Verfassung der Republik**: Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997. p. 138.

¹⁹³ Ibid., p. 137.

¹⁹⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. 4. ed. Brasília: Editora da UnB, 2000. p. 75.

tratando das paixões incontroláveis da natureza humana, que levam o exercício ilimitado do poder a patamares brutais e tirânicos, reforça a necessidade de seu controle e limitação. Porém, “Nenhuma nação tem o direito de culpar tal cidadão até ela ter estabelecido uma forma de governo capaz de o proteger, por um lado, e, por outro lado, de proteger o povo contra ele”¹⁹⁵. Fica claro, portanto, a responsabilidade que o Estado tem perante todos os seus cidadãos, devendo protegê-los individualmente contra todos os demais. Mas, também, protegê-los coletivamente contra a capacidade potencial ou concreta da tirania de um, de poucos ou mesmo de muitos.

3.1.2 Democracia: uma pessoa, um voto?

A construção de um Estado e de seu ordenamento jurídico de forma democrática sempre teve, por pressuposto básico e necessário, a fórmula: *uma pessoa, um voto*. Dessa forma, a democracia, tanto a antiga quanto a moderna, sempre teve a pretensão de estar construída sobre o princípio da igualdade. Isso conduz às seguintes conclusões: todas as pessoas são iguais perante o Estado; as leis desse Estado são produzidas por todos; e essas mesmas leis têm igual incidência sobre todos. Portanto, um Estado democrático é um Estado em que todos são iguais, na formação do Estado, na produção das leis e perante as leis produzidas. Essa é a fórmula que, historicamente, vem sustentando a Teoria do Estado democrático.

Ocorre que essa fórmula, meramente formal, e deturpada na sua concretização, não considera as relações de poder que se engendram no interior da sociedade (e que tornam viciado o seu exercício prático, afastando o princípio da igualdade na sua concepção material). Um desses poderes, que se instalam e que produzem as suas próprias *regras do jogo*, é o poder econômico.

Com isso, as regras formais do exercício democrático não têm conseguido dar conta, no enfrentamento, das regras próprias do poder econômico, permitindo que esse seja o verdadeiro formulador das regras impostas ao jogo democrático, deturpando-o e predando-o, de forma e com limites muitas vezes irreversíveis, desfigurando o regime que, na prática, se transforma em outra coisa, deixando de poder ser considerada uma democracia, que respeita a igualdade entre os cidadãos, consubstanciada na fórmula: *uma pessoa, um voto*. Tal fórmula, assim, não passa de um simulacro pretensamente legitimador do processo.

¹⁹⁵ ADAMS, John. **The portable John Adams**. London: Penguin, 2004. p. 308.

Conforme Pinzani, a principal preocupação de Madison¹⁹⁶ – ao elaborar um sistema com mecanismos de representação e de divisão do território norte-americano em distritos eleitorais – era a de evitar o surgimento de facções, em que indivíduos se juntassem dando força a grupos que, animados por pretensões estranhas aos interesses dos demais cidadãos e do conjunto da comunidade, a colocasse em risco. Com isso, e reforçando o princípio de *one head, one vote*, Madison acreditava que poderia evitar a formação das facções que temia¹⁹⁷. Ocorre que, quando se trata da potencialidade de influência e de intervenção do poder econômico, o número dos que detêm esse poder é o que menos importa. Nesse aspecto, está correta a assertiva de Pinzani:

O mecanismo que leva ao surgimento das facções e que determina sua força relativa age segundo uma proporção geométrica e não aritmética: em primeiro lugar, conta menos o *número* de indivíduos que se juntam e mais o *poder* econômico, social ou político possuído por eles; em segundo lugar, quando tais poderes se juntam, o resultado não é dado simplesmente pela soma deles, mas apresenta uma grandeza bem superior. Ao unir-se com outro poder, um poder gera um novo poder que é maior do que a soma dos dois poderes¹⁹⁸. Portanto, quanto mais poderosos os membros de uma facção, tanto maior seu poder, independentemente do número¹⁹⁹.

O grande poder dos indivíduos ou dos grupos não está, portanto, no número de seus membros, mas no poder que conseguem concentrar, em comparação aos demais. O poder de intervenção e influência nos processos decisórios muda enormemente se o grupo é formado por empresários ou trabalhadores; por pastores ou fiéis de uma determinada igreja; por jornalistas ou pelos donos das empresas de comunicação social.

Essa realidade é, portanto, não apenas prejudicial à democracia – considerando em um sentido parcial –, mas, claramente, sabotadora dela. A democracia, frente a essa realidade, não passa de um processo meramente formal, sem qualquer relação substancial e concreta com as pretensões de um regime em que cada cidadão tenha efetivamente o *poder* de um voto. A tese de que cada cidadão tenha um – e apenas um – voto pressupõe poder de igual intervenção no processo democrático e nas decisões que o Estado deve tomar em relação à vida da comunidade. Isso efetivamente não acontece quando poderes (principalmente o econômico), concentrados nas mãos de poucos, conseguem interferir e manipular, conforme seus interesses – e na

¹⁹⁶ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O federalista**. Lisboa: Colibri, 2003.

¹⁹⁷ PINZANI, Alessandro. Republicanismo(s), democracia, poder. **Veritas**, Porto Alegre, v. 52, n. 1, p. 5-14, 2007. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/1856/1386>. Acesso em 25 nov. 2017.

¹⁹⁸ Neste particular, destaque, no presente trabalho, para a potencialidade de interferência no processo democrático, quando poderes, como o econômico, o midiático e o religioso, se unem para a defesa de seus interesses particulares ou grupais, no interior de instituições e dos poderes da república.

¹⁹⁹ PINZANI, op. cit., p. 10.

proporção do poder de intervenção que se projeta geometricamente na soma desses poderes concentrados –, a vida do Estado e da sociedade em geral.

A democracia representativa tem por fundamento a representação dos representados através dos representantes. Essa representação não pode ser entendida como um mandato ilimitado e descomprometido. Ao contrário, qualquer representação tem por pressuposto que a justifique a defesa dos interesses dos representados. Na representação democrática, não pode ser diferente, pois, de outro modo, não há representação, mas, sim, usurpação de poderes não constituídos na relação entre os representantes e seus representados. Portanto, a finalidade da representação, seja ela política ou qualquer outra, é a defesa dos interesses dos representados pelos representantes.

Considerando tais premissas, quando um grupo de *representantes* – detentores ou a serviço de quem detém a concentração do poder econômico – se une para decidir em favor de algo que lhes beneficia diretamente, ou beneficia os detentores do poder econômico aos quais estão a serviço, como, por exemplo, a anistia de débitos tributários há muito tempo sonegados, a fórmula resultante do princípio *uma pessoa, um voto* não tem nenhuma importância. Pelo contrário, os representados (aqueles que os elegeram) são, na realidade, vítimas de seus próprios representantes formais. Por outro lado, os detentores do poder econômico, embora tendo apenas poucos votos – considerando a fórmula *uma pessoa, um voto* –, conseguem ser os verdadeiros representados, *adquirindo* tais representações pela força do exercício deste poder.

Nesse sentido, a didática lição de Dworkin (quando trata da igualdade de recursos) deixa claro que inclui tanto os recursos privados quanto os públicos, explicando que, do ponto de vista de qualquer teoria econômica avançada, o poder de comando de um indivíduo sobre recursos públicos faz parte de seus recursos privados²⁰⁰. “Quem tem poder de influência sobre decisões políticas acerca da qualidade do ar que respira, por exemplo, é mais rico do que quem não tem”²⁰¹.

Eis, portanto, um paradoxo que a democracia precisa enfrentar. Não restam dúvidas de que o único caminho que há para o fortalecimento da democracia é ela própria. A democracia somente pode amadurecer e se fortalecer com a contínua, progressiva e ininterrupta prática

²⁰⁰ É nesse mesmo sentido que o jusfilósofo norte-americano trabalha a distinção do que ele denomina de poder de *impacto* que cada cidadão possui no processo democrático, do poder de *influência*. Para Dworkin, o voto de cada cidadão se caracteriza por seu poder de impacto, que, nas democracias, é igual para todos. Porém, a desigualdade aparece quando analisa o poder de influência, pois quem detém maior poder econômico (ou qualquer outro poder perante a sociedade, mesmo que seja pela sua popularidade) tem maior poder de influência do que os demais cidadãos. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

²⁰¹ Id. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 79-80.

democrática. Ocorre que, se a prática cotidiana do processo democrático continuar a ser um processo viciado e corrompido pelos abusos dos poderes concentrados nas mãos de poucas pessoas, como é o caso do poder econômico, por exemplo, a democracia corre o risco de caminhar rumo a sua degeneração e sucumbência. O paradoxo atual, que precisa ser enfrentado e superado, é que hoje, quanto mais democracia há, menos democracia se tem. Quanto mais o cotidiano da vida pretensamente democrática se preocupar apenas com os mecanismos formais dos processos eleitorais, menos democracia concreta e efetiva se terá.

A democracia é um valor interpretativo e não meramente criterial. O desafio para a superação desse paradoxo negativo colocado é um debate responsável e coerente, pelo conjunto da sociedade, visando à formação de concepções conceituais da democracia que efetivamente possam ser defendidas de forma racional e coletivamente comprometidas com a dignidade da pessoa humana. Esse compromisso, porém, deve ser com todo o conjunto social, e não apenas de algumas poucas pessoas em detrimento da maior parte da coletividade.

Essa é uma questão que necessariamente a sociedade e o Estado, numa compreensão coletiva, precisam enfrentar. Não fazê-lo é esconder a realidade concreta, que faz com que as chamadas democracias representativas efetivamente não passem de um blefe, usado apenas no seu aspecto formal, escamoteando e encobrindo o lugar onde reside o verdadeiro poder que interfere em seu processo e nas suas decisões finais. Mesmo que a igualdade de influência possa ser entendida como uma utopia, a sua busca precisa ser encampada por quem quer que a democracia possa efetivamente ser entendida e respeitada, nos limites de suas próprias promessas.

3.1.3 A Realidade da Democracia Brasileira sob o Prisma do Poder Econômico

Um importante modo de se verificar a influência do poder econômico na democracia brasileira é ver a formação do Congresso Nacional. Ou seja, o perfil socioeconômico dos deputados e senadores que compõem o parlamento brasileiro. Para essa análise, tem-se como principal fonte de informação o Departamento Intersindical de Apoio Parlamentar. Essa instituição, há várias décadas, realiza um levantamento detalhado sobre os mais diversos perfis dos parlamentares que compõem o Congresso Nacional.

Dos que foram eleitos em 2014, o DIAP concluiu que, em relação ao perfil socioeconômico, a maioria dos parlamentares é composta por empresários ou profissionais liberais. Para a identificação por atividade econômica ou profissional, os parlamentares foram divididos em cinco grupos, assim classificados: (1) empresários, (2) profissionais liberais, (3)

assalariados, (4) natureza diversa, incluindo bispos, pastores, estudantes etc., e (5) agricultores. No primeiro grupo, o dos que se declararam empresários, seja em atividades urbanas ou rurais, estão comerciantes, pecuaristas, agropecuaristas e industriais. No perfil desse grupo, encontram-se 221 deputados federais, dentro de um total de 513 deputados. Já no Senado Federal, são 30 os Senadores que se identificam como empresários²⁰². Portanto, são, ao total, 251 parlamentares eleitos pelo voto popular para, lá no Congresso Nacional, defender, quanto ao aspecto econômico, esse setor da economia, ou seja, os empresários e suas empresas.

Especificamente em relação à pauta defendida por essa bancada, que também pode ser identificada como a que defende o setor patronal, estão sempre projetos que visam à proteção do setor. A redução da carga tributária e a flexibilização da legislação trabalhista são exemplos privilegiados do que essa bancada defende²⁰³. Tendo uma coordenação capitaneada pela Confederação Nacional da Indústria, CNI, e pela Confederação Nacional da Agricultura, CNA, a bancada empresarial (tanto urbana quanto rural) conta com uma vasta e articulada agenda de projetos que priorizam os interesses dessas classes.

No segundo grupo geral, incluído tanto a bancada da Câmara dos Deputados quanto a do Senado, aparecem os profissionais liberais, com um total de 202 membros. Destes, 169 são deputados federais, e os outros 33, senadores. As principais atividades profissionais deste grupo são: 67 advogados, 30 médicos, 25 administradores de empresas, 20 engenheiros, 18 economistas e 13 jornalistas. Há ainda arquitetos, odontólogos, psicólogos, geógrafos etc. Na relação empregador/empregado, esse segundo grupo se caracteriza muito mais como empregador do que de empregado. Ou seja, na condição de profissionais liberais, na maioria, não são empregados (embora possam, em tese, ter algum vínculo empregatício com uma ou mais empresas, não são meramente assalariados), mas empregadores. Podem empregar pessoais da sua mesma atividade profissional, colaboradores, secretários, auxiliares, assim como empregados domésticos, motoristas, jardineiros e outros. Nessa relação, portanto, encontram-se na condição de empregadores.

Assim, na composição geral do Congresso Nacional, que tem um total de 594 membros (513 na Câmara dos Deputados e 81 no Senado Federal) há uma representação de 453 empregadores (concretos ou potenciais). Essa condição faz com que esses representantes do povo no Congresso Nacional tendam a se posicionar a favor dos empregadores.

²⁰² DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do novo congresso**: legislatura 2015-2019. Brasília, DF, 2014. p. 18, 19 e 99.

²⁰³ Ibid. p 99.

Na outra ponta, e apenas no terceiro grupo (essa ordem respeita o tamanho de cada grupo), atrás do grupo dos profissionais liberais, há o dos assalariados, com 136 representantes. É constituído por mais de 30 servidores públicos, 23 professores, 15 agentes da polícia (delegados e outros), 7 bancários e economiários, 5 metalúrgicos, e as demais representações divididas entre outros trabalhadores, como industriários, comerciários, técnicos e outros. Já no Senado Federal, o número de assalariados é de 19 senadores, entre eles, 3 servidores públicos, 3 professores, 2 bancários e 1 metalúrgico²⁰⁴. Dois aspectos importantes podem ser analisados desse grupo. Primeiro, o seu número em si, quando comparado com o primeiro grupo, o dos empresários. Segundo, a divisão do grupo por profissionais.

Quanto à divisão interna por atividade profissional, observa-se um caráter bastante heterogêneo. O primeiro desses subgrupos é formado por servidores públicos (em diversas funções), professores (aqui não há uma divisão entre professores da rede pública e/ou privada), policiais e bancários (aqui também não há divisão entre funcionários de bancos públicos e privados). Esse grupo, que tem quantitativamente a grande maioria dos identificados como assalariados, são servidores públicos ou empregados na atividade privada, porém, com formação escolar mais qualificada. Já no segundo grupo, que pode ser identificado como de empregados em atividades privadas, encontram-se metalúrgicos, industriários, comerciários etc. (todas atividades profissionais com baixa formação escolar). É sintomático, portanto, se verificar que, quanto menor o grau de formação e o exercício da atividade profissional de baixa escolaridade exigida, conjugado com baixa remuneração, menor é o grau de representatividade junto ao parlamento nacional.

Em se tratando de poder de representatividade, outras comparações são ainda mais demonstrativas dessa realidade. O número de empresas no Brasil, por exemplo, varia a cada dia (algumas encerram suas atividades enquanto outras são constituídas)²⁰⁵. Segundo o Cadastro Central de Empresas (CEMPRE), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁰⁶, em 2015 havia 5.114.983²⁰⁷ empresas em atividade no Brasil. Já na categoria de empregadores,

²⁰⁴ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do novo congresso**: legislatura 2015-2019. Brasília, DF, 2014. p. 19-41.

²⁰⁵ Além de serem diferentes as metodologias e os critérios de cada instituto ou setor que faz o acompanhamento dessas informações, o que altera e dificulta a adoção de uma informação sobre o número de empresas existentes, como sendo a mais correta.

²⁰⁶ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Cadastro Central de Empresas – 2015**. Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/cempre/quadros/brasil/2015>. Acesso em 28 nov. 2017.

²⁰⁷ Seções de atividades 2015. TOTAL 5.114,983; Agricultura, pecuária, produção florestal, pesca e aquicultura 102.448; Indústrias extrativas 10.484; Indústrias de transformação 422.055; Eletricidade e gás 2.555; Água, esgoto, atividades de gestão de resíduos e descontaminação 11.085; Construção 247.426; Comércio; reparação de veículos automotores e motocicletas 2.005,369; Transporte, armazenagem e correio 235.751; Alojamento e

o número estimado em 2017 foi de 4,1 milhões de pessoas; e na categoria de trabalhadores por conta própria (que podem ser considerados na categoria de empreendedores), chegou-se a 22,4 milhões de pessoas²⁰⁸. Entretanto, independente da distinção de categorias, o importante é que a representação parlamentar desse setor no Congresso Nacional é de 251 representantes-empresários. Se a essa representação forem acrescentados os 202 representantes que são profissionais liberais – e que nessa condição são potenciais (e geralmente são) empregadores –, há 453 representantes. Portanto, entre 70% e 80% de toda a representação popular no parlamento brasileiro pode ser identificada como empregadores ou potenciais empregadores. Por outro lado, no máximo 10% de toda a população brasileira encontra-se nessa condição.

No outro extremo, a realidade é totalmente oposta. Somando-se os empregados no setor privado que possuem carteira assinada, em torno de 33,3 milhões, os empregados no setor privado sem carteira assinada, em torno de 10,5 milhões e os desempregados, em torno de 13,8 milhões²⁰⁹, há um contingente total aproximado de 57,6 milhões de pessoas. Já os representantes desses trabalhadores no parlamento não chegam a uma dezena, conforme já se viu anteriormente.

A atividade de emprego doméstico, por exemplo, ocupa um contingente de trabalhadores que varia entre 6 e 7 milhões de pessoas²¹⁰ e não possui nenhum representante direto (ao menos, nenhum que se identifique como empregado doméstico). Nessa mesma situação, também aparecem outras atividades profissionais, como empregados da construção civil, ambulantes (atividade informal), desempregados, trabalhadores ou empregados rurais (considerando que quem se identifica como agricultor não é empregado rural, mas proprietário de terra – ou arrendatários –, mesmo que da chamada agricultura familiar²¹¹), auxiliares de

alimentação 317.122; Informação e comunicação 138.985; Atividades financeiras, de seguros e serviços relacionados 81.589; Atividades imobiliárias 79.237; Atividades profissionais, científicas e técnicas 274.809; Atividades administrativas e serviços complementares 460.850; Administração pública, defesa e seguridade social 18.290; Educação 168.039; Saúde humana e serviços sociais 174.453; Artes, cultura, esporte e recreação 67.625; Outras atividades de serviços 296.537; Serviços domésticos -; Organismos internacionais e outras instituições extraterritoriais 274.

²⁰⁸ FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pnad contínua**: taxa de desocupação é de 13,3% no trimestre encerrado em maio. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/10552-release-pnad-c-maio.html>. Acesso em: 28 nov. 2017.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA) et al. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4. ed. Brasília, DF: 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 28 nov. 2017.

²¹¹ Na área da agricultura já se mostra mais difícil fazer essa comparação entre pessoas envolvidas na atividade e representantes junto ao parlamento federal. Nessa área não há uma distinção clara entre as diversas categorias que se poderia enquadrar nos diversos segmentos dessa atividade. Apenas para se ter uma ideia, são 9 os parlamentares que se identificam como “agricultor”, porém, nesse conceito se encontram tanto os representantes da agricultura familiar, como os agricultores de forma geral. Esses vão desde grandes

limpeza, caminhoneiros, serviços gerais (limpeza, conservação etc.), motoboy, e tantas outras atividades que, embora tenham um grande número de profissionais, não possuem nenhum representante direto no Legislativo.

Já numa análise por assunto de interesse, a situação não é muito diferente. Temas como educação, saúde e segurança deveriam ser entendidos prioritariamente como de interesse público, e não privado, num sentido meramente comercial. Tais demandas, juntamente com alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados são, por determinação constitucional, caracterizados como direitos sociais. Ocorre que, ainda que se analise especificamente a representação parlamentar relacionada a essas pautas, é possível identificar uma representação mais voltada aos interesses do mercado e do capital, ou seja, de empresas que auferem lucro com essas demandas, do que uma representatividade que, de fato, defenda sua implementação e seu cumprimento, em um correto atendimento aos ditames constitucionais.

No caso da saúde, por mais que seus pleitos tenham em comum a busca de mais recursos, quando se trata da forma de utilização desses recursos, a bancada se divide em três grupos distintos. O grupo que projeta a saúde como uma demanda social, cujo atendimento deve ser promovido pelo Estado, de forma pública, universal e gratuita, defende que os recursos públicos devem ser destinados prioritária e majoritariamente para o sistema público de saúde. Os defensores do grupo privado, que inclui hospitais privados e operadores de planos de saúde, por sua vez, defendem a ampliação da sua participação nos recursos orçamentários do Estado, buscando evitar repasses ao SUS para atendimento de quem possui plano de saúde. O terceiro grupo, o filantrópico, busca, além do aumento de recursos, também a atualização dos repasses para atendimento, considerados muito baixos, mesmo que se trate de uma política regular de transferência de recursos.²¹² Portanto, cada grupo defende interesses distintos, sem necessariamente priorizar o serviço de saúde, mas a busca do lucro com a saúde das pessoas.

Em três grupos diferenciados também está dividida a chamada bancada da educação. Assim como na saúde, o que unifica a bancada é o pleito por mais recursos para a educação. Entretanto, quando o assunto trata do destino desses recursos, os caminhos se dividem. O primeiro grupo defende os investimentos na educação pública, estatal e gratuita. O segundo grupo defende os interesses das instituições privadas com fins lucrativos. E, por fim, o grupo

empresários do agronegócio (sem desconsiderar aqueles que se enquadram diretamente na categoria de “empresários”, conforme demonstrado anteriormente) até representantes de trabalhadores rurais sem terra.

²¹² DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do novo congresso: legislatura 2015-2019**. Brasília, DF, 2014. p. 134.

que representa parcela do setor privado, embora sem fins lucrativos para os seus *proprietários*, como as instituições filantrópicas e/ou vinculadas às igrejas, mas que defendem maiores investimentos nesse setor privado, em detrimento das instituições públicas.²¹³

Quanto à questão da segurança, pode-se dizer que a bancada está dividida em dois grupos. O primeiro, entende a segurança pública como uma questão social. Esse grupo defende uma legislação que promova ações educativas e de caráter preventivo. Acredita na proteção da vida de todas as pessoas, iniciando por ações que possam produzir uma cultura geral que permita a busca e a satisfação de uma vida digna para todos. Já o segundo grupo é formado por parlamentares que defendem os interesses da indústria armamentista, o que culmina na ótica de que a violência deve ser enfrentada de forma severa e também violenta, sem a utilização de qualquer pena alternativa. Entre as prioridades defendidas por esse grupo, estão a redução da maioria penal, com alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, a permissão legal para o uso e o porte de armas, com a modificação do Estatuto do Desarmamento etc. Dentro desse grupo, encontram-se os parlamentares membros da chamada bancada da bala²¹⁴.

Mesmo nessas questões temáticas específicas, de assuntos relacionados aos constitucionais direitos sociais e que, portanto, deveriam ter no Estado o principal meio de atendimento, a maioria dos grupos internos são defensores dos interesses privados. Tanto na saúde como na educação, o número de parlamentares que defende os interesses das instituições privadas, seja com fins lucrativos ou de filantropia (mas privadas) é muito maior ou equivale àquele que defende um serviço público de qualidade.

Essa realidade demonstra a grande inserção, na vida e no poder político, daqueles segmentos sociais que detêm o poder econômico. Portanto, não há como desconsiderá-la quando se trata de questões que pretendem analisar a democracia, seus aspectos reais e os desafios a enfrentar.

Diante disso, a chamada democracia representativa precisa ser reanalisada sob a ótica do que significa, efetivamente, a chamada representação. A simples ampliação do espectro decisório ou mesmo a universalização do sufrágio popular não têm o condão de substancializar a democracia. É necessário compreender que o sufrágio universal, em que são eleitos apenas aqueles membros de uma elite oligárquica, não torna democrático o regime político. A simples *eleição* de uma oligarquia não lhe retira o caráter oligárquico. E, por isso, também, na produção legislativa, não se pode esperar que essa elite, mesmo que eleita pelo conjunto social – em que,

²¹³ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do novo congresso**: legislatura 2015-2019. Brasília, DF, 2014. p. 134.

²¹⁴ Ibid. p. 135.

sabidamente, impera uma ampla maioria de pessoas que vivem em condições socioeconômicas desfavoráveis –, produza uma legislação que venha a favorecer os verdadeiros interesses dessa maioria desfavorecida.

Frente à situação concreta da democracia brasileira, outra análise reflexiva se impõe, qual seja, a de que tipo de democracia realmente se vive, e de que tipo de democracia se entende como a correta e se pretende implementar, como resultado de um pacto social-político.

3.2 QUANDO O USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO PREDAM A DEMOCRACIA

O objetivo da liberdade de expressão não é só impedir que o governo oprima o povo, mas permitir que cada cidadão desenvolva suas faculdades, que a liberdade é, por esse motivo, um fim democrático, bem como um meio para outras finalidades democráticas, e que a deliberação cívica com outras pessoas é um “dever político” que caminha lado a lado com o dever do cidadão soberano votar.
*Ronald Dworkin – Virtude Soberana*²¹⁵

Outra instituição que tem uma relação ambígua com a democracia é a dos chamados meios de comunicação de massa. A ambiguidade decorre da dependência que possuem esses meios da democracia para a sua existência, mas, muitas vezes, paradoxalmente, agem interferindo nos processos democráticos, chegando a colocar em risco o próprio regime e, conseqüentemente, a sua própria manutenção.

O conceito de meios de comunicação de massa refere-se a todos os meios de comunicação que atingem uma grande quantidade de pessoas, partindo de um mesmo emissor, como os jornais, rádios e televisão. Atualmente, a própria internet pode ser incluída nesse conceito. Embora, em muitos casos, não exista uma centralidade de emissor, como é o caso das chamadas redes sociais de uso interindividual ou de grupos, a sua abrangência quanto ao número de pessoas atingidas permite que a *web* se inclua nesse conceito²¹⁶. Por outro lado, a internet, para além daquele material que é produzido e veiculado diretamente por esse meio,

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 523.

²¹⁶ Embora as chamadas rede sociais tenham sido utilizadas mais como meios de comunicações interindividuais ou de grupos específicos, ultimamente, tais formas também podem ser considerados como meios de comunicação social. Tal caracterização é possível devido ao seu uso para fins de disseminação de conteúdos massivos - principalmente, com objetivos comerciais ou eleitorais. Esse fato, no seu aspecto eleitoral, pôde ser identificado tanto nas mais recentes eleições presidenciais norte-americanas, como no caso brasileiro. A utilização indiscriminada de meios como Facebook, WhatsApp e outros, tiveram grande influência nesses processos. Porém, tais “ferramentas”, e suas influências nesses processos eleitorais - por terem uma emergência extremamente recente e pela ainda ausência de dados concretos confiáveis - não serão objeto de análise específica no presente trabalho.

também tem o poder de potencializar os meios de comunicação tradicionais (como rádio, jornais e televisão). Afinal, os reproduz, alavancando a abrangência de sua inserção e audiência, para além daqueles limites anteriormente existentes.

É necessário destacar, novamente, que as instituições analisadas como predadoras da democracia são instituições reconhecidas e protegidas pela própria democracia, como indispensáveis para a sua existência e manutenção. Uma democracia, em que os meios de comunicação não tenham liberdade para comunicar e informar, não é uma democracia verdadeira e autêntica. Conforme Limberger “[...] o que distingue o poder democrático do poder autocrático é que apenas o primeiro, por meio da livre crítica, pode desenvolver em si mesmo os anticorpos e permitir formas de desocultamento”²¹⁷. E para essa livre crítica e o desocultamento do Estado democrático, os meios de comunicação desempenham um papel fundamental.

O que se analisa criticamente, porém, é o desvio de suas funções e a superação dos limites, chegando à pretensão de orientar (no sentido de dirigir), a própria democracia, para os rumos e finalidades que, quem tem o poder de decidir a linha editorial desses meios de comunicação, quer. Tal prática, sob o pretexto de dar transparência a coisa e ao interesse público, o oculta, por meio de uma bem disfarçada ilusão de ótica, que manipula e esconde a verdade. Ou seja, o que se critica não são os meios de comunicação em si, pois são fundamentais para a democracia, mas, sim, a pretensão totalitária sobre a formação da opinião pública e os rumos a serem seguidos para a defesa de interesses muitas vezes não republicanos e democráticos.

3.2.1 A Exploração dos Meios de Comunicação no Brasil

Juridicamente, no Brasil, fazer uso da radiodifusão, envolvendo rádio e televisão, não é um direito de propriedade. Embora os *donos* de emissoras de rádio e dos canais de televisão sejam, efetivamente, donos da estrutura utilizada para a produção e transmissão dos conteúdos que são veiculados, eles não são donos do direito de utilização desses espaços, como se proprietários definitivos fossem. A operação de rádios e televisões são serviços outorgados²¹⁸

²¹⁷ LIMBERGER, Temis. **Cibertransparência**: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 43.

²¹⁸ Embora a Lei das Telecomunicações trate das outorgas, utiliza as modalidades de *concessões, permissões e autorizações*. No presente trabalho, tais modalidades serão tratadas apenas sob os termos de outorga ou concessão, pois não cabe, aqui, o aprofundamento nas distinções conceituais de cada um dos termos empregados. BRASIL. **Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm. Acesso em: 16 out. 2017.

pelo poder público, necessitando, para isso, de concessões do Estado para a operação desses serviços, que juridicamente são serviços públicos concedidos²¹⁹.

Por se tratar de serviços públicos concedidos, esses mesmos meios de comunicação têm por finalidade o atendimento do interesse público, tanto quanto ao que transmitem como quanto a como transmitem. É por isso que a própria Constituição brasileira também determina que as emissoras de rádios e os canais de televisão devam ter, em sua programação, conteúdos de cunho educativo, cultural, informativo, assim como o prestígio à programação local.

A questão é que, em relação a tais conceitos, além de extremamente ambíguos, ainda não há, no Brasil, uma definição quanto ao seu conteúdo e nem organismos sociais suficientemente organizados e estruturados para a aferição do cumprimento, ou não, dessa exigência constitucional. Assim, o conteúdo desses meios é decidido pelos próprios concessionários ou a quem lhes é conferido o poder por aqueles que definem as linhas editoriais, sem qualquer acompanhamento ou verificação quanto ao atendimento dos dispositivos constitucionais. Portanto, trata-se de um serviço público, cuja decisão sobre o que é ou deixa de ser de interesse público é dos próprios *donos* das concessões. A outorga é pública, mas o uso e os interesses são privados.

Com o poder de decidir sobre quais conteúdos devem ou não se veicular, os meios de comunicação de massa têm a capacidade de estabelecer padrões culturais e estéticos, éticos e morais, de consumo e de comportamento, com pretensões de universalidade. Assim, embora cada indivíduo tenha, formalmente, a liberdade de constituir sua personalidade individual, devendo ser responsável por suas opções éticas, morais, culturais e ideológicas, essa liberdade, em termos práticos, é profundamente mitigada pela imposição midiática que lhe retira a própria capacidade de se proteger da imposição de padrões que têm origem na proteção de interesses pessoais e de grupos, mas que são impostos a todos, como sendo aqueles corretos e únicos a se seguir individual e coletivamente.

3.2.1.1 Uma História de Outorgas pouco Públicas e nada Republicanas

Questões que envolvem concessões públicas são questões públicas. São assuntos de interesse público. Portanto, têm como finalidade precípua o atendimento ao interesse público. Embora essas sejam questões óbvias, quando se trata das concessões de rádio e televisão, a

²¹⁹ Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 out. 2017.

realidade não é essa. Historicamente, no Brasil, a exploração dos meios de comunicação de massa é concedida a empresários e políticos. E só a esses segmentos.

O problema já se inicia com os próprios procedimentos de concessões. Os processos são elaborados de tal forma que os vencedores tornam-se verdadeiros donos dessas concessões, sem a possibilidade da participação do conjunto da sociedade, para que, efetivamente, aqueles meios concedidos cumpram com a sua função constitucional de servirem ao interesse público. Quando se trata de concessões e exploração desses *serviços*, os empresários e políticos fazem o que querem, sem qualquer fiscalização ou resistência social ou por parte do poder público. Isso “[...] permite que haja emissoras em funcionamento com outorgas que já venceram há quase 20 anos. Deputados e senadores continuam controlando emissoras, embora a Constituição proíba”²²⁰.

As concessões públicas são públicas apenas quanto à disposição constitucional, pois, na realidade, servem para o desenvolvimento e para a proteção dos interesses privados de seus proprietários. Os principais objetivos da utilização dos meios de comunicação de massa são o lucro econômico das empresas de comunicação, que determinam a sua programação de acordo com os interesses do mercado, e o atendimento de objetivos políticos de seus proprietários ou apadrinhados. “A ilegalidade e a imoralidade sustentam um sistema de comunicações concentrado e impedem que os meios reflitam a pluralidade e a diversidade existentes na sociedade brasileira”²²¹. No Brasil, 11 famílias, proprietárias dos grandes meios de comunicação, ditam o ritmo e o conteúdo do que deve ou não deve ser publicizado, bem como a forma que a publicização deve ter para alcançar, da melhor forma possível, os objetivos pretendidos.

Objetivos esses que não têm a informação por fundamento, mas a veiculação de versões sobre determinados fatos que possam melhor atender o escopo final, que é o lucro ou a formação de uma opinião pública favorável às pretensões dessas elites da comunicação e da classe dominante a quem estão a serviço. Portanto, o que interessa para os grandes meios de comunicação não é o atendimento ao interesse público, informando a população da melhor forma possível, mas, sim, a defesa de seus interesses e de quem os patrocina e financia.

Embora a Constituição Federal estabeleça algumas linhas gerais sobre como devem ser as outorgas dos meios de comunicação, o fato de que esse campo se tornou uma *terra de*

²²⁰ ONDE a democracia não chegou. **Intervozes, Informativo**, [S.l.], p. 3, nov. 2007. Disponível em <http://intervozes.org.br/publicacoes/revista-concessoes-de-radio-e-tv-%E2%80%A2-onde-a-democracia-ainda-nao-chegou/>. Acesso em: 18 out. de 2018.

²²¹ Ibid.

ninguém – ou melhor, terra apenas dos donos, no verdadeiro patrimonialismo – não é apenas o resultado do descumprimento da legislação reguladora. Mais do que isso, é o resultado de uma legislação comprometida com o próprio desmando. Essa realidade já desde sempre foi permitida – e até incentivada, por interesse de seus agentes – pelo próprio poder público concedente.

O período que testemunhou o aparecimento do rádio e da televisão no Brasil é o mesmo que testemunhou o início da confusão, promovida pelo Estado, em relação às concessões de outorgas desses veículos de comunicação. No primeiro governo de Getúlio Vargas, quando surgem as primeiras emissoras de rádio no Brasil²²², nasce junto o modelo legal das concessões do sistema de radiodifusão que impera até hoje. Porém, já nos anos de 1931 e 1932 surgiram os primeiros decretos que já permitiam, na prática, a concentração da propriedade das emissoras de rádios para poucas pessoas. O Decreto 20.047/1931 já definia a opção que se fazia pela exploração privada comercial²²³. E o Decreto 21.111/1932, reforçando essa mesma ideia, permite, pela primeira vez, a utilização da emissora de rádio para a veiculação de propaganda²²⁴.

Esse modelo de radiodifusão, incipiente no Brasil, já nasceu abrindo as portas que, posteriormente, permitiriam o monopólio da indústria da comunicação. Sofreu, também, direta influência do modelo norte-americano, que já optara pela concessão daquele serviço para a exploração privada e comercial. O resultado monopolista desse modelo não tardou a aparecer: “O mesmo arcabouço legal, que dá suporte às orientações políticas de fiscalização e controle do governo brasileiro, vai permitir que, em 1938, em pleno Estado Novo, o empresário Assis Chateaubriand crie a primeira grande rede nacional de mídia do país: a dos *Diários Associados*”²²⁵. Essa realidade foi favorecida por toda a legislação que tratava do assunto.

Na mesma linha dos Decretos citados, foi editado o Decreto 24.655/1934, que exigia do interessado na exploração dos serviços de radiodifusão o depósito de grande parte do valor

²²² A primeira emissora de rádio do Brasil foi a Rádio Sociedade do Rio de Janeiro. Um empreendimento com finalidade educativa e cultural, liderado por Edgar Roquette Pinto, que iniciou as suas transmissões em 1923. AMORIM, Ana Paula. Os enigmas da herança do primeiro período Vargas na radiodifusão brasileira: a ausência do público. In: LIMA, Venício A. de, GUIMARÃES, Juarez, AMORIM, Ana Paula (Org.). **Em defesa de uma opinião pública: conceitos, entraves e desafios**. São Paulo: Paulus, 2014. p. 135.

²²³ BRASIL. **Decreto 20.047, de 27 de maio de 1931**. Regula a execução dos serviços de radiodifusão no território nacional. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20047-27-maio-1931-519074-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 21 out. 2017.

²²⁴ BRASIL. **Decreto 21.111, de 1 de março de 1932**. Aprova o regulamento da execução dos serviços de radiodifusão no território nacional. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21111-1-marco-1932-498282-publicacaooriginal-81840-pe.html> >. Acesso em: 21 out. 2017.

²²⁵ AMORIM, op. cit., p. 134.

necessários para as futuras instalações da emissora de rádio²²⁶. Essa exigência era outro limitador do número de pessoas em condições de participar dos processos de outorga dos serviços de radiodifusão, permitindo que fosse monopolizado nas mãos de quem possuía capital financeiro para tanto. Ou seja, era mais um elemento elitizador e excludente do processo de concessão.

Fica claro que, desde o início do processo da produção jurídica regulamentadora das outorgas da exploração dos serviços de radiodifusão, o caráter econômico elitizante já estava presente. Isso demonstra que a força do poder econômico, conjugado com do poder de formação da opinião pública, já era compreendida naquela época. Esses poderes serviram como grandes sustentáculos de barganhas, que sempre foram, indubitavelmente, bem aproveitados pelos empresários dos meios de comunicações.

Esse poder historicamente serviu para pressionar a conquista de privilégios, como o largo tempo das concessões, com prorrogações *ad infinitum*; como para barrar qualquer processo de controle e fiscalização. “Isso ficou muito claro no apagar das luzes do Estado Novo, quando o governo tenta, pela primeira vez, estabelecer limites ao poder econômico. O decreto-lei 7.666, de 22 de junho de 1945, foi a primeira lei antitruste, [...] com propósitos de ‘reprimir os abusos de poder econômico’”²²⁷. A reação para impedir a edição dessa regulamentação foi tão grande que contribuiu para o fim do Estado Novo, com uma grande mobilização da opinião pública contrária ao presidente Getúlio Vargas.

Essa linha política de outorgas continuou nos anos 50 daquele século, em que o principal critério para as concessões continuou o mesmo: a supremacia do interesse privado das empresas de comunicação e dos políticos diretamente interessados. Outro importante marco legal, mas que continuou no mesmo sentido da relação patrimonialista anterior, facilitando ao máximo a ocupação das frequências previstas por parte do setor privado – permitindo o seu enorme crescimento nessa área – foi o Código Brasileiro de Telecomunicações de agosto de 1962.

Na mesma época era criada a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), formada pelos empresários da radiodifusão. Como demonstração do poder político que a nova entidade agregadora dos radiodifusores possuía, ela conseguiu a derrubada de todos

²²⁶ BRASIL, **Decreto 24.655, de 11 de julho de 1934**. Dispõe sobre a concessão e a execução dos serviços de radiodifusão e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24655-11-julho-1934-503561-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 out. 2017.

²²⁷ AMORIM, Ana Paola. Os enigmas da herança do primeiro período Vargas na radiodifusão brasileira: a ausência do público. In: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola (Org.). **Em defesa de uma opinião pública: conceitos, entraves e desafios**. São Paulo: Paulus, 2014. p. 143.

os 52 vetos apresentados pelo então presidente João Goulart, que tinham por objetivo impedir o caráter excessivamente liberalizante do Código que nascia. Entre as *bondades* do novo CBT – cujo veto presidencial foi derrubado –, havia a previsão de renovação automática das concessões, na ausência de irregularidades comprovadas contra a emissora²²⁸.

Uma das marcas da década de 1970, em matéria de comunicação foi a aliança entre a Rede Globo de Televisão e o governo militar. A emissora foi totalmente subserviente e leal ao regime limitar, desempenhando um papel estratégico na manutenção de um discurso de unidade nacional. Em contrapartida, o Estado era conivente com a expansão sem qualquer controle daquele grupo empresarial da comunicação. “Data dessa época o crescimento dos nove maiores grupos de comunicação do país que até hoje controlam 90% dos canais de rádio e TV existentes. Durante o governo Figueiredo (1979-1985), foram concedidos [...] 634 canais de radiodifusão, 295 rádios AM, 299 rádios FM e 40 emissoras de TV.”²²⁹ Essa realidade, com a ausência de regras claras, permaneceu, mesmo depois da chamada redemocratização.

A utilização das concessões de canais de rádio e TVs para *agradar* a seus aliados e promover, assim, o *pagamento pela troca de favores*, foi parte da política do governo de José Sarney, tendo como seu Ministro das Comunicações Antônio Carlos Magalhães.

A *farra* das outorgas continuava:

Em três anos e meio – de 15/03/85 a 5/10/88 –, Sarney distribuiu 1.028 outorgas, sendo 25% delas no mês de setembro de 1988, que antecedeu a promulgação da Constituição. [...] Com raras exceções, os beneficiados foram parlamentares, que direta ou indiretamente (por meio de seus familiares ou sócios) receberam as outorgas em troca de apoio político a projetos de Sarney, especialmente para a extensão do mandato do presidente para cinco anos. Dos 91 constituintes que foram premiados com pelo menos uma concessão de rádio ou televisão, 84 (92,3%) votaram a favor do presidencialismo e 82 (90,1%) votaram a favor do mandato de cinco anos.²³⁰

Apesar de algumas mudanças, no sentido de dar certa transparência aos processos de concessões, a outorga de canais de rádio e TVs logo voltou a ser a tônica, como moeda de negociação política, no governo de Fernando Henrique Cardoso. A estratégia agora, concentrou-se na distribuição de outorgas para retransmissoras e canais educativos. O Decreto 2.108/1996 estabeleceu ser “dispensável a licitação para a outorga para a execução de serviço de radiodifusão com fins exclusivamente educativos”²³¹. Essa dispensabilidade de licitação foi

²²⁸ ONDE a democracia não chegou. **Intervozes, Informativo**, [S.l.], p. 3, nov. 2007. Disponível em <http://intervozes.org.br/publicacoes/revista-concessoes-de-radio-e-tv-%E2%80%A2-onde-a-democracia-ainda-nao-chegou/>. Acesso em: 18 out. de 2018.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Ibid.

²³¹ BRASIL. **Decreto 2.108, de 24 de dezembro de 1996**. Altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, e modificado por disposições

amplamente utilizada. “Em sete anos e meio de governo, além das 539 emissoras comerciais vendidas por licitação, FHC autorizou 357 concessões educativas sem licitação [...]”.²³² A realidade não mudou muito no governo posterior. “Em três anos e meio de governo, Lula aprovou 110 emissoras educativas, sendo 29 televisões e 81 rádios”²³³.

O Decreto 7.670/2012²³⁴, editado durante o governo Dilma Rousseff, procurou estabelecer critérios mais técnicos para as novas concessões de canais de rádio e televisão, bem como exigências que deveriam ser verificadas para a renovação das concessões já existentes. Embora também tenha estabelecido critérios financeiros para os candidatos às concessões, os critérios mais importantes se referiam ao conteúdo das programações, exatamente conforme determina a Constituição Federal.

As novas regras passaram a exigir a apresentação de proposta de conteúdo, analisada com a utilização de pontuação objetiva e específica para cada modalidade. Para a classificação, foram estabelecidos os seguintes critérios, destinados ao plano de programação: tempo destinado a programas educativos (máximo de vinte pontos); tempo destinado a serviço jornalístico e noticioso (máximo de vinte pontos); tempo destinado a programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos no município de outorga (máximo de trinta pontos); e tempo destinado a programas culturais, artísticos, educativos e jornalísticos a serem produzidos por entidade que não tenha qualquer associação ou vínculo, direto ou indireto, com empresas ou entidades executoras de serviços de radiodifusão (máximo de trinta pontos).

Entretanto, a pretensão de que a política de concessões de emissoras de rádio e televisão tivesse regras e critérios técnicos mais claros, decididos sem a prática da barganha, não tardou muito a ser desconsiderada. Em março de 2017, o governo Temer aprovou a lei 13.424, atendendo os desejos dos chamados radiodifusores brasileiros²³⁵. Algumas alterações são bem emblemáticas em relação ao atendimento à barganha que os empresários desse meio

posteriores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2108.htm. Acesso em: 23 out. 2017.

²³² LOBATO, Elvira. FHC distribuiu rádios e TVs educativas para políticos. **Folha de São Paulo**, Rio, 24 ago. 2002. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u36586.shtml>. Acesso em: 23 out. 2017.

²³³ Id. Governo Lula distribui TVs e rádios educativas a políticos. **Folha de São Paulo**, Rio, 18 jun. 2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1806200602.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

²³⁴ BRASIL. **Decreto 7.670, de 16 de janeiro de 2012**. Altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, e dos Decretos nº 88.066, de 26 de janeiro de 1983, e nº 5.820, de 29 de junho de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7670.htm. Acesso em: 23 out. 2017.

²³⁵ Id. **Lei nº 13.424, de 28 de março de 2017**. Altera as Leis nºs 5.785, de 23 de junho de 1972, 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, 4.117, de 27 de agosto de 1962, 6.615, de 16 de dezembro de 1978, para dispor sobre o processo de renovação do prazo das concessões e permissões dos serviços de radiodifusão, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13424.htm. Acesso em: 23 out. 2017.

impuseram ao governo. Para a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e TV, foi a maior vitória dos últimos 50 anos, tanto que seu presidente, **Paulo Tonet Camargo**, *não se fez de rogado* ao comemorar: “Hoje o setor de radiodifusão comemora o maior avanço legislativo nos últimos 50 anos [...]”²³⁶.

Entre as alterações mais importantes, pode ser destacada a seguinte: anistia para quem perdeu o prazo para pedir a renovação da outorga. Qualquer concessionário que tenha perdido o prazo para solicitar a renovação de sua outorga ganhou o prazo de 90 dias para fazer o referido pedido. Assim, todas as outorgas que corriam o risco de serem canceladas por falta de pedido de renovação estão automaticamente (por tempo indeterminado) em período de concessão precária.

Entretanto, não é somente a possibilidade de fazer o pedido, com a anistia pela perda do prazo. O empresário das comunicações passa a ter, no Estado, um papel inverso àquele das próprias funções estatais, passando a ser uma espécie de funcionário das empresas em defesa dos interesses do setor. Isso porque caberá ao Estado, caso a empresa *esqueça* o pedido de renovação da concessão, lembrá-la, notificando-a de seu *esquecimento*. O que se entendia, portanto, como o Estado na defesa do interesse público passa a ser perfeitamente compreendido como o Estado na defesa do empresário do ramo de telecomunicações. É o aprofundamento da relação patrimonialista entre o Estado e os grandes empresários dos meios de comunicação: o Estado a serviço e na defesa dos interesses privados.

Outra alteração foi a exclusão do texto legal anterior de todas as obrigações legais e contratuais, e o necessário atendimento ao interesse público como critério necessário para a renovação das outorgas. Assim, os poucos critérios legais que tinham como escopo a defesa do interesse público foram retirados do texto legal, acabando qualquer exigência para as renovações. Isso fez com que as renovações, que já eram conseguidas com grande facilidade, agora aconteçam quase automaticamente.

Anteriormente à nova lei, eventuais alterações nos objetos sociais das empresas de telecomunicação, ou mudanças nas cotas acionárias que viessem a alterar, mesmo que parcialmente, o controle societário das empresas tinham a exigência de serem autorizadas previamente pelo Estado. Com a nova legislação, não há mais esse requisito, bastando às empresas apenas informar ao governo as alterações feitas – inclusive, aquelas alterações

²³⁶ CAMARGO, Paulo Tonet. Presidente da ABERT. Presidente da Abert diz que Marco Regulatório é o maior avanço do setor nos últimos anos. ABERT (vídeo). Disponível em: <http://www.abert.org.br/web/index.php/bibliotecas/biblioteca-de-midias/item/presidente-da-abert-diz-que-marco-regulatorio-e-o-maior-avanco-do-setor-nos-ultimos-anos> . Acesso em: 23 out. 2017.

ilegalmente ocorridas antes desse permissivo legal, bastando apenas a informação ao Estado da ilegalidade cometida. Com isso, aumenta a possibilidade de concentração das empresas nas mãos de poucas pessoas. A única hipótese em que há a necessidade da autorização prévia do Estado é para a transferência total da concessão para outra empresa.

Em nome do que chamam de liberdade para empreender, afasta-se qualquer regramento ou critério que tenha o mínimo caráter de proteção ao interesse público. Os canais de rádio e televisão, praticamente, deixam de ser serviços públicos, conforme ditames constitucionais, para, no mercado, serem explorados livremente pelas empresas interessadas estritamente em seu ganho financeiro, utilizando o veículo de comunicação apenas como um instrumento próprio para a obtenção do lucro pretendido e para a manutenção de um sistema economicamente lucrativo.

Quando se fala em busca do lucro econômico, este não precisa, necessariamente, estar presente como objetivo final, buscado por quem passa a deter o poder direto sobre as outorgas de rádio e televisão concedidas, mas, sim, mesmo que instrumentalmente, a estar a serviço de um sistema ideológico que, ao final, pretende apenas obedecer aos ditames do mercado: a busca da lucratividade econômica. Por isso, mesmo quando os proprietários de rádio e TV não têm como finalidade precípua a busca de seu lucro direto e imediato, indiretamente as concessões são usadas como um poder relacionado a essas pretensões.

Trata-se de um poder a serviço do sistema que o busca e o mantém, em última instância e de todas as formas. Promove uma concentração de lucro nas mãos de poucas pessoas, distribuindo a miséria à grande maioria da população, que, mesmo não percebendo – e isso é uma das *vantagens* da violência simbólica utilizada –, está sendo induzida a acreditar que esse sistema nefasto é, pelo contrário, bom para ela. Para isso, usam-se todos os instrumentos persuasivos que o sistema de comunicação de massa permite.

Os meios de comunicação de massa, nesse sentido, deixaram de ser usados em favor do interesse público – como um serviço público, conforme ditame constitucional – para serem usados, na maior parte das vezes, como um instrumento a serviço de alguns, utilizando (e não servindo) o público. É por isso que: “Deputados, senadores e religiosos continuam controlando emissoras, embora a Constituição proíba. Licenças de TVs e rádios educativas são usadas para escapar da obrigatoriedade de licitação e proteger negócios com fins comerciais”²³⁷.

²³⁷ ONDE a democracia não chegou. **Intervozes, Informativo**, [S.l.], p. 6, nov. 2007. Disponível em <http://intervozes.org.br/publicacoes/revista-concessoes-de-radio-e-tv-%E2%80%A2-onde-a-democracia-ainda-nao-chegou/>. Acesso em: 18 out. de 2018.

3.2.1.2 Do Interesse Público para um Poder Privado

A imprensa por muito tempo foi entendida como um quarto poder. Essa compreensão se potencializou com o surgimento dos meios de comunicação de massa, do rádio e da televisão. A conceituação como quarto poder se fundamentava como sendo este mais um poder instituído, agregado aos três poderes institucionais da República: Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, o chamado quarto poder avocava, a si mesmo, a competência e a legitimidade para exercer certa função de controle social daqueles outros poderes. Ou seja, uma espécie de representante da sociedade, voltando-se ao controle e ao contraponto aos poderes de Estado instituídos.

Embora essa pretensão ainda se faça presente, como uma justificativa disfarçada, atualmente a mídia está estruturada em grandes empresas de comunicação, inseridas numa ótica do capitalismo especulativo, nas mãos de poucos grupos econômicos que atuam em escala global. Esses grupos são hoje os detentores do verdadeiro poder, tendo tornado a grande mídia um instrumento em defesa de seus interesses. Portanto, o que uma vez pretendia ser o quarto poder frente ao Estado, hoje age não mais com a pretensão de um poder social, mas, sim, como um poder associado a outro maior, que é, efetivamente, o poder econômico estabelecido em escala planetária.

A concentração tornou-se uma tendência. No mercado global a mídia é dominada por um grupo principal de dez grandes conglomerados de comunicação: Disney, Time Warner, Bertelsmann, Viacom, News Corporation, TCI, Sony, General Eletric (proprietário da NBC), PolyGram (pertencente primariamente a Philips) e Seagram (proprietária da Universal)²³⁸. Além dessas empresas principais, há ainda aproximadamente outras quarenta empresas que fecham o círculo global da mídia. A maioria delas está sediada na Europa Ocidental ou na América do Norte. Contudo, há também grupos na Ásia e na América Latina²³⁹.

A tendência de concentrações e transações transnacionais também se fortaleceu no Brasil nos últimos anos. Fusões do Grupo Abril com *A Capital Group International*, da Folha de São Paulo com a *UOL* (Universe Online), da DirectTV com a Sky, em 2005, exemplificam essa afirmação²⁴⁰. Essa realidade consolidou e fortaleceu uma outra tendência brasileira, a

²³⁸ ROSO, Adriane; GUARESCHI, Pedrinho. Megagrupos midiáticos e poder: construção de subjetividades narcisistas. *Revista de Ciências Sociais – Política & Trabalho*, João Pessoa, v. 26, p. 42, 2007.

²³⁹ McCHESNEY, Robert W. The political economy of global communication. In: MCCHESENEY, R. W. et al. (Ed.). *Capitalism and the information age*. New York: Monthly Review Press, 1998. p. 12-13.

²⁴⁰ ZIMMERMANN, Patrícia. Anatel aprova fusão da Sky e DirecTV, mas proíbe exclusividade de canais. *Folha Online*, Brasília, DF, 17 nov. 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u102458.shtml>. Acesso em: 03 nov. 2017

hegemonia de um único grupo nacional, as Organizações Globo. Com isso, se mantém inalterado o domínio histórico de poucos grupos familiares, aliados às elites empresariais e políticas, regionais e locais, no comando das grandes redes de comunicação de massa. Essa realidade confirma que “A concessão pública é mecanismo desvirtuado e não garante a igualdade, a impessoalidade e a melhor proposta entre os concorrentes”²⁴¹.

Assim, não há como se compreender, na realidade, os meios de comunicação como instrumentos a serviço do interesse público. É necessário reforçar que a Constituição da República estabelece que a informação é serviço público e, portanto, inerente ao interesse dessa mesma esfera. Porém, analisando uma série de elementos, não é difícil constatar que o ditame constitucional não é cumprido.

Efetivamente, visualizando-se a forma como as concessões de outorgas historicamente aconteceram e continuam a acontecer, o modo como a concentração dos meios de comunicação de massa, em mãos de algumas poucas e poderosas empresas familiares, acontece e é tolerada, a maneira como as fiscalizações dos serviços não acontecem e, quando ocorrem, servem apenas para inibir e punir pequenas iniciativas de rádios comunitárias, e, principalmente, como a informação é produzida e veiculada, atendendo a interesses nada públicos e democráticos, conclui-se que os serviços de comunicação de massa no Brasil não prestam um serviço público, mas, estão, sim, a serviço de interesses privados, sobretudo, do capital econômico e financeiro.

3.2.2 Para muito Além da Influência Direta e Explícita

A influência dos meios de comunicação na política brasileira, exatamente pela característica do poder exercido por essa instituição, vai muito além do que pode ser visto e percebido explicitamente. Sua influência é exercida majoritariamente por meio do emprego de um poder diretivo da realidade social, forjando um ambiente sociocultural nos moldes que lhe favorece. Construindo pautas, e de forjando seus conteúdos, a mídia exerce um poder simbólico de produzindo subjetividades e de formando personalidades.

Porém, de forma mais explícita, também é possível verificar vários casos que demonstram a influência que a mídia ter exercida sobre os mandatários políticos, no contexto histórico nacional.

²⁴¹ FANTAZZINI, Orlando; GUARESCHI, Pedrinho. A campanha ética na TV e o conteúdo da programação televisiva. In: CHAGAS, Claudia. M.; ROMÃO, José. E. E.; LEAL, Sayonara. **Classificação indicativa no Brasil: desafios e perspectivas**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2006. p. 117-128.

Até as décadas de 1950 e 1960 a imprensa brasileira era restrita ao jornal e ao rádio, pois a televisão só se tornaria relevante a partir da década de 1970. Em que pese a fragilidade do ponto de vista comercial - pois o processo de industrialização ainda se encontrava na sua fase incipiente e um fraco mercado publicitário – já naquele época o nível de envolvimento e participação da imprensa nas lutas políticas. Azevedo²⁴² destaca que as disputas entre varguistas e anti-varguistas, e entre PSD e UDN a partir de 1946.

Em São Paulo, o jornal o *Estado de São Paulo*, da família Mesquita, marchava editorialmente contra Getúlio Vargas, desde os anos de 1930. No Rio de Janeiro, a realidade era semelhante, tendo o jornal a *Tribuna da Imprensa*, ligada a Lacerda, e o jornal da família Marinho, *O Globo*, no pelotão dos que faziam sistemática oposição à Getúlio, apoiando a UDN. Em apoio ao governo Vargas, se manifestava o hoje já extinto jornal *Última Hora*, que após o suicídio de Getúlio manteve o apoio à propostas políticas nacionalistas e reformistas, dando seu apoio, depois, para o governo de João Goulart. Portanto, com a exceção do *Última Hora*, todos aqueles jornais, e mais o *Jornal do Brasil* e o hoje também extinto *Correio da Manhã*, ocupavam uma posição conservadora, tanto do ponto de vista econômico, quanto de crenças políticas, tanto que, com a deposição de Goulart, que contou com seus auxílios, vieram a apoiar a instalação do governo militar em 1964²⁴³.

Durante o regime militar, que marcou o bipartidarismo compulsório, a imprensa escrita foi transitando de sua posição entusiasmado de apoio inicial, para uma oposição moderada, àquele regime. Os meios de comunicações eletrônicos se comportaram desde uma autocensura, até o apoio espontâneo, como foi o caso da *Rede Globo*. Com o início da abertura política em 1974, a grande imprensa foi ampliando paulatinamente seus limites de liberdade, chegando ao ponto alto, que representou a campanha das Diretas Já, sempre capitaneada pelos grandes jornais, como a *Folha de São Paulo*, enquanto que a *Rede Globo* continuava alinhada ao então já caduco regime, chegando a esconder de seu público a ocorrência daquelas grandes manifestações políticas que pediam eleições diretas para a escolha do presidente da república²⁴⁴.

Com o processo de redemocratização iniciado em 1985, os meios de comunicação novamente conquistaram seu espaço de destaque na vida política nacional. E a primeira oportunidade de uma inserção decisiva ocorreu na eleição presidencial de 1989²⁴⁵. Azevedo

²⁴² AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **Opinião Pública**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 103, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762006000100004. Acesso: 25 nov. 2018.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid., p. 104-105.

²⁴⁵ AZEVEDO, F. A.; RUBIM, A. A. C. Mídia e política no Brasil. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 43, p. 189-216, 1998.

lembra a forte polarização ideológica entre a direita, representada por Fernando Collor e a esquerda, representada por Leonel Brizola e Lula que marcou aquele embate, e destaca: “a cobertura da grande imprensa foi abertamente favorável, tanto na mídia impressa quanto na mídia eletrônica, a Collor, que era desde o início da competição o candidato que reunia melhores chances eleitorais de derrotar a esquerda”²⁴⁶.

Sempre pretendendo demonstrar uma neutralidade que inexistia, os telejornais procuravam dispor de um volume de tempo para cada um dos candidatos de forma mais equilibrada. Porém, nos enquadramentos de conteúdo, eram visíveis as tendências favoráveis à Collor, tendo como marco exemplificativo dessa tendência, a célebre edição realizada pela Rede Globo do debate final ocorrido, na véspera do segundo turno, entre Fernando Collor e Lula.²⁴⁷

Após o *impeachment* de Collor, assumiu o governo Itamar Franco que logo promoveu o lançamento do Plano Real. Esse plano teve entusiástico apoio da grande imprensa. O apoio dado à Itamar se estendeu tanto, como forma de adesão à candidatura de Fernando Henrique Cardoso, no processo eleitoral seguinte, em 1994, como a todo o seu governo. Se a eleição de 1994 foi marcada pela forte presença da mídia no processo eleitoral, - com cobertura jornalísticas intensas e a realização de diversos debates - tal fato não se repetiu em 1998. A televisão ficou praticamente ao largo do processo eleitoral de 1998. Para se ter uma ideia, o jornalismo da *Rede Globo* praticamente ignorou a campanha eleitoral, e nenhum debate foi realizado em qualquer uma das redes nacionais de televisão. “Obviamente, é ocioso comentar que esta invisibilidade das eleições favoreceu o candidato à reeleição e o favorito das pesquisas”²⁴⁸.

No pleito de 2002, com a exceção de algumas revistas semanais, que apoiaram abertamente as candidaturas postas; como a revista *Veja* que se engajou na campanha de José Serra, e a pequena *Carta Capital*, que apoiou a candidatura de Lula, os grandes jornais deram uma cobertura bastante equilibrada aos candidatos finalistas do pleito. Com a exceção, aqui, do jornal o *Estado de São Paulo*, que apoiou explicitamente a candidatura de Serra²⁴⁹. Mas a grande dissonância em termos de cobertura daquela eleição, comparada principalmente com a anterior, ficou por conta das redes de televisão, especialmente a *Rede Globo*, que marcou diversos

²⁴⁶ AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **Opinião Pública**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 106, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762006000100004. Acesso: 25 nov. 2018.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 108.

²⁴⁹ ALDÉ, A. As eleições presidenciais de 2002 nos jornais. **Alceu – Revista de Comunicação, Cultura e Política**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 23-45, 2003.

debates, realizou várias reportagens temáticas, colocando o tema da eleição no centro do seu jornalismo, além de se observar um claro equilíbrio na cobertura das candidaturas.²⁵⁰

A cobertura da imprensa nas eleições de 2006 foi uma das mais negativas da história, em relação a candidatura à reeleição de Lula. O tema eleitoral naquele pleito não iniciou propriamente no período eleitoral, mas já em 2005, com o escândalo do chamado Mensalão.²⁵¹ A visibilidade midiática do Mensalão alcançou altos níveis. Santos Mundim destaca que nos momentos mais críticos, como em 20 de julho de 2005, o Jornal Nacional da *Rede Globo* se utilizou de 91% de seu conteúdo jornalístico, para tratar desse assunto específico.

Esse fato também teve ampla repercussão nos outros veículos de imprensa, o que tornou o assunto de amplo conhecimento público. Uma pesquisa realizada pelo instituto Datafolha em 21 de julho de 2005, mostrou que 84% da população tinha conhecimento do Mensalão e demais assuntos a ele ligados.²⁵² O viés negativo da cobertura política relacionada à Lula que iniciou com o Mensalão em 2005 continuou na cobertura de todo o processo eleitoral de 2006, não tendo força, porém, de evitar a vitória eleitoral do candidato no segundo turno.

Esse mesmo comportamento dos meios de comunicação se manteve nas eleições seguintes, até a mais recente. Por exemplo, nas eleições de 2010 “os modelos estimados com os dados do ESEB mostraram que, em grande medida, elas foram mais favoráveis à Serra do que a Dilma”²⁵³. Porém, os números estatísticos diretos não demonstram com exatidão a influência que os meios de comunicação exercem nos processos eleitorais e na democracia, como um todo. Para além do que é visto de forma direta e explícita, do que é possível ser medido estatisticamente em cada processo eleitoral, quanto a posição favorável a alguma candidatura e desfavorável a outra; quanto a processos jornalísticos mais positivos ou negativos às candidaturas postas, o processo de formação e consolidação de posições e opiniões favoráveis aos interesses da mídia é construído culturalmente a longo prazo.

Para além do que é visto imediatamente na informação veiculada, há um processo formativo de longo prazo que não se limita a um resultado eleitoral pontual, mas a formação de uma cultura ideológica dominante e sem qualquer espaço para alternativas. Mesmo que, para

²⁵⁰ AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **Opinião Pública**, [S.l.], v. 12, n. 1, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762006000100004. Acesso: 25 nov. 2018.

²⁵¹ SANTOS MUNDIM, Pedro. Cobertura da imprensa e eleições presidenciais de 2006. Efeitos realmente limitados? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 29, n. 86, 2014.

²⁵² Ibid.

²⁵³ BEZERRA, Heloisa Dias; MUNDIM, Pedro Santos. Qual foi o papel das variáveis midiáticas na eleição presidencial de 2010? **Opinião Pública**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 452-476, 2011.

isso, tenha que *produzir* uma realidade artificial, com poderes de intervir na formação e no exercício das subjetividades humanas.

3.2.2.1 Uma Dominação que Constrói Realidades e Forja Subjetividades

Mais do que nunca, os grandes meios de comunicação, hoje, estão sob a dominação do poder econômico. Mas, além disso, há uma outra forma de dominação, exercida por excelência por esses mesmos meios, que é a simbólica. É principalmente pelo poder simbólico que os meios de comunicação de massa agem. Essa ação se materializa no poder da construção de uma realidade simbólica; uma realidade construída pelos meios de comunicação, conformando a realidade concreta a valores que a mascaram e a distorcem, tornando o *mundo* aquilo que pretendem e fundado nos valores que interessam à mídia e ao capital financeiro ao qual ela pertence ou está a serviço.

Os meios de comunicação social possuem, com isso, uma espécie de poder sobre a realidade social, forjando um ambiente sociocultural nos moldes que lhe condiz. As grandes empresas de comunicação, articuladas com outras instituições sociais e culturais a elas subjugadas, “[...] forneceram importantes bases para a acumulação dos meios de informação e comunicação, como também os recursos materiais e financeiros, e forjaram os meios com os quais a informação e o conteúdo simbólico são produzidos e distribuídos pelo mundo social”²⁵⁴.

O poder da mídia frente ao mundo da vida é o de construir, ou de reconstruir a realidade que o mundo passa a conhecer por meio da informação. Ou seja, a realidade deixa de ser o real, o existente, e passa a ser o que é contado. A realidade é o que a mídia diz que é. A construção dessa realidade é feita de duas formas: pela seleção do que deve ser notícia e, portanto, do fato a ser levado ao conhecimento do mundo; e pelo modo de seleção do fato como *digno* de ser noticiado.

Essa mesma realidade construída também se transforma numa verdade. Se certo acontecimento tem, por parte da imprensa, uma determinação de que é verdadeiro, passa a ser entendido como, de fato, verdadeiro, ainda que não seja. Mesmo falso. “Ora, o único meio de que dispõe um cidadão para verificar se uma informação é verdadeira é confrontar os discursos dos diferentes meios de comunicação. Então, se todos afirmam a mesma coisa, não resta mais do que admitir esse discurso único”²⁵⁵.

²⁵⁴ THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 24.

²⁵⁵ RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 45.

Na medida em que a mídia *constrói* a realidade, portanto, algo existe ou deixa de existir. Algo é ou não verdadeiro não pela realidade concreta, mas pela seleção midiática que decide se *esse algo* existe ou não. Se um determinado fato não é considerado importante para a mídia, ele não se torna notícia e, assim, não existe no mundo da informação midiática. Não existindo no mundo da informação midiática, ele *não existe* na realidade. Por outro lado, um fato que existe no mundo concreto e é noticiado pela mídia existe também no mundo da informação.

Porém, o que existe no mundo concreto e que se torna existente por ter sido veiculado na mídia, se torna um fato não como ele é na realidade concreta, mas na forma como a mídia o reconstrói para que se torne notícia. Assim, não há a informação de algo concreto, mas, sim, a de determinado fato conforme a mídia entende que seja a melhor forma e o momento mais conveniente para a sua divulgação. Desse modo, o que se veicula é o que a mídia quer informar sobre aquele determinado acontecimento. Com essa capacidade (recurso disponível aos proprietários dos meios de comunicação de massa), a mídia passa a ter o poder de decidir sobre *o que existe e o que não existe na realidade* contada aos seus ouvintes e telespectadores.

Dessa maneira, ocorre o poder de dominação. O recurso disponível para tomar a decisão sobre qual e como a notícia de determinado fato deve ser informada não pertence ao conjunto da sociedade, mas apenas a poucos, os donos dos meios. Com isso, eles se tornam, também, donos da notícia e da própria realidade da vida, que deve ou não ser a realidade para o mundo receptor de informações. Com o poder de construir pautas, e de forjar seus conteúdos, a mídia tem um poder simbólico de produzir subjetividades e de formar personalidades.

As subjetividades são construídas, em grande parte, através de impulsos externos recebidos do meio em que as pessoas vivem. Assim, a família, o trabalho, a escola, a prisão, a rua, a sociedade, enfim, todos esses elementos são mecanismos produtores de condicionadores da formação da subjetividade individual e da intersubjetividade. Ou seja, o sujeito não é um elemento isolado do seu mundo. Ele é ao mesmo tempo sujeito e assujeitado pelo mundo em que vive. Por isso, os impulsos externos lhe são fundamentais para a formação de sua personalidade e de sua subjetividade, na condição de pertencente à determinada sociedade. Na sociedade, quem decide o que é e como é tem um poder incomparável de interferir na formação de subjetividades e da intersubjetividade.

Dessa forma, na sua relação com os receptores da notícia e da informação (ou seja, com a sociedade em geral), os problemas da vida, as questões positivas, o que tem ou o que deixa de ter valor, tudo é decidido por quem tem o poder de decidir. Isso interfere e auxilia na formação do modo de vida e nos valores da sociedade. Essa realidade pode ser muito bem percebida nas relações cotidianas da vida social e das relações intersubjetivas.

Uma epidemia de Aids ou a fome que dilacera milhões de vidas em determinados países africanos (ou as favelas brasileiras), ou a superlotação de presídios, ou os massacres provocadas pelo tráfico de drogas nos morros, não são problemas, porque não é responsabilidade nossa, não é responsabilidade do conjunto social, não é da responsabilidade de ninguém (eventualmente podem ser apresentados como de responsabilidade do Estado, quando a informação vem acompanhada da pretensão de mostrar como o Estado *não funciona*). Apenas são. E são, apenas eventualmente, quando a notícia sobre essa realidade tem algum interesse subjacente.

A violência é notícia quando *ela desce o morro* e atinge o *asfalto*. A truculência policial é notícia quando atinge *um dos nossos*. A superlotação dos presídios é notícia quando relacionada ao grau de violência que *sofremos*, ou quando há a pretensão de trazer a questão à tona para apresentar, em seguida, uma solução milagrosa. No caso dos problemas dos presídios, por exemplo, as soluções apresentadas geralmente estão relacionadas a sua privatização a altos custos para a sociedade.

Por outro lado, um ataque terrorista que acontece nos Estados Unidos ou na Europa é noticiado como sendo uma catástrofe mundial. Os problemas da elite norte-americana ou europeia são *nossos* problemas. Determinado ataque pontual nos países centrais é considerado, por quem tem o poder de produzir a informação – e, portanto, produzir valores que devem ser assimilados e seguidos –, um ataque contra o *mundo ocidental civilizado*. Da mesma forma acontece quando ocorre queda ou elevação dos índices da *bolsa de valores*. Esse fato é noticiado como de interesse de todo o conjunto da sociedade, mesmo que a grande maioria das pessoas nunca venha a ter qualquer relação com esse assunto.

Portanto, a informação constrói ou reconstrói a realidade informada. É ela a realidade da vida vivida pelas pessoas; a realidade vivida é valorada subjetiva e intersubjetivamente, conforme os valores *produzidos* pelos meios de comunicação que têm o poder para tal. Tornam-se, assim, valores objetivos. E essa produção de valores é feita a partir dos interesses dos donos dos meios de comunicação social. Os fatos são veiculados de forma a serem recebidos e entendidos como importantes para o conjunto de toda a sociedade.

Na mesma linha da formação dos valores cultivados pela sociedade, uma das principais funções da mídia é produzir, fomentar e manter um constante sentimento de necessidade de consumo. O consumo constante passa a ser um valor da sociedade moderna. O consumo não ocorre para atender a uma necessidade. Ele próprio passa a ser a necessidade. Dito de outra forma, o consumo não é mais um meio para o atendimento de uma necessidade da vida, mas é um fim em si. E isso tem uma motivação para além do interesse do consumidor.

Roso e Guareschi²⁵⁶ destacam que: “Para se manterem como megaempresas lucrativas, elas necessitam produzir uma massa serializada de indivíduos consumistas: seres desejan-tes, insatisfeitos, impacientes e imediatistas, que vivem o aqui-e-agora”. Essa necessidade de consumo constante, criada pela mídia, é a consequência e ao mesmo tempo a causa de uma nova realidade cultural: o fomento de uma cultura individualista, egocêntrica e narcisista. Como consequência, nas relações sociais intersubjetivas, tem-se um desligamento da realidade do outro, um afastamento da alteridade e da empatia interessada. Vive-se “uma cultura do desengajamento, da descontinuidade e do esquecimento”²⁵⁷, produzindo relações meramente instrumentais, que podem e devem ser descartadas quando não mais atenderem ao interesse e às necessidades da sociedade de consumo da qual se está assujeitado, mas, também, por via de consequências, torna-se sujeito reprodutor dessa mesma cultura.

É interessante observar que essa transposição entre o indivíduo (ou a própria sociedade) assujeitado pela cultura de consumo, transformando-se no próprio sujeito que fomenta e reproduz essa mesma cultura, é a consequência da absorção e reprodução de um discurso alheio. Um discurso que faz com que o interesse de alguns seja compreendido como sendo um interesse geral, tendo como verdadeiro objetivo apenas o acúmulo e a concentração de riqueza nas mãos da elite.

É a produção artificial de uma necessidade – e, portanto, uma reprodução discursiva da necessidade –, para que seu atendimento satisfaça o interesse de quem é o produtor original desse discurso alienante. Portanto, é a concretização de um poder simbólico que se apropria, em forma de dominação econômica e cultural, do poder alheio em seu próprio interesse. Assim, o cidadão transfere para outro o poder de decidir o que lhe é necessário; o que lhe é importante ou não.

Essa transferência do poder de decisão caracteriza uma condescendência daquele que aliena para outrem os seus poderes, gerando uma violência simbólica contra si mesmo. Desse modo, a violência simbólica se reproduz e reforça ainda mais a sua manifestação quando quem a sofre não consegue ou não quer compreender e enfrentá-la. Para Bourdieu, o poder simbólico é um “poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”²⁵⁸.

²⁵⁶ ROSO, Adriane; GUARESCHI, Pedrinho. Megagrupos midiáticos e poder: construção de subjetividades narcisistas. **Revista de Ciências Sociais – Política & Trabalho**, João Pessoa, v. 26, p. 47, 2007.

²⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 144.

²⁵⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2000. p. 8. ROSO; GUARESCHI, op. cit., p. 47.

²⁵⁸ BAUMAN, op. cit., p. 144.

Contudo, esse processo de alienação do seu próprio poder, inclusive, de forma consentida, é, ao mesmo tempo, produto da violência simbólica e seu produtor (já que o retroalimenta e, portanto, também o produz). Assim, esse produzir, embora consentido, não é racionalmente voluntário, já que essa concessão é produto do poder simbólico que sobre o sujeito é exercido. Portanto, o sujeito que se submete ao poder simbólico é igualmente assujeitado por ele, concedendo o seu direito a outro.

Essa assujeitação, que é simbolicamente violenta, também é, embora paradoxal, uma forma de liberdade. Uma libertação (fugitiva) da realidade vivida, assujeitando-se a fantasia de um mundo virtual e fantástico que supere as mazelas de sua própria realidade. Assim, “Os indivíduos, em certa instância de legitimação, exigem um fundamento que supere o real, por absoluta insuficiência deste. Sendo assim, torna-se mais fácil compreender o porquê da aceitação da figuração simbólica que em nada reproduz a realidade”²⁵⁹.

E, conforme se viu, quem detém o poder de produzir essas pautas fantasiosas e alienantes é a mídia, principalmente a televisão. E, na mídia, esse poder pertence aos proprietários dos meios de comunicação de massa, que produzem a realidade que lhes convêm. Essas realidades produzidas interferem na subjetividade do indivíduo e na intersubjetividade ~~coletiva~~, criando cidadãos apáticos, desnorteados, desinformados e apolíticos. E é nesse aspecto que se chega ao ápice da predação do processo democrático.

Mas o que essa realidade tem, de fato, a ver com a democracia? No que ela interfere no processo e nas condições de existência de um Estado democrático? São questões que precisam ser enfrentadas.

A realidade artificialmente produzida consegue carregar, junto a si, uma carga de motivações e justificativas que levam a uma *anestesia* social, que, por sua vez, conduz a uma concentração de esforços na busca da (sobre)vivência de uma vida pessoal, individual e egoísta. Pessoas que vivem para dentro. Para dentro de seu mundo, para dentro dos muros dos condomínios, para dentro dos cercados de suas casas, para dentro de si. Esse é o resultado das novas figuras da subjetividade que atualmente se vive.

Essa realidade artificial, produzida pelos meios de comunicação de massa, que articulam, conforme os seus interesses, a chamada indústria cultural, conduz à produção de resultados como: (1) a redução dos seres humanos ao estado de simples *massa*, retirando dos

²⁵⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2000. p. 8.

²⁵⁹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 36.

indivíduos emancipados a sua capacidade de discernimento, de livre decisão; (2) a substituição, no espírito do cidadão, de aspirações à autonomia emancipatória para a tomada de consciência da sua condição no mundo (como ser que merece viver com dignidade), por um conformismo e uma passividade perigosamente regressivos; (3) a propagação da ideia de que os seres humanos desejam ser fascinados, alienados e enganados, na confusa esperança de que uma espécie de satisfação hipnótica os fará esquecer do mundo obscuro, cruel e trágico em que vivem²⁶⁰. Assim, a mídia transforma-se num caminho de fuga alienante, conformando o cidadão da situação posta, e alijando-o de qualquer tomada de iniciativa para a sua superação.

Pode se identificar, com Negri e Hardt²⁶¹ – como consequência das crises que mudaram a forma de vida econômica e política de grande parte da sociedade e que tem na mídia uma espécie de manto legitimador e conformador –, quatro figuras de subjetividade, produzidas por essa realidade: o endividado, o securitizado, o representado e o mediatizado.

Para o endividado²⁶², os empréstimos se tornaram o principal meio de subsistência; o sujeito sobrevive se endividando e, portanto, é controlado pela dívida. Assim, a dívida exerce um poder moral, tendo tanto na responsabilidade quanto na culpa suas principais armas. O endividado, por meio de suas dívidas, é de novo propriedade de seus senhores, estando preso às cadeias invisíveis, que devem ser compreendidas e quebradas, para, somente assim, tornar possível a conquista da liberdade.

O securitizado²⁶³, por sua vez, tem todas as informações a seu respeito sendo constantemente produzidas, atualizadas e sistematizadas. Vive numa sociedade prisional e aceita isso. O indivíduo torna-se não apenas o objeto de segurança, como também, o sujeito. O securitizado vive em um estado de exceção, que produz uma forma de tirania auxiliada pela própria servidão voluntária do indivíduo securitizado. Um bom trabalhador, que é fiel ao seu empregador e age estritamente de acordo com o sistema, tem um menor risco de ficar desempregado e, portanto, incapaz de pagar as suas dívidas. Essa tática dicotômica de ameaça/segurança produz uma espécie de medo vazio (medo de um inimigo invisível que está em todo lugar e a qualquer hora), capaz de fazer aparecer todos os fantasmas amedrontadores. Esse medo generalizado cria a alienação da própria liberdade, mas que se justifica pela necessidade da segurança.

²⁶⁰ RAMONET, Ignacio. **Propagandas silenciosas**: massas, televisão, cinema. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 8-9.

²⁶¹ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **Declaração**: isto não é um manifesto. São Paulo: N-1 edições, 2014.

²⁶² Ibid., p. 22-27.

²⁶³ Ibid., p. 33-39.

Outra figura é o representado. Das estruturas dos governos representativos desapareceu a qualidade da representação, propriamente dita²⁶⁴. Ou seja, a representação, nesse aspecto, não é um veículo da democracia, mas um obstáculo a ela. Os poderes econômico e midiático não somente mitigam a possibilidade de um real exercício democrático, mas são verdadeiros e cruéis empecilhos da democracia (predadores, conforme dito aqui). E as táticas de medo produzidas contra o securitizado fazem com que haja um acovardamento político. Assim, o representado reconhece o colapso das instituições e das estruturas representativas, mas não vislumbra alternativa a elas, prostrando-se inerte frente a sua incapacidade de reação.

Tudo isso recebe uma capa de conformação, em que a realidade produzida e informada não deixa alternativas, a não ser o fechamento em si e em seu mundo autoenclausurado. É paradoxal verificar que a falta de acesso às informações, que antes davam a impressão de reprimir a ação política, hoje tornaram-se um excesso. O sujeito está midiaticizado²⁶⁵ e conformado, sofrendo um problema oposto, com um excesso de informação e comunicação. Assim, em relação ao acesso à informação, as pessoas não são mais consideradas sujeitos alienados – no sentido que esse termo possuía, quando a informação lhes faltava –, mas, sim, como sujeitos midiaticizados, tendo as suas consciências absorvidas e *poluídas* por um excesso de comunicação, seja por meio das mídias tradicionais, seja por meio das possibilidades de novos e infinitos acessos que a internet hoje viabiliza.

3.2.2.2 A Imagem Informativa que Desinforma, Aliena e Atrofia a Capacidade Cognitiva

Quando se fala em midiaticizado, não se pode ignorar que seu meio de comunicação, com o maior potencial de produção, é a televisão. Numa hierarquia midiática, a televisão impõe aos outros meios a sua própria agenda e na forma que melhor lhe agrada “em primeiro lugar com seu fascínio pela imagem. E com esta ideia básica: só o visível merece informação; o que não é visível e não tem imagem não é televisável, portanto, não existe midiaticamente”²⁶⁶. Entretanto, para se compreender os efeitos nocivos provocados pela televisão, é importante a análise feita por Sartori.

A televisão se diferencia dos demais meios pelo fato de que, enquanto os outros usam a palavra (seja na forma falada, seja na escrita) para a sua comunicação, ela usa a imagem e “[...]”

²⁶⁴ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **Declaração**: isto não é um manifesto. São Paulo: N-1 edições, 2014. p. 40-45.

²⁶⁵ Ibid., p. 27-33.

²⁶⁶ RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 27.

las cosas representadas en imágenes cuentan y pesan más que las cosas dichas con palabras”²⁶⁷. Portanto, a introdução desse novo meio de comunicação representou uma radical mudança no mundo da comunicação humana, não apenas no aspecto do instrumento (como meio), mas no sentido de como interfere e influencia a própria forma e o sentido da recepção e da assimilação da informação transmitida por parte do receptor/telespectador.

Com o rádio e o jornal, as pessoas se informam lendo e ouvindo a notícia. Com isso, a sua capacidade de abstração forma a imagem que a notícia transmite. Com a televisão, a pessoa se informa vendo. Com isso, a imagem, que antes era formada por meio da capacidade humana da abstração, agora vem pronta, sem sequer a necessidade da imaginação.

Assim, com a televisão, é alterada fundamentalmente a natureza da própria comunicação, passando de um contexto de palavras (símbolo ou signo que carrega a representação de alguma coisa, por meio dos quais se entende o sentido da informação transmitida), para um contexto de imagens. Com a palavra, para que haja comunicação, os interlocutores têm que conhecer seu significado, assim como o idioma falado, por exemplo. Já com a imagem não há a necessidade de um conhecimento prévio dos signos falados; basta ver a imagem, pois ela é simples representação visual. Não há a necessidade de sua compreensão e conversão em imagens por meio da abstração intelectual. A imagem já vem pronta e acabada. Com isso, deve estar claro que a televisão não pode ser compreendida como uma mera ampliação dos instrumentos de comunicação que a precederam, mas é “[...] sobre todo una sustitución que modifica sustancialmente la relación entre entender y ver. [...] la televisión está produciendo una permutación, una metamorfosis, que revierte en la naturaleza misma del *homo sapiens*”²⁶⁸.

Sartori apresenta uma especial preocupação com as crianças que são criadas em frente à televisão. Este aparelho se transformou, em muitos casos, na primeira escola das crianças. Ou seja, o indivíduo tem a sua educação impressa na forma de imagens. Seu mundo é o mundo do ver, muito mais do que do ler e do ouvir. Com isso, forma-se uma pessoa que não lê. Um adulto não educado com e para os estímulos da leitura, aprendendo a responder apenas aos estímulos das imagens, portanto, àqueles audiovisuais, levando à produção de uma atrofia cultural²⁶⁹.

²⁶⁷ SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Madrid: Taurus, 2012. p. 26.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁶⁹ O termo cultura possui dois significados: o primeiro relaciona-se ao contexto do ambiente, dos valores, das crenças e das concepções que constituem a sua cultura. Assim, na sua acepção genética, também o homem primitivo ou analfabeto vive nos limites da sua cultura. Por outro lado, cultura também é sinônimo de *saber*; uma pessoa que sabe é uma pessoa culta. A cultura formada pelo conjunto de suas leituras e pelas informações relevantes que procura acumular. E é nesse sentido que o termo cultura é empregado aqui, ou seja, no sentido do homem que forma a sua cultura por meio de boas leituras e da busca de informações que lhe sejam pertinentes e não meramente como forma de entretenimento. Um homem que se deixa levar pelo entretenimento

A capacidade de abstração foi a condição de possibilidade do *homo sapiens* produzir, saber e avançar no entendimento e no conhecimento. Existem palavras que conseguem levar à mente humana figuras e imagens concretas, como é o caso dos nomes próprios e das palavras concretas: mesa, madeira, geladeira, celular, casa, janela, computador, árvore, cabeça, roda, luva, calçado, carro, garagem, pedra, lâmpada, homem, criança, cidade etc. Por outro lado, existe uma grande variedade de palavras abstratas que não representam algo que possa ser visualizado por meio de alguma imagem concreta, ou seja, algo que possa se ver concretamente: amor, solidão, alegria, tristeza, inveja, perdão, sonho, pesadelo, felicidade, inteligências, bom, mau, presente, futuro, nação etc.

Essas palavras abstratas formam quase todo o vocabulário cognitivo e teórico do ser humano. Assim, entidades inerentes ao Estado e sua relação com a democracia, por exemplo, são palavras abstratas, elaboradas por meio de processos mentais abstratos, que não podem ser visualizadas por imagens concretas: Estado, democracia, soberania, cidadania, representação, burocracia, justiça, legalidade, liberdade, igualdade, direito etc. “Y toda nuestra capacidad de administrar la realidad política, social y económica en la que vivemos, y a la que se somete a la naturaleza del hombre, se fundamenta exclusivamente en un pensamiento conceptual que representa – para el ojo desnudo – entidades invisibles e inexistentes”²⁷⁰. Portanto, diferente dos primitivos, que tinham a sua comunicação formada apenas por palavras concretas, os povos avançados conseguiram ir além na sua capacidade científica e cognitiva, por terem adquirido a linguagem abstrata.

Acontece que a televisão, através de seus meios de informar, inverte esse processo evolutivo do ser humano. O homem é informado por meio de imagens concretas, ou seja, por meio de seu mundo sensível, de um de seus sentidos (visão). Utiliza apenas a sua capacidade de ver. Por outro lado, seu mundo inteligível, ou seja, aquele que, para o seu exercício e desenvolvimento, precisa fazer uso de conceitos e concepções mentais abstratas (a imaginação, a reflexão e o entendimento), passa a viver um processo de atrofia, de diminuição e desaparecimento por falta de uso²⁷¹. Nesse processo, a linguagem abstrata é substituída pela linguagem concreta, impondo ao homem, telespectador, um empobrecimento da capacidade

televisivo e pelas informações apreendidas apenas pelas imagens é um homem que vive em uma cultura de incultura (sem contradições); vive numa cultura em que a cultura não lhe faz falta, já que ele não a conhece. SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Madrid: Taurus, 2012. p. 38-39.

²⁷⁰ Ibid., p. 46.

²⁷¹ É por isso que quando a notícia transmitida pela televisão trata de uma enchente, por exemplo, a imagem apresentada é a do repórter no meio da água, quase se afogando, para mostrar que aquilo é uma enchente, num constante processo de empobrecimento da capacidade cognitiva. Como se não houvesse mais a capacidade de relacionar o termo enchente, com o evento que ele representa.

cognitiva²⁷². “Por tanto, continúa siendo verdad que hacia finales del siglo XX, el homo sapiens ha entrado en crisis, una crisis de pérdida de conocimiento y de capacidad de saber”²⁷³.

E, como se viu, as informações veiculadas pelos meios de comunicação de massa, principalmente pela televisão, em nada ajudam a melhorar essa situação. Pelo contrário, apenas a agrava ainda mais. As notícias geralmente são sobre assuntos relacionados a esporte, à história de sucesso de algum artista ou jogador de futebol, sobre tragédias humanas ou catástrofes da natureza. Programas, notícias e informações que poderiam provocar um senso crítico, um interesse pela vida social e coletiva, uma pauta destinada a questões de cidadania e democracia não faz parte das intenções desses meios de comunicação de massa.

A tônica é uma junção de dois elementos psicológicos negativamente motivadores: o entretenimento e as informações de banalidades cotidianas e supérfluas (que levam a uma acomodação individualista, alienada e frívola), e a produção de informações de perigos, tragédias e catástrofes, que conduzem a um aprofundamento do processo de acomodação e acanhamento por medo do futuro e da própria realidade vivida.

Informação não é conhecimento. E o acúmulo de informação inútil desinforma e falseia, em vez de informar corretamente. Grande parte do que é transmitido é irrelevante, quando não desinformação ou subinformação, caracterizada por um conteúdo insuficiente, que empobrece a notícia e não informa o que realmente deveria. Portanto, trata-se de uma informação parcial, sem os elementos necessários para ser realmente entendida em sua totalidade e correção.

Já com a desinformação ocorre uma distorção da informação. Trata-se de uma informação falseada, que engana ao invés de informar. Nesse caso, a verdadeira informação não é conhecida, e o que é informado, conhecido, é uma informação incorreta, falsa, enganadora. As duas formas, porém, têm a função de não informar a verdade, mas de apenas fazer de conta que se informa, de forma distorcida, para que a verdade seja ocultada por algo falsamente produzido e veiculado, em lugar da verdadeira informação²⁷⁴.

Assim, na figura do midiaticado, reside a inteligência humana apropriada, mistificada e despolitizada. O midiaticado está pleno de informação inútil, morta, sufocando os poderes para criar informações vivas e úteis. A midiaticação impossibilita a vivência do poder para criar afetos intersubjetivos e políticos, rompendo com esse novo muro de alienação produzido, não mais pela falta, mas pelo excesso de informação inútil, despolitizada e ainda mais alienante.

²⁷² SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Madrid: Taurus, 2012. p. 48.

²⁷³ Ibid., p. 61.

²⁷⁴ Ibid., p. 80.

Essa triangulação, do exercício de poder sobre o representado, mantendo a subordinação imposta pelo medo, com o apoio de uma mídia comprometida com esse jogo, também é analisada por Ferrajoli²⁷⁵, ao tratar da questão da democracia (ou da falta dela). Usando como referência de análise a Itália, o autor identifica uma das crises da democracia política, destacando a total “ausência de garantías de la información”. Quando se discute a chamada liberdade de expressão e informação, se verifica que essa liberdade se restringe aos proprietários dos meios de comunicação de massa, e não à produção correta e imparcial da informação. Portanto, a notícia produzida joga o jogo do poder econômico e político instituído, mantendo uma permanente produção de medo e subordinação a esse mesmo poder, construindo e mantendo no imaginário individual e social a percepção de total inexistência de alternativas à situação informada (a realidade produzida e transmitida como sendo verdadeira e única).

Isso tudo, auxiliado por um processo que deseduca o cidadão para o exercício da cidadania e o afasta dos processos minimamente democráticos, empobrece sua capacidade de entendimento e, conseqüentemente, aliena sua tomada de decisão, produzindo, com isso, um círculo vicioso que atrofia cada vez mais a sua capacidade cognitiva (o que sequer lhe permite entender o que de fato está acontecendo e a forma como se é manipulado).

3.2.3 Mídia, Opinião Pública e Democracia

É notório que a mídia e, com mais força, a televisão – principalmente nos países em que a população tem baixos níveis de educação –, tem poder para influenciar e condicionar decisivamente os processos eleitorais, projetando seus candidatos preferidos e desconstruindo seus adversários. Isso leva a um débito dos vencedores com os donos desses meios de comunicação, cuja dívida é cobrada condicionando as decisões dos governos no que devem ou não fazer. Esse processo deteriora a democracia, transformando-a em um mero simulacro procedimental altamente viciado e manipulado. Mas qual é a principal forma de manipulação? E por que a mídia tem essa força?

A democracia é entendida etimologicamente como o poder do povo. O governo do povo, portanto. Contudo, o povo não governa diretamente, mas por representação. Por meio de representantes que deveriam ouvir a opinião de seus representados. A democracia, teoricamente, é exercida ouvindo e respeitando a opinião das pessoas, dos cidadãos, do povo. É a opinião pública. Mas de onde vem e como se forma a opinião pública?

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2011. p. 61-64.

Diferente do que se pretende fazer acreditar, a opinião pública não é um dado posto, como algo que existe, como se sua simples existência fosse autoexplicativa. A opinião pública não é algo inerente, como se fizesse parte das ideias inatas de Platão. Ela é produzida por um sistema que dirige a sua formação, geralmente, de acordo com os interesses do sistema formador. Assim, em regra, a opinião pública não é endógena, ou seja, ela não nasce diretamente do público, como sendo o próprio público o sujeito formador de sua própria opinião. A opinião pública é formada de forma exógena, de fora para dentro, de um sistema que produz uma opinião que melhor atende a seus interesses. Porém, induz o público a acreditar que aquela opinião, que lhes é apresentada, é sua, que nasce de sua capacidade opinativa. Por isso, acredita que a opinião é originalmente sua.

A opinião pública, segundo Sartori²⁷⁶, pode ser formada tradicional e historicamente por meio de três processos distintos: (a) ao ser disseminada a partir da elite; (b) por meio de um borbulhar de opiniões a partir das bases ou; (c) a partir da identificação das pessoas com grupos referenciais, dos quais participa ou sofre influência.

Utilizando o modelo de cascata formulado por Deutsch²⁷⁷, Sartori explica como ocorre a formação da opinião pública induzida pela elite. Nesse modelo, as opiniões se deslocam de cima para baixo, num padrão metafórico de cascata. Entretanto, esse fluxo da cascata é interrompido por piscinas que estão dispostas em diversos degraus. Na primeira delas (a mais alta) estão as elites econômicas e sociais. Ela é seguida pelas piscinas das elites políticas e governamentais, da dos meios de comunicação, pelos formadores locais de opinião pública. E, por fim, pela da massa²⁷⁸.

A função das piscinas é fazer com que, em cada um desses níveis, exista uma nova dialética de opiniões e contraopiniões produzidas pelas tensões internas verificadas em cada uma dessas piscinas, reformulando, assim, as opiniões que continuarão a descer para as piscinas seguintes. Isso permite uma variação das opiniões inicialmente projetadas, de modo que elas não chegam, necessariamente, ao final dos vários níveis – na massa –, como foram inicialmente elaboradas e dispostas.

Dos diversos níveis dispostos, dois são de fundamental importância para a formação da opinião pública. O primeiro é o dos meios de comunicação de massa – que, pelo poder que desempenha, encontra-se imediatamente abaixo das elites econômicas e sociais, ou seja, muito

²⁷⁶ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo.

²⁷⁷ DEUTSCH, Karl Wolfgang et al. **The analysis of international relations**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1968. p. 101-110.

²⁷⁸ SARTORI, op. cit., v. 1, p. 132-133.

próximo do primeiro nível –, pois são eles que desempenham um papel mais amplo e central na formação da opinião pública. “A noção de vigilância, de formulação da ordem do dia, da função de cão de guarda, de refração prismática e/ou distorção e coisas do gênero aplica-se basicamente à atuação dos meios de comunicação de massa e a seu impacto. [...] o mundo é [...] a mensagem dos meios de comunicação”²⁷⁹. Nesse aspecto, não é necessário muito esforço para se lembrar “das advertências feitas outrora por George Orwell e Aldous Huxley contra o falso progresso de um mundo administrado por uma polícia do pensamento”²⁸⁰.

Outro nível de grande importância é o dos formadores locais de opinião. Eles correspondem a uma parte politicamente interessada, entre 5 e 10 por cento da população, que acompanha atentamente as questões políticas. Formam um grupo de referência dentro de suas comunidades, seus amigos e vizinhos, e podem reforçar, ampliar, desviar, ou bloquear as mensagens transmitidas pelos meios de comunicação de massa. Eles podem também auxiliar a fomentar o outro modelo de formação da opinião pública, que é o borbulhar de opiniões a partir da base.

Embora a grande influência (na maior parte das vezes decisiva) que o modelo de cascata provoca nas bases, há ocasiões em que esse borbulhar de opiniões assume a forma de uma onda irreversível²⁸¹. Ela pode provocar uma reação às opiniões que brotam das elites e são potencializadas pelos meios de comunicação de massa. Com isso, barram o resultado pretendido e fazem com que a opinião pública seja formada efetivamente a partir da base, ou seja, a partir do público, de forma original.

O outro modelo relevante é o dos grupos de referência, ou dos grupos aglutinados em torno de ideias. Eles derivam em grande parte das identificações que ocorrem com uma série de grupos concretos e referenciais, como a família, os grupos de trabalho, os grupos religiosos, os grupos étnicos, os grupos partidários e os de classes sociais²⁸². É interessante observar que a identificação dos membros desses grupos, com as opiniões em comum, não tem muita relação com a informação que seus membros possuem sobre os assuntos envolvidos. As identificações de opinião de grupo de referência, portanto, não dependem da informação transmitida e de sua concordância com ela. Pelo contrário, muitas vezes a informação não tem peso nenhum. A

²⁷⁹ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo, p. 133.

²⁸⁰ RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 8.

²⁸¹ SARTORI, op. cit., v. 1, p. 134.

²⁸² Ibid., p. 135.

identificação com a opinião do grupo ocorre pelo simples fato de pertencer àquele grupo, sem se importar com a sua correção ou não.

Embora esses modelos apresentados separadamente representem a forma pura de cada um deles, a fusão entre eles também é possível. O modelo da formação da opinião pública em cascata, partindo da elite, passando pelos meios de comunicação e chegando à base, pode ser conjugado tanto com o modelo do borbulhar das opiniões a partir da base quanto com o modelo da identificação dos grupos de referência.

A melhor forma para o modelo de cascata se conjugar com o modelo do borbulhar de opiniões ocorre quando, no nível dos formadores locais de opinião, aquela opinião que partiu da elite encontra-se com a que saiu das bases e tem, nesses formadores locais, uma espécie de tambor de ressonância projetado a partir dos dois extremos. Um exemplo pode ser verificado quando há uma opinião, sobre o que é necessário para a democracia, independente da posição ideológica de cada um, propondo a eleição de políticos sérios e honestos. Essa opinião pode partir tanto de uma elite econômica e social quanto da base e encontrar ressonância no nível da cascata (na piscina) em que estão os formadores locais de opinião, que, ali, é potencializada.

Já a conjunção do modelo de cascata com o modelo da identificação por grupos de referência pode acontecer quando uma determinada opinião parte de um nível superior para a base, e é potencializada pelos meios de comunicação de massa – independente da correção informativa ou não dessa opinião. De um grupo isolado, ela encontra, no modelo de identificação por grupos de referência, ressonância e ambiente apropriado para a sua morada final. Exemplo dessa forma de conjunção são os grupos religiosos. Eles, por meio de suas elites, produzem opiniões, que são exaustivamente veiculadas pelos meios de comunicação (próprios ou não). Assim, chegam à massa, mais precisamente àquela identificada com esses grupos de referência, que as assimila e as reproduz. Essas opiniões são recepcionadas como corretas e definitivas, sem qualquer questionamento informativo. São entendidas como corretas pela força da autoridade de quem as emitiu.

Porém, em que pese todos esses modelos tradicionais e históricos da formação da opinião pública, merece destaque o recente protagonismo que a televisão tem conseguido nesse assunto. Desde o surgimento da imprensa, com a circulação de periódicos, a formação da opinião pública passou a sempre ter a participação e a influência dos meios de comunicação. Contudo, jamais um meio conseguiu ter o poder de influência na formação dessa opinião pública como a televisão atualmente consegue ter. E essa influência tende a aumentar, exatamente porque o mesmo meio que exerce esse poder, concomitantemente, também produz

a atrofia da capacidade cognitiva das pessoas que estão a ela submetidas, potencializando-o ainda mais.

Assim, a televisão se consolida como sendo a maior formadora da opinião pública. Essa força suplanta, inclusive, algumas das demais personagens dos outros níveis e modelos, como é o caso das lideranças locais de formação da opinião pública, que, com a força desse meio de comunicação, não conseguem mais exercer a sua influência, caso essa opinião seja diferente daquela formada pela televisão. Conforme Sartori, “La televisión es explosiva porque destrona a los llamados líderes intermedios de opinión, y porque se lleva por delante la multiplicidad de ‘autoridades cognitivas’ que establecen de forma diferente, para cada uso de nosotros, en quién debemos creer, quién es digno de crédito y quién no lo es”²⁸³. Com a televisão, a autoridade que legitima determinada opinião para que ela possa se transformar em uma opinião pública é a própria imagem mostrada pela televisão.

Por isso, uma das principais condições para que uma democracia se desenvolva como tal é contar com uma opinião efetivamente pública. Entretanto, isso é cada vez menos possível de se concretizar. A democracia, segundo Sartori, está se transformando em *videocracia*, produzindo, pelo poder da imagem, uma opinião hegemonicamente dirigida, que, ao contrário de reforçá-la, apresenta o nefasto resultado de torná-la substancialmente vazia, meramente procedimental e manipulada. “Porque la televisión se exhibe como portavoz de una opinión pública que en realidad es el *eco de regreso* de la propia voz”²⁸⁴. A televisão, ao arrogar o direito de porta-voz da opinião pública, na verdade, apenas ecoa a sua própria voz, como se ela fosse pública.

Ao se referir sobre o papel da mídia na política contemporânea e sua relação com a democracia, Chomski questiona sobre o tipo de mundo e a espécie de democracia que se está pensando quando se deseja viver em uma sociedade democrática. Para responder tal questionamento, apresenta duas concepções distintas de democracia. A primeira, é a que seria a ideal; tradicionalmente encontrada em verbetes *democracia*, nos dicionários: “[...] considera que uma sociedade democrática é aquela em que o povo dispõe de condições de participar de maneira significativa na condução de seus assuntos pessoais e na qual os canais de informação são acessíveis e livres.” A segunda é a concepção mais real: “[...] é aquela que considera que o povo deve ser impedido de conduzir seus assuntos pessoais e os canais de informação devem

²⁸³ SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Madrid: Taurus, 2012. p. 71-72.

²⁸⁴ Ibid., p. 72.

ser estreita e rigidamente controlados.”²⁸⁵ Embora essa possa parecer estranha, o autor lembra que essa é, na prática, uma concepção predominante.

Dessa forma, os meios de comunicação de massa, capitaneados pela televisão, tornaram-se predadores da democracia. Porém, mais do que isso, ao predarem a democracia, estão se autopredando, pois a existência da democracia não apenas depende de uma imprensa livre, mas, também, comprometida. É condição de possibilidade de sua existência. Sem democracia, não há imprensa livre. Ela pode existir como imprensa, mas, se não for livre e comprometida com a verdade e a correção da informação, será subserviente, apenas servindo como mais um instrumento de manipulação e manutenção de um poder tirano e autoritário.

O grande problema é que, contemporaneamente, os meios de comunicação são instrumentos fundamentais para o capitalismo financeiro. Para isso, desempenham dois papéis de extrema relevância. Primeiro, a produção e a manipulação de meros consumidores. Essa estratégia tem a função de aniquilar qualquer pensamento crítico, transformando o cidadão em consumidor. Com isso tudo, inclusive os serviços públicos essenciais são percebidos como simples produtos de consumo. Além disso, produzem um imaginário consumista que move a vida das pessoas, não interessando se o bem procurado para ser comprado é necessário, útil ou adequado. O que importa nesse caso é o consumo em si, mesmo que, após o ato da compra, o bem adquirido torne-se imediatamente obsoleto ou inútil. Produz, assim, um sentimento de apatia. Esse sentimento somente é aplacado com o surgimento de uma nova necessidade artificial de consumo, que é posta no horizonte.

Nessa mesma linha, a outra função que os meios de comunicação exercem é a de difusão do discurso legitimador do sistema. Com isso, a mídia vende a ideia de alternativa única, qual seja, a da manutenção do sistema posto, com a constante busca individual de inserção nele, fazendo do indivíduo um incluído e, portanto, um vencedor. Assim, mantém incessantemente a função de legitimação do sistema, criticando qualquer questionamento a ele, rechaçando qualquer hipótese de surgimento de outra alternativa.

A conjunção dessas duas funções estratégicas fez com que, no Brasil, os próprios canais de comunicação – que dirigem as grandes linhas editoriais, replicadas mimeticamente pelos demais meios de menor porte²⁸⁶ – se tornassem grandes empresas. Essa realidade distorceu totalmente a função constitucional dos meios e o caráter de utilidade pública da informação.

²⁸⁵ CHOMSKI, Noam. **Mídia: propaganda política e manipulação**. São Paulo. Martins Fontes, 2014.

²⁸⁶ Mimetismo é a prática do conjunto dos meios de comunicação em dar grande importância a um acontecimento, seja qual for, quando este é rotulado como importante pela mídia de referência. Ou seja, por aquela mídia que tem o poder de liderar, quando não impor, a sua linha editorial e ideológica às demais. Com isso, determina o que é importante e o que não é, o que é notícia e o que não é. “Esta imitação delirante, levada ao extremo,

De igual modo, o mesmo poder que é utilizado para afastar qualquer questionamento ao sistema, que sustenta e é legitimado pela mídia, também é serve para rechaçar qualquer eventual crítica dirigida à própria mídia e a seu comportamento. Quando, por exemplo, são criticados os conteúdos dos programas, seja de informação, entretenimento etc., a resposta sempre vem em forma de vitimização, como se a discussão visasse a implementar uma censura prévia, ou, então, transferindo a responsabilidade pela pobreza dos conteúdos ao público, que não se interessaria por programas com conteúdo mais qualificado. Portanto, a pobreza do que é veiculado é uma necessidade de manutenção das audiências. O que a mídia pretende esconder com isso é a sua própria responsabilidade pela degeneração cognitiva de seu público.

Dito de outra forma, os meios de comunicação, sobretudo a televisão, empenham-se, conforme já visto, em formar um público de baixa capacidade cognitiva. É evidente que esse público formado pela televisão passa a preferir programas que alimentam a sua necessidade de banalidades e frivolidades. Cria-se, assim, um círculo vicioso e de mútua dependência entre quem manipula é quem é manipulado. Quando criticada tal prática, a responsabilidade é transferida para a vítima, ou seja, para quem não tem nenhum poder de decisão quanto à qualidade do que lhe é transmitido, considerada apenas um receptor passivo e influenciável. Assim, descarrega sobre o público a sua própria responsabilidade.

Em relação a assuntos que não se conhece, não pode haver interesse. Se os assuntos veiculados dizem respeito apenas a catástrofes, tragédias ou banalidades cotidianas, quando alguma coisa relacionada ao Estado, à democracia e à cidadania é tratada apenas e sempre em caráter negativo e pejorativo, não se pode pretender que, no receptor dessas informações, haja o despertar de algum interesse.

Com Sartori se pode afirmar que, para amar a música, é necessário saber um pouco de música. Caso contrário, Beethoven é apenas um ruído. Para gostar de futebol, é necessário saber um pouco de suas regras e de sua natureza. Para gostar e jogar xadrez, é preciso saber como as peças devem ser movidas. “Si las preferencias de la audiencia se concentran en las noticias nacionales y en las páginas de sucesos es porque las cadenas televisivas han producido ciudadanos que no saben nada y que se interesan por trivialidades”²⁸⁷. Portanto, para se

provoca um efeito bola-de-neve e funciona como uma espécie de auto intoxicação: quanto mais os meios de comunicação falam de um assunto, mais se persuadem, coletivamente de que este assunto é indispensável, central, capital, e que é preciso dar-lhe ainda mais cobertura, consagrando-lhe mais tempo, mais recursos, mais jornalistas. Assim, os diferentes meios de comunicação se auto-estimulam, superexcitam uns aos outros, multiplicando cada vez mais as ofertas e se deixam arrastar para a superinformação numa espécie de espiral vertiginosa, inebriante, até a náusea”. RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 21.

²⁸⁷ SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Madrid: Taurus, 2012. p. 86.

interessar por assuntos relacionados à política, à democracia e à cidadania etc., é necessária alguma informação que desperte esse interesse. É preciso que as informações sobre esses assuntos transmitam algum conhecimento relevante sobre tais questões, e não apenas informações que provocam um aumento do desinteresse e da repulsa.

Entretanto, o interesse em relação ao Estado, suas funções e sua necessidade, bem como ao exercício responsável da cidadania e da democracia, dentre outros temas, não acontece, em grande parte, porque a mídia não quer. A mídia, ao contrário dos ditames constitucionais em relação a sua prática, estimula o desinteresse sobre assuntos que poderia vir a criar uma consciência crítica e questionadora das verdades produzidas e veiculadas de forma interessada pelos grandes meios de comunicação de massa.

Assim, nessa linha de entendimento, não é nenhum exagero a afirmação de que hoje a barbárie do Estado, a serviço da classe opressora, conforme denunciava Engels e Marx²⁸⁸, não precisa mais ser praticada com o uso da força física. Pelo contrário, com o auxílio fundamental da mídia, o Estado é controlado e controla ideologicamente os seus agentes e o conjunto da sociedade.

Os meios de comunicação de massa cumprem fielmente com o seu papel social de produzir, no conjunto da sociedade, uma espécie de acomodação conformista, compreendendo como natural a vida (sobre)vivida, inclusive, com a negação daqueles direitos fundamentais básicos à maior parte da população. Assim, a reiterada negação a tais direitos chega a produzir uma espécie de conformação ideológica, em que grande parte da sociedade passa a acreditar que tal situação é natural, correta e imutável. Conforme Lenio Streck, a maioria da sociedade passa a acreditar que existe uma ordem de verdade, em que cada um está no seu lugar e tem o que é seu. “Esse cada-um-tem-o-seu-lugar é engendrado a partir de um processo de violência simbólica, reforçado pelos meios de comunicação de massa”²⁸⁹.

Assim, o comportamento analisado, como prática dos meios de comunicação de massa, não corresponde aos ditames constitucionais, pelos quais eles deveriam ser difusores de conteúdo de caráter informativo, cultural, educacional e artístico. Os meios de comunicação são compreendidos e utilizados como verdadeiros instrumentos pessoais e de grupos para a defesa e difusão de seus interesses. Para isso, as informações são selecionadas, deturpadas e manipuladas, conforme a necessidade (para o atendimento desses interesses), produzindo, com

²⁸⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Escala, s/d.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou barbárie?** a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado democrático de direito. [S.l], 2003. p. 3. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10. Acesso em: 01 jul. 2017.

isso, não apenas a desinformação ou a informação parcial, mas, também, verdadeira formação de mentes e personalidades que se sujeitam e reproduzem uma cultura alienígena, como se própria fosse.

Tal prática, indubitavelmente, afronta à democracia, em vez de protegê-la e fortalecê-la. Torna-se, em vez de instrumento do processo de afirmação democrática, uma ferramenta de sua predação, colocando-a em xeque. Porém, mais que isso, o risco imposto é também contra si, ao menos, em sua capacidade de ser e cumprir a função constitucionalmente estabelecida, de forma livre e independente. Assim, esse poder exercido pelos meios de comunicação os torna também predadores da democracia.

3.3 O FUDAMENTALISMO E O MORALISMO RELIGIOSO E A SUA INSERÇÃO NO ESPAÇO PÚBLICO

Nas democracias liberais e, conseqüentemente, nas sociedades liberais²⁹⁰, tanto o Estado quanto as demais instituições a ele relacionadas têm um dever prestacional frente a obrigações a ele inerentes, como o atendimento às demandas sociais, que, constitucionalmente, são sua responsabilidade. Portanto, um dever positivo de ação e direção frente ao conjunto da sociedade.

Por outro lado, há um dever de omissão, de afastamento, de não ingerência naqueles assuntos que não envolvem uma obrigação prestacional, mas que estão na esfera da individualidade de cada cidadão. Assim, uma responsabilidade negativa, incluída no rol do que, modernamente, se observa como a liberdade do cidadão frente ao Estado. Liberdades que são de livre exercício do cidadão, considerando a sua independência e liberdade ética pessoal.

Essa distinção demonstra uma delimitação necessária entre o público e o privado. O espaço público²⁹¹ é a arena da coletividade política, das relações dos indivíduos ou de grupos com o Estado. E o espaço privado é aquele em que o Estado não deve ter interferência. Pertence ao mundo do indivíduo – na própria condição individual ou de determinado grupo a que pertence ou com quem convive, no âmbito privado. É neste cenário que se encontra a

²⁹⁰ No sentido do liberalismo prescrito por Ronald Dworkin.

²⁹¹ Para evitar confusão, utiliza-se, aqui, a terminologia que distingue o espaço público do espaço privado como sendo o primeiro o público-estatal. Ou seja, o espaço público é o que está sob a responsabilidade do Estado. Já por espaço privado entende-se o conceito em seu sentido amplo: desde o espaço privado mais restrito, como a casa das pessoas, como, também, aqueles espaços privados que pode ser frequentados pelo público ou têm acesso ao público. Portanto, não se ignora que há espaços privados que são de uso público, como cinemas, museus, igrejas, shopping centers etc. Contudo, não são espaços públicos-estatais.

religiosidade. O exercício de determinada crença religiosa pertence ao campo da vida privada do cidadão, sem qualquer possibilidade de intromissão do Estado.

Essa é uma condição necessária e fundamental para o exercício independente e responsável da vida privada das pessoas, algo que fundamenta a ideia de autodeterminação pessoal. É base, inclusive, para a defesa da própria democracia. Pertence, portanto, ao campo da responsabilidade ética pessoal de cada um.

Assim, o Estado, que não pode se intrometer na vida privada das pessoas, deve, por outro lado, garantir que as escolhas pessoais possam ser livremente exercidas, sem a sua intervenção ou de outrem. Não é por outro motivo que, no Brasil, essa condição recebeu proteção constitucional, fazendo parte do rol dos direitos individuais e coletivos, garantidos pelo pacto republicano. Assim, a liberdade de consciência e de crença, o livre exercício de cultos e a proteção aos seus locais de exercício, a prestação de assistência religiosa e a garantia de que ninguém será privado de seus direitos por motivos de crença religiosa constam de forma clara como garantia inviolável na Carta de 1988²⁹².

Entretanto, essa prescrição teórica liberal nem sempre se compatibiliza com a vida cotidiana, principalmente em democracias incipientes, como é a brasileira. Na prática, o Brasil tem em sua história uma profunda confusão entre o público e o privado. Basta ver a relação patrimonialista que uma casta social privilegiada tem mantido com o Estado desde os primórdios da colonização. Atualmente, porém, mais um ingrediente tem sido inserido nessa (con) fusão entre as coisas da vida privada e a coisa pública.

Com a estreita relação entre a igreja e a política, por meio do ingresso de líderes religiosos tanto na política quanto no Estado, principalmente os da atualmente chamada Bancada Evangélica²⁹³, ocorre um fenômeno de desprivatização desse aspecto da vida, ou seja, da religiosidade de cada um. Há uma espécie de sacralização do que antes era profano (ou profanização do que antes era sagrado), com o ingresso da política nos templos religiosos, cuja cisão poderia ser claramente identificada entre *as coisas de Deus*, de um lado, e *as coisas do mundo*, de outro.

²⁹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2017.

²⁹³ A Bancada Evangélica foi constituída na Câmara dos Deputados com a principal finalidade de exercer influência moral conservadora nas políticas públicas. Foi denominada de “Frente Parlamentar Evangélica”, e atua como uma sociedade civil de caráter não governamental, com estatuto e regimento interno próprios. BAPTISTA, Saulo. **Pentecostais e neopentecostais na política brasileira**: um estudo sobre cultura política, Estado e atores coletivos religiosos no Brasil. São Paulo: Annablume, 2009.

3.3.1 Da Dicotomia Sagrado/Profano para a Política Partidária

Embora por um grande período – principalmente no medievo – a relação entre o Estado e a Igreja tenha sido extremamente tumultuada²⁹⁴ – ora em disputa pelo poder, ora em conciliação para o exercício desse mesmo poder –, num período mais recente e, principalmente, com as chamadas igrejas pentecostais²⁹⁵, a realidade era de absoluta separação entre esses dois mundos, que não se comunicavam. Aos fiéis das denominações pentecostais era praticamente proibida qualquer aproximação com as *coisas do mundo*, entre elas, a política. Havia, assim, uma clara divisão entre o que era da vida da pessoa que professava a fé e o que era da vida pública, tanto em relação ao Estado quanto em relação a qualquer outra questão social pública que não fosse a própria igreja. Durkheim demonstra como essa cisão entre o sagrado e o profano, historicamente, se manifesta na religiosidade:

[...] suprem uma classificação das coisas, reais ou ideais, que os homens concebem, em duas classes em dois gêneros opostos, designados geralmente por dois termos distintos que as palavras sagrado e profano traduzem bastante bem. A divisão do mundo em dois domínios que compreendem, um, tudo o que é sagrado, outro, tudo o que é profano, tal é o traço distintivo do pensamento religioso: as crenças, os mitos, os gnomos, as lendas, são representações ou sistemas de representações que exprimem natureza das coisas sagradas, as virtudes e os poderes que lhes são atribuídos, sua história, suas relações mútuas e com as coisas profanas²⁹⁶.

Essa, tradicionalmente, foi a posição das igrejas pentecostais, que “incentivavam o isolamento intramundano e proibiam qualquer tipo de participação no espaço público, dada sua preocupação com a vida ascética dos fiéis. Com isso, o pentecostalismo clássico sempre adotou uma lógica binária, dualista e maniqueísta, quando tratava da relação entre religião e política”²⁹⁷. Esses dois espaços – a igreja e a política – deveriam permanecer afastados, frente ao fato de que suas próprias naturezas seriam excludentes e inconciliáveis. A religião cristã representava

²⁹⁴ Para as finalidades do presente trabalho, não cabe aqui – por ser absolutamente desnecessária – uma reconstrução da relação histórica entre Igreja e Estado. Contudo, lembra-se que, no Brasil, esse vínculo sempre foi estreito, principalmente com a Igreja Católica, que se aproveitou da estrutura estatal para se consolidar como importante instituição social. Para uma melhor compreensão sobre secularização e laicidade, num passado recente, ver: MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira. Católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, 2011. Ver, também, as várias obras de Antônio Flávio Pierucci, citadas no presente trabalho.

²⁹⁵ Embora o neopentecostalismo seja uma vertente ou uma espécie do gênero pentecostal, para o presente trabalho, o termo pentecostal é utilizado primordialmente para identificar o que se pode denominar de pentecostalismo histórico ou clássico, diferenciando-o dessa forma, de sua nova versão, o neopentecostalismo.

²⁹⁶ DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 19- 20.

²⁹⁷ DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Religião e política: ideologia e ação da Bancada Evangélica na Câmara Federal**. 2011. 350 f. Tese (Doutorado Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna%20Suruagy%20do%20Amaral%20Dantas.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

o bem, a supremacia divina, enquanto a política era compreendida como o mal, uma fonte de perversidade e maldade, que ameaçava a pureza da sacralidade cristã.

Essa separação, porém, nos últimos tempos, foi sendo relativizada, ocorrendo um afastamento dessa compreensão do sagrado, da sua esfera puramente privada, adentrando àquele espaço que, tradicionalmente, era considerado profano. A associação direta da política com algo ruim, com o mal, deixou de existir para as igrejas pentecostais, que passaram a desenvolver uma nova forma de compreendê-la. Compreensão essa, que passou a ser ainda mais fortalecida pelo neopentecostalismo.

Assim, a política passou a ser encarada não mais como algo ruim, como um espaço da maldade entre os homens (do qual os fiéis deveriam se afastar), mas como um campo em que os evangélicos deveriam se aproximar, com o objetivo de recuperá-la do mal, a serviço e em benefício da *obra de Deus*. Esse novo modo de compreender a política produziu um sistema de legitimação, permitindo que a igreja passasse a incentivar a candidatura de seus líderes para cargos políticos partidários, antes repulsivos²⁹⁸.

Assim, as igrejas ingressam na esfera pública, passando não apenas a se interessar pela política partidária, mas, também, elaborando estratégias político-eleitorais para adentrar oficialmente na esfera do Estado, com o claro objetivo de exercer influência sobre e dentro dele. Essa mudança de paradigma, que inicialmente foi tolerada, depois permitida, e, mais recentemente, incentivada, passou a fazer parte da própria estratégia de ação e atuação da igreja. Isso fez com que *crentes* passassem a se candidatar, sendo eleitos para cargos que vão desde os Legislativos Municipais, passando pelas Assembleias Legislativas Estaduais, até o Parlamento Nacional, tendo, hoje, forte representação na Câmara dos Deputados.

3.3.2 Entre a Igreja e a Política

Da máxima “crente não se mete em política” para “irmão vota em irmão”²⁹⁹, o Brasil passou a presenciar uma migração do exercício da religiosidade, do espaço privado, para os âmbitos público, conquistando e ocupando novos fóruns de discussão e fazendo militância política partidária. Utilizando-se de diversos partidos políticos, a partir das duas últimas décadas do século XX, as congregações pentecostais e neopentecostais passaram a lançar candidatos em todas as eleições, transformando, em períodos de campanha, as igrejas em

²⁹⁸ Para ver mais: MARIANO, Ricardo. **Neopentecostais: a sociologia do novo pentecostalismo no Brasil**. São Paulo: Loyola, 1999.

²⁹⁹ SYLVESTRE, Josué. **Irmão vota em irmão**. São Paulo: Pergaminho, 1986.

reduzidos eleitorais em favor de seus escolhidos. Com resultados positivos nos pleitos que disputam, os evangélicos entram *de corpo e alma* no jogo político, emergindo como a nova força nessa arena. “Avidamente cortejados e assediados por partidos e candidatos, vários desses ‘irmãos’ passaram a trocar voto e apoio eleitoral por cargos, recursos, favores e concessões – sempre públicos – de toda espécie”³⁰⁰. Com isso, as igrejas viram seus *representantes* políticos crescerem exponencialmente nas últimas eleições.

Dantas lembra que “A força política dos segmentos evangélicos começou a se manifestar em meados da década de 1980, no período de redemocratização da sociedade brasileira, durante as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte”³⁰¹. Nesse período várias igrejas evangélicas se mobilizaram, com a pretensão de eleger seus candidatos e garantir, assim, uma representação parlamentar que fizesse a defesa de seus interesses. Para o processo da Constituinte, que aconteceu na legislatura de 1987 a 1990, a *Bancada Evangélica* contou, então, com trinta e sete deputados federais constituintes.

Nas eleições posteriores, para o mandato de 1991 a 1994, a mesma bancada sofreu uma pequena redução, elegendo vinte e três parlamentares. Porém, apesar dessa redução, a representação foi expressiva, elegendo a segunda maior bancada da história política brasileira³⁰². Nas eleições de 1994, para o mandato de 1995 a 1998, em que pese o fato de vários deputados evangélicos terem sido atingidos por escândalos políticos, o número de parlamentares evangélicos aumentou novamente para trinta, sendo vinte e seis deputados federais e quatro senadores. Naquela eleição, destacou-se “o avanço político da Igreja Universal do Reino de Deus, que assegurou a eleição de seis deputados federais e seis estaduais [...]. A IURD, uma das principais igrejas neopentecostais, surge como nova força política, que investe nos processos eleitorais”³⁰³. Esse investimento se materializa no patrocínio de candidatos oficiais, processos de convencimento dos fiéis a votar nos indicados, assim como, exortando a participação dos fiéis nos processos eleitorais, fazendo campanha para os candidatos oficialmente escolhidos.

Em 1998, no processo eleitoral para o mandato de 1999 a 2002, a Bancada Evangélica teve mais um importante crescimento, assegurando, com isso, a consolidação dos parlamentares

³⁰⁰ MARIANO, Ricardo. **Neopentecostais**: a sociologia do novo pentecostalismo no Brasil. São Paulo: Loyola, 1999. p. 16.

³⁰¹ DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Religião e política**: ideologia e ação da Bancada Evangélica na Câmara Federal. 2011. 350 f. Tese (Doutorado Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna%20Suruagy%20do%20Amaral%20Dantas.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

³⁰² Ibid.

³⁰³ Ibid.

evangélicos como um grupo praticamente independente no cenário político brasileiro. Eles elegeram cinquenta e sete deputados. Destes, a Igreja Assembleia de Deus e a Igreja Universal³⁰⁴ fizeram as maiores bancadas. A Universal elegeu dezessete deputados, representando, pela primeira vez, o maior número de parlamentares da *Bancada Evangélica*³⁰⁵.

A maior votação aconteceu, entretanto, para o mandato de 2003 a 2006. Nesse pleito, os evangélicos elegeram um total de sessenta e seis congressistas, entre eles quatro senadores. Segundo Mariano³⁰⁶, naquele mandato, a bancada concentrou a sua ação principalmente no enfrentamento às causas dos movimentos homossexuais, impedindo que fossem aprovados projetos como a proibição da discriminação por orientação sexual e outros.

Na eleição de 2006, diferente do que vinha ocorrendo com os últimos pleitos, a Bancada Evangélica teve uma forte redução no número de seus membros. Elegeu apenas trinta e quatro parlamentares³⁰⁷. Essa drástica redução teve como principal responsável o envolvimento de muitos parlamentares em escândalos de corrupção³⁰⁸, registrando, como principal baixa, o então líder da IURD nas articulações políticas, o Bispo Carlos Rodrigues, que, após os escândalos, renunciou ao seu mandato – antes do encerramento de um processo de cassação que sofria na Comissão de Ética da Câmara Federal.

Se a eleição de 2006 foi um tempo de perdas para a Bancada Evangélica, 2010 foi tempo de colheita, tendo novamente um crescimento exponencial. O referido bloco *saiu das urnas* na eleição de 2010 com uma representatividade de setenta e três parlamentares, sendo setenta deputados federais e três senadores. Outro aspecto marcante nesse pleito foi o fenômeno da reeleição dos evangélicos. Ao contrário do que aconteceu na eleição de 2006, quando a bancada foi reduzida à metade, em 2010, o índice de reeleição foi recorde³⁰⁹. Dos trinta e seis membros que a bancada tinha no final daquela legislatura, trinta e quatro conseguiram se reeleger.

³⁰⁴ As duas igrejas mais representativas do segmento pentecostal e neopentecostal, respectivamente. Ibid.

³⁰⁵ REVISTA ÉPOCA, n. 124, 2 out. 2000.

³⁰⁶ MARIANO, Ricardo. Políticos evangélicos à beira de um ataque homofóbico. GT pessoa, família e ethos religioso. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 19., 2005, Caxambu: MG. **Anais ...** Caxambu: MG, Anpocs, 2005.

³⁰⁷ BANCADA Evangélica foi a que mais diminuiu, avalia Diap. **Estadão**, São Paulo, 11 out. 2006. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,bancada-evangelica-foi-a-que-mais-diminuiu-avalia-diap,20061011p68150>. Acesso em: 25 set. 2017.

³⁰⁸ DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Religião e política**: ideologia e ação da Bancada Evangélica na Câmara Federal. 2011. 350 f. Tese (Doutorado Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna%20Suruagy%20do%20Amaral%20Dantas.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

³⁰⁹ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE APOIO PARLAMENTAR (DIAP). **Evangélicos crescem no Congresso**; PSC tem mais representantes. Brasília, DF. Disponível em: http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14637-evangelicos-crescem-no-congresso-psc-lidera-em-numero-de-parlamentares. Acesso em: 25 de set. 2017.

Somados aos trinta e nove novos parlamentares, eles formaram uma bancada cujo crescimento foi mais que o dobro em relação à legislatura anterior.

A eleição de 2014, para a Bancada Evangélica, não foi muito diferente do que a de 2010. O número de parlamentares eleitos permaneceu praticamente o mesmo. No final do mandato de 2014, o grupo contava com setenta e oito membros e, na eleição de 2014³¹⁰, elegeu, para a legislatura de 2015 a 2018, um total de setenta e cinco deputados federais, mantendo os três senadores, cujos mandatos se encerram apenas no final de 2018³¹¹. Portanto, a Bancada Evangélica se consolida nesse período da história como uma das mais estáveis. A sua permanência no futuro é uma incógnita, que merece ser acompanhada, principalmente, porque a sua presença no Congresso, de forma tão expressiva, é algo novo na história brasileira.

Esse saldo, amplamente favorável às igrejas Evangélicas, demonstra o resultado de sua planejada estratégia de ação político-eleitoral. Dantas destaca, por exemplo, que a IURD elaborou uma logística eleitoral, com uma distribuição geográfica dos candidatos, evitando a pulverização dos votos e garantindo a concentração em determinados candidatos previamente indicados. “A igreja distribui racionalmente as candidaturas de maneira que em cada templo haja apenas dois candidatos: um para deputado estadual e outro para deputado federal. Outra estratégia [...] é espalhar os candidatos por diversas siglas partidárias [...] considerando-se [...] a viabilidade de vencer as eleições”³¹². Assim, a estratégia política da Igreja Universal tem um cuidadoso planejamento, focado nos resultados que pretende alcançar.

Após a definição dos candidatos, o típico *modus operandi* é bastante objetivo e prático na busca do resultado pretendido. Os candidatos definidos são anunciados pela *Folha Universal*, chamando os fiéis à participação do processo eleitoral, com intensa presença na campanha dos escolhidos.

Nessa conjuntura a IURD funciona como comitê eleitoral e palanque político. Os membros convertem-se em cabos eleitorais, distribuindo panfletos e fazendo proselitismo político, o que demonstra que se engajam ativamente na campanha, agindo como verdadeiros militantes. Nas fachadas dos templos são afixados cartazes publicitários com os nomes e os números dos candidatos e, ao final das reuniões mais

³¹⁰ É importante observar que as bancadas não necessariamente – aliás, quase nunca – encerram as legislaturas com o mesmo número de parlamentares que elegend. A chamada troca de partidos e de bancadas é um fenômeno constante e comum na política brasileira.

³¹¹ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE APOIO PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do Novo Congresso: Legislatura 2015-2019**. Brasília, DF, 2014. p. 106. Disponível em: http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14637-evangelicos-crescem-no-congresso-psc-lidera-em-numero-de-parlamentares_. Acesso em: 25 de set. 2017.

³¹² DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Religião e política: ideologia e ação da Bancada Evangélica na Câmara Federal**. 2011. 350 f. Tese (Doutorado Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna%20Suruagy%20do%20Amaral%20Dantas.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

lotadas, os pastores ficam incumbidos de repetir os nomes indicados pela igreja para que os fiéis possam fixar em quem deverão votar³¹³.

Assim, no que diz respeito ao processo eleitoral, age-se como um verdadeiro partido político, com a definição – pela igreja³¹⁴ – de quais devem ser os candidatos nos quais os fiéis devem votar. Também age como partido na estratégia e na estrutura da campanha, fornecendo aos seus candidatos todas as condições necessárias para efetivamente se elegerem nos respectivos pleitos. Age como partido, ainda, organizando e persuadindo a *militância* para que atue de forma intensa nos processos eleitorais, não apenas votando nos candidatos ungidos, como também trabalhando para que o resultado pretendido seja alcançado.

Entretanto, além da questão estrutural da campanha, há um outro ingrediente de fundamental importância nesse fenômeno. Ocorre que tanto a atuação da igreja (como partido) quanto a dos fiéis (como eleitores e militantes) não ocorre com a motivação tradicional dos processos democráticos e do exercício da cidadania. A atuação política busca a sua principal motivação no espectro espiritual, insculpindo nesses atos um sentido que se confunde com a sua própria religiosidade, e não nas questões que envolvem os problemas sociais secularizados. Portanto, estão a serviço de Deus e não a serviço de questões que envolvem simplesmente o mundo dos homens.

No exercício desse poder representacional da divindade, o pastor explica aos fiéis como deve ser a eleição: “Assim como o Senhor disse a Moisés: levanta a tua vara, estende a mão sobre o mar, e o Mar Vermelho se abriu, assim também nós vamos apertar os números na urna eletrônica com o nosso cajado e vamos abrir o mar do Evangelho, elegendo os homens de Deus”³¹⁵. Portanto, a eleição deixa de ter um caráter temporal e secular, mas se trata de eleger homens que vão trabalhar na obra de Deus. Assim, a luta é para que homens de Deus estejam no comando da política brasileira. Essa noção de que o eleito pela igreja defenderá a obra de Deus chega a um ponto em que o parlamentar não é dono do seu próprio mandato. Ao contrário, “o político eleito pela IURD tem o seu mandato nas mãos dela, seguindo sua orientação nas

³¹³ DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Religião e política**: ideologia e ação da Bancada Evangélica na Câmara Federal. 2011. 350 f. Tese (Doutorado Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna%20Suruagy%20do%20Amaral%20Dantas.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

³¹⁴ Oro destaca o que significa a importância do voto para os membros da igreja: “[...] fica implícito que votar, para os fiéis da Universal, consiste na expressão de sua relação identitária com a Igreja mais do que com qualquer político ou partido. Ou, então, em certa medida a própria Igreja torna-se seu partido. ORO, Ari Pedro. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 53, p. 67, out. 2003.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 59.

questões de interesse da igreja. A legitimidade da sua representação deriva de um ‘ato de instituição’ que a organização faculta”³¹⁶.

Embora também possam ser encontradas manifestações mais sóbrias e racionais, em outras, o fundamentalismo se manifesta de forma veemente. Há pastores que não medem esforços para que suas posições sejam entendidas e seguidas da forma mais literal possível pelos fiéis. Como exemplo de tais manifestações, notabilizaram-se as dos pastores Silas Malafaia, da Assembleia de Deus Vitória em Cristo, e do pastor Paschoal Piragine Júnior, da Primeira Igreja Batista de Curitiba.

Conforme Alonso, Piragine Junior chegou a dizer em uma manifestação, no período pré-eleitoral de 2010, que “é tempo que Deus tem que julgar a Sua terra, julgar o Seu povo, julgar uma nação”. A ameaça do julgamento se deve à iniquidade moral de seu povo, considerando eventual possível resultado advindo do processo eleitoral em curso. Alonso cita uma espécie de pretensa profecia de Piragine Junior:

nós precisamos nos posicionar e dizer: nós não queremos isso na nossa Nação. E procurar pessoas que nos representem, para dizer: vou votar contra essas coisas. Porque caso contrário, a iniquidade será oficializada e Deus não vai ter outra coisa a não ser fazer: julgar a nossa terra. É isso que a Bíblia diz³¹⁷.

Assim, com esses ingredientes, o gesto de fazer campanha e de votar adquire um sentido de lutar contra o mal e praticar o bem. Mas esse mal e esse bem se compreendem a partir do seu caráter religioso. Transforma-se numa verdadeira *cruzada divina*, praticada por *homens tementes a Deus*, demonstrando serem *verdadeiros cristãos*. Nesse sentido, também são as manifestações das lideranças nos meios de comunicação oficiais das igrejas, como é o caso do pronunciamento do Bispo Rodrigues na *Folha Universal* de 06 de agosto de 2000: “Conclamo o povo de Deus a que nos unamos em torno dos nossos ideais [...], elegendo homens e mulheres tementes ao Senhor Jesus a fim de que nossa sociedade seja transformada e possa ser orientada, segundo os verdadeiros princípios cristãos”³¹⁸.

Com isso, a autoridade tem, na benção divina, a sua legitimidade. Semán observa que:

As bases da identificação política tinham sido os lugares sociais do trabalhador, as ideologias, as relações pessoais. Agora podem ser, também, as identidades religiosas.

³¹⁶ CONRADO, Flávio César dos Santos. **Cidadãos do reino de Deus**: um estudo da *Folha Universal* nas eleições de 1998. 2000. f. 54-55. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Antropologia) - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

³¹⁷ ALONSO, Leandro Seawright. **Entre Deus, diabo e Dilma**: messianismo evangélico nas eleições 2010. São Paulo: Fonte, 2012. p. 221-224.

³¹⁸ ORO, Ari Pedro. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 53, p. 67, out. 2003.

O movimento, que não deve surpreender, é análogo ao que a Universal já tinha feito com o dinheiro: antes a moeda, o equivalente geral de todas as mercadorias, tinha sido traduzida por esta igreja na lógica da oferta e do sacrifício; hoje é o voto, a relação que nem sempre foi de cidadania, é inscrito numa lógica cosmológica na perspectiva da guerra santa³¹⁹.

Portanto, da mesma forma como a igreja já havia redirecionado a questão mundana do dinheiro, tornando-a uma bênção que fundamenta a sua teologia da prosperidade, assim, agora, também faz com a política, transformando-a em uma ferramenta a serviço da obra de Deus na Terra. É necessário deixar claro, porém, que, embora – por sua maior expressão, tanto na sua bem-sucedida estratégia político-eleitoral quanto nos próprios resultados alcançados – a maioria dos estudos e das análises referentes a essa nova relação das igrejas com a política tenha dado maior ênfase à Igreja Universal do Reino de Deus, esse fato não se restringe a ela.

Outras igrejas evangélicas têm imitado a mesma forma de atuação. O maior exemplo foi a mudança de comportamento da Igreja Assembleia de Deus³²⁰. Conforme Machado, “O sucesso político da IURD parece estar produzindo um efeito mimético no campo religioso. Assim, por exemplo, uma parcela da Assembleia de Deus vê a IURD como uma igreja que precisa ser imitada”³²¹. A observação que é confirmada por declarações de próprias liderança da igreja, como o pastor João Ferreira Filho, presidente da Igreja no Rio Grande do Sul, que Oro cita: “Eu admiro muito a Universal, temos que imitá-la”. Vai na mesma direção o depoimento do conhecido pastor da Assembleia de Deus, Silas Malafaia: “Queremos exaltar o

³¹⁹ SEMAN, Pablo. A Igreja Universal do Reino de Deus: Um ator e as suas costuras da sociedade brasileira contemporânea. **Debates do NER**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 96, 2001.

³²⁰ A *imitação* tem dado resultados, tanto que na legislatura 2015 – 2018 a bancada Evangélica já conseguiu ostentar uma composição de 87 parlamentares, sendo 85 deputados federais e 2 senadores. Desse total, apenas a Igreja Assembleia de Deus tem 26 representantes, sendo que a IURD vem em segundo lugar com 11 representantes. Vale destaque, ainda, que essa Bancada Evangélica, embora frente à expressiva representação das duas igrejas citadas, conta em sua composição final com um total de 28 diferentes igrejas: Assembleia de Deus, Universal do Reino de Deus, Batista, Batista Nacional, Presbiterana, Evangelho Quadrangular, Internacional da Graça, Mundial do Poder de Deus, Luterana, Cristã Maranata, Adventista, Aliança Evangélica, Anglicana, Batista Calvária, Congregação Cristã do Brasil, Evangelho Eterno, Fazei Discípulos, Fonte de Vida, Menonita, Metodista, Metodista Wesleyana, Ministério Apostólico Getsêmani, Nazareno, O Brasil para Cristo, Projeto Vida Nova, Presbiteriana Independente do Brasil, Sarando a Terra Ferida, Sara a Nossa Terra, Evangélico Não-determinado (categoria do Senso de 2010). COMPOSIÇÃO da bancada Evangélica. **Mídia, Religião e Política**, São Paulo [2017?]. Disponível em: <http://www.metodista.br/midiareligiaopolitica/index.php/composicao-bancada-evangelica>. Acesso em: 25 de set. de 2017. Merece destaque o fato de que, embora na legislatura de 2015 – 2018 a IURD tenha 11 representantes, portanto, muito menos do que a Assembleia de Deus, em 2002 a Universal já havia eleito 22 representantes. Teve, portanto, uma significativa redução, com a ocupação de seu espaço por outras igrejas, principalmente a Assembleia de Deus, nessa eleição específica.

³²¹ MACHADO, Maria das Dores Campos. Religião e política: evangélicos na disputa eleitoral no Rio de Janeiro. **Revista Antropolítica**: revista contemporânea de antropologia e ciência política, Niterói, n. 10/11, p. 7, 2001.

bonito exemplo da Igreja Universal, que define muito bem seus representantes no legislativo. As outras denominações deveriam imitá-la [...]”³²².

Essa nova realidade, porém, não se mostra presente apenas no Brasil. O fenômeno da politização dos coletivos religiosos se repete em vários outros países da América (tanto Latina quanto do Norte) e na África. Esse fato é reforçado, inclusive com o advento da inserção das igrejas neopentecostais brasileiras em diversos países destes e de outros continentes³²³. É digno de registro, ainda, que, embora a própria sociedade norte-americana tenha impregnada em sua cultura como nação uma (con)fusão entre o cívico e o religioso, considerando-se, com isso, como a nação protegida por Deus³²⁴, na atualidade, a relação entre religião e política retorna com grande intensidade. Machado³²⁵ destaca o apoio político que os então candidatos e depois presidentes dos Estados Unidos, Ronald Reagan e George Bush, tiveram do movimento evangélico Maioria Moral. Não foi diferente com as eleições posteriores de Barack Obama e de Donald Trump, embora com espectros sociais e ideológicos diferentes, mas, também, com grande apoio de movimentos religiosos, ora mais liberais, ora mais conservadores.

Nesses apoios, em regra, a conta não tarda a chegar. Dworkin demonstra que a campanha de Bush, por exemplo, que foi recheada de religiosidade com referências a Deus e a um Estado cristão, teve imediatamente a comunidade evangélica reivindicando a sua contribuição na vitória, cobrando a recompensa por seus esforços. Dworkin destaca a correspondência que o reverendo Bob Jones III escreveu a Bush, lembrando que, com a sua reeleição, com a ajuda de Deus, estaria garantida na América a suspensão do programa de paganismo. Por isso, lembrou o reverendo, que Bush deveria colocar seu programa em prática, ponto por ponto, pois nada devia aos liberais, que o menosprezam e também menosprezam a Cristo³²⁶. Portanto, numa clara demonstração do custo do apoio concedido e da conta que resta a ser paga (com o posicionamento do mandatário máximo do Estado em relação à posição

³²² ORO, Ari Pedro. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 53, p. 59, out. 2003.

³²³ A Igreja Universal do Reino de Deus está presente hoje em todos os países da América Latina, com a exceção do Haiti, além de metade dos países da África, no Canadá e nos Estados Unidos. Na Europa, está em uma dúzia de países. Além de se espalhar também nos países do leste europeu, bem como em alguns países da Ásia: Japão, Filipinas, Índia. No total a IURD está em oitenta países, embora, em muitos destes, a sua presença seja ainda incipiente ou de forma simbólica. CORTEN, André. A Igreja Universal: uma máquina multinacional que responde às novas necessidades religiosas. **Revista de Cultura**, Petrópolis, Vozes, 2002. p. 38-47.

³²⁴ Essa relação – que tem sua origem no Êxodo da Bíblia e a fuga dos protestantes britânicos para a América do Norte, assim como no compromisso Deus com Abraão e seus descendentes, no Gênesis - se encontra presente na própria cultura política do povo norte-americano, se autocompreendendo como sendo o *povo escolhido*.

³²⁵ MACHADO, Maria das Dores Campos. **Política e religião**: a participação dos evangélicos nas eleições. São Paulo: FGV Editora, 2006. p. 17

³²⁶ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 74.

religiosa que deveria defender no exercício de seu mandato), tem-se uma inequívoca confusão entre religião e Estado.

3.3.3 Pós como Conceito de Retrocesso – Avançando ao Passado

A prática descrita não vem desacompanhada de uma teoria que explica e pretende dar sustentação. Tais fatos possibilitam a formulação de uma proposta teórica, que afirma a existência de um processo de superação da secularização – o que poderia conduzir à ultrapassagem do Estado laico como consequência. O termo utilizado para essa teorização é o *pós-secular*, que mimetiza e se relaciona com os outros conhecidos *pós*: pós-moderno, pós-industrial, pós-materialista, pós-história etc.

Segundo Pierucci, seria Barbano o primeiro a identificar na pós-modernidade³²⁷ “o momento ideal para a reformulação das teorias sociológicas da religião, uma vez que elas seriam majoritariamente tributárias do doutrinário da teoria weberiana da secularização”³²⁸. A nova sociologia deveria reconhecer “a capacidade demonstrada pela religião de resistir ao ataque cerrado da modernidade. Hoje, enquanto a modernidade faz água, volta à tona, revigorada, a religião”³²⁹. Por isso, considerando que a radical crítica à religião seria constitutiva da modernidade, e não de sua superação, ou seja, da pós-modernidade, seria hora de uma sociologia menos injusta com a religião e preconceituosa com o sagrado.

Para a construção dessa nova sociologia da religião, também deveria ser necessário uma ruptura com o recorte weberiano, pois “Esta nossa época atual, dos diferenciados *efeitos pós-seculares* da secularização, parece impor uma ruptura também com o ponto de vista weberiano que ligava estreitamente o desencantamento, isto é, a secularização com a modernização”³³⁰. Na toada dessa mesma ideia de reencantamento do mundo, Negrão afirma que:

As análises de Weber foram válidas para um período encerrado da história do Ocidente: o apogeu da racionalidade num mundo desencantado, em que o sagrado se exilou. Mais recentemente vivemos o período do chamado ‘retorno do sagrado’ ou ‘revanche de Deus’, em que este mundo, de alguma forma, se reencanta. Mesmo se considerarmos a realidade do Terceiro Mundo em geral e do Brasil em particular, em

³²⁷ Entendendo a pós-modernidade como consequência da crise global da própria modernidade.

³²⁸ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, 1998.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ BARBANO, Filippo. Prefazione. In: BERZANO, L. **Differenziazione e religione negli anni Ottanta**, Turim: Giappichelli, 1990.

que o sagrado persistiu, é inegável que a religião aí se revitalizou, paralelamente ao reencantamento primeiro-mundista³³¹.

Portanto, o Ocidente estaria sendo assujeitado pela revanche de Deus, devendo retornar ao mundo encantado e mágico de outrora. Assim, a ideia da pós-modernidade estaria a autorizar, como que automaticamente, o abandono da conquista da secularidade, forjando, no seu interior, o conceito de pós-secular.

Ocorre que a pretensa pós-modernidade, incluindo nela a míope visão pós-secular, não traz consigo os efeitos da ideia de *pós*, mas, sim, de *pré*, provocando, por isso, uma volta ao passado e não um avanço – um passo além –, como a ideia de *pós* pretende fazer acreditar. É necessário ter a clareza de que a modernidade tem uma relação imbricada com a secularização – no que se refere ao aspecto da religião –, ou seja, a modernidade como interdição racional de um mundo anteriormente explicado pelo encanto e pela magia.

Quando se fala em pós-secular – para além do secular –, também se está tratando de um pós-moderno – para além do moderno. Ocorre que, conforme a forma proposta, não se estaria diante de um *pós*, no sentido da superação, de um avanço, mas, pelo contrário, de uma *des*, no sentido de um desfazimento, de um abandono, caracterizado pelo retorno ao *status quo ante*, um (retro)cesso, portanto. E, por esse motivo, se entende que o termo mais adequado, então, seria dessecularização (desfazendo um processo de secularização, voltando, portanto ao passado) e não pós-secularização.

Na mesma linha, também não se estaria diante de um processo de pós-modernidade, como algo que vem após, mas retrocedendo a uma situação anterior à modernidade e, portanto, estar-se-ia *avançando* para o passado. Assim, a dita pós-modernidade não passaria de um passo de volta a uma situação existente na pré-modernidade, ao pré-moderno; ao estado anterior à racionalidade interditória da modernidade.

Não se pode olvidar que a gênese da modernidade foi precedida por um processo de desencantamento do mundo. A necessidade da adoção de preceitos reguladores racionais, num gradual abandono e superação de um caráter mágico e mítico, embalava a compreensão de mundo até então. A utilização de preceitos racionalistas não era condizente com a velha compreensão encantada, permeada e comandada pela magia. Por isso, há um processo de desencantamento, ou seja, há o afastamento do encanto em lugar da razão. Esse processo, no que dizia respeito à relação até então havida entre a religião, a sociedade e o Estado, produziu,

³³¹ NEGRÃO, Lísias Nogueira. Intervenção. In: MOREIRA, Alberto; ZICMAN, Renée (Org.). **Misticismo e novas religiões**. Petrópolis: Vozes: USF: FAN, 1994. p. 134.

por sua vez, um processo de secularização. A secularização, portanto, proporcionou o fenômeno de separação – liberação cultural da sociedade moderna – da religião.

A reutilização interpretativa da religião para a análise do mundo em si e dos conflitos nele existentes foi adjetivada por Arendt como um dos espantosos subprodutos do que era denominado de “luta entre o mundo livre e o mundo totalitário”:

O comunismo, dizem-nos, é uma nova ‘religião secular’ contra a qual o mundo livre defende seu próprio ‘sistema religioso’ transcendente. As aplicações dessa teoria vão além de sua causa imediata; elas trouxeram a ‘religião’ de volta à esfera de assuntos público-políticos, de onde havia sido banida desde a separação entre a Igreja e o Estado. Por esse motivo, se bem que seus defensores nem sempre tenham consciência disso, a teoria pôs na pauta da ciência política o problema já quase esquecido da relação entre a religião e a política³³².

Por isso, o pretenso avanço do pós-secular, na verdade, é um retrocesso a pré-secularização. Portanto, o prefixo *pós*, na verdade, é a *novilíngua*³³³ dessa teoria, pois aquilo que esse prefixo, na sua representação, quer indicar, é uma superação, um avanço, um ir além. Mas o que essa teoria está a defender, de fato, não é apenas uma conservação – portanto, uma postura que seria conservadora³³⁴ –, mas, diferente disso, o retrocesso a um passado que a modernidade pretendeu superar corretivamente.

Na dicotomia conservador/progressista, se pode dizer que – diante dessas novas teorias – seria um progresso não haver avanço nenhum (justamente porque o avanço pretendido é um

³³² ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Tradução de Helena Martins e Outros. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 55.

³³³ Idioma criado pelo governo, na obra *1984*, de George Orwell. Consistia na produção de um vocabulário novo, com a supressão, condensação ou alteração parcial ou total de seus sentidos – “Guerra é Paz; Liberdade é Escravidão; Ignorância é Força”, como estabeleceu o Ministério da Verdade. O objetivo era manter o controle absoluto sobre a população, por meio, inclusive, da restrição e vigilância do pensamento individual. Considerando que se vive na era dos *pós*, inclusive da pós-verdade, é possível entender o que Syme profetizou: “Lá por 2050 – ou antes, talvez – todo o conhecimento real da Velhafala terá desaparecido. Toda a literatura do passado terá sido destruída. Chaucer, Shakespeare, Milton, Byron existirão somente em suas versões em Novafala, em que, além de transformados em algo diferente, estarão transformados em algo contraditório com o que eram antes.” ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 69.

³³⁴ A presente análise não pretende fazer uma crítica sociológica a eventuais posições ideologicamente conservadoras, mas tão somente uma análise jurídico-filosófica em relação a questões inerentes à democracia e ao processo democrático. Afinal, avanços progressistas ou conservadores são inerentes ao próprio processo democrático, quando desenvolvido de forma legítima. Portanto, o termo *conservadora* se utiliza aqui mais numa pretensão conceitual do termo do que numa análise política sociológica. Com isso, não se olvida dos profundos avanços do conservadorismo no Brasil, inclusive, com grande colaboração da Bancada Evangélica (da Bíblia), que, unida a outras bancadas conservadoras, como a Bancada do Boi e a Bancada da Bala formam a chamada *bancada BBB*, que, conforme Souza, lidera a agenda conservadora: “Essas expressões do conservadorismo no cenário brasileiro indicam um processo de acúmulo de forças de natureza teórico-conceitual para 186 subsidiar uma guinada à direita — de caráter filofascista — do Estado brasileiro. Reforça essa ideia a maneira organizada, planejada e em bloco, segundo a qual a ‘bancada da bala, do boi e da bíblia’, em larga medida responsável pela condução da agenda conservadora, conduz sua atuação no Congresso Nacional.” SOUZA, Jamerson Murillo Anúnciação de. **Tendências ideológicas do conservadorismo**. 2016. f. 185-186. Tese (Doutorado em Serviço Social) -- Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2016.

retrocesso). Já na ótica conservadora, que busca superar a modernidade (e, nesse caso específico, a secularização) com o pós-secular, essa superação pretendida não é uma superação, num sentido de avanço (próprio de ideias progressistas), e nem mesmo seria uma atitude conservadora, no sentido de conservar o que existe. Pelo contrário, o pretense avanço seria, na verdade, um retrocesso, uma volta ao passado.

Assim, a teoria da *pós-secularização*, na verdade, de pós nada tem. A única definição possível é a de retrocesso, de retrocesso a algo que já se entendia por superado. De outra parte, frente à teoria pós-secular, a melhor *conquista*, numa visão progressista, seria não haver progresso nenhum (pois o progresso pretendido é, na realidade, retrocesso), mas conseguir manter, ao menos teoricamente, o *status quo* atual.

Nesse aspecto, dizer-se progressista, defendendo a teoria do avanço para o pós-secular, é, na realidade, ser retrógrado. É pretender retroceder ao que já foi superado. Por outro lado, ser conservador, frente àquela teoria, é ser progressista (não no sentido de buscar algum avanço, mas, pelo menos, não visar ao retrocesso). É ficar no mesmo lugar (o que, seria uma atitude conservadora). Assim, superando a pretensão do discurso da *novilíngua*, quem se diz progressista é, na realidade, retrógrado (pior que conservador). E ser conservador é ser progressista, não no sentido de avançar, mas de pretender evitar o retrocesso e, ao menos, conservar as conquistas da modernidade.

Por isso, não se concorda com conclusões que afirmam que “Estes elementos [empíricos] nos levaram a constatar [*sic*] que o paradigma da secularização, hegemônico na sociologia da religião, é cada vez mais insuficiente enquanto produtor de uma ordem explicativa da pluralidade e da complexidade das religiosidades emergentes”³³⁵. Com Pierucci se entende que não se pode abrir mão da secularização, “Nem teórica, nem prática, nem terminológica, nem existencialmente”³³⁶. Uma pretensa superação da secularização, com a volta da (con)fusão entre Estado e religião, num evidente desrespeito ao Estado laico, é um passo largo rumo ao

³³⁵ SIQUEIRA, Deis Elucy; BANDEIRA, Lourdes M. **Sociologia das adesões**: práticas místicas e esotéricas no Distrito Federal. Brasília, DF: UnB, 1997.

³³⁶ PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, 1998.

fundamentalismo³³⁷ religioso³³⁸, cujos resultados são historicamente desastrosos para a sociedade, para os direitos humanos e para a democracia.

Não se pode esquecer que o grande problema do fundamentalismo é que ele não tem limite, chegando, ao fim, à própria destruição, como um predador que, ao predar todo o seu ecossistema, extermina também a si. Por isso, a laicidade do Estado não é importante apenas para as pessoas que não têm religião, mas, principalmente, para aquelas que têm. O Estado laico preserva o direito de todos a sua autodeterminação e, portanto, o direito da pessoa que pratica uma determinada confissão religiosa continuar praticando-a, sem qualquer intervenção do Estado ou de outra pessoa que não concorde com a sua escolha.

A preservação, pelo Estado laico, do direito à prática da diversidade religiosa, legitima essa pluralidade, assegurando a todos esse mesmo direito, como sendo um assunto inerente a sua responsabilidade (e direito) pessoal. Cada um com suas crenças, tradições práticas e dogmas. Portanto, o Estado laico e a secularização são instituições que, ao contrário de enfraquecerem as religiões, as fortalecem.

Diferente do que comumente pode ser compreendido, Estado laico não é sinônimo impossibilidade de crença. Ele é a possibilidade de toda e qualquer crença, e não apenas uma – aquela oficial do Estado. Esse fenômeno pode ser visivelmente identificado no Brasil, a partir da proliferação das mais diversas igrejas, do reavivamento do sentimento religioso provocado

³³⁷ Fundamentalismo é uma forma radical de ver, interpretar ou viver a partir de uma ideia ou uma doutrina. Ou seja, é a interpretação muitas vezes literal de alguma representação doutrinária, sem observar a ideia subjacente à literalidade ou o próprio contexto histórico ou filosófico em que aquela doutrina foi exposta. Assim, o fundamentalismo confere caráter absoluto a determinado ponto de vista, sem a possibilidade de considerar qualquer outro. Nas palavras de Pierucci, fundamentalismo, “[...] é o nome autoaplicado de uma vertente do movimento protestante conservador, antiliberal, que se formou nos Estados Unidos a partir de 1870, nas principais denominações protestantes norte-americanas [...]. Seu objetivo básico era defender o princípio da inspiração divina plena da Bíblia, portanto sua inerrância, a autoridade absoluta da letra da Bíblia na vida do cristão. O adversário interno ao campo protestante contra o qual ele se constituiu foram os partidários da teologia liberal e dos métodos da crítica histórica e literária para interpretação da Sagrada Escritura cujo ensino passava a se propagar pelos seminários teológicos e escolas em geral, denominacionais e públicas. O adversário externo número um era a mentalidade científica moderna, representada emblematicamente pelo darwinismo”. PIERUCCI, Antônio Flávio. **Estado laico, fundamentalismo e a busca da verdade**. Estado Laico e liberdades democráticas. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras: Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia, 2006. p. 5.

³³⁸ Voltaire denuncia caso de execução por motivos religiosos ocorridos na França. Revela a tortura, o suplício e as execuções impostas, a partir de fundamentos de uma opinião pública preconceituosa, formada pelo fanatismo religioso. Na obra se destaca o apelo pelo necessário cultivo ao respeito a todos os credos e à liberdade religiosa de cada um. “Mas o quê! Seria permitido a cada cidadão só acreditar em sua razão e pensar o que essa razão, esclarecida ou enganada, lhe ditaria? Sem dúvida alguma, contanto que não perturbe a ordem, pois não depende do homem acreditar ou não acreditar, mas depende dele respeitar os costumes de sua pátria. Se disserem que é crime não acreditar na religião dominante, vocês mesmos acusariam os primeiros cristãos, seus antepassados, e justificariam aqueles que acusam de tê-los entregue aos suplícios”. VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**; tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala Educacional, 2006. p. 55.

pela desconcentração de um monopólio frente ao Estado, proporcionando uma livre pluralização do que antes era apenas singular e oficial³³⁹.

3.3.4 A Predação em Dois Sentidos

Diante da discussão sobre a laicidade ou não do Estado, bem como frente ao fenômeno do grande crescimento da chamada Bancada Evangélica, se poderia questionar: mas qual é o problema de seu crescimento, se isso pode ser considerado como reflexo do próprio aumento do número de evangélicos no Brasil, ou seja, da conversão de um maior número de brasileiros às igrejas evangélicas? O crescimento da referida bancada não pode ser visto como natural, produto da representação política/parlamentar dessa parcela de cidadãos brasileiros, que têm aumentado bastante nos últimos tempos? A democracia não significa respeito ao resultado do processo eleitoral brotado das urnas?

As respostas a essas questões podem ser divididas nas análises de dois pontos distintos. Ambos, porém, têm implicação direta com a qualidade da democracia – conforme se verá. Um, relacionado ao próprio processo eleitoral e a seu resultado; outro, às consequências que esse processo traz, quando reforça o rompimento dos limites do campo da religiosidade, do âmbito privado do indivíduo e daquele grupo religioso com a arena pública, pretendendo prescrever (impor) para o conjunto social e político uma moral religiosa particular.

Em primeiro lugar, o aspecto predador do fenômeno eleitoral da Bancada Evangélica pode ser analisado frente à legitimidade de todo o processo. Conforme se viu, a forma de participação dos evangélicos no processo eleitoral, com uma estrutura física, pessoal e econômica de grande monta, pode provocar um desequilíbrio, levando à deslegitimação do próprio processo, produzindo nítida quebra de paridade em relação aos demais concorrentes do pleito. Nesse sentido, um processo eleitoral, em que os candidatos são previamente escolhidos por lideranças religiosas, em número e em estratégia eleitoralmente viável, com a utilização da estrutura física dos templos, dos meios de comunicação da igreja (como canais de TV, rádios, jornais e revistas) para a projeção, publicização e, muitas vezes, campanha eleitoral explícita dos candidatos escolhidos, a manifestação de pastores e outras lideranças no interior dos templos, bem como a utilização dos próprios fiéis como cabos eleitorais informais e *voluntários*

³³⁹ PIERUCCI, Antônio Flávio. **Interesses religiosos dos sociólogos da religião**: globalização e religião. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 249-262.

em favor dessas candidaturas, produz um nítido desequilíbrio no processo eleitoral, em favor desses escolhidos³⁴⁰. Com isso, ocorre, portanto, um claro processo eleitoral viciado.

A estrutura utilizada não é captada pelo próprio sistema eleitoral responsável pela verificação de sua lisura, provocando um desequilíbrio tolerado (porém, irregular). Isso indubitavelmente é uma afronta à lisura e à legitimidade do próprio procedimento eleitoral democrático.

Esse é, portanto, o primeiro sentido em que o fenômeno aqui analisado torna-se predador da democracia. Para a análise do segundo ponto (que é mais complexo do que o primeiro), é necessário trazer novamente as dimensões da dignidade humana, na forma elaborada por Dworkin³⁴¹.

3.3.4.1 Estado e Religião sob o Prisma da Dignidade Humana

Para o jusfilósofo norte-americano, a dignidade humana apresenta duas dimensões sobre as quais está necessariamente fundada. O primeiro princípio dessas dimensões é o do *igual valor intrínseco* – relacionado aos direitos de igualdade. Já o segundo é o da *responsabilidade pessoal* – vinculado aos direitos de liberdade.

O primeiro princípio da dignidade humana sustenta que toda vida humana tem um valor especial objetivo. Portanto, deve ser tratada com igual consideração, pois todos têm o mesmo valor objetivo, mesmo que seja como potencialidade. O valor intrínseco, por sua vez, exige a compreensão de que toda a vida merece e deve ser boa, e não mal vivida, desperdiçada. Ter uma vida boa, portanto, não deve ser apenas objetivo ou algo que respeite a dignidade individual de cada um, mas diz respeito à dignidade de toda a comunidade. Assim, a dignidade humana, no atendimento do princípio do igual valor intrínseco, apenas é alcançada quando cada um, e todos os membros da comunidade, possam viver uma vida boa. Uma vida digna é uma vida boa.

O segundo princípio da dignidade humana sustenta que toda pessoa tem uma responsabilidade pessoal com a sua vida, no sentido de torná-la uma vida boa. Nesta responsabilidade, inclui-se o juízo para decidir que tipo de vida se deve levar (no sentido de

³⁴⁰ Outro aspecto que poderia ser analisado frente à legitimidade do processo eleitoral é a questão da liberdade de escolha sobre em quem votar, por parte dos fiéis, aos quais são *indicados* os candidatos escolhidos e ungidos pelas lideranças. Porém, tal aspecto será considerado implicitamente abordado, no próximo ponto analisado, tratando da responsabilidade pessoal de cada um, como um dos princípios da dignidade humana.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 24-39.

que tipo de vida parece ser a melhor). Que tipo de vida pode ser considerada boa, no seu juízo, e o que se faz para torná-la boa.

O princípio da responsabilidade pessoal, por fazer com que a sua vida seja uma vida boa, tem dois aspectos: um positivo e outro negativo. O aspecto positivo é aquele que alcança a cada um essa responsabilidade. O indivíduo, e mais ninguém, pode (e deve) decidir o que é o melhor para a sua vida, o que deve fazer para que a sua vida seja uma vida boa. Já o aspecto negativo alcança o Estado e o conjunto das demais pessoas que devem se abster de querer impor a outras pessoas seus valores pessoais, capazes ou necessários pra tornar a sua vida boa. Assim, somente a pessoa pode decidir, por seus próprios valores³⁴², abstando-se, as demais, da pretensão de impor seus pessoais valores aos outros.

Esse segundo princípio da dignidade humana, o da responsabilidade pessoal sobre a vida, sofre uma espécie de bifurcação quanto a sua abrangência. A primeira, conforme já resta claro, é aquela que trata especificamente da responsabilidade pessoal. Diz respeito àquelas decisões de caráter individual, pessoal (no sentido do próprio indivíduo). Para Dworkin, as decisões pessoais do que deve ser compreendido como uma vida boa para nós mesmos se encontra no campo das *convicções éticas*. A segunda também é pessoal, porém, apenas em certa medida. Diz respeito à responsabilidade de participação na decisão, mas não na capacidade total da decisão final. É a responsabilidade de participação no processo democrático de deliberação e decisão, assim como a de igualmente acolher (já que participe do processo decisório) a decisão final, por ter sido *também* uma decisão sua, embora coletivizada. Trata-se, portanto, das decisões coletivas, num processo democrático de deliberação e decisão final. Para essas decisões e para as responsabilidades sobre elas, Dworkin reservou a definição de *princípios morais*.

O exemplo privilegiado dessa forma de decisão com participação pessoal (contudo, com peso relativo) é o Estado, quando produz regramentos de convivência social. Assim, o princípio da responsabilidade pessoal concede ao Estado, em um processo democrático – considerando a necessidade de legitimidade –, a autoridade para produzir leis e obrigar seus cidadãos a conviver segundo elas. Isso acontece partindo dos princípios morais compartilhados coletivamente, que, quando assumidos e postos pelo Estado, tornam-se regras jurídicas que a todos submete. Porém

³⁴² Reforça-se que isso não significa permitir uma compreensão de que as pessoas possam viver de forma isolada, alheias ao mundo em que estão inseridas. Todas as pessoas sofrem influência de seu meio, da cultura em que estão inseridas, da tradição, de suas próprias condições prévias de vida e de outras pessoas com as quais convive, sejam seus familiares, professores etc. Entretanto, isso não significa que devem aceitar ou impor seus valores pessoais aos outros.

(e isso é muito importante na teoria dworkiniana), esse mesmo princípio da responsabilidade pessoal proíbe ao Estado a imposição de regras adstritas ao campo das convicções éticas.

A cisão apresentada por Dworkin é importante para a compreensão dos assuntos que devem ficar no campo das convicções éticas (portanto, pessoais) e aqueles outros que devem ser discutidos coletivamente, no próprio Estado (pertencentes ao campo dos valores morais coletivos ou coletivizáveis).

A confusão entre religião e Estado chega também ao *locus* privilegiado do debate sobre temas, como o tipo de educação que o Estado deve proporcionar nas escolas públicas: ensino religioso ou não, a teoria criacionista e/ou a teoria evolucionista, educação sobre gênero, história das raças, das etnias, das crenças etc. Temas relacionados à vida (como aborto e eutanásia), à sexualidade e às relações pessoais (como homossexualismo, casamentos de pessoas do mesmo sexo), à religiosidade (como crenças, laicidade, ateísmo) e ao cultivo de símbolos (como hinos e juramentos religiosos, credos religiosos específicos ou gerais) devem ser objeto da educação pública, ou o Estado deve se abster de qualquer referência religiosa, sendo verdadeiramente um Estado laico? Portanto, o conflito não gira em torno de questões sobre a validade das crenças ou sobre a verdade das religiões ou de determinada religião específica, mas, sim, da definição sobre o papel que a religião deve (ou não) ter frente ao Estado, na política e na vida pública.

3.3.4.2 Dois Modelos sobre a Relação entre Estado e Religião

Da relação entre Estado e religião, inúmeros modelos podem ser apresentados. Eles podem variar gradualmente entre os extremos mais radicais, que vão desde um Estado religioso intolerante até um Estado ateu intolerante. Dessa graduação, Dworkin³⁴³ apresenta dois modelos, que merecem ser melhor compreendidos: uma nação religiosa tolerante e uma nação laica tolerante.

A primeira pressupõe que o Estado adota e incentiva uma religião oficialmente. Contudo, tolera e garante que seus cidadãos possam optar, de forma livre, por outras religiões. Uma nação laica tolerante pressupõe que o Estado não adota nem incentiva nenhuma religião específica. Porém, tolera e garante que seus cidadãos possam exercer livremente – sem qualquer intervenção estatal ou de qualquer outra pessoa – a prática religiosa considerada mais conveniente, ou mesmo nenhuma. É importante destacar que, numa sociedade laica tolerante,

³⁴³ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 77-81.

o Estado não se compromete nem com uma religião, nem com o ateísmo, mas se mantém coletivamente neutro³⁴⁴.

Quando o Estado toma a decisão de ser laico, significa que ele deve afastar-se de qualquer intervenção negativa ou positiva em relação à religiosidade de seu povo. Abster-se da intervenção negativa significa não proibir ou criar qualquer obstáculo para o exercício de todo e qualquer tipo de religiosidade, por quem quer que seja. Já a abstenção positiva significa que o Estado não está autorizado a intervir em favor de qualquer religião ou exercício de religiosidade. Isso quer dizer, portanto, que o Estado também não é autorizado a permitir o uso de seus estruturas para o desenvolvimento de qualquer prática religiosa, de toda e qualquer religião ou igreja.

3.3.5 O Estado Laico e o Ensino Religioso em Escolas Públicas no Brasil

Assim, permitir que em escolas públicas profiram aulas de ensino religioso de caráter confessional significa autorizar que uma estrutura do Estado seja usada para o exercício da religiosidade. Poder-se-ia dizer de toda e qualquer religiosidade. Ocorre que a permissão para o uso de estrutura do Estado para o ensino religioso de caráter confessional corresponde a um desrespeito ao necessário afastamento do Estado no sentido positivo. Contudo, com as referidas aulas, o Estado não se encontra afastado do assunto, mas ligado a ele, quando permite que a sua estrutura seja usada para essa finalidade.

Esse, porém, não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em decisão recente entendeu pela permissão da prática do ensino religioso nas escolas públicas³⁴⁵. O STF concluiu que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter caráter confessional.

Ocorre que, mesmo entendendo que o Estado deva oferecer condições para o ensino realizado com a participação representativa das mais diversas religiões e igrejas (numa espécie de Estado religioso ecumênico), a decisão não considerou a realidade jurídica e fática brasileira. Primeiro que, juridicamente, a Constituição definiu o Brasil como um Estado laico, o que é, por princípio, incompatível com a decisão tomada. Segundo, o elemento fático demonstra um desrespeito à pluralidade cultural religiosa da sociedade. A decisão favorece as culturas religiosas majoritárias centrais, em detrimento das culturas religiosas minoritárias e periféricas.

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 81.

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita da Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439**. Proponente: Procuradoria-Geral da República: PGR. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 27 de setembro 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3926392>. Acesso em: 15 abr. 2018.

O conjunto da população brasileira não pratica uma cultura religiosa única, mas, sim, múltipla, com algumas majoritárias e centrais, e muitas outras minoritárias e marginais. Quando o Estado permite que sua estrutura física e pessoal seja usada para o exercício do ensino religioso de caráter confessional, está, inevitavelmente, beneficiando as poucas religiões majoritárias. Mais precisamente, determinadas igrejas (considerando que uma única religião tem inúmeras igrejas que a professam) em detrimento de todas as outras minoritárias.

É falacioso o argumento de que, ao disponibilizar sua estrutura para a prática do ensino religioso confessional, o Estado estaria permitindo a *todas* as religiões (e igrejas) a mesma oportunidade. Ou seja, todas as religiões teriam o mesmo direito da utilização da estrutura estatal para a prática do ensino religioso confessional e, portanto, para difundir a história e a doutrina professada de sua religião específica. Não é assim que acontece.

No Brasil, não há como se ter um número exato³⁴⁶ de religiões e igrejas³⁴⁷ existentes. Porém, certamente não haveria estrutura suficiente para disponibilizar condições, nas escolas públicas, para que todas as igrejas tivessem espaço para a prática do ensino religioso relacionado à sua própria religião. Ao se permitir a utilização do espaço estatal para religiões majoritárias em detrimento das minoritárias, não ocorre apenas a irregular interferência do Estado no exercício da prática religiosa, desrespeitando, assim, o direito da não intervenção – da necessária abstenção de agir –, conforme determina a Constituição, por sua opção pela laicidade. Mas ocorre uma ação do Estado de forma parcial, favorecendo algumas igrejas em detrimento das demais, provocando, com isso, um desequilíbrio de condições.

³⁴⁶ Os motivos são diversos. Um deles é que, considerando o fato da liberdade religiosa ser constitucionalmente garantida, há uma enorme facilidade para a abertura de uma instituição de caráter religioso. Por outro lado, essa facilidade auxilia a proliferação dessas instituições com uma velocidade muito grande. Para se ter uma ideia, de janeiro de 2010 até fevereiro de 2017 a Receita Federal do Brasil teve 67.951 entidades que se registraram sob a denominação de “organizações religiosas ou filosóficas”. Isso representa uma média de 25 novos registros por dia. GRILLO, Marcos. Desde 2010 uma nova organização religiosa surge por hora. **O Globo**, Rio de Janeiro, 26 mar. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/desde-2010-uma-nova-organizacao-religiosa-surge-por-hora-21114799>. Acesso em: 29 set. 2017.

³⁴⁷ Para uma melhor compreensão e evitar a confusão de conceitos entre os diversos termos distintos, se utiliza aqui – com as alterações necessárias para o presente trabalho – a forma elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Censo de 2010. O IBGE dividiu a análise em grupos de religião. Assim, formou os seguintes grupos e subgrupos: 1. Cristãos: 1.1. Grupos da Igreja Católica: 1.1.1. Católica Apostólica Romana; 1.1.2. Católica Apostólica Brasileira; 1.1.3. Católica Ortodoxa. 1.2. Igrejas Evangélicas: 1.2.1. Evangélicas de Missão; 1.2.2. Evangélicas de Origem Pentecostal; 1.2.3. Evangélicas não determinadas. 1.3. Outras cristãs. 1.4. Outras religiosidades cristãs. 1.5. Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. 1.6. Testemunha de Jeová. 2. Espiritualista: 2.1. Espírita; 2.2. Outras doutrinas Espiritualistas. 3. Afro-brasileiras: 3.1. Umbanda; 3.2. Candomblé; 3.3. Outras declarações de religiosidades afro-brasileiras. 4. Judaísmo. 5. Hinduísmo. 6. Budismo. 7. Religiões orientais. 8. Islamismo. 9. Tradições esotéricas. 10. Tradições indígenas. 11. Outras religiosidades. 12. Sem religião: 12.1 Sem religião; 12.2. Agnóstico; 12.3. Ateu. 13. Não determinada ou mal definida. 14. Múltipla religiosidade. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2010**. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 29 set. 2017.

Com essa prática, o Estado desatende a dois princípios basilares da sociedade e do Estado. Primeiro, o da liberdade, quando interfere em um assunto que deveria permanecer na seara privada de cada cidadão, sem qualquer tipo de intervenção, seja inibitória, seja incentivadora. Segundo, o princípio da igualdade, pois, com a sua ação, auxilia a aprofundar a desigualdade de condições entre as igrejas grandes e presentes no centro da vida social e política, daquelas pequenas e à margem dessas mesmas relações.

Ilustrativamente, é possível fazer um paralelo com a permissão da prática do ensino religioso nas escolas públicas com a questão relacionada aos partidos políticos e, também, aos times de futebol no Brasil. Em relação aos partidos políticos – instituições que fazem parte da vida do próprio Estado e são essenciais ao exercício da democracia –, há a garantia de um espaço mínimo, dentro ou garantido pelo Estado, para a sua difusão histórica e de sua doutrina ideológica. Isso, independente de seu tamanho.

Há disponibilização de recursos econômicos públicos na proporção de sua representatividade, garantindo a todos um valor mínimo – respeitados alguns critérios objetivos – apenas pelo fato de existirem. Há espaço para propaganda partidária mínima igual a todos os partidos, nos meios de comunicação, e estrutura mínima igualitária a todos os partidos em todas as casas legislativas dos três entes da federação em que haja representatividade³⁴⁸.

Por outro lado, tal fato não acontece com os clubes de futebol. Ao menos oficialmente, o Estado não pode agir para beneficiar a prática futebolística dentro dos respectivos clubes, embora, o futebol seja um esporte fortemente enraizado na cultura popular brasileira. Imagine-se, por exemplo, a pretensão do Estado em disponibilizar espaços públicos para todas as agremiações existentes ensinarem o esporte a seus jovens jogadores. Evidentemente, o Estado não teria condições para alcançar todos os clubes oficialmente existentes, oferecendo uma estrutura mínima (como faz com os partidos políticos) para a difusão e a prática futebolística de cada um.

E, mesmo que tal estrutura estivesse à disposição de todos, a sua utilização serviria apenas para alguns poucos, que possuem condições (com professores, técnicos, meios de deslocamento etc.) necessárias e suficientes para a utilização daqueles espaços públicos. Restaria claro, ao fim, que isso traria benefícios apenas a uma pequena parcela desses clubes de futebol, que, na realidade, sequer necessitariam da organização estatal – pois teriam

³⁴⁸ Com isso não se está defendendo a ideia de que a forma como são constituídos e mantidos os partidos políticos no Brasil seria imune a qualquer crítica. Pelo contrário, há enormes problemas de legitimidade e de financiamento dos partidos políticos. A ilustração aqui apresentada pretende apenas fazer uma distinção entre assuntos atinentes e necessários ao um Estado democrático daqueles assuntos que devem ficar adstritos à vida privada da população, seja no sentido individual, como, também, no de grupos coletivos.

condições de ter a sua própria estrutura –, mas que, numa ótica econômica de custo/benefício, poderiam utilizar a estrutura estatal, evitando dispêndios próprios para tal finalidade.

Por isso, o Estado quando disponibiliza condições para a prática do ensino religioso confessional, está, na realidade, auxiliando as igrejas majoritárias, algo que elas não precisariam, pois têm condições próprias para lecionar sua história e sua doutrina. O Estado também está, na realidade, garantindo, com recursos públicos, a manutenção não apenas do *status quo* estrutural e cultural dessa majoritariedade religiosa, mas, também, de uma situação de preconceito e marginalização contra as (ou algumas das) religiões minoritárias, que, conforme os ditames constitucionais, deveriam ter os mesmos direitos de prática e de respeito, tanto pelo conjunto social quanto, principalmente, pelo Estado.

Portanto, é a estrutura do Estado a serviço das grandes religiões e igrejas, em detrimento das *pequenas*. Isso, mais uma, vez foge da necessária igualdade de consideração e respeito a todos.

A escola pública, por ditame constitucional, deve ser laica e inclusiva. Com a permissão da prática do ensino confessional, ela se torna religiosamente engajada, excludente e segregadora. Engajada porque aquela confissão religiosa sobre a qual o ensino religioso será ministrado passa a ser uma espécie de religião oficial do Estado – ao menos no que diz respeito àquela aula – já que é o Estado que está, por meio de sua estrutura física e pessoal, possibilitando aquele momento de ensino. E excludente e segregadora porque permite que aulas sejam ministradas para parcela de alunos em detrimento dos demais.

Esse fato, diferente do que se possa imaginar, não significa, em última análise, um direito do aluno (que não pertence àquela denominação religiosa, cuja aula é ministrada) de não acompanhar a aula, mas, sim, um processo de segregação, uma divisão excludente entre o conjunto de alunos de uma determinada escola ou sala de aula. Produz, ao fim, um processo de discriminação religiosa (o que pode se estender a outras áreas, como discriminação racial, sexual, econômica etc.), com rotulações entre os incluídos e os (diversos grupos) excluídos. Esse fenômeno, no seu limite negativo, pode levar (ou ao mesmo incentivar) à prática do fundamentalismo e da intolerância religiosa. Ou seja, a escola a serviço oposto ao que deveria ser a sua missão agregadora e inclusiva.

Dworkin entende que talvez fossem necessários estudos empíricos para demonstrar eventuais efeitos psicológicos provocados pela segregação entre os alunos que participam de determinada aula sobre religião de caráter confessional daqueles que não participam. Porém, compreende que, quando se trata de Estado laico, essa análise não encontra fundamento, exatamente porque, nele, tal aula de religião não existiria exatamente por ferir seus princípios:

“Ahora bien, una sociedade laica tolerante no puede permitir que sus instituciones sean usadas para la práctica – entendida como algo distinto del estudio – de la religión”³⁴⁹. Portanto, a prática de qualquer tipo de exercício religioso de caráter confessional é incompatível com a definição e os princípios de um Estado laico, conforme determina a Constituição brasileira.

Há, por vezes, em alguns segmentos sociais, um argumento (em forma de denúncia) equivocado de que um Estado laico não significaria um Estado ateu, como se quem defendesse a laicidade na sua correta concepção a estivesse confundindo com o ateísmo. O objetivo dessa denúncia é justificar o seu próprio entendimento favorável à prática do ensino religioso confessional nas escolas públicas.

Efetivamente, um Estado laico não é necessariamente um Estado ateu, principalmente se seu ateísmo for entendido no sentido de militante ou não tolerante. Ou seja, numa concepção do conceito de Estado ateu, como um Estado que age (no sentido de que não respeita a liberdade negativa do cidadão frente ao Estado) incentivando o ateísmo; um Estado que intervém na sociedade, na pretensão de produzir uma consciência coletiva favorável ao ateísmo; ou, na pior das hipóteses, um Estado que proíba a prática e o culto a toda e qualquer religião.

Entretanto, sabidamente, não é esse o conceito de Estado laico. Um Estado laico pratica a tolerância, a neutralidade total e irrestrita em relação à liberdade de cada cidadão de professar a fé e a religião que mais lhe convém (ou não professar fé e não cultuar religião alguma). Portanto, não se pode confundir o conceito de um Estado laico com o conceito de um Estado ateu.

A compreensão, que fundamenta a denúncia de que quem defende a laicidade do Estado estaria defendendo a tese de um Estado ateu é equivocada, porque parte de uma premissa e uma concepção conceitual errôneas. A premissa equivocada está no entendimento de que quem defende a laicidade estaria confundindo seu conceito com o de ateísmo.

Já a concepção conceitual equivocada se verifica na compreensão do conceito no sentido oposto àquele denunciado como equivocada. Ou seja, na concepção do conceito de Estado laico como abrangendo a permissão para que o Estado dispusesse de sua estrutura (escolas públicas e professores pagos às custas do erário) para a prática do ensino religioso confessional. Portanto, nesse caso, o equívoco não se encontra aonde ele é apontado, mas na própria concepção conceitual que fundamenta a denúncia do pretense equívoco.

Assim, uma sociedade laica – conforme determinação constitucional – e tolerante deve conceder total liberdade para que seus membros possam escolher seus compromissos e suas

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 82.

práticas religiosas, sem qualquer intervenção, restrição ou apoio, respeitando tais escolhas como sendo o livre exercício de suas convicções éticas.

3.3.6 O Modelo de Estado Laico Tolerante como Opção Democrática, com Fundamento na Dignidade Humana

Numa sociedade laica, os cidadãos, aos quais deve o Estado garantir a liberdade de escolha de suas práticas e convicções religiosas, também devem ter a mesma liberdade quando se trata de assuntos relacionados à sua sexualidade, decidindo igualmente sobre questões de aborto ou eutanásia, sem a interferência da moral religiosa, assim como em relação a questões culturais e estéticas etc. Portanto, esses outros assuntos, como as convicções religiosas, são de caráter ético pessoal, devendo o Estado e a sociedade tolerar e garantir a liberdade para tais escolhas³⁵⁰. Assim, a liberdade religiosa, como a liberdade sexual e outras de caráter pessoal e não coletivo, podem ser consideradas espécies do gênero das liberdades éticas.

Mas por que um Estado laico é mais democrático que um Estado religioso tolerante? É possível separar Estado e religião, quando a sociedade é predominantemente religiosa? Por que um Estado que tem uma forte influência da religião (mesmo sendo constitucionalmente laico) tende a ter a sua democracia predada? Para enfrentar tais questionamentos, parte-se, novamente, da possibilidade ou não de separação entre os valores morais (incluindo os religiosos) e os valores jurídicos, portanto, do Estado. Ou seja, a discussão entre a Moral e o Direito.

Ao tratar da razão pública, Rawls faz a distinção entre ela e as diversas outras razões que não são públicas, como as de “todos os tipos de associações: igrejas e universidades, sociedades científicas e grupos profissionais”³⁵¹. As razões não públicas são coletivas, consideradas em relação a seus membros. Contudo, não são públicas em relação à sociedade política e aos cidadãos em geral. Dworkin entende que há duas formas de se estabelecer o que a doutrina rawlsiana da razão pública requer. A primeira é a ideia de reciprocidade: permite apenas justificativas que todos os membros racionais de uma comunidade possam racionalmente aceitar. A segunda forma resulta da primeira: a razão pública exige que as autoridades ofereçam justificativas baseadas em valores políticos da comunidade e não em doutrinas de caráter moral, filosófico ou religioso³⁵². Tendo por base esse entendimento, a separação entre Estado e religião teria por fundamento a ideia de que a justificação do Direito

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 84.

³⁵¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília, DF: Ática, 2000. p. 269.

³⁵² DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Tradução de M. Iglesias e I. Ortiz. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 275.

deveria evitar a utilização de razões doutrinárias morais, filosóficas e religiosas. Ocorre, com isso, uma cisão entre as razões do Direito e aquelas razões morais e religiosas.

Porém, tal separação não é possível. Partindo da realidade norte-americana, Dworkin demonstra que muitos conservadores religiosos pensam que Deus é responsável pelo êxito e pela riqueza dos Estados Unidos e, com isso, não lhes é possível separar tais convicções (religiosas privadas) de seus princípios políticos. Esses princípios são, também, suas convicções religiosas³⁵³. Convicções e princípios se fundam num único e inseparável compromisso. Portanto, o fundamento de Rawls, que separa a razão pública das demais razões não públicas, se mostra incompleto para a justificação da separação pretendida entre religião e Estado. É necessário adotar outra fundamentação.

É fundamental compreender que a pretensão da fusão entre religião e política é um erro porque contradiz, inclusive, certos princípios básicos da própria religiosidade³⁵⁴. Viu-se que um dos princípios da dignidade humana diz respeito à necessidade de cada um assumir a sua responsabilidade pessoal por suas convicções éticas, incluindo as convicções religiosas. Esse princípio, embora reconheça a influência da tradição cultural ou da família nas escolhas religiosas de cada pessoa, impede que a pessoa seja subordinada a outra (que pretenda escolher em seu nome uma determinada fé religiosa – ou fé nenhuma). Portanto, a subordinação deve ser rechaçada, devendo tais escolhas partirem do foro íntimo de cada um, e não por imposição externa, seja de outra pessoa, seja do próprio Estado.

Assim, deve-se concluir que o atendimento ao segundo princípio da dignidade humana, ou seja, o da responsabilidade pessoal de cada um pelas decisões inerentes às convicções éticas, requer a existência de um Estado laico tolerante, em vez de um Estado religioso, mesmo que seja, também, tolerante. Essa conclusão está relacionada tanto ao exercício do direito à liberdade (no seu sentido subjetivo) quanto às condições objetivas para o exercício desse direito, garantidas pelo Estado como um ideal político³⁵⁵.

A liberdade religiosa, como ideal político, pode ser observada sob diferentes tipos e abrangências, conforme cada um dos dois modelos de relação entre a religião e o Estado. Dworkin enfatiza, exemplificativamente, que o modelo religioso tolerante parte de uma

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 88.

³⁵⁴ Ibid., p. 89.

³⁵⁵ Dworkin faz uma separação didática entre o que chama de “liberdades” (*liberty*) para se referir ao conjunto de direitos que o Estado deve estabelecer (e garantir seu cumprimento) com a finalidade de proteger a responsabilidade ética pessoal dos indivíduos – portanto, como um ideal político, – e “liberdade” (*freedom*), no sentido da limitação dessa liberdade pessoal e individual por parte do Estado, não lhe permitindo agir conforme a sua vontade pessoal – de modo diverso, portanto, a um ideal político. Ibid., p. 90-91.

concepção mais estreita da liberdade religiosa, que não inclui o direito ao aborto ou questões relacionadas à liberdade sexual, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Já o modelo laico tolerante, por sua vez, permite uma concepção mais ampla, em que o direito de cada cidadão, em relação àquelas decisões vetadas pelo modelo religioso tolerante, está incluído³⁵⁶. Porém, essa questão, que distingue uma concepção mais estrita daquelas mais amplas das liberdades pessoais a partir da concepção sobre a religiosidade adotada pelo Estado, ainda não responde a questão sobre os motivos pelos quais a separação entre Estado e religião (portanto, um Estado laico tolerante), faria a organização estatal mais democrática que a de um Estado religioso tolerante.

O fato de que num modelo há mais liberdade do que no outro não é suficiente para a justificativa buscada, pois a limitação de liberdade é inerente ao próprio processo e ao Estado democrático. O estabelecimento de limites do direito de liberdade é função do Estado para que a própria democracia seja preservada. Limites do direito à propriedade, limites à velocidade permitida em vias públicas e limites à exploração do trabalho alheio são alguns exemplos da necessidade da intervenção limitativa do Estado, para que seja possível a convivência em sociedade. Portanto, é necessário ir mais além ao se buscar uma justificativa.

Para avançar, é importante compreender a natureza dos argumentos que defendem um ou outro modelo. Voltando às limitações do direito de liberdade, tem-se que elas podem ser de natureza fiscal, como é o caso da cobrança de tributos (que limita a quantidade de recursos disponíveis aos cidadãos. Outras limitações podem ser de natureza protetiva, como é o caso da limitação da velocidade em vias públicas ou da obrigatoriedade do uso de cintos de segurança.

Se a opção entre os dois modelos recair sobre o modelo religioso tolerante, essa opção poderia ser entendida como de natureza paternalista, no sentido de que boa parte das pessoas – considerando que a maioria professa algum tipo de fé religiosa – sabe o que é o melhor para todos e, portanto, sendo a vontade da maioria, o melhor é o modelo religioso tolerante. Entretanto, Dworkin lembra que a defesa do modelo religioso, em vez do laico, não é um argumento de natureza paternalista, mas, sim, cultural.

A defesa desse modelo parte da suposição de que a maioria tem o direito de criar uma cultura, sob a qual deseja viver e criar os seus filhos, não pelo bem da minoria, que estaria equivocada em não entender da mesma forma, mas pelo seu próprio bem (que majoritariamente pode assim decidir). Isso porque entende, afinal, que uma sociedade comprometida com os

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 91.

valores religiosos é melhor para si e seus filhos do que outro modelo, mais liberal³⁵⁷. Não se trata, assim, de um argumento de natureza paternalista, mas, cultural, do direito da maioria produzir uma cultura que influencia nas suas próprias vidas. Portanto, a questão que se segue na busca da resposta em relação ao melhor modelo para a relação entre religião e Estado é saber de quem é a responsabilidade pelo controle, e de que maneira se controla a cultura moral, ética e estética.

Entre as diversas formas em que a cultura pode ser moldada, destaca-se duas. Uma é a que vai configurando-a a partir de decisões individuais, tomadas uma atrás de outra e que, somadas, formam o produto cultural. A outra forma é a partir do Direito, ou seja, a partir de decisões coletivas tomadas pelos legisladores, que estabelecem a forma como as pessoas devem se comportar³⁵⁸. Porém, quais aspectos culturais devem ser considerados pelos legisladores, e quais devem ser observados de forma individual pelas pessoas, a partir de suas convicções éticas, é outra análise importante.

Portanto, a questão é: deve o Estado assumir para si a defesa de uma cultura religiosa, mesmo que seja tolerante? Ou deve permitir que essa cultura seja forjada organicamente por meio de atos e decisões independentes de cada um dos cidadãos daquele Estado, partindo de suas próprias convicções éticas?

Para responder a esta questão crucial, retorna-se ao segundo princípio da dignidade humana, que determina a cada pessoa a responsabilidade de julgar e decidir por si, e sem imposição externa, seus valores éticos a seguir e cultivar. “Por tanto, me impide aceptar cualquier manipulación de mi cultura que sea a un tiempo colectiva y deliberada, que organiza el poder colectivo y los bienes de la comunidad como un todo e intenta influir sobre las elecciones y valores éticos de sus miembros. Eso es subordinación”³⁵⁹. Assim, fica claro que a responsabilidade pessoal, sobre a sua própria vida, resta vulnerável quando se permite que a maioria imponha a toda coletividade seus valores éticos, como se estes fossem, necessariamente, aqueles ideais para todos.

Por isso, o melhor modelo para a relação entre religião e Estado, na democracia, é o laico tolerante, principalmente compreendendo que a própria democracia tem, por fundamento, a dignidade da pessoa humana, baseada no princípio do igual valor intrínseco de todos e de

³⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **La democracia posible**: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008. p. 98-99.

³⁵⁸ Ibid., p. 100.

³⁵⁹ Ibid., p. 101.

cada pessoa, e, sobretudo (para a questão aqui analisada), o princípio da responsabilidade pessoal pelas decisões éticas consideradas adequadas para a realização de uma vida boa.

Portanto, verifica-se que o fenômeno analisado – que (con)funde religião e Estado, seja pela pretensão de imposição de determinada moral religiosa ao conjunto da sociedade pela chamada Bancada Evangélica, seja por decisões equivocadas dos demais Poderes da República – é duplamente predador da democracia. Primeiro, quanto à questão procedimental da escolha dos representantes numa democracia representativa, ou seja, frente à força exercida pelas igrejas, cujo resultado se mostra extremamente positivo diante de seu enorme poder de intervenção e influência nas decisões dos fiéis eleitores. Considerando todos os meios utilizados, há um desequilíbrio injustificável no processo eleitoral, tendo em conta que, numa democracia representativa, uma das principais questões pertinentes à correção e à legitimidade diz respeito ao número que cada força social consegue angariar como seus representantes. Assim, a inflação de parlamentares, conquistados por meio de práticas que desequilibram substancialmente a necessária paridade de condições entre os concorrentes, produz uma primeira fissura no processo democrático, que pode ser caracterizada como uma forma predadora da democracia.

Entretanto, o prejuízo à democracia não se apresenta apenas no desequilíbrio de condições eleitorais dos candidatos e das forças que eles representam, mas, também, no resultado final do processo que se mostra concretamente no número de representantes eleitos e, portanto, na capacidade quantitativa de inserção nas deliberações que se seguirão. O prejuízo maior à democracia encontra-se na questão relacionada a algumas ideias, com a pretensão de universalização de uma moral religiosa, defendida a partir dessas representatividades. Portanto, diz respeito não somente à questão procedimental da democracia, mas igualmente à substancial, a partir dessa capacidade de inserção e influência procedimental e substancial.

Quando a religião, que se confunde com a política, traz para a seara pública exatamente aqueles mesmos preceitos defendidos pela moralidade interna de determinada religião (mesmo que todas as religiões defendessem esses mesmos preceitos morais), não faz bem à democracia. Transforma-se, na verdade, em algoz. Torna-se, assim, uma predadora da democracia, olvidando que a preservação do regime é essencial para a sua própria existência de forma livre e sem qualquer ingerência do Estado ou de outra instituição que seja.

Mesmo que mais uma vez se diga o óbvio, ele também precisa ser dito. Defender a democracia contra seus predadores não significa levantar qualquer questão contra essa ou aquela religião, ou qualquer prática religiosa que seja, suas ideias ou sua moral. Pelo contrário, defender a democracia é defender a liberdade de existência e de exercício individual e coletivo

de culto de qualquer religião, com base nos fundamentos jurídicos prescritos na Constituição Federal, e nos fundamentos filosóficos das dimensões da dignidade humana. Da mesma forma, a defesa da possibilidade da existência de qualquer religião também significa a defesa irrestrita da própria democracia e do respeito à dignidade humana.

3.4 DA (CON)FUSÃO ENTRE RELIGIÃO, MÍDIA E PODER ECONÔMICO

Quando se trata da confusão, sempre havida, entre os interesses público, privados e políticos que sustentam os meios de comunicação, envolvendo as concessões de outorgas de rádio e televisão no Brasil, é necessário lembrar que esse assunto não envolve apenas as motivações de grupos políticos. Durante toda a história da radiodifusão no Brasil, as igrejas, líderes e grupos religiosos também sempre se aproveitaram desse cenário, de confusão patrimonialista, para a defesa de seus interesses e garantia de suas próprias outorgas de canais de rádio e televisão.

Portanto, a relação entre a mídia e a religião no Brasil não é um fenômeno novo. Pelo contrário, é anterior ao próprio nascimento da radiodifusão brasileira, que aconteceu oficialmente em 07 de setembro de 1922. O pioneirismo do rádio no Brasil é atribuído ao padre Landell de Moura, que, em 1893, já fazia os primeiros experimentos desse novo meio de comunicação. Por isso, passou a ser conhecido como o “pai brasileiro do Rádio”³⁶⁰. No início de 1940, Roberto Rabelo passou a apresentar *A voz da profecia*, um programa da Igreja Adventista do Sétimo Dia. Em 1945, já havia 45 emissoras de rádio do Estado de São Paulo retransmitindo esse programa.

Os missionários pentecostais, ligados ao movimento *Cura divina*, chegaram na década de 1950. “[...] Manuel de Mello iniciou o seu próprio programa, *A Voz do Brasil para Cristo*, pregando a realização de milagres por meio da interação espiritual entre o locutor e o ouvinte”³⁶¹. Esse programa proporcionou as condições de disseminação necessárias e suficientes para a criação da primeira igreja pentecostal brasileira, a Igreja *O Brasil para Cristo*. Começou assim a relação, que continua avançando até hoje, entre essas duas instituições de poder na sociedade brasileira.

³⁶⁰ CASTRO, José de Almeida. **História do rádio no Brasil**. Brasília, DF: Associação brasileira das emissoras de rádio e televisão – ABERT, [2017?]. Disponível: <http://www.abert.org.br/web/index.php/quemsomos/historia-do-radio-no-brasil>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³⁶¹ CAMPOS, Leonildo S. Evangélicos e mídia no Brasil: uma história de acertos e desacerto. **Revista de Estudos da Religião**, [S.l.], p. 31, set. 2008.

O novo pentecostalismo, fundado na ideologia da prosperidade, criou eficientes formas de arrecadação financeira, que, numa relação de duas vias com os meios de comunicação de massa, tornou possível o reinvestimento nesses mesmos instrumentos. Essa realidade, posteriormente, também foi transferida para a televisão, que apenas se modernizou e se potencializou com o passar do tempo. Com isso, “[...] uma rede capilar de templos locais ligados a uma sede ‘nacional’ ou ‘mundial’ possibilitou o surgimento de um caixa único [...] Esse foi o segredo que lhes possibilitou acumular recursos à vista, que foram usados para a aquisição de emissoras de rádio e de televisão”³⁶².

Hoje, com a imensa quantidade de programas religiosos, ocorre uma luta incomum entre as diversas igrejas neopentecostais pelos espaços midiáticos, cujas grades de programação das TVs comerciais não conseguiram mais dar conta. Por isso, as próprias igrejas e suas lideranças religiosas passaram a comprar seus canais de rádio e televisão. Assim, se agudiza ainda mais a luta pela maior fatia de fiéis possível, o que redundará em mais poder religioso e econômico. Afinal, com a conquista da fé dessas pessoas, há um aumento dos dízimos e das vendas de todo e qualquer produto que possa ser agregado a ele, em troca de uma benção divina.

Dessa forma, a relação entre essas duas instituições, a religião e os meios de comunicação de massa, levou à potencialização de seus poderes, possibilitando a instituição e o acoplamento da terceira instituição aqui analisada, que é o poder econômico³⁶³. Na realidade brasileira, é possível verificar o que acontece quando a *religião, a mídia e o poder econômico* se somam para os objetivos políticos.

Apenas como exemplo, nas eleições de 2002, praticamente a metade dos parlamentares eleitos pela IURD haviam atuado como radialistas, antes de participarem do processo eleitoral. Isso proporcionou a formação, junto ao futuro eleitorado, de uma personalidade pública conhecida, ampliando, com isso, o campo de influência desses atores religiosos. “[...] verificou-se que, além dos programas radiofônicos, todos participaram, seja na condição de apresentador,

³⁶² CAMPOS, Leonildo S. *Evangélicos e mídia no Brasil: uma história de acertos e desacerto*. **Revista de Estudos da Religião**, [S.l.], p. 31, set. 2008.

³⁶³ É possível que seja de difícil distinção entre o que efetivamente sejam bens pessoais e os bens das respectivas igrejas, assunto que não é objeto do presente estudo. Mas, para fins meramente exemplificativos, pode-se verificar as informações publicadas pela Revista Forbes, em janeiro de 2013, sobre a relação dos pastores mais ricos do Brasil. Conforme aquela revista norte-americana, a relação é a seguinte: Em primeiro lugar, Edir Macedo, da Igreja Universal do Reino de Deus, com total de US\$ 950 milhões de dólares; depois vem Valdomiro Santiago, da Igreja Mundial do Poder de Deus, que amealhou a quantia de US\$ 220 milhões de dólares; em terceiro, Silas Malafaia da Assembleia de Deus Vitória em Cristo, com um acúmulo de US\$ 150 milhões de dólares; em quarto lugar, o pastor RR Soares, da Igreja Internacional da Graça, com bens equivalentes a US\$ 125 milhões de dólares; e por fim, Estevam e Sônia Hernandez, da Igreja Renascer, com um acúmulo de US\$ 65 milhões de dólares. ANTUNES, Anderson. *The Richest Pastors in Brazil*. **Forbes**, [S.l.], 17 jan. 2013. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/andersonantunes/2013/01/17/the-richest-pastors-in-brazil/#2b93899f5b1e>. Acesso em: 01 nov. 2017.

seja na de convidado, da programação produzida e transmitida na rede de televisão dos próprios grupos religiosos ou veiculada nos horários alugados nas TVs comerciais”³⁶⁴.

Essa prática passa a formar uma opinião pública que lhes é amplamente favorável. Essa formação potencializa-se, principalmente, nas igrejas neopentecostais, porque elas conseguem juntar (a) uma forte liderança espiritual, que desencadeia o processo de formação da opinião pública; (b) disponibilidade de um forte poder econômico; (c) uma grande rede de meios de comunicação de massa, para publicizar, difundir essas ideias, convencendo de sua correção e bondade; (d) um grupo homogêneo de seguidores dessas ideias (que, por si, já seria suficiente para a intensa defesa delas), que, com a disponibilidade do poder econômico e midiático, consegue produzir conquistas que nenhum outro grupo expressivo teria condições³⁶⁵.

Portanto, a conjunção dessas três instituições, quando direcionadas à finalidade de participação dos processos eleitorais democráticos, tem a capacidade de torná-los antidemocráticos, produzindo resultados positivos em seu favor, mas negativos à democracia. Isso porque, possivelmente, nenhuma outra instituição tenha o mesmo poder. Por isso, entende-se pela nocividade dessa prática, qualificando essas instituições, seja separadamente, seja (com muito mais potencialidade) unidas, como predadoras do processo democrático e da democracia em si.

Há que se ter cuidado, portanto, com os predadores e com as predações da democracia. Assim como não pode haver poder absoluto (nem mesmo na vontade majoritária), ou quase unânime, de uma maioria que se torna capaz de esmagar vontades minoritárias em nome de morais pessoais ou coletivizadas *ad hoc*, muito menos uma democracia substancial pode suportar o poder absoluto de uma minoria que detém o poder de controle social, utilizando-se do processo de votação majoritária para a busca de sua legitimação *democrática*. A soberania democrática não pode ficar à mercê de ser *conquistada* pelo falso canto da sereia do poder econômico, que instrumentaliza e corrompe o processo democrático, *comprando* um poder que, depois, descarta qualquer necessidade de *accountability*, pois, como um poder *adquirido*, age de forma absoluta em defesa de seus interesses. Portanto, não há a quem prestar contas, a não

³⁶⁴ MACHADO, Maria das Dores Campos. **Política e religião**: a participação dos evangélicos nas eleições. São Paulo: FGV Editora, 2006. p. 152.

³⁶⁵ Quando se fala em grupo expressivo, se está a referir a grupos que conseguem produzir sozinho (ou em conjunto com outros grandes grupos alinhados – ou aliados) resultados que nenhum outro grupo conseguiria, nem formar alianças substanciais em condições de redirecionar o rumo de questões importantes que afetam a vida de todo o conjunto social, como são questões relacionadas ao aborto, às relações homoafetivas, armamento ou desarmamento etc. Portanto, a distinção é necessária para não confundir com grupos que também podem ser hegemônicos e intensos (minorias ou individualidades que podem formar grupos ao seu entorno), mas que não conseguem alcançar conquistas de grande repercussão por serem numericamente pouco expressivos e cujas alianças pontuais não conseguiriam um resultado como aquele grupo anterior.

ser ao próprio capital econômico (que cobra a sua conta sempre com a eficiência que lhe é peculiar)³⁶⁶.

A democracia também não pode ser submetida nem mesmo a uma opinião pública ou *publicada* majoritariamente, formada de modo inautêntico e influenciada não pelo público de forma geral, mas por uma cadeia de interesses que tem o poder da interferir, fomentar e implementar, no seio da chamada opinião pública, as suas opiniões particularistas que, ao fim, são *douradas* e disseminadas como opinião pública. Os meios de comunicação, como os demais atores da cena política e social, têm lado, posições e interesses – seus e os de quem estão a serviço – a defender. Portanto, o argumento (específico) de voz isenta e imparcial, a serviço do público em geral, está contaminado de todo o conteúdo pretensioso de defesa de seus interesses – que, para isso, precisa difundir a ideia de que não possui interesse para além da *boa e correta* comunicação social. Agindo assim, portanto, exercem o seu poder simbólico sobre uma quase totalidade social, que não consegue ver e muito menos compreender esse exercício.

Por fim, muito menos a democracia autêntica tem condições de suportar a interferência de uma legião de *eleitos* que detêm o poder de impor a sua moral e implementar a sua pretensão de esmagar os ímpios e os infiéis. Assim como acontece com o poder econômico e o poder midiático, o poder religioso, quando age de forma a preda a democracia, opera tanto no aspecto procedimental quanto no aspecto substancial. O caráter procedimental se refere aos processos eleitorais em que uma minoria, utilizando-se de poderes que concentram, consegue convencer a maioria de que serão representados e defendidos em seus interesses.

Na verdade – o que é ainda pior –, muitas vezes sequer apresentam interesses dessa maioria como futuramente defensável, mas, sim, como seus próprios interesses, como se estes fossem daqueles que os elegerão. Já no aspecto substancial, apenas se dá a continuidade da democracia predada e manipulada que se iniciou lá no próprio processo de seleção, já que a *conquista* do poder lhes permite a implementação da defesa de seus interesses – ou de seus verdadeiros representantes – e não daqueles que os elegeram.

Diante do que se viu, é necessário compreender que a democracia precisa ser constantemente fortalecida e defendida de seus predadores, principalmente quando estes são,

³⁶⁶ Nesse aspecto, é de se frisar a denúncia de Boaventura de Souza Santos: “a Europa hoje é governada por Vice-reis, que, como no tempo do colonialismo, vieram todos os mesmo Império, neste caso a Goldman Sachs: [o Primeiro-ministro em 2011-2012] Lucas Papademos, na Grécia; [o Primeiro-ministro de 2011 a 2013] Mario Monti, na Itália; [e o governador do Banco da Itália de 2006 a 2011] Mario Draghi, no Banco Central Europeu, são todos ex-funcionários da Goldman Sachs. E por isso, a democracia está suspensa, as constituições estão suspensas. E está é a realidade da Europa” SANTOS, Boaventura de Souza. **Diálogos globais: o sentido da democracia**. [S.l.], 2012 (13 min). 1 vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kKrfgLcY5W4>. Acesso em: 30 jun 2018.

também, instituições que dependem e - quando desempenham suas corretas funções - fortalecem a democracia. Para que essa proteção aconteça é preciso também que o conjunto social esteja imbuída de forma à exercer responsavelmente a cidadania.

Na atual quadra da história se vive sob a égide de uma Constituição democrática e socialmente comprometida, porém, o compromisso constitucional não se concretiza por si só; precisa ser constantemente buscado, num permanente exercício de cidadania. No mesmo sentido, o atendimento, por parte do Estado, das demandas sociais, constitucionalmente assumidas, somente é possível, na medida em que o próprio Estado se torne comprometido e em condições estruturais para o desempenho eficiente de suas funções. Portanto, esse será o tema que a seguir se verá.

4 CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA - O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DE UM ESTADO CONSTITUCIONALMENTE EFICIENTE

É na ideia de cidadania que o homem encontra a motivação e o entendimento da necessidade desse exercício e de sua relação cidadã com o Estado. O exercício da cidadania permite a compreensão dos direitos do homem frente ao Estado, bem como lhe confere obrigações e deveres. A democracia contemporânea, por não ser direta, mas, sim, representativa, precisa dispor de mecanismos de participação cidadã, de forma mais efetiva e com igualdade de condições. Sem isso, não há democracia.

Para esse exercício participativo, um produto contemporâneo mostrar-se decisivo no resgate do exercício da cidadania democrática, é a tecnologia da informação, que pode e deve ser usada como ferramenta indispensável nessa necessária comunicação entre o Estado e seus cidadãos. Essa nova ferramenta tecnológica, que atualmente mostra-se acessível a quase todas as pessoas, deve ser usada como uma prótese positiva, na busca de informações pertinentes e na exigência do atendimento ao dever de transparência por parte do Estado. Além disso, também pode servir de mecanismo de efetiva participação popular na tomada de decisões sobre atos e legislações que devam emanar do Estado, no atendimento de sua constitucional função.

Nesse mesmo sentido, o Brasil tem produzido legislações que tornam mais concreto o dever do Estado de informar e ser transparente nos seus atos. Tais mecanismos legais têm permitido a busca de informações pertinentes junto ao Estado, tornando possível tanto o atendimento das demandas do cidadão frente ao Estado quanto, também, a busca de informações sobre os próprios mecanismos e o funcionamento do Estado para que, assim, possa entender e buscar, da forma mais ampla possível, o seu direito/dever de exercício de uma cidadania efetivamente democrática. Assim, tais elementos tornam-se essenciais para a busca do concreto e eficiente atendimento das demandas e compromissos constitucionais.

4.1 A CIDADANIA NUM EXERCÍCIO CONSTANTE

A ideia de pertencimento a uma determinada comunidade (e, dentro dela, a titularidade de direitos e a assunção de deveres) é condição necessária para a compreensão do conceito de cidadania. Cidadania advém de *cives*³⁶⁷, um termo latino que designa a posição da pessoa na *civitas*. Na compreensão romana, a cidadania se refere a um núcleo que une os conceitos de direitos e deveres, definindo a posição das pessoas livres na República.

³⁶⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique ¿Ciberciudadaní@ o ciudadanía.com? Barcelona: Gedisa, 2004. p. 24.

Modernamente, foram as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII que deram à concepção de cidadania um novo significado, expandindo-a para alcançar os direitos fundamentais do Homem, como o direito à liberdade política e, posteriormente, a ideia do direito de igualdade, elementos precursores na formação do catálogo dos direitos fundamentais na concepção atualmente conhecida. Assim, dentro do contexto de Estado de Direito próprio de sua época, é na Revolução Francesa que a qualidade de cidadão foi exaltada, construindo a noção das liberdades³⁶⁸. Nesse sentido, a liberdade, conjugada com a possibilidade do exercício da cidadania por parte do indivíduo, passou a ter maior importância na compreensão de liberdade política, ligada à participação democrática do cidadão nas decisões importantes do Estado.

A esse período é creditado, portanto, a origem da imbricação dos conceitos de cidadania e direitos fundamentais no interior do Estado. Esse entendimento marca a modernidade, no que diz respeito às relações do Estado com todos os membros da respectiva sociedade. Dessa forma, a cidadania está claramente relacionada à ideia de pertencimento a um Estado³⁶⁹. Mas não de um pertencimento passivo, desinteressado. O exercício da cidadania requer uma concepção de pertencimento ativo, interessado, atuante e participativo. Por isso, o grau de exercício da cidadania é proporcional à inserção e à participação do indivíduo ou do grupo a que faz parte na própria vida do Estado.

Assim, a cidadania precisa ser exercida numa compreensão que resgata a necessidade de unir os conceitos de direitos e deveres do cidadão. Essa união é um elemento indispensável e fundamental para a concepção, compreensão e exigência dos seus direitos junto ao Estado, mas, também, do exercício responsável e comprometido de seus deveres para com o mesmo Estado e a sociedade.

A partir do segundo pós-guerra, a ideia de cidadania começa a passar por um processo de transformação, ampliando seus limites de compreensão para além da questão da nacionalidade (no sentido do Estado/nação territorialmente definido), surgindo uma nova concepção em decorrência dos processos de globalização. Conforme Frosini, no período da

³⁶⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique *¿Ciberciudadaní@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 35.

³⁶⁹ Para os limites desse trabalho, não serão abordadas as questões relacionadas à eventual dicotomia ou não dos conceitos de Estado-nação frente ao processo de globalização, mundialização ou comunidades multinacionais. O conceito de Estado que interessa aqui é o de um ente representativo da sociedade e que tenha capacidade de regular, minimamente que seja, as relações sociais no seio dessa mesma sociedade ou comunidade (local, regional ou global). Afinal, no que diz respeito à imbricação entre o exercício da cidadania e os direitos fundamentais, ou a cidadania num aspecto global, os direitos humanos encontram-se positivados na esfera internacional em diversas declarações da ONU, da OEA e outros organismos e instrumentos regionais e internacionais. Assim, além da concepção de cidadania num aspecto nacional, como Estado-Nação, é possível falar numa concepção de cidadania global ou cosmopolita.

Guerra Fria, como contraposição à União Soviética, nasce União Europeia. E, com o fim da União Soviética e, conseqüentemente, da Guerra Fria, se intensifica na Europa o processo de formação de uma cidadania europeia, caracterizando assim uma nova nacionalidade, como um fator decisivo “per la creazione di una coscienza comune dei popoli europei”³⁷⁰.

David Held³⁷¹ elabora um conceito de cidadania multinível, com uma nova definição, que permite a superação da compreensão da cidadania baseada exclusivamente num pertencimento a um Estado territorialmente definido, avançando para sua vinculação a normas e princípios gerais utilizados e consolidados em outros e diferentes aspectos. São os princípios da democracia e dos direitos humanos que dão apoio a essa nova concepção.

Assim, a definição de cidadania ganha contornos mais amplos, superando o território de um determinado Estado-nação, alicerçando-se tanto nos âmbitos local, nacional, regional e global. Reforçando essa compreensão, Habermas³⁷² afirma que: “Somente uma cidadania democrática, que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um *status de cidadão do mundo*, que já começa a assumir contornos em comunicações políticas em nível mundial”.

É nesse sentido que Limberger³⁷³ chama atenção para a necessária modificação e superação do conceito de cidadania vinculado a um Estado-nação, buscando a sua expansão para alcançar a universalização dos direitos humanos. Com Pérez Luño³⁷⁴, é impositivo reconhecer que, hoje, mais do que em qualquer outra época, fazem sentido as exigências de conceber os direitos humanos como garantia universal, independente de questões de raça, língua, sexo, religião ou convicções ideológicas³⁷⁵, produzindo, assim, uma concepção de cidadania universal, para além das fronteiras territoriais dos Estados-nação.

Assim, a cidadania precisa ser comunitária e multicultural. O exercício da cidadania comunitária e com uma ótica multicultural pressupõe a necessidade da coexistência das diferentes culturas e tradições. A pretensão de uma cidadania comunitária, que não respeita as

³⁷⁰ FROSINI, Vittorio. **La democrazia nel XXI secolo**. Roma: Ideazione Editrice, 1997. p. 123.

³⁷¹ HELD, David. **Un pacto global**: la alternativa socialdemócrata al consenso de Washington. Madrid: Taurus, 2005. p. 152-154.

³⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 304.

³⁷³ LIMBERGER, Têmis. Direitos humanos na era tecnológica. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 346-366, 2014.

³⁷⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La ley, 2011. p. 94-95.

³⁷⁵ Nesse sentido, Pérez Luño também denuncia que, “como contrapunto regresivo, a los ideales humanistas cosmopolitas se opone ahora el resurgir de nacionalismos de zafio cuño tribal y excluyente que, como los nacionalismos de cualquier época, han hecho cabalgar de nuevo a ‘los cuatro jinetes del Apocalipsis’: el hambre, la peste, la guerra e la muerte, en aquellos lugares en los que la barbárie nacionalista ha impuesto su sinrazón”. PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 95.

diferenças, não é o exercício da cidadania, mas, sim, a de um poder de subjugação, seja pela questão da maioria numérica em detrimento da(s) minoria(s), seja por questões de poder econômico de determinada minoria privilegiada.

Assim, a cidadania, seja ela em um enfoque nacional ou global, precisa necessariamente conter, na sua concepção, a compreensão da exigência tanto da proteção dos direitos do cidadão quanto do exercício de seus deveres, para, assim, construir a busca de uma cidadania que possa englobar os direitos humanos como uma conquista universal desde a comunidade local até a mundial. Contudo, somente é possível o exercício da cidadania, na sua plenitude, havendo democracia substancial e plena.

4.1.1 Cidadania e Democracia: dois conceitos imbricados

Cidadania e democracia são dois conceitos que precisam ser exercidos de forma imbricada. Ou seja, dependem de sua mútua existência e exercício para que ambos possam se fortalecer na prática. Portanto, a imbricação entre democracia e cidadania não é apenas desejável, mas fundamental para o desenvolvimento mútuo de suas práticas.

A compreensão e o exercício efetivo da cidadania é uma questão fundamental quando se pretende, por exemplo, que o Estado, no qual se está inserido, seja eficiente³⁷⁶. Nesse aspecto é que importa reforçar a imbricação indispensável entre cidadania e democracia, pois a possibilidade de se verificar concretamente se o Estado mostra-se ou não eficiente pressupõe, em primeiro lugar, a possibilidade dessa verificação, ou, de outro modo, a possibilidade do exercício democrático de um direito de participação e fiscalização. Assim, a existência de um regime democrático é condição de possibilidade para a participação popular e, portanto, do exercício da cidadania. Por isso, não há como exercer a cidadania sem a existência de uma efetiva democracia.

Dessa forma, é possível compreender que a existência de um regime democrático, no exercício de poder do Estado, não é garantia de participação cidadã (ou, no caso, a fiscalização ao atendimento do princípio da eficiência por parte do Estado, pelo contrário, é apenas a

³⁷⁶ É importante se salientar, aqui, que, quando se fala em eficiência estatal, como consequência ao atendimento do princípio da eficiência, esse conceito, na realidade brasileira, não prescinde a observação de alguns critérios essenciais, como os aspectos tanto quantitativos quanto qualitativos da eficiência. De igual modo, o alcance dos serviços prestados de forma eficiente deve atingir a universalidade das pessoas que dele necessitam. Dessa forma, a eficiência do Estado Brasileiro somente pode ser atingida mediante a prestação de um bom serviço público à totalidade das pessoas que deles necessitam. Tais critérios mínimos, portanto, são imprescindíveis para se definir um Estado eficiente, considerando os preceitos da Constituição Brasileira. O conceito, nesse sentido, do princípio da eficiência, foi tratado em KOSSMANN, Edson Luís. **A constitucionalização do Princípio da Eficiência na administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

possibilidade, mas ainda não a sua concretização). A democracia torna o indivíduo livre para exercer a sua cidadania. Faculta essa possibilidade. Mas não a torna real por si. A efetiva concretização dessa possibilidade ocorre com a prática desse segundo elemento da necessária imbricação, ou seja, com o efetivo exercício da cidadania.

Assim, pode-se dizer que é possível a existência de um regime democrático (ao menos no seu sentido formal), sem um efetivo exercício da cidadania por parte dos indivíduos que pertencem a esse Estado (ou um exercício de cidadania também no sentido procedimental-formal). Porém, sem democracia, não é possível o exercício da cidadania. Esta somente é possível com a existência daquela. Pode-se compreender, assim, que pode haver democracia, ao menos no sentido formal, sem o efetivo exercício da cidadania. Mas jamais cidadania sem democracia.

É por isso também que o exercício da cidadania, no seu sentido efetivo, consiste num duplo grau de exercício: busca-se direitos, mas, também, a responsabilidade de exercer deveres, como cidadão. Para esse duplo agir, há a necessidade do pleno reconhecimento de todas as liberdades, o que efetivamente só pode acontecer em sociedades democráticas.

Assim, também ocorre o reconhecimento do direito e da necessidade de cada pessoa assuma a sua própria responsabilidade nos procedimentos e atos do Estado que lhe afetam. Por isso, é necessário produzir e reconhecer formas de participações efetivas e dinâmicas na tomada de decisões factuais ou legislativas no âmbito do Estado, como verdadeira forma de pertencimento interessado e democraticamente comprometido.

4.1.2 A Participação do Cidadão e suas Possibilidades: condições necessárias para a legitimidade do Estado democrático

Compreendendo a democracia num processo sempre inacabado e em constante transformação³⁷⁷, é de se salientar que essa democracia representativa, na sua forma tradicional apenas, já não satisfaz aos anseios populares. Há sempre um desejo e a necessidade por mais democracia. Embora possa parecer um processo tautológico, os problemas da democracia somente podem ser enfrentados com mais democracia. Mesmo que nunca se chegue a uma democracia perfeita – pois essa perfeição é uma utopia a ser sempre perseguida –, há sempre a necessidade de um caminhar rumo à produção de mais e de melhor democracia.

³⁷⁷ Isso não significa que a democracia esteja em um constante processo evolutivo. São conhecidos os retrocessos sofridos pela democracia, principalmente nos países periféricos e naqueles em que as conquistas da modernidade ainda teimam em não se concretizar.

É importante, assim, ter a clareza de que a democracia completa e perfeita é um horizonte que jamais será alcançado. Entretanto, é somente nessa busca incessante que a democracia se constrói num permanente devir. Nesse aspecto, democracia não é um objeto a ser buscado e um dia encontrado, mas uma constante construção. A democracia se faz na sua própria construção. Jamais será um projeto acabado.

4.1.2.1 O Exercício da Cidadania Democrática Contemporânea com o Auxílio da Tecnologia – Condição de Necessidade e possibilidade

Embora ainda haja grandes desafios a se enfrentar, a modernidade³⁷⁸ tem legado à humanidade conquistas significativas. No aspecto jurídico-político, uma das grandes conquistas é a consagração do princípio de que a legislação deve emanar da soberania popular. Todo poder emana do povo, seja de forma direta ou por meio da democracia representativa, como estabelece a Constituição brasileira.

Embora este postulado seja um dos elementos básicos do Estado de Direito, e fundamento de sua própria legitimidade, um dos graves problemas que afetam grande parte da legislação atualmente produzida é o afastamento de seus próprios destinatários: “[...] la inflación legislativa y la própria estrutura formal de la ley, cada vez más sofisticada y formalizada, han producido efectos negativos tales como rigidez, burocratización e ineficacia”³⁷⁹. O problema não consiste na quantidade de leis produzidas, pelo contrário, há, no dizer de Pérez Luño, uma “inflação” de leis com resultados ineficazes, produzidas sem a devida atenção a um processo efetivamente democrático. Esse distanciamento entre o cidadão e o Estado/legislador produz um crescente descrédito tanto na própria legislação quanto no seu processo de produção, que ocorre alheio aos interesses e opiniões de seu destinatário: o povo.

Uma forma de resposta a esse descrédito consiste na produção de mecanismos procedimentais e reformas institucionais que tornem o Direito mais acessível e útil para o conjunto da cidadania. Com Pérez Luño, pode-se afirmar que recuperar e promover a

³⁷⁸ A negação da modernidade, na busca de um conceito pós-moderno, induz à abertura de pretensões que abandonam valores básicos da modernidade, com a racionalidade, a liberdade, a igualdade e a fraternidade universal. Nesse sentido, conclui Pérez Luño, dando razão a Habermas, ao indicar “que la modernidad constituye un proyecto inacabado, y que en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La ley, 2011, p. 131.

³⁷⁹ Ibid., p. 118.

participação efetiva e consciente dos cidadãos no processo legislativo consiste num dos desafios mais importantes para os Estados de Direito com orientação democrática³⁸⁰.

Pérez Luño trabalha com novos conceitos, como *cibercidadania* e *teledemocracia*. Esses conceitos já produzem nas sociedades avançadas um desenvolvimento tecnológico e de difusão na internet, de mecanismos que permitem uma participação direta e plebiscitária do cidadão na elaboração e aprovação de textos normativos. “El principio democrático que concibe la ley como expresión de la voluntad popular, ya no será un mero postulado ideal y contrafáctico, en la medida en que reflejará la participación real y efectiva de los ciudadanos en la aprobación de las leyes”³⁸¹.

Como a participação direta do cidadão na produção de toda a legislação é algo inviável e até desaconselhável, as propostas desenvolvidas, desses mecanismos de radicalização da democracia, devem ser usadas para discussões e decisões sobre grandes temas norteadores da vida contemporânea. Tais medidas poderão tender a produzir um menor número de leis, porém, com maior eficácia na sua aplicação, assimilação e aceitação, pois carregam um maior grau de legitimidade e comprometimento.

Em seus estudos voltados ao desenvolvimento humano – tanto no sentido libertário quanto em relação à produção de materiais –, propulsionado pela informação e pela comunicação –, Frosini descreve o caminho seguido pela comunicação e seus meios e instrumentos. Parte da própria fala humana, passando pela escrita ideográfica e a escrita impressa, chegando aos meios de comunicação de massa, como o rádio, o cinema e a televisão, para, finalmente, encontrar seu ápice com as novas tecnologias que proporciona a telemática e, com ela, a verdadeira sociedade da informação³⁸². O progresso científico e tecnológico produziu uma verdadeira ruptura na produção econômica e no desenvolvimento político e social do ser humano.

A partir da correlação da ideia de liberdade com a de poder, Frosini destaca o aspecto da tecnologia científica que passou a possibilitar uma nova forma de liberdade, a qual denominou “La libertà informática”, convertida num novo instrumento de liberdade. O autor já encontra aí um novo caminho, que pode levar a uma profunda modificação nas relações de poder do Estado, principalmente como um instrumento social “destinato a modificare profondamente il rapporto fra governanti e governati nel quadro di una nuova democrazia di massa”³⁸³. Essa modificação,

³⁸⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La ley, 2011. p. 118.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 119.

³⁸² FROSINI, Vittorio. **L'umo artificiale: ética e diritto nell'era planetária**. Milano: Spirali Edizione, 1986. p. 138-139.

³⁸³ *Id.* **La democrazia nel XXI secolo**. Roma: Ideazione Editrice, 1997. p. 80.

predita pro Frosini, tem, na preocupação com a democracia, o seu principal motivador.

A internet não é, em si, um instrumento que produz apenas resultados positivos para o conjunto da população. Pelo contrário. Em sua análise em relação aos atuais aspectos da internet no que diz respeito à sua capacidade como tecnologia de controle e afronta aos direitos de liberdade e privacidade das pessoas, ou à própria questão da soberania dos Estados, Castells lembra que, paradoxalmente, a internet foi criada como um meio para a liberdade, mas que, “nos primeiros anos de sua existência mundial, a internet pareceu prenunciar uma nova era”³⁸⁴. Porém, analisando de forma particularizada, no aspecto da internet como uma tecnologia que abre, ao cidadão, uma janela ilimitada na busca de informações inerentes ao Estado e à administração pública, pode-se efetivamente afirmar que se trata de algo inovador, com a real possibilidade de acesso a informações de forma direta e ilimitada, como sequer se pudesse imaginar antes de seu advento.

É por isso que a democracia política³⁸⁵, inerente a um Estado democrático, principalmente em relação à democracia representativa, tem nos meios e mecanismos de informação eletrônica, especialmente na internet, um instrumento de fundamental importância para o seu desenvolvimento e aprimoramento. Na sociedade tecnológica, o indivíduo participa do que Frosini denomina de circuito de informação, com base num feixe de princípios, formados pelas crenças morais, costumes sociais e por instituições jurídicas, próprias do tempo atual. Esse circuito de informações proporciona a aquisição de um conhecimento mais difuso e uma consciência maior sobre os valores da civilização, como uma civilização do mundo³⁸⁶.

Em relação à utilização das novas tecnologias da informação (como instrumentos essenciais à prática da cidadania e da democracia contemporânea), Frosini destaca que, já no final do século XX, se conheceu um novo direito de liberdade, o direito de informação automatizada, liberdade de informática e, hoje, a liberdade de internet. As primeiras discussões no sentido da regulamentação desse direito ocorreram em 1981, nos organismos da Comunidade Europeia³⁸⁷. Portanto, é fruto de uma discussão bastante atual a chamada Sociedade da Informação ou Sociedade Tecnológica, com suas complexidades e sua progressiva e, até hoje, ilimitada, capacidade comunicativa e informativa.

³⁸⁴ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio: Zahar, 2003. p. 139.

³⁸⁵ Não se ignora que o próprio processo de globalização sempre teve como motivador inicial os ganhos econômicos que poderia produzir. Não é diferente com os avanços tecnológicos e científicos. Contudo, mesmo em relação ao mercado, há a possibilidade, dentro dos ideários da ideologia liberal, de um ganho no sentido de uma democracia de mercado.

³⁸⁶ FROSINI, Vittorio. **La democrazia nel XXI secolo**. Roma: Ideazione Editrice, 1997. p. 126.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 146.

Esse assunto envolve tanto a intersubjetividade das relações que nascem das atividades proporcionadas pela informática, telemática e comunicações desta ordem, assim como a obtenção e a transmissão de dados por meios eletrônicos.

Uma grande questão que, atualmente, se coloca, é a solução dos conflitos e litígios relacionados à pirataria, ao comércio virtual, à progressiva invasão de privacidade, aos direitos autorais e à propriedade industrial e à intelectual etc.³⁸⁸ Com o objetivo de garantir essa igualdade, o Brasil aprovou o chamado Marco Civil da Internet³⁸⁹. Esta legislação nacional “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”³⁹⁰. Assim, mesmo frente aos conflitos e desafios que se apresentam nesta “sociedade da informação”, verifica-se que, contemporaneamente, há a possibilidade de uma evolução da sociedade humana e do próprio indivíduo, e, conseqüentemente, no processo de desenvolvimento efetivo da cidadania democrática, sem precedentes em nossa história. A informação automatizada, assim como os seus instrumentos, são entendidos por Frosini como próteses de caráter intelectual em auxílio à inteligência humana, que proporciona um novo mundo, produzindo uma nova fronteira da liberdade³⁹¹.

³⁸⁸ A questão mais emblemática foi a série de denúncias feitas pelo ex-analista de inteligência norte-americano Edward Snowden, que trabalhou como colaborador da Agência Nacional de Segurança americana e funcionário da Agência Central de Inteligência Americana, a CIA. Através de denúncias que iniciaram nos jornais *The Guardian* e *The Washington Post*, Snowden mostrou detalhes de vários programas que constituem o chamado sistema de vigilância global americano. Suas denúncias mostraram que a CIA, somente no Brasil, espionava milhões de telefones e e-mails, tanto de autoridades e órgãos públicos, quanto de pessoas e empresas privadas. O mesmo acontecia em inúmeros outros países (122 chefes de Estado), inclusive, naqueles considerados parceiros militares ou comerciais, o que efetivamente causou enormes constrangimentos e promessas de medidas corretivas e de proteção. Agência de Segurança dos EUA fez mais de 300 relatórios sobre Merkel. **Agência Brasil**, [S.l.], 29 mar. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 24 nov. 2017.

³⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2014/03/agencia-de-seguranca-dos-eua-fez-mais-de-300-relatorios-sobre-merkel>. Acesso em: 24 nov. 2017.

³⁹⁰ “O Marco Civil da Internet tem por objetivo a garantia da liberdade de expressão, a proteção da privacidade e de dados pessoais, a neutralidade da rede (impedindo que os custos de uso da rede sejam estabelecidos conforme o tipo de uso que o internauta pretende) e a liberdade dos modelos de negócio. Para atingir esses objetivos, a lei estabeleceu uma série de direitos e obrigações. Entre os direitos estão o do usuário de ter o controle sobre os seus dados pessoais, a inviolabilidade e o sigilo de suas comunicações, a manutenção da qualidade contratada da conexão, a exclusão definitiva dos dados pessoais após o término do contrato com o provedor, e como, consumidor, que as informações no contrato com o fornecedor da conexão sejam claras e completas. No eixo das obrigações, o provedor da conexão deve guardar sob sigilo as informações de dados dos usuários (identificação do IP, data e hora início e término das conexões) pelo prazo de um ano; já o provedor de aplicativos deve guardar sob sigilo os dados de navegação do usuário pelo prazo de seis meses; deve ainda, a pedido das vítimas, retirar imagens e vídeos contendo cenas de nudez ou sexo que não têm autorização dos envolvidos. Essa regulamentação legal deverá ser respeitada na sua integralidade por todos os provedores, mesmo aqueles sediados no exterior”. KOSSMANN, Edson Luís. A evolução histórica dos instrumentos e mecanismos de proteção e garantia dos Direitos Humanos – conquistas e desafios. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco, 2015. p. 256-257.

³⁹¹ FROSINI, Vittorio. **La democrazia nel XXI secolo**. Roma: Ideazione Editrice, 1997. p. 148-151.

A internet e as redes sociais proporcionam, hoje, uma nova dimensão nas questões que dizem respeito à vida do cidadão, a seus direitos, seus deveres e à democracia. Essa nova dimensão não tem como consequência apenas uma maior oportunidade de acesso às informações, num sentido de acesso a uma maior quantidade de informações, mas, sobretudo, no aspecto qualitativo dessa relação. Esse novo ferramental tecnológico permite articular “con nuevos modos las relaciones sociales y, al mismo tiempo, de dar vida a formas variadas de acción política individual y colectiva [...]”³⁹².

É importante, porém, a compreensão de que isso não significa que, necessária e automaticamente, ocorrerá uma melhor qualidade nas informações disponíveis e acessadas, pois, com o excesso de informação que o sistema possibilita, não se pode desconsiderar que a própria consciência das pessoas corre o risco de ser alienantemente absorvida e poluída. Alienação, agora, não por falta de informações, mas, exatamente, pelo seu excesso. O excesso de informação, não ordenada e sistematizada, pode aprofundar ainda mais a despolitizada humana, produzindo uma constante confusão, com um acúmulo desproporcional de informação sem conteúdo. Não se permitiria, com isso, a tomada de posição em relação aos assuntos pertinentes, mas, diferente disso, se teria um processo de acumulação e assimilação de informações, no mais das vezes, sem qualquer aproveitamento no sentido do exercício de um poder criador de relações intersubjetivas e políticas, que permita o rompimento dessa nova forma de alienação.

Nesse sentido, é pertinente a análise feita por Pariser³⁹³ em relação ao constante e cada vez mais refinado processo de *personalização*, em curso atualmente na internet (o que aprofunda a identidade pessoal com os assuntos disponibilizados), a serviço, principalmente, dos interesses econômicos. Esse processo (embora possa parecer impossível), através de procedimentos de busca de informações pessoais – relacionados a assuntos sobre qualquer aspecto da vida, seja econômico, político, social, pessoal, familiar, religioso, sexual, esportivo, de lazer, profissional, acadêmico etc. –, coleciona dados que são, com seus *filtros invisíveis*, catalogados, sistematizados, reelaborados e reintroduzidos no sistema de forma personalizada. Com isso, o sistema consegue produzir conteúdos de forma tão específica e individualizada que não apenas identifica, segue e espiona a cada um dos indivíduos, mas, também, atende e, mais do que isso, produz conteúdo que reflete e induz a produção (in)consciente de desejos e interesses individuais em todos e cada um dos internautas.

³⁹² RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014. p. 347.

³⁹³ PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

Um dos exemplos citados por Pariser é o caso da *Acxiom*, que em 2011 tinha informações sobre 96% dos domicílios americanos e de meio bilhão de pessoas em todo mundo, que consistia em: “[...] nomes de seus familiares, seus endereços atuais e antigos, a frequência com que pagam suas contas do cartão de crédito, se têm cachorro ou gato (e de que raça), se são canhotos ou destros, que remédios usam (com base em registro de farmácia)... A lista de dados tem aproximadamente 1.500 dados”³⁹⁴. Portanto, inegavelmente, esse processo tem e terá cada vez mais, influência direta na vida atual e futura de toda e qualquer pessoa.

Outro aspecto que merece relevo pelo seu poder de influência, mesmo que de forma não claramente percebida, é a utilização da internet pelos grandes meios de comunicação social. Grandes grupos, formados por megaempresas, muitas vezes com ramificações internacionais, se utilizam desse mecanismo não somente para a difusão de suas informações, e, portanto, de suas opiniões e posições políticas ideológicas, mas, também, para o controle das próprias informações de forma geral. Assim, ampliam suas regiões de domínio, alcançando, inclusive, outras pessoas que, na sua versão tradicional de meio de comunicação, não alcançariam.

Assim, o cidadão que, na pretensão de buscar outras fontes de informação, para além daquelas tradicionais, como rádio, televisão e grandes jornais – acreditando estar ampliando seu espectro de informação –, não percebe que está, na realidade, buscando as mesmas fontes, porém, por outros organismos de meio.

Com isso, pessoas que passaram a usar a internet como forma alternativa de busca de informação não se dão conta de que muitas das informações veiculadas por esse meio são mera cópia das veiculadas por outras grandes mídias. Segundo o alerta de Klinenberg³⁹⁵, essa estratégia é utilizada pelas empresas multinacionais da comunicação, que convergem na direção da internet, com objetivos de ampliar sua voz e, conseqüentemente, seu poder. Dessa forma, a internet se tornou mais uma caixa de ressonância dos grandes grupos de comunicação, em que textos idênticos, sobre os mesmos assuntos e sob a mesma forma de contá-los, se repetem. Com isso, os impactos que esses megagrupos sempre geraram na formação da opinião pública, difundindo as suas ideias e interesses, não são ameaçados, pois os novos meios passam a ser instrumentos a sua disposição, em vez de confrontá-los ou, pelo menos, permitir um debate franco e democrático. Assim, a pluralidade da informação, que poderia fortalecer uma ética de cidadania, continua ameaçada e impedida.

³⁹⁴ PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 43.

³⁹⁵ KLINENBERG, Eric. Concentração & diversidade. Novas táticas dos monopólios da informação. **Observatório da Imprensa**, [S.l.], 9 jan. 2007. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/novas-taticas-dos-monopolios-da-informacao/>. Acesso em: 25jan. 2018.

A internet pode ser empregada de inúmeras formas distintas. Pode-se citar, pelo menos, três distinções consideráveis: para uma utilização meramente prática, para uma utilização visando ao entretenimento ou a um proveito educativo e cultural. Mas pode a internet oferecer crescimento cultural? Entende-se que sim, pois quem busca conhecimento e cultura na internet efetivamente encontra. A questão é que o conhecimento cultural não se efetiva apenas pelo fato de existir e estar à disposição em algum lugar. Há a necessidade de sua busca. É preciso haver um interesse por ele. Caso contrário, a sua existência (ou não) não traz nenhuma alteração ou qualquer benefício para quem quer que seja. Portanto, as pessoas precisam se interessar em buscar a internet como um instrumento de conhecimento e cultura. Assim, as possibilidades que a internet oferece são infinitas, tanto no sentido positivo quanto no negativo.

Contudo, considerando que se vive no mundo dos *pós* (da pós-modernidade, da pós-verdade e do pós-pensamento, entre outros), é preocupante a possibilidade da total alienação e perda de sentido racional, social e intersubjetivo que a internet pode produzir: “...los cibernautas ‘comunes’ corren el riesgo de perder el sentido de la realidad, es decir, los límites entre lo verdadero y lo falso, entre lo existente y lo imaginario. Para ellos todo se convierte en trampa y manipulación y todo puede ser manipulado e falseado”³⁹⁶.

Nesse sentido, o direito de acesso à rede não pode se resumir ao acesso meramente instrumental. É necessária a possibilidade de um acesso em sentido substancial. É preciso ter a liberdade de um acesso de qualidade. Importante, portanto, que se garanta o máximo de neutralidade da própria rede, para que o acesso à informação e ao conteúdo pretendido não tenham condições ou possibilidades diferenciadas, de acordo com a vontade do sistema que controla a rede, ou que controla o próprio conteúdo a ser distribuído em rede. É com base no princípio da igualdade que a regra da neutralidade de rede proíbe qualquer tipo de discriminação em relação ao conteúdo dos dados constantes ou que devem ser disponibilizados no sistema. Essa proibição de discriminação, que garante a neutralidade, visa a garantir o conteúdo, o interesse e os próprios tipos de serviços que são disponibilizados por meio da rede. A neutralidade, portanto, é uma condição prévia para o livre exercício do direito de acesso à rede de forma igualitária.

Ao não ignorar os próprios riscos inerentes ao atual processo tecnológico, Rodotà entende que, para enfrentar os desafios produzidos pelas novas tecnologias, é necessário reforçar e redefinir os princípios fundadores das liberdades individuais e coletivas³⁹⁷. Resta claro, portanto, a necessária superação dos marcos tradicionais do Direito.

³⁹⁶ SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Madrid: Taurus, 2012. p. 58.

³⁹⁷ RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014. p. 382.

Tendo por base os direitos humanos no sentido mais abrangente possível, Rodotà propõe a necessária consideração de acesso à internet como um direito fundamental da pessoa e “el conocimiento como un bien público global”³⁹⁸, possibilitando, dessa forma, o exercício de uma verdadeira cidadania digital. Essa concepção de cidadania digital altera, portanto, o seu conceito tradicional, que relaciona o cidadão a seu pertencimento e participação na vida da cidade no seu sentido real e físico. Conforme Limberger:

A virtualidade modifica o conceito de cidade física, mas continua necessitando do caráter de educação para que esse contato em rede sirva à civilização. O desafio consiste, assim, em que o espaço virtual não seja uma mera reprodução das mazelas existentes na vida real, mas seja possível, uma qualificação do debate, e não apenas uma manipulação da opinião pública³⁹⁹.

Assim, o acesso à rede diferencia e aprofunda a relação que o cidadão pode ter com o Estado na busca de informações, de serviços públicos disponibilizados – ou que necessitem de novas formas de lutas e conquistas. Enfim, um aprofundamento no próprio exercício da cidadania e da democracia, por meio de uma nova forma de acesso que somente a contemporaneidade pode experimentar.

É de se reforçar, entretanto, que o exercício da cidadania pressupõe estar de posse da informação correta e necessária, para que se dê da melhor forma possível. Informação é poder. Nesse sentido, a internet redistribui a informação e, portanto, o poder. Para além da distribuição de informações que ocorre de forma oficial e convencional e, por isso mesmo, muitas vezes viciada pelos interesses do sistema que controla esses mesmos meios de comunicação, Rodotà cita exemplos, como a *Wikileaks*, com a qual “la memoria de los Estados há sido desvelada, la transparência há ganado espacios y, de nuevo, el relato de los derechos se há tornado discurso sobre el poder”⁴⁰⁰. Além da *Wikileaks*, há, ainda, vários outros espaços cibernéticos em que essa informação não oficial e autorizada é veiculada. A *Al Jazeera* dispõem de um serviço, o *Transparency Unit*, que permite a disposição de material reservado, de forma anônima e segura. A *City University*, de Nova Iorque, dispõe de um sítio chamado *LocalLeaks*⁴⁰¹, que recolhe material reservado e repassa a muitos outros jornais locais⁴⁰².

³⁹⁸ RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014. p. 385.

³⁹⁹ LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: uma análise regional de municípios do Rio Grande do Sul com relação à efetividade da lei de acesso à informação pública e a concretização dos direitos sociais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014. p. 311.

⁴⁰⁰ RODOTÀ, op. cit., p. 369.

⁴⁰¹ Ibid., p. 372.

⁴⁰² É verdade que esses chamados *hackers do bem* somente o são enquanto as informações tornadas públicas são reveladoras de um processo de espionagem ou de encobertoamento de informações importantes e que provocam,

Portanto, quando se fala em transparência, a “memória do Estado”, citada por Rodotà, é revelada na sua forma mais explícita e clara: não por mecanismos oficiais, mas extraoficialmente por entidades como a *Wikileaks*⁴⁰³. Talvez por isso mesmo, essa não seja uma transparência turva, opaca, cujos fatos não se consegue visualizar, motivada pelo seu encobertamento por uma mera transparência formal e burocrática. Com a atual tecnologia, a possibilidade de coleta e armazenamento de informações em bancos de dados informatizados é quase sem limites. Porém, alerta Rodotà, que, quando se trata de informações públicas que possam permitir uma maior participação e controle nos assuntos do Estado, ainda se vive em um mundo ancorado numa cultura semelhante ao dos antigos arquivos físicos, em que as informações eram catalogadas e guardadas em papéis, fichas e outros meios, que tornavam difícil o acesso e a circulação de informações. “Y sin embargo, las informaciones están ahora al alcance de todos, accesibles desde la distancia, fáciles de divulgar”⁴⁰⁴.

Assim, uma das características fundamentais, que dão relevo à importância da tecnologia no acesso às informações públicas, é a sua proliferação e multiplicação de receptores de uma determinada informação ao mesmo tempo. Ou seja, o meio tecnológico permite que a mesma informação, que antes era disponibilizada de forma particularizada a quem a requisitasse, ou, no máximo, em sua exposição publicizada em determinado veículo de informação (muitas vezes para atender apenas a questões de legalidade formal⁴⁰⁵), agora consegue ser acessada por uma infinita quantidade de pessoas ao mesmo tempo, em qualquer lugar onde que se encontre, sem nenhum esforço ou custo a maior.

Por isso, a importância dos meios eletrônicos para a disposição da informação, para o desenvolvimento de uma cultura de participação popular e do exercício de uma efetiva democracia. Nas palavras de Limberger, a “cibercultura estimula a transparência, a publicidade,

por parte de seus receptores, estranheza e repúdio contra quem as coleta e armazena de forma secreta. Contudo, quando as informações são contrárias ao interesse geral, ou de grande parte de seus receptores, ou ainda dos interesses das minorias ou indivíduos que precisam ser respeitados, esses mesmos *hackers do bem* tornam-se do *mal*. Ou seja, varia conforme os interesses subjetivos (e valores morais) de cada um. Por isso, o controle e a divulgação das informações devem sempre ser reguladas pelo Estado, de forma democrática e transparente, sob pena de servir, como em regra acontece, apenas para interesses pessoais e de grupos poderosos.

⁴⁰³ Não se pode desconhecer, por óbvio, que há informações de intimidade e de segurança tanto das pessoas quanto do próprio Estado, que não podem ser reveladas. Porém, não pode ser, a pretexto de proteção que se possa permitir, num Estado democrático e que pretende ser transparente, que informações possíveis de serem reveladas, e importantes para o exercício da cidadania, sejam boicotadas ou camufladas a outros pretextos não republicanos.

⁴⁰⁴ RODOTÀ. Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014. p. 371.

⁴⁰⁵ Exemplo disso são as imposições legais para que determinadas informações sejam publicadas em diários oficiais ou jornais de grande circulação, como é o caso do que estabelece a Lei 8.666/93, conhecida por Lei das Licitações.

as inteligências coletivas, o aprendizado cooperativo, novas formas de organização social e maior responsabilidade pública”⁴⁰⁶.

Essa acessibilidade é de fundamental importância como um canal para que o cidadão tenha informações das questões inerentes ao Estado, e para que possa, dessa forma, participar ativa e democraticamente, exercendo, no maior sentido possível, a sua cidadania.

4.1.2.2 O Direito de Acesso à Informação e o Dever de Transparência – Mecanismos Legais para o Exercício da Cidadania

Princípios constitucionais são norteadores da atuação da administração pública, no Estado contemporâneo. Do princípio da publicidade deriva o dever da transparência e o direito de acesso à informação. Por diretriz constitucional, portanto, a ampla publicidade é um critério indispensável a uma república democrática, sendo um dos elementos norteadores do Estado, que lhe impõe o dever de ser transparente, ao mesmo tempo em que garante ao cidadão o direito à correta informação.

A transparência na administração pública é fundamental não apenas para possibilitar que o cidadão conheça e participe ativamente da vida pública, ou seja, das decisões que dizem respeito aos atos e políticas de Estado, mas, também, para conhecer e acompanhar os atos de seus próprios representantes (membros do corpo político-administrativo do Estado). Habermas observa que o exercício do poder público está constantemente exposto a tentações e, por isso, precisa de um permanente controle por parte da opinião pública⁴⁰⁷.

Essa opinião pública precisa ter mecanismos de formação para que possa ser o mais autêntica possível, ou seja, para que, efetivamente, seja produzida junto aos cidadãos, num constante exercício de cidadania, e não apenas formada por mecanismos de controle e manipulação. Por isso a importância da publicidade, da transparência e da informação, considerados direitos e mecanismos fundamentais para que a informação transparente e correta, por meio do efetivo atendimento ao princípio da publicidade, possa produzir uma correta informação para a formação da opinião pública⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: uma análise regional de municípios do Rio Grande do Sul com relação à efetividade da lei de acesso à informação pública e a concretização dos direitos sociais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014. p. 309.

⁴⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Unesp, 2014. p. 258.

⁴⁰⁸ O risco de uma opinião pública e, portanto, de uma democracia não autêntica e manipulada é denunciado por Castells, ao afirmar que “[...] a democracia tem sido sequestrada por profissionais da política [...]. A democracia

Embora em proporções e formas diferenciadas – considerando, inclusive as oportunidades que se colocam à disposição do representante, quando este ascende a uma função estatal específica –, os membros do corpo político do Estado, ou seja, os representantes eleitos são (ou deveriam ser) o reflexo daqueles representados. Assim, suas ideias e atos deveriam refletir, também, aquilo que pensam e querem os seus representados.

E, nesse aspecto, exalta-se, também, a importância da transparência para o conhecimento desses atos. É interessante como Sommermann destaca esse reflexo igualmente no sentido inverso. Ou seja, entende que uma maior transparência na administração pública acarreta, conseqüentemente, uma maior transparência na sociedade e nos atos de seus membros⁴⁰⁹.

Diretamente relacionado com este dever do Estado está a possibilidade do acesso à informação. O direito de acesso à informação, como uma das condições fundamentais para um Estado democrático, somente pode ser concretizado quando é atendida, de forma substancial, a regra da transparência. Assim, tanto o dever da transparência quanto o direito de acesso à informação estão diretamente relacionados com a correta compreensão de uma cidadania democrática.

A efetiva democracia pressupõe transparência da organização e da atuação estatal⁴¹⁰. Portanto, a democracia (tendo como ideia central a autodeterminação do povo, a “publicidade republicana”, nas palavras de Sommermann) serve para orientar a formação da vontade ao bem comum⁴¹¹. Assim, “la transparencia administrativa es un elemento esencial en la estrategia de restablecer la confianza en el sistema democrático e de salvaguardar el Estado de Derecho en una realidad siempre más compleja”⁴¹².

É fundamental compreender também que, na *publicidade republicana*, o próprio direito à informação também tem os seus limites, e não se presta para fins que, efetivamente, não sejam republicanos. Por isso, Limberger reforça que a Lei de Acesso à Informação reacende o debate entre os limites do público e do privado⁴¹³. Ou, de outro modo, observa quais são efetivamente

foi reduzida a um mercado de votos em eleições realizadas de tempos em tempos, mercado dominado pelo dinheiro, pelo clientelismo e pela manipulação midiática”. CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais em rede da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 178-179.

⁴⁰⁹ “La exigência de una administración transparente em la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”. SOMMERMANN, Karl-Peter. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 12.

⁴¹⁰ Ibid., p. 19.

⁴¹¹ Ibid., p. 23.

⁴¹² Ibid., p. 25.

⁴¹³ LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 259.

as informações que de interesse público e, por isso, devem ser disponibilizadas, e quais as informações que são da esfera privada e, portanto, devem permanecer como tal. A própria lei estabelece que a publicidade é a regra, e o sigilo é a exceção. Assim, quando são estabelecidas a regra e a sua exceção, fica claro que nem tudo deve ser tornado público.

De acordo com Pinãr Manãs: “Ni la transparencia ni la protección de datos son absolutos. Es imprescindible conseguir un equilibrio entre ambos derechos”⁴¹⁴. Necessária, portanto, a garantia desse equilíbrio entre o direito de acesso à informação, sem macular o direito à proteção destes dados que dizem respeito à vida privada das pessoas, bem como os assuntos de interesse do Estado que necessitam permanecer em sigilo, pelo menos por determinado lapso de tempo.

Assim, a Lei de Acesso à Informação Pública⁴¹⁵, conjugada com o dever de transparência⁴¹⁶, é uma das ferramentas mais importantes para um efetivo exercício da cidadania. Ela, no sem sentido mais amplo – como critério fundamental para a democracia –, é impraticável num Estado que se encontra na opacidade, ou seja, num Estado não transparente. A transparência e o atendimento ao direito à informação, utilizando-se, por exemplo, das novas tecnologias, possibilitam e fomentam o exercício da cidadania, o controle social do Estado e a construção e o fortalecimento da democracia.

Atualmente, portanto, é possível uma maior participação popular nas questões do Estado e da sociedade, com a utilização das novas tecnologias. O cumprimento ao dever de transparência e o exercício do direito de receber a correta informação têm, hoje, o substancial auxílio das ferramentas propiciadas por essas novas tecnologias. Com Limberger, se pode tratar de um novo perfil de cidadania, de uma cidadania ativa, com efetiva e decisiva participação dos cidadãos nas decisões e escolhas de questões coletivas. “Nas redes sociais cibernéticas, hodiernamente, é cada vez mais frequente a formação de movimentos de discussão e proposição

⁴¹⁴ PINÃR MANÃS, José Luis. **Administración electrónica y ciudadanos**. Madrid: Civitas, 2011. p. 86.

⁴¹⁵ BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 03 dez. 2017.

⁴¹⁶ Dever da transparência que, embora já estivesse presente na legislação brasileira, principalmente naquela que diz respeito à responsabilidade fiscal, teve um forte incremento com a Lei Complementar 131, que determina, entre outros deveres, a disponibilização, em tempo real, de informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. BRASIL. **Lei complementar 101, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm. Acesso em: 03 dez. 2017.

acerca de temas políticos relevantes, muito mais interferindo nas decisões e fomentando construções mais democráticas”⁴¹⁷.

Assim, passo a passo, é possível construir, com a correta utilização da legislação pertinente, e com o imprescindível auxílio das ferramentas tecnológicas à disposição da coletividade, uma democracia cada vez mais próspera e consolidada. Essa construção se faz sempre mais necessária, principalmente em terras em que essa utopia, de tempos em tempos, sofre um revés ameaçador, porém, com força insuficiente para apagar o farol da esperança numa sociedade cada vez mais cidadã e democrática.

Uma maior participação popular, com a utilização das novas tecnologias e o atendimento ao direito de receber a correta informação, é condição necessária para a efetivação de um Estado constitucional e democraticamente eficiente. Mas o que se deve entender por um Estado constitucionalmente eficiente e quais são, efetivamente, as funções desse Estado na sua versão contemporânea? Essas são questões que serão a seguir analisadas.

4.2 AS FUNÇÕES DO ESTADO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E AS CONDIÇÕES PARA O SEU DESEMPENHO DE FORMA EFICIENTE

Para se analisar a necessidade e as condições para que o Estado atenda concretamente as funções que lhe são constitucionalmente atribuídas, é necessário compreender, ao menos sumariamente, do que se trata quando se faz referência à Constituição ou ao constitucionalismo. Importante destacar, também, a distinção e a importância do chamado Constitucionalismo Contemporâneo⁴¹⁸.

O Direito Constitucional Contemporâneo, principalmente após o segundo pós-guerra, difere do constitucionalismo anterior, cujo objeto principal era o de garantir algumas liberdades ao cidadão, bem como a delimitação dos poderes de ação do Estado. O Constitucionalismo

⁴¹⁷ LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 306.

⁴¹⁸ Adota-se, na esteira de Lenio Streck, a nomenclatura “Constitucionalismo Contemporâneo”, forjada para estabelecer a distinção com termo “neoconstitucionalismo”. Conforme Streck, o termo foi cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis, representando importante avanço afirmativo da força normativa da Constituição no continente Europeu. Porém, no Brasil, o termo passou a se prestar a interpretações equivocadas. Acabou por incentivar, segundo ele, uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da Teoria da Argumentação alexyana e do ativismo judicial norte-americano. Portanto, para evitar as ambiguidades teóricas e os mal-entendidos que permeiam o termo “neoconstitucionalismo”, Streck passou a nominar como “Constitucionalismo Contemporâneo” o movimento que resultou nas Constituições produzidas a partir do segundo pós-guerra. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35-37.

Contemporâneo implementou uma verdadeira (re)fundação do próprio Estado, quando forma, por meio de um processo envolto pela democracia, um verdadeiro pacto sócio-político-estatal, estabelecendo balizas não somente para a limitação do Estado, mas, principalmente, para a (con)vivência social. Assim, estabeleceu, igualmente, as responsabilidades do Estado frente ao conjunto da sociedade, possibilitando a concretização de uma pretensa vida harmônica. Dessa forma, o Estado passa a (com)partilhar a responsabilidade da construção de uma sociedade em que uma vida digna deixa de ser um privilégio de poucos e passa a ser um compromisso principiológico a ser buscado e alcançado por todos os cidadãos.

O Constitucionalismo Contemporâneo, portanto, estabelece o Estado Democrático de Direito como condição e direção de um Estado que se pretende legítimo. Dito de outra forma, o Direito, que disciplina a ação do Estado e que lhe dá direção, posto de forma democrática, é condição de possibilidade para um Estado que reivindica a legitimidade que necessita para ser reconhecido como tal. No mesmo sentido, o Direito democraticamente estabelecido, pelo Estado, também é o que lhe dá direção, ou seja, serve como norte da ação estatal a ser desempenhada frente às demandas que lhe são impostas.

A Constituição, por sua vez, é a tradução formal desse pacto sócio-político-estatal estabelecido pelo conjunto da sociedade – e que, portanto, também lhe submete –, constituindo-se na expressão máxima, dirigente e limitadora de todo o ordenamento jurídico posto, que deve servir, por meio de suas regras e princípios, de referencial primeiro e último de todo o Direito do Estado. Deve ser, portanto, o referencial máximo e insuperável, ao qual se submetem tanto a produção do Direito infraconstitucional quanto o próprio Estado constitucionalmente dirigido. Por isso, no dizer de Canotilho, tem o adjetivo de dirigente, termo esse que designa a sua principal função.

Assim, um Estado Constitucional é um Estado Democrático de Direito que tem, em uma Constituição democraticamente forjada, sua ordem jurídica fundamental. É o regramento máximo norteador do seu Direito e do Estado ao qual pertence.

4.2.1 O Estado Constitucionalmente Eficiente para o Desempenho de suas Funções

A ideia de um Estado constitucionalmente eficiente encerra nela duas outras projeções específicas. A de que o Estado precisa atender às demandas que lhe foram constitucionalmente estabelecidas, e que esse atendimento seja efetivamente eficiente, ou seja, que tenha o resultado que se pretendeu alcançar quando se deu o pacto constitucional. Assim, como corolário desse

entendimento, fica claro também a compreensão da Constituição como um pacto formado pelo conjunto social.

Ao tratar dos períodos de formação da sociedade⁴¹⁹, Moreira Neto⁴²⁰ faz a distinção entre o período convencional, denominado de *pactual*. Conforme esta distinção, as sociedades tiveram inicialmente uma aceitação substancial, passiva e espontânea, caracterizando a organização convencional. Num segundo momento, houve uma aceitação formal, ativa e induzida. O propósito dessas duas fases da evolução sempre teve por objetivo a geração de segurança nas relações sociais.

Assim, também, cada modelo utilizado para a organização da sociedade e a forma como era concebido (ou tolerado) o poder de Estado precisou de um tipo de legitimidade diferente, visando a produção de estabilidade e segurança almejada. O autor distingue bem essas duas fases, afirmando que, na primeira, a segurança se promovia como uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações na sociedade. Fundava-se na observância geral da aceitação da normatividade implícita nos comportamentos habituais de seus membros. Era a difusão do costume, “por isso, uma *conceituação consuetudinária da legitimidade*”⁴²¹. Já na segunda fase, a segurança também se promovia como uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações na sociedade, porém, fundava-se na observância geral da aceitação da normatividade explícita, imposta ou negociada, referida num pacto social. De outro modo, há, aqui, um contrato social, tendo uma autoridade suprema institucionalizada, definindo uma “*conceituação pactual da legitimidade*”⁴²².

Cada fase, portanto, teve seu tipo de legitimidade. A primeira, fundada convencionalmente; a segunda, *pactualmente*. Na fase *pactual*, a legitimidade pode, ainda, estar sustentada em outros desmembramentos derivados do conceito de contrato social, também de forma evolutiva: passa-se da legitimidade do pacto para a legitimidade da lei e, desta, para a legitimidade do constitucionalismo contemporâneo.

Tratando de uma teoria constitucional contemporânea, Streck afirma que:

⁴¹⁹ O que ocorreu, conforme já visto, concomitantemente, com a própria instituição do Estado.

⁴²⁰ “[...] as sociedades primitivas tiveram na *organização convencional* o seu prístino modelo, dele passando à *organização pactual*, que, por sua vez, se apresentou, inicialmente, na modalidade em que uma *sujeição* era *consensualmente aceita* (*o pactum subiectionis*) e, com ela sobrevivendo a mera anuência com as limitações impostas pela autoridade constituída, e, só bem mais recentemente, na modalidade em que uma *associação* era *consensualmente formada* (*o pactum societatis*) e, com ela, uma concordância expressa sob as limitações impostas pelo próprio pacto”⁴²⁰. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade: finalidade: eficiência: resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 39.

⁴²¹ Ibid., p 39-40.

⁴²² Ibid.

[...] é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional. Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado [...] no binômio democracia e direitos humanos-fundamentais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral de Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado⁴²³.

Assim, embora o Constitucionalismo Contemporâneo seja uma conquista civilizatória, há que se compreender uma cisão necessária na sua concepção teórica. Por um lado, a existência de um núcleo universal mínimo – portanto, comum a todos os países que adotaram formas democráticas e constitucionais de governo –, que comporte uma teoria geral. Por outro, a existência de um núcleo específico de cada Constituição, que se diferencia conforme as peculiaridades características de cada Estado. Streck⁴²⁴ se refere a um núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto constitucional, de forma específica, tendente ao cumprimento das promessas da modernidade. Tal referência diz respeito principalmente aos chamados países periféricos, cujas constituições devem ser compromissadas ao atendimento dessas demandas contidas (e não cumpridas), ainda como promessas da própria modernidade.

Esse entendimento leva, portanto, à compreensão da necessidade de que o pacto constitucional tenha efetividade. De outra maneira, que seja cumprido dentro dos ditames socialmente pactuados e prescritivamente postos na Constituição. Dessa forma, portanto, a Constituição não é apenas uma carta de intenções. E, como um pacto norteador das ações do Estado, que deve buscar eficientemente o atendimento de suas obrigações, a Constituição dirige essas mesmas ações políticas e os programas estatais. Assim, a Constituição é uma Constituição Dirigente. Ou não?

4.2.1.1 Constituição Dirigente

Quando se pretende uma análise sobre se, no Constitucionalismo Contemporâneo, ou seja, na atual quadra da história, a Constituição deve ou não ser entendida como Constituição Dirigente, é necessário ter claro qual é, efetivamente, o objeto da análise. Com esse propósito, é fundamental, portanto, compreender que o termo *dirigente* não é apenas um adjetivo que está posto para adornar o substantivo *Constituição*. Para compreender se a Carta Magna deve ou

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 140-141.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 141.

não ter acrescido o termo dirigente, é necessário entender o Constitucionalismo Dirigente para além de uma simples adjetivação.

É preciso compreender o contexto histórico em que se está inserido, o que se entende por Constituição e, conseqüentemente, quem a produziu (a constituiu) e qual é a finalidade de um texto constitucional, frente aos conflitos e às crises pelas quais passa tanto a sociedade quanto o próprio Estado contemporâneo. Portanto, Constituição Dirigente não é um simples nome que está à disposição do intérprete para afastá-lo, se assim entender conveniente, ou dar-lhe o sentido que melhor lhe aprouver.

Porém, para se compreender o conceito, deve-se, inicialmente, destacar, mesmo que de forma sumária, as principais teorias e concepções modernas de constituição. Nesse sentido, no aspecto material, ou seja, quanto à matéria que regula, ela é apresentada sob algumas teorias distintas que não são necessariamente excludentes entre si. Como estruturas normativas que se referem à forma de Estado e à regulação de suas funções, ela é apresentada por Rudolf Smend. Nessa regulação da forma e das funções do Estado, o autor observa a necessidade de que sejam incluídas, no texto constitucional, as forças sociais, no sentido de ser ela um contraponto à constante ebulição dessas forças. Com isso, visa à proteção dos direitos fundamentais, assim como o direito das minorias diante da força unificadora do Estado, cuja tendência projeta sempre a formação de maiorias⁴²⁵.

Preocupado também com o sentido material da constituição, Hans Kelsen a vê com outra finalidade. Para o jusfilósofo austríaco, é um conjunto de normas sobre fontes legislativas. Ou seja, como lei fundamental do Estado, deve regulamentar o processo legislativo. Assim, na pirâmide do Direito do Estado, ela ocupa o seu topo, regulando o processo legislativo para a criação das demais normas jurídicas infraconstitucionais⁴²⁶.

Já no aspecto de sua interpretação, é interessante observar a peculiaridade (bem como a sua atualidade, em certo sentido) da teoria apresentada por Carl Schmitt⁴²⁷. Este autor faz uma distinção entre constituição e lei constitucional. Para ele, a segunda seria o texto escrito da primeira, ou seja, o documento formal. Já a constituição seria o resultado da decisão política do titular do poder constituinte, que pode ser tanto o povo quanto um monarca. Nelson Nery e Georges Abboud observam que, no que diz respeito à interpretação constitucional, a teoria de Carl Schmitt, “legitimaria doutrinariamente que o texto constitucional seja contrariado para

⁴²⁵ SMEND, Rudolf *apud* NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 89.

⁴²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 130-131 e 253

⁴²⁷ Parágrafo 3º. SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982. p. 45-47.

fazer prevalecer a decisão política”⁴²⁸. Por isso, a teoria é decisionista, dando validade à decisão política do soberano, mesmo que venha a esvaziar por completo a normatividade constitucional.

Ainda quanto à sua interpretação, Peter Häberle entende a constituição como um contrato social, em que todo cidadão é constituinte, portanto, construtor da própria constituição – assim compreendidos no sistema democrático – e seu intérprete. Entendendo a constituição como um contrato social, formado pelo conjunto da sociedade, todo cidadão deve estar incluído tanto na sua formação quanto na sua interpretação⁴²⁹. Peter Häberle é um entusiasta do Tribunal Constitucional Alemão⁴³⁰, no que diz respeito à relação processual que este tem com a sociedade. Tal relação não apenas importa para a garantia da preservação dos direitos fundamentais, mas para a própria coleta de informações da sociedade, permitindo uma participação cada vez maior das mais diversas organizações sociais, que, assim, manifestam-se no âmbito do Tribunal Constitucional. Dessa forma, com o oferecimento de diversos canais de comunicação entre os segmentos da sociedade civil (para que ela possa se manifestar junto à jurisdição constitucional da Alemanha) é que se materializa, na prática, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição^{431 432}.

É importante notar, entretanto, que, embora a interpretação constitucional possa (e deva) ser aberta para o conjunto da sociedade (tendo, porém, na Corte Constitucional a sua interprete por excelência), essa interpretação deve ser íntegra e coerente com os próprios ditames constitucionais, ou seja, não pode ser deslocada do que diz o seu texto. Isso deve ser assim porque a Constituição não é algo dado, seja por um soberano, seja por um Estado como ente abstrato e cindido do conjunto social. A Constituição, diferente de ser algo dado pelo Estado, é a fonte constituinte e de manutenção (legítima) do próprio Estado.

Portanto, ela constitui o Estado e exige dele observância aos seus ditames. Essa observância deve estar presente nas relações do Estado, e entre o Estado e o conjunto da sociedade, sendo, também, critério de validade das leis infraconstitucionais produzidas pelo

⁴²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 90.

⁴²⁹ HÄBERLE, Peter. El tribunal constitucional como poder político. In: HÄBERLE, Peter. **Estudios sobre la jurisdicción constitucional**. Mexico: Porrúa, 2005. 3b, p. 108-109.

⁴³⁰ CAMAZANO, Joaquin Brage. Estudio introductorio: el Tribunal Constitucional em Alemania, com particular referencia al pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse. In: HÄBERLE, Peter. **Estudios sobre la jurisdicción constitucional**. Mexico: Porrúa, 2005. p. 105.

⁴³¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997. p. 47-48.

⁴³² No Brasil, mecanismos de comunicação entre a sociedade e o Tribunal Constitucional – STF – comparados aos disponibilizados pelo Tribunal Constitucional Alemão são as audiências públicas e a possibilidade de manifestação do *amicus curiae*.

Legislativo, cuja adequação a seu conteúdo deve ser verificada pelo Judiciário. Assim, ela, mais do que uma norma de competência (no sentido da formalidade, portanto, que estabelece quem tem competência legislativa, por exemplo), é uma norma material que delimita o âmbito substancial em que o órgão competente pode atuar. A constituição passa a ser, dessa forma, um critério de validade formal e material da produção e controle legal infraconstitucional. Ela é, assim, norma fundamental. E, como norma fundamental, possui força normativa vinculante.

Deve ser legado a Konrad Hesse⁴³³ a consagração dessa expressão que destaca a importância e a singularidade do constitucionalismo contemporâneo: “força normativa da Constituição”⁴³⁴. Conforme Hesse, três são suas tarefas fundamentais. A primeira é a manutenção da *integração* unitária entre os diversos segmentos sociais, tornando possível e harmônica a convivência social formada a partir das linhas norteadoras da constituição. Essa unidade política e integrada⁴³⁵, porém, somente se torna possível quando o conjunto social entende-se responsável pela produção e manutenção do equilíbrio necessário, frente àqueles ditames postos pela constituição, também fruto dessa mesma unidade e integração social-política-estatal. Ou, nas palavras de Hesse, a afirmação do Estado, como unidade política, depende de que “[...] o acordo dos progenitores da Constituição tem que se perpetuar, por princípio, entre aqueles que posteriormente não de viver sob ela. Isso depende de que a ordem positivada nela, e por ela se considere moralmente reta, ordem legítima, e exiba à sua volta efeitos integradores”⁴³⁶.

A segunda tarefa constitucional seria a *organização* das ações e incidências dos órgãos estatais constituídos, ordenando os poderes do Estado e lhes atribuindo a correspondente competência, não apenas no sentido formal, mas limitando e normatizando, materialmente, o exercício dessa competência. Destaca, Hesse, que o Estado precisa de organização entre seus

⁴³³ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 93.

⁴³⁴ Conforme Hesse: “Essa força normativa acha-se condicionada de um lado pela possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição. Quanto maior for a conexão dos seus preceitos com as circunstâncias da situação histórica, procurando conservar e desenvolver o que já está esboçado na disposição individual do presente, tanto melhor conseguirão esses preceitos desenvolver a sua força normativa. Quando a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, vê-se incapaz de conseguir que se realize o que ela dispõe em contradição com esse estágio de desenvolvimento”. HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97.

⁴³⁵ Frisa-se que a harmonia da unidade política, de forma nenhuma significa, ou possa significar, ausência de conflitos e disputas por interesses divergentes. Hesse ressalta que os conflitos são inclusive necessários para a produção de mudanças históricas “Formação da unidade política” não significa a produção de um harmônico estado de coincidência geral e em nenhuma hipótese a eliminação das diferenças sociais, políticas ou de tipo institucional e organizativo, através da nivelção total. Essa unidade é inimaginável sem a presença e a relevância dos conflitos na convivência humana. Os conflitos evitam a rigidez, o estancamento em formas superadas; são – embora sem exclusividade – a força motriz sem a qual não haveria mudança histórica.” *Ibid.*, p. 79.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 12-13.

poderes para que se tornem operativos, “[...] mas, veja-se bem, não uma ordem jurídica qualquer, mas uma ordem jurídica que assegure o êxito dessa cooperação criadora de unidade, assim como a realização das tarefas estatais”⁴³⁷.

E a terceira função é, exatamente, estabelecer essa *ordem jurídica fundamental da comunidade*⁴³⁸, o que está diretamente relacionado à legitimidade tanto da constituição quanto do Estado. Essa direção jurídica imposta ao Estado proporciona os direitos nela consagrados, principalmente, os direitos fundamentais, força vinculante. Essa força constitucional vincula tanto o conjunto do ordenamento jurídico quanto o próprio Estado, que tem, entre as suas atribuições – constitucionalmente vinculadas, portanto –, o atendimento das demandas sociais.

É por isso que se pode afirmar que a constituição não é apenas a força normativa vinculante do Estado, mas, também, é a ordem jurídica que orienta o conjunto da sociedade. Nesse sentido, é necessário lembrar que tanto o Estado quanto a sociedade precisam cultivar o que se pode chamar de uma *dupla* vontade constitucional⁴³⁹. Ou seja, não apenas se deve respeitar a constituição (como a expressão da vontade social-política-estatal), mas, ainda, é necessário cultivar, no conjunto social e nos órgãos do Estado, a necessária pretensão de respeito à vontade expressa na carta política.

Para Hesse, é necessário ter *vontade de Constituição*, e isso somente se concretizará se ela for respeitada como força ativa capaz de orientar a conduta segundo a própria ordem constitucional. Assim, deve se fazer presente “[...] na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”⁴⁴⁰. Dito de outro modo, é necessário sempre ter presente a vontade (necessidade) de respeitar o pacto constitucional democraticamente produzido. Hesse reforça que são em tempos difíceis que o respeito à Constituição é verdadeiramente posto à prova. Tempos em que a vontade e as *razões* para violá-la estão mais expostos:

[...] se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de

⁴³⁷ HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 86.

⁴³⁹ É necessário deixar claro que, de forma evidente, não se trata aqui de uma *vontade da Constituição* no sentido da metafísica clássica, em que se entedia ser possível compreender, dos próprios objetos, a essência de seus sentidos, tornando o sujeito assujeitado à vontade das coisas. Naquele paradigma (que se mostra superado há muito), o sentido estava na própria coisa, e havia entre a coisa e seu sentido uma verdade correspondencial.

⁴⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 5.

proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. [...] Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas⁴⁴¹.

Portanto, a força normativa da constituição não deve apenas dar-lhe prevalência em determinados momentos vividos pelo conjunto da sociedade, mas, principalmente, naquelas ocasiões em que a sua normatividade mais será colocada em jogo. Ou seja, quanto mais houver a tentação de que a normatividade constitucional deva (ou possa) ser afastada (ou relativizada), mais a sua prevalência se mostrará necessária. Sua força normativa está diretamente relacionada à vinculatividade e à observância da constituição a qualquer tempo, seja pelo Estado, seja pelo conjunto social que forjou a sua própria constituição, de forma democrática e participativa, num verdadeiro pacto social.

Na mesma senda em que Hesse destaca a força normativa da constituição, surge o tema do Constitucionalismo Dirigente⁴⁴², de Canotilho. O jurista português trabalha⁴⁴³ uma concepção de constituição que tem a realização da justiça social – objetivando a emancipação cidadã dos indivíduos – entre seus compromissos assumidos na produção do pacto. Canotilho afirma que a Constituição Dirigente “é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições”⁴⁴⁴. Assim, o texto constitucional incorpora a função de disposição normativa vinculante, tanto para o Estado quanto para o conjunto da sociedade, que assumem, conjuntamente, o compromisso da efetiva concretização daquele objetivo, coletiva e democraticamente firmado. Assim, a constituição dirige o Estado e a sociedade por meio de suas normas vinculantes, no rumo estabelecido pelo pacto social para construir o futuro.

Na sua obra inaugural, Canotilho demonstra sua preocupação, fundamentalmente, no necessário protagonismo da constituição sobre as demais leis de natureza infraconstitucional, bem como na imposição de limites formais e materiais ao legislador de segundo grau (de normas legais infraconstitucionais), vinculando-o à direção apontada pela constituição, como

⁴⁴¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 25.

⁴⁴² É necessário lembrar que, embora adaptada e aprofundada nos estudos de Canotilho, a tese da *Constituição Dirigente* foi inicialmente elaborada por Peter Lerche.

⁴⁴³ A chamada Constituição Dirigente foi trabalhada por Canotilho na sua tese doutoral, publicada com o título “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 224.

resultado do pacto social máximo, produzido exatamente para determinar os rumos a serem seguidos. Explica Canotilho que:

O tema a abordar na presente investigação é, fundamentalmente, o problema das relações entre a constituição e a lei. O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais⁴⁴⁵.

O dirigismo constitucional, nessa compreensão, estabelece, portanto, a necessidade de que as leis produzidas pelo parlamento tenham um caráter de subordinação àqueles ditames norteadores estabelecidos na constituição. Porém, a Constituição Dirigente não é apenas vinculação do legislador, mas, também, dos demais poderes do Estado. Pouco resultado produziria uma constituição que limitasse e condicionasse à prática legiferante, mas que deixasse em total liberdade as funções de guardião e fiscalização dessa mesma constituição e das leis infraconstitucionais, inerentes ao Poder Judiciário, ou que não exigisse do Poder Executivo a efetiva concretização daqueles mesmos ditames constitucionais que têm a função de dar direção ao Estado e à sociedade.

Assim, três são os pontos de destaque do Constitucionalismo Dirigente, conforme Nery Junior e Abboud⁴⁴⁶: a limitação dos poderes discricionários do Legislativo no exercício de sua atividade, lhe restando a imposição de contemplar legislativamente os programas político-sociais determinados pela Constituição; a vinculação imediata dos três poderes da República, ao cumprimento dos direitos fundamentais, independente de legislação infraconstitucional que os regulamente; e a existência de dispositivos constitucionais que possibilitam a correção de omissões legislativas, tais como o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Porém, antes de se avançar, é necessário trazer à baila a questão: efetivamente, a concepção de Constituição Dirigente ainda se mostra presente e válida para a análise do Constitucionalismo Contemporâneo, ou essa concepção encontra-se superada, como se difundiu alhures? Ou seja, a Constituição Dirigente vive ou está morta? A hipótese da Constituição Dirigente estar morta veio à tona à partir da própria manifestação de Canotilho,

⁴⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 11.

⁴⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 92-93.

no prefácio da segunda edição de sua obra. Não que o autor tenha dito dessa forma. Porém, as interpretações levadas a cabo daquela manifestação conduziram a esse entendimento.

Sinteticamente, o autor expressou:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas à 'linha de caminho de ferro' neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais⁴⁴⁷.

Algumas observações importantes podem ser extraídas diretamente do referido texto. Inicialmente, a questão diz respeito ao conteúdo revolucionário das constituições dirigentes. Afirma Canotilho que a concepção de Constituição Dirigente estaria morta, caso fosse entendida como um normativismo constitucional revolucionário, capaz de, por si, operar transformações emancipadoras. Ora, em primeiro lugar, resta claro que o autor afirma que nenhum normativismo constitucional opera mudanças por si. Ou seja, o texto constitucional não é capaz de qualquer concretude, caso não haja, por parte do Estado e do conjunto social, efetiva vontade política de que os ditames constitucionais efetivamente sejam implementados, sem que haja, conforme já dito, vontade de Constituição. Os compromissos constitucionais precisam da ação estatal para a sua concretização. Não basta, conforme pretendiam as constituições liberais, defendendo os chamados direitos negativos, que o Estado se abstenha de intervenção. Aqui, ao contrário, há a necessidade da intervenção concretizadora do Estado. Caso contrário, a força normativa e dirigente da constituição restará obsoleta.

Outro importante aspecto quanto a essa afirmação, diz respeito especificamente a utilização do termo *revolucionário*. Para sua correta compreensão é necessário entender que as duas manifestações de Canotilho se dão no plano contextual de cada período, ou seja, o autor fala como homem de seu exato tempo. O contexto em que foi produzida a Constituição Portuguesa de 1976 é muito diferente do contexto atual daquele país, bem como do contexto

⁴⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio, p. XXIX-XXX.

em que foi produzida a Constituição Brasileira de 1988, embora os dois países estivessem saindo de regimes ditatoriais, embora de forma e com efeitos bem distintos.

A Constituição Portuguesa de 1976 foi forjada a partir do rescaldo da Revolução dos Cravos, de 25 de abril 1974. Já a Constituição Brasileira, apesar de produzida também após o processo de transição do regime ditatorial para uma democracia, não é resultado de uma cultura pós-revolucionária. Essa distinção é importante para se compreender, por exemplo, as razões que levaram à Constituição lusitana a expressar, no seu preâmbulo, a pretensão de estar abrindo “caminho para uma sociedade socialista”⁴⁴⁸.

A constatação de Canotilho foi a de que, efetivamente, a maior pretensão daquela Constituição não se concretizou. E não se concretizou porque não se produz uma Constituição com normas jurídicas tendentes a levar a uma revolução para implementar um novo sistema político-econômico em um país. Pelo contrário, um novo sistema político-econômico se instala a partir de uma revolução que chega a esse desiderato e produz, como sustentação desse novo sistema, uma normatização constitucional. Dito de outro modo, um novo sistema político-econômico (implementado de forma revolucionária) produz uma nova constituição, e não é produzido por ela. A constituição, portanto, pode ser filha de uma revolução que implementa um novo sistema político-econômico. Porém, dificilmente será mãe dessa revolução.

Essa situação é muito diferente de uma constituição que assume uma função dirigente de conduzir a nação ao alcance de objetivos, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tais objetivos constitucionais eram necessários naquele contexto da sociedade portuguesa, assim como se fazem necessários até hoje na realidade brasileira. Afinal, apesar de passados quase trinta anos da promulgação da Constituição Brasileira, suas promessas – não revolucionárias, no sentido da Constituição Portuguesa, mas de resgate da dívida social, alcançando ao conjunto dos indivíduos da sociedade uma vida minimamente digna, que pudesse levar à emancipação cidadã – continuam descumpridas. Portanto, em que pese a desilusão de Canotilho frente às fórmulas utópicas, imbuídas de um espírito revolucionário que pretendia a felicidade geral, a questão posta diz respeito à possível e necessária sobrevivência da Constituição Dirigente para além daquele seu conteúdo revolucionário que pretendia abrir caminho rumo a uma sociedade socialista.

Outra questão que levou Canotilho a reformular ou *atualizar* seu entendimento sobre a Constituição Dirigente concerne ao redirecionamento da capacidade normativa das constituições nacionais para os tratados e demais documentos jurídicos produzidos pela

⁴⁴⁸ PORTUGAL. Constituição **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

comunidade internacional, o que leva à fragilização da eficácia da normatização jurídica interna. Nesse ponto, note-se, novamente, a peculiar distinção, no contexto político, econômico e comunitário, das realidades portuguesa e brasileira. A incorporação de Portugal à Comunidade Europeia fez com que a centralidade normativa dirigente da Constituição daquele país tivesse sua força relativizada, precisando adequar-se às exigências necessárias para seu encaixe e adaptação ao contexto transnacional de interdependência recíproca e cooperação comunitária.

Resta evidente que a realidade vivida por Portugal, nesse contexto de inserção na Comunidade Europeia (detentora de uma força normativa que se irradia sobre todos os países que dela participam), não pode ser comparada com a realidade brasileira e sua relação com seus vizinhos. O Brasil e os demais países da América do Sul não conseguiram avançar rumo à formação de uma comunidade de nações. Não ultrapassaram as fronteiras de um incipiente Mercosul, que avança menos do que retrocede. Aliás, o próprio não atendimento dos ditames constitucionais, principalmente no que diz respeito aos fins sociais e econômicos, faz com que o Brasil continue sendo encarado como um país periférico no cenário global, como aquele que não conseguiu alcançar a condição necessária que o possibilitasse a inserção no cenário pós-moderno da globalização. Dito de outra forma, não fez o seu *dever de casa* para ingressar no grupo de países que superaram os desafios da modernidade, atendendo às promessas que o paradigma epocal fez.

Assim, evidentemente, as ideias revolucionárias da Constituição Lusitana tiveram que ceder espaço, bem como aceitar a incorporação, no âmbito nacional, de ideias relacionadas ao sistema jurídico transnacional, que até então lhe eram relativamente estranhas. Nesse sentido, e dentro do contexto daquela comunidade de países, há um enfraquecimento das constituições nacionais, com uma sobreposição dos textos jurídicos internacionais. Assim, a diretiva constitucional tem de se adequar (e, portanto, ser relativizada), deslocando sua força para o sistema jurídico comunitário.

Essa nova realidade comunitária e internacional, que oportuniza o deslocamento das relações jurídicas e econômicas do campo nacional para o transnacional, opera também um enorme auxílio para a complexidade das sociedades contemporâneas, retirando poderes do Estado em favor de outros mecanismos, como o mercado, por exemplo⁴⁴⁹. Dessa forma, funções

⁴⁴⁹ Em tal contexto - cujas teses doutrinárias do Direito Reflexivo, advindas da teoria dos sistemas, Canotilho teria sofrido influência - entende que o papel do Direito, como um subsistema, deve se restringir, dentro do sistema social, à resolução de conflitos nascidos nos outros diversos subsistemas parciais. Assim, o Direito deve apenas reconciliar e aliviar as tensões produzidas, permitindo a autorregulação e autossuficiência do sistema. Dito de outra forma, o Direito é um estabilizador de expectativas de comportamentos, reduzindo complexidades.

que eram reguladas e dirigidas pelo Estado, dentro dessa nova ótica, passam a ser delegadas a outras entidades, privadas, ou do chamado terceiro setor. Nesse sentido, e adepto da teoria do Direito Reflexivo e crítico da Constituição Dirigente, Diogo Figueiredo Moreira Neto entende que o desenvolvimento institucional somente será possível “[...] quando as fórmulas impositivas de políticas públicas forem varridas da Constituição, abrindo espaço para que se possa praticar uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe”⁴⁵⁰.

Parece haver uma confusão no debate de uma falsa dicotomia entre “como queremos ser governados”, e “quem queremos que nos governe”; ou entre constitucionalismo e democracia, como se essas questões fossem excludentes e não complementares. O processo democrático, cujo resultado seria a eleição livre dos governantes, não pode ser entendido como excludente dos ditames constitucionais, também, de forma livre e coletivamente produzido pelo conjunto da sociedade, sobre que tipo de sociedade pretende-se construir e viver.

Tais questões não são excludentes. Se fossem, seria necessário questionar sobre o tempo de validade das decisões democraticamente tomadas. Ou seja, qual seria o tempo de validade de uma constituição? Até as próximas eleições de mandatários e legisladores infraconstitucionais? Qual seria, então, a natureza e a concepção de constituição? Que poder teria uma constituição sobre legislações infraconstitucionais ou sobre governantes periódicos? Nenhuma? Quem é eleito, dentro de um processo democrático, assim o é porque há uma constituição, também democraticamente produzida e que precisa ser compreendida e respeitada na sua totalidade, e não somente parcialmente naquilo que agrada o governo temporariamente no poder, e abandonada naquelas questões que não tenha a simpatia desse mesmo governo. Se assim fossem, não existiria constituição e, portanto, tudo valeria. E quando tudo vale, nada vale e, assim, não se teria constituição (não ao menos, dentro da concepção do Constitucionalismo Contemporâneo. Nesse sentido, afirma-se com Gilberto Bercovici que,

o programa constitucional não tolhe a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma República democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar a sua situação a partir

Portanto, não tem nenhuma função transformadora. É apenas um estabilizador social. MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Globalização e direito**: o impacto da ordem mundial global sobre o direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 79.

⁴⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios institucionais brasileiros. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Desafios do século XXI**. São Paulo: Pioneira: Academia Internacional de Direito e Economia, 1997. p. 195.

dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização⁴⁵¹.

Portanto, tem-se uma constituição. Tem-se um pacto, que precisa ser compreendido, respeitado e implementado. Sem isso, seria presumível que tudo seria possível. Tudo caberia dentro de uma pretensa discricionariedade e, dessa forma, sequer as regras mínimas de uma convivência social e comunitária deveriam ser respeitadas. Como em qualquer jogo, há a necessidade de regramentos prévios. As regras não podem ser construídas de forma casuística a cada nova eleição, produzindo, com elas, novas diretrizes dirigentes do Estado e da sociedade até que sobreviesse a próxima eleição e, novamente, novas diretrizes *gerais* pudessem ser implementadas, sucessivamente.

A constituição é um pacto com pretensões de perenidade, até que se produza outro texto constitucional, provocado por um rompimento irremediável da situação anterior. Ou seja, é o acordo político-jurídico estabelecido pelo conjunto da sociedade que deve (e isso está incluso nesse acordo) dar linhas diretivas para a sociedade que se pretende construir, determinando ao Estado demandas para que aquela sociedade pretendida, efetivamente, tenha seu desiderato alcançado. É por isso que se deve compreender que, no Estado Democrático de Direito (que tem na constituição a sua lei maior), a discricionariedade das políticas de governo não é absoluta.

Nesse aspecto, Bercovici lembra que não se pode confundir discricionariedade com plena liberdade ou arbitrariedade, “[...] afinal, os governos constitucionais devem atuar de acordo com a Constituição. Do mesmo modo, a política não pode ser conduzida simplesmente por juízos de oportunidade, mas também está vinculada a padrões e parâmetros jurídicos, especialmente constitucionais”⁴⁵².

A Constituição Dirigente, portanto, não é contraditória ao pluralismo jurídico-político; ela não exclui a política. Pelo contrário, a própria constituição institui o pluralismo como um de seus fundamentos. Porém, estabelece também regras para o desenvolvimento desse pluralismo. A Constituição brasileira, por exemplo, que deve ser compreendida como uma Constituição Dirigente (compromissória), nasceu de um contexto que construiu e respeitou a pluralidade de ideias, de tendências políticas e sociais e que, na assembleia constituinte, foi forjada a partir desse paradigma plural, igualitário e agregador social.

⁴⁵¹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 142, p. 40, abr./jun. 1999.

⁴⁵² BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 289.

Objetivando discutir se teria ocorrido ou não a morte do Constitucionalismo Dirigente, e frente ao reposicionamento do mestre português e às críticas e dúvidas provocadas, aconteceu em fevereiro de 2002, na cidade de Curitiba, a Jornada sobre a Constituição Dirigente. Daquela evento, que teve a participação de um grande número de juristas, resultaram algumas conclusões convergentes, no sentido da necessária leitura da Constituição – principalmente em se tratando da brasileira, cujas promessas mínimas da modernidade sequer chegaram a ser implementadas – no sentido dirigente de seu texto.

Deixando claro que Canotilho não voltava atrás na sua proposta, Luiz Edson Fachin⁴⁵³ concluiu que “[...] o Professor Canotilho não estava exatamente desdizendo o que disse, mas estava, de algum modo, colocando em questão as suas próprias ideias para avançar, e não necessariamente, abandoná-las”. Porém, a manifestação definitiva, no sentido de que Canotilho não teria se afastado do seu entendimento original (atualizado-o, apenas), veio na mesma jornada com António José Avelãs Nunes, que concluiu afastando dúvidas:

Havia aqui alguma preocupação resultante do receio de perder um aliado tão forte e tão prestigiado como tu nesta luta que os nossos Colegas vêm travando em terras brasileiras. Fui dizendo que não me parecia que este aliado estivesse perdido e penso que, como eu, eles também estão muito satisfeitos por terem concluído que, naquilo que é essencial, continuas junto deles.

Portanto, diferente do que alguns passaram a entender, Canotilho não abandonou a Constituição Dirigente, principalmente quando se trata de cartas políticas como a brasileira, cujo texto assumiu o compromisso do atendimento das promessas da modernidade que ainda se encontram em atraso ou totalmente descumpridas. Reforça-se, assim, que a constituição dirige, ou seja, ela possui força normativa e, por isso, não pode ser interpretada conforme a conveniência de seu intérprete. Ela, pelo contrário, é a lei maior que precisa ser respeitada e ter seus objetivos e fins concretizados. Para se compreender isso, basta reforçar as próprias palavras do mestre português:

Pressupõe que o Estado por ela conformado não seja um Estado mínimo, garantidor de uma ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, mas um Estado Social, criador de bens coletivos e fornecedor de prestações. Para uns isso significa a compreensão democrática e social do Estado de Direito; para outros, isso é o caminho do novo Leviathan, da ditadura de todos sobre todos, pois uma crescente produção de bens públicos através de uma crescente produção de leis e de

⁴⁵³ FACHIN, Luiz Edson. Título. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 59.

financiamento coletivo aniquila a espontaneidade da ordem social e do modelo constitucional contratual⁴⁵⁴.

Essa contribuição continua muito adequada e necessária, principalmente, conforme já se viu, em países como o Brasil, cuja modernidade tardia ainda não proporcionou a colheita de seus frutos. Por aqui, é o caso do Estado Social, que jamais passou de um simulacro, ao mesmo tempo em que qualquer avanço proporcionado pelo Constitucionalismo Contemporâneo se mostre fortemente ameaçado pelas teses da economia globalizante, produzidas pela política neoliberal.

No mesmo sentido, para Streck, a Constituição Dirigente continua a ser um suporte normativo para o desenvolvimento do projeto de modernidade. Lembrando que o próprio Canotilho ressalta que, com o projeto da modernidade política em que foi efetivamente implantado, respondeu a três violências (triângulo dialético) através da categoria político-estatal:

(a) resposta à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio); (b) deu resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático); (c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade⁴⁵⁵.

Essas violências, efetivamente, ainda não alcançaram soluções em países como o Brasil. Por isso, não há que se falar em morte, ou em superação do dirigismo constitucional, onde as promessas de resgate mínimo dessa dívida ainda não lograram qualquer êxito.

Assim, entende-se que o Constitucionalismo Dirigente, compromissado com os rumos indicados para o Estado e para a sociedade, não está esgotado, muito menos morto. Portanto, o núcleo essencial da Constituição brasileira precisa ser levado a diante, sob pena de ter que se falar em um *blefe*, em lugar de um pacto constitucional, construído de forma democrática pelo conjunto da sociedade.

4.2.2 Os Direitos Fundamentais num Estado Eficiente

Conforme já visto, direitos fundamentais não são um dado, uma dádiva da natureza ou uma concessão voluntária de alguém para outro(s). Os direitos fundamentais são a conquista de um processo histórico em constante movimentação e formação. São resultados de um processo

⁴⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 391.

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139.

civilizatório, que se forma e se conforma, sem que se tenha que ser racionalmente planejado ou mesmo compreendido como um processo irracional.

Questionando como seria possível a ocorrência dessa mudança histórica do processo civilizatório, sem que nenhum ser isolado tenha planejado, Elias entende que:

E ela muito simples: planos e ações, impulsos emocionais e racionais de pessoas isoladas constantemente se entrelaçam de um modo amistoso ou hostil. *Esse tecido básico resultante de muitos planos e ações isoladas, pode dar origem a mudanças e modelos que nenhuma pessoa isolada planejou ou criou. Dessa interdependência de pessoas surge uma ordem sui generis, uma ordem mais irresistível e mais forte do que a vontade e a razão das pessoas isoladas que a compõe.* Essa ordem de impulsos e anelos humanos entrelaçados, essa ordem social, que determina o curso da mudança histórica, e que subjaz ao processo civilizatório⁴⁵⁶.

O processo civilizatório foi se formando, com avanços e retrocessos inerentes de qualquer processo. Com eventos mais marcantes e outros mais sutis, formaram-se entendimentos de que alguns direitos deveriam ter como destinatários todas as pessoas, independente de qualquer possibilidade de discriminação. Sem esses direitos, estendidos de forma universal, não seria possível a superação da barbárie e a formação de uma civilização, em que a vida coletiva, minimamente segura e digna, pudesse ser uma realidade (concreta ou a ser buscada).

Dentro desse contexto histórico, os direitos fundamentais foram nascendo paulatinamente, na medida em que as lutas foram transformando-se em conquistas, ora de cunho individual, ora de cunho social e coletivo. Dessa forma, a existência dos direitos fundamentais está desatrelada a sua positivação. A existência desses direitos e os fundamentos de sua validade estão relacionados ao próprio processo histórico civilizatório que os produziu. Portanto, tais direitos não dependem (ou dependeriam) de sua positivação para que tivesse o caráter de direitos exigíveis. A sua positivação constitucional deve ser compreendida, nesse aspecto, como o reconhecimento de sua existência, normatividade e exigibilidade.

Dessa forma, uma constituição que se quer dirigente, que deve nortear os rumos que o Estado e a sociedade devem seguir, reconhece um rol de direitos fundamentais mínimos que devem ser observados e implementados, para que as diretrizes constitucionais tenham efetividade. Portanto, essa direção jurídica que a constituição impõe ao Estado consiste em proporcionar aos direitos nela consagrados, principalmente aos direitos fundamentais, força vinculante. Essa força constitucional vincula tanto ao conjunto do ordenamento jurídico quanto

⁴⁵⁶ ELIAS, Norbert. **O processo civilizatório**: formação do Estado e civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. pt. 2, n. 1, p. 194.

ao próprio Estado, que tem entre as suas atribuições o atendimento das demandas sociais, cujos direitos fundamentais lhes garantem.

Assim, não basta a compreensão da constituição como dirigente; é preciso que o Estado aja sob esse imperativo. No Constitucionalismo Contemporâneo, em países como o Brasil, a Constituição, por si, não atende às demandas contidas no seu próprio texto. Os ditames constitucionais precisam ser concretizados pela sociedade e pelo Estado. Caso contrário, o texto constitucional continuará sendo somente um texto sem sentido.

É por isso que uma teoria de Constituição Dirigente precisa, necessariamente, estar relacionada a uma Teoria de Estado que o coloque em condições de concretização daqueles ditames constitucionais. É preciso um Estado que tenha condições de materializar a constituição. Um Estado que tenha vontade constitucional.

A materialização da constituição, por parte do Estado, por sua vez, apenas acontecerá quando esse mesmo Estado tiver condições materiais. Dito de outra forma, apenas se o Estado for suficientemente eficiente na concretização dos ditames constitucionais.

4.2.2.1 O Atendimento ao Princípio Constitucional da Eficiência como Condição de Possibilidade para a Concretização de um Estado Constitucional

O Estado contemporâneo tem passado por transformações e assumido feições distintas. Desde um maior comprometimento social (que é o que caracteriza um Estado Social), até um maior compromisso com ideias relacionadas ao liberalismo econômico (caracterizando o que se denomina de Estado Liberal), muitas são as suas delimitações. Essas várias posições e formas de comprometimento conduzem a uma variação na própria formação e composição administrativa dessa *máquina estatal*: por vezes maior, mais centralizada e burocrática; por outras, menor, mais descentralizada e flexível.

O grande paradoxo que tem se apresentado é a questão de ser ou não possível o atendimento aos ditames constitucionais, entre eles, aqueles que demandam uma maior proteção social, conjugando uma lógica econômica liberal. A ótica do liberalismo argumenta a defesa de um Estado pequeno, enxuto e totalmente afastado de qualquer regulação econômica. Portanto, um Estado reduzido e enfraquecido, deixando ao mercado – com liberação total – todos os assuntos de ordem econômica.

Mesmo questões inerentes aos direitos fundamentais, como saúde, assistência social e educação, entre outros, sofrem tais questionamentos, devendo, quando lucrativos, ser deixados à iniciativa privada e, quando não lucrativos, deixados ao Estado. Ocorre que esse atendimento

suplementar não é alcançado pelo Estado, pois não lhe são dadas condições econômicas para que as demandas sejam eficientemente atendidas.

Independente da discussão sobre as condições para que o Estado atenda de forma eficiente as demandas que lhe foram constitucionalmente estabelecidas por meio do pacto, no Brasil foi aprovada a Emenda Constitucional nº 19/98, que introduziu o princípio da eficiência no rol dos princípios constitucionais que devem nortear a administração pública, a par dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, que já constavam na Constituição Federal brasileira, desde sua promulgação, em 1988. A questão é, porém, identificar qual deve ser a correta compreensão e interpretação desse preceito constitucional, frente a uma Constituição que se compromete com o atendimento das demandas historicamente sonegadas. Como interpretar esse princípio para que a eficiência do Estado seja algo para além de um texto e passe para o contexto real?

Tradicionalmente, a eficiência determina o alcance de um resultado maior (tanto no sentido quantitativo como qualitativo) com menor custo. Fazer mais e melhor com menos. Não significa, necessariamente, a redução dos recursos econômicos disponíveis para a busca de determinado resultado, mas, sim, o alcance de um maior e melhor resultado com os recursos econômicos que se dispõe.

A lógica liberal pretende um Estado pequeno, *enxuto*, voltado somente para aquelas funções que efetivamente não podem ficar totalmente à mercê da iniciativa privada. Numa ótica social, por sua vez, não é possível dizer que o Estado tem que ser pequeno e *de costas* para as necessidades fundamentais da população. Ao contrário, o Estado precisa ter condições econômicas e estruturais para responder às demandas sociais que a realidade impõe. Dito de outra forma, o Estado precisa atender à Constituição.

Um Estado constitucionalmente comprometido, com mais condições de responder às necessidades básicas da população, não significa um Estado ineficiente. Pelo contrário, o Estado pode e deve ser suficientemente capaz, com estrutura e condições econômicas para atender às demandas sociais. Por outro lado, um Estado que atenda os princípios liberais, sendo pequeno, voltado aos ditames do mercado e da iniciativa privada, pode ser um Estado constitucionalmente eficiente?

Aspectos relacionados à eficiência administrativa, econômica, técnica etc. abrangem o conceito de eficiência num sentido mais amplo. A verificação da eficiência precisa considerar tanto os aspectos quantitativos quanto os qualitativos para demonstrar a real utilidade do serviço para os seus titulares e usuários. Quando se analisa eficiência, precisa-se inicialmente saber se,

na avaliação, é necessária a verificação de sua eficiência também no aspecto qualitativo, ou basta o atingimento da eficiência quantitativa.

Respondidas as questões quanto aos aspectos quantitativos e qualitativos, é necessário lembrar a quem interessam tais respostas. O Estado pode prestar serviços de forma extremamente eficiente, tanto no aspecto da qualidade quanto da eficiência econômica, e tais serviços atenderem apenas a uma parcela da população. Nesse caso, tem-se um atendimento eficiente, cujo recebimento daquele serviço por parte da população é legítimo, porém, deficitário em relação ao alcance do número de pessoas que precisam desse atendimento. Nesse caso, o Estado está sendo parcialmente eficiente. Entretanto, ainda em débito.

Por outro lado, pode-se concluir que os serviços prestados devem ser eficientes, atingindo a totalidade das pessoas interessadas que dele necessitam, ou seja, um atendimento universal. Em se tratando de eficiência da Administração Pública, pode-se dizer que o Estado deve ser eficiente em relação à totalidade dos cidadãos que dele necessitam, mesmo que potencialmente. A resposta, portanto, pode ser no sentido de que a eficiência estatal impõe serviços públicos prestados de forma eficiente, tanto quantitativa como qualitativamente à universalidade das pessoas que dele necessitam.

Portanto, assim deve ser o questionamento sobre o que se entende por um Estado eficiente, sobre o que é uma administração pública eficiente. A resposta a essa questão deve advir da Constituição, que estabelece, entre outros preceitos, ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, que deve respeitar acima de tudo a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Um Estado Democrático de Direito deve estar subordinado ao Direito e, portanto, às normas que emanam da própria Constituição e dos seus princípios norteadores. Assim, sendo um Estado Democrático de Direito, e estando sua fonte primordial de Direito na Constituição, deve se observar a prescrição constitucional, de compromisso com o resgate da histórica dívida social, tendo como princípios balizadores o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

Dessa maneira, a observação do princípio da eficiência não pode prescindir da observação de alguns critérios fundamentais, tanto quantitativos como qualitativos. O alcance dos serviços prestados de forma eficiente deve atingir a universalidade da demanda. A eficiência do Estado brasileiro somente pode ser atingida mediante a prestação de um bom serviço público à totalidade das pessoas que dele necessita. Esses critérios mínimos são, portanto, imprescindíveis para se definir um Estado eficiente, considerando uma interpretação integrada e coerente dos preceitos da Constituição Federal.

No Estado, o princípio da eficiência não pode ser entendido como a subordinação da atividade administrativa à simples racionalidade econômica, que busca o lucro e a acumulação da riqueza como fim último. Marçal Justen Filho⁴⁵⁷ afirma que a eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica, pois, enquanto uma empresa privada está autorizada a organizar sua produção buscando somente o lucro, na atividade do Estado a eficiência deverá traduzir valores de outra ordem, superando o interesse meramente econômico.

A eficiência na Administração Pública precisa ser compreendida sob os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Imprescindível, portanto, que a interpretação se faça sob essa ótica. Uma atuação eficiente necessita, assim, racionalizar e aproveitar ao máximo as potencialidades existentes e disponíveis para alcançar o resultado quantitativo e qualitativo mais satisfatório, democrático e constitucionalmente exigido.

4.2.2.1.1 Aspectos Jurídicos e Conceituais do Princípio da Eficiência

Mesmo anterior à inclusão do princípio da eficiência na Constituição, com a Emenda Constitucional nº 19/08, isso não era estranho no ordenamento jurídico brasileiro. A reforma administrativa de 1967 aprovou o Decreto-lei nº 200/67, ainda em vigor, sujeitando a Administração indireta ao controle da eficiência administrativa. No mesmo sentido, a própria Constituição de 1988 também já havia se referido ao princípio da eficiência na Administração Pública. O art. 74, II, da CF estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão de forma integrada, sistema de controle interno para “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos por entidades de Direito privado”.

Na doutrina, o conceito do princípio da eficiência⁴⁵⁸, bem como o seu conteúdo e resultado prático na aplicação à Administração Pública, tem sido objeto de divergências. Sob

⁴⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 85.

⁴⁵⁸ É necessário observar que é comum a utilização dos conceitos de eficiência e eficácia como sinônimos, entretanto, é equivocada tal confusão. Renato Lopes Becho entende que “eficácia está mais para atos ou fatos, enquanto eficiência está para pessoas (físicas ou jurídicas), mas mantendo-se a ideia da obtenção dos efeitos desejados, de cumprimento de metas. BECHO, Renato Lopes. Princípio da eficiência na administração pública. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 439, jul. 1999. Além desse, há vários outros entendimentos sobre a distinção entre os conceitos de eficiência e eficácia, porém, para fins desse trabalho, é oportuno uma diferenciação mais simplificada, entendendo-se que a eficácia tem relação com o meio utilizado para a obtenção de determinado fim; o meio correto ou a intensidade correta para a produção do fim pretendido. A eficiência, por sua vez, vincula-se com o fim alcançado (através da utilização de um meio eficaz); ele precisa ser eficiente (completo, o mais ideal possível). Portanto, o fim somente poderá ser eficiente se o meio utilizado for eficaz. A eficiência administrativa será alcançada quando for atendido o interesse público, e esse fim só poderá ser alcançado se utilizado os meios eficazes.

uma perspectiva científica, uma definição do conceito de eficiência pode ter como pontos de observação: a Economia, a Sociologia, a Administração e o Direito. Porém, além da perspectiva da ciência, outros aspectos podem fazer com que haja variação do entendimento sobre o correto conceito de eficiência, como o próprio juízo valorativo do intérprete, além de outros aspectos.

Gabardo⁴⁵⁹ faz uma aproximação da ideia de eficiência e do ideal de racionalização da ação, mas explica que racionalizar, nesse sentido, não se resume à ideia da utilização da razão. Nesse sentido, agir com racionalidade não significa somente a realização de uma lucubração racional, esse é obviamente o pressuposto, “mas com a incrementação de um elemento mais específico: a preocupação com a maior eliminação de erros possível no processo, tornando-o, nesse sentido, mais eficiente”⁴⁶⁰. Essa aproximação entre as ideias de eficiência e de racionalidade pode chegar ao ponto em que uma se torna sinônimo da outra, ou seja, a racionalização, ao invés de ser um instrumento, torna-se sinônimo da própria eficiência, “na medida em que ser eficiente (no caso ser racional) pode ser entendido, simplesmente, como tomar a eficiência na qualidade de objetivo (racionalizar)”⁴⁶¹.

É necessário observar, porém, que mesmo sendo a eficiência termo multifacetado e ambíguo, seu conceito não pode ser reduzido apenas a alguns de seus elementos. Para Loureiro⁴⁶², a eficiência pode ser entendida como celeridade ou como economicidade. A utilização do termo dessa forma parece-nos equivocada, pois seria reduzir o conceito a um sentido extremamente restrito e incompleto, principalmente em se tratando de analisar a eficiência do Estado, da Administração Pública.

Para Campilongo⁴⁶³, o que se denomina de “eficiência jurídica”, por exemplo, refere-se ao sucesso de determinada norma na obtenção dos resultados pretendidos com a sua edição. Esse entendimento, embora possa parecer uma confusão com a eficácia da norma jurídica, não é o caso. Uma norma jurídica pode ser eficaz quanto à sua aplicabilidade específica e, mesmo

⁴⁵⁹ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26.

⁴⁶⁰ Entretanto, observa que, assim como os demais termos vagos, com a expressão racionalização é possível compreender diversos sentidos, dependendo, inclusive, do critério político que se use, como bem observa Alain Touraine: “A racionalização é uma palavra nobre quando ela introduz o espírito crítico e científico nos domínios até então controlados por autoridades tradicionais e a arbitrariedade dos poderosos; ela se torna uma palavra temível, quando designa o taylorismo e os outros métodos de organização do trabalho que violam a autonomia profissional dos operários e que os submetem a cadências e comandos que se dizem científicos, mas que não são mais do que instrumentos a serviço do lucro, indiferentes às realidades fisiológicas, psicológicas e sociais do homem no trabalho”. TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. 4. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 99.

⁴⁶¹ GABARDO, op. cit., p. 27.

⁴⁶² LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo entre eficiência e a garantia dos particulares – algumas considerações. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, p. 132, 1995.

⁴⁶³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 55 et seq.

assim, não produzir os resultados pretendidos com a sua edição. Dito de outra forma: uma norma pode ser editada, com a pretensão de que com a sua observância (eficácia, portanto) chegue-se à determinada alteração no comportamento social; pode ocorrer que tal norma venha efetivamente a ser observada, contudo, a alteração pretendida no comportamento social pode não ocorrer no nível inicialmente pretendido. Assim, a eficiência jurídica está relacionada ao resultado pretendido, e não somente à eficácia da norma quanto à sua observância e aplicabilidade específica.

Paulo Modesto sintetiza a definição de princípio da eficiência como sendo a exigência jurídica imposta à Administração Pública e “àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados à subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe foram confiadas por lei ou por ato ou contrato de Direito Público”⁴⁶⁴. O entendimento de Pereira Junior e Marines Dotti vai na mesma esteira. Para eles, o princípio da eficiência vincula os gestores públicos de “agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público”⁴⁶⁵.

Vladimir da Rocha França⁴⁶⁶, por sua vez, afirma que “o Princípio da Eficiência administrativa estabelece que toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativos”. Medauar⁴⁶⁷ entende que o princípio da eficiência preconiza à Administração uma ação rápida, precisa e apta a produzir os resultados que satisfaçam às necessidades da população. Eros Roberto Grau⁴⁶⁸, analisando a importância desse princípio, entende que a eficiência da Administração Pública adquiriu uma grande importância, tornando-se um valor cristalizado, pois não interessa à sociedade a manutenção de uma estrutura ineficiente.

De todas essas conceituações, é possível sintetizar o entendimento de que o princípio da eficiência na Administração Pública é uma norma jurídica direcionada ao Estado e aos agentes públicos que exercem direta ou indiretamente essa função. Ele determina, conjugado com os demais princípios da Administração Pública, a busca do atendimento ao interesse público,

⁴⁶⁴ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 7, p. 75, jul./set. 2000.

⁴⁶⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marines Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007). **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 189, jul./ago. 2007.

⁴⁶⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 168, abr./jul. 2000.

⁴⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 127.

⁴⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 194-196.

procurando sempre a forma mais adequada para alcançar o melhor resultado com os recursos, instrumentos e mecanismos de que dispõem.

Verifica-se em grande parcela dos doutrinadores que discorrem sobre o assunto apenas numa tentativa de uma definição ou de conceituação técnica, sem uma análise mais apurada e comprometida em relação aos resultados da constitucionalização do princípio da eficiência, ou seja, não há, salvo exceções, a preocupação de uma avaliação da necessidade e das consequências da inclusão desse princípio junto às normas constitucionais: se haverá ou não eficácia desse princípio; se os resultados pretensamente pretendidos poderão ou não ser alcançados a contento; e o que deveria ser feito para isso acontecer. Por outro lado, alguns conceitos apresentam certa confusão do princípio da eficiência com outros já anteriormente constitucionalizados, como subprincípios da imparcialidade e da neutralidade, que dizem respeito ao princípio constitucional da impessoalidade. Já a transparência é relativa ao princípio da publicidade, ambos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Também é de extrema importância observar que o termo *burocracia* é utilizado por muitos doutrinadores, legisladores e outras pessoas que estudam, trabalham ou têm qualquer outra relação com a Administração Pública, com a conotação pejorativa, corriqueira, popular, como sendo sinônimo de formalismo excessivo e lentidão, ou seja, apresentando as disfunções não desejadas, sem muita preocupação com o significado técnico que o termo *burocracia*⁴⁶⁹ representa.

Para Bandeira de Mello⁴⁷⁰, embora a eficiência do Estado seja algo mais do que desejável, o princípio da eficiência “é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto”. Enfatiza que, no seu entendimento, o princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo existente no Direito italiano, o princípio da boa administração⁴⁷¹.

A eficiência na Administração Pública é algo desejado e esperado por todos, porém, uma administração não se torna eficiente por imposição legal. A eficiência administrativa

⁴⁶⁹ Conforme Max Weber: “Um mecanismo burocrático perfeitamente desenvolvido atua em relação às demais organizações da mesma forma que a máquina em relação aos métodos não mecânicos de fabricação. A precisão, a rapidez, a univocidade, o caráter oficial, a continuidade, a discricção, uniformidade, a rigorosa subordinação, a redução de fricções e de custos materiais e pessoais são infinitamente maiores em uma administração severamente burocrática”. Assim, a burocracia prevê a organização de um sistema social racional, tendo como pressupostos a formalidade, a impessoalidade e o profissionalismo, e como consequências desejadas a previsibilidade, maior controle e maior eficiência. WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 103 et seq.

⁴⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 117-118.

⁴⁷¹ Ibid.

somente pode acontecer como resultado de uma boa administração, e isso implica o cumprimento dos ditames constitucionais, que determinam ao Estado brasileiro a busca da efetivação dos princípios que informam e orientam um Estado Democrático de Direito. É preciso ter presente que o Estado Democrático de Direito somente se efetivará tendo no pacto constitucional os limites norteadores do compromisso de realização efetiva de um Estado Social que respeite e garanta a dignidade da pessoa humana como princípio indispensável e insuperável, na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Conforme Moreira Neto, a conjugação do princípio da eficiência com o da boa administração é resultado de um aplicado trabalho de vanguarda da doutrina jurídica, desenvolvida desde meados do século XX por autores como Raffaele Resta e Guido Falzonen, que defenderam a transcendência do conceito de poder-dever de administrar, afirmando sobre a administração burocrática: “empenhada em lograr apenas a eficácia jurídica, para estabelecer como um passo adiante, o dever de bem administrar, que é hoje respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltado à eficiência da ação administrativa pública”⁴⁷².

Entendimento semelhante, porém, tendo como referência o art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, solenemente proclamada no Conselho Europeu de Nice de 7 a 9 de Dezembro de 2000, Juarez Freitas trata do “Direito Fundamental à Boa Administração Pública”. A Carta Europeia, no artigo referido, prescreve o direito a uma boa administração, estabelecendo o que entende como tal: que todos têm direito a um tratamento imparcial e equitativo, compreendendo o direito de defesa e acesso aos processos, antes de qualquer decisão desfavorável por parte do Estado, cujas decisões precisam ser fundamentadas; direito à reparação por danos causados pelas instituições da Comunidade Europeia; entre outros⁴⁷³.

Freitas sintetizou o conceito de direito fundamental à boa Administração Pública como “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”⁴⁷⁴. O autor pretende esclarecer que há um somatório de direitos subjetivos do cidadão, conjugados com deveres

⁴⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 84, jul./set. 2000.

⁴⁷³ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia** - anotações relativas ao texto integral da Carta Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001.

⁴⁷⁴ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

correspondentes do Estado, que não admitem uma prática antijurídica de inércia, tanto dos administradores públicos como dos controladores da administração pública⁴⁷⁵.

Vanice Lírio do Valle lembra que no Direito brasileiro os princípios constitucionais que devem nortear a Administração Pública permitem a extração de um direito fundamental à boa administração pública, que transcende inclusive o que dispõem a Carta de Nice sobre o assunto. Exemplificativamente, o art. 37, *caput*, da CF e o art. 37, § 3º do mesmo texto, ressaltam que nesses e outros preceitos “[...] se robustece os mecanismos de controle social do poder, transparecendo a preocupação em assinalar à cidadania, direito fundamental ao direcionamento da coisa pública à melhora permanente no atendimento aos interesses da coletividade”⁴⁷⁶.

Assim, o direito fundamental à boa administração pública deve ser compreendido no sentido de que esta deve ser gerida, informada e orientada por todos os princípios constitucionais que a norteiam, tanto na perspectiva de evitar os excessos que podem ser cometidos, como também no sentido de evitar as omissões praticadas por parte dos gestores do Estado. Nessa ótica, a Administração Pública está sempre sujeita ao controle e à fiscalização, sendo todos os seus atos, inclusive aqueles considerados juridicamente como discricionários, passíveis de controle e correção.

A gênese desses conceitos pode ser creditada às grandes teorias das ciências administrativas, da iniciativa privada, quando Taylor, Fayol e outros estudaram o problema com objetivo de estabelecer uma série de princípios sobre como planejar, organizar e controlar a administração⁴⁷⁷. Henri Fayol passou a definir as características do bom administrador⁴⁷⁸; Frederick Winslow Taylor desenvolveu seus estudos sobre os melhores meios para o alcance do fim buscado na organização⁴⁷⁹; Max Weber, por sua vez, analisou e caracterizou as organizações sociais, sua juridicidade e sua eficiência como princípio para a concretização dos fins pretendidos⁴⁸⁰.

Já os doutrinadores portugueses Canotilho e Vital Moreira entendem a obediência ao princípio da boa administração, que se encontra expressa na Constituição portuguesa, como

⁴⁷⁵ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

⁴⁷⁶ VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 101-102, mar./abr. 2008.

⁴⁷⁷ MOTTA, Fernando Cláudio Prestes; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Introdução à organização burocrática**. São Paulo: Brasiliense, 1980. p. 20-21 e p.49.

⁴⁷⁸ FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. 10. ed. Tradução de Irene de Bojano e de Mário de Souza. São Paulo: Atlas, 1994. p. 27 e p. 43-44.

⁴⁷⁹ TALOR, Frederick Winslow. **Princípios de administração científica**. 8. ed. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. São Paulo: Atlas, 1990.

⁴⁸⁰ WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994.

sendo a atuação que observa *eficiência e congruência*⁴⁸¹. É de se mencionar que a própria Constituição portuguesa não traz a eficiência como um princípio constitucional expresso dentre aqueles fundamentais à Administração Pública.

4.2.2.1.2 O Princípio da Eficiência no Contexto Constitucional Brasileiro

Com a constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública, reforça-se o entendimento jurídico de que a ineficiência é uma anomalia, seja no âmbito da vida pública ou privada. Mas o que deve ser compreendido efetivamente é no que consiste essa eficiência na Administração Pública num contexto em que a Constituição é norteadora do destino do Estado e, ao mesmo tempo, seus ditames são historicamente ignorados.

Analisando as iniciativas que pretendem a flexibilização dos procedimentos estatais, Gabardo salienta que seu verdadeiro objetivo é ideológico, tendo um caráter simbólico. “O novo modelo que se tem buscado implementar é bom porque é (parece) mais eficiente. Para tanto utiliza-se sabiamente e conotação repulsiva que a burocracia possui perante o imaginário popular”⁴⁸². Com isso, trabalha-se para produzir o “consenso da insatisfação”⁴⁸³, pretendendo-se, com ele, a aprovação adesista e pacificamente submissa da proposta da flexibilização liberal que se pretende implementar. Dessa forma, a legitimação simbólica⁴⁸⁴ vai se impondo de forma suave e contínua, implementando o seu objetivo de obter o controle político, cognitivo e afetivo do comportamento popular⁴⁸⁵.

É, por óbvio, equivocado afirmar que todo Estado é por si só, ineficiente. Também é um equívoco dizer que a iniciativa privada (e seu ícone: o mercado) é sempre eficiente. Do mesmo modo não é correto afirmar que o modelo gerencial de Administração Pública vai acabar com os vícios da burocracia, principalmente da burocracia estamental. Não se pode acreditar que a melhor solução para o excesso de formalismo é acabar totalmente com ele, ou negá-lo, por meio da implementação do liberalismo administrativo. Analisando a preocupação de Weber, de que

⁴⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. rev. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 928.

⁴⁸² GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 66.

⁴⁸³ BRAGA, Douglas Gerson. **Conflitos, eficiência e democracia na gestão pública**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1998. p. 36.

⁴⁸⁴ Sobre a aceitação do poder simbólico, Gabardo entende que: “Os indivíduos, em certa instância de legitimação, exigem um fundamento que supere o real, por absoluta insuficiência deste. Sendo assim, torna-se mais fácil compreender o porquê da aceitação da figuração simbólica que em nada reproduz a realidade”. GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 36.

⁴⁸⁵ OLIVEIRA, Sidney Nilton de. As estratégias de gerenciamento do trabalho nas organizações modernas. **História – Questões & Debates**, Curitiba, n. 29, p. 86, ago./dez., 1998.

a burocracia poderia extrapolar o âmbito da eficiência técnico-administrativa, convertendo-se em aparato de determinação dos fins do Estado, Gabardo enfatiza que isso é exatamente o que vem ocorrendo a partir do modelo neoliberal, concretizado na forma do gerencialismo. A partir desse raciocínio, reforça-se a tese de que o real problema administrativo está na precariedade de instrumentos legitimadores, que muito facilmente transformam-se em mitos, por meio de sua autonomização⁴⁸⁶.

Portanto, assim como não há neutralidade em qualquer ação social ou estatal, também não há neutralidade na escolha dos instrumentos de gestão. Os *avanços* rumo à informalidade administrativa não recuperam a eficiência. Pelo contrário, podem implicar a decadência das conquistas sociais e democráticas até aqui alcançadas, e abrir as portas para o arbítrio do gerencialismo de resultados meramente econômicos. Precisa ser claramente apreendido que a burocracia não é um fim em si, mas um meio, até hoje não superado, para o alcance da isonomia de tratamento entre os administrados.

A isonomia de tratamento, estreitamente ligada à moralidade, também é alcançada pelo procedimento, sendo este um mecanismo de manutenção e de garantia da imparcialidade e da segurança jurídica. “São os próprios ideais de justiça e moralidade que exigem a atuação procedimental da Administração, com um pilar da segurança jurídica ínsita ao Estado de Direito”⁴⁸⁷. Portanto, o procedimento burocrático, de forma legítima, é instrumento necessário para a realização da justiça e da democracia por parte do Estado. Bacellar Filho explica que a ação administrativa procedimental é “a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos”, configurando numa “condição indispensável para a concretização da democracia”⁴⁸⁸. O procedimento, portanto, é um mecanismo necessário para a democracia, possibilitando a participação do cidadão nas decisões do Estado.

Nesse sentido observa Dallari, quando preconiza que a Administração do interesse público apresenta radicais diferenças em relação à gestão dos negócios privados. Nas relações jurídicas entre particulares, o que importa é a vontade de cada um, que deve ser livre, pois são disponíveis. Como os interesses públicos são indisponíveis, a “atuação da administração pública como gestão de interesses qualificados como públicos é condicionada por uma série de fatores, cuja relevância os eleva à categoria de princípios”⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 36.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 130.

⁴⁸⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no Estado de direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n 5, p. 35, 1994.

Diferente da função da administração pública, a administração gerencial privada legitima-se pela busca do lucro. A administração pública, por sua vez, não pode se pautar na busca do lucro; a sua função não é essa, “o lucro não é valor justificador das funções públicas. Cabe ao Estado promover o bem comum, a dignidade da pessoa humana, a paz social”⁴⁹⁰. Mas não uma falsa paz social, assegurada pelo monopólio do uso da força e pela coerção violenta, mas uma paz assegurada através de políticas públicas de inclusão social, isto é, pela via da atuação estatal coletiva e solidária, nos moldes do constitucionalismo social e dirigente.

A visão meramente gerencial mostra-se inadequada para o enfrentamento dos problemas apresentados pela gestão da máquina pública, pois operam numa perspectiva diversa daquela preocupada com o interesse público de caráter universal. Da mesma forma, também se mostra ineficiente para o enfrentamento dos vícios que a cultura patrimonialista⁴⁹¹ implementou no interior do Estado brasileiro, que teima em permanecer apesar dos esforços dos que a combatem.

O Estado busca a sua legitimidade nos valores consensuais da cultura social que ele representa. Sua legitimidade, portanto, se produz com o suporte de um sistema de poder que tenha condições de gerar a sua própria estabilidade com um mínimo possível de emprego da força. Moreira Neto⁴⁹² entende que a legitimação é um fenômeno antropológico inseparável do consenso alcançado pelos grupos sociais, que proporciona a verificação da concordância conjuntural e casuística, entre os fenômenos políticos e aqueles valores que devem suportá-los, ambos concernentes ao poder.

A legitimidade de um Estado Democrático e de Direito somente pode ser alcançada se cumpridos os compromissos sociais que foram constitucionalmente assumidos. Para Modesto, a positivação do princípio da eficiência representa um plus normativo na exigência de um agir eficiente, compromisso esse que já existia no conceito de Estado Social, que não pode deixar de agir com eficiência, justificando os recursos que arrecada da comunidade com resultados

⁴⁹⁰ PERREIRA JUNIOR, Jessé Terres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 44.

⁴⁹¹ O conceito de “patrimonialismo” remonta os trabalhos de Max Weber. Caracteriza uma forma específica de dominação política, em que a administração pública está a serviço de seus agentes ou pessoas a eles relacionadas. A atividade pública é exercida, e os bens públicos utilizados, como se fossem patrimônio privado dos agentes que os ocupam ou que exercem poderes sobre os mesmos. WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2000. p. 148 et seq. No Brasil, Raymundo Faoro, foi precursor na análise do patrimonialismo, identificando essa prática já nas ações dos funcionários da Coroa que aqui se instalaram. Também descrevia o patrimonialismo como organização política básica que se fecha sobre si mesmo, apropriando-se do espaço e dos cargos públicos no sentido de tirar proveito próprio. FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 11. ed. São Paulo: Globo. 1997. v. 1, p. 84-85.

⁴⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 63, jul./set. 2000.

socialmente relevantes. “Essas exigências hoje não são mais percebidas em termos meramente políticos e econômicos. Foram positivados, foram entronizados no sistema jurídico, juridicizaram-se como exigências do ordenamento nacional”⁴⁹³.

Para Ferrajoli há uma eficiência social que precisa ser implementada para a legitimidade do Estado. Nas sociedades complexas, como as contemporâneas, há a necessidade de garantir a sobrevivência como condição de legitimidade do pacto social, “e na base de reconhecimento elementar, isto é, do fato de que o direito social certamente tem um custo, mas o seu custo é infinitamente inferior ao custo da falta de garantia a esse direito”⁴⁹⁴. Por isso, Ferrajoli entende o atendimento das necessidades sociais por parte do Estado como cumprimento de sua responsabilidade no pacto social realizado. Para o autor, caso não fosse o cumprimento dessas necessidades por parte do Estado, com ações positivas, de forma dirigente e garantista – uma responsabilidade social assumida e necessária para a sua legitimação –, essas ações de interesse social seriam importantes também como estratégia econômica, pois, na relação custo/benefício dos investimentos sociais, são produzidos inclusive benefícios econômicos para o Estado⁴⁹⁵.

Assim, mesmo que não em cumprimento aos compromissos sociais assumidos pelo Estado quando da pactuação social realizada, representado na sua constituição, os investimentos sociais que devem ser realizados pelo Estado para o efetivo cumprimento desses compromissos já seria uma demonstração de correta estratégia para o seu crescimento e desenvolvimento econômico.

O Estado Democrático de Direito tem no constitucionalismo não somente a sua maior fonte positivada do sistema jurídico nacional, como também a maior fonte norteadora das ações e atividades administrativas do próprio Estado. Todas as atividades governamentais, principalmente aquelas tendentes a desenvolver as políticas públicas, devem compreender, nas ações administrativas de execução, que o cumprimento dos direitos fundamentais é uma obrigação constitucional que está sob a responsabilidade do Estado, condição indispensável, portanto, para a sua legitimidade do próprio Estado.

⁴⁹³ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 7, p. 66, jul./set. 2000.

⁴⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – separação dos poderes: funções de governo e funções de garantia. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, ano 4, n. 23, nov./dez. 2009.

⁴⁹⁵ Segundo Ferrajoli, “Os países Europeus são hoje mais ricos que os outros países exatamente porque em parte resolveram os problemas das questões sociais e assim podemos dizer que a garantia dos direitos vitais, dos direitos sociais vitais é o principal investimento econômico, o principal investimento produtivo. Sem garantia de sobrevivência quando a fome, a má nutrição, as doenças incuráveis levam à morte de milhões de pessoas, a incapacidade de se dedicar a questões produtivas de milhões e milhões de pessoas, não existe o desenvolvimento individual, nem o coletivo. É necessário desfazer, mudar o lugar comum segundo o qual os direitos sociais custam. A garantia dos direitos sociais é o principal investimento econômico.”: Ibid.

Esse dever constitucional do Estado exige a prática de políticas e ações que levam ao atendimento efetivo das demandas que garantam o cumprimento dos direitos fundamentais. As políticas públicas de Estado devem atentar para o cumprimento dos objetivos e compromissos constitucionalmente atribuídos. Assim, na conjugação do atendimento aos limites e ditames constitucionais, com a democracia substantivamente participativa, não cabe aos Estados desenvolver políticas e ações administrativas que buscam resultados contrários ou aquém daqueles constitucionalmente pactuados.

O Estado nunca poderá ser considerado eficiente se esta busca pautar-se somente no objetivo de atingir os melhores resultados econômicos, numa simples solução da equação matemática da maximização dos resultados pelo menor custo possível. Essa bem sucedida equação econômica não demonstra eficiência do Estado: pode, no máximo, demonstrar uma eficiente atuação gerencial-administrativa. A sua função não se limita à eficiência econômica, sob o prisma gerencial. Na busca da eficiência administrativa, por parte do Estado, um resultado eficiente não pode limitar-se ao seu conceito no sentido econômico, devendo refletir, principalmente, os imperativos da realização efetiva das diretrizes constitucionais que orientam toda e qualquer ação ou política pública.

Nessa compreensão, o grau de eficiência do Estado está ligado primeiro à estrutura que dispõe para o desempenho de suas funções e atividades, seja essa estrutura material ou pessoal; e, segundo, do correto e bom uso que é feito dessa estrutura para o cumprimento integral e universal de suas funções. É plenamente verificável que o grau de eficiência deve ser comparado diretamente à estrutura existente, conjugada com o seu correto uso. A existência de uma estrutura escassa, que não possibilita o atendimento das demandas de forma universal, ainda que conjugada com o seu bom uso, pode ser no máximo entendido como eficiência operacional e econômica, mas jamais como eficiência do Estado, que somente será eficiente se atender às necessidades sociais que lhe são impostas de forma satisfatória e universal.

Por outro lado, é evidente que as estruturas que estão à disposição do Estado estão diretamente relacionadas à sua capacidade de investimento, ou seja, às suas condições financeiras e orçamentárias. Um Estado que tem maior capacidade financeira para dispor de uma estrutura, seja material ou pessoal, mais qualificada está em melhores condições de dar um retorno mais eficiente à sociedade. Por outro lado, uma menor capacidade estrutural também tem como consequência direta um menor grau de eficiência em suas ações, pois, embora possa ser bem administrado, será insuficiente e, portanto, ineficiente no atendimento de sua demanda.

Porém, é necessário observar que a estrutura financeira orçamentária que pode estar à disposição do Estado para o suprimento de suas necessidades estruturais, materiais ou pessoais

é o resultado de decisões políticas-públicas que são tomadas. A capacidade de investimento do Estado na formação de sua estrutura material e pessoal depende dos recursos que estão à sua disposição para essa finalidade, que, por sua vez, fazem parte de um orçamento público geral. Ou seja, é o resultado de todos os recursos que são arrecadados pelo Estado, direta ou indiretamente, resultando na soma de todos os tributos e de outras formas de arrecadação ao erário, independente do agente, órgão, poder ou ente da federação que o arrecada.

Portanto, tanto a arrecadação como a distribuição dos recursos públicos arrecadados são o resultado de decisões políticas-públicas tomadas pelos agentes públicos⁴⁹⁶ como representantes da sociedade. Assim, os valores dispostos a cada órgão, ente ou poder para suprir a sua necessidade de investimento em estrutura material e pessoal são resultados de decisões políticas-públicas tomadas pela sociedade.

Porém, conforme já visto, embora vivendo sob o manto de um Estado Democrático de Direito, diante do baixo grau de cultura política de uma sociedade como a brasileira e, portanto, de politização e envolvimento nas *coisas públicas*, é evidente que as decisões que são tomadas em nome da sociedade, ou *do povo*, estão muito distantes de significar o entendimento e o respeito da vontade popular. O que temos é uma democracia formal, em que os agentes públicos na sua grande parte decidem aquilo que dizem ser a representação da vontade da sociedade, nos limites e interesses dos lobbies e das pretensões de grupos, corporações e interesses pessoais.

Essas questões não podem ficar de lado, ou secundadas, quando se pretende a análise do princípio da eficiência do Estado, ou seja, da gestão pública eficiente, que está intrinsecamente relacionada à democracia substantiva. A eficácia do princípio da eficiência no Estado brasileiro está muito mais relacionada e condicionada à análise, à discussão e à alteração dos valores culturais que são formados e desenvolvidos pela sociedade e pelo Estado, do que ao resultado da simples positividade desse princípio, com a sua inclusão na Constituição Federal.

Assim, portanto, a observação do princípio da eficiência não pode prescindir da observação de alguns critérios fundamentais, como os aspectos quantitativos como qualitativos da eficiência e o alcance dos serviços prestados, que devem atingir a universalidade dos cidadãos que dele necessitam. Tais critérios mínimos, portanto, são imprescindíveis para se definir um Estado eficiente, considerando os preceitos constitucionais.

⁴⁹⁶ Por óbvio, não estamos ignorando as atuais divisões e graus de competências de cada agente, órgão ou ente da federação, disciplinado na forma da CF de 1988.

4.2.2.4 Recursos para um Estado Eficiente

Quando se estabelece a eficiência como princípio constitucional, não é possível, então, que se pretenda a sua leitura de forma apartada de todo o conjunto normativo que a Constituição comporta. O princípio da eficiência requer, portanto, que a sua interpretação e a sua aplicação sejam feitas em conformidade com a integridade do conjunto da normativa constitucional.

Assim, é necessário compreender que o pacto constitucional já inicia estabelecendo seus princípios fundamentais, quais sejam, de constituir o Brasil numa República sob um Estado Democrático de Direito, tendo por fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, entre outros (art. 1º). Por outro lado, estabelece como objetivos fundamentais da República, por meio desse novo pacto democrático, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). Como direitos, a Constituição estabeleceu a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho e moradia digna, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º).

Esses objetivos fundamentais que a Constituição estabelece como algo a ser buscado – e alcançado – envolvem claramente dois polos de sujeitos para a sua concretização. De um lado, o Estado, principal responsável por fazer com que esses direitos sejam alcançados aos seus destinatários, exatamente aqueles que se encontram no outro polo, qual seja, o conjunto dos cidadãos que necessitam ou que demandam esses direitos.

É necessário compreender, porém, de forma clara, que, quando se fala em ditames constitucionais, não se está tratando de valores (axiológicos), cujo atendimento, ou intensidade de atendimento, está adstrito a condições volitivas do Estado. Pelo contrário, são princípios constitucionais e, como tais, deontológicos⁴⁹⁷ – normas jurídicas exigíveis. Portanto, a Constituição, como pacto social, exige, para que o pacto tenha valor e legitimidade, que essas demandas sejam efetivamente atendidas, e não constem na Constituição apenas como ornamentos retóricos.

O Estado, para o atendimento das obrigações que foram a ele imputadas por meio do texto constitucional, depende de uma estrutura não apenas mínima, mas necessária para o desiderato de suas responsabilidades. Essa estrutura tem, por sua vez, a sua capacidade de

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

resolução dos problemas diretamente relacionada ao seu tamanho e às condições materiais à sua disposição. Portanto, trata-se de uma correlação com as condições econômicas que necessita e dispõe. Quando o Estado tem maior capacidade econômica para dispor de uma estrutura, material e pessoal, mais qualificada, está em melhores condições de dar um retorno mais eficiente à sociedade, melhor atendendo à demanda social que lhe incumbe. Por outro lado, uma menor capacidade estrutural também tem como consequência direta um menor grau de eficiência em suas ações, pois, embora possa ser bem administrado, será insuficiente e, portanto, ineficiente no atendimento.

O quadro econômico que pode estar à disposição do Estado para o suprimento de suas necessidades estruturais, materiais ou pessoais é o resultado de decisões políticas que são tomadas. Nesse sentido, o pacto social materializado na Constituição Federal estabeleceu que os entes da federação poderão instituir tributos, que se materializam em impostos, taxas e contribuições de melhorias (art. 145). Assim, a Constituição, ao mesmo tempo que estabeleceu obrigações, deveres e demandas que foram incumbidas ao Estado atender, também possibilitou a instituição de tributos⁴⁹⁸, como fontes de recursos econômicos para suportar e atender as responsabilidades estatais de forma eficiente, considerando o necessário.

Porém, tanto a arrecadação como a distribuição dos recursos públicos é resultado de decisões políticas que são tomadas pelos agentes do Estado⁴⁹⁹, como representantes da sociedade. Assim, os valores dispostos a cada órgão, ente ou poder, para suprir a sua necessidade de investimento em estrutura material e pessoal, em última análise, são resultados de decisões políticas tomadas pela sociedade, considerando esta como titular do poder democrático.

A ideia de constituição como um pacto de convivência social que tem por fundamento último o estabelecimento das condições necessárias para que todos possam viver e conviver de forma minimamente digna deve se impor sempre que se interprete qualquer dispositivo constitucional e legal. Essa ideia deve estar presente, por exemplo, quando se analisa todo o arcabouço constitucional que estabelece as condições e os limites da tributação. O princípio da capacidade contributiva (art. 145, parágrafo 1º) tem por fundamento a ideia da equidade, ou seja, quem tem maiores condições deve contribuir mais com a tributação e quem tem menores condições deve, conseqüentemente, ser tributado em menores percentuais. É nesse sentido

⁴⁹⁸ Embora se possa ter outras fontes de recurso financeiro, no Estado contemporâneo, os tributos são a sua principal fonte.

⁴⁹⁹ Por óbvio, não estamos ignorando as atuais divisões e graus de competências de cada agente, órgão ou ente da federação, disciplinado na forma da CF de 1988.

também que surgem a progressividade e a seletividade tributária.

Em se tratando de responsabilidade da arrecadação tributária, Marciano Buffon observa que essa não é apenas do Estado, como ente público que tem o dever arrecadatório e, portanto, o dever constitucional de cobrar tributos. Esse dever também se estende ao cidadão, que deve pagar os tributos que o Estado lhe exigir, dentro dos parâmetros e limites constitucionais. Por isso:

O contemporâneo formato do Estado não prescinde da arrecadação de tributos. Isso implica reconhecer que um dos principais deveres inerentes à cidadania consiste em pagar tributos, um vez que, com isso, o Estado assegura os recursos necessários para garantir a realização dos programas e políticas direcionadas à obtenção do denominado bem como – razão da própria existência do Estado⁵⁰⁰.

Tratando, portanto, de demandas ao Estado e de condições de atendimento dessas demandas por meio de recursos econômicos advindos de tributos, também constitucionalmente estabelecidos, há uma exigência constitucional de que os recursos auferidos por meio da cobrança de tributos sejam proporcionais ou ajustados ao atendimento daquelas demandas. Dito de outra forma, se, por um lado, a Constituição estabelece direitos que devem ser prestados ao conjunto social que deles necessita, como responsabilidade do Estado; por outro, a mesma Constituição pactua que a sociedade, por meio da política tributária, alcance ao Estado condições para o atendimento dessas responsabilidades, na proporção ajustada. Assim, a correta política tributária é condição de possibilidade ao atendimento dos direitos fundamentais que foram estabelecidos pelo pacto constitucional.

A tributação, compreendida também a correta legislação infraconstitucional de caráter tributário, não pode ser vista como um poder facultado ao Estado. De forma oposta, a partir do pacto constitucional, a correta política tributária passou a ser um dever do Estado. É nesse contexto, conforme Heleno Torres, que “todo ordenamento jurídico ‘constitucionaliza-se’, em submissão ao plexo de competências e de princípios que passam a definir o conteúdo do sistema Constitucional Tributário”⁵⁰¹. Assim, o Estado torna-se, na sua função de arrecadação, um Estado Fiscal⁵⁰² Constitucional.

⁵⁰⁰ BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS (mestrado e doutorado). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012. p. 229.

⁵⁰¹ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 361.

⁵⁰² A tributação tem na sua atividade praticamente dois objetivos: o fiscal e o extrafiscal. A fiscalidade de um tributo diz respeito ao seu objetivo arrecadatório. Quando o tributo tem o objetivo de abastecer financeiramente os cofres públicos, diz-se que é um tributo fiscal. De outra forma, a extrafiscalidade se apresenta no tributo quando o seu objetivo é outro (não o da arrecadação), isto é, quando atende a outros interesses (sociais, políticos

A teoria da redistribuição de renda, praticada via tributação, está calcada na ideia de solidariedade social (que constitui, inclusive, um dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro). Nisso, a função principal da correta tributação é a de alcançar ao Estado as condições necessárias para que este atenda às demandas sociais que lhe cabem. Em países de modernidade tardia, como o Brasil, em que as promessas da modernidade sequer foram minimamente atendidas, o Estado precisa, primordialmente, ter condições estruturais para buscar esse desiderato que lhe foi imposto pelo pacto constitucional.

Assim, a função arrecadatária dos tributos – que tem lugar de destaque nos Estados constitucionais, comprometidos com o resgate de uma dívida social histórica – está diretamente associada à necessidade de tornar o Estado estruturalmente eficiente para o atendimento de suas demandas e para a concretização dos direitos fundamentais. A eficiência do Estado, dessa forma, está diretamente relacionada às suas condições para atender às demandas constitucionais, o que, por sua vez, está diretamente vinculado ao montante de recursos econômicos que o Estado consegue arrecadar por meio de seu sistema tributário.

4.2.2.4.1 A Arrecadação Necessária e a Correta Hermenêutica do Princípio da Capacidade Contributiva Aplicado ao Parágrafo 1º do art. 145 da CF

O princípio da capacidade contributiva decorre de outro, que é fundamental na relação do Estado com seus cidadãos, o princípio da igualdade. A igualdade, como princípio fundamental, relacionada ao princípio da capacidade contributiva, não requer que todos paguem tributos da mesma forma, ou na mesma quantidade. Pelo contrário, exige que a contribuição de cada um ocorra conforme a sua capacidade contributiva. Luciano Amaro lembra que o princípio da capacidade contributiva...

[...] avizinha-se do princípio da igualdade, na medida em que, ao adequar-se o tributo à capacidade contributiva dos contribuintes, deve-se buscar um modelo de incidência que não ignore as diferenças (de riqueza) evidenciadas nas diversas situações eleitas como suporte da imposição. E isso corresponde a um dos aspectos da igualdade, que é o tratamento desigual para os desiguais⁵⁰³.

Assim, os tributos devem ser iguais entre os iguais, mas de escala diferente entre os desiguais, no limite de suas desigualdades, portanto, conforme a capacidade que cada um tem

ou econômicos), induzindo o conjunto social (contribuintes, portanto) a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. O tributo extrafiscal, desse modo, consiste num mecanismo de intervenção do Estado, com finalidades não arrecadatórias. A extrafiscalidade do tributo não lhe retira, porém, eventual resultado de arrecadação, mas como consequência da atividade extrafiscal, não seu objetivo primordial.

⁵⁰³ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

para contribuir. Isso significa que pessoas sem capacidade contributiva devem ficar excluídas do campo de incidência dos respectivos tributos, exatamente por sua incapacidade⁵⁰⁴. De outro lado, aqueles que detêm capacidade contributiva devem contribuir de forma igual, em quantidade e especificidade tributária, quando possuem a mesma capacidade (igualdade horizontal). Já aqueles que possuem capacidades diferentes pagarão quantidade e tributos diferentes na medida dessas diferenças (igualdade vertical)⁵⁰⁵.

A igualdade exigida pelo princípio da capacidade contributiva é a adoção de um critério em que o tratamento desigual, segundo a capacidade contributiva, é, exatamente, o exercício da igualdade entre os cidadãos contribuintes. A implementação da igualdade na área tributária, exercida por meio ao respeito do princípio da capacidade contributiva, é um critério primordial que autoriza o tratamento de forma desigual ao contribuinte⁵⁰⁶, justamente para respeitar as medidas dessa desigualdade.

A concretização do princípio da igualdade, aplicado à capacidade contributiva, não deve ficar adstrita às pessoas e aos indivíduos, mas “deve abranger também *as coisas, os actos e os factos* quando sejam *estas realidades* que revelam ou constituam a essência da *capacidade contributiva*”⁵⁰⁷. A capacidade contributiva, portanto, deve ser verificada tanto em relação aos rendimentos quanto no que diz respeito ao patrimônio dos contribuintes. Por isso, quem possui maior riqueza deve ter uma maior contribuição tributária, dentro da proporção de sua riqueza e, portanto, de sua capacidade tributária.

Da capacidade contributiva, portanto, decorrem algumas regras, que serão aplicadas na

⁵⁰⁴ Essa conclusão tem por fundamento a ideia da intributabilidade do *mínimo existencial*. A teoria do mínimo existencial está baseada na ideia de que o Estado tem o dever de garantir as condições de sobrevivência mínimas de qualquer pessoa. Aquém desse mínimo, as condições de vida tornam-se indignas, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial é, portanto, um direito que deve ser protegido em duplo sentido. No sentido positivo, exige que o Estado preste ao cidadão que se encontra em condições de vulnerabilidade social e econômica condições para suprir tais deficiências, alcançando patamares que cheguem ao mínimo existencial. Já no aspecto negativo, isso implica que o Estado se abstenha de exigir do cidadão que se encontre nessas condições contribuições que lhe afetem ainda mais as suas condições de sobrevivência. No campo tributário, essas abstenções do Estado são concretizadas por meio de imunidades, isenções e outras formas. Herrera Molina analisa a intributabilidade do mínimo existencial à luz do Direito alemão, onde o Tribunal Constitucional (BverfGE 82,60,85) entendeu, a partir do juízo constitucional, que o Estado não pode tributar a renda do cidadão quando essa é totalmente necessária para alcançar as condições mínimas para uma existência humana digna. Conforme essa decisão, o mandamento constitucional deriva do art. 1.1 GG, conjugado com o princípio do Estado Social do art. 20.1. Assim como no aspecto positivo, o Estado é obrigado a assegurar ao cidadão necessitado condições mínimas por meio de prestações sociais (BverfGE 40 121-133), no aspecto negativo, o Estado tem que se abster de privar o cidadão de sua renda até o limite necessário para que este alcance o mínimo existencial. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. **Capacidad economica y sistema fiscal: analisis del ordenamiento espanõl a la luz del derecho alemán**. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 57.

⁵⁰⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 443

⁵⁰⁶ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário (Steuerrecht)**. 18. ed. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 172.

⁵⁰⁷ FAVEIRO, Vitor António Duarte. **O estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 245-246. (grifo do autor).

verificação da capacidade contributiva de cada um ou em cada situação que tenha incidência tributária. Uma delas é a da *proporcionalidade*. Essa determina que o Estado tribute de forma diferente cada cidadão, na proporção de sua capacidade contributiva. Assim, a tributação paga pelo conjunto social que contribui na arrecadação dos recursos públicos deve ser proporcional à capacidade contributiva de cada um dos membros da sociedade, sendo medida em termos de rendimentos e patrimônio. Quanto maior a base de cálculo sobre o qual determinado tributo tem incidência, maior o valor do tributo a ser pago para o Estado. A proporcionalidade tem como objeto a base de cálculo, e não outros elementos formadores do cômputo, como, por exemplo, a alíquota de incidência. Pela proporcionalidade, a alíquota de incidência é fixa sobre determinada base de cálculo, que é variável na proporção de sua grandeza.

A *seletividade* é outra regra relacionada ao princípio da capacidade tributária. A seletividade impõe a elevação das alíquotas na proporção inversa à essencialidade do bem. Ou seja, quanto menor for a essencialidade de determinado bem, maior deve ser a alíquota tributária que incidirá sobre ele. Porém, em via contrária, a alíquota deve ser menor, com base na seletividade, quanto maior for a imprescindibilidade do bem (mercadorias de consumo geral): “Quanto mais sejam elas necessárias à alimentação, vestuário, à moradia, ao tratamento médico e higiênico das classes mais numerosas, tanto menores devem ser”⁵⁰⁸.

Já a *personalização* como regra para se auferir a capacidade contributiva prevê que questões pessoais do contribuinte devem ser consideradas para essa finalidade. A personalização exige que a incidência fiscal do Estado sobre o contribuinte seja adequada às suas condições pessoais, como sujeito passivo da tributação. Na aplicação concreta da incidência tributária, as características do contribuinte, como o número de dependentes, despesas com educação e saúde e outras, devem ser consideradas na verificação do valor tributário devido. Assim, a capacidade contributiva considera as condições pessoais do cidadão contribuinte para a aplicação da incidência tributária contra ele.

Outra regra derivada do princípio da capacidade contributiva é a da *progressividade*. Ela, diferente da proporcionalidade, incide não apenas na proporção da base de cálculo, mas tem uma variação também na própria alíquota, que tem a base de cálculo como referencial para essa variação. Assim, em respeito à regra da progressividade, quanto maior o bem a ser tributado, maior é a base de cálculo (como decorrência lógica da própria variação do bem tributável), e maior será (também) a alíquota que incidirá sobre aquela base de cálculo.

O fundamento da regra da progressividade é o de adequar a carga tributária que o

⁵⁰⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 347.

contribuinte deve pagar ao fisco à sua efetiva capacidade econômica. Objetivos esses que não são alcançados pelo emprego da regra da proporcionalidade apenas, já que essa não considera a capacidade econômica no seu sentido real, mas apenas na proporção dessa capacidade. Portanto, a progressividade⁵⁰⁹ é uma decorrência lógica do princípio da capacidade contributiva, que supera a simples regra da proporcionalidade.

Essa perspectiva na concepção tributária justifica-se porque “A mera proporcionalidade do imposto não parecia mais satisfatória para manter a equidade fiscal, porque ela não conseguia garantir a igualdade de sacrifícios entre os cidadãos”⁵¹⁰. Nas palavras de Buffon, a regra da progressividade “dá ensejo a uma efetiva justiça fiscal, estando, assim, em perfeita harmonia com os objetivos do Estado Democrático de Direito. Com isso, a tributação atinge, de uma forma mais expressiva, aqueles que ocupam o topo da pirâmide social e exonera aqueles que estão na base dessa”⁵¹¹.

Baseado em concepções ideológicas e conservadoras, a regra da progressividade tem sofrido resistências no Brasil. Campos demonstra bem esse cenário ao afirmar que a progressividade “é uma coisa charmosa, principalmente quando ela é aplicada a custo do bolso alheio. No fundo, entretanto, a progressividade é uma iniquidade. Significa não só obrigar os que ganham mais a pagar mais, mas também punir mais que proporcionalmente os ousados e criadores”⁵¹². Esse entendimento, amarrado a ranços ideológicos anacrônicos⁵¹³, tem por fundamento concepções baseadas em doutrinas neoliberais, como a capitaneada por Hayek, para quem:

Não só os serviços que antes da tributação recebem a mesma recompensa produzirão recompensas líquidas muito diferentes aos que os prestam, como é possível que um pagamento muito maior por um serviço disponibiliza menos para aquele que o prestou que um pagamento menor para uma outra pessoa. Isso significa, numa primeira instância, que a tributação progressiva fere inevitavelmente aquilo que me parece o

⁵⁰⁹ A progressividade também pode ser fiscal ou extrafiscal. A fiscal, cujo objetivo é a arrecadação para o fisco, tem sua progressão conforme o aumento da capacidade contributiva. A extrafiscal, cuja finalidade principal é outra (não a mera arrecadação), não precisa estar relacionada com o aumento da capacidade contributiva para a sua progressão. Portanto, no caso, na extrafiscalidade, o aumento das alíquotas independe da capacidade contributiva; é motivada por outros fins de interesse público, como é a regra de toda contribuição extrafiscal.

⁵¹⁰ SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. Tradução de Milene Eugenio Cavalcante Greco e Marco Aurélio Greco. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 26.

⁵¹¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 188.

⁵¹² CAMPOS, Roberto. As tentações de São João Batista. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, p. 2, 04 mar. 1990.

⁵¹³ BUFFON, op. cit., p. 188.

princípio mais básico de justiça econômica, o princípio de “pagamento igual para trabalho igual”⁵¹⁴.

As razões para a resistência à tributação progressiva podem ser sintetizadas em dois argumentos básicos. O primeiro diz respeito à noção de liberdade individual. Toda pessoa deve ter o direito de dispor de sua renda, sem qualquer ingerência do Estado. O segundo argumento sustenta que a progressividade tem uma relação direta com incentivos ou desincentivos. Pessoas com maior incentivo teriam maior produtividade, e a incidência da progressividade tributária sobre essa maior produtividade causaria um desincentivo à sua criatividade, o que viria em prejuízo de toda a sociedade⁵¹⁵. Os dois argumentos não se sustentam, um por ser entendimento equivocado, outro por basear-se em meras falácias argumentativas.

O argumento do respeito à liberdade individual considera a liberdade (individual) como sendo um direito absoluto. Parte, portanto, de um equívoco, pois a liberdade não é um direito absoluto. Os direitos devem ser considerados relacionados com outros direitos, jamais de forma isolada e absoluta. O direito à liberdade não pode ser compreendido desconsiderando-se outros direitos que com ele se relacionam, como é o caso da igualdade. A pretensa liberdade absoluta só seria possível para um indivíduo que viveria (caso isso fosse possível) de forma isolada, sem qualquer relação com os demais membros do conjunto social, o que, efetivamente, é impossível. Assim, é preciso atentar para o fato de que a liberdade de determinado indivíduo necessariamente terá consequências para os demais membros da sociedade e, portanto, o exercício dessa liberdade deve ser mitigado pelo respeito ao próximo.

Não é por outro motivo que, em se tratando de bens, sejam eles individuais ou coletivos, privados ou públicos, o pacto constitucional estabeleceu como princípios da ordem econômica – que tem por fim assegurar uma existência digna a todos –, junto com a propriedade privada, a função social (dessa mesma) propriedade (art. 170, CF). Tudo isso deve ser compreendido, inclusive, conjugando-se outros princípios da ordem econômica constitucional, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais. Portanto, não há que se falar em liberdade absoluta para dispor de rendas.

O segundo argumento, que se divide em vários – o da relação da progressividade tributária com incentivos ou desincentivos, e estes, com maior ou menor produtividade, bem como essa maior ou menor produtividade, como benefício ou prejuízo de toda a sociedade –

⁵¹⁴ HAYEK, Friedrich. Reexaminando a taxaçoão progressiva. Tradução de Edson Boni. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). **Princípio e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 756.

⁵¹⁵ LIVINGSTON, Michael A. Progressividade e solidariedade: uma perspectiva norte-americana. Tradução de Marco Aurélio Greco. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 192.

também não se sustenta. Trata-se de uma argumentação falaciosa que carrega em suas premissas conclusões supostamente óbvias, mas sem qualquer demonstração de realidade. Os argumentos de que com a progressividade tributária há um desincentivo à criatividade, que esse desincentivo à criatividade geraria uma menor produtividade, e que essa menor produtividade viria em prejuízo da sociedade, são todos elementos que carecem de comprovação fática. Eles se sustentam apenas na circularidade do próprio argumento, que pode eventualmente ser verdadeiro ou não.

Não há nenhuma comprovação de que a tributação progressiva tenha provocado diminuição em qualquer processo de criação – principalmente quando a tributação, no que diz respeito à sua progressividade, é correspondente aos percentuais e valores praticados na política tributária brasileira. Também não há demonstração de qualquer relação direta e necessária de menor criatividade com eventual diminuição de produtividade. Por fim, também não passa de retórica argumentativa a afirmação de que uma menor produtividade venha a produzir um prejuízo para a sociedade.

Tais argumentos podem eventualmente ser verdadeiros, mas não necessariamente o são em todos os casos. No caso da maior produtividade, com maiores benefícios à sociedade, por exemplo, não resta comprovado de que essa afirmação corresponde com a realidade, afinal, há muito tempo verifica-se avanços na produtividade e, mesmo assim, a vida de muitas pessoas não melhorou em nada (o que não significa que não tenha melhorado para outras, mas não para todo o conjunto social).

Tais argumentos, que sustentam algumas concepções liberais contrárias à progressividade tributária, não se justificam. Assim, como não encontra ressonância a pretensão da não progressividade frente às necessidades sociais que o Estado precisa suportar em sociedades cujas promessas feitas pelo pacto constitucional ainda encontram-se em total descumprimento. Basta lembrar que um dos objetivos do Estado é a redução da desigualdade social, buscando a construção de uma sociedade justa e solidária. Nesse aspecto, Ataliba lembra que:

De toda maneira, como todos os impostos, sem nenhuma exceção, necessariamente são baseados no princípio da capacidade contributiva, todos são passíveis de tratamento progressivo. No Brasil, mais intensamente do que alhures, dado que a Constituição põe, especial ênfase, na necessidade de tratamento desigual às situações desiguais, na medida dessa desigualdade (art. 150, II), além de propor

normativamente serem objetivos fundamentais da República, o ‘construir uma sociedade [...] justa e solidária’ (art. 3º)⁵¹⁶.

Em termos de justiça tributária, a isonomia necessária somente pode ser buscada com a existência e a aplicação da progressividade, pois, sem ela, a mera proporcionalidade não atende ao princípio da igualdade tributária⁵¹⁷.

A norma jurídica, seja ela constitucional ou infraconstitucional, é sempre resultado da interpretação do texto⁵¹⁸. Isso significa que, se, por um lado, a norma não pode ser o resultado da vontade do intérprete, independente do que diz o texto, por outro, o texto não é a norma em si, mas, sim, o ponto de partida para uma interpretação normativa. Assim é, devido a diferença ontológica entre *ente* e o *ser* desse mesmo ente. Entre texto (como ente) e a norma (como ser daquele ente).

Em se tratando da capacidade contributiva, expressa no texto do parágrafo 1º do art. 145 da Constituição Federal, essa diferença ontológica precisa ser observada. Há a necessidade da correta observação da diferenciação entre o texto em si e a sua interpretação de forma integrada com a totalidade dos preceitos constitucionais. Somente a partir daí é possível se extrair a norma constitucional, para torná-la efetiva. Expressões como “impostos” e “pessoais” presentes no parágrafo 1º do art. 145 não podem ter a sua interpretação realizada por meio de pretensos métodos interpretativos, como a gramaticalidade ou a literalidade do texto. Meros enunciados linguísticos não são capazes de dar ao texto o sentido correto de sua interpretação na compreensão correta do que está previsto.

A interpretação meramente gramatical de um texto normativo, descontextualizada e desintegrada da totalidade do regramento constitucional, leva à produção de interpretações anacrônicas e equivocadas⁵¹⁹. Interpretações dessa forma ainda são fundadas em pré-conceitos⁵²⁰ alicerçados no modelo positivista, de um Estado Liberal-individualista, que não tem mais vigência (ou não deveria ter) a partir do novo pacto constitucional. Por isso, a

⁵¹⁶ ATALIBA, Geraldo. IPTU: Progressividade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 233, jan./mar. 1991. p. 233,

⁵¹⁷ CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **Progressividade e IPTU**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 102.

⁵¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; e, MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. trad. Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max limonad, 2000.

⁵¹⁹ Como é o caso do entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, que editou a súmula 668, estabelecendo que “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”. Lembrando que a Emenda Constitucional 29/2000 estabeleceu a progressividade do IPTU, também relacionada ao valor e com alíquotas diferentes de acordo com a localização do imóvel.

⁵²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flavio Paulo Maurer; revisão de tradução de Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. p. 354 et seq.

equivocada interpretação do princípio da capacidade contributiva, aplicada ao parágrafo 1º do art. 145.

É necessário lembrar com Buffon que:

O princípio da capacidade contributiva, diferente do que sustentam muitos, não está fundamentado no parágrafo 1º do art. 145 da CF/88. Ele decorre do caráter do modelo de Estado constituído pela Carta Brasileira de 1988 (Estado Democrático de Direito), o qual está alicerçado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade. Isto é, não há de se falar em Estado Democrático de Direito, se esse não tiver como objetivo a redução das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade solidária, que esteja apta a assegurar a igual dignidade de todos os seus membros⁵²¹.

Não há que se falar em Estado Democrático de Direito, comprometido com o resgate de uma dívida social histórica, objetivando a busca da concretização de uma vida digna para todos, se o Estado não tiver condições de atender de forma eficiente essas demandas que lhe cabe suprir. Esse objetivo somente poderá ser alcançado se o Estado tiver condições de buscar uma carga tributária que seja dividida pelo conjunto da sociedade, na proporção da capacidade contributiva de cada cidadão. Portanto, a contribuição tributária de cada um para com o conjunto social, por meio do Estado, deve ser tanto maior, quanto maior for a sua capacidade. Caso contrário, a Constituição jamais chegará a constituir uma ordem normativa em busca de uma sociedade livre, justa e solidária e verdadeiramente comprometida com o resgate da cidadania e com a erradicação da pobreza e da marginalização.

4.2.2.4.2 A Capacidade Contributiva em Relação aos Tributos Constitucionalmente

Previstos

As regras da proporcionalidade e da progressividade tributária estabelecem que cada contribuinte deve arcar com o ônus tributário na medida de sua capacidade. Nesse aspecto, a regra da progressividade é por excelência a que mais justiça faz na relação entre capacidade econômica e o ônus tributário.

Entre os tributos constitucionalmente previstos, cuja regra da progressividade é mais compativelmente aplicada, é o imposto que incide sobre a renda. O imposto sobre a renda carrega um dos critérios entendidos como fundamentais para a aplicação da regra da progressividade, o seu caráter pessoal. Já a sua execução mostra-se aparentemente simples, pelo fato de ser de fácil identificação da capacidade contributiva de cada cidadão. Isso possibilita

⁵²¹ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 175.

que, considerando a capacidade contributiva, esse imposto sirva, por um lado, como mecanismo de redistribuição de renda, cobrando mais de quem tem maior renda, e, por outro, cobrando menos ou até mesmo não exigindo nada daqueles cuja renda é baixa ou mesmo inexistente.

Com esse objetivo, as alíquotas do imposto sobre a renda são maiores quanto maior for a renda de cada um. Assim, a lógica tributária é a exclusão daqueles que se encontram no patamar de ter apenas (ou muitas vezes nem isso) o mínimo vital, avançando para as outras faixas de renda, com a aplicação da regra da progressividade. Tratando das alíquotas praticadas no Brasil em relação ao imposto sobre a renda de pessoas físicas, Buffon frisa a inadmissibilidade de existir um irrisório limite de isenção e, acima deste limite, apenas duas únicas alíquotas (15% e 27,5%). Para as pessoas jurídicas, a alíquota máxima é de 25%⁵²². Há a necessidade de correção desse equívoco legal. A correção que se mostra necessária deve produzir um maior número de alíquotas, com uma isenção maior de quem se encontra na base da pirâmide social e econômica; alíquotas menores para a maioria dos contribuintes; e uma progressão que efetivamente alcance uma alíquota maior para quem se encontra no ápice piramidal.

Pode-se concluir, entretanto, que o entendimento em relação à aplicação da progressividade tributária, tendo como sustentação tanto o princípio da capacidade tributária, como as demais diretrizes que conjugam a totalidade dos princípios constitucionais, é uma questão parcialmente resolvida nos impostos que incidem sobre a renda das pessoas. Em que pese essa afirmação, conforme visto, carece de melhor compreensão e correção a distribuição do escalonamento distintivo das alíquotas, dando um melhor atendimento à situação jurídica e econômica das pessoas, cuja realidade apresenta uma escala distintiva muito maior do que os dois ou três percentuais que são reproduzidos nas alíquotas atualmente. Porém, a realidade é bem mais problemática quando se tratam dos impostos que incidem sobre o patrimônio, como é o caso do IPTU, ITBI, IPVA, ITCĐ e ITR.

Isso se dá pelo fato da distinção doutrinária entre os impostos de caráter pessoal e aqueles chamados impostos reais. Conforme Ataliba⁵²³, a diferença entre esses dois tipos está centrada no fato de que, nos impostos reais, a hipótese de incidência tem, no seu aspecto material, a limitação de descrever um fato, independente de qualquer aspecto pessoal do sujeito passivo. Portanto, a hipótese de incidência é um fato objetivamente considerado. Já os impostos pessoais, contrariamente, são aqueles em que o aspecto material da hipótese de incidência

⁵²² BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 192.

⁵²³ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 125.

considera certas qualidades, juridicamente qualificadas. Essas qualidades pessoais influenciam para estabelecer diferenciações no tratamento tributário.

Assim, nos impostos de natureza real, seria tomada em consideração apenas a coisa (o bem economicamente quantificável) sobre a qual incide o tributo, sem levar em conta as condições específicas e peculiares do contribuinte. Nos impostos de natureza pessoal, por sua vez, haveria a análise das condições individuais do contribuinte para a gradação e para a quantificação dos impostos que devem ser pagos.

Essa distinção conceitual tem sustentado o equivocado entendimento de ser inviável a aplicação do princípio da capacidade contributiva para aqueles impostos denominados como de natureza real. Essa inviabilidade se daria pelo fato de que, na apuração e quantificação dos impostos reais, devem ser considerados apenas os aspectos objetivos da matéria tributável, desconsiderando os aspectos pessoais (subjetivos) do sujeito passivo, cujo aspecto da pessoalidade seria imprescindível para a aplicação da regra da progressividade.

Contrariando esse entendimento, Buffon⁵²⁴ esclarece ser muito difícil encontrar um imposto cuja hipótese de incidência seja destituída de qualquer fator relacionado com as qualidades jurídicas do sujeito passivo, ou seja, é muito complicado sustentar que determinado imposto seja puramente de natureza real, sem qualquer aspecto de pessoalidade. Embora a validade dessa distinção classificatória entre impostos reais e pessoais sirva para a finalidade pedagógica, ela não pode ser considerada como critério absoluto de exclusão, quando se trata da verificação da capacidade contributiva relacionado a bens e patrimônios.

Nessa linha foi o voto do Ministro Carlos Velloso, quando o Supremo Tribunal Federal discutia a possibilidade ou não da cobrança do IPTU, aplicando-se a progressividade. Naquela ocasião afirmou Velloso:

A interpretação [...] do que está inscrito no § 1º do art. 145 da Constituição Federal deve ser esta: sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal, dado que há impostos que não possuem tal característica. Mas a pessoalidade dos impostos deverá, a todo modo, ser perseguida. Todos os impostos, entretanto, estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, mesmo os que não tenham caráter pessoal.⁵²⁵

Esse entendimento, embora correto, restou, na oportunidade, vencido junto àquela Corte Constitucional. E por que está correto? O próprio texto do dispositivo constitucional

⁵²⁴ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 195.

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 153.771-0-MG**. Recorrente: José Tarcizio de Almeida Melo. Recorrido: Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, DF, 05 de set. de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>. Acesso em: 10 fev. 2018.

mencionado justifica, quando prevê: “especialmente para conferir efetividade a esses objetivos”. Mas quais objetivos? Dar, *sempre que possível*, caráter pessoal aos impostos, buscando “a graduação *segundo a capacidade econômica do contribuinte*”. Assim, faculta à administração tributária “identificar [...], o *patrimônio*, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Mesmo que fosse possível uma interpretação meramente gramatical (já se viu a sua impossibilidade hermenêutica), haveria um questionamento claro a ser feito: o que motivaria a administração tributária poder, pretendendo a graduação conforme a capacidade econômica do contribuinte, identificar o *patrimônio* se o imposto que incide sobre ele tem sempre um caráter real? Se o caráter do imposto sobre o *patrimônio* é sempre de cunho real e, portanto, excluído do rol daqueles impostos sobre os quais pode ser aplicado o princípio da capacidade contributiva para a graduação da alíquota tributária, por que ele (o patrimônio) está entre os bens (junto com os rendimentos) que a Administração Pública tem permissão para identificar (o patrimônio, também, portanto) para essa finalidade? E mais, o que seria a “capacidade econômica do contribuinte” senão a soma de suas riquezas, sejam elas rendas ou patrimônios?

Portanto, para além dessa simples classificação entre impostos pessoais e reais, que é usada para justificar a interpretação equivocada, “há outros critérios para se aferir a possibilidade de o cidadão contribuir para com a coletividade, ou seja, manifestações de riqueza que, em tese, externam uma capacidade contributiva, como ocorre com o consumo, a titularidade de um patrimônio etc.”⁵²⁶. Complementa Buffon, afirmando que “a existência de um patrimônio denota, em princípio, uma nítida manifestação de capacidade de contribuir, visto que, em tese, corresponde a uma expressão de renda acumulada pelo proprietário”⁵²⁷. Com isso, conclui-se que os impostos concernentes à propriedade podem, em tese, ser graduados segundo o princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo – por meio de aplicação de alíquotas progressivas –, já que a ele relacionados.

Em se tratando do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU), tradicionalmente considerado como um dos impostos de natureza real, e não pessoal e, portanto, diante dessa classificação, excluído de eventual alíquota progressiva, hoje a equivocada e inautêntica interpretação constitucional feita, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal⁵²⁸,

⁵²⁶ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 196.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 196.

⁵²⁸ A Corte entendeu como inconstitucionais as legislações municipais que passaram a prever alíquotas progressivas do IPTU, relacionadas ao valor venal dos imóveis. Conforme aquele entendimento do STF, era inconstitucional qualquer aplicação de alíquota progressiva nesse imposto, excetuando o disposto no art. 156, § 1º da CF (daquela redação original), que restringia a progressividade à verificação da função social da

encontra-se superada com a edição da Emenda Constitucional 29/2000. Naquela decisão o STF entendeu que haveria a necessidade de expressa disposição constitucional para que aquele imposto pudesse ser cobrado com alíquotas progressivas, considerando o valor venal do imóvel. Aquela decisão foi paradigmática e teve ressonância nos demais tribunais do País.

Esse entendimento, em que pese tomado pela Corte guardiã da Constituição, se mostrou profundamente equivocado. A interpretação feita, para que tal decisão pudesse ser fundamentada, está baseada numa leitura meramente positivista do texto constitucional. Com isso, deixou de considerar integridade da Constituição e a tradição na qual ela foi instituída, que propugna pela construção de uma sociedade justa e igualitária, tendo no atendimento da capacidade contributiva de cada cidadão um princípio basilar para o desiderato daquela pretensão.

De qualquer forma, os supostos obstáculos para que fosse aplicada a progressividade ao IPTU foram superados com a edição, pelo Congresso Nacional, da Emenda Constitucional nº 29/2000, trazendo nova redação ao art. 156, § 1º da Constituição Federal. Assim, de forma clara, a nova redação constitucional estabeleceu a possibilidade do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana ser progressivo considerando o valor venal do imóvel.

Em relação aos demais tributos incidentes sobre o patrimônio, há dois equívocos que se apresentam, ora separados, ora conjuntamente. O primeiro consiste no entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não possa haver a progressividade nos impostos relativos aos bens “reais”, embora existam recentes avanços junto ao Supremo Tribunal Federal nesse assunto. O outro equívoco não está relacionado à interpretação constitucional, mas à timidez da legislação infraconstitucional e na própria aplicação concreta de tais dispositivos legais no exercício tributário por parte do fisco.

O recente avanço mencionado diz respeito à interpretação constitucional da regra da progressividade aplicada ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD). Superando entendimento anterior de não ser possível a aplicação de alíquota progressiva em relação aos impostos sobre o patrimônio (impostos reais), o STF julgou novamente questão relativa ao assunto, mudando de posição. No julgamento de Recurso Extraordinário proposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, a Corte reconheceu a possibilidade da aplicação da regra da progressividade na cobrança do ITCD, em atendimento aos princípios da capacidade

propriedade, nos limites dos §§ 2º e 4º do art. 182 da Carta Constitucional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 153.771-0-MG**. Recorrente: José Tarcizio de Almeida Melo. Recorrido: Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 05 de set. de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>. Acesso em: 10 fev. 2018.

contributiva e da “igualdade material tributária”. A decisão teve a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO⁵²⁹.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal (re)estabeleceu um entendimento que deveria ter prevalecido desde o início. Ou seja, o STF faz uma interpretação dos dispositivos constitucionais relativos a essa matéria, como nunca deveria ter deixado de ser feito. Veja-se que nem mesmo seria possível dizer que a “nova redação” do texto leva a essa alteração na compreensão, pois o texto constitucional, nesse particular, não teve nenhuma alteração superveniente.

O correto é que todos os impostos devem estar sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, tendo, na sua concretização, a aplicação da regra da progressividade. Para esse deslinde desimporta se doutrinariamente alguns tributos possam ser entendidos como de caráter pessoal e outros de caráter real. A verificação da capacidade contributiva do sujeito passivo deve, portanto, levar em conta tanto seus rendimentos quanto o patrimônio que possui, pois é isso que forma a sua riqueza tributável.

É de frisar passagem do voto do Ministro Eros Grau, naquele julgamento, que, acompanhando a divergência (que se tornou majoritária), assentou:

O que a Constituição diz é que os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal. A Constituição prescreve, afirma um *dever ser*: os impostos deverão ter caráter pessoal sempre que possível. E, mais, diz que os impostos, todos eles, sempre que possível serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte⁵³⁰.

Portanto, a Constituição é imperativa e, exercendo a sua função de constituir, determina prescritivamente. Isso quer dizer que a Constituição dirige os rumos que devem ser seguidos a partir de então (de sua promulgação). Essa Constituição, portanto, não mais pode ser vista com os olhos do passado. Não pode ser interpretada com os pré-conceitos e pré-juízos de uma tradição que essa mesma Constituição veio a suplantar. Pretender interpretar a Constituição

⁵²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 562.045**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Espólio de Emília Lopes de Leon. Relatora: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁵³⁰ Ibid.

daquela forma é utilizar-se de uma tradição inautêntica para essa finalidade e, portanto, que não mais serve para a correta interpretação e compreensão do texto constitucional, que não mais repete o anterior, trazendo novas diretrizes e dicções, que devem ser lidas e respeitadas.

Baseado nessa nova decisão, o Estado do Rio Grande do Sul corrigiu sua legislação pertinente ao tema. Em setembro de 2015, editou a Lei Estadual nº 14.741, adequando e ampliando as alíquotas praticadas e instituindo a progressividade em relação à cobrança do ITCD. A Lei Estadual estabeleceu cinco faixas de alíquotas sobre a transmissão de bens por herança (*causa mortis*), sendo de 0%, 3%, 4%, 5% e 6%, progressivamente conforme o valor do quinhão herdado⁵³¹. Ainda, criou duas faixas de alíquotas para casos de doações: de 3% e 4%, também progressivamente, conforme o valor do bem doado. A tendência é que os demais Estados da Federação passem a adotar, a partir dessa nova decisão jurisprudencial, alíquotas progressivas para a cobrança do ITCD.

Em relação aos demais impostos que incidem sobre a propriedade, a situação também é de resistência. Na cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), por exemplo, a progressividade ainda não chegou. Em que pese haja diferenciações de alíquotas em relação aos tipos e usos desses veículos, em relação ao valor de cada um, não há qualquer regra de progressividade. Na cobrança do IPVA, a regra definidora do valor a ser pago é o da simples proporcionalidade. Assim, um cidadão que tem um veículo popular paga de imposto sobre aquele veículo a mesma proporção que outro cidadão que possua um veículo de meio milhão de reais.

Outro aspecto que precisa ser enfrentado quanto à incidência do imposto instituído pelo art. 155, III da Constituição Federal é em relação à própria conceituação de veículo automotor. Isso é necessário porque o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que o IPVA não incide sobre embarcações e aeronaves, restringindo-se apenas a veículos de circulação terrestre. O acórdão teve a seguinte Ementa:

Recurso Extraordinário. Tributário. 2. Não incide Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações (Art. 155, III, CF/88 e Art. 23, III e § 13, CF/67 conforme EC 01/69 e EC 27/85). Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁵³²

⁵³¹ É de se observar que a isenção, ou seja, a alíquota de 0% atinge heranças cujo quinhão é de até R\$ 40.000,00 atualmente. Já a alíquota máxima de 6% do ITCD atinge heranças cujo valor aproximado atualmente é acima de R\$ 1.000.000,00.

⁵³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 379.572**. Recorrente: Conrado Van Erven Neto e Outro (a/s). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de abril de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506713>. Acesso em: 11 fev. 2018.

Naquela decisão, embora os votos divergentes tenham manifestado o entendimento de que o termo veículos automotores abranja todos e quaisquer veículos que são impulsionados por motores próprios, sejam eles terrestres, marítimos ou aeronáuticos, a decisão vencedora teve outro entendimento. O voto do Relator teve por principal argumento o de que o IPVA é sucessor da antiga taxa de rodoviária única, que historicamente exclui aeronaves e embarcações.

A decisão da Corte, mais uma vez, se mostrou equivocada. Esqueceu-se, naquele julgamento, a função dos tributos que são cobrados pelo Estado. Esqueceu-se do princípio da capacidade contributiva, que deve ser aplicado em relação ao sujeito passivo da tributação, considerando a sua riqueza, seja ela demonstrável pelos rendimentos, seja pela propriedade. Esqueceu a Corte do mais elementar entendimento sobre o conceito de veículo automotor. A maioria que estabeleceu a decisão do STF entendeu que o preceito constitucional que fala de “veículos automotores” deve ser lida restritivamente, ou seja, somente alcançando os veículos terrestres. Esse entendimento foi enfrentado pelo Ministro Marco Aurélio que frisou: “Como a Constituição, a meu ver, não distingue, não restringe a incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, considerados automotores terrestres, não me cabe operar essa distinção”⁵³³.

Frente a um Estado Democrático e de Direito, que, por meio de seu pacto constitucional, comprometeu-se com o resgate de uma dívida histórica junto aos seus cidadãos mais desfavorecidos, não há o que justifique uma decisão que afasta da compreensão de veículos automotores as aeronaves e as embarcações marítimas, excluindo-as do pagamento do devido imposto. A questão da equivocada dispensa do pagamento do IPVA de proprietários de aeronaves e embarcações, desconsiderando que se trata de quem se encontra no ápice da pirâmide social e econômica (principalmente considerando as embarcações marítimas de luxo, os helicópteros e os jatos particulares), não é uma questão menor. É uma clara afronta ao pacto firmado por meio da Carta constitucional, que formou uma série de princípios norteadores da sociedade e do Estado, buscando a erradicação da pobreza, o equilíbrio econômico e a busca da igualdade material, para proporcionar ao conjunto social a possibilidade de uma vida digna.

O imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI), por sua vez, teve declarada a inconstitucionalidade da aplicação da regra da progressividade em seu caso. Esse entendimento

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 379.572**. Recorrente: Conrado Van Erven Neto e Outro (a/s). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de abril de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506713>. Acesso em: 11 de fev. 2018.

foi confirmado em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal com a edição da Súmula 656, que estabeleceu: “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel”⁵³⁴.

Ocorre que a recente decisão do STF em relação ao ITCD, que alterou o entendimento da Corte em relação à interpretação do art. 145, 1º da Constituição Federal, também deve ser aplicada ao ITBI. Naquela decisão o STF entendeu que o princípio da capacidade contributiva deve ser estendido a todos os impostos, desimportando, portanto, para essa finalidade, se estão abarcados aqueles entendidos de caráter pessoal ou de caráter real.

Como a Corte Suprema alterou seu entendimento em relação a esse assunto, a súmula 656 deverá ter a sua aplicabilidade negada, pois seu conteúdo e seus objetivos, agora, encontram-se em desconformidade com o entendimento majoritário daquela Corte Constitucional. Portanto, ao ITBI também deverá ser aplicada a regra da progressividade, atendendo assim, em consonância com os ditames constitucionais, o que preceitua o princípio da capacidade contributiva do sujeito passivo.

Outro tributo que tem previsão de progressividade expressa textualmente na Constituição Federal é o previsto no art. 153, VI, o Imposto Territorial Rural (ITR). A taxativa progressividade desse imposto foi inserida na redação da Carta constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 42/2003⁵³⁵. A redação original da Constituição previa a progressividade do ITR para fins extrafiscais, objetivando desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. Com a nova redação, portanto, além da finalidade extrafiscal, a Carta constitucional autorizou a aplicação da progressividade ao ITR, considerando o valor venal do imóvel rural. Nesse sentido Buffon afirma que:

O disposto no §4º do art. 153 da Magna Carta está em perfeita consonância com o princípio esculpido no art. 5º, inciso XXIII, segundo o qual o direito de propriedade está condicionado a cumprimento da função social. Assim, um imóvel rural improdutivo não cumpre a sua função social, dado que um imóvel dessa natureza precisa fornecer os alimentos de que o homem necessita, direta ou indiretamente, a sua subsistência⁵³⁶.

Embora a consonância do dispositivo específico com os demais princípios insculpidos

⁵³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sumula 656**. Brasília, 13 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2151>. Acesso em: 11 fev. 2018.

⁵³⁵ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] VI - propriedade territorial rural; [...] § 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*: I - será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

⁵³⁶ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 241.

na Carta da República, a realidade concreta da vida ainda é muito diferente. Quanto à aplicação da progressividade não há qualquer medida concreta para que isso efetivamente aconteça. A estrutura estatal é pequena e ineficiente para enfrentar corretamente essa questão. Afinal, “O ITR na Receita Federal nunca passou de um cadastro onde o contribuinte esperto informa os dados, e não há quase nenhuma verificação e/ou comprovação dos dados informados, servindo como um instrumento valoroso para a grilagem”⁵³⁷.

Portanto, a questão da tributação ainda se encontra num patamar muito complicado. Ou há uma incorreta e inautêntica interpretação dos dispositivos constitucionais; ou quando a interpretação não apresenta tais problemas, a sua aplicação, com a efetiva fiscalização e cobrança tributária, não acontece na forma devida, permitindo com que a sonegação ocorra livremente em relação a muitos tributos.

Por outro lado, é de frisar, por oportuno, que a questão agrária continua sendo um grave problema que ainda não foi enfrentado com a seriedade que o assunto exige. Em que pese a correção na legislação constitucional que determina a aplicação da regra da progressividade na cobrança do ITR, a questão da terra no Brasil não se resolve com a correta aplicação dos preceitos constitucionais no que diz respeito apenas à tributação. As divisões realizadas no passado, onde poucos proprietários foram agraciados com imensos latifúndios, o que iniciou com as capitâneas hereditárias, produziu um fosso social e econômico que jamais foi enfrentado. Essa realidade criou uma absurda dicotomia, que coloca, de um lado, grandes latifundiários e, de outro, trabalhadores rurais desprovidos de qualquer pedaço de terra do qual pudesse tirar o sustento de sua família.

Mazelas como essa fazem parte daquelas promessas que a Constituição brasileira se comprometeu em resgatar e corrigir. Até porque sequer é possível falar em uma modernidade civilizatória enquanto questões sociais e econômicas como essas não forem seriamente enfrentadas, tanto pelo Estado quanto pela sociedade em geral. São problemas, que estão diretamente relacionados a recursos públicos e, portanto, à arrecadação dos tributos, também constitucionalmente previstos.

Na ponta oposta às mazelas, estão aqueles que ocupam a parte superior da pirâmide social e que, nessa condição, deveriam, conforme o ditame constitucional, contribuir na proporção de sua capacidade econômica, para o incremento das condições necessárias para que o Estado cumpra com as funções que lhe são inerentes. Porém, quando se trata da

⁵³⁷ DUARTE, Efigenia Maria Nolasco *et al.* O imposto territorial rural (ITR) como instrumento de justiça fiscal e social. In: TESES temáticas. Florianópolis: Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, 2010. p. 327.

implementação concreta do texto constitucional, há um descaso quase que completo. O imposto previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal, é outro exemplo desse descaso.

A instituição do imposto sobre as grandes fortunas faz parte da redação original da Constituição Federal de 1988. Porém, como depende de lei complementar, ainda hoje, esse tributo não foi implementado⁵³⁸. Esse é mais um exemplo de como a Constituição ainda não foi compreendida corretamente. Não há uma compreensão de que a Constituição constituiu um novo acordo que deve vincular a todos, superando o positivismo de cunho individualista e excludente. O novo pacto social deve ser compreendido como de fato é, um pacto da coletividade, na formação de um acordo civilizatório em que todos devem ter lugar, voz e vez, na busca de dignidade humana que somente se consubstancia no atendimento dos direitos fundamentais constitucionalmente pactuados

Há, portanto, tributos, principalmente na forma de impostos, que, instituídos pela Constituição Federal (na sua redação original ou derivada, via emendas), ainda não foram implementados, ou, se foram, apenas parcialmente. A falta da implementação desses tributos na sua integralidade depende ou de legislação complementar, regulando a sua forma de cobrança, ou de iniciativa política para sua execução concreta, para que, com condições e estrutura necessária, seja viabilizada a sua cobrança integral.

Os tributos até aqui vistos são os denominados tributos diretos, ou seja, aqueles que o sujeito passivo é o próprio contribuinte. Os tributos diretos têm basicamente incidência sobre a renda e o patrimônio (ou a riqueza) do contribuinte. São chamados de diretos, porque é o próprio contribuinte o responsável pela declaração e/ou recolhimento do imposto. Assim, ocorre quando se faz a declaração e recolhimento do imposto do renda; o recolhimento do IPVA sobre o veículo da propriedade do contribuinte; o IPTU, em relação ao seu imóvel urbano e assim por diante. Porém, também há os tributos denominados indiretos, aqueles em que o sujeito passivo,

⁵³⁸ Os números que poderiam resultar no incremento da arrecadada tributária pelo Estado com a implementação do IGF variam conforme a proposta de concepção sobre o próprio conceito legal de grandes fortunas. Ou seja, a lei complementar precisa, antes de tudo, definir qual deve ser a riqueza acumulada para que tal fosse considerada uma grande fortuna, assim como precisa definir também as alíquotas a serem praticadas nesse imposto. Conforme a definição que viesse a determinar o que deve ser compreendido por grande fortuna (bem como a alíquota aplicada), a arrecadação teria uma variação maior ou menor no resultado final. Ou seja, o número de pessoas que seriam atingidas pelo imposto seria pequeno. Isso ocorre devido à enorme concentração de riqueza que há no Brasil na mão de poucas pessoas. Tem-se um pequeno número de brasileiros que concentra grandes fortunas, o que faz com que, se implementado o IGF, atingiria apenas um pequeno número de contribuintes. Segundo Souza, no Brasil, a grande parte da riqueza está concentrada em mãos de apenas 1% da população. SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa editora, 2015. Recentemente a Oxfam Brasil publicou pesquisa demonstrando que “apenas seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 milhões de brasileiros mais pobres. E mais: os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95%.” OXFAM BRASIL. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. [S.l.], 2017. p. 6. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/Relatorio_A_distancia_que_nos_une.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018.

responsável pelo recolhimento do tributo, não é o próprio contribuinte, mas o vendedor de determinado bem ou o prestador de determinado serviço.

Diz-se, portanto, tributo indireto, porque o contribuinte, ao consumir determinado bem ou serviço, paga o tributo (tem o ônus tributário) ao fornecedor (que tem a responsabilidade de repassar ao Estado) e não *direto* ao fisco, por isso, *indireto*. São exemplos de impostos indiretos, o ICMS, o IPI e o ISS, assim como são contribuições que são arrecadadas de forma indireta, o PIS, o COFINS e a CIDE.

Os tributos indiretos sofrem do principal problema analisado quando dos impostos diretos, ou seja, o princípio da capacidade contributiva também não é observado nesse caso. Embora a Constituição estabeleça a seletividade tributária sobre determinados produtos, como é o caso do IPI⁵³⁹ e do ICMS⁵⁴⁰, considerando a essencialidade do produto adquirido, o princípio da capacidade tributária ainda está longe de ser atendido. Isso porque produtos como itens de alimentação, medicamentos, vestuário, aluguel, transporte etc., que representam os maiores gastos das pessoas mais pobres, ainda sofrem uma significativa carga tributária.

Assim, considerando todo o sistema tributário nacional, envolvendo o regramento constitucional, a legislação infraconstitucional e a execução concreta da arrecadação, o que se tem no Brasil é uma inversão em relação à pirâmide social e econômica. Essa situação, em vez de resolver, servindo como política de redistribuição de renda, agrava ainda mais o problema, aprofundando o fosso da desigualdade social e aumentando a concentração de renda e de riqueza. Essa realidade acontece porque a carga tributária é mal distribuída, fazendo com as classes inferiores à pirâmide econômica paguem proporcionalmente muito mais impostos do que aqueles que se encontram no ápice piramidal. Essa inversão ocorre motivada por algumas razões distintas.

Uma delas é a ausência da progressividade nas rendas mais altas do Imposto de Renda. A efetiva progressividade das alíquotas do IR cresce até a faixa dos 20 a 40 salários mínimos e, depois, passa a cair vertiginosamente, fazendo com que os mais ricos paguem menos Imposto de Renda. Essa inversão é resultado da isenção do IRPF sobre os lucros e dividendos, que é, justamente, a forma dos mais ricos receberem os seus *salários*; e da limitação de faixas de alíquotas e percentuais aplicados sobre Imposto de Renda, fazendo com que quem tem uma

⁵³⁹ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] IV - produtos industrializados; [...] § 3º O imposto previsto no inciso IV: I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

⁵⁴⁰ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

renda mensal muito alta pague o mesmo percentual de quem ganha cerca de seis salários mínimos mensais⁵⁴¹.

Outro aspecto é a má distribuição da carga tributária entre impostos diretos e indiretos. “Mais da metade (53%) da receita tributária do Brasil é formada por tributação do consumo”⁵⁴². Ocorre que, conforme visto, esta tributação indireta tem maior incidência em itens de consumo essencial, em que são gastos a maior parte do salário dos mais pobres. Os números que mostram a consequência dessa realidade são significativos: “Os 10% mais pobres no Brasil gastam 32% de sua renda em tributos (28% dos quais são indiretos, ou seja, sobre produtos e serviços). Por outro lado, os 10% mais ricos gastam apenas 21% de sua renda em tributos, sendo 10% em tributos indiretos”⁵⁴³.

Conforme já visto anteriormente, no Brasil, se pratica uma baixa tributação do patrimônio. Apenas 4,5% do total da arrecadação tributária ocorre com impostos patrimoniais. Em países como Japão, Grã-Bretanha e Canadá, essa taxa é de mais de 10%; nos Estados Unidos, ela chega a 12,15%. O ITCD sobre herança representa apenas cerca de 0,6% da arrecadação total no Brasil. Para se ter uma ideia, no Estado de São Paulo, a alíquota do imposto sobre herança é de 4%, ao passo que, no Reino Unido, ela alcança 40% sobre o bem herdado. Outros tributos com incidência sobre o patrimônio sequer chegaram a ser implementados ou criados, como é o caso do imposto sobre grandes fortunas (IGF), que tem previsão constitucional, mas depende de legislação complementar. Assim também é o caso das aeronaves e das embarcações marítimas, que nem mesmo previsão constitucional (conforme equivocado entendimento do STF) têm para serem tributadas. O ITR é outro exemplo da baixa arrecadação dos impostos sobre a propriedade. O Brasil tem cerca de 300 milhões de hectares cultiváveis, o que significa 35% de todo o território nacional. Em que pese essa realidade, o valor arrecadado com o Imposto Territorial Rural (ITR) representa menos de 0,06% do total arrecadado por impostos no Brasil⁵⁴⁴.

Outro grande problema é o conjunto que envolve elisão⁵⁴⁵, evasão⁵⁴⁶ e renúncias fiscais. No Brasil há uma grande quantidade de impostos que não são pagos. E isso ocorre tanto por

⁵⁴¹ OXFAM BRASIL. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. [S.l.], 2017. p. 45-46. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/Relatorio_A_distancia_que_nos_une.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁵⁴² Ibid., p. 48.

⁵⁴³ Ibid., p. 48.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 49.

⁵⁴⁵ É o planejamento (legal) realizado com objetivos de reduzir as obrigações tributárias.

⁵⁴⁶ É a realização de procedimentos visando fugir (sonegar) do pagamento da obrigação tributária. Diferente da elisão, que é um planejamento prévio, legalmente realizado, a elisão é a sonegação fiscal após a existência da obrigação, portanto, é crime contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo.

elisão quanto por evasão fiscal. Isso significa que, mesmo sem qualquer aumento de impostos, apenas com a eliminação da sonegação tributária (caso isso fosse pretendido e possível), haveria um substancial incremento na arrecadação. Há estimativas de que em 2016 o Brasil perdeu, pelo menos, o valor de R\$ 571,5 bilhões em evasão (sonegação) tributária, o que representa um prejuízo de 27,6% em relação ao total arrecadado e em torno de 9,1% do PIB nacional⁵⁴⁷.

No mesmo sentido, há ainda uma enorme quantidade de recursos que não são arrecadados pelo Estado, porque são usados como instrumento de “incentivo econômico”. São as renúncias fiscais ou gastos tributários, como são chamados oficialmente. Somente em 2016 o Estado brasileiro deixou de arrecadar R\$ 271 bilhões⁵⁴⁸, os quais o Estado renunciou em nome de “atrações de investimentos” e do “incremento da economia”. Isso representa 20,68% do total que seria arrecadado em tributos, caso essas renúncias fiscais não acontecessem. Portanto, somando os valores que o Estado deixou de arrecadar por causa da sonegação fiscal, com os valores que renunciou com os “gastos tributários”, tem-se uma perda de mais de R\$ 840 bilhões em apenas um ano. Este valor representa mais de 40% do total de impostos arrecadados em 2016⁵⁴⁹. Essas quantias são recursos econômicos que faltam para investimentos nos serviços públicos que o Estado deve prestar, para o atendimento de suas funções.

Portanto, quando se analisa as condições materiais para que o Estado atenda as demandas sociais de forma justa, igualitária e universal, conforme os ditames constitucionais, se encontra uma realidade ainda mais nefasta. Além do Estado não arrecadar o suficiente para a formação de uma estrutura minimamente necessária ao atendimento de suas funções, quando arrecada, faz de forma inversa à busca da igualdade. O sistema tributário, forjado majoritariamente durante o período da ditadura militar pós-1964⁵⁵⁰, ainda se mantém estruturado naquelas mesmas condições. Ou seja, ainda não conseguiu recepcionar os princípios e ditames constitucionais que pretenderam, finalmente, instituir no Brasil as promessas da modernidade que teimam em não ser cumpridas. Os equívocos não são poucos:

⁵⁴⁷ SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL (SINPROFAZ). **Sonegação no Brasil**: uma estimativa do desvio da arrecadação do exercício de 2016. Brasília, DF, 2017. Disponível em <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos-pdf/sonegacao-no-brasil%E2%80%93uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2016.pdf> Acesso em: 13 fev. 2018.

⁵⁴⁸ RECEITA FEDERAL. **Demonstrativo de gastos tributários** - PLOA 2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/DGTPLOA2016FINAL.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

⁵⁴⁹ Como o objetivo desse trabalho não é fazer um inventário completo dos valores que o Estado deixa de receber por renúncia, sonegação e outras formas, os números apresentados e os temas relacionados são apenas exemplificativos. Vários outros elementos poderiam ainda ser agregados, como os débitos que os grandes contribuintes têm com o Estado. Novamente como exemplo, tem-se os débitos previdenciários inscritos em dívida ativa, que superam a casa dos R\$ 420 bilhões. Conforme: SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL (SINPROFAZ), op. cit., 2017.

⁵⁵⁰ Como é o caso da Lei nº 5.172/1966, que instituiu o, ainda hoje válido, Código tributário nacional – CTN.

a Constituição não é cumprida, por má interpretação ou por deliberada negligência; a execução tributária é capenga, insuficiente, ineficiente e ideologicamente direcionada; o resultado é o aprofundamento do fosso da desigualdade, fazendo com que os mais pobres paguem muito mais impostos do que os mais ricos, tanto no sentido da formação do todo arrecadado, como na proporcionalidade de suas rendas⁵⁵¹. Portanto, é necessário ficar claro: os mais ricos pagam menos tributos não apenas em números absolutos, mas principalmente na proporção de seus ganhos; o que sobra para cada um (depois de retirar de sua renda os valores pagos ao Estado na forma de tributos) não é apenas muito mais, em números absolutos, para os mais ricos, mas é também muito mais, proporcionalmente, em relação aos mais pobres. Assim, o principal mecanismo de arrecadação do Estado na busca de recursos para atender a todos de forma igual e universal é, na realidade, um mecanismo de produção de desigualdades.

É urgente uma reforma tributária que venha a corrigir esse sistema que está estruturado para aprofundar ainda mais as mazelas sociais e econômicas que a própria Constituição se comprometeu em combater. É necessária uma reforma que diminua a incidência da tributação indireta, aumentando os tributos diretos; que reveja a incoerência atual em relação ao peso da tributação sobre o patrimônio, as grandes fortunas e os bens que hoje não são tributados, como as aeronaves e as embarcações marítimas, dentre outros; que aumente a progressividade do Imposto de Renda, criando mais alíquotas e aumentando percentuais para as rendas mais altas; que proponha o fim da isenção do IRPF sobre lucros e dividendos.

Além de uma reforma tributária que torne a arrecadação mais justa e igualitária, também é necessária a criação de mecanismos eficientes que possam efetivamente combater a evasão (sonegação), a elisão fiscal e a remessa ilegal de recursos para os chamados *paraísos fiscais*. Bem como a criação de critérios mais racionais e eficientes em relação à renúncia de receitas, que acontece com os chamados *gastos tributários*.

Frisa-se que o sistema tributário no Brasil é complexo, burocrático e ineficiente. A simplificação do sistema, criando formas transparentes para que todo o cidadão possa ver, interpretar e compreender o seu funcionamento é fundamental para a produção de uma consciência crítica de cidadania. É fundamental que se busque não apenas auxiliar na

⁵⁵¹ Aqui é necessário destacar que mesmo se aplicando a regra da progressividade (em pretensão atendimento ao princípio da capacidade contributiva) em relação a alguns impostos, no resultado final, considerando a formação do sistema em si onde os impostos indiretos sobre serviços e consumos – itens que mais pesam na balança tributária dos mais pobres e menos representam para os mais ricos – formam o maior volume da arrecadação. Além do fato de que a progressividade ser extremamente limitada para alguns impostos (ainda por equivocada interpretação constitucional), bem como, limitada na sua extensão, quanto em número de alíquotas e percentuais aplicados, vide o IRPF. Da mesma forma, os mais ricos sequer pagam imposto de renda sobre seus rendimentos (salários) que são identificados como lucros e dividendos.

fiscalização dos impostos devidos pelos outros, mas que se crie a consciência da necessária correção nas informações e pagamentos de seus próprios tributos. O exercício da cidadania, na compreensão dos direitos, mas também dos deveres, é algo que se impõe numa sociedade que se quer democrática. Porém, mecanismos complexos, opacos e excessivamente burocráticos aumentam ainda mais a repulsa do cidadão em relação ao que é do Estado, sem se dar conta de que o que é do Estado é público, portanto, da coletividade e, assim, também de todos e de cada um dos cidadãos que formam essa coletividade.

É preciso sempre reforçar que, em um Estado Democrático e de Direito, que optou, por meio de seu pacto social e político, forjado na Constituição Federal, a cobrança de tributos constitucionalmente previstos não é uma prerrogativa que faculta ao Estado decidir sobre a sua implementação ou não. É um imperativo constitucional – portanto, é um *dever ser*. Portanto, como os recursos advindos dos tributos são necessários para o atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, a sua implementação e cobrança integral se caracteriza como um dever fundamental do Estado.

É importante destacar que esse imperativo que a Constituição prescreve não é um *dever ser* que se exaure em si mesmo. Ou seja, a sua implementação não é uma exigência constitucional porque seria ela algo que se resolveria conclusivamente, como um fim alcançado. A implementação correta da política tributária constitucional é apenas um meio para o atingimento de outra finalidade, que, sem esse meio, não chegará ao seu desiderato. Essa finalidade é a possibilidade material da concretização das políticas sociais e econômicas que a Constituição prescreve como objetivos desse Estado Democrático (Social) e de Direito, que o pacto se comprometeu em alcançar.

A busca do cumprimento das promessas constitucionais é a própria manutenção da esperança, que Buffon acredita existir, na aposta de uma reação às receitas do passado. “Tal reação é uma decorrência óbvia e lógica do fato de que as ‘promessas’ correspondiam a engodos e que as receitas só serviram para trazer a realização dos sonhos de uma minoria, que soube muito bem tirar proveito das fórmulas que ela própria vendia”⁵⁵².

Portanto, para manter viva a esperança, é necessário sempre lembrar e reforçar que a não concretização da política constitucional tributária não é algo de menor relevância, mas é, sim, o descumprimento da própria Constituição. O descumprimento de um acordo firmado

⁵⁵² BUFFON, Marciano. Interpretação das normas tributárias: a hermenêutica filosófica como alternativa para o rompimento com o paradigma racionalista. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 166.

como nação, de um pacto social e político que se comprometeu com o resgate e com a implementação de um consenso mínimo, em que todos os cidadãos possam viver com um mínimo de dignidade, tendo condições de vida, com saúde, educação, moradia, trabalho digno, assistência social e tantos outros direitos básicos que estão constitucionalmente previstos. Portanto, há um comprometimento coletivo e estatal com o seu alcance.

A Constituição não é qualquer coisa; a Constituição constitui e, dessa forma, precisa ser cumprida, sob o risco do rompimento do pacto constituído e estabilizado a partir dessa nova (co)instituição. Nas palavras de Rubles:

A constituição não é uma encíclica pastoral. É uma fonte de direito, a de maior grau hierárquico, que, como o Sol, ilumina os bons e os maus, os felizes e os desgraçados. Seu papel consiste em integrar todos em convivência, permitindo a estabilidade do sistema político e, conseqüentemente, também do sistema global da sociedade⁵⁵³.

O não cumprimento do pacto constitucional leva à desestabilização social e ao rompimento do próprio pacto. Conduz também à produção de um sentimento de traição quanto ao acordado. Produz a compreensão de que o pactuado não serviu para a busca de sua implementação, mas, sim, para a produção de um destencionamento social e político, visando uma acomodação conformadora. Por isso, pode-se dizer que o não cumprimento do pacto constitucional significa, em última instância, não um pacto em si, mas um blefe. Um blefe constitucional.

Mas por que isso acontece dessa forma? Por que a Constituição ainda não teve uma compreensão e uma interpretação correta consoante suas diretrizes? Essas questões precisam ser enfrentadas, como base para que se possa, efetivamente, avançar na busca de uma correta interpretação constitucional que compreenda o seu poder constituinte, dirigente e transformador.

Assim, objetivando enfrentar a busca de condições de possibilidade para a concretização de um Estado constitucionalmente eficiente, resta claro na presente análise que esta pretensão passa necessariamente pela compreensão da forma e das motivações da instituição desse Estado. A Constituição, que também institui o próprio Estado e lhe impõe responsabilidades sociais, resulta de um processo com a participação da sociedade nas mais diversas instâncias de discussões na pretensão de instituir a melhor constituição possível e, assim, também a demarcação do caminho a ser (per)seguido para a construção de uma sociedade que viva da melhor maneira.

⁵⁵³ RUBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a Ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005. p. 121.

Portanto, um elemento que foi chave nesse processo, e necessariamente continua sendo, é a democracia, mas uma democracia verdadeiramente substancial, não meramente formal e burocrática, com a participação cidadã (mesmo que por meio de suas representações) nas decisões que são importantes para os rumos da Nação. Nessa linha, conforme se viu no presente capítulo, não pode ser uma democracia apropriada predatoriamente por grupos específicos, como se fosse um instrumento a sua disposição, a ser utilizada na defesa de seus exclusivos interesses - porém, difundidos como se fossem de toda a sociedade. Deve ser, sim, uma democracia que efetivamente tenha voz, que possa ver no Estado uma instituição constitucionalmente eficiente, no cumprimento da totalidade de suas funções.

Um Estado que se centra em apenas parte de suas funções, ou que atende somente parcela de seus cidadãos, deixando outra parte (geralmente a grande maioria) sem o atendimento de suas necessidades básicas, que estão constitucionalmente estabelecidas como direitos sociais e deveres do Estado (como é o caso da saúde), não pode ser compreendido como um Estado constitucionalmente eficiente.

Assim, foi visto que o Estado precisa ter a estrutura necessária e, para isso, necessita de recursos econômicos suficientes. Não se pode esquecer que o próprio Pacto Constitucional que determinou as funções ao Estado também estabeleceu as formas de arrecadação dos recursos necessários para o atendimento dessas funções. A principal forma de arrecadação do Estado é por meio de uma série de tributos que foram constitucionalmente instituídos, através de uma política tributária voltada ao atendimento dos princípios constitucionais. Porém, conforme também se viu no presente capítulo, a política fiscal e tributária do Estado brasileiro encontra-se distante de atender aos preceitos constitucionais, tanto no que diz respeito às demandas sociais, cujas responsabilidades lhes foram impostas, quanto ao atendimento do Pacto, no sentido de que estabelece a forma da busca das condições econômicas necessárias, por meio de uma política tributária verdadeiramente justa e equânime.

O não cumprimento das demandas constitucionais, motivado pela falta voluntária das condições estruturais necessárias para isso e pela ausência de implementação de uma política de busca dos recursos para tanto, por meio de uma verdadeira e constitucionalmente correta política tributária, faz com que o Estado deliberadamente afronte os princípios constitucionais, entre eles, e principalmente, o da igualdade.

Por isso, entende-se como viável a hipótese de que a concretização desse princípio possa se caracterizar na mais efetiva condição de possibilidade para o cumprimento de forma universalmente eficiente das funções que foram estabelecidas ao Estado, por meio do Pacto Constitucional democraticamente criado, mas que ainda se encontra à espera de efetividade.

Assim, avança-se para o próximo capítulo, na busca da confirmação, ou não, da principal hipótese inicialmente apresentada.

5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE (EM DWORKIN) COMO CONDIÇÃO PARA A CORRETA COMPREENSÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Se nosso governo só pode oferecer um futuro atraente por meio da injustiça do presente – obrigando alguns cidadãos ao sacrifício em nome de uma comunidade da qual estão excluídos em todos os sentidos –, então devemos rejeitar esse futuro, por mais atraente que seja, porque não devemos considerá-lo como o nosso futuro.

*Ronald Dworkin – Uma questão de princípio*⁵⁵⁴

O presente trabalho tem buscado a compreensão dos motivos que fazem com que os direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde, ainda não tenham tido a efetivação que o texto constitucional pretende. Com isso, mostra-se flagrante o desatendimento, por parte do Estado, dos deveres que o pacto constitucional lhe impôs, tornando-o explicitamente ineficiente e colocando em risco a sua própria existência, pois desatendendo a sua função, passa a não mais ter finalidade, ao menos não a finalidade que o legitime.

Analizou-se, portanto, os motivos que levam o Estado a essa inação, principalmente, quanto à sua função principal, que é a de proporcionar condições para que todos possam viver com dignidade, que é uma exigência basilar, inserida no rol dos direitos fundamentais. É possível verificar que o Estado se encontra inserido em uma profunda e grave crise. Crise essa que perpassa por uma fragilização da democracia, que atinge, em último grau, a sua própria legitimidade.

Motivado por essa crise há um aprofundamento do déficit de constitucionalidade nas ações do Estado, fazendo com que aquelas promessas que o pacto constitucional prometeu resgatar e cumprir continuem como meros textos inertes pela sua inação.

A questão que precisa ser analisada é, portanto, a motivação que leva o Estado a estar nessas condições. Quais são os motivos que fazem com que uma Constituição cidadã, democrática e contemporânea, forjada no mais amplo debate social e político, que produziu um pacto envolvendo o conjunto da sociedade num compromisso comum – de construir uma sociedade justa e democrática, tendo entre seus objetivos a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades e a produção de condições para uma vida digna para todos –, não consegue ser posta em prática. A Constituição é constantemente negligenciada e, com isso, coloca em risco o próprio pacto democraticamente produzido.

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 317.

O direito à saúde faz parte do rol dos direitos fundamentais que a Constituição coloca como um direito de todos e dever do Estado. Portanto, possui caráter universal, pois essencial para o atendimento das condições minimamente necessárias para a construção de uma vida digna. O conteúdo desse direito, sua abrangência e exigibilidade é o que precisa ser melhor compreendido, para que se possa entender os motivos do descumprimento desse direito e apresentar propostas para a superação e correção desse problema.

5.1 A COMPREENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Forjada sob as luzes do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição brasileira assumiu desde logo o seu compromisso com um Estado Democrático de Direito. Aliás, mais do que um compromisso assumido pela Constituição, ser um Estado Democrático de Direito foi condição da própria (re)constituição e existência do Estado brasileiro. Ou seja, a (re)fundação do Estado brasileiro com a Constituição de 1988 aconteceu com a condição de que esse Estado, que se (re)constituía naquele evento, ser um Estado Democrático de Direito. Tanto é assim que o artigo primeiro diz que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Portanto, ser um Estado Democrático de Direito é inerente ao próprio *ser* da República brasileira. Na hipótese de deixar de ser um Estado Democrático de Direito, a própria República brasileira deixaria de ter a condição de sua existência e, conseqüentemente, ao menos no sentido constitucional e democrático, deixaria de existir como uma nação formada a partir desse pacto.

Já a sua condição dirigente está estabelecida (positivada) no interior do seu texto. Ou seja, não se trata de mera pretensão doutrinária, com o objetivo de dar à Constituição uma missão que ela não tivesse, fazendo uma interpretação equivocada de seu texto. Quando a Constituição estabelece a si, portanto, à sociedade – que nessa condição é constituinte, mas também é constituída – e ao Estado por ela instituído objetivos que devem ser perseguidos e alcançados, ela estabelece uma direção a ser seguida e, portanto, ela dirige.

Objetivos constitucionais como aqueles elencados no artigo terceiro de seu texto, que indicam, entre os seus propósitos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, não podem ser ignorados.

O estabelecimento desses objetivos no interior de uma Constituição, que é constituída e constitui uma sociedade e um Estado Democrático e de Direito, não pode ser entendido como um simples adorno linguístico que pretende apenas dar ao texto constitucional um efeito estético ou decorativo. Também não pode ser um texto sem sentido, sendo o próprio texto um fim em si – e, nesse caso, o fim seria o de apenas estar presente na redação do texto, sem qualquer outra consequência prática. Também não pode ser dado ao texto constitucional qualquer sentido pretendido⁵⁵⁵.

Nessa mesma senda, o caráter dirigente da Constituição está diretamente relacionado ao seu sentido e validade. Ou a Constituição tem validade e, portanto, suas determinações devem ser assim compreendidas e efetivadas, ou a Constituição não tem validade e o que ela determina não passa de letra morta, sem sentido como norma fundamental democraticamente pactuada pelo conjunto social. Ou seja, dá-se validade ao texto constitucional ou se retira a sua validade e se retorna à situação anterior ao pacto; volta-se a uma espécie de estado de natureza⁵⁵⁶.

Validade parcial da Constituição não é validade. Do mesmo modo, interpretação conforme a vontade do intérprete também não é interpretação, mas apenas a imposição de um sentido pretendido que o texto pode ou não ter e, em regra, não tem⁵⁵⁷. Se a Constituição não tem validade integral, está-se falando de outra coisa, mas não de um pacto; não de uma Constituição que tem a pretensão de ser democrática, isto é, constituída pelo conjunto da sociedade, e que mantém, com essa mesma sociedade (de forma universal), integral compromisso.

Se o compromisso for apenas parcial – apenas com uma parcela dessa pretensa sociedade que a constituiu –, essa mesma Constituição já não tem mais a função de Constituição; ela já não é mais um resultado constituído e, conseqüentemente, constituinte dessa sociedade. A Constituição passa a ser apenas um instrumento (portanto, à disposição) de uma parcela da sociedade, atendendo, sob os preceitos constitucionais, os objetivos que lhe agradam, cuja interpretação satisfaz os seus próprios interesses.

Essa prática leva à subjugação dos interesses das demais parcelas sociais, cujos dispositivos constitucionais que lhe dizem respeito – no sentido de lhes alcançar os direitos que

⁵⁵⁵ É preciso lembrar que textos são eventos, que não carregam o sentido em si, mas cujo sentido deve ser dado no interior do texto e do contexto. É preciso compreender que a linguagem não é uma coisa à disposição do sujeito que lhe dá o sentido que quer. As palavras têm sentidos; e eles precisam ser respeitados.

⁵⁵⁶ Reforça-se aqui que, em que pese não se pretenda atribuir atualmente a esse termo o mesmo sentido do conceito hobbesiano, essa ideia é extremamente relevante porque remeter à necessidade do cumprimento do acordo pactuado, sob pena dele ser entendido como um mero blefe.

⁵⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

levariam à sua emancipação – são desrespeitados e, com isso, implicitamente ou por falta de uso e efetividade, derogados tacitamente. Derrogação que ocorre não por incompatibilidade, mas por abusivo desrespeito e claro exercício de um poder fático, cujo pacto constitucional pretendia limitar e controlar. Portanto, esse ‘ab’uso⁵⁵⁸ é claramente o uso de um poder, cujo direito de exercício não existe, sendo, assim, um poder usado de forma inconstitucional.

O exercício deste poder abusivo por parte de uma parcela social privilegiada⁵⁵⁹ e, portanto, (incorretamente) protegida, precisa ser entendido na totalidade desse poder existente. Precisa ser entendido como sendo um poder único e limitado, cujo ‘ab’uso retira a quantidade do poder que deveria ser usado pelo conjunto da sociedade. Com isso, produz uma espécie de diminuição (ou enfraquecimento) da parcela (ou da totalidade) de poder do restante da sociedade, colocando-a em claro prejuízo social.

É por isso que a Constituição precisa ser válida e preservada. Ela precisa ser uma Constituição que efetivamente constitua. A Constituição precisa ser compreendida como Constituição.

Assim, percebemos (compreendemos) a Constituição ‘como’ Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; compreendemos a Constituição ‘como’ Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein), damo-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional); compreendemos a Constituição ‘como’ Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais-sociais somente foram integrados no texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os tem; compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social)⁵⁶⁰.

Portanto, a Constituição não apenas estabelece direitos, mas revela a exata ausência do atendimento desses direitos por parte do Estado brasileiro. Nesse sentido, prossegue Streck:

⁵⁵⁸ A palavra “ab’uso” grifada dessa forma pretende ressaltar o seu significado, ou seja, o prefixo “ab” ligado à palavra “uso” significa o uso excessivo, com intensidade ou em quantidade acima do correto, portanto, um uso “ab’usivo. Assim, o uso não é mais apenas o uso correto, mas um uso acima, maior, portanto, abusivo, daquilo a que teria direito ou da própria pretensão de direito.

⁵⁵⁹ O conceito de parcela social protegida pode ser entendido como parte da população que recebe do Estado maior proteção ou a prestação de “direitos” que não podem ser estendidos de forma igual e universal. Exemplificativamente, fica mais claro quando se trata especificamente do direito à saúde e da intervenção judicial que o alcança de forma desigual e desordenada a algumas pessoas, em detrimento das demais, conforme se verá.

⁵⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, Jose Luis Bolzan de. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 163.

a Constituição não é uma mera Lei Fundamental (texto) que ‘toma’ lugar no mundo social-jurídico, estabelecendo um novo ‘dever-ser’ - até porque antes dela havia uma outra ‘Constituição’ e antes desta outras quatro na era republicana -, mas, sim, é da Constituição nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, *mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição*⁵⁶¹.

Grande parte dos dispositivos constitucionais continuam totalmente inefetivos porque a sua interpretação continua calcada num modelo de Estado pré-Constituição de 1988. Baseada em pré-juízos inautênticos que ainda não permitiram o nascimento da *nova* Constituição, do *novo* pacto social e político que a Constituição formaliza. O Estado Democrático e de Direito constitucionalmente forjado por meio das linhas diretrizes da principiologia constitucional⁵⁶² precisa poder emergir por meio de uma interpretação que abandone os pré-juízos inautênticos arraigados no modelo positivista individualista que já deveria estar há muito sepultado.

A Constituição nasceu (e continua) sob um manto que a obnubilava, impedindo a sua correta e autêntica interpretação, que desvelasse o seu verdadeiro sentido. Assim, o ser (sentido/norma constitucional) é interpretado a partir de um ente (texto constitucional) cujo desvelamento⁵⁶³ não é permitido por uma tradição superada e, portanto, inautêntica, forjada e arraigada ainda numa tradição que o pacto constitucional pretendeu superar.

A correta interpretação somente é possível a partir do respeito à autêntica autoridade da tradição. Para se compreender adequadamente a Constituição, é necessário permitir que o *novo* texto constitucional diga algo. E esse algo deve ser interpretado como forjado na nova tradição constitucional: de uma Constituição compromissada com um modelo de Estado que deve resgatar uma histórica dívida social. Portanto, uma Constituição que pretendeu superar uma leitura do Direito positivista, cujas raízes permanecem fincadas num modelo liberal individualista.

Na pretensão da superação daquele antigo modelo, e buscando a construção de uma sociedade alicerçada no novo pacto político social, comprometido com a formação de um

⁵⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, Jose Luis Bolzan de. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 164.

⁵⁶² Nesse sentido, Streck leciona que “Os princípios - ou, se se quiser, a materialidade principiológico-constitucional - *passam a compor, desta maneira, o novo perfil da sociedade contemporânea, como resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das “fases” anteriores do Estado e do direito.* Falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível ante as barreiras opostas pelo positivismo (direito como modelo de regras). Supera-se igualmente a contraposição sociedade-Estado [...]”. Id. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226-227.

⁵⁶³ Conforme Heidegger, a verdade acontece no encontro do ser-ai (*Dasein*) com o fenômeno do desvelamento do ente. Quando o ente é desvelado emerge a verdade do ente, revelando o ser do ente. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. São Paulo; Martins Fontes, 2008. p. 119 et seq.

Estado Democrático e de Direito, é que a Constituição estabeleceu o rol dos direitos fundamentais.

Nessa linha, em seu capítulo relativo aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição traz, no seu rol de direitos sociais⁵⁶⁴, o direito à saúde⁵⁶⁵. Determina que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado⁵⁶⁶. Portanto, ao se constituir as regras básicas e fundamentais que passariam a dar o rumo à sociedade e ao Estado brasileiro, o povo, como fonte de todo o poder democrático, faz uma opção clara. Optou pela construção de uma sociedade sob o manto de um Estado Democrático e de Direito, fundamentado na dignidade de toda e qualquer vida humana, com o claro objetivo central de diminuição das desigualdades sociais.

A Constituição brasileira nasceu, portanto, sendo uma Constituição principiologicamente normativa, dirigente, compromissada com a implementação de políticas públicas por parte do Estado. Esses compromissos são imperativos; não estão, pois, à disposição para qualquer tipo de interpretação teleológica individual. Assim, as políticas públicas devem ter objetivos vinculados ao texto constitucional, isto é, aos fins que o texto constitucional estabeleceu ao Estado, bem como aos objetivos que se pretende alcançar como sociedade.

A ação do Estado, portanto, deve ser no sentido de dar eficácia ao texto constitucional; uma ação que tenha fundamento constitucional. A Constituição mostra, portanto, a direção a ser seguida pelo Estado. É por isso que Streck afirma:

A ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete. Os princípios constitucionais fundamentais, como o art. 3º da Constituição de 1988, são a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos e agentes estatais e para a sociedade [...]. Constitui o art. 3º um verdadeiro programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro (inclusive as políticas públicas, medidas legislativas e decisões judiciais) se conformar formal e materialmente ao programa inscrito no texto⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ A fundamentalidade dos direitos sociais, ou seja, a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais foi uma resposta necessária do próprio Estado aos movimentos dos operários que buscavam alternativas às mazelas herdadas da revolução industrial. Portanto, os direitos sociais agregados ao então Estado Liberal, criando obrigações de caráter prestacional ao Estado, fez com que o Estado atingisse um novo status, o de Estado de Bem-Estar Social.

⁵⁶⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁶⁶ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁵⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 145.

Com isso, as políticas públicas podem e devem ser controladas, formal e materialmente, tendo seus conteúdos e fins comparados e necessariamente vinculados à direção constitucional⁵⁶⁸. Compreendido dessa forma, os objetivos fixados, fundamentalmente, no art. 3.º da Carta constitucional, são imperativos norteadores das políticas públicas que devem ser implementados pelo Estado e pela sociedade brasileira. Na mesma senda, Bercovici⁵⁶⁹ ressalta que são inconstitucionais quaisquer políticas públicas que desconsiderem ou prejudiquem o desenvolvimento e a diminuição das desigualdades regionais e sociais. Ao contrário, com uma ação do Estado neste sentido se estaria admitindo a possibilidade de que o texto constitucional pudesse ser entendido aleatoriamente, ao bel-prazer dos intérpretes, principalmente daqueles que são os detentores do poder, mas que o usam conforme suas conveniências.

Ao ser constituído o novo pacto social e político, uma questão fundamental se encontrava em busca de uma resposta: que sociedade se pretendia construir? Quais são os compromissos de um constitucionalismo contemporâneo forjado sob as cinzas da pós-barbárie? Essas são questões fundamentais inclusive para a correta compreensão e interpretação do texto constitucional. É muito importante a busca da resposta à questão sobre qual sociedade se imagina para o futuro e, portanto, quais compromissos a Constituição assumiu. Consequentemente, é preciso indagar sobre o que a sociedade e o Estado precisam fazer para o cumprimento dos compromissos assumidos.

É necessário, porém, ter a compreensão de que, ao se formular essas questões frente à Constituição brasileira, ela mesma é quem pode respondê-las. As respostas estão no próprio texto constitucional. A Constituição estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Isso significa que, sem que sejam possibilitadas as condições necessárias para que as pessoas que fazem parte desta nação republicana vivam com dignidade, a própria República carece de fundamentos. E o que significa dizer que a República carece de fundamento? Os fundamentos da República são os elementos que lhe dão sustentação; são as condições necessárias para que a República exista e se mantenha com segurança e estabilidade. Assim, sem que os fundamentos sejam mantidos, a própria República (como ente existente sobre aqueles determinados fundamentos) corre o risco de se fragilizar e perecer.

Os fundamentos e objetivos são os que dão condições da própria vivência social, ou seja, da existência de uma sociedade fundada em tais bases que lhe dão sustentação e com esses

⁵⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 145.

⁵⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 97 e ss.

determinados objetivos a serem perseguidos. O Estado, nesse contexto social e político, é o instrumento necessário – e com essa função, portanto – para garantir a manutenção dos fundamentos da sociedade republicana e disponibilizar condições necessárias e suficientes para que os objetivos da República sejam alcançados. Os direitos fundamentais sociais, entre eles o direito à saúde, têm caráter vinculante ao Estado. Esse caráter vincula todos os poderes do Estado tanto formal como materialmente no cumprimento dos compromissos assumidos.

Porém, essa interpretação, comprometida com os fundamentos constitucionais e com a busca do efetivo cumprimento daquelas promessas ainda não atendidas, somente se faz possível com uma correta e autêntica interpretação da Constituição, uma interpretação que consiga compreender que é a Constituição a fonte irradiadora de toda a normatividade jurídica do Estado.

5.1.1 A Correta Hermenêutica Constitucional

Na discussão sobre a interpretação e o exercício de direitos constitucionalmente protegidos, é importante observar a necessidade da correta compreensão da extensão dos direitos e a forma de seu exercício. Convém observar a relação que Fioravanti⁵⁷⁰ faz do que chamou de corpo do povo, com a teoria dos dois corpos do rei, elaborada por Ernest Kantorowicz⁵⁷¹. Lembrando que, nesta teoria, o rei tem dois corpos: um envolto de nobreza, porque é o corpo do rei, ou seja, não de um homem comum como os outros; e outro comum, pois o corpo do rei é o mesmo corpo de um homem comum qualquer. De um modo não muito diferente, pode-se dizer que, no modelo do constitucionalismo democrático, há “dois corpos do povo”.

Nessa distinção, um corpo do povo é mais elevado e nobre, porque é o corpo gerador da Constituição, ou seja, é o corpo que tem o poder de constituir esse novo pacto que nasce com a Constituição. O segundo corpo é um corpo mais restrito e contingente, ou seja, é um corpo que está submetido à vontade constitucional. Portanto, é um corpo que não pode produzir nada de novo para além do que o corpo anterior (constitucional) produziu, devendo, assim, estar em conformidade com o pacto produzido pelo primeiro corpo.

⁵⁷⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 47.

⁵⁷¹ Conforme essa teoria, o rei tem dois corpos. Além de seu corpo natural, igual ao de toda e qualquer pessoa, ele possui um corpo místico, um corpo que representa o seu título de rei. Essa teoria, derivada de conceitos adotados pelos teólogos da Idade Média para caracterizar a Igreja ou o próprio Cristo, foi amplamente aceita na Inglaterra absolutista do século XVI. KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **Os dois corpos do rei:** um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

Essa teoria dos dois corpos se aplica ao conjunto da sociedade, porque, democraticamente, por meio de seus representantes, foram os artífices da produção do pacto constitucional. Porém, aplica-se também, e principalmente, ao corpo institucional do Estado. Assim, a institucionalidade constituída – portanto, segundo corpo –, que representa no Estado o conjunto da sociedade, está submetida ao pacto constitucional produzido por esse mesmo conjunto da sociedade, por meio de suas instituições – como primeiro corpo. Tanto o corpo social, como o corpo institucional, submete-se ao que esse mesmo corpo social, e conseqüentemente, institucional, produziu na elaboração do pacto constitucional.

A teoria dos dois corpos, que são duas manifestações distintas, em momentos diversos do mesmo corpo social e político, da mesma comunidade política, leva, portanto, a dois comportamentos distintos desse corpo frente a uma mesma Constituição. O primeiro momento, do corpo político-social, tem um comportamento ativo, ou seja, é esse corpo político-social que produz de forma soberana a Constituição de sua comunidade. No segundo momento, o comportamento desse mesmo corpo político-social frente à Constituição é passivo (submetido), destinando à Constituição a função de um ordenamento ativo frente a esse mesmo corpo político-social. Assim, aquela mesma Constituição que foi produzida por um corpo político-social agora abandona a sua passividade e passa a dirigir essa mesma comunidade política que a produziu. Essa comunidade, agora, deve submeter-se à direção de sua Constituição. Por isso, a Constituição agora passa a ser dirigente.

Porém, o que é esse ordenamento jurídico que a comunidade positivou na sua Constituição? Como a comunidade produz o Direito? Quais suas fontes de legitimidade e como interpretá-las? Essas são questões que se impõem e que precisam ser bem compreendidas.

5.1.1.1 A Produção do Ordenamento Jurídico por uma Comunidade Política (em Dworkin)

Partindo de uma análise da responsabilidade ética de cada indivíduo com seus atos inerentes à sua própria vida, passando pela responsabilidade moral de seus atos nas relações com os outros, alcançando a responsabilidade moral da comunidade na qual cada um pertence, Dworkin constrói a árvore genealógica que chega até a produção do Direito. Para o jusfilósofo norte-americano, o Direito não é um sistema de regras que pode conflitar com a moral, porque ele mesmo, o Direito, é um ramo da moral. Assim, o Direito é um ramo da moralidade política, que, por sua vez, é um ramo da moral pessoal mais geral, que é, por fim, um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver de cada um.

Antes de se avançar na análise das teorias bissistemática e unissistemática relacionadas à moral e ao Direito, é necessário, porém, uma melhor compreensão de como Dworkin concebe cada um desses ramos da *árvore*. Os padrões morais prescrevem como cada um deve tratar e se relacionar com as outras pessoas; já os padrões éticos descrevem como cada um deve viver a sua própria vida. Para a distinção entre a ética e a moral (e os vários desta), o autor inicia analisando como deve ser o comportamento de cada pessoa, e, desta, em relação às outras e, assim, até chegar à coletividade, que forma uma comunidade política.

Com claras influências em Kant, relaciona o respeito e consideração que cada pessoa deve ter com a sua própria vida, com (o mesmo) respeito e consideração que deve ter com a vida de todas as outras pessoas, Dworkin propõe uma distinção entre dois conceitos muito próximos, mas que na sua definição são o marco inicial de toda a análise. Tais conceitos são os de “viver bem” e o de ter uma “vida boa”. Viver bem significa esforçar-se para ter uma vida boa, mas “somente dentro de certos limites essenciais para a dignidade humana”⁵⁷². Essa definição é colocada como uma responsabilidade objetiva que cada um tem perante si mesmo. Devemos viver bem pelo simples fato de existirmos e termos consciência de nossa existência e da responsabilidade que temos com a nossa vida. “Esse encargo é idêntico àqueles que nos é dado pelo valor de qualquer coisa confiada aos nossos cuidados. É importante que vivamos bem; não para nós ou para qualquer outra pessoa, mas simplesmente importante”⁵⁷³.

Para não cair no subjetivismo, ou mesmo no relativismo desses conceitos, é importante frisar que o viver bem, em busca de uma vida boa, não pode ter como medida o resultado alcançado nessa busca. Subjetivamente as pessoas podem entender que suas vidas são boas porque alcançaram esses ideais ou venceram aqueles desafios, e, portanto, essa análise se fundaria nos resultados alcançados. Outras pessoas, pelo contrário, procuram viver autenticamente, de forma espontânea e com estilo próprio, sem se preocupar com eventuais resultados, o que, aos olhos dos primeiros, poderia significar, ao final, um verdadeiro fracasso. Mas foi essa vida que a pessoa decidiu encarar e viver, sem se importar com o resultado ou com a opinião alheia. Por isso, Dworkin alerta que, para considerar uma vida objetivamente boa, não importa “o valor do produto, mas o valor da execução desses modos de viver”⁵⁷⁴.

Nesse entendimento de viver bem, em analogia com a arte, não conta a questão do impacto, o que conta é a execução da obra em si. O bem viver pode ser concebido como o ato

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 298.

⁵⁷³ Ibid., p. 299.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 302.

de dar significado ético às ações e, conseqüentemente, à própria vida. Quando se executa bem alguma coisa menor – como dançar, tocar uma música, cultivar uma horta ou consertar alguma coisa –, pode-se ter uma satisfação completa e sentir-se realizado. Nisso consiste a responsabilidade ética que cada um tem com a sua própria vida.

Porém, Dworkin faz uma importante ressalva. Nem sempre quem vive bem tem uma vida boa; e quem tem uma vida boa nem sempre vive bem. Uma pessoa pode viver bem e ter uma vida ruim, porque ter uma vida boa não depende completamente de suas próprias decisões e atos; depende também das circunstâncias e da sorte. “Se ela nasce na pobreza, ou numa raça discriminada, ou tem uma deficiência severa, ou morre muito jovem, sua vida sofre desvantagens que ela jamais poderá modificar”⁵⁷⁵. De forma inversa, uma pessoa pode ter uma vida muito boa sem jamais ter vivido bem. Bandidos de qualquer espécie podem ter uma vida boa, mas não vivem ética e moralmente bem.

Assim, uma vida eticamente bem vivida exige o cumprimento de dois princípios éticos⁵⁷⁶: (i) respeito por si, levando sua própria vida a sério, aceitando ser importante que ela tenha uma execução bem-sucedida e não seja apenas uma oportunidade perdida; e (ii) autenticidade, isto é, a responsabilidade pessoal de identificar quais devem ser seus próprios critérios para o sucesso de sua vida⁵⁷⁷. Portanto, uma responsabilidade pessoal de criar as condições para que sua vida seja bem vivida, através de atos que pareçam excepcionalmente corretos (não necessariamente iguais ou diferentes das demais pessoas, mas de acordo com a situação e os valores mais adequados), considerando a própria vida e suas circunstâncias⁵⁷⁸. A junção desses dois princípios, segundo Dworkin, constitui uma concepção de dignidade humana⁵⁷⁹.

O segundo princípio ético da dignidade, o da autenticidade, exige que se distinga a responsabilidade de duas formas: a responsabilidade como virtude, a fim de que a pessoa seja

⁵⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 305.

⁵⁷⁶ Necessário observar que, quando se trata da questão da *democracia*, no presente trabalho, utiliza-se princípios correlatos a esses dois – na mesma linha de Dworkin –, como *princípios políticos*, baseados na *dignidade humana*, que fundamenta o *autogoverno*, no exercício da democracia.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 311.

⁵⁷⁸ As circunstâncias, limitadoras ou não, que envolvem a vida de qualquer pessoa não podem servir de justificativa para que a autenticidade seja abandonada. Qualquer limitação não é fator de indignidade, mas a usurpação ou a recusa da prática autêntica. Como um dos princípios da dignidade, a autenticidade exige que qualquer decisão necessária sobre o que é o melhor para a sua vida seja tomada pela própria pessoa, tentando evitar qualquer tipo de usurpação (já que a usurpação por vezes é inevitável, quando movida pelo princípio causal, ou seja, quando não se tem controle sobre o poder decisório, pois ele, nesses casos, é motivado por causas alheias à nossa vontade) ou recusa (essa, diferente de algumas formas de usurpação, é movida pelo princípio da capacidade, ou seja, quando a pessoa tem capacidade própria de tomar determinada decisão e decide alienar essa capacidade a outrem).

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 311 e p. 320-321.

responsável no sentido da virtude; e a responsabilidade como relação, a responsabilidade relacional, quando se tratar de relações com as outras pessoas.⁵⁸⁰ Essa distinção de tipos de responsabilidades é importante para a compreensão da integração pretendida entre a ética e a moral, a integração entre a responsabilidade ética de bem viver com a responsabilidade moral de respeitar a vida de todos os seres humanos em decorrência do princípio da dignidade humana.

Para se alcançar a integração entre a ética e a moral, é necessário compreender a forma como os dois princípios da dignidade humana – o da responsabilidade objetiva de bem viver a própria vida, com a autenticidade na busca de tornar a própria vida bem sucedida –, aplicados ao próprio indivíduo, devem ser atendidos frente a uma postura moral. Para a equação dessa questão, Dworkin propõe uma leitura de Kant como uma teoria interpretativa⁵⁸¹ que liga a ética e a moral. Basta lembrar que a autonomia (liberdade) defendida por Kant⁵⁸² não significa liberdade para que o indivíduo faça tudo o que quiser, atendendo suas vontades e seus impulsos; pelo contrário, a liberdade é em relação às inclinações, ou seja, exatamente contra os impulsos irracionais. Portanto, a autonomia é a liberdade (capacidade) de agir com racional responsabilidade, fugindo de suas próprias inclinações e impulsos.

Para conciliar a autonomia individual com o mesmo respeito pelos outros tendo como fundamento a dignidade humana, Kant propõe que se deve agir de tal modo que permita pretender que o princípio dessa ação seja aceito e seguido por todos. Assim, o imperativo categórico determina que: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”⁵⁸³. A dignidade levada a efeito na moral não permite, portanto, que o outro seja tratado com menos respeito do que aquele despendido ao próprio indivíduo.

Por isso, Dworkin entende que o sentido geral do princípio kantiano é claro: “para tratar as pessoas com o mesmo respeito que nós dedicamos a nós mesmos, precisamos no mínimo não reclamar para nós nenhum direito que não concedamos aos outros e não supor para eles nenhum dever que não aceitemos para nós”⁵⁸⁴. Há, portanto, uma estrutura de ideias que permite uma clara ligação entre a ética e a moral.

⁵⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 322.

⁵⁸¹ Ibid., p. 407.

⁵⁸² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

⁵⁸³ Ibid., p. 85.

⁵⁸⁴ DWORKIN, , op. cit., p. 407.

Eis a inovação dworkiana, que acresce ao imperativo categórico de Kant⁵⁸⁵ – cujo objetivo era uma regra universal para uma vida coletivamente bem vivida, ou seja, uma vida social em harmonia e justiça – uma leitura interpretativa da moral. A leitura interpretativa da moral kantiana, estendida à ética, conduz o indivíduo a agir conforme a lei moral (coletivamente), mas também é um meio para o bem viver individualmente, portanto, uma vida vivida com respeito próprio e com autonomia, uma vida eticamente bem vivida.

Há, assim, os dois princípios da dignidade humana. Primeiro, o da igualdade intrínseca do todos os seres humanos. A dignidade moral exige que tratemos todas as vidas humanas com igual consideração e importância. Segundo, o da responsabilidade especial pela nossa própria vida. A dignidade ética, aquela relacionada ao indivíduo, exige que a sua vida seja tratada com a responsabilidade objetiva de uma vida bem vivida em busca de uma vida boa.

Nessa linha, a responsabilidade relacional, aquela que se tem nas ações e nos comportamentos que ligam o indivíduo a outros, exigem o cumprimento de obrigações como consequência do princípio da igual consideração à vida de todas as pessoas. Entre essas obrigações estão a de ajudar aquelas pessoas quando determinadas situações exigem e a de não infligir nenhum mal a qualquer outra pessoa. Essas obrigações produzem expectativas que precisam ser preservadas para que o convívio social se torne possível e justo, dentro da melhor concepção que se possa fazer do conceito de justiça.

Entre as obrigações, Dworkin cita as obrigações políticas como um tipo especial de obrigação associativa, já que viver em comunidade política é uma necessidade inevitável. “Temos obrigações porque nos relacionamos com nossos concidadãos de um modo especial que confere a cada um de nós certas responsabilidades especiais para com todos os outros, independentemente de qualquer consentimento”⁵⁸⁶. Essa responsabilidade especial faz parte da moral política. Enquanto a ética diz respeito a como as pessoas devem viver bem, exercitando a sua responsabilidade na busca desse objetivo; a moral pessoal estuda como cada indivíduo deve agir e se comportar frente aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos devem uns aos outros, quando agem em nome da pessoa coletiva artificial que representa a comunidade política⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Como não é o objetivo do presente trabalho, não se enfrentará a análise, com maior profundidade, de outras possíveis características da moral kantiana, como questões relacionadas à metafísica e à teoria da razão. Por isso, faz-se um uso mais objetivo do princípio da *lei universal*, numa leitura interpretativa.

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 488.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 500.

A questão a ser enfrentada, portanto, é sobre como a moral e a política se relacionam. Dworkin lembra que, na compreensão ortodoxa, o Direito e a moral designam conjuntos de normas muito diferentes. O Direito é feito pelas pessoas por meio de decisões e práticas contingentes, ao passo que a moral não é criada por ninguém (a não ser por um deus, nas teorias da moral religiosa), não dependendo de nenhuma ação ou prática humana⁵⁸⁸. Portanto, o atendimento das obrigações morais são simplesmente fatos necessários, e não contingentes, como no Direito. Assim, Direito e moral são dois sistemas normativos distintos, cujas relações entre si são problemáticas.⁵⁸⁹

Essa é a posição do *positivismo jurídico*, para quem os dois sistemas⁵⁹⁰ são absolutamente independentes⁵⁹¹. O Direito, assim, é aquilo que a comunidade aceita como tal na sua prática costumeira – geralmente estabelecido por meios e formas também entendidos como competentes para isso, como um órgão legislativo ou decisões judiciais assim compreendidas –, independente de seu conteúdo. Ou seja, não há análise quanto à justiça ou injustiça de determinada norma; simplesmente ela é uma norma jurídica.

O *interpretacionismo* nega essa pretensão cisão entre a moral e o Direito, como se fossem sistemas totalmente independentes. O Direito, em que pese seja formado e estabelecido pelas

⁵⁸⁸ Embora relativistas e convencionalistas entendam que tanto o Direito quanto a moral sejam criados pelo ser humano.

⁵⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 612-613.

⁵⁹⁰ O próprio Dworkin, por um longo tempo, defendeu a ideia do interpretacionismo dentro desse quadro de dois sistemas distintos. A moral e o Direito seriam sistemas diferentes, tendo como questão crucial a interação entre eles. Id. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. cap. 2 e 3. Porém, posteriormente, compreendeu haver uma falha fatal nesse entendimento. Quando se parte do princípio de que a moral e o Direito são sistemas normativos separados, já não há mais um ponto de vista neutro que possa servir de partida para a avaliação sobre eventual vínculo entre os dois sistemas. A análise, sob o ponto de vista jurídico, sobre uma eventual relação ou não entre os dois sistemas distintos não pode ser pensada sem que haja, já de antemão, uma posição do intérprete que já antecipa a resposta final. Ou seja, partindo-se do Direito, tem que se assumir a posição de que o material jurídico analisado para se formular a pergunta contém apenas as regras com *pedigree* ou também estão presentes os princípios necessários para a justificação daquelas regras? Se o material jurídico do ponto de partida for apenas aquelas regras com *pedigree*, então o intérprete já partiu de uma posição positivista, e não terá como chegar ao final de sua análise entendendo de forma diferente daquela que defende uma total separação entre os sistemas do Direito e da moral. Por outro lado, se o material jurídico do ponto de partida da análise incluir os princípios como normas necessárias justificadoras das regras com *pedigree*, então o intérprete já parte da pré-compreensão de que haveria relação entre os dois sistemas, isto é, de que a moral participa da formação e justificação do Direito. Por outro lado, se a análise em busca da resposta partirá da moral, e não da ótica jurídica, haverá a repetição do mesmo erro, pois a resposta estará condicionada pelo prévio entendimento que o intérprete já terá de antemão à análise. Ou seja, ao estabelecer as premissas, o intérprete já definirá o resultado que encontrará na conclusão. Dworkin reforça que essa circularidade na interpretação da relação ou não entre os pretendidos dois sistemas distintos, inevitavelmente terão apenas como justificativas da posição adotada uma petição de princípios, pois jamais conseguirão sair de uma circularidade justificante. DWORKIN, op. cit., p. 615-617.

⁵⁹¹ É necessário ressaltar a posição do chamado positivismo *soft* ou suave, em que a moral pode ser um critério de Direito caso um documento dotado de *pedigree* histórico assim prescreve, como a Constituição, por exemplo. Essa ressalva entre os positivistas promoveu uma cisão em duas correntes, diferenciando os chamados os exclusivistas daqueles que se compreendem como inclusivistas.

regras postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, também é formado por “princípios que proporcionam a melhor justificativa moral para essas regras promulgadas”⁵⁹². Portanto, o Direito também inclui regras que nunca tenham sido promulgadas, mas que decorrem desses princípios justificadores. Assim, trata do conceito do Direito como um conceito interpretativo, e não meramente criterial, conforme é considerado pelo positivismo jurídico.

O entendimento da distinção entre esses dois tipos de conceitos é fundamental para a correta compreensão do interpretacionismo. Dworkin entende que o conceito usado é *criterial*, “[...] quando, e somente quando, usamos os mesmos critérios para identificar seus casos particulares.”⁵⁹³ Quando se utiliza o conceito de triângulo equilátero, por exemplo. Ou seja, é possível aplicar aos critérios que se tem em comum um teste decisivo para verificar efetivamente se determinado objeto corresponde ou não a tais critérios. No caso, ser um triângulo equilátero. Já para o conceito *interpretativo* não há um teste decisivo que possa ser aplicado e aceito por todos. Mas há a concordância com a utilização desse tipo de conceito “pelo fato de manifestarmos o entendimento de que a sua correta aplicação é determinada pela melhor interpretação das práticas no contexto das quais elas figuram.”⁵⁹⁴ Assim, mesmo não havendo um teste decisivo, há determinados valores comuns que justificam alguns paradigmas a partir dos quais o processo interpretativo possa ser iniciado. A concordância, por exemplo, de que uma pessoa inocente não merece ser condenada e punida.

O conceito interpretativo exige que qualquer análise do Direito deva partir da identificação de práticas políticas, sociais ou comerciais em que a figura do Direito esteja presente. Entre os direitos políticos que as pessoas têm e que autorizam suas práticas políticas, estão presentes alguns que são dotados da característica de que podem ser impostos por uma instituição política que tenha autoridade para isso, como um tribunal: esses são os direitos jurídicos.⁵⁹⁵ Assim, voltando a imagem da árvore, vê-se que o Direito é uma parte (ou uma subdivisão) da moral política, que, por sua vez, deflui da moral pessoal, e a moral pessoal, então, da ética.

Outra questão que se coloca é como distinguir esses diversos ramos, fazendo com que cada um deles se evidencie como parte distinta do outro e, principalmente, como diferenciar o Direito da moral política, fazendo com que não haja confusão entre esses dois ramos. Dworkin

⁵⁹² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 614-615.

⁵⁹³ Ibid., p. 241.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 244.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 619.

afirma que toda resposta plausível deverá estar centrada no “fenômeno da institucionalização”. A institucionalização dos direitos jurídicos por um órgão legiferante competente e autorizado pela comunidade para essa finalidade tem o condão de converter direitos compreendidos pela moral política em direitos jurídicos. Assim, os direitos jurídicos são direitos políticos, porém, constituem um ramo especial deste, por serem exigíveis e imponíveis por meio de instituições judiciais e coercitivas, exatamente pelo fato de que a comunidade os converteu em direitos jurídicos⁵⁹⁶.

Assim, foi analisado o caminho percorrido para a produção do Direito ou, dito segundo a lógica da metáfora dworkiana, a formação do último ramo da estrutura em forma de árvore, considerando a imagem de um sistema único entre a moral e o Direito. Mas, se esse é o caminho da produção do Direito, o que é efetivamente o Direito, como resultado dessa produção? Que tipo de normas o compõe? Como ele pode (e deve) ser compreendido, interpretado e aplicado?

Como o Direito é um valor interpretativo, e não criterial, cuja formação e relação com a moral é unissistemática, essas questões estão inter-relacionadas. A partir dessa compreensão pode-se avançar, na busca das respostas corretas para o Direito, que deve ser interpretado e aplicado em cada caso concreto, embebido na tradição que forma, com presente e futuro, uma fusão de horizontes a ser seguido.

5.1.1.2 A Compreensão e Interpretação do Direito a partir do Pensamento de Ronald Dworkin

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição estabelece os objetivos e os princípios norteadores de uma nação. Aos agentes públicos, sejam eles membros de qualquer um dos Poderes constituídos, não cabe atuar conforme a sua própria vontade ou consciência, por melhores que sejam as suas intenções, aos seus próprios olhos ou mesmo de parte da sociedade. Sua ação é limitada e direcionada pelo Direito. Essa limitação vale para a própria interpretação do Direito.

Interpretar, conforme se viu acima, é atribuir sentido; “[...] a tarefa de interpretar a lei passa a ser uma atribuição de sentido (*sinngebung*). Neste contexto, Gadamer acentua que a interpretação da lei é uma tarefa criativa”⁵⁹⁷. Mas essa atribuição de sentido não pode ser arbitrária. A atribuição de sentido ao ente deve respeitar o próprio ente naquilo que ele é. Assim,

⁵⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 623.

⁵⁹⁷ INTERPRETAÇÃO – reprodução e atribuição de sentido (*Auslegung e Sinngebung*). In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 98.

também a atribuição de sentido a um texto legal deve estar limitada pelo próprio texto a ser interpretado.

Se interpretação é a colheita da fruta da árvore dworkiniana, não se pode pretender colher uma laranja em uma macieira. Mesmo que ao intérprete, isto é, aos seus interesses e às suas convicções, fosse útil ou agradável fazer essa mudança de nome (de interpretação), isso não lhe é permitido, porque, conforme se viu, a linguagem não lhe pertença. A linguagem tem caráter público e precisa ser utilizada dentro da compreensão social e da intersubjetividade coletiva. “O sujeito da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – não tem mais lugar nesse giro”⁵⁹⁸.

Por isso que o magistrado, por exemplo, sendo membro de um poder republicano, “[...] não age ao alvedrio das próprias regras que o legitimaram como tal agentes de poder. Assim como não há liberdade absoluta, o juiz não é livre, por assim dizer, para decidir, mas é sempre dentro de uma esfera de normatividade que constitui seu mundo decisório”⁵⁹⁹. Portanto, há o dever constitucional de fundamentar as decisões, demonstrando integridade e coerência com o Direito estabelecido e legitimado pelo embate democrático.

Assim, pode-se entender que a compreensão que constitui a decisão do magistrado deve se dar de forma autêntica, tendo nos pressupostos da filosofia hermenêutica de Heidegger condição necessária para a apreensão dessa autenticidade. Da mesma forma, a interpretação deve estar calcada, conforme analisado anteriormente, no horizonte da tradição, que, compreendida como um constante diálogo com o contexto atual, possibilita uma fusão de horizontes, no sentido gadameriano. A identificação de compatibilidades de tais pressupostos filosóficos com o pensamento de Ronald Dworkin possibilita-nos avançar para a conclusão de que o Direito deve ser interpretado com integridade e coerência.

Analisando o Direito como integridade, Dworkin compara essa a outras duas outras concepções. Uma, que sustenta uma visão cética, sob argumentos conservadores: que “os juízes devem submeter-se às decisões tomadas pelas instituições mais representativas, como as legislativas, e, no caso do Direito constitucional, a decisões tomadas, muito tempo atrás, pelos constituintes”⁶⁰⁰; portanto, fundado num direito meramente convencional. A outra concepção, também centrada no ceticismo, encontra aí uma espécie de licença autorizativa para julgar

⁵⁹⁸ INTERPRETAÇÃO – reprodução e atribuição de sentido (*Auslegung e Sinngebung*). In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 99.

⁵⁹⁹ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle remoto e decisão judicial**: quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 168-169.

⁶⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XI.

conforme a sua visão pragmática: em não “encontrando” uma resposta correta, “os juízes devem tomar a decisão de maneira que lhes pareça melhor para o futuro da nação”⁶⁰¹. Portanto, diferente de buscar uma resposta no direito convencionalizado no passado, decidem conforme a sua visão do que deve ser o melhor para o futuro.

O Direito como integridade, por sua vez, nega que as manifestações jurídicas sejam relatos factuais do passado, conforme a concepção convencionalista; e também nega que o Direito seja um programa instrumental voltado para futuro, conforme pretende o pragmatismo jurídico. O Direito como integridade entende que as “afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro: interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento”⁶⁰². Por isso, quanto à discussão sobre se os juízes, ao interpretarem, descobrem ou inventam o Direito, a proposta dworkiniana, fundada na ideia de integridade, entende que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. Exatamente por ser a interpretação jurídica um processo criativo e construtivo específico em cada caso concreto, considerando o texto a ser interpretado e o contexto factual, ela precisa ser íntegra e coerente com a tradição em que está inserida.

O convencionalismo, como concepção de Direito, entende que os juízes devem estudar os “repertórios jurídicos e os registros parlamentares” para descobrir que decisões foram tomadas no passado por instituições (às quais foram atribuídas competência legislativa). Como as respostas para todas as controvérsias não são encontradas nas interpretações desses “pergaminhos”, o convencionalismo abre uma janela para que o juiz decida por conta própria aquilo que os registros das instituições legislativas não oferecem.

O pragmatismo, por sua vez, requer que os juízes “pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro”. Esse exercício interpretativo preocupado com o futuro pode exigir que a interpretação extrapole os limites do Direito, adentrando em outras searas, como a moral ou a política⁶⁰³. Assim, essas duas concepções de Direito, ou por olhar apenas para um passado estanque ou por projetar um futuro ideal – tendo o Direito como um privilegiado instrumento –, no limite, se voltam ao velho positivismo, que concede ao juiz, discricionariamente, o poder de decidir conforme as suas convicções pessoais.

⁶⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶⁰² Id. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271.

⁶⁰³ Ibid., p. 272-273.

No dizer de Dworkin, “o convencionalismo estrito afirma que os juízes são liberados da legislação e do precedente nos casos difíceis porque a extensão explícita dessas convenções jurídicas não é suficientemente densa para decidir tais casos”⁶⁰⁴. Assim, “não havendo direito”, o juiz está autorizado a elaborar um “novo direito”. Já o Direito como integridade não deixa de olhar para o passado, respeitando a tradição, projetando o futuro, mas não de acordo com as convicções pessoais do intérprete (ou de algum grupo ao qual pertença), mas interpretando e produzindo proposições jurídicas que derivam de “princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferece a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁶⁰⁵. A circularidade, portanto, entre o Direito praticado no passado e aquele que deverá ser compreendido hoje, para uma melhor construção do Direito (e não de política ou de moral) não é uma circularidade tautológica, mas, sim, interpretativa, que se interpreta e se reinterpreta, para alcançar os melhores fundamentos da mais correta interpretação. Por isso, com Dworkin, se pode afirmar mais uma vez que:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim determine. Não retende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluído, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.

Assim, o Direito como integridade tem como objeto interpretativo o Direito⁶⁰⁶. E o retorno ao passado se faz para a melhor interpretação contemporânea desse mesmo Direito criado e aplicado no passado, buscando nele elementos que podem não estar explícitos nas proposições jurídicas encontradas, mas implícito na forma de princípios, que conduzirão, por isso mesmo, à melhor interpretação construtiva do Direito a ser aplicado hoje e que, assim como aquele do passado, possa, no futuro, também servir de fonte para a melhor interpretação do Direito.

Essas concepções do Direito como integridade e como conceito interpretativo diferem profundamente do modelo positivista jurídico de Herbert Hart⁶⁰⁷. Hart entende o Direito como um sistema de regras que, em determinados casos (casos difíceis), permite que o intérprete tenha liberdade para decisões discricionárias e, portanto, arbitrárias. Nesse sentido, o próprio

⁶⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 158.

⁶⁰⁵ Ibid., p. 272.

⁶⁰⁶ Embora essa afirmação possa parecer redundante, é necessária sempre a sua reafirmação, para excluir da busca interpretativa outros elementos que não o próprio Direito.

⁶⁰⁷ Id. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35.

juiz poderia atuar como um novo legislador, produzindo uma regra nova para ser aplicada no caso concreto, sob a justificativa de que, com a textura aberta da regra, essa não permite que se tenha uma interpretação unívoca e correta, e, portanto, tal falha deve ser corrigida pelo juiz⁶⁰⁸.

Diferente, e em oposição à Hart, Dworkin afirma que, no Direito, e principalmente nos casos difíceis, o jurista lida com outros padrões normativos, que não funcionam como regras, mas, sim, princípios. O princípio jurídico, por sua vez, se distingue de políticas – como objetivos a serem alcançados. Dworkin, ao tratar dos princípios, reforça a necessária distinção destes com a política, ou entre argumentos de política e argumentos de princípio:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política⁶⁰⁹, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio⁶¹⁰.

O princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”⁶¹¹. Assim, para Dworkin, a diferença entre regras e princípios jurídicos é de natureza lógica, já que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”. Na apreciação do caso concreto, quando a regra deve ser aplicada, ela é válida e a sua resposta deve ser aceita; por outro lado, ela pode não ser válida, e, portanto, em nada contribuirá para o deslinde da questão⁶¹².

Já os princípios possuem uma dimensão diferente das regras. As regras valem no tudo-ou-nada, devendo ser aplicadas ou excluídas por completo, pois ou são válidas ou inválidas, ao passo que os princípios têm uma dimensão de peso ou de importância. Isso significa que na análise de um caso concreto pode haver conflito entre os princípios a serem dimensionados naquele caso. Quando isso ocorre, é necessário observar a força relativa de cada um deles. Porém, mesmo que um princípio tenha um peso inferior a outro que se sobressai no caso

⁶⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 23 et seq.

⁶⁰⁹ Aqui é necessário observar que, para Dworkin, as decisões judiciais são decisões políticas, “pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política”. *Ibid.*, p. 138. Isso não significa que há uma permissão para que os juízes adotem argumentos de política na fundamentação de suas decisões, mas, sim, que estão submetidos à responsabilidade política de fundamentar as decisões tomadas, com argumentos de princípios.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 129-130.

⁶¹¹ *Ibid.* p. 36.

⁶¹² *Ibid.* p. 39.

concreto, não haverá a sua exclusão (o princípio não deixará de ser válido), apenas a dimensão do peso e importância de cada um para a solução da questão concreta⁶¹³.

Para Dworkin, determinadas regras que possuem termos com sentidos amplos, como, por exemplo, “razoável”, “abrangente”, ou “injusto”⁶¹⁴, necessitam do auxílio dos princípios para a sua aplicação, ou seja, os princípios têm a função de fazer o fecho na compreensão e interpretação para o caso concreto. Assim, a consideração aos princípios está presente em todo ordenamento jurídico: “[...] subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta”⁶¹⁵.

O autor entende que os princípios atuam com maior vigor quando se trata de análises em casos difíceis. Os princípios desempenham um papel fundamental na compreensão argumentativa que fundamenta a decisão. “Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular”⁶¹⁶. Porém, por óbvio, isso ocorre a partir da análise das regras e princípios que envolvem o caso, pois antes a regra particular não existia.

Demonstrando o fundamental papel desempenhado pelos princípios num ordenamento jurídico, principalmente na produção de uma decisão para um caso específico, Dworkin afirma que os princípios devem ser tratados “da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomem decisões sobre obrigações jurídicas”⁶¹⁷. Seriam, portanto, padrões jurídicos cuja apreciação torna-se obrigatória nas decisões jurídicas. Portanto, o juiz tem a obrigação de julgar por princípios e não apenas usá-los como álibis, quando lhe convém, para legitimar uma decisão discricionária. A institucionalização dos princípios representa um ganho qualitativo, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma adequada⁶¹⁸.

Os princípios jurídicos e, por excelência, os constitucionais, são, portanto, indispensáveis e conclusivos na interpretação do Direito, pois devem dar um fecho eficaz e integrativo à interpretação de qualquer norma, superando, dessa forma, a mera dogmática positivista tradicional⁶¹⁹. A compreensão e interpretação do Direito por princípios possibilita,

⁶¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42-43

⁶¹⁴ Ibid., p. 45.

⁶¹⁵ Ibid., p. 46.

⁶¹⁶ Ibid., p. 46.

⁶¹⁷ Ibid., p. 46-47.

⁶¹⁸ PRINCÍPIOS jurídicos. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 242.

⁶¹⁹ Nesse sentido, a importante distinção de uso feita por Streck entre regras e princípios. “a) pela regra fizemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação, e, assim, *uma relação de objetivação* (ou seja, um problema exurgente da

inclusive, o correto entendimento de quando uma regra deve ou não ser aplicada. A constante interpretação e reinterpretação de determinadas regras pode levar ao entendimento de que devem deixar de ser aplicadas a partir de determinado momento. Porém, essa conclusão sobre sua aplicabilidade ou não pode ser uma decisão discricionária do juiz, e, sim, fundamentada em princípios que dão sustentação a essa interpretação. A primeira maneira pela qual o princípio autoriza a mudança de uma regra em vigor é quando ocorre a compreensão de que essa mudança favorece a um princípio. Assim, o princípio justifica a própria modificação⁶²⁰.

Porém, alerta Dworkin, que não é qualquer princípio que pode ser usado para justificar uma mudança de entendimento quanto à aplicação ou não da regra, na forma de sua redação. Por isso, é preciso que existam princípios mais importantes que outros; importância essa que também não pode ficar na dependência das preferências pessoais de cada juiz, pois, se assim fosse, nenhuma regra estaria a salvo, e a decisão voltaria a depender das preferências discricionárias do intérprete⁶²¹.

A segunda maneira que a questão deve ser enfrentada é na consideração de alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da compreensão anterior, ou seja, da doutrina que já se encontra arraigada e que, portanto, para o seu abandono ou modificação, não pode ser meramente desprezada, sem uma fundamentação consistente que a justifique irrefutavelmente. Entre esses padrões (que na maior parte também são princípios), Dworkin inclui a “supremacia do Poder Legislativo” e a doutrina do precedente. Nesse sentido, essas duas doutrinas militam em favor da conservação do entendimento atual, do *status quo*, impedindo, portanto, que, também aqui, o juiz decida por abandonar a interpretação estabelecida e adote outra que melhor lhe convier, pois, cairia, novamente, no solipsismo discricionário⁶²².

Demonstrando claramente que princípios jurídicos são deônticos⁶²³ e não meras disposições de vontade política do julgador, Dworkin se contrapõe ao entendimento de que uma obrigação jurídica existe apenas quando uma regra de direito estabelecida impõe, afirmando que há uma obrigação jurídica “sempre que as razões que sustentam a existência de tal

predominância do esquema sujeito-objeto); b) já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas sim, o que está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 246.

⁶²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 59-60.

⁶²¹ Ibid., p. 60.

⁶²² Ibid., p. 60.

⁶²³ Princípios jurídicos são deônticos (deontológicos). Diferentes de princípios morais, são impositivos de deveres e obrigações. Por isso, não podem ser compreendidos como valores políticos ou meramente programáticos.

obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela”⁶²⁴.

Da mesma forma, para Dworkin, também os princípios jurídicos obrigatórios, o que deslegitima o simples uso de princípios *ad hoc* para dar uma capa de sentido à argumentação de cunho moral e político, utilizada de forma discricionária para justificar uma decisão diversa daquela estabelecida por regras jurídicas. Tal atitude interpretativa apenas demonstra o entendimento equivocado de que o Direito é algo que está à disposição do julgador. Ou seja, de que há uma verdade interpretativa construída de forma isolada no âmbito privado do sujeito intérprete; verdade essa, que lhe autoriza a dar ao Direito o sentido e a interpretação que melhor lhe convier, fundado unicamente em seus entendimentos pessoais sobre normas morais e ideais políticos, esquecendo-se que o Direito é uma ciência construída de forma compartilhada pela comunidade, por meio de mecanismos e elementos pré-estabelecidos democraticamente, exatamente para evitar a sua utilização discricionária e arbitrária pela pretensa “autoridade” jurídica.

Esse aspecto reforça a compreensão da relação entre regra e princípio. A forma como o princípio pode ser percebido junto à regra auxilia na sua interpretação. Streck afirma que

[...] a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo, ocultando-se na própria regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele institui. Só que está encoberto. Hermeneuticamente partimos da premissa que é impossível cindir interpretação e aplicação e em face da antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para o compreender, uma regra sempre deve ser interpretada em face do seu princípio instituidor, ainda que de modo implícito⁶²⁵.

Assim, o princípio só se realiza a partir de uma regra. Não há princípio sem alguma regra, assim como não há norma sem texto legal. Sempre por trás de uma regra, necessariamente, haverá algum princípio. Há uma fundamental compreensão dos princípios como normas imperativas que “instituem o mundo prático ao Direito no atravessamento da porosidade das regras (transcendência). Assim, servem como “fechamento” interpretativo, sendo, portanto, um entrave à discricionariedade judicial”⁶²⁶.

A concepção dos princípios jurídicos é sustentada pela ideia de uma moralidade política compartilhada. Para Dworkin, a interpretação do Direito, diferente da interpretação científica

⁶²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 71.

⁶²⁵ PRINCÍPIOS jurídicos. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 244.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 244.

ou conversacional, deve ser criativa – e, nesse sentido, construtiva –, semelhante à interpretação artística. Ela deve pretender impor um propósito: o de interpretar uma prática com o objetivo de torná-la a melhor possível. Porém, é necessário sempre ficar claro que esse propósito não é aquele do autor de determinado dispositivo legal ou de um objeto artístico, mas, sim, o propósito do intérprete, que deve ter por fim último tornar a sua interpretação “o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertença”⁶²⁷. Assim, a interpretação, sendo por natureza o relato da melhor forma de ver o que é interpretado, seja um texto, uma tradição, uma prática social ou uma obra de arte, “ela propõe uma forma de ver o que é interpretado [...] como se fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões e objetivos, uma direção em vez de outra”⁶²⁸.

A moralidade política parte das concepções de que os membros dessa comunidade têm sobre o que é certo ou errado em determinada questão, que podem ser vistas como convicções pessoais. Assim, essa moralidade compartilhada pode ser entendida como uma “tradição moral” da comunidade ao longo de determinado período histórico (e que perdura até o presente). Conforme já visto, o Direito pertence a essa comunidade não apenas passivamente, motivado pelo fato de que seus membros sustentam essas ideias sobre o que é certo ou errado, mas porque há um compromisso ativo, no sentido de que as autoridades dessa mesma comunidade tomaram decisões que a comprometem com os direitos e deveres que constituem o Direito⁶²⁹.

Porém, é de frisar que essa moralidade política não se confunde com os valores morais defendidos por cada um dos membros dessa comunidade, mas são valores instituídos de forma compartilhada e evolutiva pelos membros dessa mesma comunidade ao longo de sua história e tradição. Dessa forma, a moralidade política é construída de forma diferenciada da moralidade privada, que pertence a cada um dos membros da comunidade.

A superação da ideia da moralidade privada e a conversão de parte dela – exatamente aquela que em maior intensidade pode ser considerada como compartilhada entre os membros dessa comunidade – em moralidade pública e, portanto, em Direito, é feita, nas comunidades democráticas, por meio do jogo democrático⁶³⁰. Dessa forma, torna-se clara a percepção da necessária autonomia e independência do Direito em relação aos interesses e moralidades pessoais de cada indivíduo ou de grupos membros da comunidade

⁶²⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 63-64.

⁶²⁸ Ibid., p. 71.

⁶²⁹ Ibid., p. 121.

⁶³⁰ Id. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 298.

Assim, retoma-se a ideia de que uma comunidade de princípios deve assumir a condição de que vive regida por determinados princípios comuns, os quais devem comandar seus atos, como virtudes compartilhadas. Dworkin afirma que “os membros de uma sociedade de princípios admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”⁶³¹. Portanto, os direitos e deveres dos membros dessa comunidade decorrem desse sistema, em que cada um aceita os direitos e deveres – seus e dos outros – frente à comunidade política de que fazem parte.

Não é diferente o entendimento quando se analisa a questão das ações legislativas que visam à positivação de regras jurídicas para a comunidade. Nesse aspecto também há a exigência da integridade legislativa. Para Dworkin, o princípio legislativo da integridade impõe ao legislador o dever de se empenhar no sentido de proteger, “para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade”⁶³². Portanto, mesmo o legislador deve considerar a moralidade compartilhada pela comunidade para tomar as suas decisões, superando, também, dessa forma, as suas preferências morais pessoais, na busca da integridade legislativa que reflita os princípios morais compartilhados pela comunidade. Assim, as leis produzidas pelo Legislativo – como representante democraticamente escolhido por parte dessa comunidade – devem guardar integridade e coerência com todo o sistema jurídico e com a moralidade pública da comunidade que representa⁶³³.

O intérprete, pelo que foi visto, não pode fugir de sua vinculação responsável como o passado, com uma tradição moral histórica da comunidade da qual pertence, com a busca permanente de uma interpretação com coerência e integridade. Isso não significa, porém, uma amarra no sentido de torná-lo um ente estático sem qualquer possibilidade de atualizações e até de correções de eventual tradição inautêntica. A tradição histórica dá ao intérprete, seja ele juiz, legislador, doutrinador, ou qualquer pessoa daquela comunidade, padrões institucionalizados que lhe permitem compreender a história, e, com ela, para o caso concreto, tomar novas e corretas decisões.

⁶³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 254-255.

⁶³² Ibid., p. 266.

⁶³³ É interessante observar que Dworkin, quando trata da integridade e coerência do sistema jurídico de uma comunidade, não afasta a possibilidade de que o legislador, na sua atividade legislativa, represente determinado grupo social e, nessa condição, proponha a produção de leis que venham a beneficiar esse grupo específico. Porém, alerta que tais iniciativas somente são válidas quando esse determinado benefício a um grupo particular venha a trabalhar em prol do interesse geral. Ibid., p. 266.

Essa compreensão por parte do intérprete confere-lhe condições de afastar uma tendência solipsista para a *queda* rumo à discricionariedade decisória de caráter pessoal e arbitrária, e faz com que, a partir da integridade, as decisões de casos semelhantes guardem coerência entre si.

É nesse sentido que Streck, num aporte conclusivo, citando as diversas teorias do Direito, propõe uma imbricação entre a hermenêutica filosófica e a teoria da “*law as integrity*” de Dworkin, afirmando que, quando os mesmos princípios que foram aplicados em determinadas decisões também forem aplicados para novas em outros casos idênticos, haverá coerência; e mais, a integridade do Direito estará assegurada a partir da força normativa da Constituição⁶³⁴. A partir dessa postura interpretativa, que leva em conta uma determinada tradição histórica, que respeita a integridade e a coerência do Direito, que busca na força normativa da Constituição e nos princípios jurídicos o fundamento último da interpretação, é possível falar, ao decidir o caso concreto, em resposta constitucionalmente correta, ou adequada:

A resposta correta é, pois, *applicatio* [...]. Isto porque a interpretação do direito é um ato de ‘integração’, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa interpretação coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade)⁶³⁵.

Nessa linha de entendimento, conclui-se que qualquer caso concreto sempre tem que ter uma resposta correta ou juridicamente adequada. Considerando o caso como o desenvolvimento de um *romance em cadeia*⁶³⁶, seria possível afirmar que a comunidade específica teria que dar sequência à produção do romance que tem, até aqui, uma narrativa que trata de uma sociedade civilizada, formada por pessoas que possuem uma moral compartilhada, consubstanciada em uma constituição que estabelece uma série de princípios e objetivos, como a dignidade da pessoa humana, o respeito às relações interpessoais, o respeito às regras democraticamente instituídas etc. Há também, nesse romance, o estabelecimento de algumas regras de conduta que visam a orientar essa sociedade na prática de seus atos, sejam coletivos ou particulares.

Assim, cada juiz, ao decidir um caso, deve se manifestar como se estivesse seguindo na produção desse romance em cadeia; um romance que tem como o seu fio condutor geral o

⁶³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 617-618.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 355.

⁶³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275 e seg. e, DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238 seg.

propósito de produzir a melhor interpretação possível do Direito como integridade, de uma comunidade que preza pela justiça e pela equanimidade entre seus membros.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então⁶³⁷.

Seguir o romance, buscando encontrar o melhor propósito de uma prática social, portanto, é levar o romance na direção correta, e não outra, por mais nova ou atraente que possa parecer. É encontrar para cada caso a ser decidido a melhor resposta, seguindo o fio condutor do romance escrito até aqui, sempre, é claro, observando o melhor propósito, que deve ser alcançado com a interpretação correta.

Assim, a resposta correta não é *extraída* da interpretação literal dos conceitos linguísticos que formam o arcabouço jurídico, numa atitude meramente semântica⁶³⁸, como se as próprias palavras já carregassem o sentido definitivo das coisas, esquecendo-se da distinção entre texto e norma, ou palavras e coisas. O equívoco filosófico do positivismo está em tentar desenvolver um conceito meramente semântico para o Direito. Esse é o aguilhão semântico de que trata Dworkin⁶³⁹.

⁶³⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238.

⁶³⁸ Com o objetivo de apresentar uma análise crítica dessa postura interpretativa de que a própria semântica da lei – a partir de regras semânticas compartilhadas – já resolve todo e qualquer caso jurídico, Dworkin cunhou o termo “aguilhão semântico”. Conforme Dworkin, são vítimas do aguilhão semântico pessoas que pensam ser possível “discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando as nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses”. Este interessante exemplo trazido por Dworkin demonstra a dificuldade de se estabelecer um critério comum a todos sobre o que seria um livro. Nesse sentido, seria possível questionar sobre quantos livros têm em uma estante se todos compartilhassem o mesmo entendimento sobre o que seria um livro. Porém, além do exemplo apresentado por Dworkin, sobre o livro *Moby Dick*, atualmente poderia se questionar se centenas de livros gravados em um dispositivo eletrônico, depositado no fundo de uma gaveta de estante – como um *pen drive*, por exemplo – poderiam ser considerados como “livros em uma estante”. Id. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. XI. p. 55.

⁶³⁹ “Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade,

O Direito é bem mais do que uma questão semântica; é uma questão de compreensão e interpretação. Por isso, é uma prática interpretativa e não meramente descritiva. Mas também não se autoriza interpretações subjetivas e individuais do Direito a ser aplicado, produzindo uma verdadeira cisão entre palavras e coisas, entre texto e norma e entre o sentido (significado) presente e o sentido da tradição histórica compartilhada pela comunidade, como se o poder decisório pertencesse ao intérprete de forma subjetiva; como um objeto de poder pessoal e particular, a despeito de qualquer vínculo de responsabilidade política com a função pública que exerce.

Atitudes decisórias que partem de justificativas baseadas em vontades ou convicções próprias demonstram uma (con) fusão dos conceitos de autoridade com autoritarismo. A autoridade (legítima) exerce um poder que não é seu⁶⁴⁰, mas é exercido por ele; apenas o exerce em nome da sociedade e do Estado. O poder é instituído democraticamente e é exercício para a manutenção do Estado de Direito, da democracia e da civilidade social. O poder exercido pela autoridade ilegítima e, portanto, autoritária, não é o poder do Estado, mas, sim, um poder próprio, como indivíduo que é poderoso. O poder exercido por ele não é apenas o poder do Estado, representado por ele, mas também, e principalmente (porque ao ser autoritário não exerce de forma legítima e limitada o poder de Estado), um poder apropriado, que acredita ser *pessoal*, portanto, inerente a sua própria pessoa, e não decorrente da função pública que exerce.

O poder legítimo da autoridade pública é exercido de forma funcional e representacional (no exercício de uma função de Estado, representado pelo agente); o poder ilegítimo é imposto autoritariamente de forma pessoal e própria (mesmo que possa ser de forma impessoal em relação aos seus destinatários). O poder usado dessa forma, além de ser ilegítimo, é um poder solipsista, de um sujeito que se basta em si mesmo⁶⁴¹. Agindo assim, o juiz se entende como uma pessoa dotada de uma missão especial, confundindo-se, algumas vezes, até com um

não de direito”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 11.

⁶⁴⁰ “O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui e ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede”. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 183.

⁶⁴¹ O exercício do poder arbitrário afronta a cultura civilizatória, pois produz uma satisfação que “está ligada a um gozo narcísico extraordinariamente alto, na medida em que essa satisfação mostra ao eu o cumprimento de seus antigos desejos de onipotência. Contido e domado, por assim dizer inibido em sua meta, o impulso destrutivo, dirigido aos objetos, é forçado a proporcionar ao eu a satisfação de suas necessidades vitais e o domínio sobre a natureza”. FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM. 2010. p. 140.

voluntarismo de justiceiro, o que, fatalmente, leva a uma tremenda catástrofe ao Direito e à democracia⁶⁴².

O juiz, no desempenho de sua função, não pode se sentir na obrigação ou no poder de lutar pelas suas ideias e ideais; o juiz deve julgar de acordo com o Direito, forjado a partir do que estabelece a Constituição. Na função de juiz, não pode haver espaços para voluntarismos, discricionariedades, subjetivismos e arbitrariedades⁶⁴³. Da mesma forma como o Direito não pode ser substituído pela compreensão moral do juiz, ele também não pode ser substituído pela política.⁶⁴⁴

É nesse sentido que: “Os direitos são *trunfos* estabelecidos, justamente perante argumentos axiológicos e teleológicos (argumentos “de política”). Isso tudo decorre, no limite, da virtude soberana (Dworkin) de o Estado devotar igual interesse pelos seus cidadãos”⁶⁴⁵.

Portanto, por mais bem intencionadas que sejam, por maior valor moral que possam lhes ser agregadas, não são democráticas e nem juridicamente corretas as decisões fundadas nas intenções dos julgadores, na consciência do juiz. O Direito e a Constituição são instituições políticas e democráticas, formadas por textos que carregam sentidos, os quais devem ser interpretados e compreendidos de forma coerente e respeitando a integridade, não podendo ficar à mercê de interpretações subjetivas, conforme a consciência de quem julga.

5.2.PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA INTERPRETAÇÃO EM DWORKIN

A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor, não são um ser, mas um dever-ser.
Norberto Bobbio, **A Era dos Direitos**⁶⁴⁶.

⁶⁴² Nesse sentido, emblemática a manifestação do ex-Ministro do STF, Joaquim Barbosa que, ao ser questionado sobre se acreditava na prisão em regime fechado para a maioria dos condenados na Ação Penal 470, respondeu que sim, “*do contrário não estaria sacrificando a saúde num julgamento tão cansativo como este [...]*”. Em outra oportunidade, em debate com o Ministro Lewandowski, o ex-Ministro Barbosa disse: “*Moro no país e lutarei para que ele mude*”. KOSSMANN, Edson Luís. Máxima *venia* Sr. ministro. **Sul 21**, [S.1.], 2012. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/maxima-venia-sr-ministro/>. Acesso: 15.jul. 2015.

⁶⁴³ Da mesma forma, um processo judicial que respeite os princípios constitucionais tem que ser pautado por um Ministério Público responsável, que acusa quando tem elementos para isso (ou pede a absolvição quando não os tem), com a perseguição de provas cabíveis, uma defesa que tenha paridade de meios para proporcionar uma atuação plena e legítima e um juiz (ou colegiado de juízes), que tenha independência e imparcialidade para limitar a sua decisão fundamentada em provas produzidas no processo, com amplo contraditório em igualdade de condições entre as partes.

⁶⁴⁴ Aqui há que se ter um cuidado com o termo *política*, para não provocar uma confusão da política militante partidária com a responsabilidade política do juiz. Nesse sentido, importante esclarecimento de Dworkin, quando alerta para o fato de que as decisões judiciais são decisões políticas, porém, “no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 138.

⁶⁴⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judiciale. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 157.

⁶⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Toda instituição humana sofre variações no transcorrer do tempo. A própria instituição em si, como as suas variações ao longo do tempo, tem como uma das principais características de sua moldagem a tradição cultural em que está inserida. As tradições de cada período ou época sempre possuem uma fundamentação filosófica, que também mudam ou se alteram ao longo do tempo. Pode-se mencionar, por exemplo, desde as antigas justificações naturais e transcendentais, até as modernas justificações racionais e científicas.

A igualdade, nas suas mais variadas nuances, é um instituto que permeia praticamente toda a história da humanidade. Ou seja, discussões sobre a igualdade são encontradas na antiga filosofia clássica, nos debates que envolvem as mais diversas religiões, continuando nos dias atuais. As concepções sobre o significado do conceito de igualdade também foram se modificando no transcorrer da história.

Por muito tempo o argumento da igualdade foi utilizado como instrumento de acomodação e manutenção do *status quo*. Aristóteles, por exemplo, inserido na cultura filosófica clássica – na qual os fins de cada indivíduo já eram dados pela própria natureza e, por isso, cada qual deveria se esforçar para corresponder com o seu destino previamente estabelecido pelas forças naturais ou do cosmo –, defendia a ideia de que pessoas iguais deveriam ser tratadas igualmente, e pessoas desiguais deveriam ser tratadas desigualmente, *mantra* que até hoje é repetido, sem sua correta compreensão ou contextualização.

A teoria do tratamento igual para iguais e desigual para desiguais desempenhava exatamente a função de justificativa da desigualdade. Pessoas ricas deveriam ser tratadas igualmente porque são ricas (portanto, iguais entre si). Já os pobres também deveriam ser tratados igualmente, porque são pobres (também iguais entre si). Porém, desiguais entre classes e, portanto, como desiguais, deveriam ser tratadas de forma diferenciada, mantendo, assim, a própria desigualdade. É dado a “cada um o que é seu”, porém, qual é o seu de cada um? Isso foi definido pela natureza e, portanto, o indivíduo que é pobre tem o que é seu: a pobreza; ao passo que ao rico coube também o que é seu: a riqueza.

Esse entendimento tinha por justificativa os próprios desígnios da *natureza* de cada um: “A natureza distinguiu os corpos do escravo e do senhor, fazendo o primeiro forte para o trabalho servil e o segundo esguio e, se bem que inútil para o trabalho físico, útil para a vida política e para as artes, tanto na guerra quanto na paz”⁶⁴⁷. Portanto, os senhores iguais entre si, assim como os escravos, porém, com diferenças entre classes, definidas pela força natural. A força natural, então, impunha essa desigualdade e, dessa forma, deveria ser respeitada. Não

⁶⁴⁷ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultura, 1999. (Coleção Os Pensadores, Livro I, 5, 19).

havia uma justificativa filosófica para a busca da igualdade (ou para a diminuição da desigualdade entre as classes); pelo contrário, essa pretensa busca representaria desrespeito ao cosmos.

Em linha semelhante de pensamento, Rui Barbosa defendia a ideia de que a regra da igualdade era a de “quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”⁶⁴⁸. Mais uma vez, a utilização dos comandos da natureza para justificar a desigualdade.

Porém, embora buscasse a justificativa da desigualdade também na natureza de cada um, Barbosa não defendia a acomodação passiva frente aos desígnios naturais e defendia a reação pessoal: “Se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais, cada um, nos limites da sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho.”⁶⁴⁹ Vê-se, portanto, um claro impulso à reação ao destino previamente concebido pelas forças da natureza. Porém, dentro de uma lógica clássica do capitalismo, a reação e superação dessa desigualdade natural dependeria da força de vontade, da energia moral e do trabalho de cada um.

A visão do princípio da igualdade apresentada pelo *liberal*⁶⁵⁰ Dworkin é contemporânea, seguindo uma lógica inaugurada pelas revoluções oitocentistas, principalmente pela Revolução Francesa, em que a questão da igualdade foi um dos elementos desencadeadores. A busca da superação da ideia de igualdade como mero elemento formal ganhou força perante o Estado nas sociedades ocidentais com a necessidade de concessões aos trabalhadores de alguns direitos sociais e coletivos, até então negados. Aqueles direitos foram conquistas resultantes dos processos reivindicatórios ocorridos no final do século XIX e início do século XX, também

⁶⁴⁸ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 26.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁵⁰ É necessário se compreender o lugar da fala de Dworkin e o contexto em que estão inseridas as suas ideias quando se identifica como liberal, principalmente pelo fato da grande diferença conceitual desse termo para a realidade social, econômica e política brasileira (em comparação com a norte-americana, que é de onde escreve Dworkin). Por sua qualidade didática, adota-se a seguinte explicação: “O termo *liberal* não tem nos Estados Unidos a mesma acepção que lhe é atribuída entre nós e na Europa. Os conservadores norte-americanos entendem-no como sinônimo de socialismo, o que tampouco faz sentido no Brasil. [...] A corrente forte (*liberal*, em grande medida identificada com o Partido Democrata) caracteriza-se pela adoção de mecanismos oficiais destinados a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo através do mercado (*New Deal* de Roosevelt; *Big Society* de Lyndon Johnson, etc.). Assim sendo, ela se assemelha mais à socialdemocracia europeia [...] (o compromisso dos liberais é com a igualdade de oportunidades). O *liberal* americano pode ser qualificado como socialdemocrata”. CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 1993. p. 5.

como resultado das *ameaças* vindas das revoluções socialistas que aconteciam nos países do leste europeu.

No capítulo anterior, viu-se a intrínseca relação teórica entre a democracia e o princípio da igualdade. O princípio da igualdade, ao estabelecer que não há relação hierárquica entre os cidadãos que participam de determinada comunidade (de sua formação e subordinação ao Estado), significa que não há situação de inferioridade, nem de superioridade entre os cidadãos frente ao processo democrático. Isso significa também, por consequência, que teoricamente ninguém pode ter tratamento desigual, seja no sentido que lhe venha em prejuízo, seja no sentido de obtenção de privilégios frente aos demais:

A instituição dos direitos contra o governo não é um presente de Deus, um antigo ritual ou um esporte nacional. É uma prática complexa e problemática que torna mais difícil e mais cara a tarefa governamental de assegurar o bem estar geral. [...] Quem quer que professe levar os direitos a sério e que elogie nosso governo por respeitá-los, deve ter alguma ideia do que seja esse objetivo. Deve aceitar, no mínimo, uma das duas ideias importantes. A primeira é a ideia vaga, mas poderosa da dignidade humana. Essa ideia associada a Kant, mas defendida por filósofos de diferentes escolas, pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana, e sustenta que tal tratamento é profundamente injusto.

A segunda é a ideia, mais familiar, da igualdade política. Esta pressupõe que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito a mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede a seus membros mais poderosos, de modo que, se alguma pessoa tem liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade⁶⁵¹.

Ocorre que, mesmo diante dessa compreensão teórica, a realidade se mostra muito diferente, e mostrar essa realidade e indicar caminhos também é função da filosofia jurídica e política. Nesse sentido, Dworkin alerta que as diferenças sociais continuam se aprofundando sem parar. E, embora as teorias da justiça distributiva, em comunidades de capitalismo avançado, recomendem reformas radicais, as melhores iniciativas políticas “não pedem mais do que a maioria bem de vida está disposta a dar”⁶⁵².

Portanto, o abismo entre a teoria e a prática política tem, provavelmente, a mesma dimensão do abismo da desigualdade social que a teoria pretende denunciar, principalmente em comunidades marcadas pela diversidade racial e étnica, cujo resgate de uma dívida social teima em não acontecer, como é o caso da sociedade brasileira. Porém, Dworkin insiste que:

⁶⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 304-305.

⁶⁵² Id. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 537.

Mesmo assim, é importante continuar incomodando os abastados com argumentos, especialmente num momento (como a meu ver, é o atual) em que seu egoísmo macula a legitimidade da própria política que os torna abastados. No mínimo, não devemos permitir que eles pensem que têm justificativa para serem egoístas⁶⁵³.

5.2.1 O Tratamento Igualitário como Condição de Legitimidade do Estado

Viu-se, que, para Dworkin, nenhum governo é legítimo se não demonstrar igual consideração pelo destino de todos os governados e pleno respeito pela responsabilidade de cada indivíduo para com sua própria vida. Essas duas exigências, a igual consideração e o respeito, devem ser interpretadas de forma dependente e não conflitiva.

A interpretação, porém, da exigência de igual consideração é feita entre os conservadores, negando que “a distribuição de recursos materiais seja, sob qualquer aspecto, uma função do governo”⁶⁵⁴. A igual consideração seria alcançada concedendo às pessoas total liberdade para trabalhar, comprar, vender, poupar e gastar, conforme as condições e vontades de cada um. Assim, a desigualdade de riqueza, no interior da sociedade, seria o resultado da desigualdade de talentos, esforços, capacidades e sorte de cada um.

Esse argumento é sem sentido, pois nada do que um governo faz tem neutralidade em relação aos resultados econômicos mais ou menos concentrados ou distribuídos. “Na realidade, tudo o que um governo de uma grande comunidade política faz ou deixa de fazer afeta os recursos de cada um dos seus cidadãos e o sucesso por eles alcançados”⁶⁵⁵. Disso não decorre que o sucesso de cada um também não decorra de seus esforços, sua capacidade, suas escolhas e também de sua sorte. Porém, essas variáveis condicionantes pessoais também dependem, em todos os casos, das variáveis políticas, que se manifestam em forma de leis, programas e ações políticas governamentais do Estado.

A legislação tributária, por exemplo, como já se demonstrou na tese, é um dos elementos centrais desses acordos políticos que são decisivos para as políticas econômicas influentes na vida de cada um dos cidadãos. Porém, as demais políticas fiscais e monetárias, tais como, a legislação trabalhista, de assistência médica, previdenciária e de política educacional; legislações e programas ambientais, urbanísticos e planejamento urbano; política externa (entre elas a de exportação e importação); política de transporte e de mobilidade etc., são outros exemplos de como cada decisão política tomada pelo Estado tem direta influência na política

⁶⁵³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 537-538.

⁶⁵⁴ Ibid., p. 539.

⁶⁵⁵ Ibid., p. 540.

econômica estatal e na capacidade econômica de cada cidadão. Não estando, portanto, adstrita apenas ao talento, esforço, capacidade ou sorte de cada um. Elas dependem diretamente das escolhas que o governo faz. E, assim, produzem seus efeitos e consequências sociais e econômicas na vida de todos, sempre beneficiando alguns, em detrimento de outros.

Portanto, as oportunidades e as consequências das escolhas que cada um faz sobre o domínio de suas vidas também dependem do acordo político firmado entre a sociedade e o Estado. Uma decisão, um esforço em uma determinada direção, ou mesmo o desenvolvimento de um talento ou um lance aleatório de sorte, podem se mostrar mais ou menos acertados, dependendo das consequências que produzirem no ambiente legal e político.

Portanto, a igualdade ou a desigualdade dependem, sim, das decisões e das escolhas governamentais, não havendo neutralidade nesse aspecto. O tratamento com igual consideração exige dos governos posições comprometidas com os que mais dependem do Estado, possibilitando-lhes um desenvolvimento digno e respeitoso, e nisso não há neutralidade. Porém, outras questões se impõem: como compreender igualdade?

Dworkin faz um paralelo entre algumas óticas conhecidas de igualdade. A primeira é a da *utilidade*. Na visão utilitarista, um maior investimento do governo deveria ser aplicado onde houvesse maior possibilidade de produtividade, o que tornaria a sociedade, em seu conjunto, mais próspera e feliz. Essa interpretação de igualdade, conforme Dworkin é inconveniente, pois “os pais não demonstrariam igual consideração por todos os filhos se empenhassem todo o seu orçamento para educar somente aqueles que tivessem mais probabilidade de se dar bem no mercado”⁶⁵⁶. Essa interpretação de igualdade não considera e trata, portanto, a possibilidade de sucesso de cada um com igual consideração.

A *igualdade de bem-estar* é outra interpretação defendida. Ela tem como estratégia a valorização da felicidade, pretendendo maximizar a felicidade de todos, a capacidade que possuem as pessoas de serem bem-sucedidas, as oportunidades para alcançar a felicidade ou o bem-estar, ou, ainda, igualar suas *capacidades* gerais. Porém, não há concordância entre os indivíduos sobre o sentido da felicidade ou o que seja uma vida bem-sucedida, fazendo com que cada um lhes atribua diferentes pesos valorativos. Alguns têm planos muito mais audaciosos e caros do que outros. Para uns, determinadas oportunidades são importantes; para outros, essas mesmas oportunidades são desprezíveis. Portanto, qual seria a métrica da felicidade, do bem-estar ou de uma vida bem-sucedida que a comunidade política deveria adotar, como parâmetro para a felicidade geral?

⁶⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 542.

Portanto, essa concepção difere das interpretações de que o Estado não tem nenhuma responsabilidade com a desigualdade econômica, pois ela seria o resultado das capacidades, esforços, talentos e escolhas de cada um. Ou seja, distingue-se da interpretação utilitarista de igualdade, que defende maior investimento econômico onde há probabilidade de maior produtividade. A igualdade de bem-estar peca no sentido oposto: as primeiras interpretações não demonstram igual consideração com a vida de todos os cidadãos, ao passo que a última aniquila e, portanto, não respeita a responsabilidade pessoal de cada um em relação aos rumos de sua própria vida⁶⁵⁷.

Pretendendo formular uma teoria de justiça distributiva que evite esses erros e satisfaça aqueles dois princípios da legitimidade do Estado, Dworkin se concentra na *igualdade de recursos*. Para isso, faz a distinção entre os recursos pessoais, as capacidades físicas e mentais do indivíduo, dos recursos impessoais, sua riqueza medida de modo tão abstrato quanto possível. “Somente os recursos impessoais podem ser medidos sem que se façam suposições acerca do bem-estar, e somente eles podem ser distribuídos por meio de transações econômicas e redistribuídos por meio da tributação ou de outros programas de governo”⁶⁵⁸. E é em relação a esses recursos materiais que é necessário que os membros da comunidade política sejam iguais. Ou seja, na distribuição igualitária dos meios (recursos econômicos) para que cada cidadão possa escolher os fins (felicidade, bem-estar etc.) que melhor lhe convier, dentro desses limites de recurso (igualmente distribuídos) e de suas próprias responsabilidades pessoais.

Para demonstrar como seria essa distribuição igualitária de recursos, Dworkin apresenta uma metáfora ilustrativa. Propõe que se imagine um grupo de naufragos em uma ilha deserta, dotada de diversos recursos naturais. Para a *aquisição* dos recursos encontrados, é distribuído um número igual de conchas para cada um, que são usadas como fichas (ou dinheiro) num leilão daqueles recursos naturais. No leilão cada um adquire o pacote de recursos que mais lhe agrada, de forma que ninguém invejará o pacote de recursos do outro, pois, caso o quisesse, teria adquirido aquele e não o seu durante o leilão.

Essa estratégia de distribuição trata a todos com igual consideração, pois todos partem das mesmas condições de recursos. Também respeita a responsabilidade pessoal de cada um, pois cada indivíduo adquire no leilão o que mais lhe agrada para tornar a sua vida bem vivida, nos limites de suas escolhas e dos recursos igualmente disponíveis.

⁶⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 542-543.

⁶⁵⁸ Ibid., p. 543-544.

Duas importantes ressalvas, porém, são feitas em relação ao leilão na ilha deserta. A primeira é que o preço a ser pago pelo pacote adquirido por cada um deve refletir os verdadeiros custos de oportunidades que a aquisição impõe aos demais competidores. Portanto, diferente dos mercados reais das economias capitalistas, onde frequentemente os preços são corrompidos por distorções provocadas por monopólios e outros fatores (de modo que isso exigiria a intervenção regulatória do Estado).

A segunda ressalva é a de que a igualdade se faz presente apenas no início da vida na ilha após o leilão, pois cada um vai utilizar o pacote adquirido da forma que melhor lhe convier, e, nisso, estão presentes os riscos de uso. Dito de outra forma, alguns plantarão produtos cujas colheitas não terão compradores, ou que os valores pagos por eles são muito baixos, ou, ainda, suas plantações serão improdutivas por problemas climáticos, pragas etc. Outros preferem consumir logo suas conquistas ao invés de poupar. Outros ainda adoecerão, ou não haverá talentos, ou terão outros tipos de azar que lhes tornarão mais pobres do que os demais. A igualdade inicial, portanto, não persistirá mais. Algo precisa ser feito para retomar a igualdade e corrigir as distorções⁶⁵⁹.

Considerando essa realidade vivida – da igualdade que existe no início, mas que não se mantém no tempo –, a metáfora da ilha apresentada por Dworkin leva a outra reflexão. A igualdade deve ser *ex ante* ou *ex post*? Ela deve ser uma igualdade inicial (de saída) ou uma igualdade final (de chegada)?

A teoria da igualdade *ex post* defende a ideia de que, na medida do possível, todos, inclusive aqueles que não possuam capacidade profissional, talento ou habilidade de mercado, devem ter alcançado o mesmo nível econômico dos mais capacitados, talentosos ou hábeis nas relações de mercado. Da mesma forma, é preciso devolver a quem ficou doente ou sofreu algum outro tipo de revés as mesmas condições econômicas que possuía antes de tais fatos acontecerem. A teoria da igualdade *ex ante*, por outro lado, prevê que todos os cidadãos possam enfrentar essas mesmas contingências, tendo as mesmas condições iniciais. Com isso, estariam em condições de igualdade, mas sob a sua responsabilidade para enfrentar as desigualdades de capacidades pessoais, talentos ou, ainda, eventuais situações de doença, azar ou sorte durante suas vidas.

Segundo Dworkin, embora num primeiro momento possa parecer que a abordagem *ex post* seja a mais indicada, ela não é. Inicialmente ela pode produzir uma crença de que melhor atenderia as necessidades das pessoas incapazes, desempregadas, doentes ou com qualquer

⁶⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 544-547.

outro tipo de problema, que lhes impeça uma vida igualmente produtiva. Porém, na realidade ela não é a melhor alternativa. Se a comunidade na qual se pertence, por meio do governo, procurasse assegurar que o destino econômico de cada indivíduo não dependesse dos resultados de seus esforços profissionais, de suas capacidades, de suas condições de saúde, de seus talentos, consumo e poupança, ou de suas jogadas de investimentos, ela estaria mutilando a responsabilidade de cada um por suas escolhas pessoais⁶⁶⁰. Da mesma forma, estaria provocando um processo de acomodação irresponsável e desmotivando qualquer iniciativa de esforço e de inovação, pois o resultado final igualmente estaria garantido⁶⁶¹.

Por outro lado, a abordagem *ex ante* coloca as pessoas nas mesmas condições de igualdade quando têm de tomar decisões sobre o melhor para suas vidas. Tanto as questões de mercado, de emprego, salário, investimento, consumo e todas as demais questões da vida que necessitam de uma tomada de decisão sofrem contingencialmente pelo impacto dessas decisões. Portanto, a posição igualitária é inicial, e depois as desigualdades ocorrerão conforme as contingências provocadas pelas decisões tomadas, sob a inteira responsabilidade de cada indivíduo. Porém, nem todas as consequências posteriores serão resultado das decisões tomadas; elas também sofrerão influências das mais diferentes dimensões de sorte ou de azar durante a vida. Para isso, é necessário uma outra forma de proteção.

Dworkin propõe o retorno àquela ilha deserta em que aconteceu o leilão com todos os naufragos estando em igualdade de condições econômicas. Inclui-se naquele leilão a oferta de seguros, por parte de alguns dos membros dessa nova comunidade que também competem entre si para a venda desse produto. Os seguradores se comprometem em proteger os segurados de futuros prejuízos, insucessos ou azar que possam lhes atingir no transcorrer de suas vidas. Havendo essa possibilidade, é possível se especular quais seriam os valores investidos nos prêmios a serem pagos aos seguradores, assim como, conseqüentemente, o seguro pretendido e os bens segurados.

Usando essa hipótese metafórica ocorrida na ilha até então deserta, é razoável que se pretenda que o governo (Estado) se utilize desse nível de cobertura para diferentes programas de redistribuição:

Podemos fixar o objetivo de coletar na comunidade, por meio de tributos, uma quantidade igual ao prêmio agregado que teria sido pago pela cobertura universal naquele nível; e podemos então distribuir, àqueles que deles necessitam, os serviços,

⁶⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 547-549.

⁶⁶¹ Claro que essa abordagem pode apresentar mitigações e nuances diferenciadas, que atenuam e modificam as questões trazidas. Porém, como teoria geral, apresenta esses problemas.

bens ou dinheiros que se equiparem ao que aquela cobertura lhes teria proporcionado em caso de azar. Desta maneira, financiaríamos o seguro-desemprego, o seguro contra baixa remuneração, o seguro-saúde e o seguro social dos aposentados⁶⁶².

Assim, o seguro hipotético vendido na metáfora da ilha deserta também pode servir de parâmetro para que o Estado institua formas de seguridade que se pareçam com ele. Portanto, na medida em que os programas a serem garantidos (segurados) se mostram razoáveis e factíveis diante dos interesses gerais da comunidade, visando à proteção de futuros riscos, o Estado que não os fornecer estaria descumprindo com suas responsabilidades diante do conjunto da comunidade.

5.2.2 O Princípio da Igualdade na Constituição Brasileira

Explícita ou implicitamente, o princípio da igualdade permeia todo o texto da Constituição. A afirmação prescritiva da igualdade vai desde o preâmbulo constitucional, passando pelos seus fundamentos e objetivos, até vários e diversos dispositivos específicos. Ao afirmar, por exemplo, que “todos são iguais perante a lei”⁶⁶³, a Constituição estabelece como todas as pessoas devem ser tratadas perante a lei: com igualdade. Ao prescrever que a lei deve tratar a todos com igualdade, a própria Constituição não se manifesta apenas como uma carta de intenções que aconselha o tratamento em igualdade de condições. Nesse aspecto, Streck lembra a força dirigente dos princípios que “[...] agora associados à Constituição e a toda carga política de conformação de uma nova sociedade e da possibilidade de instituição de um melhor governo, limitado e respeitador dos direitos e garantias fundamentais – passam a incorporar um elemento pragmático muito forte”⁶⁶⁴.

Nesse linha, Motta observa que:

para Dworkin, pois, os princípios ‘forçam’ a determinação de direitos e deveres jurídicos. É por isso que são *normas*, que possuem caráter *deontológico*. São *padrões* de moralidade institucionalizada *no* Direito, e cuja aplicação, contrariamente ao que possa parecer, somente reforça a sua *autonomia* (e legitimidade, já que se pretende democraticamente produzido). Nessa sede, não há *consenso*, *conciliação* ou *meio-termo* que faça as vezes de se reconhecer o direito de quem efetivamente o tem (é o

⁶⁶² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 552.

⁶⁶³ Art. 5º da CF/1988. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁶⁶⁴ PRINCÍPIOS jurídicos. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 240

having a right do qual falamos antes). Disso depende mais do que a satisfação de um intérprete privado, a concretização do Estado Democrático de Direito⁶⁶⁵.

A Constituição, como norma de hierarquia superior, dirigente e irradiadora principiológica para toda a legislação infraconstitucional, prescreve, determina, impõe que assim seja. Não é por outro motivo que o próprio preâmbulo constitucional já revela a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar [...] a igualdade⁶⁶⁶. O “direito à igualdade” ou a “igualdade de direitos” são expressões, portanto, que recheiam todo o texto constitucional. Com isso, a igualdade é enraizada na Constituição, como um dos princípios condicionantes fundamentais para que o pacto, ali constituído, efetivamente venha a ser levado adiante e cumprido.

Assegurar a igualdade a todos é condição elementar para o respeito à dignidade de cada ser humano. Nesse sentido, Sarlet afirma:

Também o direito geral de igualdade (princípio isonômico) encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana garantia de isonomia de todos seres humanos, que, portanto, não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguição por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material⁶⁶⁷.

A ideia de igualdade, conforme dito, não comporta mais apenas a sua observação na dimensão formal. Há uma clara exigência de que a ideia da igualdade tenha também o atendimento à sua dimensão material. Ou seja, que alcance as desigualdades materiais existentes no interior da sociedade e busque mecanismos de combate e superação das mazelas sociais e econômicas produzidas e aprofundadas exatamente pela ausência da preocupação com o atendimento à igualdade material.

Isso significa que o jargão de que “todos devem ser tratados de forma igual” fica restrito a uma interpretação equivocada do princípio da igualdade. Interpretação essa que mantém o princípio da igualdade confinado apenas na sua dimensão formal. Visando à superação desse equívoco, o princípio da igualdade, na sua dimensão também material, precisa ser compreendido e interpretado no sentido da exigência de um tratamento não mais apenas de

⁶⁶⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 157.

⁶⁶⁶ Preâmbulo da CF/1988. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁶⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 87.

forma igual, mas, sim, exatamente de formas desiguais, na proporção das desigualdades reais e materiais existentes na vida prática.

A desigualdade de tratamento deve visar à redução das desigualdades materiais e não o seu aprofundamento, como quer a igualdade meramente formal. Essa é exatamente a função que o Estado deve atender, a partir das novas exigências contidas no pacto constitucional que se compromete com um Estado Democrático e de Direito. Não se pode olvidar que se está a tratar do princípio da igualdade presente no texto de uma Constituição contemporânea dirigente e comprometida com a construção e manutenção de um Estado Democrático e de Direito. A autêntica interpretação da igualdade, portanto, não prescinde de seu compromisso com o resgate da dívida social existente, com a diminuição das desigualdades e com a erradicação das mazelas que ainda permitem a existência de seres humanos que tenham que sobreviver sem as condições necessárias e suficientes para que suas vidas sejam vividas com dignidade.

Diante dessa realidade e da necessidade de interpretações autênticas e compromissadas, surgem questões como: o que se está a tratar quando se fala de igualdade; como deve ser compreendida e interpretada a igualdade a partir do texto constitucional; como devem ser superados os conflitos do princípio da igualdade com outros, principalmente com a liberdade; qual deve ser, portanto, a melhor concepção de igualdade para que essas questões possam ser adequadamente enfrentadas.

Conforme se viu, a análise da igualdade em Dworkin inicia com uma exposição de dois princípios soberanos que, sem o atendimento desses, nenhum governo é legítimo, quais sejam, a demonstração de igual consideração pelo destino de todas as pessoas que estão sob o domínio do Estado; o pleno respeito; a responsabilidade e o direito de toda pessoa decidir como fazer de sua vida algo valioso. Na relação do Estado com os cidadãos, portanto, devem estar presentes esses dois princípios soberanos: a igual consideração que deve dedicar a todos; e a igual liberdade de cada um cuidar de si mesmo na forma que melhor entender.⁶⁶⁸

⁶⁶⁸ Para se estabelecer as relações humanas e sociais que fundamentam a democracia como autogoverno, partiu-se dos dois princípios éticos, que representam uma concepção de dignidade humana, quais sejam: o respeito por si mesmo, levando sua própria vida a sério, entendendo ser importante que ela tenha uma execução bem-sucedida e não seja apenas uma oportunidade perdida; e a autenticidade, isto é, a responsabilidade pessoal de identificar seus próprios critérios para o sucesso de sua vida. Na esteira desse entendimento, para se alcançar a integração entre a ética e a moral, os dois princípios da dignidade humana tem sua compreensão ampliada a uma postura moral, exigindo assim, que se trate a todas as vidas humanas com igual consideração e importância; e que todos tenham o direito de agir (autenticamente) da forma que entendam seja o melhor para as suas próprias vidas. É nesse sentido que para Dworkin nenhum governo é legítimo sem que demonstre igual consideração a todos os cidadãos e, pleno respeito a que toda pessoa possa decidir como tornar sua vida mais valiosa possível. Em se estendendo um fio condutor a essa análise dworkiana é possível se alcançar a ontologia do Ser de Heidegger. Partindo da ideia do *Dasein* (ser-ai), Heidegger diz que o *Dasein*, na medida em que ele está jogado no mundo, sendo portanto, um ser-no-mundo, tem o privilégio de se compreender e se compreendendo, compreender o mundo no qual está jogado, ou seja, os outros entes intramundanos. Nesse

A relação entre Estado e cidadãos, feita por Dworkin, tem por cenário uma sociedade liberal e de economia de mercado, portanto, capitalista. Esse cenário, em que se compra e se vende tanto produtos, como a força de trabalho de cada um, conforme a sua vontade ou o seu poder, é um cenário em que não existe uma preocupação com a igual consideração por todos. As *leis* e os mecanismos desse sistema levam ao enriquecimento de alguns e o empobrecimento de outros. Aqueles que se virem empobrecidos podem questionar sobre a existência de outros conjuntos de leis, mais reguladoras e redistributivas, que, de fato, demonstrem igual consideração por todos e lhes deixem em melhor situação.

Em resposta a esse possível questionamento Dworkin afirma que:

Dizer que as pessoas deve assumir a responsabilidade pelo próprio destino não é resposta. As pessoas não são responsáveis por boa parte dos fatores que determinam sua posição numa economia. Não são responsáveis por sua bagagem genética nem por seus talentos inatos; tampouco não responsáveis pela sorte ou pelo azar que têm ao longo de sua vida. Não há nada no segundo princípio, o da responsabilidade pessoal, que autorize o Estado a adotar tal postura⁶⁶⁹.

Em sua análise sobre o princípio da igualdade aplicada nos direitos que o cidadão busca frente ao Estado, Dworkin recorre ao conceito de equidade para demonstrar que a igualdade posta em prática precisa atender de forma desigual questões e necessidades desiguais, ou seja, de forma equânime, e não simplesmente numa ótica de igualdade numérica. Assim, a busca pela igualdade precisa ser efetivamente substancial e não meramente formal. Nesse sentido deve ser interpretado o princípio da igualdade presente na Constituição brasileira, que determina tratamento jurídico desigual para situações desiguais, buscando como resultado a igualdade substancial, consubstanciada na redução das desigualdades sociais.

estar jogado, o *Dasein* pode viver inautenticamente, sendo encoberto pelo cotidiano comum; ou levar uma vida autêntica, procurando transcender ao cotidiano, na busca do desvelamento e desenvolvimento do seu autêntico Ser. Essa busca pela vida autêntica do *Dasein*, encontra-se intimamente relacionada ao princípio da dignidade humana de Dworkin, que determina que se viva de forma a tornar a sua vida a melhor possível, portanto, levando a vida a sério. Por outro lado, estando jogado no mundo, o *Dasein* está cercado por outros entes no mundo, sendo, portanto, um ser-com-outros. Nesse com-os-outros, numa igual consideração, vive de forma autêntica e permite que os outros também possam viver de forma autêntica as suas próprias vidas. Sendo, portanto, um ser-no-mundo e um ser-com os outros, o *Dasein* também cuida de outrem, assim, como o Estado para ser legítimo deve cuidar a todos com igual consideração. A relação do ser-com os outros proporciona a compreensão do *Dasein* e dos outros entes, por meio do círculo hermenêutico que necessariamente provoca um circuito de interação vivencial, própria da democracia vivenciada e protegida por um Estado que se quer legítimo. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008; DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

⁶⁶⁹ Ibid., p. 5.

Assim, aquela *nova* Constituição, que constituiu o novo, precisa ser vista e interpretada com os olhos do novo, do novo que verdadeiramente busca a diminuição das desigualdades e o alcance de uma vida mais digna para todos. Nesse sentido:

Esse novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal, rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e de suporte da Constituição, como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais da vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais⁶⁷⁰.

É por isso que o princípio da igualdade deve ser visto e compreendido como um princípio que carrega em sua melhor concepção uma responsabilidade social pela sua concretização. O princípio tem em sua carga valorativa, tanto em sua interpretação abstrata, quanto em sua aplicação prática, uma verdadeira função social.

A inserção do princípio da igualdade, no constitucionalismo contemporâneo – e principalmente em constituições que reconhecem em seu texto a existência de uma dívida social a ser resgatada –, é o reconhecimento da necessária concretização do Estado Social. A invocação desse princípio justifica a prática de tratamentos desiguais em favor dos desigualmente desfavorecidos, ou seja, daqueles que mais necessitam do Estado para a busca de uma vida que possa ser vivida com dignidade. Objetiva, portanto, a redução das disparidades econômicas em favor de uma maior igualdade concreta.

Basta lembrar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito⁶⁷¹, e o princípio da igualdade está a ela diretamente relacionado, porque indispensável para a sua concretização. O lado inverso, portanto, a desigualdade afronta a dignidade da pessoa humana e com isso deslegitima o próprio Estado e o Direito. Nesse aspecto Häberle afirma que:

A dignidade humana apresenta-se, de tal sorte, como ‘valor jurídico mais elevado’ dentro do ordenamento constitucional, figurando como ‘valor jurídico supremo’. O caráter pré-positivo da dignidade humana é, neste sentido, implicitamente evocado. Característica é também a formulação da dignidade humana como ‘fim supremo de

⁶⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado/Doutorado**. São Leopoldo: Unisinos – Centro de Ciências Jurídicas, 2000. p. 112.

⁶⁷¹ Art. 1.º, III, da CF. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

todo direito' ou como 'determinação de inviolabilidade da dignidade humana', que está na base de todos os direitos fundamentais⁶⁷².

A dignidade da pessoa humana, como cláusula de proteção constitucional, se caracteriza, por um lado, num direito subjetivo do cidadão, frente ao Estado e ao conjunto da sociedade. Por outro, também se revela como uma obrigação estatal a alcançar aos desfavorecidos social e economicamente as condições necessárias para o alcance da dignidade humana. E é nesse aspecto que o princípio da igualdade tem caráter impositivo, determinando o tratamento desigual, na proporção de que a igualdade seja fator de afronta à dignidade humana.

É necessário ficar claro, porém, que, quando se fala em tratamento desigual para os desiguais, não se está repetindo a visão de que a desigualdade de tratamento terá como resultado a manutenção da desigualdade anterior. A igualdade, nesse sentido, precisa ser entendida, portanto, não como um instituto mantenedor do *status quo*, mas, sim, instrumento de rompimento, de transformação e de diminuição das desigualdades.

Pode-se dizer que o tratamento desigual para pessoas em situações desiguais deve ser na inversa proporção dessa mesma desigualdade. Ou, em outras palavras, aqueles que têm maiores necessidades precisam que o Estado lhes atenda de forma desigual e, portanto, com maior atenção do que aquelas pessoas cujas necessidades de atenção por parte do Estado são menores, devido a sua condição econômica e social, melhor do que a das primeiras.

Não tem outro sentido o fato do próprio constitucionalismo contemporâneo ter instituído, inclusive, tratamento desigual, na busca de uma vida mais digna para os destinatários desse direito. É o caso de constituições de países que reconheceram sua histórica dívida social frente a uma grande camada da população, cujas promessas da modernidade sequer lhes alcançaram, como é o caso do Brasil. Na linha do que a doutrina comumente identifica como *discriminação positiva* ou, conforme se prefere nesse trabalho, *desigualdade positiva*.

De forma comumente abordada, a igualdade é ausência de tratamento diferenciado que venha a privilegiar alguém em detrimento de outros. Esse tratamento privilegiado é criticado, porque, em regra, ele desequilibra ainda mais a balança da igualdade e, com isso, aprofunda-se o fosso da desigualdade existente. Por outro lado, pode haver um tratamento diferenciado na direção oposta, ou seja, não no sentido de aprofundar as desigualdades existentes, mas, sim, de diminuí-las. São as chamadas ações afirmativas ou a adoção de estratégias que produzam desigualdades, visando à produção de uma maior justiça social.

⁶⁷² HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 99.

Dworkin, quando analisou a distinção entre o que denominou de igualdade de influência e igualdade de impacto nos processos democráticos, afirmou que:

Se a legitimidade de um arranjo político pode ser promovida por um arranjo constitucional que crie alguma desigualdade de impacto, mas não leve a mácula nem corra o risco da indignidade, seria uma perversidade excluir tais medidas. [...] o arranjo constitucional que cria a diferença de impacto deve, com toda plausibilidade, aperfeiçoar a legitimidade da comunidade⁶⁷³.

Portanto, a democracia admite formas de desigualdades que são positivas. Como exemplo delas tem-se, portanto, as chamadas ações afirmativas. As políticas de ações afirmativas se utilizam de um paradoxo construtivo, ao se utilizarem de parâmetros e ações de forma desigual, visando a construir uma futura igualdade. Essas ações afirmativas geralmente são utilizadas para a proteção de minorias ou de grupos (que mesmo não se constituindo em minorias são) discriminados por motivos de sexo, gênero, raça, idade, portadoras de qualquer tipo de deficiência, tratamentos especialmente protetivos para grupos claramente vulneráveis etc.

O Brasil adotou essa estratégia em várias áreas, como, por exemplo, a proteção especial à mulher no mercado de trabalho, a reserva de cotas mínimas para as mulheres nos processos eleitorais, a reserva de vagas no mercado de trabalho para pessoas portadoras de deficiência física, a adoção de cotas para alunos afrodescendentes ou pobres em universidades públicas, entre outras ações do Estado. Como se vê, tais medidas vão bem além da mera busca da igualdade, prescrevendo tratamento desigual, quando considerado que tais desigualdades têm a potencialidade de, no futuro, diminuir as atuais desigualdades, podendo, então, se celebrar uma igualdade minimamente necessária para o resgate da dignidade para todo o conjunto social, e não apenas para uma minoria privilegiada em detrimento dos demais.

Assim, o princípio da igualdade não é um argumento descritivo de uma situação fática formalmente existente, mas uma prescrição impositiva; um objetivo a ser perseguido visando à concretização dessa igualdade e o alcance ao conjunto dos membros da sociedade uma vida humana digna. A proteção da dignidade humana como dever fundamental do Estado “[...] constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui uma norma fundamental do Estado, porém, é mais do que isso: ela fundamenta

⁶⁷³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 599-600.

também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída”⁶⁷⁴. Assim, conforme já dito, ela prescreve algo que, quando não existe, deve ser buscado.

Portanto, é nesse sentido que a Constituição faz uma clara opção por uma nova concepção de Estado. E nessa nova concepção o princípio da igualdade é imperativo para que esse objetivo, como um dos objetivos fundamentais da República, seja efetivamente alcançado, construindo verdadeiramente um Estado Democrático e de Direito – que garanta e respeite os direitos fundamentais e os direitos sociais.

5.3 O DIREITO À SAÚDE ATENDENDO OS PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE E DA IGUALDADE A PARTIR DE DWORKIN – um modelo para se pensar um Estado democrático, igualitário e Constitucionalmente eficiente

Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma o seu domínio e aos quais reivindica fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania.
Ronald Dworkin - A Virtude Soberana⁶⁷⁵

O princípio da igualdade, conforme visto até aqui, não pode ser entendido como um mero elemento formal inserido no texto constitucional, como se fosse um ornamento estético. Deve ser compreendido no seu sentido substancial, inserido na Constituição como resultado do pacto social formado pelo conjunto da sociedade e como condição para que se possa viver de forma harmônica, solidária e justa. Por isso, o princípio da igualdade, assim como os demais princípios jurídicos, são o resultado de uma construção ética e moral.

Na linha da árvore genealógica constitutiva do Direito formulada por Dworkin – demonstrando a sua originariedade como um ramo da moral –, pode-se citar Streck, que afirma:

[...] direito e moral possuem esse ‘ponto de estofo’ (para usar uma expressão de Lacan) – que pode ser chamado de ‘cooriginariedade’, ‘complementariedade’ ou ‘razão hermenêutica-estruturante-que-impede-a-cisão-entre-o-direito-e-a-moral’ – porque o direito no Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não (mais) ‘sobrevive’ como ‘território da convencionalidade jurídica’ sem compromisso com a facticidade e a historicidade. A moral não é (mais) uma instância paramétrico-corretiva, pela simples razão de que a fundamentação moral já está nesse ‘ponto de estofo’ referida ‘ao direito gerado democraticamente’ e juridicamente institucionalizado. Expulsa pelo

⁶⁷⁴ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 128.

⁶⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

positivismo, ela retorna – agora como uma necessidade –, não mais como corretiva/autônoma, e, sim, traduzindo as insuficiências do direito que o positivismo pretendia que fossem dar ‘conta do mundo’ a partir do ‘mundo das regras’. Efetivamente, é por ela que o direito se abre ao déficit social representado pelo superado modelo liberal-individualista do direito⁶⁷⁶.

Assim, no processo hermenêutico do constitucionalismo no Estado Democrático de Direito, os princípios têm papel fundamental a cumprir. Esse papel se justifica exatamente pelo fato dos princípios expressarem as condições sociais e as demandas que precisam ser atendidas para a transformação dessas mesmas condições, buscando o atendimento e o cumprimento dos objetivos institucionalizados no pacto constitucional, a partir das compreensões morais coletivamente juridicizadas.

Nesse mesmo sentido, Barretto também afirma que:

O Estado Democrático de Direito, do ponto de vista jurídico-constitucional, expressa, assim, uma ideia moral de organização do poder político, antes de ser uma ordenação dos poderes do Estado e de definição de direitos e garantias individuais e coletivas. É, portanto, consequência, e não fonte, de uma determinada concepção de homem e da sociedade, do homem considerado como ente moral, dotado de direitos anteriores à própria organização estatal⁶⁷⁷.

Assim, a incorporação pelo Direito de um conteúdo moral, forjado no interior da sociedade, como um ser coletivo, lhe dá o caráter de indutor e transformador dessa mesma sociedade, visando ao atingimento dos objetivos também institucionalizados. Entre esses objetivos institucionalizados, como dever do Estado e direito do cidadão, está o direito à saúde, de forma ampla, igualitária e universal.

O atendimento aos direitos sociais é uma questão de dignidade humana. Nesse aspecto, o princípio da igualdade está umbilicalmente relacionado ao da dignidade humana. O princípio da igualdade afasta a possibilidade do entendimento de que a vida, a liberdade, a felicidade, entre outros bens de determinada pessoa, possam ser considerados intrinsecamente superiores ou inferiores em relação a outro indivíduo; já o princípio da dignidade prescreve que a dignidade, em si, é intrínseca à própria condição humana.

Não há sequer a condição humana quando a dignidade está ausente. A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, “constitui valor-guia não apenas dos direitos

⁶⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229.

⁶⁷⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: LACOMBE, Margarida (Org.). **1988, 1998**: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 391.

fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”⁶⁷⁸.

O princípio da igualdade, conjugado com a exigência da universalidade, exige que os direitos fundamentais, que levam ao atendimento ao princípio da dignidade humana, sejam estendidos a todas as pessoas. Para Sartlet, os direitos fundamentais são constituintes da dignidade humana:

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou pelo menos, alguma projeção da dignidade humana. [...] Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático, é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e projeção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade⁶⁷⁹.

E, negando a dignidade (como num círculo vicioso), refuta-se a condição intrínseca de pessoa humana. Portanto, se estaria admitindo a sua condição de inferioridade humana em relação aos demais, afrontando, assim, também o princípio da igualdade. A correlação desses dois princípios, portanto, o da igualdade com o da dignidade da pessoa humana, leva à imperativa necessidade do atendimento aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados, entre eles o direito à saúde.

5.3.1 O Custo do Direito à Saúde e o seu Financiamento em Dworkin

Na Constituição brasileira, o princípio da universalidade (de acesso) vem acompanhado ao princípio da igualdade⁶⁸⁰, que impõe que a universalidade de acesso deve também

⁶⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 115.

⁶⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 84-85.

⁶⁸⁰ A utilização desses dois princípios pode sugerir uma dupla redundância retórica, ao se reforçar em um princípio o conteúdo que já pode ser entendido como presente em outro. O princípio da igualdade, quando se refere aos membros de determinada sociedade, traz presente em sua compreensão a universalidade, ou seja, se todos são iguais, esse *todos* não pode ser entendido de forma que não seja universal. Da mesma forma, quando o acesso a determinado direito deve ser universal, e essa universalidade é exigida em uma Constituição que tem como um de seus fundamentos o princípio da igualdade, a explicitação desse princípio junto ao da universalidade pode parecer redundância retórica desnecessária. Porém, como nenhum texto é desprovido de algum sentido, a interpretação dessa redundância textual deve ser entendida como um reforço comprometedor, que pretende deixar muito claro ao Estado que o acesso ao direito à saúde, seja ele de forma genérica (abstrata) ou concreta (específica), não pode prescindir de atender aos princípios que justapostos poderiam ser conjugados como um princípio da *universalidade igualitária*. Ou seja, todos e de forma igual.

proporcionar uma igual atenção e condições de tratamento. Portanto, a instituição de determinado direito de matriz constitucional precisa ser compreendida e interpretada como um direito que necessita ser alcançado a todos os que se encontram na mesma situação. Assim, o atendimento a determinado direito não pode produzir nenhuma condição de prejuízo ou privilégio a quem quer que seja.

Quanto à extensão dos direitos à saúde⁶⁸¹, esses dois princípios constitucionais são fundamentais para a sua definição (a definição de sua extensão). Os princípios da igualdade e da universalidade estão necessária e intrinsecamente relacionados quando se trata da definição de algum direito ou quanto à extensão em que ele deve ser entendido.

É necessário compreender que determinada pretensão de direito somente se torna direito subjetivo se atender a pelo menos dois critérios essenciais: primeiro se o pretense direito puder ser universalizado de forma igualitária a todos os que se encontram ou que venham a se encontrar na mesma situação; segundo, se o custo para o atendimento desse direito não vier a prejudicar o de outros direitos já anteriormente reconhecidos e universalizados. Caso esses dois critérios não puderem ser satisfeitos de forma positiva, não se está tratando de um direito, mas apenas de uma pretensão subjetiva que não poderá ser concretizada, pois, se não for universalizável de forma igualitária, não é um direito, mas um privilégio, considerando a situação posta.

A questão envolvendo o direito à saúde – como um direito do cidadão e dever do Estado – e seu custo tem uma complexidade adicional se for considerado que grande parte do custo desse direito é composto a partir de uma ótica de mercado. Ou seja, embora, em regra, todo o custo dos serviços e bens públicos tenha por referência os valores praticados no mercado, os serviços de saúde devem ser aqueles em que esse fator tem maior incidência no seu resultado final. Assim, embora a sua natureza pública, os serviços que atendem ao direito à saúde têm seu custo, em grande parte, formado a partir das relações de mercado, como se fosse uma simples mercadoria à disposição de quem quer (e pode) adquiri-la⁶⁸².

⁶⁸¹ Constituição Federal, Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso *universal e igualitário* às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁶⁸² E por que isso se forjou dessa forma? Por dois motivos: primeiro, a partir de uma produção cultural em que os serviços de saúde são concebidos a partir de uma ótica *medicinocêntrica*, ou seja, são centrados na figura do médico e, mais, do médico curativo, afastando, assim, uma política de saúde preventiva; segundo, a política de formação de médicos, incluindo a própria criação e existência de cursos, sempre teve por preocupação o próprio controle do número de profissionais formados, com o objetivo de manter a possibilidade da prestação dos serviços aquém da demanda, podendo, com isso, numa ótica essencialmente de mercado, auferir dividendos vantajosos considerando a relação oferta/procura ou, mais precisamente, procura/oferta. O resultado disso é que os profissionais da área médica são os mais bem remunerados do país em se tratando de serviços públicos.

Toda a discussão relativa aos atendimentos das demandas constitucionais, principalmente em países que possuem uma grande concentração de renda e desigualdade social, tem como principal elemento o custo e o financiamento dessas demandas. O direito à saúde, como pertencente ao rol dos direitos fundamentais sociais, considerando seu necessário atendimento em caráter universal, é um privilegiado exemplo desse problema. Desse modo, é uma questão a ser enfrentada.

Há quem entenda que a dívida social existente em países como o Brasil é algo praticamente insuperável e imutável e, por isso mesmo, uma situação consolidada. Por outro lado, em termos de produção jurídica e mecanismos formais, o Brasil tem se mostrado ultimamente na vanguarda. Exemplo disso é a própria Constituição, que institui normativamente um Estado Democrático de Direito, reconhecendo e se comprometendo a atender um extenso rol de direitos sociais coletivos e individuais.

Esses direitos fundamentais reconhecidos são direitos prestacionais. Eles dependem da ação concreta do Estado para sua efetivação; dependem de uma conduta estatal positiva para a sua implementação fática. Portanto, diante da realidade socioeconômica vivida por grande parte da população em países como o Brasil, e, diante dos compromissos constitucionalmente pactuados e assumidos, não resta dúvidas de que o principal agente da ação política social deve ser o próprio Estado.

A Constituição brasileira assumiu uma responsabilidade social e dirigente, o que a torna politicamente propulsora de seu próprio conteúdo. Da mesma forma, o Estado assume uma função intervencionista e protagonista pela busca da plena efetivação desse constitucionalismo comprometido com a superação das mazelas sociais e com o devido resgate da dignidade da pessoa humana. Nessa ótica, também é necessário a superação do discurso da constituição utópica, tornando realidade o seu conteúdo compromissado. Nesse sentido, conforme Pinto:

[...] a quem disser que a Constituição assim cai na utopia sempre se poderá replicar com P. Lucas Verdú que ‘todas as realidades de hoje foram utopias de ontem.’ A ‘Constituição justa’ pode ser utópica, mas, como muito bem observa Mugerza, quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser. Por nosso lado, não hesitaremos em subscrever a ‘profecia’ de Macpherson: ‘Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana’⁶⁸³.

⁶⁸³ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed. 1994.

Assim, há um pacto que precisa deixar de ser tratado como uma quimera utópica e ser cumprido. O não cumprimento da Constituição gera a sua própria deslegitimidade, colocando em risco não apenas o Estado, frente ao desatendimento de sua função, mas o próprio pacto social e os pilares que firmaram e mantêm a civilização.

O correto atendimento ao direito à saúde é uma das exigências primordiais quando se analisa a efetividade dos direitos fundamentais. Porém, na prática, o atendimento ao direito à saúde encontra forte resistência, principalmente pela falta de recursos financeiros e orçamentários para seu custeio integral e irrestrito, o que torna reduzida a efetividade constitucional. Conjugada com a falta de recursos, o que faz a situação mais grave ainda, está a ausência de iniciativas do Estado na busca da solução desse problema.

Na mesma linha da escassez de recursos, tem-se um ilimitado incremento de novas tecnologias que possibilitam a produção de novos medicamentos, produtos hospitalares, próteses etc. Essa realidade, paradoxalmente, embora prometa soluções nunca vistas na área da saúde, também comprometem sempre mais recursos públicos, elitizando o atendimento de algumas das demandas mais complexas em detrimento da universalidade de atendimento daquelas questões de saúde que parecem elementares.

Especificamente em relação a essas inovações⁶⁸⁴, em contraste com a escassez de recursos públicos para a saúde, inúmeras interrogações, dúvidas, incertezas sempre estão presentes. Questões que interrogam sobre os limites dos avanços tecnológicos atuais e futuros; sobre os perigos e riscos suportáveis pela vida biológica, que poderão ser provocados pelas novas tecnologias; sobre os limites éticos para as investigações e avanços; sobre as consequências colaterais dessa evolução ilimitada; sobre a regulação dessas novas tecnologias, para além dos limites da normatização tradicional; sobre os limites da disponibilidade para uso e consumo desses produtos; sobre como deve ser controlada a utilização desses produtos antes de maiores certeza em relação aos seus efeitos não pretendidos ou esperados para o futuro; sobre quem deve ter efetivo controle em relação ao custo econômico e biológico com pesquisas e testes dos novos produtos; sobre quem e como deve ser responsabilizado por eventuais efeitos colaterais

⁶⁸⁴ Um exemplo do avanço das inovações tecnológicas na área da saúde é o caso da nanomedicina, proporcionadas pela nanotecnologia. Segundo Engelmann, um *nano* é uma medida que equivale à bilionésima parte de um metro, ou seja, um metro dividido em um bilhão de vezes. Já o termo *nanotecnologias* representa as várias técnicas ou mesmo setores que se utilizam da escala nanométrica para a produção de bens com características diferentes daquelas existentes em tamanhos maiores. Tais medidas possibilitam chegar à própria estrutura da matéria; suas moléculas e átomos. ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à jurisdicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 321-323.

negativos que produtos e serviços com essas novas tecnologias, produzirão no futuro; sobre qual é a proporção da responsabilidade das empresas, do Estado, da sociedade, da academia etc., em relação a esses eventuais efeitos negativos incalculáveis e imprevisíveis no futuro; entre outras questões.

Todas essas preocupações têm sentido, porque uma das importantes áreas da tecnologia, a nanotecnologia:

[...] engloba as tecnologia da informação (bits), a manipulação de átomos, a neurociência e a biotecnologia, portanto, a nanotecnologia encontra-se em processo de convergência. Conforme estimativa realizada pela revista National Science Foundation, num lapso temporal compreendido entre 10 (dez) e 20 (vinte) anos, significativa parte da produção industrial relativa à saúde e meio ambiente será alterada por essa nova tecnologia⁶⁸⁵.

As dúvidas, portanto, conforme se vê, não são poucas e tem sentido de ser. E, mais, todas essas questões têm implicações de ordem financeira e econômica frente ao Estado. Mesmo sem se adentrar na análise de números que são investidos no Brasil e em outros países em pesquisas, produção e aquisição de dispositivos médicos e farmacêuticos produzidos a partir da utilização de nanotecnologias, o certo é que, quanto maiores os investimentos, maiores as possibilidades de novas tecnologias e novos produtos. Proporcionalmente, maior também a demanda desses produtos junto à população. Isso gera gastos diretos e indiretos para o Estado.

Conforme já analisado, os recursos do Estado são limitados, além de apresentarem sérios problemas na sua arrecadação. Assim, há a necessidade de se implementar formas e mecanismos que estabeleçam limites desses gastos, caso contrário, os distúrbios provocados pela ausência de controle e limitações podem levar à falência do próprio sistema.

A (r)evolução que se testemunha acontecer é o resultado, sempre parcial, da constante e gradual evolução do conhecimento tecnocientífico. Portanto, um caminhar, uma construção histórica do conhecimento humano feita por muitas mãos e cérebros, muitas vezes com opções e objetivos convergentes, porém, também divergentes. Quando as divergências se apresentam de forma insuperável, é necessário que a própria humanidade saiba contornar tais divergências, para que o caminho evolutivo seja no sentido de um bem maior para a humanidade, o planeta e a vida em geral, para as presentes e as futuras gerações. É por isso que com Gadamer é necessário dizer que: “Ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver para além do que

⁶⁸⁵ ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi. **Nanotecnologias e o in dúbio pro ambiente**: um olhar ambiental sobre os riscos do emprego de materiais com escala nanométrica. [S.l.], 2010. Disponível em: www.planetaverde.org/teses/Andre%20Flores%20e%20Wilson.pdf. Acesso em: 18 jul. 2014.

está próximo e muito próximo, não para abstrair dele mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos⁶⁸⁶.

5.3.1.1 O Ativismo Judicial como Obstáculo ao Atendimento Igualitário e Universal do Direito à Saúde

A judicialização da saúde – como uma espécie do gênero da judicialização da política, ou seja, de levar ao Judiciário demandas que dizem respeito ou que deveriam ser resolvidas na seara do debate político-democrático – tem se tornado rotina na vida brasileira. Essa prática (que tanto é induzida, como indutora) caracteriza-se como verdadeiro ativismo judicial⁶⁸⁷ e tem permitido (e fomentado) que pessoas individualmente busquem (e na maior parte das vezes têm conseguido lograr êxito) no Judiciário o que entendem ser um direito subjetivo individual seu.

Malgrado a limitação de recursos públicos ser uma questão notória e amplamente conhecida, o Poder Judiciário tem determinado: a aquisição e o custeio de medicamentos; o fornecimento de órteses e próteses; internações hospitalares compulsórias; cirurgias de alto custo (muitas vezes realizadas no exterior) etc. Isso vem ocorrendo por parte do Estado de forma ilimitada, entendendo ser esse sempre um direito subjetivo do cidadão. Com isso, desconsidera o alto custo imposto ao conjunto da sociedade, não apenas em relação às questões econômicas que envolvem os casos específicos, mas o conseqüente não atendimento de inúmeros programas de políticas públicas gerais à população. Com alguns exemplos⁶⁸⁸, a questão fica ainda mais clara.

A formação do custo dos medicamentos leva em consideração uma série de fatores. Entre eles, estão os gastos havidos com pesquisas dos novos medicamentos; a capacidade de produção e a demanda que tais medicamentos terão; o tempo necessário para a recuperação dos valores investidos e a recompensa lucrativa; a capacidade de inserção desses novos medicamentos nos

⁶⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flavio Paulo Maurer; revisão de tradução de Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011. p. 403, § 310.

⁶⁸⁷ É necessário a correta compreensão da distinção entre o que se denomina de judicialização da política (e aqui, do direito à saúde) do chamado ativismo judicial. A judicialização da política é o natural resultado da falta de concretização dos ditames constitucionais; mais precisamente daqueles que asseguram os direitos fundamentais, fazendo com que o cidadão busque no Judiciário aquilo que os outros poderes não lhe alcançam por flagrante descumprimento constitucional. Já o ativismo judicial caracteriza uma postura voluntarista e arbitrária do Poder Judiciário, resultado do exercício da discricionariedade, praticando uma ilegal intromissão desse poder em esferas que não lhe cabem, ou seja, que estão adstritas ao Poder Executivo ou Legislativo, mas não ao Judiciário. Para uma melhor compreensão desses conceitos e de suas distinções, ver: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁶⁸⁸ Com os exemplos aqui trazidos não se tem a pretensão de exaurir o assunto nem de apresentar os casos mais extremos, mas apenas o de demonstrar alguns fatos ocorridos.

mercados, considerando, inclusive a demanda provocada pelos próprios profissionais da saúde (principalmente os médicos) e a influência que eles terão no mercado consumidor (considerando, por óbvio o custo econômico dessa produção de demanda e consumo); os investimentos em publicidade dos novos produtos etc. Tudo isso, dentro de uma lógica de mercado, em que o cidadão é visto como um mero consumidor.

É por isso que medicamentos recém-lançados e tratamentos experimentais, além de serem de eficácia não comprovada – quando não duvidosa –, representam valores muito altos. Pois bem, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu, no final de 2014, uma liminar, determinando que o Estado fornecesse ao autor medicamentos para o tratamento de câncer, “na quantidade de vinte e um comprimidos ao mês, por tempo indeterminado”⁶⁸⁹. Ocorre que o valor desse medicamento, na sua quantidade mensal, variava entre R\$ 84 mil e R\$120 mil e era vendido somente no exterior. Na época, o Secretário de Saúde do Estado afirmou que “nunca um medicamento tão caro teve de ser custeado pelo governo por determinação da Justiça”⁶⁹⁰. O médico do autor prescreveu um remédio de última geração, “aprovado em fevereiro do ano passado pela Food and Drug Administration (FDA), agência que regula os medicamentos nos Estados Unidos”⁶⁹¹. Porém, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão responsável pela regulação e registro de medicamento passíveis de comercialização no território brasileiro, aquele medicamento não possuía registro.

Não são apenas os medicamentos (muitas vezes experimentais) que oneram sobremaneira os cofres do Estado brasileiro. A busca para assistência a doenças raras, cujo tratamento ainda não existe no Brasil, também são exemplos desses fatos. A Justiça Federal do Estado de São Paulo autorizou uma família a procurar tratamento no exterior às custas do erário da União. Para garantir o tratamento, a criança, autora da ação, representada por sua mãe, requereu ao Judiciário a determinação de que o custeio de sua internação no hospital *Jackson Memorial Medical*, em Miami, fosse suportado pelo Estado. A parte autora informou nos autos que precisava ser internada naquele hospital, já que fora diagnosticada como portadora da síndrome

⁶⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3ª Vara da Fazenda Estadual da Comarca de Belo Horizonte). Sentença. **Processo nº 2499334-08.2014.8.13.0024**. Autor: Luciano Roberto Salomão. Réu: Estado de Minas Gerais. Juíza de direito: Rosimere das Graças do Couto. Belo Horizonte, 02 de outubro de 2014. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?listaProcessos=14249933&comrCodigo=24&numero=1. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁶⁹⁰ MINAS GERAIS. Ministério Público; Superintendência de Comunicação Integrada. O preço da esperança. **Clipping**, [S.l.], ano 22, p. 10, 18 out. 2014. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:isY1KNKIRuoJ:https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFAA4815B4F10148EAF321D092D+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 de mar. 2018.

⁶⁹¹ Ibid.

de MMHIS (microcolon, mexabexiga e hipoperistalse intestinal), necessitando, portanto de transplante de órgãos que somente seria realizado naquele hospital.

Em que pese a alegação de que o tratamento somente poderia ser realizado no hospital norte-americano, a decisão judicial, após pesquisa na rede mundial de computadores, entendeu que “conforme informações do Hospital das Clínicas, [...] verifica-se que o transplante multivisceral já é realizado naquela instituição, com investimentos de R\$ 2,4 milhões e com a capacitação de profissionais no exterior [...]”⁶⁹². Com base nisso, em abril de 2014, a Justiça determinou que a autora fosse imediatamente internada naquele hospital em São Paulo, e este, não tendo condições para a realização da cirurgia necessária, indicasse um hospital no exterior que pudesse fazê-la.

Isso porque, conforme a decisão, “os direitos à vida e à saúde, constitucionalmente garantidos, não podem sucumbir ou sofrer qualquer ameaça, diante de eventual inércia dos órgãos de saúde”⁶⁹³. Em 14 de setembro de 2015, a autora faleceu devido a uma parada cardíaca, em Miami, nos Estados Unidos. Poucos dias após ter passado por um transplante de cinco órgãos⁶⁹⁴, a criança de pouco mais de um ano de idade teve que ser mantida internada por causa de um vírus adquirido após o transplante multivisceral⁶⁹⁵.

Após o caso da menina Sofia, relacionado ao transplante múltiplo de órgãos em hospital no exterior, com o Estado sendo condenado ao pagamento do tratamento, vários outros foram julgados e encaminhados de forma semelhante. Há casos que custaram aos cofres públicos valores muito superiores aos aqui citados. Assim, o aumento desses gastos pontuais com esse tipo de cirurgia tem sido exponenciais.

Outro caso, esse identificado na época como sendo o tratamento mais caro do mundo, também foi suportado pelos cofres públicos. Portador de uma rara anemia denominada de hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), o autor ingressou na Justiça para que o Estado pagasse o seu tratamento. O tratamento é à base do medicamento *Soliris (eculizumab)*, que não

⁶⁹² BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária de São Paulo (4ª Vara de Sorocaba/SP). Sentença. **Processo nº 0001778-95.2014.403.6110**. Autor: Sophia Gonçalves Lacerda. Réu: União Federal. Sorocaba, 04 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁶⁹³ Id. Justiça Federal. Seção Judiciária de São Paulo (4ª Vara de Sorocaba/SP). Sentença. **Processo nº 0001778-95.2014.403.6110**. Autor: Sophia Gonçalves Lacerda. Réu: União Federal. Sorocaba, 04 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁶⁹⁴ O caso, com ampla cobertura da mídia virou um drama de comoção nacional. Os próprios médicos não davam esperanças de que a autora pudesse sobreviver, chegando, ao fim, inclusive, a aconselharem aos pais o desligamento dos aparelhos que mantinham a criança viva. Conf. JR, Geraldo; LEVORATO, Ana Carolina. Bebê Sofia morre nos EUA após parada cardíaca. **G1**: Sorocaba e Jundiaí, 14 out. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/09/apos-parada-caraiaca-bebe-sofia-morre-nos-eua.html>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁶⁹⁵ Ibid.

cura a doença, mas melhora a qualidade de vida do paciente, sendo considerado o tratamento clínico mais dispendioso do mundo⁶⁹⁶. A própria extraordinariedade do valor do medicamento foi reconhecida pelo juiz que concedeu a medida pretendida naquela ação: “[...] convém dizer que o caso é muito peculiar, já que o impetrante é portador de doença extremamente rara, tanto que o medicamento que lhe foi prescrito é tido como órfão, isto é, não é fabricado em condições normais de mercado pelas empresas farmacêuticas por razões econômicas”⁶⁹⁷.

Mesmo assim, a despeito do valor e do fato de que o medicamento sequer estivesse registrado junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o Judiciário entendeu por direito do autor ter aquele medicamento às custas dos cofres do Estado:

Nesse contexto fático, a despeito do referido medicamento não ter registro na ANVISA, mas estar autorizado pelos órgãos sanitários dos EUA e da Europa para o tratamento da doença do impetrante, como a própria ANVISA informou, ele tem direito de recebê-lo, à luz do princípio da integralidade das ações e serviços de saúde, incluindo a assistência farmacêutica, nos termos do artigo 196 do CF e do artigo 6º inciso I d da Lei Federal 8080/90 (‘assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica’).⁶⁹⁸

Portanto, o direito subjetivo do autor e o dever objetivo do Estado em custear o tratamento se perfectibiliza, conforme a decisão, com o fato dele ter a doença e existir, em algum lugar do mundo, o remédio que pretensamente lhe seja indicado, não importando qualquer outro elemento, como o preço do medicamento, os necessários registros e regulações dos órgãos competentes, as condições orçamentárias e financeiras do Estado, eventuais prejuízos que tal concessão possa provocar a outras pessoas. Além de questões que envolvem o próprio ordenamento jurídico constitucional quanto à administração do Estado (entre eles, o seu próprio orçamento), frente aos ditames de independência administrativa dos poderes públicos etc.

⁶⁹⁶ Uma outra questão que não é objeto do presente trabalho, mas que deve merecer atenção, são as relações entre as partes envolvidas. Conforme reportagem da *Revista Época*, o médico “diz não ter vínculos com a fabricante do remédio, a americana Alexion. Mas é pago por ela para dar aulas sobre HPN. “A empresa junta um grupo de médicos e me paga para falar sobre a doença e o tratamento”, [...] o médico [...] indicou a Rafael a advogada [...]. Ela é remunerada pela Associação Brasileira de HPN, uma ONG de pacientes que recebe apoio financeiro da Alexion”. Continua a mesma reportagem: “Isso virou uma grande indústria. Alguns médicos recebem estímulos do fabricante (*viagens, benefícios*) para prescrever medicamentos de alto custo. As empresas financiam as ONGs de pacientes e a isso tudo se associam os advogados”, diz o secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Giovanni Guido Cerri”. SEGATTO, Cristiane. Caso extraordinário: o paciente de R\$ 800 mil. *Época*, Rio de Janeiro, 16 mar. 2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo). Sentença. **Processo nº 0034026-16.2010.8.26.0053**. Autor: Rafael Notarangeli Fávoro. Réu: Secretário Estadual da Saúde do Estado de São Paulo. Juiz de direito: Josué Vilela Pimentel. São Paulo, 06 de maio de 2011. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00028070000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_6e1638f6915b4097a635fd12edfd5600. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁶⁹⁸ Ibid.

Para se ter uma ideia dessa realidade, conforme informações divulgadas naquela época, o medicamento do qual o autor ganhou na Justiça o direito de se tratar, o *Soliris (eculizumab)*, não era vendido no Brasil. E, importado, cada frasco de 30 mililitros custava mais de R\$ 11 mil. “São R\$ 35 mil a cada 15 dias. Cerca de R\$ 70 mil por mês. Mais de R\$ 800 mil por ano [...] Em cinco anos, os gastos (apenas com o medicamento) ultrapassarão os R\$ 4 milhões.”⁶⁹⁹. Valores esses pagos pelo Sistema Único de Saúde, ou seja, pelo Estado brasileiro.

Assim, os valores investidos pelo Estado para *salvar* a vida de uma pessoa significa deixar de prestar o atendimento básico para muitas outras. Os recursos para o atendimento de todas as demandas judiciais saem do mesmo orçamento para o atendimento geral de toda a população, ou seja, do orçamento público. As demandas judiciais são uma forma desigual de aumentar os recursos para determinadas pessoas, em detrimento da grande maioria, que, com isso, tem diminuída a sua oportunidade do atendimento igualitário e universal na prestação das demandas de saúde.

Portanto, os exemplos reais demonstrados acima, conforme já dito, são meramente ilustrativos, porém, sintetizam a situação de como é tratada a questão do direito à saúde pelo Poder Judiciário brasileiro. Cirurgias a custos extraordinários no exterior; tratamentos com os medicamentos mais caros do mundo e sem regulação e registro nos órgãos de fiscalização e controle; ou até tratamentos que podem ser consideradas *verdadeiras aventuras* são custeados pelo Sistema Único de Saúde, por determinação judicial.

Cresce cada vez mais o número de pessoas que tem procurado a Justiça requerendo que seja determinado ao Estado o pagamento de tratamentos de saúde em países onde a legislação reguladora dessas atividades são muito mais flexíveis. Um exemplo típico desse fato é o chamado “turismo das células-tronco”⁷⁰⁰, que acontece em países como a Tailândia, Índia e outros. Esses tratamentos *turísticos* são totalmente experimentais, sem comprovação de resultados eficazes e sem estudos mais confiáveis sobre seus efeitos colaterais. Porém, mesmo assim, em muitos casos, eles são bancados pelos cofres públicos por determinações judiciais. Essa realidade, levada ao limite e sem controle, é uma real ameaça de que o próprio sistema pode entrar em colapso por falta de condições orçamentárias e econômicas para a sua manutenção e continuidade.

⁶⁹⁹ SEGATTO, Cristiane. Caso extraordinário: o paciente de R\$ 800 mil. *Época*, Rio de Janeiro, 16 mar. 2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁷⁰⁰ MELLO, Patricia Campos; ANDRADE, Débora Machado. Brasileiros acionam a justiça por tratamento na Tailândia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20 mar. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/03/1751966-brasileiros-acionam-a-justica-por-tratamento-na-tailandia.shtml>. Acesso em: 18 mar. 2018.

O Tribunal de Contas da União realizou uma auditoria operacional objetivando identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde. A partir do diagnóstico realizado, estudou a atuação do Ministério da Saúde, bem como de outros órgãos e entidades dos poderes instituídos, visando a mitigar os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde. A realidade encontrada é reveladora. O relatório final do TCU apresentou a seguinte informação:

[...] o fornecimento de medicamentos responde pelo maior número de ações propostas contra o Poder Público e pelo maior volume de gastos. Em relação à União, por exemplo, observou-se que:

[...] os gastos federais com a judicialização são crescentes e, no período de 2010 a 2015, mais de 53% deles concentraram-se em três medicamentos (Elapraxe, Naglazyme e Soliris) que não fazem parte da Rename; [...] de 2008 a 2015, os gastos do Ministério da Saúde no que diz respeito ao cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, isto é, tiveram um aumento de mais de 1.300%⁷⁰¹.

Portanto, conforme o relatório, 53% dos gastos resultantes de ações judiciais se concentram em apenas três medicamentos que sequer fazem parte da relação nacional dos medicamentos essenciais – Rename. Nesse mesmo sentido, os gastos, que foram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão entre os anos de 2008 a 2015, representam um aumento de mais de 1.300%, o que se mostra algo totalmente insustentável ao longo do tempo. Frisa-se que no Brasil as despesas com demandas de saúde são de responsabilidade conjunta de todos os entes dos três níveis da federação. Por isso, merece lembrar que esse volume orçamentário diz respeito apenas àqueles efetuados pela União. A realidade dos Estados da federação e dos municípios não é nada melhor, quando não mais preocupante do que o quadro acima exposto.

Não resta dúvida de que, embora a judicialização também aconteça em relação a medicamentos que deveriam ser fornecidos regularmente pelo sistema de saúde, a grande maioria dos casos trata de itens não incorporados ao sistema e, portanto, sem registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que, por si só, deveria ser suficiente para que tais demandas não fossem atendidas pelo Poder Judiciário, pois caracteriza clara afronta à divisão de competências de cada um dos Poderes, conforme preconizado pela Constituição Federal.

Essa realidade já se encontra em patamares que motivam o início de uma situação de alerta. Preocupado com isso, e com o rumo que o próprio Poder Judiciário estava dando à questão, o

⁷⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). Acórdão. **Processo nº 009.253/2015-7**. Órgão auditado: Ministério da Saúde. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 16 de agosto de 2017. p. 58. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:oWJU5Ef4krQJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultoPagina%3DS%26item%3D575330+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Conselho Nacional de Justiça instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde⁷⁰². Entre outras, as atribuições desse fórum são de: monitorar as ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde; propor medidas e normativas visando à otimização de rotinas processuais; propor medidas e normativas visando à prevenção de conflitos judiciais; estudar e propor outras medidas pertinentes.

Na Corte Constitucional, o assunto teve seu primeiro grande debate no pós-constitucionalização (1988), no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175⁷⁰³. Naquela STA, a União alegou a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública. O Supremo Tribunal Federal, entendendo não estarem presentes tais fatos, indeferiu o pedido do Estado, mantendo, portanto, a tutela antecipada para determinar ao erário público o pagamento de medicamentos de alto custo. Na oportunidade, em Agravo Regimental, a Corte entendeu que:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. [...] dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. [...] garantido mediante políticas sociais e econômicas: A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. [...] políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos: Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. [...] políticas que visem ao acesso universal e igualitário: O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde. [...] ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde: O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados⁷⁰⁴.

⁷⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução RE nº 107, de 06 de abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁷⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão: **Processo nº STA 175**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal 5º Região. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de abril de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁷⁰⁴ Ibid.

Está correta a interpretação quanto a ser o direito à saúde um direito de todos e um dever do Estado, que deve ser atendido de forma universal e igualitária, assim como também é adequada a compreensão de que, em muitos casos, mesmo havendo políticas públicas, elas não são executadas pelo poder público (o que justificaria o protagonismo do Judiciário). Contudo, é necessário analisar os limites e parâmetros de tais conclusões. É preciso reconhecer, por exemplo, que a inexecução das políticas públicas de saúde tem, em muitas oportunidades, como motivação a drenagem dos recursos públicos por meio de decisões judiciais que fragilizam os recursos econômicos para a implementação deste tipo de política. Como se viu acima, os valores que o Estado precisa dispor para o atendimento de decisões judiciais que determinam o pagamento de medicamentos e tratamentos – que muitas vezes se encontram ainda em caráter experimental e sem qualquer registro nos órgãos de vigilância – são de cifras que não podem ser ignoradas ou consideradas como irrisórias.

Streck, a muito convoca a comunidade jurídica, principalmente os doutrinadores, a produzirem o necessário constrangimento epistemológico⁷⁰⁵, como um mecanismo necessário de controle das manifestações arbitrárias, usadas como fundamentação, também, na prática do ativismo judicial. Como uma das formas de produzir esse constrangimento, elaborou três perguntas fundamentais que tornam possível a verificação se o ato judicial é ativista ou não.

A primeira pergunta questiona se efetivamente se trata de um direito fundamental e, portanto, exigível⁷⁰⁶. A segunda questiona se o direito alcançado por essa decisão, pode ser concedido a outras pessoas que se encontram em mesma condição, ou seja, se esse direito pode ser universalizável. E a terceira pergunta interroga se é legal-constitucional se transferir recursos públicos para o atendimento daquele direito, frente aos princípios da igualdade e da isonomia; ou, dito de outra forma, é legal e constitucionalmente exigível que se transfira recursos do conjunto da sociedade para o atendimento daquela demanda?

Streck destaca que se uma das três perguntas for respondida negativamente. Estar-se-á, com razoável grau de certeza, diante de uma atitude ativista⁷⁰⁷.

O enfrentamento dessas três perguntas fundamentais, são imprescindíveis para a verificação do caráter igualitário e universal, que jamais será atendido enquanto apenas algumas pessoas tiverem, junto ao Poder Judiciário, a determinação do atendimento de sua demanda específica e pessoal. Tais fatos, ao invés de colaborarem para o atendimento dos ditames

⁷⁰⁵ CONSTRANGIMENTO epistemológico. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 41 seq.

⁷⁰⁶ RESPOSTA adequada à constituição (resposta correta). In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 259.

⁷⁰⁷ Ibid., p. 259.

constitucionais, os fragilizam, pois alcançam a alguns o que todos não podem ter. Portanto, há a necessidade de que parâmetros sejam estudados, implementados e, o que é mais importante, respeitados por todos os poderes constituídos. É de se esperar, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal, em novas demandas futuras⁷⁰⁸, venha a aprofundar essa análise e, nos limites de seus poderes, respeitar a correta hermenêutica constitucional em relação a esse assunto.

A Lei Federal n. 8.080 de 1990 é conhecida por ser a lei orgânica do Sistema Único de Saúde. Essa lei, que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, e a organização e o funcionamento desses serviços, teve significativa alteração, por meio da Lei n. 12.401 de 2011, que passou a dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)⁷⁰⁹. Entre as alterações trazidas está a introdução do capítulo “*da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde*”.

A Lei também definiu que a assistência terapêutica integral no âmbito do Sistema Único de Saúde se dará em conformidade com os protocolos clínicos e com as diretrizes terapêuticas para as doenças. Ainda, estabeleceu o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. Portanto, embora tais diretrizes já existissem por meio de portarias e regulamentos, a regulamentação legislativa trouxe exigibilidade de respeito jurídico para esses assuntos.

Por outro lado, a mesma Lei definiu ainda que a *incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. Para os casos de doenças que ainda não tenham a definição de protocolos clínicos, a Lei estabeleceu*

⁷⁰⁸ Estão em tramitação na Corte Constitucional brasileira os *Recursos Extraordinários 566471 e 657718*, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Nesses processos, considerados de repercussão geral, é discutida a obrigação do Estado em fornecer medicamentos de alto custo não disponíveis na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), portanto, não incorporados ao Sistema Único de Saúde, ou não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Conf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Processo nº RE 566471**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília (em tramitação). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 mar. 2018.

⁷⁰⁹ Id. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.html. Acesso em: 20 mar. 2018.

que ela será realizada com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS e de forma suplementar com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais e pelos gestores municipais do SUS, no âmbito de sua competência. Ainda, apresentou vedação expressa que o SUS pague por medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos e cirúrgicos experimentais ou não autorizados ou não registrados pela ANVISA⁷¹⁰.

A formação do rol de medicamentos a serem fornecidos pelo SUS, por uma comissão nacional formada pelo Poder Executivo⁷¹¹, atende ao que Dworkin chama de argumentos de política, ou seja, a inclusão ou não de determinado medicamento ou tratamento de saúde no rol daqueles que devem ser atendidos pelo sistema público de saúde. Diz respeito a políticas de programas de Estado que visam – considerando os aspectos de oportunidade de conveniência em cada caso – aos melhores objetivos públicos coletivos. Diferente dos argumentos de princípios, que devem ser analisados pelo Poder Judiciário ao ser provocado na busca de eventual direito individual não atendido. Nesse sentido é imperativo o entendimento de que:

Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao *aplicar* a legislação tal como se encontra devem ser imunes de controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular⁷¹².

Portanto, não é de competência do juiz expandir o rol de medicamentos ou qualquer outro tratamento, para além do que foi decidido por quem está sob o controle popular. Essa é uma função que envolve decisões justificadas por argumentos de política, e não argumentos de princípios.

Nesse aspecto, embora muitas questões relacionadas à saúde e seu financiamento por meio do Estado ainda precisem ter suas análises aprofundadas pelos órgãos públicos envolvidos, com vista à melhor hermenêutica constitucional, outros casos, como o fornecimento de medicação, já tem uma clara definição legal sobre os critérios a serem seguidos. Porém, tais dispositivos são diariamente desrespeitados.

⁷¹⁰ Art. 19-T, inciso I e II. BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.html. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁷¹¹ A formação desse rol, portanto, nunca pode ser um ato estático e definitivo, mas sim, um constante movimento de circularidade, envolvendo sempre as análises que envolvem os casos concretos que eventualmente os reivindique, com potencial universalidade de necessidades. Circularidade essa, semelhante ao círculo hermenêutico que sempre precisa ir da parte ao todo e novamente do todo à parte, num constante e sempre atualizador movimento circular.

⁷¹² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

A positivação promovida pela Lei nº 12.401/11 deveria ser diretriz imperativa nos julgamentos das ações judiciais que visam ao atendimento do direito à saúde, porém, isso não vem acontecendo cotidianamente. A regra é o entendimento de que a eficácia plena e a aplicabilidade imediata do artigo 196 da CR/88 impede qualquer regulação limitadora. Esse entendimento é um grave equívoco, pois o fornecimento de toda e qualquer terapia ou medicamento a quem requerer, desimportando as previsões em protocolos clínicos ou as condições econômicas e financeiras do Estado, é algo irracional e impraticável sob todos os aspectos, podendo levar à inviabilidade econômica do sistema público de saúde.

Veja-se, novamente, a título exemplificativo, a conclusão a que chegou o Tribunal de Contas da União:

Verificou-se, também, que a situação é ainda mais grave nos estados. Da amostra examinada, percebeu-se que os estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina gastaram juntos, entre 2013 e 2014, mais do que a União. No total de despesas com judicialização, os medicamentos representaram mais de 80%, sendo que 19 medicamentos responderam por mais de 50% em São Paulo e Santa Catarina, entre eles, nove fármacos não incorporados ao SUS⁷¹³.

No Brasil⁷¹⁴, praticamente todos os entes da federação (tanto a União, Estados e Municípios) gastam a maior parte de seu orçamento destinado à aquisição de medicamentos em atendimento a decisões judiciais. Indubitavelmente, a situação já chegou a patamares insustentáveis. Esse é o resultado do chamado ativismo judicial, em que o Poder Judiciário passou a ser protagonista na destinação dos recursos públicos de saúde. Não há mais condições de se falar em programas ou políticas públicas de saúde, pois as políticas não conseguem ser implementadas, devido à ingerência do Judiciário, que aniquila com qualquer planejamento e orçamento público voltado para essa área.

⁷¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). Acórdão. **Processo nº 009.253/2015-7**. Órgão auditado: Ministério da Saúde. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 16 de agosto de 2017. p. 58. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:oWJU5Ef4krQJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultadaPagina%3DS%26item0%3D575330+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁷¹⁴ Essa realidade não se repete em outros países. Numa análise em relação ao medicamento Soliris, por exemplo, tem-se a seguinte situação: a Inglaterra o garante apenas aos pacientes que tenham recebido pelo menos quatro transfusões de sangue no último ano. Na Escócia, o Estado não paga esse medicamento. Alguns planos de saúde garantem esse remédio nos Estados Unidos, mas a maioria não. O sistema público de saúde (Medicare) disponibiliza apenas para maiores de 65 anos e em raras situações. No Canadá, que dispõe de um sistema público de saúde abrangente, apenas uma província (Quebec) garante o Soliris. Já no Chile e na Argentina, alguns doentes conseguem o remédio ao processar os planos de saúde ou os governos. SEGATTO, Cristiane. Caso extraordinário: o paciente de R\$ 800 mil. **Época**, Rio de Janeiro, 16 mar. 2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Com razão, Streck⁷¹⁵ denuncia a tendência contemporânea brasileira de apostar no protagonismo judicial como forma de efetivação de direitos. O ativismo judicial – que é, como bem exemplifica a questão da prestação da saúde, um problema para a democracia, pois as decisões dos agentes do Judiciário têm o condão de *estabelecer e conceder o direito individual*, conforme seus próprios entendimentos – possui uma origem solipsista. Conforme Streck, o ativismo judicial envolve dois tipos de manifestações do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência).

O primeiro é o decisionismo, que, na esteira do oitavo capítulo da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, entende que julgar é um ato de vontade; é a interpretação do Direito de forma solipsista, “baseado em um conjunto de métodos incoerentes e incompatíveis entre si”⁷¹⁶. O segundo é a admissão do poder discricionário; “decisões que buscam justificação no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente de matriz alexyana”⁷¹⁷. Com base no paradigma da subjetividade, a discricionariedade permite que o juiz primeiro decida da forma que melhor entender (emanando a decisão de suas consciências), para depois (*a posteriori*) justificar a sua decisão.

Assim, o ativismo judicial, em que os juízes são protagonistas da concessão de direitos, através das manifestações do decisionismo e da discricionariedade judicial, é prejudicial ao desenvolvimento e à consolidação dos direitos fundamentais (constitucionalizados) por meio dos processos democráticos e do efetivo exercício da cidadania. Esse ativismo impede a plena realização das políticas públicas efetivamente voltadas à questão da saúde. Impede a concretização de práticas preventivas humanizadoras, que, além de resgatar a dignidade das pessoas que vivem em situações desfavoráveis, são muito mais eficazes ao atendimento do direito à saúde – pois visam a impedir que a doença ocorra – do que pontuais concessões judiciais de medicamentos, cirurgias e outras formas de tratamentos curativos⁷¹⁸.

É a sociedade que precisa, por meio da dialética democrática, avançar na discussão sobre o que efetivamente são os direitos constitucionalizados, quais os seus limites e os meios para garanti-los. Intervenções judiciais pontuais, concedendo direitos de forma individualista, não fortalecem a democracia, pelo contrário, fragiliza-a sob várias formas.

⁷¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷¹⁶ Ibid., p. 24.

⁷¹⁷ Ibid., p. 24.

⁷¹⁸ LIMBERGER, Temis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 217-232.

Uma delas é retirando autonomia dos outros Poderes constituídos, que, dentro de suas competências, têm a função de estabelecer e regular complementarmente, por meio de legislações próprias, o que efetivamente representam tais direitos e implementá-los executivamente. Por outro lado, retira do conjunto da sociedade a obrigação (dever que a democracia lhe impõe) de aprofundar as discussões envolvendo temas como estes que possuem reflexos para todo o conjunto social, não podendo ser admitido que as questões sejam entendidas como problemas individuais e pontuais de cada um que procurar o Judiciário para que a sua demanda própria seja atendida, em detrimento de toda coletividade.

5.3.2 A Necessidade (e a possibilidade)⁷¹⁹ do Estado estar Capacitado a Atender as Demandas Sociais (como o direito à saúde)

O que é o direito à saúde (sua abrangência e limitação) e como custeá-lo? Essa é uma questão fundamental para que se possa avançar na análise.

Os direitos fundamentais sociais, ou seja, aqueles direitos prestacionais básicos, cuja obrigação de atender – proporcionando condições para uma vida digna a todas os membros de uma determinada comunidade política – foi imposta ao Estado, devem ser igualmente e universalmente atendidos. Por isso, considerando sempre a limitação de condições para o atendimento desses direitos, há que se fazer uma cisão limitadora entre o que efetivamente são direitos com aquelas demandas que ultrapassam esse limite e tornam-se privilégios.

⁷¹⁹ É importante que não se deixe de reconhecer a importância do sistema público de saúde, como é o caso do Sistema Único de Saúde. Nesse aspecto, contrariando o senso comum, Drauzio Varella descreve, ainda que resumidamente, um breve histórico da atual situação do SUS no Brasil. Nessa descrição, demonstra a sua viabilidade e a possibilidade desse sistema público ser, efetivamente, um sistema que venha a se tornar eficiente, em que pese suas conhecidas deficiências de recursos econômicos. “A criação do SUS foi a maior revolução da história da medicina brasileira. Nenhum país com mais de cem milhões de habitantes ousou oferecer assistência médica gratuita para todos. Antes de 1988, se a pessoa doente trabalhava com carteira assinada, tinha direito ao atendimento pelo antigo INPS, caso contrário, era considerada indigente, portanto dependente da caridade pública. Apesar de ser um sistema com apenas 30 anos de idade, demos passos enormes. Entre outros, desenvolvemos os maiores e mais abrangentes programas gratuitos de vacinações e de transplantes de órgãos do mundo; o programa nacional da Aids revolucionou o tratamento e reduziu a velocidade de disseminação da epidemia mundial. As equipes de saúde da família são citadas pela OMS como exemplo a ser seguido. O cidadão acidentado que telefona para o resgate não sabe que está recorrendo ao SUS. Os que recebem transfusão nos hospitais mais caros de São Paulo não fazem ideia de que a qualidade do sangue é atestada nos hemocentros do SUS. O trabalho realizado pelos agentes de saúde nos pontos mais remotos do interior e nas periferias inseguras das cidades é ignorado por todos. A despeito desses avanços e de ser um sistema jovem ainda em construção, para a sociedade desinformada o SUS faz o papel da Geni, do Chico Buarque. No imaginário popular, o SUS é o pronto-socorro com gente pobre nas macas de corredores superlotados, é a fila de doentes à espera de consulta na porta do hospital. Longe de mim negar essa realidade humilhante, mas posso assegurar que parte se deve ao desafio de universalizar o atendimento sem dispor de recursos suficientes, e parte à escassez de gestores comprometidos com a saúde pública”. VARELLA, Drauzio. Imposição pelas mãos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarella/2018/03/imposicao-pelas-maos.shtml>. Acesso em: 16 abr. 2018.

A Constituição Federal estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, entre outros. Ao se buscar o atendimento desses direitos, tanto por parte do Estado quanto por parte do cidadão que deles necessita, há que se estabelecer a distinção entre o que é um direito daquilo que é um privilégio.

Quando se trata de moradia, por exemplo, quais são as dimensões mínimas necessárias para uma moradia digna? Quais as condições de segurança, comodidade, conforto que essa moradia deve ter para atender o preceito constitucional? Da mesma forma, quando se entende que determinada moradia popular (cujo padrão médio de conforto e de condições de habitabilidade atende a uma concepção razoável de dignidade humana) não atende às condições mínimas para o respeito à dignidade humana de determinada pessoa, necessitando esta, de uma moradia que lhe seja mais ampla, confortável e com alguns requintes de luxo⁷²⁰, pode-se entender que tais exigências de moradia são efetivamente um direito subjetivo daquela pessoa que o Estado deve atender?

Quanto ao custo imposto ao Estado, análise semelhante pode ser feita em relação ao direito à saúde. Até que ponto um direito entendido como subjetivo deve ser assim entendido? É possível que o Estado dispenda de uma grande quantidade de recursos em favor do direito de uma única pessoa em detrimento de toda uma coletividade que ficará desassistida, por ausência de condições econômicas do Estado? É possível que se diga, inclusive, que o direito à saúde, cuja necessidade individual, por força de determinadas circunstâncias, não possa ser comparado ao pretense direito subjetivo a uma casa luxuosa, em detrimento de centenas de moradias populares. Tal admoestação é verdadeira até certo ponto, ou seja, quando se tratar das condições pessoais de vida (ou de conforto de uma determinada pessoa).

A pessoa que tem uma doença raríssima que está lhe levando à morte não pode ser comparada às condições de outra pessoa que pretende que o Estado lhe garanta uma moradia luxuosa. Porém, de outro lado, quando se passa a analisar as condições econômicas para que o Estado atenda a tais necessidades, a diferença entre ambos os casos diminui drasticamente (não se pode dizer que inexitem, pois seria dar a duas necessidades reais distintas os mesmos pesos valorativos. São, como necessidades, objetivamente incomparáveis).

⁷²⁰ Pode-se objetar que a pretensão de se ter uma moradia de luxo paga pelo Estado não é um bom exemplo se comparado com as necessidades de medicamentos ou tratamentos de saúde. Tal objeção pode ter sentido quando a análise é feita em relação (ou na ausência dela) entre uma casa de luxo e viver em boas condições de saúde. Porém, o exemplo aqui trazido tem apenas a pretensão de demonstrar que há limites econômicos a serem impostos ao Estado para a busca do que se pretende qualificar como sendo um direito de outras pretensões que podem ser classificadas como privilégios.

Quando um pretense direito não pode ser alcançado a todos, ele não é um direito, mas, sim, um privilégio. Se um tratamento de saúde a uma determinada pessoa (i) não pode ser estendido a todas as pessoas que se encontram com o mesmo problema (real ou potencialmente); ou (ii) se produzir custos ao Estado que acarretem prejuízo ao atendimento das demandas gerais e universalizáveis do atendimento à saúde, não se tem um direito subjetivo, mas, sim, uma pretensão de privilégios frente aos demais.

É por isso que os parâmetros delimitadores de um direito precisam necessariamente estar relacionados com os recursos disponíveis para o seu atendimento. Da mesma forma, jamais se pode olvidar que determinado direito precisa ser alcançado a todos de forma universal e igualitária. Para Dworkin, a questão do direito à saúde não pode deixar de considerar a sua ideia sobre a igualdade e de como esse princípio deve ser compreendido, principalmente pelo Estado.

Conforme já se viu, o respeito à igualdade pressupõe o atendimento dos dois princípios soberanos: o da demonstração, por parte do Estado, de igual consideração pelo destino de todos os cidadãos, o pleno respeito à responsabilidade e o direito de cada um decidir o melhor para sua vida. A igualdade deslocada para a questão da saúde, considerando as limitações econômicas, precisa encontrar mecanismos que possam atender aos dois princípios soberanos.

Viu-se que na metáfora do leilão proposta por Dworkin a distribuição de recursos resultante trata a todos com igual consideração⁷²¹. Ou seja, há uma igualdade de recursos para cada um, que dele pode fazer uso da forma que melhor lhe convier. As pessoas podem, pretendendo administrar com responsabilidade os recursos adquiridos no primeiro leilão, buscar no mercado a aquisição de apólices de seguros. Os prêmios⁷²² estabelecidos pelo mercado são proporcionais à cobertura pretendida. Quem acredita precisar de uma cobertura maior, paga um prêmio maior; quem pretende uma cobertura menor, paga menos pelo prêmio do seguro adquirido.

Fazendo um paralelo entre a ilustração imaginada e os sistemas tributários reais, Dworkin entende que as alíquotas poderiam imitar os prêmios hipotéticos do mercado de seguros. Com isso, as alíquotas tributárias teriam uma curva progressiva bastante acentuada, bem maior do que as alíquotas atuais, na proporção do bem – ou da cobertura pretendida, no caso do seguro. “Poderíamos conceber também um sistema de assistência médica que imite a cobertura que,

⁷²¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 8.

⁷²² Lembrando que para os seguros a definição de prêmio é o valor pago para a contratação do seguro. Portanto, o valor do prêmio é o valor pago pelo seguro e não o valor da cobertura recebido em caso de sinistro.

segundo se poderia razoavelmente supor, as pessoas quereriam ter: para tanto seria necessário uma assistência universal à saúde”⁷²³.

Destaca Dworkin que não se justificaria gastar enormes quantias para manter vivas pessoas nos últimos dias de suas vidas, já que esse tipo de *cobertura* exigiria um alto prêmio, considerando que tais recursos seriam úteis (e, portanto, fariam falta) em outros aspectos da vida⁷²⁴. O autor reforça, portanto, que sensatamente ninguém investiria uma grande quantidade dos recursos próprios que dispusesse em apólices de seguro-saúde, na busca de uma cobertura para doenças e necessidades que talvez jamais teria. Agir dessa forma faria com que faltassem condições para um atendimento necessário e digno a outras áreas da vida, como educação, moradia, alimentação, lazer etc. Tal atitude não seria razoável.

Assim, questões fundamentais relacionadas à igualdade defendida por Dworkin, ao se tratar do direito à saúde, possuem dois elementos indissociáveis que precisam ser verificados: a quantidade total de recursos que uma comunidade política dispõe (seja na forma de recursos privados para contratação direta, que Dworkin identificou como apólices de seguro-saúde, seja na forma de tributação ao Estado) para investir em saúde e a administração da limitação desses recursos frente às demandas existentes.

Frisa-se que Dworkin, ao tratar da igualdade de recursos, inclui entre estes tanto os recursos privados quanto os públicos. Justifica que, do ponto de vista de qualquer teoria econômica avançada, a influência que determinado indivíduo tem sobre recursos públicos faz parte de seus recursos privados. “Quem tem poder de influência sobre decisões políticas acerca da qualidade do ar que respira, por exemplo, é mais rico do que quem não tem. Assim, uma teoria geral de igualdade deve procurar um meio de integrar recursos privados e poder político”⁷²⁵. Essa noção é importante para a verificação da quantidade de recursos que determinada comunidade política possui para investir em saúde.

Os recursos disponíveis em países como o Brasil nunca são somente públicos ou só privados, mesmo que um deles se sobressaia. Assim, por exemplo, os recursos que o Estado arrecada são recursos públicos, sendo que parte deles é investida em saúde. Da mesma forma, são os recursos privados, ou seja, aqueles que determinada pessoa ou família investe em saúde privada. Esses, por óbvio, também são recursos investidos em saúde. Portanto, a soma desses recursos, públicos e privados, são os recursos que essa comunidade política possui para investir em saúde.

⁷²³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 7.

⁷²⁴ Ibid., p. 7.

⁷²⁵ Id. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 79-80.

Por outro lado, o direito à saúde, a sua dimensão e seus custos, a partir de uma teoria de igualdade geral, depende do enfrentamento da discussão sobre a justiça e o alto custo da saúde⁷²⁶.

Há muito tempo os médicos apregoam uma apologia que defende a “justiça ideal na medicina”. Essa ideia é denominada por Dworkin como *princípio do resgate*. Esse princípio tem duas partes vinculadas. A primeira afirma que a vida e a saúde são os bens mais importantes, e todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens. A segunda parte, porém, diretamente relacionada à primeira, é a de que a assistência médica deve ser distribuída com equidade, não negando a ninguém a assistência médica, mesmo em uma sociedade em que a riqueza seja muito desigual. Porém, afirma o autor, que embora compreensivos e até mesmo nobres os seus ideais, o princípio do resgate é quase totalmente inútil para uma discussão sobre o sistema de saúde mais ideal e possível de ser implementado.

Sua inutilidade vem à tona quando se pretende responder à pergunta sobre o quanto uma determinada comunidade política deve gastar no atendimento ao direito à saúde de seus cidadãos. Pelo princípio do resgate, deve ser gasto tudo o que for possível “até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora na saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio”⁷²⁷.

Não restam dúvidas de que é economicamente impossível uma prestação universal à saúde se esse direito for compreendido de forma absoluta. Não é possível, nem de forma particular, nem pelo sistema público de saúde, conforme determina a Constituição brasileira, a assistência à saúde a todas as pessoas (universalidade de atendimento), considerando o atendimento pessoal, total e irrestrito (utilizando todas as possibilidades científicas e tecnológicas à disposição), independente do custo individual.

Considerando todos os avanços científicos e tecnológicos, o que resulta em novos meios de diagnósticos e de tratamentos; surgimento de novos medicamentos, tratamentos médicos curativos e preventivos; novas possibilidades de transplantes de órgãos, tecidos etc., inimagináveis há poucos anos,⁷²⁸ todos de altíssimos custos, e se for considerado que

⁷²⁶ É preciso ter claro que Dworkin faz uma análise prática da justiça e o alto custo da saúde na realidade dos Estados Unidos, que é muito diferente da brasileira, a iniciar pelo fato de a esmagadora maioria da assistência à saúde ser prestada por planos de saúde particulares, pagos diretamente pelos *consumidores*, não sendo, portanto, um serviço prestado de forma universal pelo Estado, como no caso do sistema brasileiro.

⁷²⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 434-435.

⁷²⁸ Dworkin também lembra nesse aspecto que grande parte desses exames, diagnósticos, tratamentos e transplantes tem suas realizações questionadas por muitos políticos e alguns médicos, no sentido de que parte das novas tecnologias

determinado número de pessoas necessita desses novos e avançados tratamentos curativos e outro número de pessoas pretende submeter-se a tratamentos preventivos igualmente novos e avançados (e, portanto, de alto custo), e que tais necessidades e pretensões teriam que ser disponibilizadas de forma integral e absoluta aos necessitados e pretendentes, se teria um custo extremamente elevado ao sistema de saúde, que certamente o impossibilitaria de suportar.

Não se pode olvidar que o princípio da universalidade, com o direito à igualdade de respeito e consideração, consagrado na Constituição brasileira, pretende uma distribuição de assistência médica com equidade entre todos os que necessitam, independente das condições materiais ou de vida daqueles que buscam assistência. Portanto, frente à necessidade do atendimento ao princípio da universalidade, conjugado com a escassez de recursos (que é uma característica permanente quando se trata do atendimento aos direitos fundamentais sociais, principalmente na questão da saúde), é necessário encontrar o limite do possível. Ou seja, o atendimento universal a todas as necessidades encontra seu limite na “reserva do possível”⁷²⁹. Portanto, no aspecto econômico, o possível no atendimento à saúde está condicionado ao orçamento disposto para essa finalidade e, como afirma Sarlet⁷³⁰, não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar que são irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível.

Como contraponto alternativo ao princípio do resgate, Dworkin propõe um ideal de justiça mais satisfatória na assistência à saúde, o qual denomina de *seguro prudente*. Para a demonstração dessa alternativa, Dworkin resgata a sua teoria de igualdade geral de recursos. Da mesma forma, precisa teorizar frente a uma realidade ficta em que não haveria nenhuma assistência médica prestada pelo Estado. Essa seria, na sua integralidade, adquirida de um “mercado livre e não subsidiado”, considerando a igualdade (de recursos econômicos) entre todos os indivíduos membros dessa comunidade.

Com essas condições pré-estabelecidas, o autor entende que dificilmente alguém sacrificaria as condições de viver uma vida boa em troca da utilização da maior parte de seus recursos para o pagamento de um plano de saúde que lhe garantiria assistência e tratamento à saúde de forma plena e com recursos da mais avançada ciência e tecnologia, caso algum dia

é *desnecessária* ou *desperdício*, considerando seu alto custo, comparado com os resultados raramente positivos e compensadores. Ou seja, são benefícios limitados demais para justificar o custo.

⁷²⁹ Para Ingo Sarlet, “a construção teórica da ‘reserva do possível’ tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção da reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de et al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 29.

⁷³⁰ Ibid., p. 45.

(incerto e indeterminado) viesse a precisar. O que a maioria das pessoas acharia prudente (na maior parte dos casos) seria no sentido da aquisição de planos de saúde que lhes cobrissem os tratamentos médicos comuns, hospitalizações (quando necessárias), tratamentos pré-natais e pediátricos e exames gerais regulares, bem como alguns tratamentos preventivos. Portanto, dentro de uma racionalidade entre uma assistência médica razoável e um custo que não comprometesse as demais condições de vida boa, bem sucedida e agradável.

Transpondo a teoria do seguro prudente a uma realidade social mais abrangente, ou mesmo a uma comunidade inteira, como é o caso de um país, o problema a ser enfrentado parece residir na equação da questão de quanto se deve gastar em seu sistema de assistência à saúde e a quem esse sistema deve atender, considerando os recursos disponíveis. Ainda, considerando a disposição de determinado recurso para a cobertura do custo do sistema de saúde, como atender, por um lado, a pretensão de utilização de um direito à saúde de forma integral e absoluta (considerando todos os avanços e possibilidades científicas e tecnológicas de tratamentos curativos e preventivos, e seu alto custo), e por outro lado, atender à necessidade de distribuição de assistência médica com equidade e de forma universal.

Estabelecida a questão do orçamento disponível – que sempre será aquém das necessidades, pois limitado –, resta definir a abrangência da assistência à saúde que se pretende prestar. Como a abrangência deve ser universal, conforme estabelece a Constituição brasileira, outra questão a ser definida se refere aos valores que podem ser gastos com a assistência a uma única pessoa, considerando determinada necessidade, na busca do seu direito à saúde de forma integral e absoluta.

É preciso ter claro, porém, que o direito à saúde e à assistência, embora fundamental, não é direito absoluto, não sendo possível empreender todas as condições tecnológicas e científicas na busca de soluções para aquela determinada necessidade, seja de forma curativa ou preventiva. Então, qual seria o limite? Dworkin entende que “Qualquer órgão público encarregado da supervisão da distribuição de assistência médica deveria decidir quais tratamentos médicos são ‘necessários e apropriados’ e, assim, fazer parte de um pacote abrangente de benefícios garantidos para todos”⁷³¹. É claro que algumas dessas decisões seriam muito difíceis, considerando as possibilidades e os custos de sempre novas técnicas, de transplantes experimentais e de resultados duvidosos etc. Há tratamentos que não são possíveis de ser alcançados pelo sistema público de forma universal, por isso, sempre que for necessário, se deve abrir mão daqueles com custos altíssimos e resultados incertos, em benefícios da

⁷³¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 445.

universalidade garantida. Nesses casos, “a justiça exige que o plano de saúde universal não ofereça tais tratamentos”⁷³². Portanto, são decisões que precisam ser tomadas, e é necessário que isso ocorra através de órgãos legalmente competentes, por meio de políticas públicas, evitando, sempre que possível, uma decisão dessa magnitude por meio da judicialização.

Assim, um pretensão direito que vai além das possibilidades orçamentárias para estendê-lo a todos (reais ou potenciais necessitados) ou que venha a produzir prejuízo ao atendimento do direito básico de todos os cidadãos de forma igual e universal não pode ser entendido como um direito, mas, sim, um privilégio.

Dessa forma, se o limite deve ser matemático⁷³³ (considerando a limitação de recursos), como se faz isso? Inicialmente é necessário ter claro que há dois objetivos (hierarquicamente assim divididos) a serem alcançados: primeiro, a *prestação de universalidade igualitária*. Esse conceito aqui é compreendido como sendo a ideia de universalidade da prestação assistencial, que deve acontecer de forma igualitária ao conjunto dos cidadãos que demandam ao Estado a concretização do direito à saúde. O critério que o define como sendo o primeiro objetivo em ordem hierárquica é óbvio: quando não atendido esse primeiro objetivo, não se pode avançar ao segundo, pois, além de, na prática, o Estado colocar o conjunto social (considerando a universalidade, um grande número de indivíduos) em risco de sofrer danos graves e irreparáveis pela não prestação do direito à saúde, também afronta ao princípio da igualdade, que determina que todos devem ser tratados pelo Estado com igual consideração e respeito.

⁷³² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 446.

⁷³³ Em que pese se diz que o limite deva ser matemático, não há que se confundir a tese que se defende aqui, com a teoria da Análise Econômica do Direito AED. Aquela abordagem instrumental é fruto do pragmatismo consequencialista. Busca por meio do critério da *eficiência*, entendida como, numa perspectiva meramente do mercado, a melhor alocação de recursos visando a melhor consequência numa ótica geral de custo e benefício. Como teoria pragmática, a Análise Econômica do Direito refuta as denominadas teorias abstratas, quando utilizadas nas fundamentações das decisões judiciais. Para ver mais, entre outros: POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010 e; POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Dworkin alerta que o direito ganhou uma abordagem de gerenciamento de seus recursos: “Argumenta-se, em primeiro lugar, que é possível demonstrar que quase todas as regras desenvolvidas pelos juízes em campos tão díspares quanto o delito civil, o contrato e a propriedade atendem ao objetivo coletivo de tornar as alocações de **recursos mais eficientes**. Em segundo lugar, argumenta-se que em certos casos os juízes fundamentam suas decisões explicitamente na **política econômica**. (DWORKIN, 2007, p.151/152, grifo do autor).” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Diferentemente, o presente trabalho, não se pauta numa lógica consequencialista pragmática e sim, em decisões administrativas ou judiciais, fundamentadas em parâmetros principiológicos do Direito, preocupado no atendimento dos direitos fundamentais constitucionalmente assumidos. Portanto, o fundamento necessário é o atendimento aos princípios constitucionais, mormente aqueles da igualdade e da necessária universalização de determinada demanda, entendido como direito subjetivo exigível. Isso não evita que o limite tenha que ser necessariamente matemático, porém, democraticamente estabelecido pelo conjunto da comunidade política e com vista à universalidade do atendimento, considerando os limites estabelecidos.

Alcançado o primeiro objetivo, pode-se avançar ao segundo, que é o da *maior excepcionalidade individual* possível. A excepcionalidade compreendida aqui como sendo a prestação que alcança ao indivíduo específico a melhor saúde e de qualidade de vida possível, para além da regra da prestação assistencial antes universalizada. Assim, deve ser analisada a maior distância progressiva possível da excepcionalidade, bem como o progressivo aumento de custo dessa prestação excepcional.

Responder aquelas três perguntas fundamentais formuladas por Streck⁷³⁴ auxiliam na verificação se determinada pretensão é um direito (ou apenas a busca de um privilégio) cujo atendimento possa ou não ser universalizável e, portanto, ser compreendido como, efetivamente, um direito. Contextualizado na análise específica, se questionaria: diante de determinada necessidade relacionada à saúde de uma pessoa, pretender que o Estado atenda essa demanda é um direito fundamental? A tendência, a princípio, é a de que essa pergunta seja respondida de forma afirmativa: sim, a Constituição estabelece que o Estado deve garantir a todos o direito à saúde, portanto, busca-lo, é um direito fundamental. Porém, considerando que não há direitos absolutos, a sua resposta definitiva somente poderá ser dada após a resposta às outras duas perguntas subsequentes.

A segunda pergunta é: atendendo a essa pretensão, tornando-a, portanto, um direito, qualquer pessoa que se encontre ou venha a se encontrar na mesma situação, poderá ter alcançado esse direito? Esse é uma demanda que poderá ser um direito universalizável? A resposta a essa pergunta necessariamente vai depender da capacidade econômica do Estado e o custo que aquele direito terá, considerando a sua universalização.

A pergunta derradeira questiona se é possível, legal e constitucionalmente, se transferir mais recursos do conjunto da população para atender aquele pretense direito? Essa pergunta precisa ser enfrentada com duas repostas distintas, porém, relacionadas. Primeiro, a resposta será negativa, caso eventual transferência de recursos seja apenas para o atendimento daquela pretensão isolada, ou seja, caso não seja considerado a necessidade da universalização daquele direito, resultante da demanda colocada. Por outro lado, caso atendido a necessidade da universalização, a resposta passa por uma decisão coletiva-democrática, ou seja, é o conjunto da sociedade, por meio dos órgãos e mecanismos democráticos que dispõe, que deve decidir sobre o quanto de recursos essa mesma comunidade está disposta a gastar com o direito a saúde (aumentando ou não os recursos já disponíveis) para atender aquela demanda que deverá ser universalizada.

⁷³⁴ RESPOSTA adequada à constituição (resposta correta). In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 259

Se as três perguntas forem respondidas de forma positiva, teremos o direito subjetivo universalizável, como resultado de uma demanda específica. Porém, caso uma das três perguntas forem respondidas de forma negativa, não se tem esse direito, mas apenas a pretensão do atendimento de um privilégio que não poderá ser universalizável.

Com isso volta-se a primeira pergunta: o atendimento a essa pretensão específica, como direito à saúde, é um direito fundamental? A resposta definitiva agora, será positiva, caso todas as duas outras perguntas também forem respondidas de forma positiva; ou negativa, caso aquelas outras duas perguntas, ou a menos uma delas, for(em) respondida(s) de forma negativa.

Assim, a estrutura da verificação de possibilidade de determinada prestação assistencial à saúde pode ser simbolizada como uma *pirâmide de abrangência* em que sua base (sentido horizontal) é formada pela garantia da *universalidade igualitária*. Assim, antes de qualquer outra análise, é preciso garantir a prestação universal à saúde. Já o vértice da pirâmide (sentido vertical) identifica o máximo da *excepcionalidade individual* possível. O limite do ápice da pirâmide sempre precisa ter em consideração que jamais poderá comprometer a garantia da universalidade. Assim, a pirâmide de abrangência terá na sua base a extensão suficiente para garantir a assistência universal; já o seu topo será da extensão máxima possível para atender a excepcionalidade individual, considerando a altura máxima possível, como o limite alcançável, desde que não comprometa sua largura (a universalidade igualitária).

É claro que para a verificação do limite vertical (a excepcionalidade individual) é necessária a consideração de que ele deve ser assegurado a todos que estão ou que possam vir a estar em situação similar. Isso ocorre exatamente para manter a universalidade igualitária de tratamento àqueles que se encontram em igual situação. Aqui se produz, conforme se vê, um *círculo interpretativo de verificação* da possibilidade prestacional a uma nova excepcionalidade de tratamento. A nova excepcionalidade deve sempre (e cada vez, de novo) também atender à universalidade.

Com o círculo interpretativo de verificação, volta-se a analisar a universalidade, quando da verificação da possibilidade (ou não) de uma nova excepcionalidade. Assim, o avanço a uma nova excepcionalidade somente poderá acontecer quando e se for mantida (e garantida) a universalidade, após o alcance do (novo) tratamento excepcional. A questão fundamental deve estar centrada no entendimento de que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou que possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia”⁷³⁵.

⁷³⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39.

Assim, a verificação do limite da excepcionalidade individual (vertical) deve ser acompanhada constantemente, pois pode e certamente sofrerá variação (estando garantida a prestação universal) para mais e para menos, considerando a possibilidade de variação de recursos, assim como a descoberta de novas doenças e novas curas, proporcionadas pelos constantes progressos científicos e tecnológicos, que fazem com que o próprio custo dos tratamentos possa variar⁷³⁶. Portanto, numa verificação de atendimento à determinada necessidade, quanto maior o grau de excepcionalidade da prestação, tanto maior deve ser a verificação das possibilidades econômicas para o seu atendimento. Necessariamente, na consideração da excepcionalidade, é preciso ter um limite máximo, definido, por órgão competente, como intransponível.

Portanto, mais uma vez fica claro que qualquer discussão sobre a abrangência do direito à saúde está diretamente relacionada aos recursos econômicos disponíveis para que esse direito seja alcançado a todos de forma igualitária e universal. Com isso, torna-se necessário ter a correta compreensão de que, por um lado, tais recursos não podem ser gastos em despesas que não digam respeito à sua correta destinação específica e necessária. Por outro lado, também não pode haver negligência na adequada arrecadação dos recursos públicos.

Nessa linha, é imperativo que o Estado busque todas as formas de arrecadação que a Constituição lhe confere competência, não lhe sendo permitido qualquer forma de negligência fiscal. Também, não podem ser admitidos pagamentos em duplicidade aos serviços de saúde, como ocorre quando o sistema público de saúde tem que atender demandas que foram anteriormente contratadas junto ao setor privado. Quando tais fatos acontecem, entende-se pela necessidade do ressarcimento, para evitar prejuízo ao Estado e, conseqüentemente, à coletividade social.

5.3.2.2 Sobre o Ressarcimento ao Sistema de Saúde do Estado por Serviços Prestados a Clientes de Planos de Saúde Privados

Os recursos orçamentários, sejam eles pessoais, de uma família ou de uma comunidade, sempre são limitados⁷³⁷. Essa limitação exige que os recursos destinados à saúde devam

⁷³⁶ Eis aí parte das funções do *Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA*, conforme estabelecido pela Lei 12.401/2011.

⁷³⁷ O fato de que nas relações privadas possa haver concentração de recursos econômicos nas mãos de poucas pessoas não significa que eles possam ser considerados ilimitados. Primeiro, porque, por maior volume de recursos que exista sob a posse de uma única pessoa, eles jamais serão ilimitados. Segundo, porque essa concentração que beneficia poucos sempre é em detrimento de outros (muitos). Enquanto algum acumula,

efetivamente ser investidos em saúde, não podendo ser desperdiçados ou acabar tendo outra configuração que não seja a aplicação em serviços de saúde. Por isso, seguindo a ótica dworkiniana, frente à limitação de recursos, o volume a ser destinado a uma área específica é determinado seguindo um critério de proporcionalidade entre o custo (recursos investidos) e o benefício pretendido (serviços que se pretende ter assegurados). O critério custo/benefício, portanto, exige a maximização de benefícios diante da totalidade dos recursos aplicados.

Quanto à prestação desses serviços, a Constituição Federal brasileira estabeleceu que devem ser executados diretamente pelo Estado, ou por terceiros, bem como por pessoa física ou jurídica de direito privado, mantendo, porém o Estado o dever de agir para a sua regulamentação, fiscalização e controle⁷³⁸. Esse dispositivo constitucional, regulamentado pela Lei nº. 9.656⁷³⁹ de 1998⁷⁴⁰, permitiu a prestação de serviços voltados à assistência à saúde por meio dos chamados planos e seguros privados.

A lógica, portanto, é que a Constituição Federal estabelece que cabe ao Estado, como seu dever, o atendimento à demanda dos serviços e assistência à saúde, como um direito universal de todo cidadão. Suplementarmente, os serviços de saúde podem ser contratados, diretamente por qualquer cidadão, junto aos planos privados de assistência à saúde, diante de pagamento particular. Portanto, a contratação de plano de saúde é um complemento, voluntariamente contratado e pago para instituições privadas. Isso não significa que o contratante desses serviços privados perde a sua condição de cidadão e, portanto, portador do direito de buscar a prestação de saúde junto ao Estado.

Mas por que o cidadão precisa voltar a buscar a prestação da saúde junto ao Estado se contratou um plano de saúde privado que lhe oferece, em tese, serviços melhores e num rol mais amplo do que aquele que o Estado tem condições de lhe prestar? Afinal, essa é a motivação

outros têm carência. Assim, os recursos que se encontram concentrados para poucos faltam para a maioria, exatamente como consequência da sua limitação.

⁷³⁸ Artigo 197 da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁷³⁹ BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm##LS. Acesso em: 27 mar. 2018.

⁷⁴⁰ O artigo 1º, inciso I da Lei 9656/1998, estabelece como Plano Privado de Assistência à Saúde a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecidos, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

para buscar a contratação de um plano privado: a sua condição de ser melhor e mais amplo do que os serviços prestados pelo Estado.

O retorno do cidadão, buscando os serviços de saúde junto ao Estado, acontece exatamente porque o plano de saúde privado não atende a sua necessidade; ou seja, não supre a demanda do cidadão que o contratou. Isso faz com que a pessoa tenha que retornar ao Estado, buscando aquilo que havia contratado junto a um plano privado. Assim, a complementariedade que se pretende através do plano privado não se confirma, e acontece uma inversão de ordem. O plano privado, que deveria ser complementar (aqueles serviços não prestados ou prestados de forma deficiente pelo Estado), passa a ser deficitário, e o Estado (cujo entendimento de sua deficiência motivou a busca do plano privado) passa a fazer a função de complementar os serviços (que agora são entendidos como deficitários) prestados pelo plano de saúde privado.

Assim, o serviço contratado não é prestado (ao menos não na sua integralidade), fazendo com que o Estado tenha que suportar uma demanda que não mais lhe cabia, pois contratado com recursos que são limitados junto à iniciativa privada. Veja-se que aqui a lógica da limitação dos recursos novamente volta à tona. Não se pode olvidar que todos os serviços de saúde prestados são pagos; ou diretamente pelo cidadão contratante ou pelo cidadão contribuinte.

No pacto constitucional houve uma opção em estabelecer a prestação da saúde como um direito de todos e um dever do Estado. Porém, a Constituição foi mais longe e estabeleceu a possibilidade de contratação dos serviços de saúde na iniciativa privada, ou seja, de um particular e não do Estado. Assim, a sociedade decidiu (e instituiu por meio de sua Constituição) que os recursos universalmente disponíveis para o custeio dos serviços de saúde seriam investidos em parte, por meio de pagamentos de tributos, nos serviços públicos, cuja universalidade de atendimento não pode excluir ninguém e garantir a todos atenção básica, assistência hospitalar e ambulatorial, suporte profilático e terapêutico, vigilância sanitária e vigilância epidemiológica.

Por outro lado, também decidiu que parte dos recursos (daquela totalidade universalmente disponível) que se encontram em mãos de cidadãos que tenham uma maior capacidade financeira possam ser investidos na saúde, de forma complementar, nos planos privados de saúde. Essa, portanto, foi uma escolha do conjunto da sociedade quando da realização do pacto constitucional. A decisão, por óbvio, poderia ter sido diferente, tendo entre as opções a de que o investimento total dos recursos universalmente disponíveis devesse ser integralmente investido no serviço público de saúde, por meio de uma maior arrecadação de tributos para essa finalidade. Ou, ainda, outras formas que sequer envolvessem questões relacionadas à

tributação, mas fossem vinculadas necessariamente àqueles recursos que se encontram nas mãos de quem pode optar pela compra dos serviços junto aos planos privados⁷⁴¹.

Portanto, uma comunidade política, ao estabelecer a forma como tais serviços são prestados para a totalidade de seus membros, sempre tem em conta a totalidade dos recursos disponíveis a serem investidos em saúde, levando-se em conta também que, devido a sua limitação, os recursos disponíveis para a saúde devem, de uma forma ou de outra, ser investidos integralmente em saúde.

Portanto, quando um plano se compromete a garantir assistência (em troca de determinada quantidade de recursos) e não cumpre integralmente (fazendo com que o Estado tenha que prestar os serviços que ele não prestou, mesmo que contratados), significa que parte daqueles recursos destinados e investidos em saúde não está a ela destinada (podendo se caracterizar, inclusive, em enriquecimento sem causa dos planos privados, a custas do erário público), devendo ser redirecionada a quem efetivamente os presta, ao Estado, portanto. Por isso, a necessidade e correção do ressarcimento.

Sem o ressarcimento ao Estado por esses serviços, acaba ocorrendo um patrocínio indireto por parte do Estado, por serviços contratados e não prestados, mediante pagamento, junto à iniciativa privada (e, portanto, sendo dela essa responsabilidade). O serviço prestado pelo Estado e o desembolso, sem ressarcimento, dos custos desses serviços gera um acúmulo de demanda e um acréscimo nos custos do serviço público de saúde, algo que ocorre de modo irregular e não previsto. Isso porque, conforme se viu acima, tais serviços e seus custos foram previstos (considerando as pessoas em condições de buscá-los junto à iniciativa privada e a oferta por ela desses serviços) por parte da iniciativa privada. Tal previsão ocorreu e consta no pacto constitucional, instituído dessa forma como foi exposto acima.

Assim, os serviços que a Constituição previu e possibilitou a contratação junto à iniciativa privada (que livremente os coloca à disposição dos contratantes) não podem ter a sua prestação, com custeio, sob a responsabilidade do Estado, quando não prestados por aqueles planos de saúde. Quando esses serviços precisam ser prestados pelo Estado, porque não prestados pelos planos contratados, devem ter seus custos integralmente ressarcidos pelos planos privados. Caso assim fosse, a própria Constituição poderia ter adotado outra forma, arrecadando para si os valores destinados aos planos privados.

⁷⁴¹ Exemplificativamente, a opção poderia ter sido de que aqueles que se encontram em condições de contratar a saúde em planos privados, ao invés de fazê-lo, deveriam pagar ao sistema público de saúde por sua prestação ou comprovar eventual incapacidade para tal ato, objetivando atendimento gratuito. Ou, ainda, que não pudessem buscar tal serviço junto ao sistema público, devendo comprá-lo totalmente na rede privada.

No Brasil, esse ressarcimento já se encontra regulado por lei desde 2001⁷⁴², porém, com deficiente efetividade. Isso porque os planos de saúde, quando cobrados, têm judicializado esse assunto, alegando a inexistência de relação jurídica entre eles (planos de saúde e o Estado) que caracterizasse algum vínculo que permitisse a cobrança. Conforme esse entendimento, o cidadão, quando procura o sistema público de saúde, o faz na condição de cidadão, não trazendo para essa nova relação eventual pendência ou responsabilidade dos planos privados.

A judicialização desse tema chegou à Corte Constitucional, que entendeu pela constitucionalidade do ressarcimento. Em Recurso Extraordinário movido por uma entidade prestadora de saúde, tendo como interessadas e *Amicus curiae* várias outras entidades, o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, negou provimento ao recurso e entendeu que “É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos”⁷⁴³.

Atualmente, não há mais qualquer motivação para que a cobrança do ressarcimento não seja implementada de forma efetiva. É de se destacar, para fins de afastar qualquer dúvida, que o ressarcimento, cuja natureza é restituidora, ou seja, é de restituir ao sistema público de saúde valores que o cidadão – de seu montante disponível para investir em saúde – pagou aos planos privados por serviços que, quando necessitou, não foram prestados. Portanto, o ressarcimento não impõe novo ônus ao cidadão usuário do sistema público, porque o pagamento para o plano privado já aconteceu. Por outro lado, também não traz ônus aos planos privados, uma vez que se trata de ressarcimento por coberturas previstas nos contratos que seriam despendidos pelos planos, na própria iniciativa privada, caso o contratado fosse por elas respeitado.

Diante de uma correta hermenêutica constitucional, da existência de legislação regulamentadora desde 1998 e do julgamento pela constitucionalidade daquela lei específica, é imperativo que o Estado implemente mecanismos eficientes para a cobrança do ressarcimento junto aos planos privados de saúde pelos serviços prestados aos contratantes daqueles serviços.

⁷⁴² A Lei 9.656/1998, com redação que lhe foi dada por Medida Provisória em 2001, estabeleceu que “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.”. Art. 32 da Lei 9.656/1998. BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm##LS. Acesso em: 27 mar. 2018.

⁷⁴³ Id. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Processo nº RE 597064**. Recorrente: Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores. Recorrido: Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2661252>. Acesso em: 27 mar. 2018.

O Tribunal de Contas da União, realizou auditoria em 2008, na própria Agência Nacional de Saúde Suplementar, para analisar a efetividade da sistemática adotada por aquela agência na busca do ressarcimento ao sistema público de saúde dos valores correspondentes aos serviços prestados a pacientes contratantes de planos de saúde. Naquela oportunidade, o TCU constatou que os procedimentos ambulatoriais não estavam sendo objeto de ressarcimento. A agência se dedicava à cobrança apenas das internações hospitalares. Com isso, ocorreu um acúmulo de valores não processados para a busca do ressarcimento, relativos aos atendimentos ambulatoriais de alto custo, por meio de Autorização de Procedimentos de Alto Custo (APAC), entre 2003 e 2007, superiores em mais de R\$ 10 bilhões, aqueles relativos à Autorização de Internação Hospitalar (AIH), que estavam sendo cobrados. Isso significa um potencial de ressarcimento das Autorizações de Procedimentos de Alto Custo (APAC), em mais de quatro vezes em relação ao que era efetivamente ressarcido por meio de cobranças das Autorizações de Internação Hospitalar.⁷⁴⁴

Na continuidade do monitoramento do Tribunal de Contas da União junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar, o órgão de fiscalização e controle “observou que com a incorporação dos atendimentos ambulatoriais de média e alta complexidade, em 2015, houve um aumento médio de 127% nos atendimentos identificados a serem ressarcidos pelas operadoras, [...] quadruplicando o valor em relação às cobranças anteriores”⁷⁴⁵. Portanto, valores substanciais que são pagos pelos cidadãos aos planos privados são mantidos nos cofres daquelas instituições privadas, ao passo que o sistema público presta os serviços que essas empresas deveriam prestar (pois foram contratadas para tanto).

Assim, o instituto de ressarcimento precisa ser ampliado. Para cada recurso que for apropriado pelas empresas privadas prestadoras dos serviços de saúde, cujo serviço efetivamente seja prestado pelo sistema público e não pelas empresas contratadas, é preciso que seja buscado e garantido o ressarcimento. O que sobra para essas empresas quando o serviço não é prestado falta ao Estado para atender ao seu dever constitucional de garantir um serviço de saúde digno a quem o demandar, como um direito do conjunto da cidadania.

⁷⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório sistêmico de fiscalização**: Saúde: exercício 2015-2016. Tribunal de Contas da União; Relatoria Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Saúde, 2017. p. 57. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fisc-saude-relatorio-sistmico-de-fiscalizacao-exercicio-2015-2016-1.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁷⁴⁵ Ibid.

5.3.3 Recursos para Saúde

A efetivação do direito à saúde padece inicialmente de um problema de definição ou de concepção do que de fato deve ser entendido como um direito à saúde. Viu-se que Dworkin analisa dois modelos distintos de como uma comunidade ou mesmo uma pessoa de forma individual gastaria (parte de) seus recursos para garantir o seu direito à saúde. O primeiro é o chamado princípio do resgate, que defende que se deve gastar tudo o que for possível até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora na saúde ou na expectativa de vida. A maioria das pessoas (e, portanto, nem a comunidade política como um todo), segundo Dworkin, não optaria racionalmente pelo princípio do resgate, pois, agindo dessa forma, ficaria em situação desfavorável para o atendimento de outras necessidades da vida, como moradia, educação, lazer etc.

Como alternativa ao princípio do resgate, a teoria do seguro prudente defende a ideia de que a comunidade ou uma pessoa individual adquiriria planos de saúde que lhes cobrisse os tratamentos médicos comuns, hospitalizações quando necessárias, tratamentos pré-natais e pediátricos e exames gerais regulares, assim como alguns tratamentos preventivos. Dessa forma, dentro de parâmetros racionalmente defensáveis, se contrataria uma assistência médica razoável e, a partir de um cálculo de custo que não comprometesse as demais condições de vida boa, bem sucedida e agradável.

Diante desses dois modelos, tem-se, na maior parte das vezes, involuntariamente e até mesmo sem a compreensão teórica do problema, optado pelo princípio do resgate, em que todos os recursos disponíveis devem ser gastos em determinado tratamento⁷⁴⁶, sem se dar conta de que o recurso é único e limitado.

Portanto, são questões fundamentais a serem enfrentadas em toda e qualquer discussão sobre os gastos necessários e possíveis em saúde em comunidades em que a saúde deve ser prestada pelo Estado, conforme determina a Constituição brasileira. É claro que nenhum sistema público de saúde pode gastar para garantir uma assistência médica comparada àquela que a parcela mais rica da população teria condições de buscar e gastar, na iniciativa privada, por exemplo. Mas que tipo de assistência à saúde uma comunidade responsável deve tornar acessível aos seus membros, para que efetivamente os preceitos constitucionais possam ser atendidos? Que parcela de recursos públicos devem ser gastos com saúde, considerando as

⁷⁴⁶ É natural que uma pessoa enferma e seus familiares pretendam a busca da saúde, com o prosseguimento de todo e qualquer tratamento, indiferente de seu custo. Porém, o Estado não pode agir dessa forma, pois ela se mostra irracional e fere os princípios da igualdade e da universalidade, conforme já visto.

limitações existentes e a necessidade de atendimento a direitos fundamentais, como educação, moradia e outros?

Fazendo uma relação com a busca de assistência médica, por parte dos indivíduos, no mercado, e defendendo a instituição de um sistema universal de saúde, Dworkin estabelece algumas delimitações que podem ser úteis para o enfrentamento dessa questão.

Se os mais prudentes comprassem determinado nível de cobertura médica em um mercado livre, se tivessem recursos medianos – se quase todos comprassem seguros que cobrissem os tratamentos médicos comuns, hospitalizações quando necessárias, tratamento pré-natal e pediátrico e exames gerais regulares, bem como outros tratamentos preventivos, por exemplo –, então a injustiça de nossa sociedade é, quase certamente, a razão por que algumas pessoas não possuem tal cobertura atualmente. O sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham⁷⁴⁷.

Portanto, é essa delimitação que precisa ser feita, conforme se propôs acima na formulação da pirâmide de abrangência, conjugado com os recursos disponíveis para serem gastos com saúde. Porém, não basta a verificação dos recursos *disponíveis* e a adequação da pirâmide de abrangência com a disponibilidade de recursos; é necessária a verificação da real necessidade e, objetivando atender à necessidade, a busca dos recursos indispensáveis para tal. É necessário ficar claro que a proposta da pirâmide de abrangência é, para eventual avanço, para além daquela assistência necessária (previamente delimitada) que deve ser alcançada de forma igualitária e universal. Portanto, não se trata apenas de delimitar o direito à saúde aos recursos disponíveis; mas, sim, de providenciar a disponibilização dos recursos necessários para esse atendimento. Eis a questão.

No caso do Estado brasileiro, a principal fonte de recursos públicos são os tributos. Quando se analisou os recursos para um Estado eficiente, pode-se ver que a política tributária brasileira é equivocada e nefasta em vários aspectos. A maior carga tributária advém dos tributos impostos sobre os chamados bens de consumo, como alimentação, transporte, vestuário, medicamentos etc. Assim, é a população de baixa renda a maior contribuinte para a formação do *bolo tributário*. Por outro lado, outras fontes tributárias, como a renda e os bens, além de também tributarem mais os de menor renda, também seguem uma política de *proteção* dos mais ricos. Portanto, em relação à política tributária, se pratica uma pirâmide proporcionalmente invertida em relação à capacidade tributária. Essa prática, por si só, já se mostra inconstitucional quando confrontada com os princípios e objetivos que a Constituição estabeleceu para a sociedade e para o Estado brasileiro.

⁷⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 443.

Examinados pontualmente, verificou-se que o número de equívocos praticados na política tributária não são poucos. Quando analisado o Imposto de Renda da Pessoa Física, verifica-se que há uma real perda da progressividade nas rendas mais altas. A progressividade das alíquotas do Imposto de Renda cresce até a faixa dos 20 a 40 salários mínimos e, depois, passa a cair drasticamente, fazendo com que os mais ricos paguem menos IR. Essa realidade é motivada pela isenção do IRPF sobre os lucros e dividendos, que é justamente como os mais ricos recebem os seus *salários*, bem como, pela limitação de faixas de alíquotas e percentuais aplicados sobre Imposto de Renda. Com isso, quem tem uma renda mensal muito alta paga o mesmo percentual de quem ganha em torno de seis salários mínimos.

Em relação ao IPTU, por exemplo, por força de uma compreensão equivocada dos preceitos constitucionais, a progressividade não foi sequer considerada legal pela Corte Constitucional por longo tempo. Para a superação desse obstáculo foi necessária a edição de Emenda Constitucional, produzindo nova redação ao art. 156, § 1º da Constituição Federal. Assim, ficou estabelecida, de forma clara, a possibilidade do Imposto sobre a Propriedade Territorial e Urbana ser progressivo, considerando o valor venal do imóvel. Porém, em que pese o novo entendimento constitucional, na prática, a implementação da progressividade ao IPTU até hoje encontra percalços, devido à inação do Estado na concretização dessa cobrança, motivado por decisões políticas com viés de proteção de classe.

Outros tributos sobre o patrimônio também sofrem de um duplo equívoco. Um deles consiste no entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não possa haver a progressividade nos impostos relativos aos bens *reais*, embora se tenha observado recentes avanços junto ao Supremo Tribunal Federal nesse assunto. O outro se mostra, na tímida interpretação constitucional da legislação infraconstitucional, bem como na própria aplicação concreta de tais dispositivos legais, no exercício tributário. Ainda que essa realidade persista, é necessário fazer o destaque de recente avanço na interpretação constitucional em relação à progressividade aplicada ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD) pela Corte Constitucional. O STF reconheceu a possibilidade da aplicação da regra da progressividade na cobrança de ITCD, em atendimento aos princípios da capacidade contributiva e da “igualdade material tributária”. Em que pese tal reconhecimento constitucional, as alíquotas progressivas praticadas são irrisórias, considerando a necessidade e toda a questão que envolve a discussão sobre a igualdade e a política redistributiva.

Dworkin, quando trata da metáfora da ilha e do leilão que é feito, em que cada um adquire os bens que desejar, considerando que todos têm igual número de conchas pra essa aquisição, não ignora que essa posição igualitária inicial se alterará ao longo do tempo. Alguns

terão mais sorte em seus investimentos; suas plantações terão melhores frutos; seus produtos, considerando uma demanda de mercado, terão maiores procuras e, portanto, maior valorização; outros terão maior azar em seus investimentos; a estiagem lhes prejudicará; seus produtos não terão um bom valor de mercado. Outros, ainda, por uma questão de genética, terão maiores talentos (físicos ou intelectuais) naturais e, com isso, adquirirão maiores riquezas do que os demais (a partir de regras de valorização criadas pela própria comunidade); outros serão deficientes com capacidades produtivas (em diferentes graus) inferiores à média de seus concidadãos, ocasionando, com isso, gastos e prejuízos pessoais que precisam ser suportados. Alguns serão menos esforçados e dedicados e deixarão perecer as suas aquisições, por exemplo. Todas essas diferenças fará com que, em certo tempo, exista uma nova desigualdade entre os membros da comunidade, que precisa ser enfrentada por ela e pelo Estado.

A ideia do seguro hipotético, transposto para a lógica do Estado, deve servir para cobrir as deficiências e necessidades de quem precisa; e serem mantidos pelos tributos do conjunto social, principalmente, por aqueles tributos aplicados sobre a acumulação de renda e patrimônio dos mais ricos. Um dos tributos mais enfatizados por Dworkin é o chamado imposto sobre a herança, ou o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD), no caso brasileiro. O imposto sobre a herança, com índices progressivos *íngremes*, seria uma boa solução para o enfrentamento do problema da desigualdade crescente:

Criaríamos um mercado hipotético no qual não se deve prêmio nenhum até que o segurado morra ou faça uma doação voluntária. Quaisquer prêmios então devidos são avaliados com relação aos bens doados ou legados, e esse prêmio sobe de maneira íngreme de zero, no caso de doação de uma propriedade modesta, a uma parcela marginal altíssima da própria grande fortuna. Essa estrutura permite que se faça seguro sem que o prêmio provoque um impacto em sua própria vida, isto é, nenhum sacrifício de suas metas e aspirações para si mesmo, inclusive para o cônjuge, para quem as doações ou heranças geralmente são isentas de prêmio. [...] o único sacrifício a que se arriscariam, ao fazer seguro com prêmio em progressão íngreme, seria a incapacidade de fazer com que os filhos fossem muito mais ricos do que seus contemporâneos⁷⁴⁸.

Essa teoria do imposto sobre a herança respeita os dois princípios do “individualismo igualitarista ético”, primeiro porque o Estado, devendo tratar a todos com igual consideração, precisa possuir e exercer mecanismos redistributivos que produzem a busca da igualdade; por outro lado, o imposto sobre a herança não afeta em nada o direito à livre condução de sua própria vida, desenvolvendo-a da melhor forma possível e buscando a concretização de seus sonhos e aspirações, como ser humano consciente, portanto, de ser membro de uma comunidade

⁷⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 491.

política.

A realidade brasileira, por sua vez, mostra que a aplicação desse tributo está muito distante dos parâmetros e propósitos formulados por Dworkin. Como exemplo, já a partir do novo entendimento constitucional, o Estado do Rio Grande do Sul corrigiu sua legislação pertinente ao ITCD, estabelecendo cinco faixas de alíquotas sobre a transmissão de bens por herança (*Causa Mortis*), 0%, 3%, 4%, 5% e 6%, progressivamente conforme o valor do quinhão herdado. Além de duas faixas de alíquotas para casos de doações, de 3% e 4%, também progressivamente, considerando o valor do bem doado. Analisando as alíquotas praticadas, verifica-se que se encontram longe de caracterizar uma política tributária que se mostre preocupada com a diminuição das desigualdades, centrada na busca de recursos necessários para a implementação das políticas públicas conforme a Constituição determinou ao Estado.

A realidade também não é diferente em relação aos demais impostos que incidem sobre a propriedade. No Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), por exemplo, a progressividade ainda não existe. Para o IPVA, a regra definidora do valor a ser pago é o da simples proporcionalidade. Com isso, um cidadão que tem um veículo popular paga de imposto sobre aquele veículo a mesma proporção que outro cidadão que possua um veículo de meio milhão de reais. Outra questão relevante é o entendimento jurisprudencial de que o IPVA não incide sobre embarcações e aeronaves. Com isso, sua incidência fica restrita apenas a veículos de circulação terrestre. Esse entendimento, conforme visto, mais uma vez, se mostrou equivocado, pois, além de fazer uma leitura textualmente inadequada (utilizando na sua fundamentação uma pretensa e incorreta finalidade específica do tributo), ignora o princípio da capacidade contributiva, que deve ser aplicado contra o sujeito passivo da tributação, considerando a sua riqueza, demonstrável pelos rendimentos ou pela propriedade.

Não é diferente com o denominado Imposto sobre as Grandes Fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal. Esse tributo, dependente de legislação complementar, ainda não foi implementado. Mais um exemplo concreto de como a Constituição brasileira ainda não foi compreendida corretamente. Há, portanto, tributos instituídos pela Constituição Federal que sequer foram implementados ou, se foram, apenas parcial e simbolicamente.

Assim, a forma como se constitui o *bolo tributário* no Brasil, fazendo com que os mais pobres paguem muito mais impostos do que os mais ricos, principalmente, pela forma de incidência dos chamados impostos indiretos, bem como com as estimativas de enormes perdas de arrecadação com as desonerações fiscais, que, das mais variadas formas, fazem com que valores claramente passíveis de arrecadação sejam desprezados e relegados em benefício de poucos. A consequência disso é a falta de recursos para as áreas mais sensíveis, que necessitam

mais recursos públicos, como é o caso do sistema público de saúde.

Há, portanto, formas de efetivo incremento de arrecadação de valores aos cofres públicos e a disponibilização daqueles valores necessários para serem gastos nos serviços de saúde. O que falta efetivamente é vontade de uma real implementação de uma política tributária que venha ao encontro dos ditames constitucionais, principalmente, em relação àqueles que se comprometeram com o resgate da dívida social há séculos negligenciada.

Assim, pretendeu-se analisar a possibilidade de concretização de um Estado constitucionalmente eficiente, a partir de parâmetros democráticos. Essa eficiência estatal se mostra necessária para que o Estado venha a atender aos direitos sociais, principalmente, para o presente trabalho, o direito à saúde. Como principal condicionante para possibilitar esse desiderato, colocou-se como hipótese o atendimento ao princípio da igualdade, conforme constitucionalmente estabelecido.

Aqui, já se pode estabelecer como afirmativa a hipótese levantada, ou seja, a de que efetivamente o Estado pode ser constitucionalmente eficiente, na medida em que se compreenda de forma correta a função que a Constituição lhe outorgou. Para isso, é necessário compreender, como condição de possibilidade, o atendimento ao princípio da igualdade, na forma concebida a partir das referências utilizadas, principalmente a partir da construção conceitual elaborada por Ronald Dworkin.

Porém, há que ficar sempre mais claro que o princípio da igualdade não pode ser compreendido e pretensamente atendido apenas no seu sentido formal. Ele precisa ser interpretado também, e principalmente, no seu sentido material (substancial). Somente dessa forma é que ele pode ser considerado atendido, conforme os ditames constitucionais, que também precisam ser lidos na sua integralidade e com olhos que efetivamente queiram ver os fundamentos e objetivos primordiais consagrados no pacto constitucional brasileiro.

Da mesma forma, a hermenêutica constitucional adequada, tendo como fio condutor o princípio da igualdade entre os cidadãos, como condição inclusive de legitimidade do próprio Estado e de seu governo, conforme sentença Dworkin, precisa ser vista e compreendida nas duas esferas da questão a ser enfrentada. Ou seja, no atendimento das demandas, entre elas, o direito à saúde, mas também na busca dos recursos – principalmente por meio da política de tributação – que efetivamente a Constituição estabelece (como condições para o atendimento das demandas impostas ao Estado). Não se pode olvidar que o princípio da igualdade, levado à política tributária, tem no princípio da capacidade contributiva a sua concretização.

Portanto, é nesse sentido que a Constituição brasileira precisa ser lida, compreendida e efetivada. Isso, com vistas a atender aos direitos sociais que o pacto impôs ao Estado como

demandas de sua responsabilidade. Não pode haver dúvidas de que essa se caracteriza como sendo a única forma possível de concretizar o resgate da histórica, e constantemente negligenciada, dívida social, que, apesar das promessas da modernidade, teima em permanecer.

6 CONCLUSÃO

A grande questão que motiva as análises e discussões que envolvem o Direito, o Estado e a sociedade é a busca à resposta da pergunta que pode ser assim sintetizada: como viver da melhor forma possível em uma comunidade política? Uma resposta a essa pergunta somente pode ser considerada válida caso ela atenda a alguns pressupostos fundamentais, entre eles, o de incluir, na sua análise, a totalidade dos membros dessa comunidade.

Contemporaneamente não se pode conceber – ao menos nos limites de uma Teoria de Justiça compreendida como uma norma de valor construída a partir de um conceito interpretativo – uma sociedade e um Estado democrático que não busque a inclusão universal. Isso considerando os paradigmas constitucionais construídos a partir do segundo pós-guerra, que optou pela institucionalização de um rol de direitos fundamentais (que, quando não observados, ou não corretamente compreendidos deslegitimam o próprio Estado).

Em parte, essa grande questão foi enfrentada no presente trabalho. Ou seja, se buscou desenvolver uma análise que teve por objeto a pergunta pelas condições de possibilidade para a concretização de um Estado constitucionalmente eficiente, com vistas a atender às demandas que a Constituição lhe apresentou, tendo como horizonte a ótica de que uma comunidade política deve buscar, no atendimento das diretrizes da própria Constituição Federal, a melhor forma de seus membros viverem individual e socialmente. Como elemento condicionante dessa possibilidade, se apresentou como hipótese inicial, qual seja, a correta hermenêutica e a consequente concretização do princípio da igualdade.

Porém, restou inicialmente compreendido que não seria possível o enfrentamento da questão sobre um Estado constitucionalmente eficiente, como instrumento de construção de uma comunidade política que pudesse se desenvolver e viver da melhor forma, sem antes ter-se clara a própria compreensão de Estado, sua gênese, seu desenvolvimento, suas diferentes etapas de evolução, suas mais relevantes crises históricas e atuais e, principalmente, suas funções na sociedade contemporânea. Portanto, foi necessário estabelecer estes marcos iniciais para o desenvolvimento adequado do trabalho que se oferecia.

Ao longo da história, o Estado sempre teve a sua principal fonte argumentativa de legitimidade na superação da barbárie e no estabelecimento de condições seguras da vida social, assumindo, portanto, determinadas funções para que isso acontecesse. Foi preciso verificar as condições necessárias e possíveis para o atendimento das demandas sociais no cumprimento das funções, portanto, inerentes ao Estado.

Viu-se que para a doutrina contratualista de Estado, a multidão de homens, ou seja, o

conjunto dos indivíduos que posteriormente viria a ser conhecido como sociedade, deveria abrir mão do direito de autogovernar-se em favor de um único ente, que viria a ser o Estado. Essa abdicação em favor do Estado concedeu-lhe o monopólio da força, evitando a sua utilização por parte dos indivíduos de forma isolada e particular, evitando, assim, que o homem fosse lobo do homem; na pretensão de evitar o perigo da violência recíproca que levaria a autodestruição da espécie humana. Assim, o Estado surge por meio de um contrato social - que contemporaneamente pode ser denominado de pacto social - tendo como principal finalidade a ruptura com a barbárie, instituindo a civilização.

Em que pese o Estado, com as características que atualmente se conhece, seja o resultado de sua forma moderna, marcada pela passagem do feudalismo para o capitalismo, percebe-se ter havido uma evolução da organização da sociedade e, conseqüentemente, de formas embrionárias de Estado, desde as sociedades mais primitivas até os dias atuais. Em cada período determinado, específico e distinto, a sociedade se organizou de forma também diferenciada.

A partir das revoluções liberais do século XVIII, o Estado teve três momentos distintos identificáveis com as transformações ocorridas em cada um desses períodos. Como forma de consolidação dos ideais burgueses, surge o Estado Liberal; uma estrutura estatal reduzida, própria da tradição liberal-burguesa, que saía vitoriosa das revoluções oitocentistas. A função primordial do Estado era o reconhecimento das liberdades, fundamentais ao espírito liberal, bem como as proteções individuais, com a garantia da segurança e da paz. O Estado Liberal marcou, portanto, o triunfo da burguesia a delimitação de sua assunção ao poder com as revoluções havidas, principalmente, na Revolução Francesa. Nesse período, Estado também se vê frente à necessidade de limitações do seu próprio poder, nascendo assim, o chamado Estado de Direito.

O grande crescimento tecnológico e produtivo proporcionado pelo primeiro estágio do liberalismo e a Revolução Industrial, porém, não chegavam aos trabalhadores, que continuavam a sofrer os infortúnios de uma economia que os utilizava para a produção, mas que os excluía da distribuição. A esses, restaram as conseqüências da urbanização: perigosas e insalubres condições de trabalho, falta de segurança, ausência de assistência à saúde, entre outras. Com isso, surge o segundo momento do liberalismo, com a necessidade de agregar ao Estado Liberal o reconhecimento de direitos de caráter prestacional, superando, portanto, a simples função das garantias liberais, até então afetas ao Estado. Assim, o Estado atingiu o status de Estado de Bem-Estar Social.

Essa nova realidade produziu pretensões materiais de igualdade, distintas da igualdade meramente formal, defendida pelo modelo liberal. As novas demandas exigiam do Estado uma atuação de caráter igualitário e democrático, buscando satisfazer minimamente um ideal que pretendia a equalização econômica e a disponibilidade de oportunidades a todos os indivíduos. Porém, embora o Estado Social tivesse a pretensão de alterações estruturais em favor de uma igualdade substancial, jamais se afastou dos ideários capitalistas ou do liberalismo pós-absolutismo, mantendo os direitos de liberdade e o direito à propriedade privada como um direito natural do indivíduo.

O Estado Social, por sua vez, embora tenha significado um grande avanço para a sociedade, também não conseguiu resolver o problema da profunda concentração do poder político, muitas vezes exercido através de regimes políticos ilegítimos, de cunho totalitário ou despótico. Não conseguiu ser suficiente para atender o fundamento de legitimidade da estrutura política do Estado, a soberania popular. Assim, foi necessário avançar para além do conceito do Estado de Direito, agregando a ele o elemento indispensável da democracia, como requisito fundamental à legitimidade do Estado. Assim surge o Estado Democrático de Direito.

O Estado passou a necessitar a subordinação ao domínio da legitimidade. Portanto, o moderno Estado Constitucional significa que o Estado deve ser organizado, exercido e submetido à ordem democrática. As formas de distribuição do poder do Estado entre os seus detentores e nos mecanismos de controle político, por parte dos destinatários desse poder, estariam por caracterizar o principal aspecto do Estado Democrático de Direito. O atendimento a tais exigências, que pretendem vir por meio do Estado Democrático de Direito, tem como fonte originária o respeito à vontade exercida através da soberania popular livre, consciente e responsável. Nesse aspecto, a efetiva participação popular, que possa caracterizar a soberania, não pode ficar restrita à simples escolha de representantes em períodos eleitorais. O exercício da soberania popular somente se efetiva se exercida de forma autêntica, concreta e legítima, por meio da participação democrática do povo, tanto nos mecanismos de escolha dos representantes quanto também, fundamentalmente, nos mecanismos de criação e controle das decisões políticas, em todos os aspectos e variações possíveis.

Assim, ao Estado, nessa quadra da história, já não bastam as funções de mero mantenedor da ordem pública, nem mesmo o atendimento de sua função de Estado-social. O Estado deve ser, pelo seu viés de Estado Democrático de Direito, induzido e indutor do conjunto da sociedade – conforme os ditames constitucionais –, no sentido da transformação e da superação das mazelas sociais ainda existente.

Assim, a compreensão do Estado e de suas funções na sociedade contemporânea está

umbilicalmente relacionada à correta concepção de outros institutos relacionados a ele, ou seja, o constitucionalismo, a democracia e o exercício da cidadania. As constituições contemporâneas, diferentes daquelas anteriores que se caracterizavam mais como delimitadoras dos poderes do Estado, assumem um compromisso social, qual seja, o de resgatar e corrigir uma dívida social que teima em permanecer, principalmente em sociedades em que as promessas da modernidade ainda não se efetivaram, como é o caso do Brasil.

Nesse sentido, objetivando enfrentar a busca de condições de possibilidade para a concretização de um Estado constitucionalmente eficiente, restou claro que essa pretensão passa necessariamente pela compreensão da forma e das motivações da instituição desse Estado constitucionalmente eficiente que se busca. Atualmente não se pode olvidar que a Constituição, que também institui o próprio Estado, resulta de um processo com a efetiva participação democrática do conjunto da sociedade, que, no exercício da cidadania, participou das mais diversas instâncias de discussões, debates e embates, na pretensão de instituir a melhor Carta Política e, assim, também, demarcar o caminho a ser (per)seguido para a construção de uma sociedade que viva da melhor maneira possível.

Assim, um elemento que foi chave nesse processo, e necessariamente continua sendo, é a democracia. Mas uma democracia verdadeiramente substancial, não meramente formal e burocrática; uma democracia em que o conjunto da sociedade efetivamente tenha participação (mesmo que por meio de suas representações) nas decisões que são importantes para os rumos da Nação. Nessa linha, não pode ser uma democracia apropriada predatoriamente por grupos específicos, como se fosse um instrumento à disposição desses mesmos grupos, a ser utilizada na defesa de seus exclusivos interesses, difundidos, porém, como se fossem interesses de toda a sociedade.

Com essa preocupação se trabalhou o conceito de *predadores* da democracia, como sendo o comportamento desviante de três instituições que têm uma relação muito importante com a democracia: o poder econômico, a imprensa e a religião. Tais instituições são fundamentais a esse regime, como também dependem dele para a sua existência, porém, quando seu comportamento desvia de sua função institucional, realizando práticas abusivas, faz delas predadoras da democracia.

Analisou-se que a importância dessas instituições tem um duplo sentido: elas precisam da democracia para existir com independência e liberdade e são também sustentáculos desse regime. Portanto, a crítica não se dirigiu às instituições, no desempenho de suas funções institucionais e juridicamente protegidas, mas, sim, a seus comportamentos desviantes, que, por isso mesmo, tornam-se perversos e *predadores* da democracia.

Embora outras instituições também pudessem merecer um estudo quanto a determinados comportamentos desviantes, o estudo se restringiu à análise desse comportamento em relação ao uso indevido da religião, do poder econômico e dos meios de comunicação social. Salientou-se que essas três instituições são tão importantes para a democracia brasileira que têm a sua proteção garantida pela própria Constituição Federal. São, portanto, basilares da democracia no Brasil. Portanto, resta claro que quando se fala em democracia, deve ser uma democracia que efetivamente tenha voz; que possa ver no Estado uma instituição constitucionalmente eficiente, no cumprimento da totalidade de suas funções.

Toda e qualquer pretensão de atendimento de funções sempre tem como uma de suas condições de possibilidade a capacidade para tal. Ou seja, não se pode exigir que determinadas funções sejam atendidas se o ente responsável por isso não tiver capacidade para tanto. Nesse sentido, para o cumprimento de seu papel, o Estado precisa estar devidamente estruturado com vistas a ser efetivamente caracterizado como constitucionalmente eficiente. Um Estado que atende apenas algumas de suas funções, ou que atende apenas parcela de seus cidadãos, deixando outra parte (geralmente a grande maioria) sem o atendimento de suas necessidades básicas (que estão constitucionalmente estabelecidas como direitos sociais e deveres do Estado – como é o caso da saúde), não pode ser compreendido como um Estado constitucionalmente eficiente.

Assim, o Estado precisa ter a estrutura necessária. Para isso, precisa de recursos econômicos suficientes. O próprio Pacto Constitucional brasileiro, que estabeleceu as funções ao Estado, também criou as formas de arrecadação dos recursos possíveis para o atendimento daquelas funções. A principal forma de arrecadação do Estado é por meio de uma série de tributos, através de uma política tributária voltada ao atendimento dos princípios constitucionais. Porém, a política fiscal e tributária do Estado brasileiro encontra-se distante de atender a tais preceitos, tanto no que se refere a demandas sociais, cuja responsabilidade lhe foi imposta, quanto em relação ao Pacto, no sentido que estabelece a forma da busca das condições econômicas necessárias, por meio de uma política tributária verdadeiramente justa e equânime, que efetivamente viesse a atender a verdadeira capacidade contributiva de cada cidadão.

O não atendimento das demandas constitucionais, tendo por motivação essa negligência (por um lado, a falta voluntária das condições estruturais necessárias para isso, e, por outro, a falta de implementação de uma política de busca dos recursos necessários, por meio de uma verdadeira e constitucionalmente correta política tributária) faz com que o Estado deliberadamente afronte os princípios constitucionais, entre eles, e, principalmente, o da igualdade. Para isso, há que se ter *vontade constitucional*. Vontade de fazer com que os

preceitos constitucionais efetivamente sejam atendidos. Não há política estatal neutra. Não há produção legislativa, judicial ou executiva que não tenha reflexos na vida das pessoas. Por isso, Dworkin alerta que há desigualdade de participação e, portanto, não há democracia substancial quando cidadãos ou grupos sociais conseguem ter maior influência no Estado e nas decisões que o governo tomará, seja no sentido executivo ou na produção de leis.

Nessa linha, entendeu-se como viável a hipótese de que a concretização do princípio da igualdade caracteriza-se na mais efetiva condição de possibilidade para o cumprimento, de forma universalmente eficiente, das funções que foram estabelecidas ao Estado por meio do pacto constitucional.

O princípio da igualdade, ao estabelecer que não há relação hierárquica entre os cidadãos que participam de determinada comunidade, determina que não pode haver situação de inferioridade, nem de superioridade, entre os indivíduos frente ao processo democrático. Ninguém pode ter tratamento desigual, seja no sentido que lhe venha em prejuízo, seja no sentido da obtenção de privilégios frente aos demais. É por isso que Dworkin afirma que nenhum governo é legítimo se não demonstrar igual consideração pelo destino de todos os governados e pleno respeito pela responsabilidade de cada indivíduo para com sua própria vida. Essas duas exigências, a igual consideração e o respeito, devem ser interpretadas de forma dependentes e não conflitivas.

A igual consideração, diferente do que defendem alguns, não é alcançada apenas concedendo às pessoas total liberdade para trabalhar, comprar, vender, poupar e gastar conforme as condições e vontades de cada um. Essa teoria apenas aumenta as desigualdades. A igualdade ou a desigualdade social também dependem das decisões e escolhas governamentais, não havendo neutralidade nesse aspecto. O tratamento com igual consideração exige dos governos posições comprometidas com os que mais dependem do Estado, possibilitando-lhes um desenvolvimento social e pessoal digno.

A igualdade ainda pode ser vista por outras óticas distintas. Na visão *utilitarista*, um maior investimento deveria ser destinado aonde houvesse maior possibilidade de sucesso, o que tornaria a sociedade, em seu conjunto, mais próspera e feliz. A *igualdade de bem-estar* tem como estratégia a valorização da felicidade, pretendendo maximizar a felicidade de todos, a capacidade de ser bem-sucedido, as oportunidades para alcançar a felicidade ou o bem-estar, ou, ainda, igualar suas *capacidades* gerais. Diferente dessas diversas formas de interpretações, Dworkin se concentra na *igualdade de recursos*. É em relação a eles que é necessária a igualdade entre os membros da comunidade política, isto é, a distribuição igualitária dos meios (recursos econômicos) para que cada cidadão possa escolher os fins (felicidade, bem-estar etc.)

que melhor lhe convier, dentro desses limites de recurso (igualmente distribuídos) e de suas próprias responsabilidades pessoais.

A igualdade de recursos trata a todos com igual consideração, pois partem das mesmas condições de recursos. Também respeita a responsabilidade pessoal de cada um, pois, assumindo a metáfora do leilão, cada indivíduo adquire nele o que mais lhe agrada para tornar a sua vida bem vivida, nos limites de suas escolhas e dos recursos igualmente disponíveis.

Outra importante distinção feita é em relação à igualdade de início ou de fim. Restou claro que a abordagem *ex post* não é a mais indicada. Caso a comunidade, por meio do Estado, procurasse assegurar que o destino econômico de cada indivíduo não dependesse dos resultados de seus esforços profissionais, de suas capacidades, de suas condições de saúde, de seus talentos, consumo e poupança, ou de suas jogadas de investimentos, ela estaria mutilando a responsabilidade de cada um por suas escolhas pessoais, além de provocar um processo de desmotivação e acomodação irresponsável. A abordagem *ex ante* coloca as pessoas nas mesmas condições de igualdade quando têm de tomar decisões sobre o melhor para suas vidas. Tanto as questões de mercado, de emprego, salário, investimento, consumo e todas as demais questões da vida que necessitam de uma tomada de decisão sofrem contingencialmente pelo impacto dessas decisões.

Porém, nem todas as consequências posteriores serão resultado das decisões tomadas; elas também sofrerão influências das mais diferentes dimensões de sorte ou azar durante a vida. Para isso, é necessária uma outra forma de proteção. Na metáfora da ilha, Dworkin propõe a inclusão de um leilão com a oferta de seguros, por parte de alguns dos membros dessa nova comunidade. Os seguradores se comprometem a proteger os segurados de futuros prejuízos, insucessos ou azar que possam lhes atingir no transcorrer de suas vidas. Usando essa hipótese metafórica, é razoável que se pretenda que o governo (Estado) se utilize desse nível de cobertura para diferentes programas de redistribuição.

Nesse sentido, a igual consideração com que o Estado deve tratar a todos leva necessariamente à obrigação de atendimento universal aos direitos constitucionalmente estabelecidos. O direito à saúde faz parte do rol dos direitos fundamentais que a Constituição coloca como um direito de todos e um dever do Estado. É direito, portanto, de caráter universal e fundamental para o atendimento das condições minimamente necessárias para a construção de uma vida digna para todos. O conteúdo desse direito, sua abrangência e sua exigibilidade é o que precisa ser melhor compreendido para que se possa entender os motivos do descumprimento desse direito e apresentar propostas para a superação e correção desse problema.

Os fundamentos e objetivos são os que dão condições para a própria vivência social, ou seja, para a existência de uma sociedade fundada em tais bases, e com determinados objetivos a se perseguir. O Estado, nesse contexto social e político, é o instrumento necessário – e com essa função, portanto – para garantir a manutenção dos fundamentos dessa sociedade, disponibilizando condições necessárias e suficientes para que os objetivos da República sejam alcançados. Os direitos fundamentais sociais, entre eles, o direito à saúde, tem caráter vinculante ao Estado. Esse caráter vincula todos os Poderes, tanto formal como materialmente no cumprimento dos compromissos assumidos.

Essa interpretação, comprometida com os fundamentos constitucionais e com a busca do efetivo cumprimento daquelas promessas ainda não atendidas, somente se faz possível com uma correta e autêntica interpretação da Constituição. Uma interpretação que consiga compreender que é a Constituição a fonte irradiadora de toda a normatividade jurídica do Estado. Assim, a Carta, que foi produzida por um corpo político-social, agora abandona a sua passividade e passa a dirigir essa mesma comunidade política que a produziu. Essa comunidade, então, deve submeter-se à direção de sua Constituição, que assume conteúdo dirigente.

Porém, o que é esse ordenamento jurídico que a comunidade positivou na sua Constituição? Como a comunidade produz o Direito? Quais suas fontes de legitimidade e como interpretá-las? Essas são questões que se impõem e que precisam ser bem compreendidas.

Foi visto que o *interpretacionismo* nega uma pretensa cisão entre a moral e o Direito, como se fossem sistemas totalmente independentes. O último, em que pese seja formado e estabelecido pelas regras postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, também é formado por princípios que oferecem a melhor justificativa moral para as regras positivadas. Portanto, o Direito também inclui normas que nunca foram promulgadas, mas que decorrem desses princípios justificadores. Assim, trata-se de seu conceito como algo interpretativo e não meramente criterial, conforme é considerado pelo positivismo jurídico.

O conceito interpretativo exige que qualquer análise deva partir da identificação de práticas políticas e sociais, em que a figura do Direito esteja presente. Entre os direitos políticos, estão presentes alguns que são dotados da característica que podem ser impostos por uma instituição que tenha autoridade para isso, como um tribunal: esses são os direitos jurídicos, portanto, institucionalizados. A institucionalização dos direitos jurídicos por um órgão legiferante competente e autorizado pela comunidade para esta finalidade tem o condão de converter direitos compreendidos pela moral política em direitos jurídicos. Assim, voltando à imagem da árvore, se vê que o Direito é uma parte (ou uma subdivisão) da moral política; esta deflui da moral pessoal, e a moral pessoal, por sua vez, da ética.

Assim, analisou-se o caminho percorrido para a produção do Direito. Ou, dito segundo a lógica da metáfora dworkiana, da formação do último ramo da estrutura em forma de árvore, considerando a imagem de um sistema único entre a moral e o Direito. A partir da introdução da linguagem no pensamento filosófico, foi possível uma revolução na própria forma de se compreender e interpretar o Direito. A Hermenêutica Jurídica passa a ser existencial. O Direito e os fatos sociais não estão mais separados do intérprete; há a superação da relação sujeito-objeto. Conforme Streck, a Hermenêutica Jurídica de cariz ontológico-existencial implica a postura de comprometimento do intérprete, pois, nesse novo paradigma, as verdades jurídicas não dependem mais de métodos, entendidos como momentos supremos da subjetividade do indivíduo. Como consequência, não se diz o Direito apenas interpretando textos, pois esses são enunciados linguísticos que precisam ser interpretados dentro dos limites de seus significados e da realidade do mundo, no caso concreto. Por isso, não se pode confundir texto e norma. As normas são resultantes das interpretações que se faz dos textos, conjugadas com a faticidade do mundo. Interpretar o Direito significa aplicá-lo, pois a interpretação se dá sempre a partir de um caso concreto, que é único.

Isso, porém, não permite a confusão da interpretação dos textos como enunciados linguísticos com relativismo ou discricionariedade do intérprete. O sujeito não pode atribuir ao texto sentidos arbitrários, como se texto e norma (texto e significado) fossem coisas inteiramente separadas e com vida autônoma. Não há uma *liberdade de atribuição de sentidos*. O intérprete não pode pretender retirar do texto aquilo que o texto não diz.

A partir dessa compreensão, e verificando a natural aproximação entre Dworkin e a Hermenêutica de cariz filosófica, percebe-se que esta avança na busca das respostas corretas para o Direito (que deve ser interpretado e aplicado em cada caso concreto, embebido na tradição que forma, com o presente e o futuro, uma fusão de horizontes a ser seguido). O tratamento do Direito como integridade e o retorno à tradição são necessários para a melhor interpretação contemporânea desse mesmo Direito criado e aplicado no passado, buscado nele elementos que podem não estar explícitos nas proposições jurídicas encontradas, mas implícito na forma de princípios, que conduzirão à melhor interpretação construtiva a ser aplicada hoje.

Viu-se que essa concepção do Direito como integridade e como conceito interpretativo difere radicalmente do modelo positivista jurídico de Herbert Hart, que o entende como um sistema de regras que, em determinados casos (casos difíceis), permite que o intérprete tenha liberdade para decisões discricionárias e, portanto, arbitrárias. Diferente de Hart, Dworkin entende que no Direito o jurista lida com outros padrões normativos, que não funcionam como regras, mas, sim, como princípios. O princípio não visa a promover ou a assegurar uma situação

econômica, política ou social considerada desejável, mas objetiva atender a uma exigência de justiça ou equidade. Assim, os princípios jurídicos, e por excelência, os constitucionais, são indispensáveis e conclusivos na interpretação do Direito, pois devem dar um fecho eficaz e integrativo a qualquer norma, superando a mera dogmática positivista tradicional. Qualquer caso concreto sempre tem que ter uma resposta correta ou juridicamente adequada.

Considerando o caso como o desenvolvimento de um *romance em cadeia*, a comunidade específica teria que dar sequência à produção do romance que tem, até aqui, uma narrativa que trata de uma sociedade civilizada, formada por pessoas que possuem uma moral compartilhada, consubstanciada em uma Constituição que estabelece uma série de princípios e objetivos, como a dignidade da pessoa humana, o respeito às relações interpessoais, o respeito às regras democraticamente instituídas etc. Há, portanto, nesse romance, o estabelecimento de algumas regras de conduta que visam à orientação dessa sociedade na prática de seus atos, sejam eles coletivos, sejam eles particulares.

Com esses aportes, observou-se a possibilidade para a correta hermenêutica constitucional. A Constituição, como norma de hierarquia superior, dirigente e irradiadora principiológica para toda a legislação infraconstitucional, prescreve, determina e impõe que assim seja. Por isso, o próprio preâmbulo constitucional revela a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar a igualdade. O *direito à igualdade* ou a *igualdade de direitos* são expressões que permeiam todo o texto constitucional. Com isso, a igualdade é enraizada na Constituição como um dos princípios condicionantes fundamentais para que o pacto seja cumprido.

Em sua análise sobre o princípio da igualdade, Dworkin recorre ao conceito de equanimidade para demonstrar que ela, posta em prática, precisa atender, de forma desigual, questões e necessidades desiguais, ou seja, de forma equânime, e não simplesmente numa ótica de igualdade numérica. A busca pela igualdade precisa ser efetivamente substancial e não meramente formal. Por isso, o princípio da igualdade, presente na Constituição brasileira, determina tratamento jurídico desigual para situações desiguais, visando à igualdade substancial.

É nesse sentido que a Constituição faz uma clara opção por uma nova concepção de Estado, em que o princípio da igualdade é imperativo para que seu objetivo, como um daqueles fundamentais da República, seja efetivamente alcançado, construindo verdadeiramente um Estado Democrático e de Direito – que garante e respeita os direitos fundamentais, e, entre esses, os direitos sociais.

O atendimento aos direitos sociais é uma questão de dignidade humana. Nisso, o princípio da igualdade está umbilicalmente relacionado ao princípio da dignidade humana. Enquanto o princípio da igualdade afasta a possibilidade do entendimento de que a vida, a liberdade e a felicidade, entre outros bens, de determinada pessoa possam ser considerados intrinsecamente superiores ou inferiores em relação à outra, o princípio da dignidade prescreve que ela, em si, é intrínseca à própria condição humana.

Quanto à extensão dos direitos à saúde, estes dois princípios constitucionais são fundamentais para a sua definição (a definição de sua extensão). Os princípios da igualdade e da universalidade estão, necessária e intrinsecamente, relacionados quando se trata da definição de algum direito, ou quanto à extensão em que ele deve ser entendido. É necessário compreender que uma determinada pretensão de direito somente se torna direito subjetivo se atender a pelo menos dois critérios essenciais: primeiro se o pretense direito puder ser universalizado de forma igualitária a todos os que se encontram ou que venham a se encontrar na mesma situação; segundo, se o custo para o atendimento desse direito não prejudicar o atendimento de outros direitos já anteriormente reconhecidos e universalizados. Se esses dois critérios não puderem ser atendidos de forma positiva, não se está tratando de um direito, mas, apenas, de uma pretensão subjetiva que não poderá ser concretizada. Afinal, se não for universalizável não é um direito, mas um privilégio, considerando a situação posta.

Nessa discussão, um elemento de primordial análise é o processo de judicialização da saúde, como consequência da própria judicialização da política. Embora, a limitação de recursos públicos seja uma questão notória e amplamente conhecida, o Poder Judiciário tem determinado a aquisição e o custeio de medicamentos, o fornecimento de órteses e de próteses, internações hospitalares compulsórias, cirurgias de alto custo (muitas vezes realizadas no exterior) etc., através do Estado de forma ilimitada, entendendo ser esse sempre um direito subjetivo do cidadão. Com isso, desconsidera o alto custo imposto ao conjunto da sociedade, não apenas em relação às questões econômicas que envolvem os casos específicos, mas o consequente não atendimento de inúmeros programas de políticas públicas gerais à população. Exemplos concretos apostados no presente trabalho mostram bem essa realidade.

Foi demonstrado, através de trabalho realizado pelo Tribunal de Contas da União, que 53% dos gastos resultantes de ações judiciais se concentram em apenas três medicamentos que sequer fazem parte da relação nacional dos medicamentos essenciais – Rename. Nesse mesmo sentido, viu-se que os gastos passaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, entre os anos de 2008 a 2015, representando um aumento de mais de 1.300%. Conclui-se que tal se mostra algo totalmente insustentável ao longo do tempo.

Portanto, não resta dúvida de que a judicialização da saúde é um grande problema a ser enfrentado para a concretização da pretendida universalização das ações positivas envolvendo esse direito. Ou seja, para que aquilo que efetivamente é o Direito tenha um alcance efetivamente universal. Nesse sentido, quando um pretense direito não pode ser alcançado a todos, ele não é um direito, mas, sim, um privilégio. Se um tratamento de saúde a uma determinada pessoa (i) não pode ser estendido a todas aquelas que se encontram com o mesmo problema (real ou potencialmente); ou (ii) se produzir custos ao Estado, que venham em prejuízo ao atendimento das demandas gerais e universalizáveis de seu atendimento, não se tem um direito subjetivo, mas, sim, uma pretensão de privilégios frente aos demais.

É por isso que os parâmetros delimitadores de um direito precisam, necessariamente, estar relacionados com os recursos disponíveis para o atendimento desse direito. Da mesma forma, jamais se pode olvidar de que determinado direito precisa ser alcançado a todos de forma universal e igualitária. Para Dworkin a questão do direito à saúde não pode deixar de considerar a sua ideia sobre a igualdade, e de como esse princípio deve ser compreendido principalmente pelo Estado. Assim, as questões fundamentais relacionadas à igualdade, ao tratar do direito à saúde, têm dois elementos indissociáveis, que precisam ser verificados. Primeiro, a quantidade total de recursos disponíveis que uma comunidade política dispõe (seja na forma de recursos privados para contratação direta, que Dworkin identificou como apólices de seguro-saúde, seja na forma de tributação ao Estado). Segundo, a administração da limitação desses recursos frente às demandas existentes.

Dworkin, ao tratar da igualdade de recursos, inclui, entre estes, tanto os privados quanto os públicos. Assim, os recursos disponíveis em países como o Brasil nunca são somente os públicos ou os privados, mesmo que um deles se sobressaia. Dessa forma, por exemplo, os recursos que o Estado arrecada são recursos públicos. Parte deles é investida em saúde. Da mesma forma são os recursos privados, ou seja aqueles que determinada pessoa ou família investe em saúde privada. Estes, por óbvio, também são recursos investidos em saúde. Portanto, a soma desses recursos, públicos e privados, são os que a comunidade política possui para investir em saúde.

Não se pode olvidar que o princípio da universalidade, conjugado como direito à igualdade de respeito e consideração, consagrado na Constituição brasileira, pretende uma distribuição de assistência médica com equanimidade entre todos os que necessitam, independente das condições materiais ou de vida daqueles que buscam assistência.

O problema a ser enfrentado reside na equação da questão de quanto se deve gastar em seu sistema de assistência à saúde, e a quem esse sistema deve atender, considerando os recursos

disponíveis. Ainda, considerando a disposição de determinado recurso para a cobertura do custo do sistema de saúde, também integra esse mesmo problema a forma sobre como atender, por um lado, a pretensão de utilização de um direito à saúde de forma integral e absoluta (considerando todos os avanços e possibilidades científicas e tecnológicas de tratamentos curativos e preventivos, e seu alto custo) e, por outro lado, a necessidade de distribuição de assistência médica com equidade e de forma universal.

Estabelecida a questão do orçamento disponível – que sempre será aquém das necessidades, pois limitado –, resta definir a abrangência da assistência à saúde que se pretende prestar. Como ela deve ser universal, conforme estabelece a Constituição brasileira, outra questão a ser definida se refere aos valores que podem ser gastos com a assistência a uma única pessoa, considerando determinada necessidade, na busca do seu direito à saúde de forma integral e absoluta.

O direito à saúde e à assistência, embora fundamentais, não são absolutos. Não é possível empreender todas as condições tecnológicas e científicas na busca de soluções para aquela determinada necessidade, seja de forma curativa ou preventiva. Qual é o limite? O limite é a possibilidade da universalização igualitária do Direito. Um direito que vai além das possibilidades de recursos econômicos para estender essa mesma pretensão a todos os reais ou potenciais necessitados, ou que venha a produzir prejuízo ao atendimento ao direito básico de todos os cidadãos de forma igual e universal, não pode ser entendido como um direito, mas, sim, como um privilégio.

O limite deve ser matemático. É necessário ter claro que há dois objetivos (hierarquicamente assim divididos) a se alcançar: primeiro, a *prestação da universalidade igualitária*. Esse conceito é aqui compreendido como a universalidade da prestação assistencial de forma igualitária ao conjunto dos cidadãos que demandam ao Estado a prestação da assistência à saúde. O critério que define esse como sendo o primeiro objetivo em ordem hierárquica é obvio: quando não atendido esse primeiro objetivo, não se pode avançar ao segundo. Afinal, além de, na prática, o Estado colocar o conjunto social (considerando a universalidade como um grande número de indivíduos) em risco de sofrer danos graves e irreparáveis, pela não prestação ao seu direito à saúde, também afronta ao princípio da igualdade, que determina que todos devem ser tratados pelo Estado com igual consideração.

Alcançado o primeiro objetivo, pode-se avançar ao segundo, que é o da *maior excepcionalidade individual* possível. A excepcionalidade é compreendida aqui como a prestação que alcança ao indivíduo específico a melhor saúde para uma melhor qualidade de vida possível, para além da regra da prestação assistencial, antes universalizada. Assim, deve

ser analisada a maior distância progressiva possível da excepcionalidade, bem como o progressivo aumento de custo dessa prestação excepcional.

A estruturação da verificação de possibilidade de determinada prestação assistencial à saúde pode ser simbolizada como uma *pirâmide de abrangência*, em que a base da pirâmide (sentido horizontal) é formada pela garantia da *universalidade igualitária*. Assim, antes de qualquer outra análise, deve ser garantida a prestação universal à saúde. Já o ápice da pirâmide (sentido vertical) identifica o máximo da *excepcionalidade individual* possível. O limite do ápice sempre precisa ter em consideração que jamais se poderá comprometer a garantia da universalidade. Assim, a pirâmide de abrangência terá na sua base a extensão suficiente para garantir a assistência universal. Já o seu topo será da extensão máxima possível para atender a excepcionalidade individual, considerando a altura como o limite alcançável, desde que não comprometa sua largura (a universalidade igualitária).

É claro que para a verificação do limite vertical (a excepcionalidade individual) é necessária a consideração de que tal limite deve ser assegurado a todos que estão ou que possam vir a estar em situação similar. Isso se dá exatamente para manter a universalidade igualitária de tratamento àqueles que se encontram em igual situação. Aqui se produz, conforme se vê, um *círculo interpretativo de verificação* da possibilidade prestacional a uma nova excepcionalidade de tratamento. Pois a nova excepcionalidade deve sempre (e cada vez, de novo) também atender à universalidade.

Com o círculo interpretativo de verificação, volta-se a analisar a universalidade, quando da verificação da possibilidade (ou não) de uma nova excepcionalidade. Assim, o avanço a uma nova excepcionalidade somente poderá acontecer (e se for mantida e garantida a universalidade) após o alcance do (novo) tratamento excepcional. A questão fundamental deve estar centrada no entendimento de que a justiça, em cada caso concreto, deve ser sempre aquela que possa ser universalizada. Caso contrário, não se está tratando de um direito, mas, sim, de um privilégio que não pode ser estendido a todos.

Assim, a verificação do limite da excepcionalidade individual (vertical) deve ser acompanhada constantemente, pois pode sofrer (e certamente sofrerá) variação (estando garantida a prestação universal) para mais e para menos como, por exemplo, ocorre com a descoberta de novas doenças e novas curas, proporcionadas pelos constantes avanços científicos e tecnológicos. Portanto, numa verificação de atendimento à determinada necessidade, quanto maior o grau de excepcionalidade da prestação, maior deve ser a verificação das possibilidades econômicas para o seu atendimento. Necessariamente, na

consideração da excepcionalidade, deve-se ter um limite máximo, definido, por órgão competente, como intransponível.

Fica mais uma vez claro que qualquer discussão sobre a abrangência do direito à saúde está diretamente relacionada aos recursos econômicos disponíveis para que esse direito seja alcançado a todos de forma igualitária e universal. Com isso, torna-se necessário ter a correta compreensão de que, por um lado, tais recursos não podem ser gastos em despesas que não digam respeito à sua correta destinação, específica e necessária. Por outro, também não pode haver negligência na correta arrecadação dos recursos públicos necessários.

Nessa linha, deve o Estado exercer o seu poder/dever de buscar toda a arrecadação possível, dentro dos limites que a Constituição lhe confere competência, não lhe sendo permitido qualquer espécie de negligência fiscal. Também não podem ser admitidos pagamentos em duplicidade a serviços de saúde, como ocorre nos casos em que o sistema público de saúde tem que atender demandas que foram, anteriormente, contratadas junto ao setor privado. Quando tais fatos acontecem, entende-se ser necessário o ressarcimento dos valores envolvidos, para evitar prejuízo ao Estado e, conseqüentemente, à coletividade social.

Portanto, viu-se que a efetivação do direito à saúde padece inicialmente de um problema de definição ou de concepção do que de fato deve ser entendido. Conjugada a essa questão, também está a que trata dos gastos necessários e possíveis em saúde, em comunidades em que a ela deve ser prestada pelo Estado, conforme determina a Constituição.

No caso do Estado brasileiro, a principal fonte de recursos públicos são os tributos. Quando se analisou os recursos para um Estado eficiente, pode-se ver que a política tributária brasileira é equivocada e nefasta em vários aspectos. A maior carga tributária advém dos tributos impostos sobre os chamados bens de consumo, como alimentação, transporte, vestuário, medicamentos etc. Assim, é a população de baixa renda a maior contribuinte para a formação do bolo tributário. Por outro lado, outras fontes tributárias, como a renda e os bens, além de também tributarem mais os de menor renda, também praticam uma política de *proteção* àqueles com mais posses. Portanto, em relação à política tributária, se pratica uma pirâmide proporcionalmente invertida em relação à capacidade tributária. Essa prática, por si só, já se mostra inconstitucional, quando confrontada com os princípios e objetivos que a Constituição estabeleceu para a sociedade e o Estado brasileiro como nação.

Há, portanto, formas de efetivo incremento de arrecadação de valores aos cofres públicos e a disponibilização daqueles valores necessários para serem gastos nos serviços de saúde. O que falta efetivamente é vontade para a real implementação de políticas tributárias que venham ao encontro aos ditames constitucionais, principalmente, aqueles que comprometidos

com o resgate da dívida social há muito negligenciada.

Assim, se analisou a possibilidade de concretização de um Estado constitucionalmente eficiente, a partir de parâmetros democráticos. Essa eficiência estatal se mostra necessária para que o Estado venha a atender aos direitos sociais, principalmente, para o presente trabalho, o direito à saúde. Como principal condicionante para possibilitar esse desiderato, se colocou como hipótese o atendimento ao princípio da igualdade, conforme constitucionalmente estabelecido.

Se pode estabelecer como afirmativa a hipótese levantada, ou seja, a de que efetivamente o Estado pode ser constitucionalmente eficiente, na medida em que compreender de forma correta a função outorgada pela Constituição. Para isso, é necessário entender, como condição de possibilidade, o atendimento ao princípio da igualdade, na forma concebida a partir das referências utilizadas, principalmente a partir da construção conceitual elaborada, também nesse particular, por Ronald Dworkin.

Da mesma forma, a hermenêutica constitucional correta, tendo como fio condutor o princípio da igualdade entre os cidadãos (como condição, inclusive, de legitimidade do próprio Estado e de seu governo), conforme sentença Dworkin, precisa ser vista e compreendida nas duas esferas da questão a ser enfrentada. Ou seja, no atendimento das demandas, entre elas, o direito à saúde, mas, também, na busca dos recursos – principalmente por meio da política de tributação. É a partir daí que efetivamente a Constituição estabelece condições para o atendimento das demandas impostas ao Estado. Não se pode olvidar que o princípio da igualdade, levado à política tributária, tem na capacidade contributiva a sua concretização.

É nesse sentido que a Constituição brasileira precisa ser lida, compreendida e efetivada, com vistas a efetivar os direitos sociais que o pacto impôs ao Estado como demandas de sua responsabilidade. Não pode haver dúvidas de que essa se caracteriza como sendo a única forma possível de concretizar o resgate da histórica, e constantemente negligenciada, dívida social que, apesar das promessas da modernidade, teima em permanecer.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, John. **The portable John Adams**. London: Penguin, 2004.
- AGÊNCIA de Segurança dos EUA fez mais de 300 relatórios sobre Merkel. **Agência Brasil**, [S.l.], 29 mar. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 24 nov. 2017.
- ALDÉ, A. As eleições presidenciais de 2002 nos jornais. **Alceu – Revista de Comunicação, Cultura e Política**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 23-45, 2003.
- ALONSO, Leandro Seawright. **Entre Deus, diabo e Dilma: messianismo evangélico nas eleições 2010**. São Paulo: Fonte, 2012.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AMORIM, Ana Paola. Os enigmas da herança do primeiro período Vargas na radiodifusão brasileira: a ausência do público. In: LIMA, Venício A. de, GUIMARÃES, Juarez, AMORIM, Ana Paola (Org.). **Em defesa de uma opinião pública: conceitos, entraves e desafios**. São Paulo: Paulus, 2014. p. 133-167.
- ANTUNES, Anderson. The Richest Pastors in Brazil. **Forbes**, [S.l.], 17 jan. 2013. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/andersonantunes/2013/01/17/the-richest-pastors-in-brazil/#2b93899f5b1e>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**. Tradução de Helena Martins e Outros. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultura, 1999. (Coleção Os Pensadores, Livro I, 5, 19).
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 93, jan./mar. 1991.
- AVELÁS NUNES, António José. **O Estado capitalista e suas máscaras**. Lisboa: Avante, 2013.
- AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- AZEVEDO, F. A.; RUBIM, A. A. C. Mídia e política no Brasil. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 43, p. 189-216, 1998.
- AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **Opinião Pública**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 88-113, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762006000100004. Acesso: 25 nov. 2018.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Atualizado por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BANCADA Evangélica foi a que mais diminuiu, avalia Diap. **Estadão**, São Paulo, 11 out. 2006. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,bancada-evangelica-foi-a-que-mais-diminuiu-avalia-diap,20061011p68150>. Acesso em: 25 set. 2017.

BAPTISTA, Saulo. **Pentecostais e neopentecostais na política brasileira**: um estudo sobre cultura política, Estado e atores coletivos religiosos no Brasil. São Paulo: Annablume, 2009.

BARBANO, Filippo. Prefazione. In: BERZANO. L. **Differenziazione e religione negli anni Ottanta**, Turim: Giappichelli, 1990.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: LACOMBE, Margarida (Org.). **1988, 1998**: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECHO, Renato Lopes. Princípio da eficiência na administração pública. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, jul. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BEZERRA, Heloisa Dias; MUNDIM, Pedro Santos. Qual foi o papel das variáveis midiáticas na eleição presidencial de 2010? **Opinião Pública**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 452-476, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2000.

BRAGA, Douglas Gerson. **Conflitos, eficiência e democracia na gestão pública**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto 2.108, de 24 de dezembro de 1996**. Altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, e

modificado por disposições posteriores. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2108.htm. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. **Decreto 20.047, de 27 de maio de 1931**. Regula a execução dos serviços de radiodifusão no território nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20047-27-maio-1931-519074-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. **Decreto 21.111, de 1 de março de 1932**. Aprova o regulamento da execução dos serviços de radiodifusão no território nacional. Disponível em: <
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21111-1-marco-1932-498282-publicacaooriginal-81840-pe.html>>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. **Decreto 24.655, de 11 de julho de 1934**. Dispõe sobre a concessão e a execução dos serviços de radiodifusão e dá outras providências. Disponível em:
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24655-11-julho-1934-503561-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 out. 2017.

BRASIL. **Decreto 7.670, de 16 de janeiro de 2012**. Altera dispositivos do Regulamento dos Serviços de Radiodifusão aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, e dos Decretos nº 88.066, de 26 de janeiro de 1983, e nº 5.820, de 29 de junho de 2006. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7670.htm. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária de São Paulo (4ª Vara de Sorocaba/SP). Sentença. **Processo nº 0001778-95.2014.403.6110**. Autor: Sophia Gonçalves Lacerda. Réu: União Federal. Sorocaba, 04 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRASIL. **Lei complementar 101, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.html. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2014/03/agencia-de-seguranca-dos-eua-fez-mais-de-300-relatorios-sobre-merkel>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.424, de 28 de março de 2017.** Altera as Leis nºs 5.785, de 23 de junho de 1972, 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, 4.117, de 27 de agosto de 1962, 6.615, de 16 de dezembro de 1978, para dispor sobre o processo de renovação do prazo das concessões e permissões dos serviços de radiodifusão, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13424.htm. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656compilado.htm##LS. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão: **Processo nº STA 175**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal 5º Região. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de abril de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Processo nº RE 597064**. Recorrente: Irmandade do Hospital de Nossa Senhora das Dores. Recorrido: Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2661252>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Processo nº RE 566471**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília (em tramitação). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 19 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita da Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439**. Proponente: Procuradoria-Geral da República: PGR. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 27 de setembro 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3926392>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 153.771-0-MG**. Recorrente: José Tarcizio de Almeida Melo. Recorrido: Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 05 de set. de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211634>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 379.572**. Recorrente: Conrado Van Erven Neto e Outro (a/s). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min.

Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de abril de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506713>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 562.045**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Espólio de Emília Lopes de Leon. Relatora: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sumula 656**. Brasília, 13 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2151>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Tribunal Pleno). Acórdão. **Processo nº 009.253/2015-7**. Órgão auditado: Ministério da Saúde. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 16 de agosto de 2017. p. 58. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:oWJUSEf4krQJ:https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf%3FcodFiltro%3DSAGAS-SESSAO-ENCERRADA%26seOcultoPagina%3DS%26item0%3D575330+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório sistêmico de fiscalização**: Saúde: exercício 2015-2016. Tribunal de Contas da União; Relatoria Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Saúde, 2017. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fisc-saude-relatorio-sistemico-de-fiscalizacao-exercicio-2015-2016-1.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3ª Vara da Fazenda Estadual da Comarca de Belo Horizonte). Sentença. **Processo nº 2499334-08.2014.8.13.0024**. Autor: Luciano Roberto Salomão. Réu: Estado de Minas Gerais. Juíza de direito: Rosimere das Graças do Couto. Belo Horizonte, 02 de outubro de 2014. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?listaProcessos=14249933&comrCodigo=24&numero=1. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo). Sentença. **Processo nº 0034026-16.2010.8.26.0053**. Autor: Rafael Notarangeli Fávaro. Réu: Secretário Estadual da Saúde do Estado de São Paulo. Juiz de direito: Josué Vilela Pimentel. São Paulo, 06 de maio de 2011. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00028070000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_6e1638f6915b4097a635fd12edfd5600. Acesso em: 17 mar. 2018.

BRITTAN, S. **Participation without politics**. London: Institute of Economic Affairs, 1975.

BUFFON, Marciano. Interpretação das normas tributárias: a hermenêutica filosófica como alternativa para o rompimento com o paradigma racionalista. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

BUFFON, Marciano. Tributação ambiental: a prevalência do interesse ecológico mediante a extrafiscalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-

graduação em Direito da UNISINOS (mestrado e doutorado). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAENEGEM, Raoul C. Van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CAMARGO, Paulo Tonet. Presidente da ABERT. Presidente da Abert diz que Marco Regulatório é o maior avanço do setor nos últimos anos. ABERT (vídeo). Disponível em: <http://www.abert.org.br/web/index.php/bibliotecas/biblioteca-de-midias/item/presidente-da-abert-diz-que-marco-regulatorio-e-o-maior-avanco-do-setor-nos-ultimos-anos> . Acesso em: 23 out. 2017.

CAMAZANO, Joaquin Brage. Estudio introductorio: el Tribunal Constitucional em Alemania, com particular referencia al pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse. In: HÄBERLE, Peter. **Estudios sobre la jurisdicción constitucional**. Mexico: Porrúa, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPOS, Leonildo S. Evangélicos e mídia no Brasil: uma história de acertos e desacerto. **Revista de Estudos da Religião**, [S.l.], set. 2008.

CAMPOS, Roberto. As tentações de São João Batista. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 04 mar. 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Precisar a Teoria da Constituição Europeia de uma Teoria do Estado. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires, Coimbra, p. 665-674, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. rev. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4. ed. revisada, Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**: cadernos democráticos. Lisboa: Grávida, 1999.

CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 1993.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **Progressividade e IPTU**. Curitiba: Juruá, 1999.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio: Zahar, 2003,

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais em rede da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTRO, José de Almeida. **História do rádio no Brasil**. Brasília, DF: Associação brasileira das emissoras de rádio e televisão – ABERT, [2017?]. Disponível: <http://www.abert.org.br/web/index.php/quemsomos/historia-do-radio-no-brasil>. Acesso em: 01 nov. 2017.

CHOMSKI, Noam. **Mídia**: propaganda política e manipulação. São Paulo. Martins Fontes, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio In: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. [S.l.]: Max Limonad, 2000.

COMPOSIÇÃO da bancada Evangélica. **Mídia, Religião e Política**, São Paulo [2017?]. Disponível em: <http://www.metodista.br/midiareligiaopolitica/index.php/composicao-bancada-evangelica>. Acesso em: 25 de set. de 2017.

CONRADO, Flávio César dos Santos. **Cidadãos do reino de Deus**: um estudo da *Folha Universal* nas eleições de 1998. 2000. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Antropologia) - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia** - anotações relativas ao texto integral da Carta Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução RE nº 107, de 06 de abril de 2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf. Acesso em: 18 mar. 2018.

CONSTRANGIMENTO epistemológico. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

CORTEN, André. A Igreja Universal: uma máquina multinacional que responde às novas necessidades religiosas. **Revista de Cultura**, Petrópolis, Vozes, 2002.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAHL, Robert. **Um prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no Estado de direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n 5, 1994.

DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. **Religião e política: ideologia e ação da Bancada Evangélica na Câmara Federal**. 2011. 350 f. Tese (Doutorado Psicologia Social) – Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna% 20Suruagy%20do%2 0 Amaral%20Dantas.pdf](https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna%20Suruagy%20do%20Amaral%20Dantas.pdf). Acesso em: 17 set. 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE APOIO PARLAMENTAR (DIAP). **Evangélicos crescem no Congresso; PSC tem mais representantes**. Brasília-DF. Disponível em: [http://www. diap.org.br/index.php? option=com_content&view=article&id=14637-evangelicos-crescem-no-congresso-psc-lidera-em-numero-de-parlamentares](http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14637-evangelicos-crescem-no-congresso-psc-lidera-em-numero-de-parlamentares). Acesso em: 25 de set. 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE APOIO PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do Novo Congresso: Legislatura 2015-2019**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: [http://www.diap.org. br/index.php?option=com_content&view=article&id=14637-evangelicos-crescem-no-congresso-psc-lidera-em-numero-de-parlamentares](http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14637-evangelicos-crescem-no-congresso-psc-lidera-em-numero-de-parlamentares). Acesso em: 25 de set. 2017.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR (DIAP). **Radiografia do novo congresso: legislatura 2015-2019**. Brasília, DF, 2014.

DEUTSCH, Karl Wolfgang et al. **The analysis of international relations**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1968.

DUARTE, Efigenia Maria Nolasco *et al.* O imposto territorial rural (ITR) como instrumento de justiça fiscal e social. In: TESES temáticas. Florianópolis: Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, 2010.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate politico**. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008.

DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga**. Tradução de M. Iglesias e I. Ortiz. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizatório**: formação do Estado e civilização. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. pt. 2.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à jurisdicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi. **Nanotecnologias e o in dúbio pro ambiente**: um olhar ambiental sobre os riscos do emprego de materiais com escala nanométrica. [S.l.], 2010. Disponível em: www.planetaverde.org/teses/Andre%20Flores%20e%20Wilson.pdf. Acesso em: 18 jul. 2014.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Escala, s/d.

FACHIN, Luiz Edson. Título. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FANTAZZINI, Orlando; GUARESCHI, Pedrinho. A campanha ética na TV e o conteúdo da programação televisiva. In: CHAGAS, Claudia. M.; ROMÃO, José. E. E.; LEAL, Sayonara. **Classificação indicativa no Brasil**: desafios e perspectivas. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2006. p. 117-128.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 11. ed. São Paulo: Globo. 1997. v. 1.

FAVEIRO, Vitor António Duarte. **O estatuto do contribuinte**: a pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. 10. ed. Tradução de Irene de Bojano e de Mário de Souza. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. I Conferência internacional sobre garantismo e gestão pública – separação dos poderes: funções de governo e funções de garantia. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, ano 4, n. 23, nov./dez. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Madrid: Trotta, 2011.

FERRERO, Guglielmo. **Il potere**. Milano: Comunità, 1974.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Tradução: Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jul. 2000.

FRANKENBERG, Günter. **Die Verfassung der Republik**: Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM. 2010.

FROSINI, Vittorio. **L'umo artificiale**: ética e diritto nell'era planetária. Milano: Spirali Edizione, 1986.

FROSINI, Vittorio. **La democrazia nel XXI secolo**. Roma: Ideazione Editrice, 1997.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Cadastro Central de Empresas – 2015**. Disponível em <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/cempre/quadros/brasil/2015>. Acesso em 28 nov. 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pnad contínua**: taxa de desocupação é de 13,3% no trimestre encerrado em maio. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/10552-release-pnad-c-maio.html>. Acesso em: 28 nov. 2017.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flavio Paulo Maurer; revisão de tradução de Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

GRILLO, Marcos. Desde 2010 uma nova organização religiosa surge por hora. **O Globo**, Rio de Janeiro, 26 mar. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/desde-2010-uma-nova-organizacao-religiosa-surge-por-hora-21114799>. Acesso em: 29 set. 2017.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HÄBERLE, Peter. El tribunal constitucional como poder político. In: HÄBERLE, Peter. **Estudios sobre la jurisdicción constitucional**. Mexico: Porrúa, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. São Paulo: Unesp, 2014.

HAYEK, Friedrich. Reexaminando a taxaçoão progressiva. Tradução de Edson Boni. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). **Princípio e limites da tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HEGEL, G.W.F. **Introdução à história da filosofia**. Coimbra: A. Amado, 1980; e HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: M. Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. São Paulo; Martins Fontes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008; DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HELD, David. **Un pacto global**: la alternativa socialdemocrata al consenso de Washington. Madrid: Taurus, 2005.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. **Capacidad economica y sistema fiscal**: analisis del ordenamiento espanõl a la luz del derecho alemán. Madrid: Marcial Pons, 1998.

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

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. Tradução de Inocência Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D’Angina. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2010**. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 29 set. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA) et al. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4. ed. Brasília, DF: 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html. Acesso em: 28 nov. 2017.

INTERPRETAÇÃO – reprodução e atribuição de sentido (*Auslegung e Sinngebung*). In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

JR, Geraldo; LEVORATO, Ana Carolina. Bebê Sofia morre nos EUA após parada cardíaca. **G1**: Sorocaba e Jundiaí, 14 out. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/09/apos-parada-caraiaca-bebe-sofia-morre-nos-eua.html>. Acesso em: 17 mar. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1988.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANTOROWICZ, Ernst Hartwig. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KLINENBERG, Eric. Concentração & diversidade. Novas táticas dos monopólios da informação. **Observatório da Imprensa**, [S.l.], 9 jan. 2007. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/interesse-publico/novas-taticas-dos-monopolios-da-informacao/>. Acesso em: 25jan. 2018.

KOSSMANN, Edson Luís. **A constitucionalização do Princípio da Eficiência na administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

KOSSMANN, Edson Luís. A evolução histórica dos instrumentos e mecanismos de proteção e garantia dos Direitos Humanos – conquistas e desafios. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco, 2015.

KOSSMANN, Edson Luís. Máxima *vênia* Sr. ministro. **Sul 21**, [S.l.], 2012. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/maxima-venia-sr-ministro/>. Acesso: 15.jul. 2015.

LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN,

Wilson. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

LIMBERGER, Temis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMBERGER, Temis. **Cibertransparência**: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: uma análise regional de municípios do Rio Grande do Sul com relação à efetividade da lei de acesso à informação pública e a concretização dos direitos sociais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

LIMBERGER, Têmis. Direitos humanos na era tecnológica. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 346-366, 2014.

LIVINGSTON, Michael A. Progressividade e solidariedade: uma perspectiva norte-americana. Tradução de Marco Aurélio Greco. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

LOBATO, Elvira. FHC distribuiu rádios e TVs educativas para políticos. **Folha de São Paulo**, Rio, 24 ago. 2002. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u36586.shtml>. Acesso em: 23 out. 2017.

LOBATO, Elvira. Governo Lula distribui TVs e rádios educativas a políticos. **Folha de São Paulo**, Rio, 18 jun. 2006. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1806200602.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo entre eficiência e a garantia dos particulares – algumas considerações. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 1995.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Maria das Dores Campos. **Política e religião**: a participação dos evangélicos nas eleições. São Paulo: FGV Editora, 2006.

MACHADO, Maria das Dores Campos. Religião e política: evangélicos na disputa eleitoral no Rio de Janeiro. **Revista Antropolítica**: revista contemporânea de antropologia e ciência política, Niterói, n. 10/11, 2001.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O federalista**. Lisboa: Colibri, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. 4. ed. Brasília: Editora da UnB, 2000.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira. Católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, 2011.

MARIANO, Ricardo. **Neopentecostais: a sociologia do novo pentecostalismo no Brasil**. São Paulo: Loyola, 1999.

MARIANO, Ricardo. Políticos evangélicos à beira de um ataque homofóbico. GT pessoa, família e ethos religioso. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 19., 2005, Caxambu: MG. **Anais ...** Caxambu: MG, Anpocs, 2005.

McCHESNEY, Robert W. The political economy of global communication. In: MCCHESENEY, R. W. et al. (Ed.). **Capitalism and the information age**. New York: Monthly Review Press, 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Patricia Campos; ANDRADE, Débora Machado. Brasileiros acionam a justiça por tratamento na Tailândia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 mar. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/03/1751966-brasileiros-acionam-a-justica-por-tratamento-na-tailandia.shtml>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MINAS GERAIS. Ministério Público; Superintendência de Comunicação Integrada. O preço da esperança. **Clipping**, [S.l.], ano 22, p. 10, 18 out. 2014. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:isY1KNKIRuoJ:https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFAA4815B4F10148EAF321D092D+%&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 16 de mar. 2018.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Globalização e direito: o impacto da ordem mundial global sobre o direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 7, p. 65-75, jul./set. 2000.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição. Qual a “norma” contida no “texto”: o caso das contratações temporárias no serviço público. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em**

Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Afinal: quem é o Estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. (Coleção Estado e Constituição, n. 1.)

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas no Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, jul./set. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios institucionais brasileiros. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Desafios do século XXI**. São Paulo: Pioneira: Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade: finalidade: eficiência: resultado. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Fernando Cláudio Prestes; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Introdução à organização burocrática**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. trad. Peter Naumann. 2 ed. São Paulo: Max limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. [S.l.]: Max Limonad, 2000.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NEGRÃO, Lísias Nogueira. Intervenção. In: MOREIRA, Alberto; ZICMAN, Renée (Org.). **Misticismo e novas religiões**. Petrópolis: Vozes: USF: FAN, 1994.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **Declaração**: isto não é um manifesto. São Paulo: N-1 edições, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. **Novos estudos – Cebrap**, São Paulo, v. 31, p. 25-40, 1991.

OLIVEIRA, Sidney Nilton de. As estratégias de gerenciamento do trabalho nas organizações modernas. **História – Questões & Debates**, Curitiba, n. 29, ago./dez., 1998.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ONDE a democracia não chegou. **Intervozes, Informativo**, [S.l.], nov. 2007. Disponível em <http://intervozes.org.br/publicacoes/revista-concessoes-de-radio-e-tv-%E2%80%A2-onde-a-democracia-ainda-nao-chegou/>. Acesso em: 18 out. de 2018.

ORO, Ari Pedro. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 53, p. 53-69, out. 2003

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

OXFAM BRASIL. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. [S.l.], 2017. p. 6. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/Relatorio_A_distancia_que_nos_une.pdf. Acesso em: 12 fev. 2018.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marínes Restelatto. A licitação no formato eletrônico e o compromisso com a eficiência (Projeto de Lei nº 7.709, de 2007). **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 181-194, jul./ago. 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadanía.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **El desbordamiento de las fuentes del derecho**. Madrid: La ley, 2011.

PERREIRA JUNIOR, Jessé Terres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Estado laico, fundamentalismo e a busca da verdade**. Estado Laico e liberdades democráticas. Recife: Articulação de Mulheres Brasileiras: Rede Nacional Feminista de Saúde/SOS Corpo –Instituto Feminista para a Democracia, 2006.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Interesses religiosos dos sociólogos da religião: globalização e religião**. Petrópolis: Vozes, 1997.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 43-73, 1998.

PINÑAR MANÑAS, José Luis. **Administración electrónica y ciudadanos**. Madrid: Civitas, 2011.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed. 1994.

PINZANI, Alessandro. Republicanismo(s), democracia, poder. **Veritas**, Porto Alegre, v. 52, n. 1, p. 5-14, 2007. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/1856/1386>. Acesso em 25 nov. 2017.

PORTUGAL. Constituição **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010 e; POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRINCÍPIOS jurídicos. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

RAMONET, Ignacio. **Propagandas silenciosas: massas, televisão, cinema**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich. Petrópolis: Vozes, 2002.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília, DF: Ática, 2000.

RECEITA FEDERAL. **Demonstrativo de gastos tributários - PLOA 2016**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/DGTPLOA2016FINAL.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

RESPOSTA adequada à constituição (resposta correta). In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Barcelona: Paidós, 2011.

ROSO, Adriane; GUARESCHI, Pedrinho. Megagrupos midiáticos e poder: construção de subjetividades narcisistas. **Revista de Ciências Sociais – Política & Trabalho**, João Pessoa, v. 26, p. 37-54, 2007.

RUBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a Ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. Tradução de Milene Eugenio Cavalcante Greco e Marco Aurélio Greco. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **Controle remoto e decisão judicial: quando se decide sem decidir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS MUNDIM, Pedro. Cobertura da imprensa e eleições presidenciais de 2006. Efeitos realmente limitados? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.l.], v. 29, n. 86, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Diálogos globais: o sentido da democracia**. [S.l.], 2012 (13 min). 1 vídeo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kKrfgLcY5W4>. Acesso em: 30 jun 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. e atual. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de et al. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, O debate contemporâneo.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. v. 2: Questões clássicas.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns: la sociedad teledirigida**. Madrid: Taurus, 2012.

SASSEN, Saskia. **Território, autoridade y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales**. Madri: Kats, 2010.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SEGATTO, Cristiane. Caso extraordinário: o paciente de R\$ 800 mil. **Época**, Rio de Janeiro, 16 mar. 2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SEMAN, Pablo. A Igreja Universal do Reino de Deus: Um ator e as suas costuras da sociedade brasileira contemporânea. **Debates do NER**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 87-96, 2001.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016.

SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL (SINPROFAZ). **Sonegação no Brasil**: uma estimativa do desvio da arrecadação do exercício de 2016. Brasília, DF, 2017. Disponível em <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos-pdf/sonegacao-no-brasil%E2%80%93uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2016.pdf> Acesso em: 13 fev. 2018.

SIQUEIRA, Deis Elucy; BANDEIRA, Lourdes M. **Sociologia das adesões**: práticas místicas e esotéricas no Distrito Federal. Brasília, DF: UnB, 1997.

SMEND, Rudolf *apud* NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOMMERMANN, Karl-Peter. **Derecho administrativo de la información y administración transparente**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SOUZA, Jamerson Murillo Anunciação de. **Tendências ideológicas do conservadorismo**. 2016. 304 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) -- Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, 2016.

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

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento**: conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os pensadores).

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado/Doutorado**. São Leopoldo: Unisinos – Centro de Ciências Jurídicas, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição ou barbárie?** a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado democrático de direito. [S.l.], 2003. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limitstart=10. Acesso em: 01 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SYLVESTRE, Josué. **Irmão vota em irmão**. São Paulo: Pergaminho, 1986.

TALOR, Frederick Winslow. **Princípios de administração científica**. 8. ed. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. São Paulo: Atlas, 1990.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1998.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário (Steuerrecht)**. 18. ed. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins, 2005. Livro 1: leis e costumes.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Livro II. Sentimentos e opiniões.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. A Constituição e o estamento: contribuições à patogênese do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente; CULLETON, Alfredo (Org.). **20 anos de Constituição**: os direitos humanos entre a norma e a política. São Leopoldo: Oikos, 2009.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 4. ed. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1997.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 87-109, mar./abr. 2008.

VARELLA, Drauzio. Imposição pelas mãos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarella/2018/03/imposicao-pelas-maos.shtml>. Acesso em: 16 abr. 2018.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**; tradução de Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala Educacional, 2006.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, [S.l.], n. 115, 2006.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2006.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. 3. ed. Brasília, DF: Editora UnB, 2000.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ZIMMERMANN, Patrícia. Anatel aprova fusão da Sky e DirecTV, mas proíbe exclusividade de canais. **Folha Online**, Brasília, DF, 17 nov. 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u102458.shtml>. Acesso em: 03 nov. 2017.