

PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR

Antônio José Calhau de Resende e
José Alcione Bernardes Júnior
Coordenação

Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

Escola do Legislativo
Núcleo de Estudos e Pesquisas

**PRINCÍPIO DA
IGUALDADE:
UMA ABORDAGEM
MULTIDISCIPLINAR**

Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

Escola do Legislativo

Núcleo de Estudos e Pesquisas

PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UMA ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR

Antônio José Calhau de Resende

José Alcione Bernardes Júnior

Coordenação

Belo Horizonte, Minas Gerais

Dezembro de 2018

MESA DA ASSEMBLEIA

Deputado Adalclever Lopes
Presidente

Deputado Lafayette de Andrada
1º-vice-presidente

Deputado Dalmo Ribeiro Silva
2º-vice-presidente

Deputado Inácio Franco
3º-vice-presidente

Deputado Rogério Correia
1º-secretário

Deputado Alencar da Silveira Jr.
2º-secretário

Deputado Arlen Santiago
3º-secretário

SECRETARIA

Cristiano Felix dos Santos
Diretor-geral

Guilherme Wagner Ribeiro
Secretário-geral da Mesa

FICHA TÉCNICA

Diretoria de Comunicação
Escola do Legislativo

Edição:
Antônio José Calhau de Resende
Celeno Ivanovo
José Alcione Bernardes Júnior

Revisão:
Andréia Paulino
Heloisa Figueiredo
Leonardo Mordente
Rafael Pires

Publicação:
Gerência de Publicidade e
Comunicação Visual

Projeto gráfico:
Gerência de Publicidade e
Comunicação Visual

Editoração:
Letícia Martinez Matos

P957 Princípio da igualdade: uma abordagem multidisciplinar / Antônio José Calhau de Resende, José Alcione Bernardes Júnior, coordenadores. – Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2018.
372 p.

ISBN 978-85-85157-70-8

1. Princípio da isonomia – Brasil. 2. Políticas públicas – Brasil. 3. Minas Gerais. Assembleia Legislativa. I. Resende, Antônio José Calhau de. II. Bernardes Júnior, José Alcione.

CDU: 342.722(81)

SUMÁRIO

- 9 APRESENTAÇÃO**
- 13 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO ISONÔMICO**
José Alcione Bernardes Júnior
- 61 POLÍTICA PÚBLICA E IGUALDADE**
Mario César Rocha Moreira
- 103 SERVIÇO PÚBLICO, ISONOMIA E RAZOABILIDADE**
Antônio José Calhau de Resende
- 155 COMUNICAÇÃO PÚBLICA, VERIFICAÇÃO DA IGUALDADE E PRÁTICAS PARTICIPATIVAS: EMERGÊNCIAS E MODELAGEM ABERTA DA INFORMAÇÃO**
Daniela Santiago Mendes Menezes
Rennan Lanna Martins Mafra
Ângela Cristina Salgueiro Marques
- 183 IGUALDADE E MÍNIMO EXISTENCIAL**
Eurico Bitencourt Neto
- 203 INCLUSÃO DIGITAL, ISONOMIA E COMUNICAÇÃO PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA DAS REUNIÕES INTERATIVAS NA ALMG**
Frederico da Cruz Vieira de Souza
Paula Fernandes Furbino Bretas
- 233 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E OS IMPOSTOS ESTADUAIS**
Carlos Victor Muzzi Filho

- 259 ASSIMETRIA INFORMACIONAL:
DESIGUALDADE NO ENTENDIMENTO SOBRE
AS CONTAS PÚBLICAS**
Alexandre Bossi Queiroz
- 291 A IGUALDADE COMO FATO GERADOR DA
DEMOCRACIA**
Paula Gabriela Mendes Lima
- 313 IGUALDADE E CIDADANIA POLÍTICA**
Wladimir Rodrigues Dias

AGRADECIMENTOS

Aos colegas da Biblioteca Deputado Camilo Prates, pelo indispensável auxílio nas pesquisas.

APRESENTAÇÃO

A realização da justiça, valor fundante do Direito, norteia-se pela busca do ideal igualitário, que se consubstancia na máxima aristotélica segundo a qual é preciso tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual. Mas como, na prática, cumprir tal desiderato? A presente obra, escrita a várias mãos, versa sobre o princípio da igualdade a partir de uma abordagem multidisciplinar, com vistas a contribuir para uma adequada compreensão teórica e prática desse relevante princípio no contexto da realidade brasileira. Para além de um enfoque que adentra importantes ramos do Direito, como o Constitucional, o Eleitoral, o Administrativo e o Tributário, a coletânea incorpora ainda múltiplos olhares de estudiosos de diversas outras áreas igualmente relevantes, como a comunicação social, a área de políticas públicas, as ciências sociais, a contabilidade pública, de modo a compor uma análise enriquecida e multifacetada do princípio isonômico.

O primeiro capítulo da obra, intitulado **Judicialização da política, ativismo judicial e princípio isonômico**, é de autoria de José Alcione Bernardes Júnior, que, sob perspectiva crítica, empreende uma detida análise sobre o crescente protagonismo do Judiciário em nosso cenário institucional e os impactos desse fato em relação ao princípio da igualdade.

No capítulo 2, cujo título é **Política pública e igualdade**, o autor, Mário César Rocha Moreira, desenvolve ricas reflexões acerca do processo de formulação de políticas públicas, com ênfase nas medidas de combate à desigualdade, explicitando as

controvérsias a respeito das políticas de transferência de renda, particularmente quanto aos critérios de justiça social.

O capítulo 3 intitula-se **Serviço público, isonomia e razoabilidade** e foi elaborado por Antônio José Calhau de Resende, que aborda o tema do serviço público em cotejo com o postulado isonômico, no escopo de demonstrar em que situações o tratamento discriminatório aplicado a determinados segmentos sociais na prestação de serviços públicos é condizente com a Constituição. Nessa perspectiva, destaca-se a importância da razoabilidade para aferir se o fator de discriminação está em harmonia com o preceito igualitário.

O capítulo 4, denominado **Comunicação pública, verificação da igualdade e práticas participativas: emergências e modelagem aberta da informação**, foi escrito por Ângela Cristina Salgueiro Marques, Daniela Santiago Mendes Menezes e Rennan Lanna Martins Mafra. Trata-se de percutiente estudo sobre a comunicação pública como conceito norteador das inúmeras práticas sociais de interação entre instituições e públicos no contexto de sociedades complexas e pluralistas. A partir da concepção da comunicação como âmbito de emergências e de acontecimentos, os autores afirmam que cabe às organizações públicas a construção de uma modelagem estratégica aberta a tais emergências e capaz de produzir e disseminar amplamente a informação pública.

Igualdade e mínimo existencial é o título do capítulo 5, da lavra de Eurico Bitencourt Neto, que versa sobre as linhas gerais do princípio da igualdade como fundamento constitucional para a justificação de um direito ao mínimo para uma existência digna. O autor busca, ainda, delinear o sentido do que seria o mínimo existencial à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo 6 recebe o título **Inclusão digital, isonomia e comunicação pública: a experiência das reuniões interativas da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais** e é de autoria de Frederico da Cruz Vieira de Souza e Paula Fernandes

Furbino Bretas. O texto desenvolve interessante abordagem da comunicação pública, com especial ênfase sobre a questão da inclusão digital e do acesso a novas tecnologias, aspectos fundamentais para a compreensão dos processos contemporâneos de interação entre as instituições públicas e a sociedade civil. O estudo é enriquecido com a análise de recente experiência da Assembleia de Minas, as chamadas “reuniões interativas” de comissões, que propiciam a participação on-line dos cidadãos no âmbito desses órgãos fracionários do Legislativo.

O capítulo 7 intitula-se **Princípio constitucional da igualdade e os impostos estaduais** e é da lavra de Carlos Victor Muzzi Filho, que procede ao exame das repercussões do princípio isonômico no âmbito dos impostos de competência dos estados-membros, quais sejam, o Imposto sobre Transmissões Causa Mortis (ITCD), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Segundo o autor, a aplicação correta do princípio da igualdade no âmbito desses tributos, para além de aumentar a arrecadação tributária, tornará mais justa a tributação, devendo ser objetivo constante do sistema jurídico, até mesmo como uma forma de legitimação desse sistema.

No capítulo 8, intitulado **Assimetria informacional: desigualdade no entendimento sobre as contas públicas**, Alexandre Bossi Queiroz nos mostra que, não obstante os inequívocos avanços na tecnologia de informação, bem como na legislação pertinente, estamos longe de uma democratização no uso das informações sobre finanças públicas. Em boa medida, tal fato decorre do emprego de um linguajar extremamente técnico no âmbito dos órgãos públicos. O autor apresenta várias sugestões para minimizar essa assimetria e tornar mais transparentes e inteligíveis os dados e as informações sobre a gestão pública.

A igualdade como fato gerador da democracia, título do capítulo 9, foi escrito por Paula Gabriela Mendes Lima, que nos

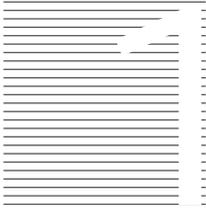
convida a refletir sobre as relações entre democracia e igualdade tendo como referencial teórico Alexis de Tocqueville. Segundo a autora, o pensamento tocquevilliano nos ajuda a pensar a experiência da democracia moderna e suas ambiguidades.

Por fim, o capítulo 10, denominado **Igualdade e direitos políticos**, elaborado por Wladimir Rodrigues Dias, aborda os aspectos mais relevantes da relação entre o preceito isonômico e os direitos políticos atribuídos ao cidadão na ordem jurídico-constitucional brasileira. O estudo nos revela a grande distância entre uma normatividade constitucional de índole democrática e a experiência vivida pela sociedade brasileira nesses trinta anos da promulgação da Carta Magna.

Eis aí, em linhas gerais, uma breve sinopse dos capítulos que compõem a presente coletânea, que vem em boa hora, pois coincidente com o trintenário de nossa Constituição Cidadã e com os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, marcos históricos das instituições político-jurídicas e que têm no preceito igualitário um de seus princípios cardiais. Passados tantos anos, e à luz das ricas formulações teóricas que se sucederam sobre o tema ao longo desse tempo, faz-se oportuno revisitá-lo, já agora com o devido distanciamento crítico e com uma análise voltada especificamente para a realidade brasileira.

Uma boa leitura a todos!

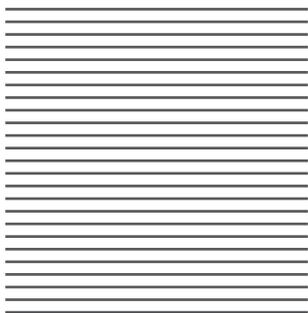
Os coordenadores



JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIO ISONÔMICO

José Alcione Bernardes Júnior*

*Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, consultor legislativo e professor da Escola do Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.



1. INTRODUÇÃO

O Direito apresenta-se como um instrumento de controle social voltado para a regulação da vida em sociedade, de modo a propiciar a coexistência pacífica entre os indivíduos. Portanto, não há como prescindirmos de um mínimo de normas a disciplinar as relações sociais, sendo certo que tais normas devem inspirar-se em um conjunto de valores e princípios que dão substância ao ordenamento jurídico e que, em última análise, devem tender à realização da justiça, valor fundante do Direito. Mas como definir o que é justo? A noção de justiça é relacional, pressupõe a comparação, e certamente uma de suas dimensões consiste na concretização do princípio igualitário. Tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual, ensinamento que remonta a Aristóteles, é uma das expressões da justiça. Ou, na formulação dworkiana, tratar todos com igual respeito e consideração. Mas como proceder à implementação prática dessas formulações por demais genéricas? Como discernir entre desigualdades justificáveis e injustificáveis do ponto de vista jurídico? As primeiras, em consonância com o ideal igualitário, já as segundas, violadoras do preceito isonômico. Como deve dar-se a interação entre a política e o Direito com vistas à consecução do princípio igualitário? Qual o papel reservado ao Legislativo e ao Judiciário na busca da implementação desse princípio?

O presente trabalho objetiva enfrentar essas questões a partir de uma abordagem do princípio da igualdade em face da

administração da justiça, mas com especial relevo para o crescente protagonismo do Judiciário em nosso cenário institucional e os impactos desse fato sobre o princípio isonômico. O assunto dá margem a várias indagações: haveria um tratamento igualitário aos jurisdicionados, do ponto de vista da prestação jurisdicional? Em que medida o protagonismo do Judiciário em nosso cenário institucional interfere na concretização do princípio isonômico? Quais os riscos decorrentes da judicialização da política e do ativismo judicial, em termos da legitimidade e da certeza dos julgados? De que maneira a judicialização da política e o ativismo judicial comprometem a autonomização do Direito em face da política e da moral? Estaria o Judiciário a invadir a esfera de atuação legislativa, ao inovar no ordenamento jurídico, mediante decisões que conferem novo sentido ao texto aprovado pelo Legislativo?

Eis algumas indagações que emergem dessa reflexão e que serão objeto das considerações a seguir. Evidentemente, a tensão entre a política e o Direito está no centro desse debate, que pressupõe uma adequada compreensão dos limites de atuação institucional do Legislativo e do Judiciário, razão pela qual buscaremos explicitar os aspectos distintivos entre essas duas importantes atividades estatais: a legislativa e a jurisdicional.

2. IGUALDADE PERANTE A LEI E IGUALDADE NA LEI: UMA DISTINÇÃO RELEVANTE

Mello, em seu precioso pequeno grande livro **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, buscou precisar o sentido da máxima “tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual”, com vistas a aclarar o sentido jurídico do preceito isonômico (2000). Com apoio em Kelsen, o ilustre autor assevera que é próprio da lei discriminar, estabelecer tratamentos diferenciados, pois seria inconcebível que a norma

dispensasse tratamento rigorosamente igual a todas as pessoas, com desconsideração pelas efetivas diferenças entre elas. Nas palavras de Kelsen,

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível; seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres. (KELSEN *apud* MELLO, 2000, p.11).

Mello (2000) averba, pois, que a igualdade perante a lei não tem o seu sentido restrito à ideia de que a lei deve ser aplicada indistintamente a todos que se enquadrem em sua hipótese de incidência, mas significa também que a lei, ela própria, não pode estabelecer desigualdades injustificáveis. Dito noutros termos: tal máxima é dirigida não só ao aplicador da norma, mas também ao legislador. A bem da clareza, para referir esses dois planos distintos, preferimos usar as expressões igualdade perante a lei e igualdade na lei, aquela voltada para o aplicador da norma, já a última voltada para o legislador.

Nessa ordem de ideias, resulta que a preocupação primeira deve ser não a de aplicar a lei indistintamente a quantos se enquadrem na sua hipótese de incidência normativa – isso deve dar-se em um momento posterior – mas sim a de que essa hipótese de incidência normativa não promova desigualdades injustificáveis. Muitos dos problemas que enfrentamos no plano legislativo seriam evitados se houvesse clareza em relação a esses

dois momentos distintos e uma maior atenção e empenho dos operadores jurídicos quanto ao momento de criação do direito.

Segundo Mello (2000), o que se exige é que as desigualdades legais sejam racionalmente justificadas e que haja um nexo lógico entre elas e o regime diferenciado que é baseado nessas diferenças. Mas não só: exige-se, ainda, consoante o autor, que tais desigualdades racionalmente justificadas sejam compatíveis com nosso ordenamento constitucional, vale dizer, nessas diferenciações o legislador não pode conceder um tratamento preferencial a algo que a Constituição Federal toma como um desvalor, ou, ao revés, tratar de forma detrimetosa algo que a Carta Magna prestigia.

Mas poderíamos prosseguir na problematização da questão, já em grande medida aclarada pela pena inspirada de Celso Antônio Bandeira de Mello, mas ainda a suscitar interessantes reflexões. Nesse passo, caberia indagar: como definir os aspectos relevantes que devem ser categorizados na norma, a permitir as discriminações próprias da lei? Tal indagação há de ser feita considerando que, certamente, entre as inúmeras possibilidades que se abrem ao legislador, muitas delas são compatíveis com as condições apontadas por Celso Antônio para evitar violação ao preceito igualitário, vale dizer: uma razão a justificar a desigualdade, relação de pertinência entre esta e o tratamento jurídico diferenciado e compatibilidade com os valores abrigados pelo texto constitucional.

Caberia, pois, ao legislador deliberar a propósito dessas inúmeras possibilidades, que tendem a se ampliar ante a crescente complexidade da sociedade, sobretudo se considerarmos que a lei se ocupa de enorme gama de assuntos e de aspectos concernentes à rica realidade social. Com efeito, já tivemos ocasião de consignar que “o conteúdo de uma disposição legal há de imputar as mesmas consequências jurídicas para pessoas que se encontrem sob condições semelhantes, sendo que tal similitude deve referir-

se a aspectos que a lei toma como relevantes e que, de fato, justificam a categorização legal” (BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 160). E isso, conforme afirma Habermas, só pode ser obtido discursivamente, pois “somente os envolvidos são capazes de esclarecer os ‘pontos de vistas relevantes’ em termos de igualdade e de desigualdade”. (HABERMAS, 1997, p. 160, v. II).

De fato, a lei estabelece padrões de conduta humana aos quais se ligam determinadas consequências jurídicas, e tais condutas necessariamente são orientadas à realização de fins que, por sua vez, consubstanciam valores sociais. Como deliberar acerca desses valores e fins a serem prestigiados pela sociedade política e positivados, vale dizer, transformados em normas jurídicas e, pois, tutelados pelo Estado? Como proceder a tais escolhas valorativas em uma sociedade hipercomplexa, plural, com interesses os mais diversos, de modo a buscar uma ordenação justa e respeitosa ao princípio isonômico?

3. PROCESSO LEGISLATIVO E A GÊNESE DEMOCRÁTICA DA LEI: A INTERAÇÃO ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

Tal desiderato há de ser alcançado pela via do debate público o mais amplo possível, a ser travado no âmbito das casas legislativas, que se apresentam como o foro próprio para mediar a formação da vontade e da opinião públicas, dada a inevitabilidade da representação política nas democracias contemporâneas. Nesse passo, cresce de importância o processo de elaboração legislativa, que deve estar normativamente estruturado de modo a propiciar a participação, em simétricas condições, de todas as correntes político-partidárias com assento no Parlamento.

Naturalmente, as casas legislativas devem abrir-se à participação popular, daí a importância da adoção de práticas participativas

de modo a promover ampla interação entre os centros oficiais do poder (os parlamentos) e a sociedade civil organizada. Dessa interação depende o maior ou menor grau de legitimidade da norma ao final produzida.

O processo de elaboração legislativa apresenta-se, pois, como um fenômeno híbrido, ostentando tanto uma dimensão eminentemente política quanto uma dimensão jurídica. Desse modo, cabe à política a tomada de decisões coletivamente vinculantes, mediante a seleção dos valores sociais que concorrem entre si para a obtenção da tutela estatal. Mas tais decisões não de ser tomadas com a observância dos preceitos jurídicos previamente estabelecidos e que buscam assegurar condições igualitárias entre as várias correntes político-partidárias que participam do processo decisório. É desse modo que os sistemas da política e do Direito se prestam serviços recíprocos, de tal maneira que a política fornece as premissas materiais para a construção do Direito por meio das deliberações majoritárias, ao passo que o Direito fornece legitimidade à política, porquanto tais decisões devem respeitar o iter procedimental juridicamente estabelecido de modo a assegurar condições discursivas igualitárias no processo decisório. Assim é que se dá o que, em linguagem sistêmica, de matriz luhmaniana, convencionou-se chamar de acoplamento estrutural entre a política e o Direito. (LUHMANN, 1996).

Segue-se, então, que, por ocasião da criação do Direito, a política cumpre a função de tomada de decisões coletivamente vinculantes, mediante atividade de cunho axiológico, porquanto envolve a escolha preferencial entre valores sociais concorrentes, orientando-se pelo código binário maioria/minoria no processo decisório.

Resulta claro, pois, o aspecto discricionário da atividade política, consistente na liberdade de conformação do direito mediante escolhas valorativas, desde que respeitados os parâmetros constitucionais e o devido processo legislativo.

Evidentemente, em nosso cenário político-institucional há vários problemas que se apresentam por ocasião do momento de criação do direito e que comprometem a efetividade do princípio da igualdade: a existência de grupos que não conseguem vocalizar suas aspirações normativas; grupos de pressão que, ao contrário, têm acesso privilegiado aos canais institucionais de produção do direito; a influência perversa do poder econômico, a macular o processo eleitoral, o que só faz aumentar o descolamento entre a classe política e a sociedade, entre tantos outros.

Conforme veremos adiante, ao Judiciário incumbe um importante papel não só na garantia da observância dos procedimentos de elaboração legislativa, como também no resgate dos direitos fundamentais, sobretudo dos segmentos sociais postos à margem do sistema político-decisório e sem meios de vocalizar suas reivindicações, o que contribui, em boa medida, para mitigar as disfunções do legislador.

4. A COMPLEMENTARIDADE ENTRE A CRIAÇÃO E A APLICAÇÃO DO DIREITO

Se o legislador opera no plano da generalização e da abstração, buscando estabelecer modelos abstratos relativos à conduta humana, é preciso dizer que, por mais previdente e diligente que seja, este não tem como prever todas as hipóteses situacionais passíveis de ocorrer na realidade concreta, tanto mais se considerarmos o crescente processo de complexificação da sociedade, a suscitar permanentemente a emergência de pretensões a direito decorrentes de situações conflitivas. Daí a grande relevância da atividade de aplicação do direito, a demonstrar a necessidade indeclinável de mediação interpretativa a fim de atribuir significado ao enunciado normativo. Nesse passo, resulta evidente a centralidade do judiciário enquanto instância em que as expectativas de conduta efetivamente são assentadas.

Não é sem razão que, de modo frequente, após a edição de uma nova lei e por ocasião da sua tematização e da interpretação de seu sentido no meio social, costuma-se aguardar com grande expectativa o posicionamento dos tribunais acerca do assunto, de modo a estabilizar o sentido da nova normatização diante das demandas concretas.

De fato, já vão longe os tempos em que ao juiz reservava-se uma função tida por secundária, vez que reduzida à mera aplicação mecânica e silogística da lei aos fatos que lhe eram submetidos, a ensinar a sugestiva caracterização do juiz como a “bouche de la loi”, sendo-lhe defeso construir o sentido da norma aplicanda. Há muito se reconhece que nenhuma disposição normativa é capaz de regular por completo suas condições de aplicação, apresentando-se o texto normativo como um ponto de partida aberto à mediação interpretativa em face das singularidades e especificidades de cada situação concreta, sobretudo em sociedades cada vez mais complexas. É necessário, pois, adequar a letra da lei ao seu espírito e às circunstâncias de sua aplicação. O texto pressupõe o contexto, daí a permanente possibilidade de resignificação do enunciado normativo à vista das inevitáveis mudanças sociais. Nesse passo, cabe invocar a lição de SICHES (1980), para quem o direito não se esgota com a obra do legislador, que empreende uma valoração abstrata, mas continua na obra do aplicador, que procede a uma valoração concreta.

A atividade do intérprete principia-se ali onde termina a do legislador. Com efeito, os juízes lidam com o conflito, com a controvérsia, com as situações jurídicas cujos comandos normativos não se cumpriram espontaneamente, o que, em grande medida, pode ser atribuído exatamente a essa dificuldade de inserção do direito no mundo da vida. Enquanto o legislador opera no plano da abstração, cogitando daquilo que pode vir a suceder, o juiz, diversamente, enfrenta exatamente as situações já consumadas, cuja complexidade muitas vezes se constitui no fator mesmo do não cumprimento espontâneo da norma jurídica,

precisamente em razão da necessidade de se determinar o seu sentido diante do caso concreto, com todas as suas peculiaridades e especificidades, a demandar o esforço interpretativo do juiz para o deslinde da questão em termos definitivos. Daí dizer-se que a justiça tanto tem uma dimensão generalizante, quando sobrelevam os pressupostos próprios da elaboração legislativa, quais sejam, a generalidade e abstração, como também uma dimensão individualizante, quando sobressaem as notas da concretude e especificidade, próprias da situação de aplicação.

Na base dessas reflexões, está a ideia de que os preceitos normativos padecem de uma ontológica indeterminação semântica, que só é afastada quando a disposição abstratamente prevista encontra densificação fática, vale dizer, quando ganha sentido em face do caso concreto. A esse propósito, é oportuna a lição de Müller (1996), a qual encarece que não se pode perder de vista o campo fático da norma, que a integra. Assim, o ordenamento jurídico deve ser concebido como algo em estado meramente potencial, cuja plenitude de sentido fica condicionada ao aporte do substrato fático ao qual a norma se refere. Em rigor, só faz sentido falar-se em norma se houver um fato a ser regido. Por isso a assertiva do autor de que o texto normativo constitui tão somente a ponta do *iceberg* normativo.

Impõe-se, pois, discernir entre texto normativo e a própria norma. O primeiro é tão somente um ponto de partida na atividade interpretativa, já a norma apresenta-se como o ponto de chegada. Para se passar do ponto de partida para o ponto de chegada, ou seja, do texto da norma para a própria norma, é preciso considerar todo o complexo contextual de que se compõe o Direito, que engloba o conjunto de valores dominantes em um dado momento histórico-social, a gramática de práticas sociais intersubjetivamente compartilhadas, os condicionamentos histórico-sociais, tudo isso a conferir sentido aos signos linguísticos, que, por si sós, dizem muito pouco.

Dessa perspectiva, o texto da norma funciona como um *link* para o hipertexto, representado pelo mundo da vida, pela realidade mesma, a que o texto se conecta. Nessa ordem de ideias, a produção de sentido resulta da interação entre texto e contexto, o que evidencia a permanente possibilidade de ressignificação dos enunciados normativos.

Trata-se, pois, de trabalhar a interpretação como algo mais amplo, como compreensão, na linha proposta por Gadamer (2009). A partir desse prisma, a hermenêutica tradicional, enquanto técnica de desentranhamento do sentido de texto, cede passo à hermenêutica filosófica, que encerra noção bem mais abrangente, pois busca delimitar ainda o sentido do hipertexto representado pelo mundo da vida. Nessa perspectiva, as práticas sociais delimitam horizontes de significação, daí o caráter pragmático da linguagem, visto que esta guarda estreita relação com o contexto histórico-social, que constitui fator de especial relevo na determinação dos diversos usos linguísticos atributivos de significado aos mais diversos enunciados. Assim, a construção de sentido de qualquer disposição jurídica só pode ser feita à luz de um paradigma dominante. É precisamente em razão dessa circunstância que os mesmos direitos e princípios jurídicos são implementados de maneira diferenciada em ordenamentos jurídicos diversos, evidenciando o fato de que o direito se dá na intersubjetividade. Nesse sentido, ganha relevo a ideia de paradigma, que se apresenta como condição de linguagem, como fator que viabiliza a intersubjetividade, na medida em que configura um conjunto de pré-compreensões, de juízos prévios, que conformam o nosso sentir, o nosso agir e a percepção que temos da realidade que nos cerca, e que decorrem da gramática de práticas sociais que realizamos diariamente sem sequer nos darmos conta disso. É justamente em razão dessas visões paradigmáticas que o processo comunicativo se torna possível, porquanto somos dispensados de explicitar tudo o que se contém implicitamente nas frases que dizemos. Os paradigmas, enquanto

redutores de complexidade, afastam as alternativas improváveis de entendimento, tornando possível o processo comunicativo¹.

Naturalmente, essas considerações pressupõem, na linha preconizada por Streck (2000, p. 18), a superação da visão ingênua da linguagem como mero “instrumento ou veículo condutor de ‘essências’”, para usarmos expressão empregada pelo ilustre autor em denso estudo da matéria. Sob essa perspectiva equivocada, o texto normativo se apresenta perante o operador jurídico tal como algo que encerra um sentido prévio, pré-determinado, a ser identificado pelo exegeta, que, enquanto sujeito cognoscente, haverá de desentranhar esse sentido, valendo-se, para tanto, da linguagem. Esta última, sob tal concepção instrumental e redutora, apresenta-se, como critica Streck (2000, p. 18), meramente como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente (intérprete) e o objeto (texto jurídico), apta a veicular o sentido que neste se contém. Como se pela linguagem fosse possível predeterminar de forma unívoca o sentido do enunciado normativo.

Ressalte-se que essa visão ingênua da linguagem como um mero veículo condutor de essências se alia à visão estreita do positivismo jurídico, que considera o ordenamento jurídico como um conjunto fechado e unidimensional de regras hierarquizadas, a ser trabalhado pelo intérprete/aplicador da norma a partir dos métodos interpretativos concebidos pela doutrina (interpretação literal, histórica, sistêmica, teleológica), métodos esses que lhe permitiriam desentranhar o sentido contido no texto.

1 Para um maior aprofundamento no conceito de paradigma, no sentido tratado no texto, consultar as seguintes obras: A estrutura das revoluções científicas (KUHN, 1994) e Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas – Ilícito do Estado – Igualdade de todos diante dos encargos públicos – Princípio da Continuidade da empresa – Estado Democrático de Direito. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano 26, p. 123-152 (CARVALHO NETTO, 1996).

Em contraste com essa visão reducionista, é preciso recorrer aos novos aportes teóricos da filosofia da linguagem, que demonstram de modo evidente a dimensão pragmática do fenômeno linguístico. Nessa ordem de ideias, reitera-se que as práticas sociais são determinantes do sentido dos signos linguísticos. A ação humana é constitutiva da linguagem, daí a dimensão pragmática que essa revela, ganhando destaque os chamados atos performativos, voltados para a transformação do mundo e não apenas para a sua descrição. A propósito, é oportuna a lição de José Lamego, para quem

a hermenêutica rompe o hermetismo do universo dos signos, abrindo o texto e o discurso ao “mundo”. Para a hermenêutica, o intérprete não “descodifica” apenas um sistema de signos, mas “interpreta” um texto. Subjacente a este conjunto de ideias está a rejeição pela hermenêutica de uma concepção de linguagem com função meramente instrumental – a linguagem como “signo” ou mera “forma simbólica” – considerando-a, ao invés, como uma “instituição social” complexa. As expressões têm sentido apenas no contexto dos distintos jogos de linguagem, que são complexos de discurso e de ação. A aprendizagem de uma linguagem “natural” implica a participação em práticas e a comparticipação de critérios que regem o seu desempenho. A “gramática” da linguagem só poderá ser elucidada de “dentro”, a partir do conhecimento das regras constitutivas do “jogo” e não mediante apelo a “metalinguagens”.

Para Gadamer, a interpretação do texto equivale a um diálogo entre o autor e o intérprete sobre aquilo que no texto é mencionado. Nesse diálogo, o intérprete apropria-se do discurso expresso no texto e prossegue a elaboração intelectual do objeto feita pelo autor. Ao retomar a noção da hermenêutica

de applicatio, Gadamer tem em vista a interpretação que constitui um aditamento de sentido: todo o ato de interpretação constitui um aditamento de sentido ao texto. (LAMEGO, 1990, p. 181-182).

Com o advento do pós-positivismo, relativiza-se o papel atribuído à razão e aos métodos interpretativos, evidenciando-se a insuficiência de textos baseados em meras regras hierarquizadas e conferindo-se maior importância à interação texto/contexto e à visão principiológica do direito. Não se trata, pois, de desentranhar aprioristicamente um sentido pré-dado, que se acha contido no enunciado normativo, mas sim de construir o sentido do texto em sua interface com o contexto. Mas como então conferir um mínimo de objetividade e de uniformidade interpretativa aos textos normativos? Como reduzir os riscos inerentes à atividade interpretativa, de modo a evitar decisionismos, voluntarismo judicial, ativismo, tudo isso a conduzir a uma indesejável hipertrofia do Poder Judiciário?

5. O CRESCENTE PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NO CENÁRIO POLÍTICO-INSTITUCIONAL

Do exposto até aqui, resulta claro o quão importante é a atividade jurisdicional e a sua imprescindibilidade para o funcionamento do sistema jurídico. Com efeito, se a lei é uma abstração, fruto da atividade do legislador, que opera a partir de um juízo generalizante, cumpre adequar tal abstração à realidade, quando de sua inserção no mundo da vida, ocasião em que sobreleva a atuação do aplicador da norma. Ante o caráter incontornavelmente aberto dos textos jurídicos e a sua permanente possibilidade de ressignificação, a questão que se põe é reduzir quanto possível os riscos inerentes à atividade de interpretação do direito. O grande desafio é evitar o decisionismo,

o ativismo e o voluntarismo judicial, os quais põem em risco a função essencial de todo e qualquer sistema jurídico, qual seja, a estabilização de expectativas comportamentais, a assegurar um mínimo de previsibilidade às relações sociais.

Essa centralidade do Judiciário, em especial da jurisdição constitucional, é um fenômeno mundial, que ganhou corpo já com o Pós-Segunda Guerra, quando o Judiciário mostrou-se imprescindível para o resgate dos direitos fundamentais, exercendo um importante papel contramajoritário, a assegurar os direitos das minorias e evitar a tirania das majorias. Desde então, a importância do Judiciário só fez crescer em diversas partes do mundo, colocando-se no epicentro da produção do direito e qualificando-se como instância em que as expectativas de conduta são efetivamente estabilizadas. Barroso (2009) nos mostra alguns exemplos dessa importante atuação, quando então o Judiciário tornou-se o protagonista de decisões como a construção de um muro na fronteira entre Israel e o território palestino, a realização de testes com mísseis norte-americanos em solo canadense, as eleições presidenciais nos Estados Unidos em 2000, no julgamento Bush v. Gore, entre outros.

No Brasil não é diferente, pois são inúmeros os exemplos de importante atuação do Judiciário em questões as mais candentes, como por exemplo a experimentação científica com células embrionárias (as chamadas células-tronco) para fins terapêuticos, o aborto do feto anencefálico, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a proibição dos discursos de ódio, a definição de políticas públicas na área de saúde, entre tantas outras. Isso naturalmente gerou críticas a esse protagonismo do Judiciário, dando ensejo a expressões como “governo dos juízes” ou “supremocracia”.

Circunstâncias particulares tornam entre nós ainda maior o protagonismo do Judiciário, adquirindo especial relevância o fato de termos uma Constituição analítica, que constitucionalizou inúmeras questões da agenda política, descendo a pormenores

no trato normativo das mais diversas matérias; o nosso arranjo institucional, que aponta para uma atuação ainda mais intensa do Judiciário, especialmente em matéria constitucional; e ainda questões atinentes à cultura jurídica e à cultura social.²

De fato, temos uma Constituição por demais extensa e prolixa, a tratar em pormenor os mais diversos temas, o que certamente é um reflexo do longo período ditatorial que experimentamos. Retomada a trilha democrática, era grande a ânsia de salvaguardar os mais diversos direitos, ainda que óbvios, consignando-os de modo expresso na Constituição. Para além do elevado quantitativo dos preceitos constitucionais, destaque-se ainda o caráter compromissório da Lei Maior, resultado da ampla mobilização popular que se fez presente por ocasião da atuação da Assembleia Nacional Constituinte, com todos os segmentos da sociedade civil organizada ocorrendo ao Congresso Nacional em busca da defesa de suas pretensões normativas, para que essas constassem no novo texto magno. Portanto, há uma multiplicidade de assuntos que podem ser objeto da jurisdição constitucional.

Some-se a isso um arranjo institucional que consagra o controle misto de constitucionalidade, a permitir a qualquer juiz, na via do controle incidental, manifestar-se acerca de matéria constitucional, e o controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal com vistas a assegurar, na via abstrata, a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a Lei Maior. Para além desse sistema misto de controle judicial, tem-se um amplo leque de legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição da República. Sem falar na significativa ampliação das ações constitucionais, antes restritas basicamente a dois instrumentos: o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Atualmente temos inúmeras ações constitucionais,

2 Essas circunstâncias aqui sumariadas que potencializam a atuação do Judiciário entre nós são muito bem desenvolvidas em profundo estudo da lavra de Daniel Sarmento intitulado "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades", ao qual remetemos o leitor (SARMENTO, 2009).

para além dos dois citados, como mandado de injunção, ação de descumprimento de preceito fundamental, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Ora, uma Constituição extensa, vários juízes a se manifestar sobre seus preceitos, inúmeros legitimados a acionar a jurisdição constitucional, tudo isso contribui para a judicialização da política. Mas não é só. Modificações de relevo na cultura jurídica só fizeram alimentar esse quadro. De fato, houve mudanças significativas nos quadros teóricos do constitucionalismo que tenderam ao fortalecimento da jurisdição constitucional. Cite-se a centralidade que a Constituição passou a ter no orbe jurídico, tomando o lugar do direito civil, que ostentava essa posição, já que por muito tempo o texto constitucional foi visto como se fora uma mera carta de proclamações solenes e exortações ao legislador, destituída, porém, de força normativa. No universo jurídico, a primazia cabia ao direito civil. Progressivamente, a Constituição foi tomando lugar de destaque e já há um bom tempo é vista como o ponto de culminância do ordenamento jurídico, dotada da nota de normatividade, supralegalidade e parametricidade, vale dizer, a Constituição deve ser vista como matriz principal do ordenamento jurídico e fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, que devem com ela se compatibilizar. Nesse contexto, sobreleva a força normativa da Constituição. Para além da intensa constitucionalização dos mais diferentes assuntos, que migram para a Constituição, esta última como que penetra nos mais diversos ramos do Direito, visto que estes só podem ser lidos e interpretados à luz do texto constitucional, fenômeno reportado pela doutrina sob a denominação de filtragem constitucional. Portanto, os mais diversos preceitos normativos sofrem uma releitura, de modo a adequarem-se aos princípios e ao espírito da Lei Maior.

Também os princípios passaram a ser vistos sob perspectiva inteiramente distinta, pois, num primeiro momento, sequer

eram considerados como integrantes do sistema jurídico, restrito a um conjunto fechado e unidimensional de regras jurídicas hierarquizadas. Posteriormente, passaram a integrar o sistema jurídico, mas com uma função meramente supletiva em relação às regras, sendo invocados para suprir lacunas normativas. Num momento seguinte, foi reconhecida a dimensão normativa dos princípios, mas ainda se tratava de uma normatividade diferida, dependente de integração legislativa posterior. Só em um momento subsequente lhes foi reconhecido o grau máximo de hierarquia normativa e a condição de verdadeiros alicerces do sistema jurídico.

Essa trajetória ascendente dos princípios no evoluir da ciência jurídica é um fator fundamental para a ampliação da jurisdição constitucional, visto que boa parte dos preceitos constitucionais são disposições principiológicas, de textura aberta, e por isso mesmo vocacionadas a reger um amplo leque de situações fáticas, desde que tragam subjacente o valor que inspirou a formulação do princípio em questão. A perspectiva principiológica, conforme veremos adiante, ampliou de modo significativo a atuação e a importância do Judiciário.

Portanto, obstáculos epistemológicos a uma atuação mais marcante e relevante do Judiciário foram sendo eliminados. O positivismo jurídico cedeu lugar ao pós-positivismo; a hermenêutica tradicional, fundada nos métodos tradicionais de interpretação (literal, histórico, sistêmico e teleológico), cedeu passo à hermenêutica filosófica; e houve ainda a superação da visão redutora e equivocada da linguagem como mero veículo condutor de essências, ante os novos aportes da filosofia da linguagem.

Some-se a tudo isso mudanças ocorridas na sociedade, voltadas para uma maior conscientização do cidadão acerca de seus direitos e dos meios aptos a operacionalizá-los. Isso levou a uma explosão de litigiosidade, com inúmeras demandas desaguando

no Judiciário. Como praticamente toda matéria substantiva está constitucionalizada, quase tudo deságua no STF, que passa a ser a instância em que tais questões são definitivamente julgadas, e muitas dessas decisões revelam um indisfarçável perfil criativo.

6. O MITO DO LEGISLADOR NEGATIVO E O PERFIL CRIATIVO DA ATIVIDADE JUDICANTE

As considerações até aqui expendidas bem demonstram que norma alguma se autoaplica, dada sua incapacidade de regular por completo suas condições de aplicação, não só em razão da imprecisão da linguagem, como também em virtude da riqueza e complexidade da vida em seu inabarcável devir. Assim, por mais previdente que seja o legislador em seu mister legiferante, sempre haverá um hiato semântico entre o que ele estatui e a situação de aplicação, com suas nuances e matizes, cabendo ao intérprete promover a adequação da lei à realidade, seja expandindo o âmbito de incidência normativa, quando o legislador disse menos do que devia dizer (interpretação extensiva), seja restringindo-o, quando a dicção legal vai além do que devia (interpretação restritiva). Há ainda outras técnicas de interpretação a socorrer o aplicador da norma, de modo a respaldar o entendimento judicial, como a chamada interpretação conforme a Constituição, quando o julgador, ante inúmeras possibilidades interpretativas, elege aquela que se coaduna com o texto constitucional, afastando as demais, por incompatibilidade com a Lei Maior. Ou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que, segundo Sampaio, com apoio em Zagrebelsky, “corresponde, não a uma visão alternativa dos significados da norma, mas a uma perspectiva progressiva, vale dizer, declara a inconstitucionalidade daquilo que avança sobre os limites ou ‘na parte em que’ foge dos trilhos definidos pela Constituição” (SAMPAIO, 2001, p.166).

Tal atuação do Judiciário está longe daquela idealização de mero legislador negativo, ao qual era desfeito, no exercício de sua função, criar direito novo, cabendo-lhe tão somente expurgar do ordenamento jurídico uma norma tida por inconstitucional. Dessa perspectiva idealizada, no exercício da jurisdição constitucional, das duas uma: ou se declarava a constitucionalidade do preceito *sub judice*, ou se lhe declarava a inconstitucionalidade. Sampaio (2001, p. 164-165), em instigante artigo, desconstrói o mito do legislador negativo e fornece inúmeros exemplos de decisões judiciais de perfil nitidamente criativo, colhidas no repertório jurisprudencial do STF, às quais chama genericamente de sentenças intermediárias, terminologia empregada na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais europeus. Confira-se, a título exemplificativo:

dispositivo que permitia à Assembleia Legislativa a convocação dos presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios comportaria a exclusão das convocações destinadas à obtenção de esclarecimentos sobre atos de julgamento de competência do Tribunal (ADInMC n. 1170-AM); previsão de transferência da execução dos serviços do Detran aos agentes privados teria de apresentar uma cláusula de exceção para as atividades do poder de polícia (ADInMC n.1666-DF).(SAMPAIO, 2001, p. 165)

O autor fornece também exemplos de jurisprudência estrangeira, como a da Corte Constitucional italiana, que, ao apreciar um dispositivo que previa apenas a presença do Ministério Público no interrogatório do acusado, sem dispor igualmente sobre a presença do defensor, alargou o âmbito normativo de tal preceito, com base no princípio do contraditório, e da “igualdade de armas”, de modo a impor a obrigatoriedade da presença também do defensor (sentença n. 190/197). Cita ainda o

exemplo de Portugal, cujo tribunal entendeu de ampliar o alcance de dispositivo que previa originalmente a incompatibilidade do exercício da advocacia com o ensino do Direito, estendendo tal incompatibilidade ao magistério em geral, na sentença n.143, de 1995 (SAMPAIO, 2001, p.168-169).

Sampaio alude ainda às chamadas sentenças transitivas ou transacionais, que consistem no pronunciamento jurisdicional acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade segundo um parâmetro transitório, de modo a revelar um processo em transformação, relativizando, pois, o princípio da supremacia constitucional. Inserem-se nessa categoria as sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, as de inconstitucionalidade com ablação diferida e as sentenças apelativas. As primeiras caracterizam-se pela decisão de inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade, pois esta poderia resultar numa situação jurídica insuportável ou importar em grave risco ao orçamento do Estado. Nas segundas, é facultado ao tribunal modular os efeitos da decisão, de modo a definir o momento mais oportuno para a produção dos efeitos do julgado. Nas terceiras, embora haja a declaração de constitucionalidade de uma dada norma, vislumbra-se a sua transmutação, no futuro, em disposição inconstitucional, razão pela qual é feito um apelo ao legislador para que tome as medidas necessárias para evitar que sobrevenha tal inconstitucionalidade (SAMPAIO, 2001, p. 173 e ss).

Nessas sentenças transitivas ou transacionais resulta ainda mais evidente o esforço do intérprete em adequar o direito à realidade, procedendo inclusive à relativização de postulados jurídicos de inegável relevância, como, por exemplo, o de que a declaração de nulidade opera efeitos *ex tunc*. Tal relativização objetiva evitar que o direito colida com os fatos da realidade. Figure-se a hipótese da realização de um concurso público para o qual acorram inúmeros candidatos. O certame transcorre ao longo de seis meses, desde a publicação do edital, passando pela

realização das provas eliminatórias e classificatórias e a divulgação dos aprovados. Procede-se à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas constantes do edital. Passados quatro anos, alguém identifica um vício de inconstitucionalidade no processo de elaboração da lei que criara os tais cargos. Portanto, em tese, está-se diante de um vício de inconstitucionalidade, o qual tem natureza imprescritível, podendo, pois, ser arguido a qualquer tempo. Proposta uma ação direta de inconstitucionalidade para impugnar tal lei, não se deve decretar sua nulidade, tendo em vista que não há como o direito colidir com fatos já consumados e consolidados. Os efeitos de uma eventual declaração de nulidade seriam obviamente bem mais nocivos do que sua desconsideração.

Essa atuação mais marcante da jurisdição constitucional tem suscitado inúmeras críticas, tendo em vista a permanente possibilidade de o pronunciamento judicial inovar o ordenamento jurídico, agregando sentido novo à norma objeto de escrutínio judicial, sentido esse diverso daquele originalmente concebido pelo legislador. O Judiciário estaria a exercer uma função de natureza legislativa, sobrepondo-se ao Parlamento, esse sim, investido da função legiferante, até em razão da legitimidade popular que respalda sua atuação. Tais críticas, reiterem-se, perdem de vista a apontada distinção entre norma e texto da norma, a autorizar a construção de sentido por parte do intérprete, respeitando-se, naturalmente, os limites semânticos da lei em questão e a finalidade social que lhe inspirou o conteúdo.

Mas é evidente que há sempre o risco de excessos por parte do Judiciário, e a prática tem demonstrado isso. Até porque essa atividade de construção de sentido normativo é por demais complexa e delicada, sobretudo quando nesse processo de ressemantização do texto legal são incorporados novos padrões de afirmação da igualdade, a partir das técnicas interpretativas já apontadas. A propósito, são oportunas as palavras de José Adércio Leite Sampaio:

Não se pode perder de vista que nem sempre será fácil ou possível identificar a 'solução constitucionalmente exigida' ou a *rime obbligate*, sobretudo se tivermos como parâmetro o princípio da igualdade ou a discriminação *ex silentio*, pois, como acentua Campo (1998:182), não existe um arquétipo ideal de legislador conforme a igualdade, tendo em vista que esta pode ser realizada de muitas maneiras, qualquer delas admitindo precisões ou modulações normativas que o juiz constitucional não está em condições de antecipar (SAMPAIO, 2001, p. 180).

Outro ponto extremamente sensível, e também potencialmente capaz de impactar o princípio da igualdade, é a questão de decisões judiciais referentes a matéria orçamentária. O orçamento público envolve escolhas muitas vezes dramáticas, visto que se trata de atender a uma quantidade inesgotável de demandas sociais, mas dispondo de recursos finitos, impondo-se, pois, a escolha de prioridades, o que torna evidente a exigência de que tais escolhas promanam de instâncias dotadas de legitimidade popular, vale dizer, executivo e legislativo. Assim, as proposições orçamentárias são apresentadas pelo chefe do executivo e tramitam nas casas legislativas, sendo de se ressaltar a crescente relevância do chamado orçamento participativo, abrindo-se a representação à participação dos cidadãos na elaboração da lei de meios, tudo isso a conferir ao orçamento público o maior coeficiente possível de legitimidade. Ocorre que não raro o Judiciário, a pretexto de salvaguardar direitos de cunho social, profere decisões que impactam diretamente o orçamento e as políticas públicas, dada a natureza desses direitos, dependentes que são de prestações positivas do Estado para a sua implementação, o que implica a existência de recursos públicos para sua satisfação. Tal situação tem ocorrido com frequência, sobretudo na área da saúde, o que suscita inúmeras críticas ao que seria um excesso do Judiciário, a

usurpar um espaço de atuação institucional próprio dos órgãos legitimados pelo voto popular, pois que relativo à definição da alocação de recursos públicos para as inúmeras necessidades sociais. Haveria, assim, uma interferência direta na definição da agenda política, com uma subversão dos papéis atribuídos constitucionalmente ao Executivo e ao Legislativo na definição de prioridades das políticas públicas, atribuição essa que refluiria para o Judiciário.

Ressalte-se que, para além do déficit democrático, recai sobre o Judiciário a crítica de que este tem os olhos voltados para a microjustiça, vale dizer, a justiça do caso concreto, que lhe é submetido a apreciação, perdendo-se de vista que o orçamento público é fruto de amplo e prévio planejamento, e decisões judiciais isoladas e casuísticas poderiam introduzir sérios desequilíbrios no orçamento público, com boa parte dos recursos sendo carreados para a satisfação de pequenas minorias com acesso privilegiado à Justiça, muitas vezes em tratamentos caros e de eficácia duvidosa, em detrimento de uma grande massa de indivíduos a repartir o restante dos recursos públicos, já não mais nos termos inicialmente definidos no planejamento orçamentário.³ Evidentemente que tal situação, sob a ótica do princípio isonômico, é extremamente injusta.

De outra parte, não se pode perder de vista o fato de que o direito à vida não pode subordinar-se a argumentos de ordem financeiro-administrativa, cabendo ao Judiciário resgatar os segmentos sociais marginalizados pelo processo político formal e pela lógica do mercado, com decisões concessivas das prestações requeridas em juízo (SHAPIRO *apud* SAMPAIO, 2001, p. 182).

3 Confira-se, a propósito, percuente estudo de Luís Roberto Barroso intitulado "Da inefetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial", disponível em <https://pt.scribd.com/document/282615765/BARROSO-Luis-Roberto-Da-Falta-de-Efetividade-a-Excessiva-Judicializacao-No-Fornecimento-de-Medicamentos-Gratuitos>.

Confira-se, a propósito, o seguinte excerto, da lavra do ministro Celso de Melo:

(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes (Agr 271286-8, Rio Grande do Sul, rel. Ministro Celso de Melo).

Torna-se evidente a necessidade de estabelecer alguns parâmetros para a autocontenção do Judiciário. Sarmento (2009, p. 39) alude às deliberações majoritárias que contam com amplo apoio e mobilização popular, o que recomendaria uma postura mais autocontida do Judiciário. Figure-se o exemplo da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que resultou de ampla mobilização da sociedade e que teve sua constitucionalidade arguida perante o STF, o qual acabou por declará-la, na essência, compatível com a Constituição. Outro parâmetro útil apontado por Sarmento diz respeito a questões eminentemente técnicas e que, portanto, exigem uma *expertise* que falta ao juiz para a tomada de decisão (SARMENTO, 2009, p.39). São inúmeros os exemplos de demandas que requerem profundos conhecimentos técnicos e especializados, versando sobre temas que extrapolam a esfera estritamente jurídica, como economia (normas emanadas do conselho monetário nacional), políticas públicas, regulação

(figurem-se as normas editadas por agências reguladoras). Tais matérias exigem uma capacidade institucional presente em outros órgãos que não o Judiciário. Ressalte-se ainda a importância do judiciário no que tange à fiscalização do processo de elaboração legislativa, quando então o controle judicial deve basicamente restringir-se aos aspectos procedimentais da atividade legiferante.

Outro problema que colabora para os excessos do Judiciário consiste na banalização dos princípios jurídicos em nossa prática jurídica. A propósito, é preciso ter presente que a interpretação de base principiológica requer do aplicador da lei o manejo de um sofisticado instrumental teórico, bem como um maior ônus argumentativo para respaldar seu entendimento, conforme exposto nos tópicos seguintes.

7. A CONCEPÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DO LEGALISMO ESTRITO

Assentada a premissa da imprescindibilidade do Judiciário, enquanto mediador interpretativo do texto normativo emanado do Legislativo, há que se ressaltar que entre essas duas relevantes instâncias institucionais há uma relação de complementaridade, devendo-se evitar posições extremadas que preconizem a primazia de um ou de outro. Nem a supremacia do Parlamento, nem o chamado governo dos juízes. A resistência positivista à atividade criativa dos juízes, ou reconstrutiva do sentido do texto normativo, alimentou-se da vã ilusão de que a estrita observância das normas editadas pelo Parlamento aportaria certeza e segurança jurídica à decisão, perdendo de vista o fato de que a realidade social é incomensuravelmente mais rica do que pode imaginar o legislador. Daí, a permanente possibilidade de resignificação dos textos normativos, como vimos repisando ao longo deste trabalho.

Mas, então, como conferir um mínimo de certeza e consistência jurídica às relações sociais? Buscando conferir contornos mais precisos à ideia de certeza, Habermas a identifica com a congruência da decisão no quadro da ordem jurídica vigente. Assim, o autor se refere a um “emaranhado intransparente” de decisões anteriores do Legislativo e do Judiciário. Trata-se da consistência da decisão em cotejo com decisões anteriores de casos análogos. Contudo, a decisão deve atender também aos fatos da questão. Nesse sentido, “as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento”. Desse modo, o enfoque histórico deve ceder passo ao sistêmico. Essa mudança de perspectiva, do histórico para o sistêmico, é, segundo Habermas, explicitamente efetivada com a transição da justificação interna de um juízo que repouse sobre premissas anteriormente dadas para uma justificação externa das próprias premissas (HABERMAS, 1997, p. 246, v. 2).

Um exemplo elucidativo dessas reflexões podemos encontrar no caso do herdeiro que assassina o próprio avô com vistas a receber a herança, problema muito bem analisado por Dworkin (1999, p. 20). Trata-se do famoso caso *Riggs versus Palmer*, ocorrido há vários anos nos Estados Unidos, em que um jovem assassina o avô após descobrir que este decidira se casar novamente e alterar o testamento anteriormente feito em favor do neto, que herdaria boa parte de seus bens. O Direito das Sucessões nada dizia a respeito de assassinos herdeiros, e tanto bastou para que se instaurasse a controvérsia. Para dois juízes do caso, o Direito não respaldava o recebimento da herança naquelas circunstâncias. Mas um terceiro juiz discordou desse entendimento, alegando que o jovem, embora sujeito à sanção penal, haveria de receber a herança, pois era isso que determinava a legislação civil. É interessante notar que não havia dúvida nenhuma quanto aos fatos relativos ao caso, nem quanto ao sentido das palavras contidas no texto normativo, mas havia discordância sobre qual era o direito.

Nesse caso, numa análise de todas as decisões jurídicas envolvendo o Direito das Sucessões até então, poder-se-ia identificar uma premissa previamente assentada segundo a qual, morto o testador, seu patrimônio automaticamente é repassado ao herdeiro. Tal premissa embasava a justificação interna das decisões envolvendo direitos sucessórios. No caso do herdeiro assassino, essa premissa fora reavaliada em face das circunstâncias fáticas da questão, de modo que, para aquele específico caso, tal premissa deveria ser afastada, mostrando-se inidônea para a justificação interna da decisão. A prevalecer tal premissa, haveria a violação de um princípio basilar do Direito, segundo o qual ninguém pode valer-se da própria torpeza em benefício próprio.

Ressalte-se que, para Dworkin (1999), é possível uma teoria que reafirme o sentido deontológico do Direito. Para ele, sempre haverá uma única decisão correta para cada caso demandante de solução jurídica, solução essa que há de ser alcançada a partir de uma interpretação principiológica do Direito, tendo em vista as especificidades da situação de aplicação. Daí a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico, que concebe o ordenamento jurídico como um sistema autônomo e fechado de regras hierarquizadas. Para o ilustre autor, o Direito há de ser concebido como um complexo de princípios que estão em permanente tensão e que, ao contrário das regras, não se aplicam à maneira do tudo ou nada, mas, ao revés, apresentam uma dimensão de peso, cabendo ao intérprete aferir, ante as singularidades e especificidades do caso concreto, qual o comando principiológico mais adequado para reger a espécie.

Portanto, Dworkin enfatiza a dimensão normativa dos princípios jurídicos, os quais devem servir de fundamentação das decisões judiciais. Desse modo, supera-se a visão reducionista segundo a qual os princípios exercem uma função meramente supletiva no processo interpretativo, sendo invocados somente para suprir as lacunas normativas. Há muito, a melhor doutrina vem salientando o fato de que as normas constituem o gênero de que são espécies

os princípios e as regras⁴. Portanto, também aqueles devem ser aplicados às situações demandantes de equacionamento jurídico, também eles são dotados de normatividade. A diferença é que as regras buscam regular suas condições de aplicação, diversamente dos princípios, os quais são comandos normativos densamente valorativos, porém dotados de alto grau de abstração. Precisamente em razão de sua tessitura aberta, são normas vocacionadas a regular inúmeras situações fáticas em que seja necessário o resguardo dos valores neles consignados, ainda que entre tais situações concorram significativas diferenças no nível fático. Dito de outro modo: os princípios não explicitam sua hipótese de incidência, daí a possibilidade de se aplicarem a situações as mais distintas, desde que tragam subjacente o valor sob cuja inspiração foi criada a disposição principiológica.

Desse modo, o ordenamento jurídico não admite regras jurídicas com conteúdos antinômicos, solvendo eventuais conflitos a partir dos critérios cronológico (norma posterior revoga norma anterior), hierárquico (norma superior revoga norma inferior) e de especialização (norma especial revoga norma geral). Não há, portanto, a possibilidade de coexistência, no mesmo ordenamento jurídico, de regras com conteúdos antitéticos.

Já com referência aos princípios, a questão é totalmente diversa, pois possuem uma dimensão conflitual, na medida em que o ordenamento jurídico comporta a coexistência de princípios com conteúdos opostos. De fato, o princípio jurídico, precisamente em razão de sua tessitura aberta, não busca regular sua situação de aplicação, mas, reversamente, dela necessita para ganhar densidade, transladando-se do terreno teórico para o prático. Daí a assertiva de Britto (1995) de que a aplicação principiológica se dá de maneira incontornavelmente parcial no plano fático, dada a insubmissão dos princípios a uma conceituação objetiva.

4 Confira-se, por todos, a obra de Paulo Bonavides intitulada *Curso de Direito Constitucional* (BONAVIDES, 2003).

Como contraponto a essa perspectiva, o movimento de estudos crítico-jurídicos defende a tese da indeterminação radical do Direito e critica a visão principiológica do ordenamento, sob o argumento de que a ordem jurídica é perpassada por princípios os mais diversos e de conteúdos opostos, o que inviabilizaria qualquer tentativa de reconstrução racional da decisão judicial (HABERMAS, 1997, p. 268, v. 1). Assim, sempre haveria à disposição do intérprete da norma um princípio a respaldar seu entendimento. Ora, se o operador jurídico, chamado a resolver uma situação demandante de solução jurídica, tanto pode invocar a aplicação do princípio X quanto a do princípio Y, de conteúdo diametralmente oposto, visto que ambos integram o ordenamento, abrem-se as portas para o decisionismo e, por óbvio, para a insegurança jurídica. Ante a objeção, Dworkin (1999) contra-argumenta, afirmando que tal corrente confunde princípios meramente concorrentes com princípios contraditórios. Nessa linha de raciocínio, os princípios jurídicos estão em permanente tensão no ordenamento e concorrem entre si para reger as situações concretas. Assim, embora concorrentes, não são contraditórios, pois somente um será adequado à situação, conforme sejam suas especificidades e peculiaridades. A exclusão do princípio oposto não o invalida, pois este permanece integrando o ordenamento jurídico, mostrando-se tão somente impróprio para reger aquele específico caso.

A tese segundo a qual os princípios jurídicos são meramente concorrentes e não contraditórios se reforça ainda mais com os aportes teóricos de Günther (2004), que empreende uma distinção conceitual entre os chamados discursos de justificação normativa e os discursos de aplicação normativa. Os primeiros, atinentes à atividade de elaboração normativa, têm em vista demonstrar a aceitabilidade racional de que se revestem disposições de caráter genérico e abstrato. Assim, os discursos de justificação referem-se ao plano de validade das normas. Nesse sentido, uma norma justificada legislativamente atende aos supostos de generalidade e abstração, integrando o ordenamento jurídico e,

por isso mesmo, apresentando-se como potencialmente aplicável a casos concretos. Os discursos de aplicação normativa, por sua vez, se voltam para as situações específicas de aplicação da norma, ocasião em que sobrelevam os supostos da concretude e especificidade, e não os de generalidade e abstração. Migra-se do plano da validade para o da adequabilidade. Não mais se cogita da justificação da posituação de uma dada disposição, pois tal tarefa já se deu precedentemente no plano legiferante. Cuida-se agora de identificar, entre as disposições positivadas, aquela que se mostra adequada à situação, de modo a que se produza uma norma singularmente correta.

Impõe-se, pois, não confundir conflitos existentes no plano da validade da norma com conflitos que se verificam no plano de sua aplicação. A incompreensão da distinção entre esses dois níveis discursivos acaba conduzindo a um desvio de perspectiva, que considera normas meramente concorrentes como se contraditórias fossem, criando a ilusão da existência de um conflito normativo, quando na verdade, não há, entre normas que foram imparcialmente justificadas, conflito atinente à pretensão de validade de cada qual. Elas são juridicamente válidas, apenas se excluem em referência a uma concreta situação de aplicação, ocasião em que somente uma se mostrará aplicável, cotejada com as particularidades e peculiaridades daquele específico caso, consoante um juízo de adequabilidade, e não de validade. Nas palavras de Günther:

A colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pleitos de validade, porque as normas em colisão ou as variantes de significado concorrentes somente se correlacionam em uma situação concreta. E é justamente desta propriedade de dependência situacional do problema de colisão que um discurso de fundamentação deveria afastar-se. (...) colisões não

são previsíveis, uma vez que não conhecemos todas as situações de aplicação, tampouco todas as possíveis constelações de sinais característicos em situações. Só saberemos, na respectiva situação, quais outras normas ou variantes de significado serão possivelmente aplicáveis. (GÜNTHER, 2004, p. 350).

Para aclarar tais considerações, retomemos, uma vez mais, o exemplo do herdeiro assassino. Naquele caso, não se questiona a validade da norma segundo a qual, morto o testador, deve-se repassar seu patrimônio ao herdeiro. Essa disposição reveste-se de aceitabilidade racional, tendo sido por isso mesmo justificada no plano da elaboração normativa. Em termos genéricos e abstratos, em princípio não lhe cabe objeção alguma. Contestasse, sim, sua aplicação naquele caso específico, tendo-se em conta as singularidades de que este se reveste. Numa palavra: conquanto válida, essa norma não é aplicável ao caso. Afasta-se sua incidência em razão de uma outra, igualmente válida, mas, além disso, adequada à espécie, segundo a qual a ninguém é dado valer-se da própria torpeza em proveito próprio.

8. A DESMISTIFICAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA ABSOLUTA FRENTE AOS RISCOS INERENTES À TAREFA INTERPRETATIVA

O exemplo do herdeiro assassino ilustra bem o fato de que a questão da segurança absoluta não passa de um mito. Aqueles que propugnavam pela decisão favorável a que o criminoso recebesse a herança a bem da certeza jurídica, na falsa ilusão de que o ordenamento pode vincular tudo, não perceberam que o que se vincula a partir dessa postura é a injustiça e o arbítrio. A visão positivista segundo a qual ao aplicador da norma não cabe nenhuma atividade criativa, pois o sistema jurídico, em sua

determinação autopoietica, é capaz de oferecer ele mesmo a solução jurídica para qualquer caso, perde de vista a perspectiva de que é o juiz, ele próprio, parte integrante desse sistema. Nesse sentido, não há como negar a circunstância de que o Direito, precisamente pelo fato de se dar a conhecer mediante texto escrito, exige a mediação do intérprete de modo a permitir que um comando geral e abstrato se transmude numa norma singular e concreta. E esse comando necessariamente há que se consubstanciar em um princípio jurídico, visto que as regras colhem o seu conteúdo material justamente nos comandos principiológicos.

É por isso que se deve afastar o legalismo estrito em nome do que Dworkin (1999) chama de integridade do Direito. As questões jurídicas devem ser resolvidas à luz do sistema jurídico como um todo, tendo em conta que a decisão final necessariamente deve expressar uma densificação normativa dos princípios da igualdade e da liberdade. No caso do herdeiro criminoso, conforme visto, conquanto os fatos prefigurados na hipótese normativa da sucessão houvessem ocorrido, e, portanto, dentro de um legalismo estrito, rendessem ensejo à sua aplicação, tal raciocínio silogístico conduziria, como visto, a uma flagrante injustiça, premiando a sordidez de um criminoso com o recebimento da herança por ele almejada e que fora o motivo determinante de seu ato homicida.

Nessa ordem de ideias, resulta claro que a atividade interpretativa está longe de se reduzir a um mero silogismo, envolvendo riscos que necessariamente devem ser enfrentados no momento de preencher o vazio semântico que se verifica entre aquilo que o legislador foi capaz de prever e o fato efetivamente consumado, com todas as peculiaridades e singularidades que escaparam à previsão normativa, mas que se mostram juridicamente relevantes para o deslinde judicial. E, para lidar com tais riscos, a concepção positivista do ordenamento mostra-se inteiramente superada, dando lugar à perspectiva principiológica

do Direito, a qual resgata a dimensão normativa dos princípios, que, ao lado das regras, compõem o ordenamento.

Outrossim, nunca é demais lembrar que o fenômeno jurídico é marcadamente social, de modo que o Direito deve buscar amoldar-se às cambiantes situações fáticas constantemente renovadas em face da ineliminável dinâmica das forças sociais. Nesse sentido, a tessitura aberta das normas principiológicas permite-lhes a adaptação a essas mudanças operadas no meio social. Essa expansividade normativa dos comandos principiológicos certamente inspirou a lapidar lição de Bonavides (2003, p. 288) segundo a qual “os princípios valem, as regras vigem”. Desse modo, graças à contextura principiológica do ordenamento jurídico, preserva-se o caráter mutável do Direito, cujas normas expandem seus horizontes de significação, desde que o novo sentido aportado se respalde em princípios consagrados pela ordenação jurídica.

Figure-se o exemplo da união estável, prevista no § 3º do art. 226 da Constituição da República: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Embora o texto constitucional faça expressa menção à união entre homem e mulher, houve, por parte dos tribunais, uma releitura desse dispositivo, alterando-lhe o sentido e o alcance, tendo em vista a evolução dos costumes bem como as novas condicionalidades histórico-sociais, de modo a se extrair daquele enunciado uma norma que passou a conferir igualmente a casais hetero ou homossexuais o direito ao reconhecimento como entidade familiar. Portanto, o princípio da igualdade está a respaldar o novo entendimento jurisprudencial, a par do princípio da dignidade da pessoa humana. Note-se que houve uma mudança da norma constitucional operada pela via interpretativa, sem que houvesse qualquer alteração formal no texto da Constituição, de sorte a adequá-la à nova realidade, fenômeno conhecido como mutação constitucional.

9. BANALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS, SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA

Infelizmente, constatamos em nossa prática jurídica uma verdadeira banalização dos princípios, que são superdimensionados em detrimento das regras, as quais, com frequência, são negligenciadas. Trata-se de um duplo equívoco. Tanto aqueles como estas cumprem relevante papel no ordenamento jurídico, havendo entre tais disposições uma relação de imbricação, até porque os princípios, dada sua alta densidade valorativa, irradiam-se sobre as regras, informando-lhes o conteúdo. De fato, toda regra, precisamente por ser informada por um princípio, ao ensejo de sua aplicação está, em última análise, a operacionalizar tal comando principiológico. Ambas as disposições são indispensáveis à ordem jurídica, não obstante a proeminência dos princípios. Figure-se o exemplo da regra processual que fixa o prazo legal para a contestação. Tal dispositivo operacionaliza o princípio da ampla defesa, tão caro ao nosso sistema jurídico-processual. Basta imaginar o despropósito que seria se o legislador houvesse estabelecido o prazo de dois dias para contestar. Por óbvio, prazo tão exíguo seria incompatível com o princípio da ampla defesa. Por outro lado, seria insuficiente dizer-se apenas que a contestação deveria dar-se em um prazo condizente com tal princípio, sem fixá-lo previamente, o que comprometeria a certeza e a segurança jurídica, e, por conseguinte, o princípio da igualdade, visto que situações equivalentes receberiam tratamentos díspares. Nas palavras de Sarmento:

Imaginem o caos que seria se, por exemplo, em cada ação cível, o juiz pudesse arbitrar, com base nos princípios da ampla defesa e da celeridade processual, qual o prazo adequado para apresentação da contestação. Ou como seria temerário

permitir aos guardas de trânsito que estabelecessem o valor da multa devida para cada infração, à luz das peculiaridades de cada caso e do princípio da proporcionalidade. Simplesmente inviável (SARMENTO, 2006, p. 203).

Assim, no dizer de Marcelo Neves, haveria entre princípios e regras uma relação de circularidade, cabendo àqueles promover a abertura cognitiva do sistema, e a estas, o seu fechamento cognitivo.⁵ As regras, portanto, aportam segurança jurídica e certeza ao sistema jurídico. Já os princípios, ao promoverem a abertura cognitiva do sistema, conferem “mais plasticidade ao Direito”, para usarmos uma expressão de Sarmento (2009, p.42).

A tessitura aberta dos comandos principiológicos projeta um largo espectro de virtualidade semântica, fazendo remanescer para o intérprete um amplo espaço de construção da norma aplicável à espécie. Todavia, por mais abertos que sejam os princípios, isso não pode significar o voluntarismo judicial, pois o magistrado estará sempre sujeito aos limites, ainda que elásticos, dos princípios, bem como vinculado a uma fundamentação consistente. Daí a afirmativa de Dworkin (1999) de que o direito se descobre, mas não se inventa. Assim, o operador jurídico está preso aos princípios, porém, paradoxalmente, liberto por eles, uma vez que lhe é dado construir a decisão para o caso concreto ao imprimir maior definição a um espectro semântico que a disposição principiológica apenas projeta.

Desse modo, as situações que configuram as chamadas lacunas normativas expandem consideravelmente a atuação do juiz, em razão do princípio do *non liquet* (proibição de denegação de justiça). De fato, o juiz não pode eximir-se de decidir, sob

5 Anotação colhida por ocasião da palestra proferida pelo professor Marcelo Neves no VII Congresso Internacional de Direito Constitucional, realizado em Natal em 2009.

alegação de falta de norma a reger a espécie. Segue-se que a compulsoriedade da decisão transmuda-se paradoxalmente em liberdade, consubstanciada na formulação de um direito judicial. É essa a lição de Campilongo, em palavras lapidares:

De outra parte, contudo, dada a evidente hiper-simplificação contida no dogma da completude do ordenamento, a proibição da denegação de justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infundável série de demandas do ambiente. Isso revela que o Judiciário é um inevitável intérprete, criador e construtor do direito. Com base nisso, Luhmann descreve a norma fundamental da atividade dos tribunais como paradoxal: transforma a coação (proibição da denegação de Justiça) em liberdade (formulação de um direito judicial): o fechamento (completude do ordenamento) em abertura (o Judiciário deve responder a todas as demandas) (CAMPILONGO, 2002, p. 35).

Todavia, em nossa prática judiciária, tem havido evidentes excessos na invocação dos princípios jurídicos para a solução das demandas judiciais. É preciso dizer que a exegese de base principiológica não pode fundar-se na análise fracionada e superficial de um princípio, tomado isoladamente, mas, ao contrário, deve basear-se em um acurado exame do complexo contextual e principiológico que faz do ordenamento jurídico-constitucional um todo significativo, segundo a perspectiva dworquiana do Direito como integridade. De fato, quanto maior o grau de abertura textual de uma disposição jurídica, tanto maior será o ônus argumentativo a cargo do intérprete, diversamente do que ocorre no caso das regras, que demandam menor esforço interpretativo na sua aplicação, pois buscam explicitar os pressupostos de sua incidência. Mas o que se tem é uma verdadeira “carnavalização dos princípios”, expressão usada por

Sarmiento (2009, p. 44) para referir-se ao emprego abusivo dessas disposições, sem a devida e criteriosa fundamentação. Entre os mais citados nos julgados, destaca-se o princípio da razoabilidade, que praticamente se transformou em “pau pra toda obra”, mas que na verdade traduz, muitas vezes, a substituição do juízo valorativo do legislador pelo do magistrado.

Outro princípio que marca presença constante nos autos judiciais, tendo em vista seu alto teor axiológico, é o da dignidade da pessoa humana, o qual, não raro, serve de fundamento contra si mesmo, visto ser utilizado de forma retórica como principal argumento por ambas as partes litigantes, autor e réu, no bojo do mesmo processo judicial, a evidenciar a que ponto pode chegar o grau de indeterminação semântica dos princípios, que, por isso mesmo, requerem do aplicador o correto manejo de um sofisticado instrumental teórico por ocasião de sua aplicação.

Também Lênio Streck critica de modo contundente o que ele designa como “farra principiológica”, que seria justamente a banalização da utilização de princípios, sem que haja critérios interpretativos mais consistentes. O autor se vale de expressiva imagem, ao aludir a uma verdadeira “bolha especulativa” dos princípios, que conduz a uma “crise hermenêutica”. Nesse contexto, elevam-se os riscos de o magistrado se deixar levar por sua moral individual, ou pela política ou ainda pelo que Lênio Streck chama de ideologia do caso concreto, que também é uma porta aberta para o decisionismo. Na linguagem de Streck, trata-se de um álibi para o decisionismo.⁶

É evidente que o caso concreto é importante, pois não há como prescindir do substrato fático no momento de se apontar a norma aplicável à espécie, mas tal caso há de ser visto em articulação com as normas abstratas. Daí a interação que deve haver entre

6 Anotações colhidas por ocasião da palestra proferida pelo professor Lênio Streck no VII Congresso Internacional de Direito Constitucional, realizado em Natal em 2009.

texto e contexto na construção do sentido. Quando se valoriza ao extremo o segundo em detrimento do primeiro, instaura-se uma verdadeira casuística, em evidente prejuízo da segurança jurídica e da igualdade. Por outro lado, quando o julgador se mostra insensível às peculiaridades e especificidades do caso concreto, o resultado conduz a decisões extremamente injustas. Daí repisarmos a ideia de que a justiça tanto tem uma dimensão generalizante, como também uma dimensão individualizante.

Nesse contexto, o excessivo protagonismo do Judiciário encerra o risco da proliferação de decisões erráticas e, por isso mesmo, anti-isonômicas, pois situações equivalentes podem suscitar decisões judiciais díspares, a depender das preferências valorativas e dos subjetivismos morais do julgador. E isso corrompe o caráter deontológico do direito, baseado no código binário lícito/ilícito. É esse o código a ser operado pelo julgador, de modo que o sistema jurídico possa cumprir com sua função essencial, que é estabilizar expectativas de comportamento. Não lhe é dado fazer escolhas preferenciais entre valores sociais concorrentes entre si, pois isso é tarefa do legislador. De fato, a deliberação sobre valores sociais, tendo em vista que tais valores não são absolutos, mas relativos, pressupõe amplo debate público, o que seria mais consentâneo com um provimento legislativo, oriundo das instâncias de representação plural da sociedade. É essa a função essencial da política: a tomada de decisões coletivamente vinculantes, a partir de uma escolha seletiva dos valores sociais a serem tutelados pelo Estado, em um contexto dialógico, discursivo. Por isso que tal decisão deve dar-se segundo o código da política, marcado pelo binômio maioria/minoria, próprio da comunicação política⁷. E nunca é demais lembrar que cabe ao próprio Judiciário o importante papel de assegurar a observância do devido processo

7 Para um aprofundamento no tema da diferenciação funcional dos sistemas da política e do Direito e a especificidade de seus códigos operacionais, confirmam-se as obras: Sociologia do Direito (LUHMANN, 1983, 2v) e Teoria da sociedade (DE GIORGI; LUHMANN, 1993).

legislativo, devendo zelar sempre para que haja a desobstrução dos canais institucionais que propiciam a participação igualitária na elaboração legislativa, de modo que a norma ao final produzida seja efetivamente uma norma de integração⁸.

Como consequência dessas práticas distorcidas e reiteradas, em que os juízos subjetivos de justiça do julgador se sobrepõem às deliberações do legislador, as decisões se deslocam de uma instância de representação plural da sociedade – que produz uma normatização de integração entre as várias vontades que se entrecruzam no parlamento, mediante um procedimento discursivo e democrático – para uma pluralidade de magistrados distribuídos difusamente, cada qual decidindo ao seu modo e segundo sua consciência e suas preferências valorativas. Assim, as decisões judiciais tomam direções as mais diversas e erráticas, por vezes colidentes, a ferir de morte a segurança jurídica e, por conseguinte, o princípio isonômico. Isso leva à perda da autonomização do direito, que deixa de operar segundo o código lícito/ilícito, e se deixa colonizar por outros sistemas sociais, que obedecem a lógica totalmente diversa, seja prendendo-se a cálculos utilitaristas, seja a razões políticas, econômicas ou morais. Segue-se o descrédito do sistema de justiça, com sérios prejuízos para a sociedade.

Sarmento (2009) chama atenção para um outro aspecto relevante a considerar, decorrente dessas práticas baseadas em uma indevida hipertrofia do Judiciário, com decisões que superdimensionam as valorações pessoais e subjetivas do julgador, em detrimento do comando impessoal da lei. Trata-se do risco de

8 No que tange ao controle jurisdicional das normas que presidem a elaboração legislativa, a posição majoritária do STF, a nosso ver, equivocada, é a de que controvérsias regimentais atinentes ao processo legislativo configuram questões “interna corporis”, resolvendo-se, pois, no âmbito do Parlamento. Somente diante de controvérsias atinentes a normas processuais de sede constitucional seria lícita a intervenção judicial. O tema, por demais complexo, extrapola os limites deste trabalho, de modo que, para uma visão crítica desse entendimento do STF, remetemos o leitor a nossa obra *O controle jurisdicional do processo legislativo* (BERNARDES JÚNIOR, 2009).

se aprofundarem as enormes diferenças que marcam a sociedade brasileira e que, em boa medida, decorrem de uma longa tradição de patrimonialismo arraigado em nossa cultura. Nesse contexto, quando se tem um Judiciário que decide a partir de parâmetros bem mais maleáveis e frouxos, “lastreados” na retórica de uma principiologia por demais aberta, elevam-se os riscos de decisões que privilegiem os donos do poder, para usarmos a célebre expressão de Raimundo Faoro, em detrimento das classes sociais mais desfavorecidas. Nas palavras de Daniel Sarmento, que se apoia em Sérgio Buarque de Holanda e José Murilo de Carvalho:

(...) há na sociedade brasileira traços que tornam ainda mais perigosa esta tendência à frouxidão e emotividade na metodologia jurídica. (...) O brasileiro – já dizia Sérgio Buarque de Holanda – é o ‘homem cordial’, que tende a antepor a lógica privada do compadrio e da simpatia à racionalidade objetiva das leis. E esta singularidade das nossas relações sociais não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica a adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados. Uns poucos acabam pairando acima das leis, que não os alcançam para limitar a sua conduta ou sancionar os seus desvios, enquanto outros permanecem abaixo dela, sendo atingidos apenas pelo braço punitivo do Estado, pois a violação rotineira dos seus direitos é naturalizada, tornando-se invisível. (SARMENTO, 2009, p 43).

De fato, temos profundas assimetrias em nossa sociedade. Para além das diferenças de ordem econômica e material, e até em razão dessas, multiplicam-se as desigualdades, que já principiam no que respeita à própria formulação do direito,

dadas as significativas diferenças no que toca ao poder de influenciar a agenda política. Há ainda grandes desigualdades no que tange ao acesso ao judiciário (basta dizer que boa parte de nossas comarcas não dispõem de defensorias públicas). E essas diferenças tendem a se projetar também para o campo da aplicação do direito, sobretudo em face de uma prática judiciária que opera a partir de balizas tão maleáveis. Em síntese: desigualdade na lei, desigualdade no acesso à justiça e desigualdade perante a lei.

Com isso, estabelecem-se contrastes desconcertantes, como cela especial para quem tem curso superior, e verdadeiras masmorras medievais para os demais; o código civil para aqueles que, nas palavras do Bispo Morelli (2000, p. 33), são, sabem e têm, e o código penal para aqueles que nada são, nada sabem e nada têm; renomadas bancas de advogados para uns poucos e ausência de assistência jurídica para muitos; punição para os crimes próprios das classes desfavorecidas e impunidade quase generalizada para os chamados crimes de colarinho branco, embora, nesse último aspecto, tenha havido recentemente um grande esforço do Judiciário para pôr fim a essa seletividade punitiva, a exemplo do que ocorreu nos processos da Ação Penal 470 (conhecida como mensalão) e da lava-jato.

10. CONCLUSÃO

A ascensão institucional do Judiciário é inquestionável, para o bem ou para o mal, e parece também inevitável. Assim, louve-se a atuação jurisdicional asseguradora dos direitos fundamentais e o papel do Judiciário enquanto instância contramajoritária, a evitar a tirania das majorias sobre as minorias, e fazendo valer os direitos dos segmentos sociais que não têm como vocalizar suas aspirações normativas, visto que aliados do processo político-decisório e à mercê da fria lógica que preside o mercado. Cabe

ainda ao Judiciário assegurar a estrita observância das regras que disciplinam o jogo democrático e a elaboração legislativa, de modo a garantir condições igualitárias de participação no processo político-decisório para que se alcance o delicado equilíbrio entre a vontade da maioria e o respeito aos direitos das minorias, na linha preconizada por Ely (1980).

Mas deve-se evitar, quanto possível, que o Judiciário, a pretexto de aplicar o Direito, venha a fazer-se substituir ao legislador, este sim dotado de legitimidade popular para elaborar as normas regentes da sociedade.

O ativismo judicial, em doses exageradas, para além de corromper o código do Direito, orientado pelo binômio lícito/ilícito, gera ampla incerteza e insegurança jurídica, visto que o juiz deixa de vincular-se aos comandos da lei e passa a decidir segundo suas preferências valorativas e sua moral individual. O sentido normativo, originalmente concebido pelo Parlamento e consubstanciado em uma norma de integração, migra daquela instância colegiada para uma multiplicidade de provimentos judiciais os mais díspares, comprometendo a segurança jurídica e, por conseguinte, o princípio da igualdade, tão caro ao nosso sistema jurídico, que se torna disfuncional.

O Direito deve buscar a segurança jurídica, a certeza possível, a observância de padrões mínimos de uniformidade interpretativa. A incerteza é própria do campo da política, onde os atores políticos externam suas preferências valorativas e se empenham em fazê-las prevalecer mediante o jogo democrático, que transcorre nas casas legislativas, com a observância do devido processo legislativo. Uma vez aprovada a lei, o juiz, por ocasião de sua aplicação, há de basear-se nos valores normativamente selecionados pelo sistema político e consubstanciados na legislação, em vez de orientar-se por suas preferências valorativas e pessoais.

Alguns parâmetros são úteis para delimitar as fronteiras de atuação do Judiciário e sinalizar uma postura de autocontenção, como no caso da apreciação de leis que resultem de ampla mobilização social e de um processo legislativo qualificado pelo alto grau de legitimação e participação, situação em que convém ao Judiciário uma maior deferência para com a deliberação majoritária. Recomenda-se também uma postura mais comedida quando da apreciação judicial de questões que demandem conhecimentos técnicos especializados, dada a incapacidade institucional do Judiciário para dar respostas adequadas em tais situações.

De todo modo, é inevitável que o Judiciário, no seu mister, ao buscar a composição dos conflitos sociais, muitas vezes proceda à reconstrução do sentido das normas elaboradas pelo Legislativo, dada a impossibilidade fática de o legislador prever todas as hipóteses situacionais suscetíveis de ocorrer na realidade concreta, sobretudo em uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Por isso, não há que se falar nem em supremacia do Parlamento, nem em governo dos juízes. Trata-se de instâncias institucionais distintas e que se pressupõem mutuamente. Dessa reconstrução de sentido decorrente do provimento jurisdicional, pode resultar a incorporação de novos padrões de afirmação do princípio da igualdade.

Portanto, não raro os conflitos que se iniciaram na arena legislativa por ocasião da elaboração da norma tendem a se reproduzir também no âmbito judicial e não somente em razão de descumprimento desabrido das disposições legais, mas muitas vezes pela inescapável dúvida quanto ao sentido do direito. A circunstância de que o direito se dá a conhecer mediante o texto escrito torna inafastável a mediação do intérprete. Afinal, o caráter de mutabilidade das normas jurídicas é algo inexorável, até porque elas hão de se amoldar às transformações que a sociedade experimenta no evolver histórico. Como o direito brota dos fatos, ou, para usarmos uma expressão de Miguel Reale, o

direito existe para a vida, e não o contrário, para que as normas jurídicas se amoldem às cambiantes situações fáticas que buscam regular, é necessário que também elas, as normas, se sujeitem a essas transformações. A propósito, cabe invocar uma vez mais o mestre Miguel Reale, que traduz esse caráter de mutabilidade do Direito em imagem bastante expressiva, que merece transcrição integral: “Se imaginarmos, na história da espécie, a experiência do direito como um curso de água, diremos que esta corrente, no seu passar, vertiginoso ou lento, vai polindo as arestas e os excessos das normas jurídicas, para adaptá-las, cada vez mais, aos valores humanos concretos, porque o direito é feito para a vida e não a vida para o direito” (REALE, 1996, p. 610).

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da inefetividade à constitucionalização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/282615765/BARROSO-Luis-Roberto-Da-Falta-de-Efetividade-a-Excessiva-Judicializacao-No-Fornecimento-de-Medicamentos-Gratuitos>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** 2009. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **O controle jurisdicional do processo legislativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. *In:* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Perspectivas do direito público:** estudos em

homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas – Ilícito do Estado – Igualdade de todos diante dos encargos públicos – Princípio da Continuidade da empresa – Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano 26, p. 123-152, jul./dez. de 1996.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Rev. Técnica. Gillo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Trad. Jefferson Luiz Carmargo.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Ênio Paulo Giacheni.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004. Trad. Cláudio Molz.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v. Trad. Flávio Beno Siebeneichter.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994. Trad. Beatriz Vianna e Nelson Boeira.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paulo; LUTHER, Görg (org.). **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. Trad. livre por Menelick de Carvalho Netto.

LUHMANN, Niklas: **Sociologia do direito I**. trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria de la sociedad**. Guadalajara, Jalisco, México: Universidad de Guadalajara, 1993. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. Trad. Oliveira Jouanjan.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 159-194.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In : LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-49.

SICHES, Lis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 3. ed. México; Porrúa, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

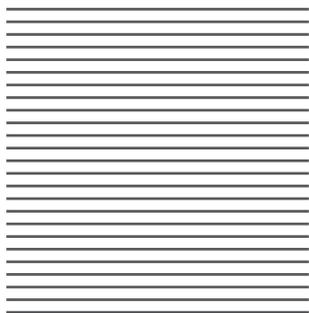
ZAGREBESKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1988.



POLÍTICA PÚBLICA E IGUALDADE

Mario César Rocha Moreira*

*Consultor em Gestão Pública da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro.



1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é fazer uma reflexão sobre as implicações do princípio da igualdade na formulação das políticas públicas. De início, procura-se identificar a incidência desse princípio no Texto Constitucional e sua repercussão no Direito Administrativo e, conseqüentemente, na atuação do Estado. Em seguida, são descritos o processo de formulação das políticas públicas, a identificação das etapas do chamado “ciclo das políticas públicas”, os tipos e a caracterização de sua natureza conforme as diferentes arenas de disputa. Faz-se necessária uma reflexão sobre as políticas de combate à desigualdade, explicitando-se as controvérsias a respeito das políticas de transferência de renda, particularmente quanto aos critérios de justiça social. Assim, chega-se à problemática relativa à incorporação precária da classe trabalhadora no modo de produção capitalista, conhecida como “questão social”, que se manifesta como situações de exclusão, pobreza, violência e desigualdades.

A reflexão sobre o princípio da igualdade traz à tona, também, a necessidade de se discutir a participação social como forma de influenciar nas decisões e fiscalizar a implementação das políticas públicas. Existem condições para uma participação igualitária? Para que isso ocorra é necessário garantir procedimentos que favorecem a igualdade na participação, como prescrito nos modelos da democracia deliberativa.

Permeia todo o texto a afirmação quanto à necessidade de se buscar mais igualdade nas políticas públicas e por meio delas. Mas o que seria a igualdade? É possível ao Estado implementar políticas para efetivação do princípio da igualdade nas políticas públicas?

2. IGUALDADE COMO PRINCÍPIO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme vemos em Correa (2012) para o Direito, em específico, os princípios são valores que ordenam o sistema jurídico e variam conforme o momento histórico, social e político de uma determinada sociedade. No Estado de Direito, os princípios têm força normativa. Tanto é verdade essa afirmação que o STF assim se posicionou:

Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem do todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio.¹ (BRASIL apud CORREA, 2012).

Ao tratar da importância dos princípios da administração pública, Correa (2012) cita Di Pietro² para quem os princípios representam papel relevante nesse ramo do Direito, permitindo à administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 160.381/SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1.030.

2 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67.

entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da administração.

Relevante também é o entendimento de Bandeira de Mello³ (2004 *apud* CORREA, 2012) de que alguns princípios, embora não mencionados no *caput* do art. 37 da CF/88, estão nele abrigados por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e do sistema constitucional como um todo. Assim sendo, “os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, desempenham um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais (...)” (CADEMARTORI, 2004, p. 80 *apud* CORREA, 2012)⁴.

O art. 37 da CF/88 elenca cinco princípios que regem a administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Mas estabelece também outros dispositivos que devem ser observados pelos agentes públicos, nos quais estão implícitos outros princípios a serem observados, como aqueles que foram positivados na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal: finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público. Outras leis esparsas também fazem expressa referência a princípios específicos de determinados processos, tal como ocorre com a Lei 8.666/1993, sobre licitações e contratos, e com a Lei 8.987/95, sobre concessão e permissão de serviço público. Ambos explicitam a igualdade como um de seus princípios.

O princípio da igualdade, também conhecido como “princípio da isonomia”, é um dos pilares de sustentação do Estado de Direito e, pode-se dizer, do Direito Administrativo. Para Bandeira

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed. 2004. p. 86.

4 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito, p. 80.

de Mello (Apud Corrêa, 2012), o princípio da igualdade “firma a tese de que não se pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade [...]”. Cabe aqui a citação do princípio da impessoalidade, segundo a qual o administrador público atua em nome do interesse público, sendo vedado ao representante público o privilégio de pessoas específicas. Todos devem ser tratados de forma igual.

A igualdade é um valor expresso na Constituição Federal em diversos dispositivos. Logo no preâmbulo da Carta Magna, a igualdade é apresentada como um dos valores supremos da sociedade. Em suas relações internacionais, o Brasil rege-se pela igualdade entre os Estados. Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontram-se os de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A igualdade é também realçada como um dos direitos fundamentais dos indivíduos, uma vez que todos são iguais perante a lei. A todos são garantidos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos do art. 5º da Constituição. No âmbito dos direitos políticos, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Na administração pública, as obras, os serviços, as compras e as alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Ao tributar, é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

No que diz respeito às políticas sociais, a CF/88 diz expressamente que deve ser garantido o acesso universal e

igualitário a saúde, direito de todos e dever do Estado. O mesmo vale para a política de educação, que prevê igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Quando trata da família, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Dos exemplos supracitados, depreende-se da CF/88 a igualdade como um de seus princípios fundantes. Por um lado, esse princípio visa ao tratamento igual de todos os cidadãos, quando apregoa que todos são iguais perante a lei. Por outro lado, atua para corrigir distorções e equalizar desigualdades existentes entre indivíduos, grupos sociais ou regiões, o que pode exigir tratamentos desiguais perante situações desiguais, visando produzir equidade. Esse duplo sentido do princípio da igualdade corresponde ao que a literatura compreende como igualdade formal x igualdade material.

A igualdade formal é a igualdade jurídica, pela qual todos devem ser tratados de maneira igual, sem quaisquer distinções. A igualdade formal subordina a todos perante a lei e, concomitantemente, protege os cidadãos contra discriminações quando exige isonomia de tratamento, independentemente de raça, crença, orientação sexual, gênero ou qualquer outra forma de diversidade. Entretanto, em alguns casos, esse conceito pode causar uma desigualdade maior do que a igualdade pretendida. Podemos pensar na tributação como exemplo, quando um imposto incide com a mesma alíquota para todos os contribuintes, independentemente de sua renda. A taxação, dessa forma, acaba por sobrecarregar mais aqueles que detêm menor renda. Acredita-se, de outro modo, que uma alíquota progressiva, taxando mais quem detém maior renda, embora tratando desigualmente os desiguais, poderia produzir maior equidade, entendida aqui como um esforço equivalente para todos conforme sua capacidade. Nesse último caso, trata-se da chamada “igualdade material”.

Para Silva (2017) a Lei Maior consagra muito mais do que a mera igualdade perante a lei. Ela consagra uma igualdade substancial [material] entre os indivíduos. Sem adentrar, aqui, em meandros históricos, é necessário compreender que a ideia de igualdade material surge com o advento do Estado Social, quando há uma reconstrução do sentido de igualdade, uma vez que o Estado adquire uma feição intervencionista a fim de proteger os grupos menos favorecidos, efetivando os seus direitos fundamentais, em contraposição ao Estado Liberal, em que a ideia de igualdade formal garante as liberdades individuais para proteger o cidadão contra o absolutismo monárquico. A igualdade material, portanto, tem por finalidade igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais. Remetendo a Aristóteles, afirma a autora: “a lei pode e deve estabelecer distinções, uma vez que os indivíduos são diferentes em sua essência, devendo os iguais serem tratados igualmente e os desiguais tratados desigualmente” (SILVA, 2017). É legítimo, portanto, criar distinções com a finalidade de igualar oportunidades em prol de indivíduos e grupos menos favorecidos.

Em prol da equidade, cabe ao Estado promover ações diferenciadas para as pessoas em situações diferentes. Visando promover bem-estar social, o Estado implementa políticas públicas, ora universalistas, sob inspiração da igualdade formal, ora focalizadas em grupos em situação de vulnerabilidade social, de forma a minimizar as desigualdades. No primeiro caso, temos, como exemplo, as já citadas políticas de saúde e educação, que visam garantir igualdade no acesso a todos os cidadãos. No segundo caso, há a política de assistência social, prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, conforme estabelecido no art. 203 da CF/88.

Nesse ponto, são pertinentes as seguintes perguntas: a) em que medida as políticas públicas são capazes de prover a igualdade material entre os indivíduos e grupos sociais e b) em que medida as políticas públicas são capazes de reduzir as desigualdades sociais e regionais? Na tentativa de explorar possíveis respostas,

vamos pensar sobre as políticas públicas, o que são e como são definidas.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme aponta Saravia (2006, p. 25), ao longo dos anos 1980 registrou-se um desejo crescente de participação democrática nas decisões estatais, na sua implementação, no seu controle e nos seus benefícios. A intensificação de interações entre indivíduos, organizações e Estados exigiu a permanente adequação das estruturas organizacionais às variações do contexto. “O dinamismo do contexto exigia estratégias e não mais metas e objetivos claros, bem delimitados e rígidos” (p. 25). Assim, a concepção da atividade governamental, que então privilegiava o exame de normas e estruturas, orientado para o planejamento organizacional, ou seja, para a fixação de objetivos e metas e a determinação de meios destinados a atingi-los, deslocou-se para a ideia de política pública e construção de cenários.

Saravia (2006, p. 28-29) considera as políticas públicas como “um fluxo de decisões públicas” orientado a manter ou modificar a realidade e também como “estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório”. Já se tornou bastante conhecida, no meio acadêmico, sua definição de política pública que é:

um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos. (SARAIVA, 2006, p. 29).

Este fluxo de decisões, no entanto, não é uma ordenação tranquila no qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado. Cada política pública passa por diversos estágios, que compõem o denominado ciclo das políticas públicas. Em cada um deles, os atores, as coalizões, os processos e as ênfases são diferentes. Cada uma das etapas é campo para tipos diferentes de disputas e negociações.

O primeiro momento, ou etapa, desse ciclo é o da formação da agenda pública, ou seja, a identificação de um problema, pleito ou necessidade social e sua inclusão na agenda pública. O segundo momento é a formulação de alternativas para o enfrentamento do problema e seleção daquela considerada mais conveniente, a partir de uma avaliação dos custos e efeitos de cada uma delas. O terceiro momento consiste no planejamento, que é a organização do aparelho administrativo e mobilização dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos necessários para executar a alternativa definida e na implementação, ou seja, a execução de ações destinadas a atingir os objetivos estabelecidos pela política. O quarto momento é o acompanhamento ou monitoramento, processo sistemático de supervisão da execução das atividades, e o quinto é a avaliação, que consiste na mensuração e análise, *a posteriori*, dos efeitos produzidos na sociedade pelas políticas públicas.

A descrição dessas etapas pode variar dependendo do autor, e, na prática, não ocorre de maneira tão sequencial e linear. Mas de um modo geral podem ser identificadas como: inclusão na agenda, formulação, implementação, monitoramento e avaliação de políticas públicas. (POLÍTICAS..., 2012).

Coerente com o conceito de políticas públicas como um “sistema de decisões públicas”, Fuks (2000, p. 79) enfoca os assuntos públicos e problemas sociais em termos da disputa social em torno da sua compreensão. Esse processo ocorre no “sistema

de arenas públicas”⁵ no qual estão em curso, entre outros fenômenos, as atividades reivindicatórias de grupos, o trabalho da mídia, a criação de novas leis, os conflitos processados pelos tribunais, a divulgação de descobertas científicas e a definição de políticas públicas. As políticas públicas emergem, portanto, da disputa entre uma virtual pluralidade de versões, em arenas específicas, embora as condições diferenciadas impliquem vantagens para certos atores.

Esse enfoque coloca a centralidade na definição da agenda pública, momento crucial para que grupos minoritários ou em situação de desigualdade e exclusão social possam ser contemplados na definição de políticas públicas. Algumas das questões centrais nesse momento são: como certas questões conseguem alcançar a atenção pública? De que forma as estratégias e os recursos dos grupos organizados asseguram a aceitação pública de seus interesses, suas demandas e seus valores?

Spector e Kitsuse (1987 apud Fuks, 2000)⁶ apontam as atividades reivindicatórias de grupos como os responsáveis por esse reconhecimento social, transformando um assunto específico em problema social.

Encontramos em Reis (2013) que, na esfera pública, aparecem as demandas sociais que vocalizam interesses diversos e, posteriormente, poderão se tornar temas de interesse geral para pautar as agendas dos governos. Referindo-se a Habermas⁷ afirma Reis que “o poder comunicativo (advindo do debate público, das arenas informais de debate) é transformado em

5 HILGARTNER, Stephen; BOSK, Charles L. The rise and fall of social problems: a public arenas model. *American Journal of Sociology*, v. 94, n. 53-78, 1988.

6 SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John I. *Constructing social problems*. New York: Aldine de Gruyter, 1987.

7 HABERMAS, J. *Política Deliberativa: um conceito procedimental de democracia*. In: _____. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 57-121.

poder administrativo (referente às decisões políticas, nas arenas formais).” (REIS, 2013, p. 3).

Rua (2014) considera que grande parte da atividade política dos governos se destina à tentativa de satisfazer as demandas que lhes são dirigidas pelos atores sociais ou aquelas formuladas pelos próprios agentes do sistema político, ao mesmo tempo que articulam os apoios necessários. Os atores políticos são diversos e possuem características distintas. Entende-se por atores políticos: os atores públicos como, por exemplo, os políticos eleitos que detêm recursos de poder formal e os burocratas que ocupam cargos de carreira, os atores privados como, por exemplo, empresários com grande capacidade de influência, trabalhadores cujo poder resulta da ação organizada, partidos políticos, ONGs, igrejas, agentes internacionais como o FMI e Banco Mundial com grande influência nas questões econômicas, ambientais ou de direitos humanos e outros. Não se pode ignorar também o papel da mídia como agente formadora de opinião e mobilizadora da ação de outros atores. Cada um desses atores possui recursos de poder: influência, capacidade de afetar o funcionamento do sistema, meios de persuasão, votos, organização, etc.

Conforme aponta a autora, a dinâmica das relações entre os atores pode obedecer a três padrões: lutas, jogos e debates. As lutas geralmente acontecem quando se trata de arenas redistributivas, onde se tem o chamado “jogo de soma-zero”, ou seja, uma situação na qual, para que um ator ganhe, o outro tem que perder, embora possa haver alguma acomodação dos interesses em disputa. Os jogos são as situações onde a lógica é vencer o adversário em uma situação específica, sem eliminá-lo totalmente do processo, de tal maneira que ele possa vir a ser um aliado num momento posterior. Envolve negociações, barganhas, conluios, coalizões de interesses. Os debates seguem a lógica da persuasão, na qual cada um dos atores procura convencer o outro da adequação das suas propostas, buscando

transformar o adversário em um aliado. Os atores recorrem também ao chamado “intercâmbio”, que significa a troca de favores, de apoios e até mesmo de benefícios. Há atores que se utilizam, em última instância, de ameaças, imposição de danos ou prejuízos ou suspensão de favores ou benefícios (RUA, 2014, p. 74-76).

Há outras formas de atuação: a pressão pública, que pode ser realizada por atores individuais ou coletivos; o exercício da autoridade, que significa, de fato, a exigência da obediência; a utilização da negociação e do compromisso na tentativa de encontrar soluções negociadas nas quais todas as partes sintam-se mais ou menos satisfeitas com o que obtiveram, “de tal maneira que todos saiam do processo acreditando que ganharam alguma coisa e ninguém saia com a convicção de ter perdido tudo.” (RUA, 2014, p. 77). A autora cita ainda a obstrução como recurso para elevar o custo de determinada alternativa, de tal forma que todos os atores ficam impossibilitados de obter qualquer solução admissível para aquele problema.

A partir da abordagem das Arenas, desenvolvida por Theodores Lowi, Rua (2014) destaca que, em função das preferências, das expectativas de resultados, das alternativas e alianças entre os atores formam-se as arenas políticas: distributivas, redistributivas e regulatórias.

Políticas distributivas são aquelas que alocam bens ou serviços a frações específicas da sociedade mediante recursos provenientes da coletividade como um todo. Por exemplo, a construção de escolas, construção de obras viárias, concessão de benefícios a indivíduos, subsídios a empreendimentos econômicos. Seus custos são difusos e os benefícios focalizados.

Políticas redistributivas são aquelas que distribuem bens ou serviços a segmentos particularizados da população por intermédio de recursos oriundos de outros grupos específicos, como as transferências de recursos inter-regionais, reforma

agrária, política tributária. Seus custos e benefícios são altamente concentrados.

Políticas regulatórias são aquelas que estabelecem obrigações, interdições e condições para a realização de determinadas atividades. Seus custos e benefícios podem ser difusos para toda a sociedade ou concentrados para uma determinada parcela. São exemplos os códigos e legislações de determinadas atividades, leis de ordenamento territorial, regulação de atividades econômicas.

A mobilização dos atores assume, geralmente, alguns padrões definidos. Quando há políticas distributivas, o padrão costuma ser pluralista. No pluralismo, a princípio, todos os atores são equivalentes, ou seja, todos têm chances de obter a decisão que lhes seja mais favorável.

Quando há políticas regulatórias, o padrão pode ser pluralista, mas também tende a ser elitista, dependendo de qual seja o problema a ser regulamentado. No elitismo, os resultados são previamente definidos pelos interesses das elites, que controlam os recursos organizacionais da sociedade, ou da classe dominante (modelo de classes), que controla os recursos produtivos (interesses econômicos).

Quando há políticas redistributivas, o padrão costuma ser o do jogo de soma-zero, uma vez que os custos recaem sobre um grupo de atores, e os benefícios são focalizados para outro grupo, levando a disputas pela validade da política, como é o caso de políticas de transferência de renda.

Uma abordagem complementar entende que ocorrem linhas cruzadas entre diferentes políticas. Assim, “uma decisão que inicialmente parece pouco racional, pode ter sido, na realidade, o elemento de barganha para que os atores envolvidos obtivessem uma vantagem muito maior em outra política que, em princípio, nada tem a ver com a primeira.”

(RUA, 2014, p. 120). Por isso, uma *boa decisão* seria não uma decisão tecnicamente perfeita, mas uma decisão em relação à qual todos os atores envolvidos acreditem que saíram ganhando alguma coisa e nenhum ator envolvido acredite que saiu completamente prejudicado. Isto quer dizer que naquele momento todos os atores dotados de efetivos recursos de poder para inviabilizar uma política pública devem acreditar que saíram ganhando alguma coisa e nenhum ator dotado de efetivos recursos de poder para inviabilizar a política pública acredite que saiu prejudicado com a decisão.

Outra classificação possível das políticas públicas, mais especificamente das políticas sociais, usa como critério a finalidade da política, e as classificam como compensatórias ou emancipatórias. As políticas compensatórias são as que visam minimizar as distorções sociais históricas. É o caso das políticas para grupos sociais vulnerabilizados como negros, indígenas, quilombolas, mulheres, população de rua. Enquadram-se aí as políticas de cotas, políticas de demarcação ou titulação de terras, ações afirmativas, políticas de restauração de direitos violados.

As políticas emancipatórias, por sua vez, visam ao empoderamento e autonomia dos grupos sociais vulneráveis, através de oportunidades de desenvolvimento humano e socioeconômico. São exemplos as políticas de reforma agrária, inclusão produtiva, qualificação profissional, de promoção de direitos humanos.

Políticas compensatórias e emancipatórias podem ser necessárias para a efetivação do princípio da igualdade, seja minimizando as desigualdades historicamente determinadas em direção a igualdade material, seja empoderando grupos vulnerabilizados, inclusive para a luta pelo direito de igualdade formal e material.

As políticas públicas ainda podem ser classificadas a partir do grau de intervenção na situação-problema. Existem políticas estruturais – cujo objetivo é transformar, de maneira duradoura, determinantes sociais, tais como a política de geração de emprego e renda, as políticas macroeconômicas, o desenvolvimento industrial, as políticas de igualdade racial ou de gênero etc – e existem políticas conjunturais ou emergenciais, que intervêm para aliviar uma situação temporária, tais como as políticas de redução da fome, a concessão de benefícios emergenciais, os auxílios em situações de calamidades públicas, os acolhimentos temporários para população de rua, entre outras. Ambos os tipos de políticas podem favorecer a busca de igualdade material. Mas as políticas emergenciais, em geral, atacam situações de desigualdades já instaladas, cuja resolução definitiva demanda a implementação de políticas estruturais.

Na literatura são encontradas outras classificações, como as que distinguem as políticas sociais, econômicas, de infraestrutura, ou que distinguem políticas de Estado, que tratam de políticas mais duradouras e consolidadas e políticas de governo, que vigoram durante o mandato de seus formuladores (RUA; ROMANINI, 2013).

Toda essa discussão tem implicações no que se refere ao princípio da igualdade nas políticas públicas. Os diferentes recursos de poder dos atores políticos implicam na maior ou menor possibilidade de vocalização de suas demandas e colocação dos assuntos que lhes afetam na agenda pública. Além disso, é necessário entender que:

a rigor, uma decisão em política pública representa apenas um amontoado de intenções sobre a solução de um problema, expressas na forma de determinações legais: decretos, resoluções, etc, etc... Nada disso garante que a decisão se

transforme em ação e que a demanda que deu origem ao processo seja efetivamente atendida. (RUA, 2014, p. 88).

Se analisamos o processo histórico de desenvolvimento socioeconômico no Brasil, a efetividade do princípio da igualdade, por mais que evidenciado no conjunto de determinações legais, é colocada em xeque, uma vez que mantêm-se, no plano fático, as desigualdades e processos de exclusão social, como veremos na seção seguinte.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS, JUSTIÇA SOCIAL E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES

Saravia (2006, p. 35-36) afirma que os instrumentos de política pública tiveram desenvolvimento maior no campo da política econômica e certos objetivos como a redistribuição da renda e a redução das disparidades regionais, estão inspirados em considerações fundamentadas na busca de justiça social. Entretanto, devido a falta de coordenação entre as políticas econômicas e sociais, indicadores da educação, da saúde, da previdência social, da habitação, do emprego e de outros setores sociais mostram a existência de uma situação difícil, que se agrava com o tempo.

Com efeito, como apontado por Guerra, Pochmann e Silva (2014, p. 12), no Atlas da Exclusão Social no Brasil, embora no Brasil e na América Latina a primeira década do século XXI trouxe crescimento econômico combinado com redução da pobreza e da desigualdade social, a região convive ainda com formas antigas e modernas de manifestação da exclusão social, seja pela peculiaridade do desenvolvimento econômico sem forte base industrial, seja pela herança de profunda desigualdade e pobreza,

seja pela lógica de funcionamento do sistema capitalista produtor de crescente distanciamento entre pobres e ricos.⁸

Afirmam os autores que, por quase cinco décadas, o Brasil manteve acelerado processo de acumulação capitalista, cujo domínio do destino do excedente gerado pertenceu quase monopolicamente a grupos minoritários da população. Mas um quadro de semiestagnação de renda per capita nas últimas duas décadas do séc. XX manteve quase inalterada a estrutura social da exclusão. Com a expansão da oferta ainda mais abundante da mão de obra desde 1990, as condições de redução da desigualdade e da pobreza diminuíram ainda mais. (GERRA, POCHMANN e SILVA, 2014, p. 16).

A condição de exclusão social que leva à discriminação e ao isolamento de certos grupos no interior da sociedade pode abarcar tanto indivíduos pobres quanto não pobres, envolve as relações de poder e suas mediações que impossibilitam a participação plena na vida política, econômica, social, cultural e civil, além do acesso ao padrão de vida considerado aceitável. O processo de exclusão se renova produzindo e reproduzindo segmentos das populações sem acesso a bens e serviços.

Já na primeira década desse século, como demonstra Calgareo (2014), houve um fortalecimento da classe C, composta por famílias com uma renda mensal domiciliar total entre R\$ 1.064,00 e R\$ 4.561,00 e entre 2004 e 2010, 32 milhões de pessoas

8 No estudo "The concentration of income at the top in Brazil" dos pesquisadores Pedro Herculano Guimarães e Marcelo Medeiros, do Instituto de Pesquisa Econômica (Ipea), publicado em novembro de 2017 pelo Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (IPC-IG/PNUD), o Brasil figurou entre as nações mais desiguais do mundo, em que o 1% mais rico do Brasil concentra entre 22% e 23% do total da renda do país. Segundo os pesquisadores "O Brasil só atingirá níveis moderados de desigualdade, como os da Europa, se a concentração de renda no topo diminuir dramaticamente (...) Isso demandará políticas que promovam tanto o rápido crescimento da renda dos mais pobres como a direta redistribuição (da renda) do topo". Disponível em: <<https://inacoesunidas.org/brasil-esta-entre-os-cinco-paises-mais-desiguais-diz-estudo-de-centro-da-onu/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ascenderam à categoria de classes médias (A, B e C), e 19,3 milhões saíram da pobreza. A classe C acabou sendo proveniente das pessoas oriundas das classes D e E, e tornou-se dominante do ponto de vista eleitoral e do ponto de vista econômico. Entretanto, adverte a autora, se por um lado ocorre o acesso desses cidadãos a produtos e serviços nunca antes conseguidos, por outro, reforça-se o poder capitalista predatório do mercado, devido a não inserção do indivíduo oriundos das classes “D” e “E” como cidadão da classe média, mas apenas como consumidores.

Afirma a autora que as políticas públicas redistributivas no Brasil têm proporcionado uma saída do nível de pobreza de milhares de pessoas, mas existe uma lógica contraditória no que se refere a essas políticas públicas redistributivas, em que a nova classe média movimenta a economia, mas torna-se um propenso consumidor endividado.

Refletindo sobre o critério de justiça que fundamenta as políticas públicas redistributivas no Brasil, a autora faz uma leitura do princípio da diferença em John Rawls.⁹ O princípio da diferença assegura que as eventuais desigualdades econômicas que existem na distribuição de renda e de riquezas somente podem ser aceitas caso possam beneficiar aqueles que estejam em maiores desvantagens, ou seja, “os menos favorecidos”.

Rawls (2002, apud CALGARO, 2014; FABRES, 2014), partindo de uma “Posição Original” em que os indivíduos envolvidos estejam em uma posição igual para legislar, formula dois princípios da Justiça, que seriam consentidos por eles, os quais pressupõem a liberdade e a igualdade. O primeiro princípio é o de que todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido. O segundo princípio é o de

9 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fonte, 2002.

que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos aberto a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

Mas Rawls (2002) entende que o princípio da equitativa igualdade de oportunidade assegura que apenas as pessoas com os mesmos níveis de talentos e habilidades disponham de chances equivalente na vida. Assim introduz o princípio da diferença como uma condição para a correção das desigualdades.

Calgaro (2014) entende que as políticas redistributivas representam a inserção do princípio da diferença em Rawls.

Deste modo, a elevação do salário mínimo, os programas sociais de renda mínima, como por exemplo, o programa Bolsa Família, o PROUNI, com todos os seus problemas, representam um conteúdo mínimo onde o Estado promove para contrapor a concentração de renda provocada pelas forças sociais de mercado. (Calgaro, 2014, p. 6).

Contrapondo a análise da renda com o consumo, a autora afirma que a nova classe média está longe de ter a ascensão social que lhe é atribuída, visto que a maioria ainda pode ser considerada pobre sobre o critério de adequação aos níveis de bem-estar social. Ela pondera, ainda, que o aumento da renda, por meio de políticas públicas redistributivas e da abertura de créditos a longo prazo, promove a elevação do consumo, “o que as insere em um mercado voraz de uma sociedade hiperconsumista” (Calgaro, 2014, p. 7), mas não uma alteração dos padrões culturais e de estrutura social, uma vez que não leva a cidadania como maneira de participação da vida social, cultural e política do país.

Por fim, conclui Calgaro (2014), a política social brasileira, com a Constituição Federal de 1988, realiza de forma restrita

algumas dotações para o desenvolvimento da justiça, mas a política econômica traça o caminho inverso, o que não favorece o desenvolvimento voltado a justiça social.

Para Fabres (2014), a noção rawlsiana de justiça ilustra um aspecto comum ao procedimento contratualista desde Hobbes: parte de uma concepção antropológica muito particular da filosofia política liberal que entende o ser humano como um indivíduo que persegue incessantemente seus próprios interesses e cuja preocupação com os demais parceiros de interação social apenas se manifesta quando estes ameaçam seus interesses individuais, ou seja, as partes são concebidas como pessoas que não têm interesse nos interesses das outras. A concepção liberal é de que o indivíduo é livre e autônomo quando a sociedade oferece possibilidades para que ele realize seu próprio plano racional de vida. Pergunta-se o autor: um indivíduo poderia propor princípios gerais de justiça, justos e imparciais, se suas escolhas forem influenciadas pelo desejo de promover seus interesses? O indivíduo, nessa concepção, permanece preso a uma condição inicial essencialmente egoísta da qual deriva uma moralidade própria ao modo de produção capitalista: a maximização de seu próprio interesse.

Fabres (2014) busca, então, conceber uma noção de indivíduo com características distintas daquelas apresentadas pelas teorias contratualistas. Para tanto, busca em Marx a crítica ao processo pelo qual o intercâmbio de equivalentes entre capital e força de trabalho, em situações reais e históricas, torna-se desigual, isto é, uma troca entre mais trabalho por menos trabalho que, por sua vez, gera a mais-valia. Assim, diz Fabres, podemos sugerir que a ideia moral burguesa [a liberdade individual e igualdade de oportunidades] está em desacordo com o seu correspondente econômico: o modo de produção capitalista. O capitalismo pode ser moralmente criticado a partir de sua própria ideia moral.

O que Marx demonstra, por meio de uma rigorosa análise, é que o capitalismo não oferece as condições concretas para que estes princípios (liberdade, igualdade e dignidade, por exemplo) se manifestem de fato, dado que sua realização econômica se funda na negação da liberdade plena, da dignidade humana e da igualdade de oportunidades – fazendo da exploração uma forma de instrumentalização do indivíduo. (Fabres, 2014, p. 7).

No capitalismo, o método em que a classe dominante extrai o excedente econômico dos produtores se dá a partir da escassez de capital em relação à oferta disponível de força de trabalho. Assim uma parte dos trabalhadores “cai na situação de miséria ou na morte pela fome” (Fabres, 2014, p. 7) e seu trabalho torna-se uma mercadoria, uma coisa, passando a depender da escolha de quem detém o capital.

A concepção liberal diz que as condições estabelecidas no contrato são justas na medida em que ambas as partes estão de acordo com suas condições. Fabres (2014) retruca, no entanto, que esta justeza é aparente, dado que o trabalhador, para assegurar sua existência material, isto é, sua vida, submete-se a um contrato pelo qual oferece força de trabalho e em troca recebe meios de subsistência, portanto, não a escolhe a partir de suas preferências e não possui a opção de não fazê-lo.

Como então compatibilizar a aceitação da diferença com o ideal de liberdade, igualdade e dignidade humana?

Nesse contexto, o autor coloca a discussão sobre as políticas de distribuição de renda, ou renda de cidadania, que descreve como “uma renda paga por uma comunidade política a todos os seus membros individualmente, independentemente de sua

situação financeira ou exigência de trabalho”¹⁰. Esta política, de cunho universalista, seria, de acordo com filósofos como Phillipe Van Parijs e Robert J. Van der Veen (1987 apud Fabres, 2014)¹¹ “uma forma elegante de combinar os imperativos de igualdade e eficiência”. Trata-se de uma política de distribuição de renda, implementada como uma política de Estado. Uma política emancipatória para o indivíduo, que promoveria a independência socioeconômica e autonomia para uma parcela dos cidadãos, principalmente aqueles setores mais vulneráveis, e limitaria a mercantilização da força de trabalho, fonte principal da exploração capitalista, em que os trabalhadores que não possuem os meios de produção se veem obrigados a vender sua força de trabalho em troca de sua subsistência. A subsistência do trabalhador passa a ser assegurada fora do mercado de trabalho, pela própria comunidade, possibilitando que todos trabalhem, mas sem obrigar ninguém a aceitar a exploração da força de trabalho, a perda da autonomia e da dignidade.

A oferta da Renda Básica de Cidadania proporcionaria, assim, autonomia e liberdade para o trabalhador escolher racionalmente entre vender sua força de trabalho ou não, preservando sua dignidade e escolha de um trabalho que propicie a autorrealização.

Embora essa política de cunho universalista atenda o princípio da igualdade em seu aspecto formal – pois não é focalizada nos pobres e sim na distribuição de um rendimento resultante da produção do país a todos os seus cidadãos – na prática ela tem características redistributivas por causar maior impacto financeiro nas populações de menor renda e contribuir para a redução da desigualdade. Podemos, assim, caracterizá-la como quase-redistributivas, como o fez Laczynski (2012) ao analisar os consórcios intermunicipais no campo da saúde, uma vez que estes

10 VAN PARIJS, Philippe. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI?. *Estud. Av. [online]*. 2000, v. 14, n. 40, p. 179-210.

11 VAN PARIJS, Philippe; VAN DER VEEN, Robert J. A capitalist road to communism. *Theory and Society*, v. 15, p. 635-55, 1987.

beneficiam um grupo muito grande da sociedade, mas o custo não se origina de outro grupo social específico.

Cumpra aqui esclarecer que, no Brasil, a Lei 10.835, de 8 de janeiro de 2004, instituiu a renda básica de cidadania, de igual valor para todos, a fim de atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando-se para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias. Essa lei deve ser implementada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população.

Apesar da vigência da lei que institui a renda básica de cidadania, o Brasil não teve possibilidade orçamentária de atender, por meio de transferências diretas, às necessidades mínimas de cada cidadão com alimentação, saúde e educação, o que, nos valores de 2004, comprometeria cerca de 30% do PIB. Por isso, optou-se pelo benefício básico do bolsa-família, uma política social seletiva, de cunho redistributivo, pago apenas às famílias com renda inferior a um determinado patamar, instituído pela Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004, que implicou um custo aproximado de 2,09% do PIB (PAES; SIQUEIRA, 2008).

Críticos às políticas de transferência de renda acreditam que essas políticas desencorajariam as pessoas a trabalhar e, ao final, prejudicaria a economia, fomentando a pobreza. Experiências desse tipo estão se desenhando em outros países e seu monitoramento e avaliação poderão adensar o conhecimento acerca desse tipo de política. Contudo, diversos estudos têm confirmado efeitos positivos do programa bolsa família no que se refere à diminuição da pobreza “por permitir a elevação ou mesmo o único acesso a uma renda monetária por parte de um número elevado de famílias que se encontra à margem da sociedade” e melhorias nas áreas de saúde e educação. (SANTANA; GONÇALVES; SANTOS, 2017, p. 497).

Mas Santos (2007) responde a este questionamento desvelando o imaginário social que delimita o público-alvo das políticas públicas pertencentes à Seguridade Social, cuja elegibilidade dos segurados ou beneficiários está totalmente vinculada à capacidade, ou não, de inserção no mundo do trabalho. Segundo ele, o critério de escolha do público-alvo da assistência, da filantropia e da ajuda aos desamparados nas sociedades pré-industriais e na contemporaneidade são os estropiados, os desamparados, os pobres, desfavorecidos, infortunados. **Mas não todos** (sic). Citando Vianna¹², para quem a sociedade se solidariza com o indivíduo quando o mercado o coloca em dificuldades, Santos entende que qualquer cidadão, em princípio, está sujeito a não conseguir prover seu próprio sustento e cair na miséria. Mas há um pressuposto implícito de que deve tentar. Se não o consegue, encontra-se em uma situação que deixa de ser problema meramente individual e passa a constituir uma responsabilidade social, pública.

O indivíduo obtém a solidariedade social, portanto, quando exposto ao risco de não conseguir prover a própria manutenção.¹³ “Mas há, também, o desfilado por ‘opção de vida’: o vagabundo, o andarilho, o mambembe, o preguiçoso, o biltre, o velhaco, o rufião.” (Santos, 2007, p. 14). Prossegue o autor “o que é desfilado por ser ardiloso ou vadio não será assistido, mas isolado ou punido. Já aquele que é desfilado por um infortúnio da vida, é um coitado e merece ser assistido” (Santos, 2007, p. 14). São aí diferenciados os “bons” e os “maus” pobres. Dentre as populações sem recursos, algumas serão rejeitadas e outras atendidas.

12 VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas. Rio de Janeiro: IUPERJ: Revan, 1998, p. 13

13 Ver Lei Orgânica da Assistência Social, art. 2º, I, e: a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

Como observa Luciana Jaccoud¹⁴: “as políticas sociais derivadas da inserção das pessoas no mundo do trabalho – e dentro deste, no assalariamento – são a matriz original a partir da qual tem início o processo moderno de construção do sistema brasileiro de proteção social.” (JACCOUD, 2005 apud SANTOS, 2007, p. 14). Assim também o entende Boschetti¹⁵, para quem

enquanto a previdência se destinaria aos trabalhadores “capazes” e em condições de exercer uma atividade laborativa e assim assegurar os direitos contributivos, a assistência, em tese, cobriria aqueles que, por “incapacidade” ao trabalho (em decorrência de idade e/ou deficiência) [...] não teriam acesso à previdência. (BOSCHETTI, 2006 apud SANTOS, 2007, p. 15).

Em relação à maior ou à menor cobertura, a política de assistência social trilhou, a partir de meados dos anos 2000, uma trajetória de institucionalização, garantido sua continuidade como uma política de Estado, e buscou se organizar como um sistema descentralizado e participativo¹⁶, com definições claras das responsabilidades de cada ente federativo, conforme previsão constitucional. Nessa trajetória, um grande esforço foi realizado para tipificar seus serviços, benefícios, programas e projetos, de forma a focar em sua especificidade no campo de proteção social e garantir atendimento a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (CF/88. Art. 203). A implementação do Sistema Único de Assistência Social vem estruturando toda uma rede de serviços e equipamentos

14 JACCOUD, Luciana et al. Questão social e política públicas no Brasil contemporâneo. Brasília: IPEA, 2005.

15 BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social e trabalho. Brasília: Letras livres: Editora UnB, 2006.

16 LOAS, Art. 6º A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas) (...).

públicos, com foco em famílias e territórios vulneráveis, sob a responsabilidade estatal e complementariedade da sociedade civil, para atender diversas situações de risco. Busca efetivar, assim, os princípios da universalização dos direitos sociais e igualdade de direitos no acesso ao atendimento, previstos na política nacional de assistência social (LOAS. art. 4º, II e IV). Interessante notar que, enquanto o dispositivo da CF aponta para a igualdade em seu aspecto material (a quem dela necessitar), o dispositivo da Lei Orgânica da Assistência Social aponta para a igualdade formal na universalização e igualdade de direitos.

Mas importa perceber que, mesmo uma política de Estado, com alto grau de normatização, está sujeita à implementação mais restritiva ou mais ampliada no que diz respeito à cobertura, a investimentos, a focalizações e a aparatos administrativos responsáveis pela mesma. Depende, em grande medida, das concepções do governo responsável pela implementação da política acerca de sua importância e sua valorização. Assim, mesmo definindo seu público-alvo de uma maneira mais abrangente, a implementação pode restringi-la de fato.

Importante observar que já é obrigação do Estado brasileiro garantir, de forma universal e sem condicionalidades, os direitos à política de saúde, anteriormente também vinculada à inserção no mundo do trabalho, e de educação fundamental, a todos os brasileiros.

Mas, mesmo as políticas de saúde e educação, com vinculações financeiras constitucionais, estão sujeitas a restrições conjunturais e implementações mais ou menos restritivas como o demonstra as restrições impostas pela recente Emenda Constitucional nº 95¹⁷ e pela Lei Federal nº 13.714, de 24 de Agosto de 2018, que alterou a Lei Orgânica da Assistência Social¹⁸, para prever a concessão

17 Que instituiu o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, com limitações de gastos públicos.

18 Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

de medicamentos às famílias em situações de vulnerabilidade ou risco social e pessoal pela política pública de assistência social, o que contradiz todo o esforço da política de assistência social, nos últimos anos, para delimitar suas especificidades na oferta de proteção socioassistencial. Órgãos vinculados a gestores e trabalhadores da área repudiam essa alteração que pode restringir o acesso da população à política de saúde, abalando seu caráter universal e que descumpra a Resolução nº 39, de 09 de dezembro de 2010, do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, a qual dispõe que não são provisões da política de assistência social os itens referentes à saúde.¹⁹

Assim, pode-se dizer, em certa medida, que todas as políticas são políticas de governo, uma vez sujeitas a revisões por decisões governamentais na fase de implementação. Qual o remédio constitucional para isso?

5. PARTICIPAÇÃO SOCIAL E MONITORAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Um exemplo de mecanismo para que a implementação das políticas públicas realize seus objetivos e não seja desvirtuada ou desmontada está previsto no art. 204, II, da CF, que estabelece,

19 Nota Pública da Frente Nacional em Defesa do SUAS, composta por 41 entidades, faz a denúncia de que as alterações da LOAS ferem os princípios e as diretrizes das políticas de assistência social e saúde, pois não compete à assistência social definir responsabilidades legais para a política de saúde e pode provocar a definição de critérios de seletividade de acesso à saúde, por parte de profissionais, em desacordo com o princípio da universalidade. Disponível em: <<https://maissuas.org/2018/08/30/nota-publica-da-frente-nacional-explica-e-denuncia-os-abusos-na-alteracao-da-loas/>>. Acesso em: 03 set. 2018. O Conselho Regional de Serviço Social – CRESS-MG, também emitiu nota afirmando que a assistência social deve estar cada vez mais próxima de uma atuação crítica e do fortalecimento nos territórios com fim de contribuir para a redução do quadro de desigualdade no país. Disponível em: <[http://www.cress-mg.org.br/Conteudo/fd3a8580-784b-4e09-bec5-11ad863aa9a6/CRESS-MG-repudia-altera%C3%A7%C3%B5es-na-Lei-Org%C3%A2ncia-da-Assist%C3%Aancia-Social-\(LOAS\)](http://www.cress-mg.org.br/Conteudo/fd3a8580-784b-4e09-bec5-11ad863aa9a6/CRESS-MG-repudia-altera%C3%A7%C3%B5es-na-Lei-Org%C3%A2ncia-da-Assist%C3%Aancia-Social-(LOAS))>. Acesso em: 03 set. 2018.

para a política de assistência social a *“participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”*

Como descrevem Lima e Moreira (2016, p. 179) a participação é reconhecida como “instrumento de integração de vários atores sociais, de vocalização de preferências e de fiscalização sobre os atos e as ações dos governantes e seus representantes”. Atualmente é possível identificar um debate teórico colocado como a crise da democracia representativa (ALMEIDA, 2015 apud LIMA; MOREIRA, 2016, p. 179)²⁰ que se manifesta como desapoio e desconfiança da população em relação aos seus representantes e suas instituições políticas, justificada por um distanciamento entre os interesses dos representantes e os dos representados. Devido à insatisfação do cidadão com a democracia representativa vêm surgindo outros atores no processo político, como organizações governamentais, associações e movimentos sociais, que se tornam cada vez mais importantes por trazer ao espaço público a pluralidade da sociedade.

Trazendo à discussão o pensador Claude Lefort²¹, Lima e Moreira (2016, p. 188) desenvolvem a ideia de que a democracia significa uma criação ininterrupta de novos direitos, reinvenção permanente da política, exercida por um poder que antecede o poder do Estado e que se encontra no seio da sociedade civil: o poder social. “A construção de uma sociedade livre, justa, solidária e efetivamente democrática se realiza pelo fortalecimento desse poder social e pelas lutas constantes pela tutela dos direitos e pelas mudanças políticas e institucionais”. Estas lutas têm como alicerce a consciência dos direitos, inclusive o direito de participação de decisões políticas vinculantes. O objetivo não é ocupar o poder,

20 ALMEIDA, Débora Rezende de. Representação além das eleições: repensando as fronteiras entre Estado e sociedade. Jundiá: Paco Editorial, 2015.

21 LEFORT, Claude. A invenção democrática: os limites do totalitarismo. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

mas tornar vivas as aspirações das minorias e suas reivindicações múltiplas e heterogêneas. Lefort recupera a concepção original de Alexis de Tocqueville no Livro *A Democracia na América*, de que a grande novidade da democracia era a ideia de igualdade de condições. A democracia, como estado social baseado na igualdade, dá a cada homem o direito de ter os mesmos direitos de outro homem.

Para além dessa concepção de igualdade formal, já ratificada pela nossa Constituição, Almeida (2015 apud LIMA; MOREIRA, 2016) a representação envolve distintos atores e arenas do Estado e da sociedade. Neste processo, a definição do que é representado e quem representa está sempre em disputa e construção. É indispensável uma dinâmica mais plural da política, considerando uma multiplicidade de polos de poder a fim de aprimorar o processo decisório estatal.

Uma possível solução para essa demanda é a abertura democrática para práticas participativas de forma a inserir nas instâncias governamentais movimentos sociais institucionalizados. Com isso, a legitimidade de uma decisão política estaria garantida em face da parceria entre governo e sociedade. (LIMA; MOREIRA, 2016, p. 193)

Outro aspecto da teoria democrática que não pode ser desconsiderado refere-se à democracia deliberativa, “caracterizada por um conjunto de pressupostos teóricos que advogam a centralidade da participação discursiva coletiva na regulação da vida pública.” (REIS, 2013, p. 2). Essa abordagem está ancorada na ideia de que a legitimidade das decisões e das ações políticas deriva do intercâmbio dialógico de cidadãos livres e iguais.

Almeida e Cunha²² (2011 apud REIS, 2013, p. 4) sintetizam os princípios referentes ao caráter procedimental necessário aos espaços deliberativos institucionalizados como em conselhos, conferências, orçamentos participativos, para que tenham efetividade. São eles: igualdade de oportunidades para quem está participando; inclusão de todos aqueles sujeitos às consequências da deliberação; igualdade deliberativa, ou seja, dar oportunidade de apresentação das razões a todos os participantes, mesmo que haja distribuição desigual de recursos; publicidade; reconhecimento e respeito entre os participantes; liberdade, ou seja, não há constrangimento por parte de autoridades no processo; provisoriedade das regras e resultados dos processos deliberativos, uma vez que podem ser contestados; conclusividade; não tirania; autonomia dos participantes na formação das preferências; *accountability*. Busca-se, assim, não o consenso absoluto, mas sim o reconhecimento da razoabilidade dos argumentos de outros atores.

Não se pode deixar de reconhecer, no entanto, as relações de poder que permeiam esses encontros. A igualdade formal que baliza esses procedimentos não significa necessariamente atingir a igualdade material, de fato, devido as assimetrias de poder, de informação e de recursos para a participação. Por isso os atores governamentais, os burocratas que promovem esses encontros devem ter uma postura de busca e valorização desse princípio. Como conclui Reis, a burocracia estatal tem poder de indução do processo. “A burocracia exerce um papel-chave tanto na conformação e nos procedimentos dos sistemas deliberativos quanto na definição da agenda pública.” (REIS, 2013, p. 18). No entanto, o processo deliberativo não é circunscrito a uma única

22 ALMEIDA, D.; CUNHA, E. Análise da deliberação democrática: princípios, conceitos e variáveis relevantes. In: PIRES, R. (Org.). Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação. Brasília: IPEA, 2011. p. 109-123.

arena, e só pode se concretizar em múltiplas arenas, formais ou informais, nas quais nem sempre prevalece o princípio da igualdade deliberativa.

A discussão desenvolvida até aqui busca demonstrar que a democracia não pode ser reduzida ao governo representativo, sem a necessária participação da sociedade em momentos não eleitorais. E essa participação deve se dar em todas as fases do ciclo das políticas públicas, uma vez que o conceito de políticas públicas como um *“sistema de decisões públicas”* significa que essas decisões ocorrem e podem alterar o rumo da política em qualquer uma de suas etapas, e não apenas na definição de agenda. Assim, como vimos, no momento da implementação da política, uma série de decisões podem alterá-la.

Também é necessário o acompanhamento das políticas da forma descrita por Keane (2013) como democracia monitoria, que, segundo o autor, tem sido utilizado para descrever uma nova forma histórica da democracia, cuja ideia básica é a de que pessoas e organizações que exercem poder são agora rotineiramente sujeitadas ao monitoramento público e a contestação pública por uma variedade de órgãos e iniciativas por dezenas de novos tipos de mecanismos de escrutínio e controle do poder que eram desconhecidos em sistemas anteriores. Alguns desses mecanismos se concentram em monitorar os resultados e políticas públicas de órgãos governamentais ou de ONGs e proveem uma representação independente para minorias. As relações de poder são submetidas a esforços organizados que tentam, com ajuda da mídia e das novas tecnologias de comunicação, expor publicamente questões que até então eram mantidas ocultas.

6. A (NOVA) QUESTÃO SOCIAL E A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Mas afinal, por que se preocupar com a igualdade entre os indivíduos, populações e regiões? Por que o legislador inseriu a igualdade no artigo 5º e outros dispositivos da Constituição, em seus aspectos formal e material, como um valor? Por que uma parcela da sociedade com recursos de poder suficientes para ocupar os espaços decisórios nas políticas públicas decidiria pela implementação de políticas redistributivas e emancipatórias em direção à igualdade entre os cidadãos? Seriam as elites decisórias motivadas por considerações morais sobre critérios de justiça social como visto em Rawls ou de uma utópica busca por uma sociedade digna e emancipatória para seus indivíduos, como vislumbrado em Marx? Ou, ainda, os segmentos mais vulneráveis teriam capacidades e recursos suficientes para se inserirem nas arenas decisórias e fazer valer seus interesses, em condições de igualdade de participação?

Retornando a Santos (2007), a resposta a essas indagações passa pela reflexão da denominada “*questão social*”, definida por Robert Castel como “uma inquietação quanto à capacidade de manter a coesão de uma sociedade.”²³ A questão social significa o risco de desmoronamento das estruturas de coesão, representadas, nas sociedades pré-industriais, pela família, religião e trabalho. Uma pessoa pode estar filiada a uma dessas instituições segundo regras sociais vigentes ou se encontrar desfilada, ou apartada, quando não se enquadra nos padrões aceitos socialmente. O pertencimento familiar, da vizinhança, do trabalho, da igreja significa uma integração primária do indivíduo. Quando em situação de fragilidade, ele encontra guarita nesses

23 CASTEL, Robert. As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário. Petrópolis: São Paulo, 2005. p. 30

aparatos. Citando Castel, “quando surge uma dificuldade no sistema das proteções mais próximas, a sociabilidade primária é menos rompida do que distendida, e o sucesso das operações de recuperação depende de sua elasticidade, que não é infinita.” (CASTEL, 2005 Apud SANTOS, 2007, p. 13). A desfiliação ocorre quando essa rede de proteção é rompida. Surge aí um desfiliado. Não se trata apenas de uma situação de pobreza ou de privação de bens civilizatórios. Mas também de rompimento de vínculos primários. Daí a premissa do atual ordenamento da política pública de assistência social no fortalecimento e recuperação de vínculos familiares e sociais, buscando articular a oferta dos serviços, benefícios, programas e projetos de assistência social. (BRASIL, 2012). Ou seja, é necessário uma articulação entre políticas redistributivas e políticas compensatórias, entre redistribuição de renda e restauração de direitos de cidadania.

Entretanto, as altas taxas de desemprego, o fenômeno da precarização do trabalho, a concorrência internacional exacerbada, o esgotamento de um modelo de *Welfare State* que nem chegou a se estabelecer, o desmonte do Estado garantidor de direitos sociais, sob inspiração de um modelo neoliberal, “tornam urgente o engendramento de alternativas que façam frente às necessidades das pessoas vulneráveis” (SANTOS, 2007, p 16). As políticas públicas voltadas à resolução da questão social devem ter em vista não apenas a sobrevivência, mas, também valores como a liberdade, a segurança e a felicidade.

Para lidar com essa “*nova questão social*”, no dizer de Santos, não se pode esperar ações sociais das empresas, que não estão a isso obrigadas, e tampouco que ações filantrópicas de pessoas físicas, igrejas e organizações sem fins lucrativos deem conta desse “*exército de desfiliaados*”, principalmente sem uma coordenação das ações socioassistenciais pelo Estado.

Uma outra expressão da questão social, que não deve ser desconsiderada, é a violência que, embora seja fenômeno

complexo e multicausal, e não possa ser reduzida às questões relativas à desigualdade e exclusão social, é intensificada pelas desigualdades sociais e se dissemina por todo o tecido social. Ainda com Castel²⁴, “as sociedades modernas são construídas sobre o terreno da insegurança, porque são sociedades de indivíduos que não encontram, nem em si mesmos, nem em seu entorno imediato, a capacidade de assegurar sua proteção (...).” (CASTEL, 2005 Apud SCHMIDT, 2007, pág. 17).

Uma resposta atual do Estado é a institucionalização da política de segurança pública como uma política de estado, estrutural ao sistema, como vemos na Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018, que, entre outras providências, institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS). Embora a institucionalização dessa política tenha seus méritos em si, principalmente se conseguir efetivar o princípio de “proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana” como disposto em seu art. 4º, III, o que preocupa é quando vem conjugada com um ajuste neoliberal que propõe uma redefinição no papel do estado em relação à questão social, reduzindo seu escopo de atuação, esvaziando e descaracterizando os mecanismos institucionalizados de proteção social.²⁵

Entretanto, apontam Carvalho e Iamamoto²⁶, a questão social “(...) é a manifestação, no cotidiano, da vida social, da contradição entre proletariado e burguesia, a qual passa a exigir outros tipos

24 CASTEL, R. A insegurança social: o que é ser protegido. Petrópolis: Vozes, 2005.

25 GIOVANNI, Geraldo di; SILVA, Maria Ozanira da; YAZBEK, Maria Carmelita. A política social brasileira no século XXI: a prevalência dos programas de transferência de renda. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2014. 248 p.

26 IAMAMOTO, M. V.; CARVALHO, R. Relações sociais e serviço social no Brasil: esboços de uma interpretação histórico metodológica. São Paulo: Cortez. 1983.

de intervenção mais além da caridade e repressão”. (IAMAMOTO; CARVALHO, 2013 apud SCHMIDT, 2007, p. 16).

Nesse sentido, cabe recuperar a discussão de Caon, Magalhães e Moreira (2012), sobre as diversas abordagens para se compreender o fenômeno da pobreza e da desigualdade e as intervenções estatais pertinentes, tais como as que adotam a insuficiência de renda como definidoras da pobreza e outras que adotam uma perspectiva multidimensional para caracterizar o fenômeno, como o das necessidades básicas insatisfeitas, o enfoque das capacidades, o enfoque da exclusão e o da vulnerabilidade e riscos.

A primeira abordagem se refere à definição de uma linha de rendimento monetário que identifica como pobres aqueles indivíduos ou domicílios que apresentem renda inferior a essa linha: a linha de pobreza, tendo ainda os indigentes ou miseráveis como um subconjunto dos pobres. Mas como bem observou Carneiro (2005, p. 5), “a suposição otimista de que crescimento econômico levaria, por si só, à redução da pobreza, foi mantida por muito tempo, com resultados claramente insuficientes”.

O segundo enfoque apregoa que são consideradas pobres pessoas que não têm acesso a uma série de bens e serviços públicos considerados como mínimos para uma vida de qualidade. A pobreza seria o resultado do acúmulo de privações em diversas dimensões, sendo a ausência de renda uma delas.

O terceiro enfoque entende a pobreza como privação de capacidades básicas dos indivíduos para realizar os objetivos de uma vida longa, saudável e criativa, desfrutada com liberdade, dignidade, autoestima e respeito. O desenvolvimento humano é o foco nessa abordagem. O programa Bolsa Família, por exemplo, ao estabelecer condicionalidades nas áreas de saúde e educação, “propiciam o combate à pobreza futura por meio do investimento no desenvolvimento de capital humano” (BRASIL, 2008, p. 3).

O quarto enfoque, o da exclusão social, trata a pobreza como um fenômeno que articula diversas dimensões de ordem subjetiva, como valores, condutas e atitudes (resignação, apatia, ressentimento, baixa expectativa de futuro) e de ordem material. Esse enfoque analisa a pobreza a partir das relações e interações sociais que fomentam a exclusão.

Por fim, o enfoque da vulnerabilidade e riscos articula todas as concepções anteriores, incorporando a identificação de territórios como unidades de intervenção para o incremento da capacidade de resposta a riscos por parte de sua população.

Assim sendo, é o Estado que deve fazer frente a essas novas demandas, através de um mix de políticas públicas distributivas, redistributivas e regulatórias, políticas estruturais com objetivos a curto, médio e longo prazos, e quando necessárias, intervenções emergenciais, compensatórias e conjunturais.

7. CONCLUSÃO

Como podemos depreender da discussão trazida neste estudo, políticas públicas universalistas, como a saúde, a educação fundamental e a Renda Básica de Cidadania, estão afinadas com o princípio da igualdade em seu aspecto formal, na igualdade de critérios de acesso. Já as políticas focalizadas nos grupos mais vulneráveis, na redução das desigualdades sociais e regionais, aspiram à igualdade material. Todas necessárias à ampliação da cidadania.

Embora a igualdade de acessos e a redução das desigualdades sociais e regionais estejam prescritas no ordenamento jurídico e constitucional, não há garantia de sua efetividade sem a implementação de políticas públicas com essa finalidade.

Para isso, a participação dos cidadãos, em igualdade de condições, nas arenas decisórias e no acompanhamento da

implementação das políticas públicas é necessário. A garantia de direitos de cidadania é fundamental para a obtenção de direitos sociais básicos. Equivale a dizer: no que se refere às políticas públicas, a efetividade do direito a igualdade (formal) é condição para a realização da igualdade (material). Portanto, igualdade formal e material não se contrapõem, antes, se retroalimentam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/Constituiode1988.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95**, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o novo regime fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004**. Institui a renda básica de cidadania e dá outras providências. Disponível em: <<http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.835.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004.** Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018.** Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Assistência Social. **Resolução Nº 33, de 12 de Dezembro de 2012.** Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social -NOB/SUAS. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/cnas/legislacao/resolucoes/arquivos-2012/arquivos-2012/>>. Acesso em: 23.11.2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação. **Pesquisa de avaliação de implementação do Programa Bolsa Família.** Belo Horizonte: Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (FUNDEP), UFMG, 2008. Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/PainelPEI/Publicacoes/Pesquisa%20de%20Avalia%C3%A7%C3%A3o%20de%20Implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Programa%20Bolsa%20Fam%C3%ADlia.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

CALGARO, Cleide. As políticas públicas redistributivas no Estado Democrático de Direito Brasileiro como garantia do direito fundamental de igualdade sob a leitura do princípio da diferença em

John Rawls: ascensão da nova classe média e o aumento do consumo no Brasil. **Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS**, n. 13, 2014. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XIII.html>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

CAON, Ana Rogéria Vitório; MAGALHÃES, Maria Regina Alvares; MOREIRA, Mário Cesar Rocha. Situação da pobreza em Minas Gerais. **Revista do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 44, p. 22-42, jan. 2011/ jul. 2012.

CARNEIRO, Carla Bronzo L. Concepções sobre pobreza e alguns desafios para intervenção social. **Revista Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 84, nov. 2005.

CORREA. Mario Aislan Moreira. O princípio da isonomia e da razoabilidade aplicados ao processo licitatório: doutrina e posicionamento do TCU. **Juris Way: Sistema Educacional Online**, 6 jun. 2012. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7816>. Acesso em: 8 ago. 2018.

FABRES, Ricardo Rojas. Renda básica de cidadania contra a exploração capitalista: uma justificação ética a partir do jovem Marx. **Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS**, n. 13, 2014. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/XIII.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

FUKS, Mario. Definição de agenda, debate público e problemas sociais: uma perspectiva argumentativa da dinâmica do conflito social. **BIB**, Rio de Janeiro, n. 49, p. 79-94, 1. semestre 2000.

GUERRA, Alexandre; POCHMANN, Marcio; SILVA, Ronnie Aldrin (Orgs.). **Atlas da exclusão social no Brasil dez anos depois**. São Paulo: Cortez, 2014. V. 1.

KEANE, John. Democracia monitoria. Tradução de Daniel Reis Silva. In: _____. **Democracy and media decadency**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. Cap. 2, p. 1-33.

LACZYNSKI, Patrícia. **Políticas redistributivas e a redução das desigualdades: a contribuição potencial dos consórcios intermunicipais**. 2012. 229 f. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São

Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9478/tese_patricia_laczynski.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 ago. 2018.

LIMA, Paula Gabriela Mendes; MOREIRA, Mario César Rocha. Representação e participação popular: análise da representação extraparlamentar no parlamento. In: RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (Coord.). **Temas de direito parlamentar**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, 2016. p.177-210.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. **Infoescola**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/direito-administrativo/>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

PAES, Nelson Leitão; SIQUEIRA, Marcelo Lettieri. Renda básica da cidadania versus imposto de renda negativo: o papel dos custos de focalização. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 38, n. 3, jul./sept. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612008000300006>. Acesso em: 14 ago 2018.

POLÍTICAS públicas ao seu alcance. **Assembléia Legislativa de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <https://politicaspublicas.almg.gov.br/sobre/index.html#O_que_e_politica_publica>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Site desenvolvido por KERNDA Produção Editorial LTDA . Disponível em: <http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html> .Acesso em: 9 ago. 2018.

REIS, Érika de Faria. **O processo de discussão do Plano Plurianual na Assembleia Legislativa de Minas Gerais**: deliberação e o papel da burocracia. 2013. 20 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Poder Legislativo e Políticas Públicas) – Escola do Legislativo, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013.

RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. **Para aprender políticas públicas, volume 1**: conceitos e teorias. Brasília: Instituto de Gestão, Economia e Políticas Públicas (IGEPP), [2013]. Curso *online* Políticas

Públicas. Disponível em: <http://igepp.com.br/uploads/ebook/ebook-para_aprender_politicas_publicas-2013.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2018.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**. 3. ed. rev. atua. Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2014. 130p. : il. Disponível em: file:///C:/Users/m19678/Desktop/Arquivos%20de%20trabalho/NEPEL/artigo%20pol%C3%Adticas%20p%C3%Bablicas%20e%20igualdade/PNAP%20-%20Modulo%20Basico%20-%20GPM%20-%20Políticas%20Publicas.pdf. Acesso em: 23.11.2018

SANTANA, L. K. A.; GONÇALVES, G. A. C.; SANTOS, J. V. M. Avaliação do Programa Bolsa Família no município de Campina Grande/PB: a efetividade da ação estatal no atendimento às demandas sociais. *In: ENCONTRO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*, 5., 2017, João Pessoa. Disponível em: <http://www.ufpb.br/ebap/contents/documentos/0491-513-avaliacao-do-programa-bolsa-familia-no-municipio-de-campina-grande.pdf>. Acesso em: 23.11.2018.

SANTOS, Gustavo da Costa Ferreira Moura dos. **Renda Básica de Cidadania**. 2007. 66 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11535/11535.PDF>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). **Políticas públicas: coletânea**. Brasília: ENAP, 2006. 2 v.

SCHMIDT, Denise Pasqual. **Violência como expressão da questão social: suas manifestações e enfrentamento no espaço escolar**. 2007. 84 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, RS, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/handle/1/6804>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

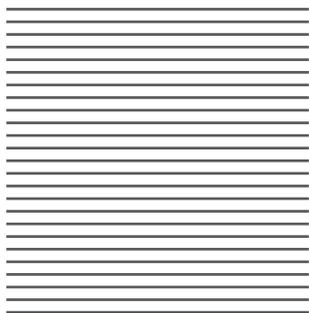
SILVA, Carolina Dias Martins da Rosa e. Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 9 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57812&seo=1>>. Acesso em: 9 ago. 2018.



SERVIÇO PÚBLICO, ISONOMIA E RAZOABILIDADE

Antônio José Calhau de Resende*

*Consultor Legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG e professor da Escola do Legislativo.



1. INTRODUÇÃO

O Estado, como instituição política, atua de várias formas. Além da produção de normas jurídicas que vinculam todos os membros do corpo social, exerce o poder de polícia administrativa, que consiste na restrição à liberdade e à propriedade individual, quando o uso abusivo for incompatível com o interesse social. Ao estimular a iniciativa privada de interesse público, o Estado exerce a atividade de fomento, que se materializa por meio da concessão de financiamentos, auxílios e subvenções. Ao desapropriar um bem particular ou decretar o tombamento de um imóvel de valor histórico, artístico ou paisagístico, realiza uma atividade de intervenção na propriedade particular. A par dessas funções peculiares, compete ao Estado a prestação de serviços públicos, diretamente ou mediante concessão ou permissão, observado o processo licitatório, nos termos do art. 175 da Constituição da República.

No passado, cabia ao Estado – e apenas a ele – a prestação de serviços públicos. No início do século XX, surgiu na França a Escola do Serviço Público, também denominada de Escola Realista ou de Bordeaux, liderada pelos juristas Léon Duguit, Gaston Jéze e Roger Bonnard. Nessa época, a atividade em questão estava tão vinculada à atuação estatal que se chegou a afirmar que ela constituía a pedra angular do Direito Administrativo, de modo que Duguit, o principal expoente dessa teoria, chegou a propor a substituição da soberania estatal pela ideia de serviço público.

Com o passar dos anos, a Escola do Serviço Público perdeu prestígio e importância, principalmente porque tal atividade deixou de ser exclusividade do Estado, o qual passou a executar também atividades de natureza industrial e comercial. Atualmente, sabe-se que parcela considerável dos serviços públicos pode ser executada por meio dos institutos da concessão e permissão, formas de delegação da atividade estatal a particulares. Todavia, o tema continua a ser um dos mais importantes e tradicionais do Direito Administrativo, cabendo ao Estado, em princípio, a prestação de tais serviços, e à iniciativa privada a exploração de atividade econômica.

Toda a atuação estatal é informada por vários princípios constitucionais, especialmente o princípio da legalidade, que condiciona a validade dos atos e decisões administrativas à observância da Constituição e das leis. O mesmo ocorre com a execução de serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou mediante delegação a particulares.

Além da observância dos princípios que regem a administração pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência), o serviço público deve ser norteado pelo princípio da igualdade ou isonomia, um dos valores mais importantes do Estado moderno e do Direito, o qual foi consagrado como lema da Revolução Francesa de 1789, ao lado da liberdade e da fraternidade. A isonomia veda tratamento diferenciado entre pessoas que se encontrem em uma mesma situação jurídica, repudiando privilégios, favoritismos e atendimento prioritário que não estejam amparados em valores constitucionais.

O objetivo deste estudo é fazer uma abordagem sobre a noção de serviço público, que varia no tempo e no espaço, sem o compromisso de esgotar o tratamento do assunto, e cotejá-lo com o postulado isonômico, de longa tradição no Direito brasileiro, e um dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, pretendemos demonstrar

em que situações o tratamento discriminatório a determinados segmentos sociais não ofende a Constituição, tomando como marco teórico a clássica obra “Conteúdo jurídico do princípio da igualdade”, do professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Além disso, trataremos à colação algumas decisões do Supremo Tribunal Federal pertinentes ao tema, além de destacar a importância da razoabilidade para averiguar se o fator de *discrimen* está em harmonia com o postulado isonômico.

2. NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A noção de serviço público não é imutável no tempo. Pelo contrário, ela varia ao longo da história e de país para país, de acordo com a evolução do Estado e da sociedade. Atividades que antes eram consideradas serviços públicos, hoje, deixaram de sê-lo. Serviços que no passado eram exercidos com base no regime de Direito Administrativo, atualmente, são executados sob as normas do Direito Privado.

A doutrina administrativista enfatiza a dificuldade de elaborar um conceito de serviço público exatamente em razão da variação dessa atividade no tempo, preferindo fazer referência à ideia ou noção desse instituto jurídico. Ao abordarem o tema, alguns autores dão ênfase ao aspecto formal para a configuração de determinada atividade como serviço público, qual seja, o regime jurídico-administrativo que assegura ao Estado prerrogativas de autoridade e supremacia de poder perante os administrados. Outros autores repudiam o aspecto formal para a identificação do serviço público, dando realce à ideia de coesão social. Além disso, enquanto alguns juristas apartam serviço público de atividade econômica, como se fossem dois campos distintos e sujeitos a normas peculiares, outros incluem o serviço público como espécie do gênero atividade econômica.

Ao desenvolver o tema em questão, Mello (2009, p. 668-669) destaca dois elementos básicos para a caracterização do serviço público: o substrato material e o aspecto formal. Aquele relaciona-se com a atividade que oferece utilidades ou comodidades aos administrados em geral; o elemento formal diz respeito ao regime jurídico a que se submete a atividade, a saber, o regime de Direito Público. O mencionado autor aparta serviço público de atividade econômica, cabendo ao Estado, primacialmente, a satisfação das necessidades coletivas e à iniciativa privada a exploração de atividade empresarial. Esta somente será executada pelo poder público em caráter excepcional, por meio das empresas estatais, especialmente das empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que verificados os pressupostos constitucionais (imperativos de segurança nacional e interesse público relevante).

Há serviços públicos privativos do Estado, cabendo a ele prestá-los diretamente ou mediante concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da Lei Maior, e serviços não privativos. Encartam-se nessa categoria os serviços de educação, saúde e assistência social, cuja prestação a Constituição faculta à iniciativa privada, embora sob a fiscalização do poder público. Nessa linha, Celso Antônio entende que tais atividades serão consideradas serviços públicos quando prestados pelo Estado sob o regime jurídico-administrativo. Se prestados por particulares, seria uma atividade privada de interesse coletivo. Isso demonstra que o citado jurista dá muita ênfase ao aspecto formal, ao conjunto de princípios e regras que norteiam a execução dessa atividade e realçam a supremacia do interesse público sobre o interesse particular (regime publicístico). Segundo o autor, só pode ser enquadrado como serviço público:

aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível singularmente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de

Direito Público, o regime jurídico-administrativo. (MELLO, 2009, p. 667).

A tese do regime jurídico publicístico como elemento caracterizador do serviço público (aspecto formal) também é defendida por Di Pietro (2015, p. 141) e Medauar¹ (2016, p. 379), seja esse regime aplicado total ou parcialmente. Tais autores deixam claro que, em se tratando de serviço voltado para a coletividade, as normas de Direito Privado não se aplicam na sua inteireza, ainda que a atividade seja executada por particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

Por outro lado, há juristas que repudiam o aspecto meramente formal para a configuração de dada atividade como serviço público, além de inserir este como categoria de atividade econômica. Ao discorrer sobre o tema, Eros Grau² manifesta seu ponto de vista:

Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social. (GRAU, 2002, p. 159).

Posição análoga é sustentada por Justen Filho, que insere o serviço público como uma espécie de atividade econômica, porém o vincula à realização dos direitos fundamentais:

Em síntese, o serviço público surge como instrumento para promover a satisfação de necessidades relacionadas direta e imediatamente com os direitos fundamentais quando o funcionamento

1 Direito administrativo moderno. 20a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 379

2 A ordem econômica na Constituição de 1988. 7a. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.159.

normal e espontâneo da livre iniciativa for incapaz de promover essa solução. (JUSTEN FILHO, 2013, p. 667).

Interessante observar que as teorias desenvolvidas por Celso Antônio e Eros Grau sobre a ideia de serviço público, embora se contraponham, têm por base os ensinamentos de dois grandes juristas franceses da Escola do Serviço Público. Ao atribuir relevância ao regime de Direito Público, Celso Antônio segue a linha de raciocínio de Gaston Jèze; ao enfatizar a ideia de coesão social, Eros Grau vale-se da teoria de Léon Duguit, o principal expoente dessa corrente de pensamento.

Portanto, na concepção de Eros Grau, uma mesma atividade não pode ser considerada serviço público se for prestada pelo Estado e deixar de sê-lo se for exercida por particulares, uma vez que a figura do prestador não altera a natureza dela. Assim, os serviços de saúde e educação, por exemplo, serão sempre serviços públicos à luz da Constituição, independentemente de serem prestados pelo poder público ou por particulares. Digase: serviço público não privativo, visto que a Lei Maior permite sua execução pela iniciativa privada. Os serviços privativos são prestados diretamente pelo Estado ou indiretamente, por meio de concessão e permissão.

Enunciados, ainda que de forma sucinta, os pontos de vista de ambos os autores, daremos continuidade ao exame do assunto, seguindo, em linhas gerais, o magistério de Celso Antônio, que nos parece mais compatível com o ordenamento constitucional brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, que manteve a forma federativa de Estado caracterizada pela repartição de competências entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos, enumera os serviços públicos de cada esfera de governo, levando em consideração a predominância do interesse. Assim, cabe à União legislar e prestar os serviços públicos de

predominante interesse nacional; cabe aos Estados a execução de serviços de predominante interesse regional; e aos municípios os serviços e atividades de predominante interesse local. Note-se, pois, que a Lei Maior é o documento legislativo por excelência para a identificação dos serviços públicos, embora o legislador infraconstitucional possa criar outras modalidades e submetê-las ao regime publicístico. Entretanto, o simples fato de uma entidade federada ser titular de dado serviço público não significa que deve ser prestado diretamente por ela, por meio dos órgãos que integram sua estrutura administrativa. A atividade pode ser delegada a particulares, sob a forma de concessão ou permissão, com supedâneo no art. 175 da Constituição da República. Aqui, é oportuno diferenciar a titularidade do serviço da titularidade da execução. Para exemplificar, quando o Estado delega determinado serviço público a uma empresa privada, mediante concessão, ele transfere apenas a execução, e não a titularidade do serviço. Assim, ele continua sendo o último responsável pela correta e adequada prestação da atividade aos usuários.

Todavia, seja o serviço prestado pelo Estado ou por terceiros, sempre com base na lei, os princípios que regem a atividade pública serão respeitados, especialmente a igualdade e a impessoalidade, os quais vedam tratamento diferenciado ou atendimento prioritário a determinados grupos sociais, salvo situações específicas que veremos ao longo desse estudo e, ainda assim, se estiverem amparadas por valores constitucionais.

As atividades e serviços de competência da União estão elencados no art. 21 da Constituição da República e abarcam uma pluralidade de matérias, tais como: serviço postal e correio aéreo nacional; telecomunicações; radiodifusão sonora e de sons e imagens; energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais; transporte rodoviário

interestadual e internacional de passageiros; portos marítimos, fluviais e lacustres.

Em relação ao serviço público de telecomunicações, a Constituição remete ao legislador ordinário a criação de um órgão regulador. Esse comando normativo foi efetivado por meio da Lei Federal nº 9.472, de 1997, a qual criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), autarquia de regime especial encarregada de fiscalizar e regulamentar os serviços de telecomunicações, vinculada ao Ministério das Telecomunicações.

Quanto ao serviço de energia elétrica, mesmo na ausência de disposição constitucional expressa, a Lei Federal nº 9.427, de 1996, criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), entidade autárquica especial responsável pela regulamentação e fiscalização dessa atividade, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

Com exceção do serviço postal e do correio aéreo nacional, os demais serviços públicos poderão ser executados diretamente pela União ou por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão, tradicionais formas de delegação de serviços, conforme prescreve o art. 21, XI e XII, da Carta Magna. Apesar da previsão expressa de delegação por meio de autorização, ato administrativo unilateral, discricionário e precário, as formas usuais de transferência de atividades públicas a particulares são a concessão e a permissão, observada a licitação, com base no art. 175 da citada Carta Política. Portanto, a União detém a titularidade de tais serviços e, mesmo quando delega a terceiros, ela continua mantendo a disponibilidade sobre eles.

A competência dos estados federados para prestar serviços públicos é de natureza residual ou remanescente, sendo-lhes reservadas as atribuições não vedadas pela Constituição, nos termos do art. 25, § 1º, da Lei Maior. Assim, remanescem para os estados as matérias não reservadas à União e aos municípios. O § 2º do citado art. 25 determina, de forma explícita, a competência

dos estados para “explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação” (BRASIL, 1988).

O art. 10 da Carta mineira, ao enumerar as atividades de competência do Estado, tanto as de natureza legislativa quanto administrativa, prevê os serviços públicos de gás canalizado, de transporte ferroviário e aquaviário que não transponham os limites de seu território e o rodoviário estadual de passageiros (incisos VIII e IX). Tais serviços poderão ser prestados diretamente pelo poder público ou mediante concessão a particulares, excluída a possibilidade de sua execução por meio de autorização.

A competência do município para prestar serviços públicos é caracterizada com base na tradicional fórmula do “peculiar interesse”, transformada em “interesse local” pela Constituição de 1988, que inseriu formalmente o município no sistema federativo brasileiro, o qual é dotado de autonomia política, administrativa e financeira, da mesma forma que a União e os estados. A regra básica para o estabelecimento da competência municipal reside na ideia do interesse local, previsto no art. 30, I, da Carta Magna, segundo o qual compete aos municípios “legislar sobre assuntos de interesse local”. Meirelles³ (2013, p. 111), seguindo a clássica lição de Sampaio Dória, ensina que “*interesse local* não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes”. De fato, em um Estado Federal como o Brasil, o que interessa ao município acaba refletindo, de forma oblíqua, no âmbito regional e nacional. Para exemplificar, a criação e manutenção regular de uma escola primária (ensino fundamental) pelo município interessa a todos os entes federados, uma vez que o tema educação interessa ao País. Mais adiante, o mencionado jurista ensina: “o que define e caracteriza o ‘interesse local’, inscrito como dogma constitucional,

3 Direito municipal brasileiro. 17a. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 111.

é a *predominância* do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”⁴ (MEIRELLES, 2013, p. 111).

Se o ente local goza da prerrogativa constitucional para editar normas jurídicas sobre determinada atividade, evidentemente que dispõe de competência para a prática de atos concretos, ou seja, a prestação do serviço público. Seria uma incoerência gritante afirmar que o município pode legislar sobre transporte coletivo urbano, mas não pode executar tais serviços, diretamente ou mediante concessão. Isso porque quem pode mais pode menos, segundo tradicional regra de hermenêutica jurídica.

O art. 30 da Carta Magna brasileira elenca as atribuições municipais segundo a fórmula básica do interesse local, embora não o defina. Entre as competências enumeradas, destacam-se as seguintes: organizar e prestar, diretamente ou mediante concessão ou permissão, o serviço de transporte coletivo, que tem caráter essencial; serviço de atendimento à saúde da população (saúde pública); serviço de educação; e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. Verifica-se que o constituinte federal não arrolou todas as competências municipais para a prestação de serviços públicos, mas apenas algumas atividades peculiares à atuação do poder público local. A Carta mineira de 1989, seguindo os parâmetros da Constituição Federal, também não elencou todas as atividades públicas a cargo das comunas, limitando-se basicamente a estabelecer a atribuição de legislar sobre assuntos de interesse local, conceito amplo que abarca uma pluralidade de serviços.

Cabe, pois, à Lei Orgânica de cada localidade, a qual tem o valor de Constituição, enumerar os serviços públicos da alçada municipal, tendo como suporte jurídico a ideia do interesse local, que, como acabamos de ver, consiste na preponderância

4 ob. cit. p. 111.

do interesse do município sobre eventual interesse do Estado ou da União. Se determinada matéria enquadrar-se nessa seara, fica excluída a competência estadual ou federal para o tratamento do assunto. Isso ocorre, *verbi gratia*, com os serviços de transporte coletivo urbano, cabendo ao município não só a produção normativa como a prestação direta ou indireta dessa atividade pública. Todavia, há algumas atividades que, mesmo não elencadas no rol de atribuições da municipalidade pela Constituição Federal ou pela Lei Orgânica, estão alcançadas pela fórmula do interesse local com base em decisões judiciais, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Vejamos alguns exemplos concretos. De acordo com a Súmula nº 645, do STF, “é competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial”. Em outra ocasião, o pretório excelso reconheceu a competência do município para legislar sobre a distância mínima entre postos de revenda de combustíveis⁵.

Por outro lado, o STF assegurou a competência legislativa municipal para dispor sobre atendimento ao público e tempo máximo de espera em fila de banco, sob o argumento de que o assunto não se confunde com as atividades-fim das instituições bancárias. Nessa linha de raciocínio, o tribunal entendeu que a matéria está relacionada com o interesse local e a proteção do consumidor, o que realça a competência da comuna para a disciplina do tema⁶.

No que diz respeito a edificações ou construções realizadas no território municipal, bem como a assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança em imóveis destinados

5 RE 566.838-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 30/6/2009, Primeira Turma, DJ de 14/8/2009.

6 RE 432.789, Rel. Min. Eros Grau, j. 14/6/2005, Primeira Turma, DJ de 7/10/2005. RE 285.492-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 26/6/2012, Segunda Turma, DJ de 28/8/2012.

a atendimento ao público, o Supremo também reconheceu a conexão da matéria com o interesse local⁷.

O órgão jurisdicional de que se cogita também admitiu a competência da municipalidade para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multas aos infratores, como manifestação do poder de polícia administrativa, e não como norma de trânsito propriamente dita, que se enquadraria na competência normativa federal⁸.

Quanto à atividade material de prestação de serviços públicos, o referido tribunal consagrou a prerrogativa do município para a execução de serviços funerários por entender que a matéria relaciona-se com as necessidades imediatas da localidade, ou seja, com a clássica predominância do interesse local sobre o interesse regional ou federal⁹. No entanto, a prerrogativa do ente municipal para atuar nessa seara não exclui o dever de observar as normas estaduais ou federais que versem sobre saúde pública.

Uma questão complexa diz respeito aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, atividades que, sem dúvida alguma, revestem-se de grande relevância para o interesse da coletividade. Aqui, é preciso apartar a competência para legislar sobre águas e a atribuição de executar os serviços de fornecimento de água. No primeiro caso, o art. 22, IV, da Constituição da República estabelece a competência privativa da União para editar leis sobre a matéria. Entretanto, o texto magno é omissivo em relação ao ente federado responsável pela prestação dos serviços públicos de abastecimento de água. No

7 AI 491.420-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 21/2/2006, Primeira Turma, DJ de 24/3/2006; RE 795.804-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29/4/2014, Segunda Turma, DJ de 26/5/2014.

8 RE 191.363-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 3/11/1998, Segunda Turma, DJ de 11/12/1998.

9 ADI 1.221, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 9/10/2003, Plenário, DJ de 31/10/2003.

regime constitucional anterior, os estados é que prestavam os serviços de abastecimento de água para os municípios, mormente por meio de entidades administrativas criadas especificamente para essa finalidade. Em Minas Gerais, esses serviços ainda são executados pela Companhia de Saneamento do Estado (Copasa), sociedade de economia mista da administração indireta do Executivo. A mencionada empresa é concessionária dos serviços de abastecimento de água de inúmeros municípios mineiros, os quais não têm condições de prestar tais serviços de forma satisfatória aos usuários.

Ainda no tocante aos serviços de fornecimento de água, saliente-se que foi promulgada a Lei Federal nº 11.445, de 2007, que estabelece as diretrizes gerais para o saneamento básico. Essa lei classificou essa atividade em quatro categorias: 1 – abastecimento de água potável; 2 – esgotamento sanitário; 3 – limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; 4 – drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Apesar da relevância da lei, ela também foi silente em relação à competência para a execução de tais atividades.

Não obstante a omissão constitucional e legal quanto à titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a competência do ente local para a prestação desse serviço público¹⁰. Portanto, com base na jurisprudência da mais alta corte do País, o município é o verdadeiro titular dos serviços de fornecimento de água, o qual poderá prestá-los diretamente ou mediante delegação a particulares (concessão ou permissão). Como os municípios brasileiros, em sua maioria, não desfrutam de estrutura nem de capacidade técnica para a exploração do serviço, acabam firmando contratos de concessão com as entidades estaduais. Nesse ponto, ensina Carvalho Filho:

10 ADI nº 2.340, Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/3/2013.

o Município deve estar devidamente aparelhado com equipamentos e pessoal especializado, o que nem sempre tem ocorrido; nessa hipótese, a entidade estadual continua executando o serviço, que, por ser de inegável essencialidade, não pode ser paralisado, sob pena de causar imenso gravame à coletividade. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 336).

Há, pois, serviços públicos de competência privativa da União, dos estados e dos municípios, nos termos da Lei Maior. Há, ainda, atividades que podem ser executadas simultaneamente por todos os entes da Federação, em igualdade de condições. Trata-se da competência comum, também chamada de competência horizontal, prevista no art. 23 da Constituição da República. Como exemplos, pode-se mencionar os serviços de saúde, educação, assistência social, proteção ao meio ambiente, proteção ao patrimônio histórico e cultural etc. Portanto, a competência da União e dos estados federados para executarem tais atividades não afasta nem exclui a competência do município para atuar dentro dos limites de seu território, respeitadas, porém, as normas gerais federais e estaduais.

2.1. Conceito

Embora não haja uniformidade doutrinária quanto ao conceito de serviço público, não poderíamos desenvolver o tema sem apresentar a definição sugerida por alguns juristas. Segundo Jean Rivero (1975, p. 423, tradução nossa), “O serviço público é uma forma de ação administrativa na qual uma pessoa pública assume a satisfação de uma necessidade de interesse geral”.

Laubadére, Venezia e Gaudemet definem o instituto nos seguintes termos:

Pode-se definir sumariamente o serviço público como uma atividade de interesse geral gerido por uma pessoa pública ou sob seu controle, segundo um regime exorbitante do direito comum (este último elemento discutido na doutrina); é quando existe serviço público, e somente nesse caso, que se aplica o direito administrativo e a jurisdição administrativa se torna competente. (LAUBADERE; VENEZIA; GAUDEMET, 1992, p. 27, tradução nossa).

Entre nós, o clássico Meirelles (2014, p. 408) entende que “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

Bandeira de Mello conceitua o instituto de que se cogita da seguinte forma:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2009, p. 665).

Carvalho Filho (2014, p. 329) o define como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Interessante observar que tais definições fazem referência explícita ou implícita ao regime de direito público (aspecto formal) e a sua vinculação ao interesse geral para a caracterização de uma atividade como serviço público.

2.2. Princípios do serviço público

Como toda atividade administrativa exercida pelo Estado, a prestação de serviços públicos à coletividade pauta-se pela observância de determinados princípios. Não existe, na doutrina, uniformidade quanto à extensão de tais normas, embora haja muitos pontos comuns entre os estudiosos do tema. Meirelles (2014, p. 416-417) cita cinco requisitos (permanência, generalidade, eficiência, modicidade e cortesia)¹¹. Carvalho Filho (2014, p. 339-348) elenca quatro princípios: generalidade, continuidade, eficiência e modicidade¹². Mello (2009, p. 672-673) vale-se de uma principiologia mais ampla, consubstanciada no regime jurídico-administrativo: dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; supremacia do interesse público; adaptabilidade; universalidade; impessoalidade; continuidade; transparência; motivação; modicidade das tarifas; e controle (interno e externo)¹³

A Lei Federal nº 8.987, de 1995, que regula as concessões e permissões, determina, no § 1º do art. 6º, que “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Apesar de o legislador nacional empregar o termo “condições”, trata-se, a nosso ver, de princípios.

11 Direito administrativo brasileiro. 41a. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 416-417.

12 Ob. cit. p. 339-348.

13 Ob. cit. p. 672-673.

A Lei Federal nº 13.460, de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos, faz referência expressa a mais dois princípios: efetividade e transparência (art. 4º).

O princípio da generalidade, que corresponde à igualdade, significa que o serviço deve alcançar todos os membros da coletividade, indistintamente. Se todos são iguais perante a lei, como proclama solenemente a Constituição da República, haverão de sê-lo perante a administração e os serviços por ela prestados. Logo, não poderia haver discriminação entre os administrados ou tratamento privilegiado a determinados segmentos sociais em detrimento de outros, a menos que a diferença de tratamento esteja amparada por valores consagrados no ordenamento constitucional.

Portanto, a generalidade do serviço refere-se à amplitude e universalidade, identificando-se, nesse ponto, com a impessoalidade, que outra coisa não é senão a finalidade pública dos atos e comportamentos da administração. O princípio isonômico será desenvolvido com mais detença na parte final deste trabalho.

A continuidade ou permanência significa que, por se tratar de uma atividade voltada para a sociedade como um todo, o serviço não pode ser interrompido nem paralisado, sob pena de acarretar sérios prejuízos à coletividade. Embora o dispositivo legal se refira à regularidade, esta é sinônimo de continuidade. É possível imaginar os transtornos decorrentes da interrupção dos serviços de abastecimento de água, em razão de sua essencialidade. Há, na doutrina, controvérsia sobre a possibilidade de paralisação do serviço em caso de inadimplência do usuário bem como sobre a forma de remuneração do serviço, se por meio de tarifa (preço público) ou mediante taxa (tributo). Todavia, não entraremos nesse pormenor, pois não é o objetivo deste estudo.

A eficiência relaciona-se com a atualização do serviço e abarca tanto a qualificação e habilitação dos agentes públicos quanto a utilização de aparelhos e equipamentos modernos que proporcionem qualidade com menos dispêndios. Esse princípio foi introduzido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, de modo a enaltecer a qualidade no exercício da atividade administrativa. A ideia de eficiência é contraposta à de morosidade e lentidão, cabendo aos agentes prestadores do serviço público zelarem pelo rendimento funcional e pelo alcance de resultados satisfatórios, em consonância com as normas administrativas que disciplinam a execução da atividade estatal.

Assim, a atualidade a que se refere a lei federal é uma projeção do princípio da eficiência, conforme se verifica pela dicção do § 2º do art. 6º, segundo o qual “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

O princípio da modicidade tem a ver com as tarifas pagas pelos beneficiários do serviço. De fato, se o Estado erige dada atividade como serviço público por meio de lei, e sendo este prestado a todos os membros do corpo social, é evidente que deverá instituir tarifas compatíveis com o poder aquisitivo dos potenciais usuários, de modo a não inviabilizar a universalidade de sua prestação. Eventual disparate entre o valor da tarifa e o poder aquisitivo dos administrados poderia trazer sacrifícios para parcela considerável da população e, por via reflexa, violar o princípio da igualdade entre os usuários.

2.3. Concessão, permissão e autorização

O simples fato de o Estado ser titular de determinada atividade pública não significa que ela seja desempenhada diretamente por ele, por meio de órgãos de sua estrutura interna. Cabe ao poder público optar pela prestação direta ou indireta do serviço, de

forma a melhor atender às necessidades coletivas. Assim, se ele decidir pela execução descentralizada do serviço, poderá transferi-lo a empresas particulares por meio de dois institutos típicos do direito administrativo: concessão e permissão, ambos previstos explicitamente na Constituição Federal e regidos por normas específicas.

O *caput* do art. 175 da Lei Maior nos dá o parâmetro básico para o exame da matéria, embora tal preceito não deva ser interpretado isoladamente, e sim em cotejo com outros dispositivos constitucionais pertinentes ao tema. A norma em questão determina que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

O preceito é cristalino ao facultar ao poder público, nos três níveis de governo, a delegação de serviço público a particulares, observado o processo licitatório. Apesar de o preceito não se referir ao instituto da autorização, este consta no art. 21 da Carta Magna, o qual enumera as atividades de competência da União. Entretanto, a concessão e a permissão constituem as formas usuais de delegação de serviços públicos à iniciativa privada. A seguir, faremos uma brevíssima análise sobre cada um desses institutos.

2.3.1. Concessão

A concessão é uma das mais tradicionais formas de descentralização de serviços públicos a particulares, quando o Estado decide transferir a execução da atividade para melhor satisfazer as necessidades do corpo social. No Brasil, tanto no plano doutrinário quanto no plano legislativo, a concessão tem a natureza jurídica de contrato administrativo (ato bilateral), apesar de existirem três figuras distintas: o poder concedente (União, estado, Distrito Federal ou município); o concessionário (pessoa

jurídica ou consórcio de empresas); e o usuário (beneficiário). Nesse tipo de ajuste, não é o concedente que remunera o concessionário, como ocorre na generalidade dos contratos administrativos, e sim o usuário do serviço, mediante o pagamento de tarifa.

A natureza contratual do instituto resulta do comando previsto no art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República, e do art. 4º da Lei Federal nº 8.987, de 1995, que contém normas gerais sobre concessão e permissão de serviços públicos. Com base na mencionada lei, o concessionário somente poderá ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas, ficando excluída a possibilidade de pessoa física firmar contrato de concessão com o poder público federal, estadual ou municipal. Ademais, o ajuste será precedido de licitação, na modalidade de concorrência. O legislador infraconstitucional definiu a concessão da seguinte forma:

a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado¹⁴. (BRASIL, 1994)

Saliente-se que é da essência do instituto em exame a transferência de atividade pública ao particular, e não de atividade econômica. Carvalho Filho (2014, p. 379) chama atenção para esse aspecto ao afirmar que o objeto dessa modalidade contratual é a prestação de serviço público, como o próprio nome indica, e que os exemplos conhecidos de concessões atestam o fato, tais como as concessões para serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos e comunicações telefônicas, entre outras atividades¹⁵.

14 Art. 2º, II, da Lei Federal nº 8.987, de 1994.

15 Ob. cit. p. 379.

Em contratos dessa natureza, o concedente goza de um conjunto de prerrogativas exorbitantes para melhor proteger o interesse público, tais como o poder de alteração unilateral do ajuste, o controle do contrato, a aplicação de sanções decorrentes de inexecução do pactuado e a rescisão unilateral do ajuste, se houver razões que justifiquem a sua extinção prematura. O contrato deverá especificar os direitos e obrigações do concedente, do concessionário e dos usuários, muitos dos quais já constam expressamente na lei. O concessionário faz jus ao equilíbrio financeiro da avença, o qual lhe assegura a obtenção de lucro. A concessão de que se cogita não se confunde com a chamada concessão patrocinada, prevista na Lei Federal nº 11.079, de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Além de outras peculiaridades, que não abordaremos aqui, a concessão patrocinada é caracterizada por envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, nos termos do art. 2º, § 1º, da citada lei. O parceiro público poderá ser tanto a União quanto os estados, o Distrito Federal ou municípios, em razão da competência constitucional de cada entidade federada para a prestação do serviço público.

2.3.2. Permissão

Outro instituto de Direito Administrativo utilizado para a delegação de serviço público a particular é a permissão, que, antes da promulgação da Constituição de 1988 e da Lei Federal nº 8.987, era considerada pela doutrina pátria como ato administrativo unilateral e precário. A unilateralidade significa que o ato depende da vontade da administração pública, excluindo sua natureza contratual. A precariedade significa que a permissão pode ser revogada ou extinta a qualquer tempo pela autoridade competente, por razões de interesse público, sem dar ensejo a indenização ao permissionário. Aliás, o que apartava nitidamente

a permissão da concessão de serviço público era a unilateralidade e precariedade da primeira, em oposição ao aspecto contratual da concessão, a qual não poderia ser extinta prematuramente pelo concedente sem indenizar o concessionário pelos prejuízos suportados.

Entretanto, a legislação superveniente fez uma verdadeira confusão entre ambos os institutos jurídicos, uma vez que atribuiu natureza contratual à permissão, contrariando tradicional ensinamento doutrinário. O art. 2º, IV, da mencionada Lei nº 8.987 diz que a permissão é a delegação, a título **precário**, da prestação de serviços públicos a pessoa física ou jurídica. O art. 40 do mesmo diploma legislativo afirma que a permissão é formalizada mediante contrato de adesão. Note-se que o equívoco, ou, simplesmente, a contradição da norma é patente. Se o instituto tem a natureza de contrato jamais poderia ser precário, pois a rescisão do ajuste acarretaria o dever do poder público de indenizar o contratado pelos prejuízos financeiros. Se ambas as figuras jurídicas têm natureza contratual e são precedidas de licitação, qual seria, afinal, a diferença entre elas?

Analisando os termos da lei, haveria apenas duas diferenças: a precariedade da permissão, que é incompatível com a ideia de contrato, e a figura do permissionário, que pode ser pessoa física ou jurídica, diferentemente da concessão, em que o concessionário só poderá ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas. O professor Mello (2000, p. 761), com a percuciência de sempre, afirma que o erro do legislador reside no art. 40, que faz menção ao aspecto contratual da permissão, e não ao seu caráter precário. Consequentemente, não pode haver permissão com prazo determinado, pois se isso ocorrer, em caso de extinção antecipada pelo poder público, sem que o particular lhe tenha dado causa, o permissionário fará jus a uma indenização¹⁶.

16 Ob. cit. p. 761.

Não obstante as críticas doutrinárias sobre o tratamento dado à permissão pelo legislador nacional, o Supremo Tribunal Federal excluiu qualquer diferença conceitual entre ambos os institutos, uma vez que reconheceu natureza contratual à permissão¹⁷. Assim, esse grave equívoco foi chancelado pela mais alta corte de justiça brasileira, admitindo a existência de dois institutos jurídicos com os mesmos atributos e finalidades.

2.3.3. Autorização

A terceira forma de delegação de atividade pública a particulares é por meio do instituto da autorização, apesar de não constar expressamente no art. 175 da Lei Maior. Todavia, está prevista explicitamente no art. 21, XI e XII da citada Carta Política, que enumera os serviços de competência da União.

Na verdade, a autorização é normalmente utilizada como manifestação do poder de polícia administrativa para o exercício de atividades privadas que dependem do consentimento estatal. A rigor, não se trata de autorização para a execução de um serviço público. O objetivo da manifestação prévia da administração pública é evitar que o exercício da atividade particular possa trazer gravames ao interesse coletivo.

Se o poder público (federal, estadual ou municipal) optar pela delegação de uma atividade pública a particular, deverá valer-se dos institutos da concessão e permissão, formas normais de descentralização de serviços públicos a terceiros. Apenas em caráter excepcional poderia o Estado utilizar-se do instituto da autorização, que é definido na doutrina como ato administrativo unilateral, discricionário e precário. Para reforçar esse ponto de vista, basta lembrar que o preceito básico na matéria é o citado art. 175, que trata especificamente da prestação de serviços públicos por todos os entes da federação brasileira, o qual não faz

17 ADI nº 1.491-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 1º/7/1998.

referência à figura de que se cogita. Além disso, poder de polícia não se confunde com execução de serviço público. O primeiro restringe a liberdade e a propriedade individuais quando seu uso for incompatível com o interesse social. O serviço público, seguindo o magistério de Mello (2000), é a atividade que oferece utilidade e comodidade aos administrados sob o regime de direito administrativo. Acresça-se a isso o fato de que apenas a concessão e a permissão sujeitam-se à licitação prévia, por força da Constituição, o que não ocorre com a autorização.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Constantemente citada pelos juristas, a definição mais antiga de isonomia remonta a Aristóteles, segundo o qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

O princípio isonômico foi um dos lemas da Revolução Francesa de 1789, além da liberdade e da fraternidade. É oportuno lembrar que, no período que antecedeu à Revolução, mais conhecido como *Ancien Régime*, o Direito era dividido em sistemas particulares. Cada classe (clero, nobreza e povo) tinha o seu próprio conjunto de normas jurídicas. O clero e a nobreza eram as castas privilegiadas, enquanto o povo era o verdadeiro “burro de carga” da sociedade. O desejo dos revolucionários era acabar com esse estado de coisas, eliminando os privilégios então existentes entre essas três classes, a par de garantir a propriedade privada e a segurança jurídica. O trabalho da Revolução foi completado pelo Código de Napoleão (Código Civil Francês), promulgado em 1800, que passou a vigorar a partir de 1804. Assim, a Revolução proclamou a igualdade de todos os homens perante a lei, e o Código Napoleônico submeteu todos os franceses a uma só lei. Como afirma o jusfilósofo Reale (1983, p. 414), “Desse modo,

dois princípios se realizavam reciprocamente – todos são iguais perante a lei, e há uma lei geral para todos”.

Quando se cogita do princípio sob comento, não se pode deixar de mencionar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo art. 7º determina que “todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

O princípio da igualdade ou isonomia é um dos mais importantes valores do Direito, ao lado da liberdade, especialmente em Estados democráticos, como o Brasil. O tratamento igualitário pode ser enfocado com base nas pessoas e também nas relações entre Estados soberanos ou independentes, o que demonstra a amplitude do conceito.

O art. 3º da vigente Constituição enumera os objetivos da República Federativa do Brasil, entre os quais se destaca “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV).

O art. 4º, por sua vez, ao elencar os princípios reitores das relações internacionais de que o Brasil participa, refere-se expressamente à “igualdade entre os Estados”. Entretanto, a regra de ouro que nos interessa consta no *caput* do art. 5º da citada Carta Política, segundo o qual **“todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade...” (BRASIL, 1988, grifo nosso). No mesmo artigo há outras alusões explícitas e implícitas à isonomia, como a norma do inciso I, segundo a qual “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; igualmente, o comando do inciso VIII estabelece que “ninguém será privado de

direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política...”. O inciso XXXV cuida especificamente do amplo acesso à prestação jurisdicional, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No âmbito das relações trabalhistas, o art. 7º, XXXIV, assegura a “**igualdade de direitos** entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”. Em relação aos direitos políticos, o art. 14 determina que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, **com valor igual para todos...**” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Não cabe aqui reproduzir todos os dispositivos constitucionais que tratam da igualdade, pois isso extrapolaria o objetivo deste estudo. A reprodução de alguns preceitos serve tão somente para demonstrar a importância que o Constituinte de 88 atribuiu ao princípio da isonomia.

O objetivo por excelência do art. 5º da Constituição é evitar tratamento diferenciado entre pessoas que se encontrem na mesma situação. Trata-se de um comando voltado tanto para o formulador da norma (Poder Legislativo) como para o aplicador (Executivo e Judiciário). A doutrina costuma diferenciar igualdade “perante a lei”, também chamada de igualdade formal, e “igualdade na lei”. A primeira corresponde à aplicação das leis genéricas e abstratas aos casos concretos, seguindo os critérios nelas previstos, de modo a evitar discriminações. Exemplificando: na esfera penal, quem comete crime está sujeito à penalidade prevista na lei, independentemente de cor, raça, credo ou poder aquisitivo. O que pode variar é a intensidade da pena de acordo com as peculiaridades do caso concreto e dos critérios fixados pelo legislador. A igualdade na lei é uma exigência dirigida principalmente ao formulador da norma, que, ao elaborá-la, não poderá estabelecer tratamento discriminatório sem amparo na Constituição. Assim, caso o elaborador da norma estabeleça tratamento privilegiado a pessoas que se achem em situação

idêntica, tal regra estaria eivada de inconstitucionalidade por contrariar a isonomia.

Mesmo nas relações privadas é possível ocorrer comportamentos que ofendem a isonomia. Bastos e Martins (1988-1989, v. 2, p. 14) cita como exemplo o caso de uma pessoa que anuncia a venda de um imóvel, mas exclui os negros da condição de eventuais compradores. O autor menciona também o caso de um clube de natureza puramente social que não aceita em seu quadro de sócios pessoas que pertençam a determinada religião ou raça¹⁸.

A igualdade sem distinção de convicções filosóficas ou políticas é o ponto crucial do princípio da isonomia, conforme ensina José Afonso da Silva:

Espera-se que, em face da Constituição, não mais se discriminem pessoas em função de sua ideologia política ou filosófica, como sempre se fez, negando-se-lhes a possibilidade de exercício de funções públicas, impedindo-lhes até mesmo a realização de concursos públicos, em igualdade de situação com outros candidatos, com base em informações de órgãos de segurança. Se tal discriminação já era vedada em face da Constituição revogada, diante da atual será uma violência sem nome. (SILVA, 2009, p. 80).

Portanto, a Lei Maior veda toda forma de tratamento diferenciado que não tiver amparo em valores que ela consagra. Se o tratamento desigual tiver fundamento explícito ou implícito na Constituição, inexistente ofensa ao princípio. O conceito de isonomia é tão amplo que envolve todos os ramos jurídicos, configurando um princípio geral do Direito cujo desrespeito constitui grave violação a um direito fundamental.

18 Comentários à constituição do Brasil: São Paulo: Saraiva, 1988-1989, v. 2, p. 14

3.1. Igualdade × tratamento diferenciado

Não obstante a consagração formal do princípio da igualdade em vários dispositivos da Constituição, esta também estabelece discriminações e proteção especial a certos segmentos da sociedade. Ao excluir os analfabetos de se candidatarem a cargos eletivos (art. 14, § 4º), ela discrimina entre os candidatos que sabem ler e escrever e os que não sabem. Ao determinar que alguns cargos públicos são privativos de brasileiro nato (presidente da República, presidente da Câmara, ministro do Supremo Tribunal Federal e ministro de Estado da Defesa, entre outros), ela discrimina o brasileiro naturalizado, que fica impedido de ocupar tais cargos, nos termos do art. 12, § 3º. Nesses casos, a diferença de tratamento é plenamente compatível com o princípio da razoabilidade. Seria um caos se um analfabeto fosse eleito para representar e defender os interesses do povo, pois a titularidade de mandato eletivo requer o mínimo de instrução e discernimento para o exercício da representação política. De forma análoga, é razoável estabelecer que os cargos mais elevados do arcabouço constitucional sejam privativos de brasileiro nato. Mas ela veda ao legislador infraconstitucional estabelecer diferenças entre brasileiros natos e naturalizados, ficando claro que a enumeração constante no preceito é taxativa, e não apenas exemplificativa, pois as restrições fixadas no texto magno constituem exceções ao princípio isonômico.

No que diz respeito aos requisitos para a aposentadoria voluntária no serviço público federal, estadual e municipal, a vigente Carta Política também fixa requisitos diferenciados entre homens e mulheres. Aqueles têm a prerrogativa de se aposentarem com proventos integrais, desde que tenham 60 anos de idade e 35 anos de contribuição; as mulheres poderão se aposentar desde que tenham 55 anos de idade e 30 de contribuição (art. 40, § 1º, III, “a”). Peculiaridades inerentes ao sexo feminino (fragilidade, atividade doméstica, amamentação,

educação dos filhos etc.) levaram o constituinte de 88 a dispensar tratamento mais benéfico às servidoras públicas. Atualmente, no contexto da propalada reforma da previdência, cogita-se de atenuar ou até mesmo extinguir diferenças de tratamento para fins de aposentação.

O ordenamento constitucional vigente também assegura atendimento prioritário a pessoas em situação de vulnerabilidade, como as mulheres, crianças, idosos, deficientes e indígenas. Em relação à criança, ao adolescente e ao jovem, o *caput* do art. 227 estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar-lhes, com absoluta **prioridade**, “o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer ... além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Além de outras disposições, determina ao legislador ordinário a elaboração do estatuto da juventude e do plano nacional da juventude, de duração decenal (§ 8º do art. 227).

Quanto aos deficientes, a Constituição remete ao legislador infraconstitucional a elaboração de normas sobre construção de logradouros e edifícios públicos e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, nos termos do § 2º do art. 227. Remete também ao legislador ordinário a reserva percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, o qual deverá fixar os critérios de sua admissão (inciso VIII do art. 37).

No campo da assistência social, cumpre ressaltar que o art. 203 da Carta republicana dispensa tratamento especial a certos grupos de pessoas ao estabelecer os seguintes objetivos: proteção à infância, à juventude e à velhice; amparo às crianças e aos adolescentes carentes; habilitação e reabilitação dos portadores de deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária; e garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa

portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, na forma da lei. A assistência promovida pelo poder público independe de contribuição à seguridade social e tem como parâmetro essencial o megaprincípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Lei Maior, o qual foi erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

No tocante aos idosos maiores de 65 anos, o § 2º do art. 230 assegura a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, que tem natureza de serviço público essencial. Existem dezenas de leis, tanto no âmbito federal como no âmbito de Minas Gerais, que estabelecem tratamento diferenciado ou atendimento prioritário a certas pessoas. No plano federal, destacam-se as seguintes normas: Lei nº 8.842, de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências; Lei nº 10.741, de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso; a Lei nº 10.048, de 2000, a qual dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica. Esta lei beneficia deficientes, idosos com idade igual ou superior a 60 anos, gestantes, lactantes, pessoas com crianças de colo e obesos. O atendimento prioritário a que se refere a norma abarca as repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos, as quais estão obrigadas a fornecer serviços individualizados que garantam tratamento diferenciado a essa categoria de pessoas. Esse atendimento diferenciado também abrange a reserva de assentos no transporte coletivo, entre outros direitos; Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei nº 12.711, de 2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Trata-se, nesse caso, de política de ação afirmativa questionada no STF por meio de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁹

19 Ação Declaratória de Preceito Fundação nº 186. Min. Rel. Ricardo Levandowski. Acórdão p. DJE de 20/10/2014.

apresentada pelo Democratas, sob a alegação de contrariar o princípio da igualdade. A ação foi julgada improcedente pelo mencionado Tribunal com a seguinte argumentação:

I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (BRASIL, 2014).

No Estado de Minas Gerais, destacam-se as seguintes normas: Lei nº 12.054, de 1996, que torna obrigatório o atendimento prioritário, nas repartições públicas do Estado, às pessoas que menciona; Lei nº 11.867, de 1995, que reserva percentual de cargos ou empregos públicos, no âmbito da administração pública do Estado, para pessoas portadoras de deficiência; Lei nº 13.763, de 2000, que institui o programa de atendimento domiciliar ao idoso e dá outras providências; e Lei nº 20.622, de 2013, que torna obrigatória a destinação preferencial de assentos para idosos, gestantes, lactantes, pessoas acompanhadas por criança de colo e pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida nos estabelecimentos que menciona.

Em relação aos idosos, mulheres, negros e deficientes, trata-se de categorias que sempre foram marginalizadas na sociedade e colocadas em segundo plano. Assim, ao estabelecer um complexo de normas constitucionais e infraconstitucionais voltadas para a proteção especial dessas pessoas, o direito

positivo (plano do dever ser) visa a eliminar ou atenuar distorções verificadas ao longo da história (plano do ser), ainda que, no mundo real, prevaleçam discrepâncias inaceitáveis. Para comprovar isso, basta lembrar que, segundo dados da Fundação IBGE, mulheres recebem salários inferiores aos homens, embora exerçam as mesmas atividades²⁰. O mesmo ocorre com os trabalhadores negros, quando comparados com os empregados de cor branca, os quais recebem mais do que aqueles para desempenhar as mesmas funções²¹. Nota-se, pois, que a desigualdade de gênero e de cor prevalece no âmbito das relações de trabalho.

No plano da política, a participação das mulheres na disputa por cargos eletivos federais, estaduais ou municipais ainda está aquém do desejado, apesar de serem maioria da população brasileira. A tímida participação do sexo feminino nesse processo é uma manifestação inequívoca de que há preconceitos contra as mulheres para o exercício de determinadas funções, colocando-as em posição de inferioridade em relação aos homens. No escopo de atenuar essa situação, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 9.504, de 1997, que estabelece normas para as eleições, cujo art. 10, § 3º, determina que “cada partido ou coligação reservará o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo” (redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009). O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por sua vez, em sessão do dia 22/5/2018, decidiu que os partidos devem repassar 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para candidaturas femininas. Ao comentar a decisão do TSE, um de seus mais ilustres membros, o Ministro Barroso, afirmou:

20 <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20287-no-dia-da-mulher-estatisticas-sobre-trabalho-mostram-desigualdade>.

21 <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21206-ibge-mostra-as-cores-da-desigualdade>

É um processo de ação afirmativa em favor das mulheres, que não são propriamente minoria, mas são vulneráveis, historicamente discriminadas, deixadas à margem da política, e acho que fará muito bem para o País este movimento de maior inclusão feminina na política de maneira geral. (BRASIL, 22/05/2018).

Não obstante essa exigência do legislador federal, a composição das mulheres no Congresso Nacional ainda está longe de reverter o quadro desigual de participação feminina nos espaços de poder. Na Câmara dos Deputados, o número de parlamentares do sexo feminino aproxima-se de 11% do total de membros. No Senado Federal, esse quantitativo não chega a 15% do total de senadores. Nas eleições de 2018, foram eleitas 77 deputadas federais, um aumento de 51% em relação às eleições de 2014, o que corresponde a 15% do total de parlamentares na Câmara Baixa. No Senado, o número de parlamentares do sexo feminino permaneceu inalterável em relação ao processo eleitoral anterior. Na Assembleia de Minas, cuja composição é de 77 deputados, apenas seis mulheres encontram-se no exercício do mandato representativo, o que corresponde a somente 7,7% do total de vagas. Nas eleições de 2018, a participação feminina na composição do Poder Legislativo mineiro passou de seis para dez deputadas, o que equivale a 12,9% do total de cadeiras, ou seja, houve um avanço razoável em relação à participação da mulher nos espaços de poder. Entretanto, os dados demonstram quão ínfima é a participação das mulheres nos Legislativos federal e estadual. A situação não é diferente em relação à titularidade de cargos eletivos no Poder Executivo dos três níveis de governo.

Na seara dos serviços públicos, sejam prestados diretamente pelo Estado, sejam executados indiretamente por meio de concessão ou permissão, cabe lembrar que a administração pública rege-se por vários princípios arrolados no *caput* do art. 37 da

Constituição Federal, entre os quais se destaca a impessoalidade, que é uma dimensão da finalidade pública e da isonomia.

Nos procedimentos estatais que envolvem disputas ou competições, como nas licitações e nos concursos públicos, o princípio isonômico se manifesta de forma patente, uma vez que a administração deverá seguir rigorosamente as regras do edital, dispensando tratamento isonômico a todos os candidatos que atendam aos requisitos nele previstos. O edital em si, que é a lei interna do certame, não poderá estabelecer critérios que favoreçam determinado candidato, sob pena de afrontar o princípio da igualdade.

A Lei Federal nº 8.987, que trata das concessões e permissões, contém um capítulo intitulado “Do serviço adequado”, que é definido no § 1º do art. 6º como “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, **generalidade**, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995, grifo nosso). A generalidade de que cogita o legislador nacional outra coisa não é senão a igualdade de tratamento entre todos os usuários, que são os destinatários dos serviços. Por se tratar de uma atividade preordenada à satisfação das necessidades coletivas (energia elétrica, transporte coletivo, abastecimento de água e esgotamento sanitário etc.), em princípio, não há que se falar em privilégios ou favorecimentos a determinados segmentos sociais. Igualmente, em razão do alcance dessa atividade pública, nenhum membro da coletividade deveria ficar alijado dos serviços considerados essenciais. A ideia da generalidade ou universalidade repele discriminações não amparadas por valores consagrados no ordenamento constitucional. Aliás, se todos são iguais perante a lei, haverão de sê-lo perante a administração e os serviços públicos prestados por ela ou seus delegados (concessionários e permissionários). Atento a esse aspecto, o Código de Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos (Lei Federal nº 13.460/17) estabelece como uma das diretrizes dos prestadores de serviços públicos “a igualdade no

tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação” (art. 5º, V). Ora, esse preceito não poderá ser interpretado de forma literal, de modo a excluir toda e qualquer espécie de tratamento diferenciado entre os destinatários do serviço. Alguns usuários farão jus a tratamento mais benéfico em relação a outros se houver razões que justifiquem a diversidade de tratamento, sem sacrificar a isonomia. O usuário pode ser tanto uma pessoa física como uma pessoa jurídica que se beneficia de serviço público ou o utiliza, efetiva ou potencialmente (art. 2º, I).

Se o serviço é norteado pela generalidade, em razão de sua amplitude, o corolário lógico é a sua permanência ou continuidade, que veda a interrupção ou paralisação da atividade, sob pena de acarretar transtornos aos administrados ou usuários. Todavia, a Lei nº 8.987 não considera como descontinuidade a interrupção do serviço em caso de emergência ou após prévio aviso em duas situações: quando há razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e quando ocorrer inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (art. 6º, § 3º). Assim, se o usuário do serviço de energia elétrica não efetuar o pagamento da tarifa dentro de determinado prazo, a empresa concessionária poderá efetuar o corte. Entretanto, a lei poderá autorizar tarifas diferenciadas em razão da condição financeira dos usuários do serviço, de modo que as pessoas mais pobres ou desprovidas de recursos econômicos paguem menos que as pessoas de posse. Esse fator de discriminação reside na situação financeira do usuário e tem por finalidade não onerar substancialmente pessoas carentes de recursos.

Há, pois, discriminações plenamente compatíveis com a isonomia, de modo que o tratamento diferenciado não viola a Constituição. Para exemplificar, uma norma editalícia poderia excluir pessoas do sexo masculino de participar de concurso público para o cargo de agente penitenciário de presídio que abriga apenas mulheres. O mesmo raciocínio é válido quando o edital permitir apenas a inscrição de candidatos do sexo masculino

para trabalhar em penitenciária que abriga exclusivamente homens. Outro exemplo refere-se ao exercício de atividades que requerem esforço físico considerável, como sucede com os bombeiros militares que combatem incêndios e atuam na defesa civil. Nesse caso, o edital do concurso público poderia excluir as mulheres e os homens acima de certa idade de participarem do certame, em razão da natureza da atividade, sem atentar contra o princípio da igualdade. Qualquer indivíduo dotado de um mínimo de discernimento pode perceber a incoerência de se misturar presos de ambos os sexos no mesmo recinto, o que seria um verdadeiro atentado à isonomia.

Todavia, se se tratar de atividade meramente burocrática, a qual pode ser desempenhada por qualquer pessoa, não haveria razão para estabelecer distinções. Vê-se, pois, que algumas discriminações se justificam em face da natureza do serviço, do elemento *discrímen* e da finalidade que se pretende alcançar. Nesse ponto, merece registro o ensinamento de Celso Bastos e Ives Gandra Martins:

O elemento *discrímen* não é autônomo em face do elemento finalidade. Ele é uma decorrência deste e tem que ser escolhido em função dele. Assim, uma vez definida a finalidade, o *discrímen* há de ser aquele que delimite com rigor e precisão quais as pessoas que se adaptam à persecução do *telos* normativo. Exemplo do exposto pode ser encontrado na vedação a que se discriminem os deficientes quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários. É óbvio que se o trabalho a ser desempenhado ou o cargo a ser provido implicar vigor atlético (como nos casos de salva-vidas ou bombeiros) resultará, por certo, sem efeito a proibição constitucional, que visa apenas a impedir que os deficientes sejam afastados, em razão tão

somente das suas carências, sem levar-se em conta que, na maior parte dos casos, elas não impedem o exercício do trabalho de forma razoavelmente equiparada aos indivíduos sãos. (BASTOS; MARTINS, 1988-1989, p. 10).

A dicção constitucional “todos são iguais perante a lei”, núcleo do princípio da isonomia, não tem valor absoluto nem afasta eventuais discriminações. O que a Carta Magna veda é a discriminação puramente aleatória ou subjetiva, sem levar em conta os parâmetros nela fixados. Assim, é facultado ao legislador, sem atentar contra a isonomia, fixar tratamento diferenciado a certas categorias de pessoas que, em razão de suas peculiaridades, merecem atendimento prioritário por parte do poder público, como as crianças, adolescentes, idosos e deficientes.

Em princípio, é fora de dúvida que a isonomia veda discriminações, especialmente com base no sexo, raça ou ideologia político-filosófica. Outrossim, é certo que a igualdade vincula tanto o legislador quanto a legislação. Se o formulador da norma não pode discriminar, o aplicador (Executivo e Judiciário) também não poderá fazê-lo. Entretanto, sabe-se que o comum da lei é estabelecer tratamento diferenciado entre as pessoas. Resta, pois, saber quais os critérios a serem utilizados para verificar se a discriminação ofende a igualdade. O professor Bandeira de Mello, em brilhante estudo sobre o tema, nos fornece tais parâmetros:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;

b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério

de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;

c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. (MELLO, 2000, p. 21).

Na sequência do raciocínio, o jurista esclarece que é preciso investigar, de um lado, o que é adotado como elemento *discrímen*; de outro lado, é necessário verificar se existe justificativa racional em face do traço desigualador acolhido; em seguida, é preciso analisar se a correlação, no caso concreto, está em sintonia com os valores consagrados na Constituição (MELLO, 2000, p. 21)²².

Dessa forma, o legislador, que constantemente discrimina, deverá ter cautela e bom senso ao estabelecer tratamento diferenciado entre alguns segmentos da sociedade para não afrontar o princípio isonômico. Suponha-se que determinada lei isentasse as pessoas do sexo feminino do pagamento da tarifa de água, serviço público essencial. O critério escolhido como fator de *discrímen* não tem justificção lógica, uma vez que o simples fato de ser mulher não a isenta do pagamento da tarifa, ficando patente o desrespeito à isonomia. Igualmente, suponha-se que uma norma editalícia proíba os deficientes físicos de se inscreverem no concurso público para consultor jurídico. O elemento de *discrímen* (deficiência física) utilizado para excluir essa categoria de participar do certame não tem fundamento racional, pois a dificuldade de locomoção não é incompatível com a função de consultoria jurídica. Tal regra violaria flagrantemente o princípio da igualdade.

A situação muda completamente se a norma proíbe a participação dos deficientes físicos em concurso público para

22 Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

policial militar, cuja atividade básica é o policiamento ostensivo de prevenção criminal. Nesse caso, a natureza da atividade exige esforço físico que não se coaduna com a pessoa deficiente, razão pela qual o tratamento diferenciado não viola o princípio isonômico. O mesmo pode ser dito em relação às atividades de salva-vidas e bombeiro militar, as quais pressupõem vigor atlético. Em situações dessa natureza, a carência de habilidade física justifica a exclusão antecipada da disputa.

Ainda no que concerne ao elemento *discrimen*, Mello (2000, p. 23) chama atenção para dois requisitos básicos: a lei não pode erigir em fator diferencial um traço específico que singularize no presente e definitivamente, de forma absoluta, um sujeito a ser alcançado pelo regime peculiar; o traço distintivo adotado deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada²³.

Nesse ponto, suponha-se que uma suposta norma geral e abstrata estabeleça um prêmio ao governador do Estado que seja portador do título de doutor em Direito e tenha sido condecorado com as Medalhas do Mérito Legislativo e do Mérito Judiciário, a primeira conferida pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais e a segunda pelo Tribunal de Justiça. A norma em questão singulariza de tal forma a premiação a ponto de excluir a possibilidade de outras pessoas no futuro serem alcançadas por ela. Trata-se, pois, de uma lei editada no propósito deliberado de beneficiar uma única pessoa que atenda a tais critérios, contrariando o princípio da igualdade. No caso em tela, está-se diante de uma norma geral e abstrata apenas na aparência, pois, no fundo, ela visa a beneficiar destinatário certo.

No Brasil, cotidianamente esse princípio é afrontado, desde a época do governo imperial. Basta lembrar que a Constituição de 1824 assegurava a isonomia, mas a principal instituição do Império era a escravidão negra, uma das mais graves violações à

23 Ob. cit. p. 23.

igualdade. Na esfera penal, a maioria dos presidiários são pessoas pobres, de cor negra, as quais não tem condições de pagar advogados. Infelizmente, o simples fato de ser pobre ou negro já é motivo de discriminação, o que atesta o preconceito de cor no País.

3.2. Igualdade e razoabilidade

O princípio da razoabilidade, implícito no *caput* do art. 37 da Constituição da República, e implícito no *caput* do art. 13 da Carta Mineira, pode ser utilizado para constatar se a discriminação feita pelo legislador se compatibiliza com a isonomia. A razoabilidade exige bom senso, moderação, equilíbrio, adoção de critérios aceitáveis em face da realidade e adequação entre meios e fins. Por se tratar de um conceito indeterminado, o § 1º do art. 13 da Constituição do Estado estabelece que a razoabilidade dos atos do poder público será apurada, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso. Ela serve para limitar não somente o exercício da competência discricionária das autoridades administrativas, mas também a liberdade do legislador. Este goza de ampla margem de liberdade para a produção normativa, contanto que respeite os parâmetros constitucionais. Caso opte por discriminar os destinatários do comando legal, deverá fazê-lo de forma razoável e criteriosa, para não sacrificar a isonomia.

Segundo Barroso (2013, p. 281), “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.

Da mesma forma que a igualdade, a razoabilidade não é um princípio peculiar a determinado ramo jurídico. Pelo contrário, ela se aplica a todos os ramos do Direito, público e privado, e pode ser considerado um princípio geral do Direito.

Ao longo do tempo, a doutrina erigiu três critérios básicos para a aferição da razoabilidade de uma decisão estatal: necessidade da medida; relação entre meios e fins; e relação custo × benefício. A razoabilidade, como princípio jurídico, vincula não só a atividade administrativa propriamente dita, mas também a atividade legislativa, conforme pacificado na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, uma norma geral e abstrata pode contrariar a isonomia se estabelecer critérios desarrazoados de discriminação. Diferentemente, uma lei que discrimina determinado segmento social poderá ser compatível com a isonomia se a distinção procedida estiver amparada no bom senso do legislador, ou seja, se os critérios eleitos forem aceitáveis, coerentes e em sintonia com a realidade. A escolha do elemento *discrimen* exige boa dose de racionalidade por parte do formulador da regra jurídica, de modo que a diferença puramente arbitrária ou aleatória de tratamento entre os destinatários da norma já a torna viciosa e ofensiva à Constituição.

Nesse contexto, é precisa a lição do jurista uruguaio Américo Plá Rodrigues:

O reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos não significa a impossibilidade de estabelecer leis aplicáveis a certos grupos de pessoas. Aqui começa a influir o critério da razoabilidade: se se justifica razoavelmente a discriminação, cabe reconhecer como legítima a limitação do princípio da igualdade. Porém, se ao contrário, a linha divisória ou o critério distintivo carece de razoabilidade, a discriminação carece de legitimidade e justificação. (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 252).

Ninguém duvidaria da falta de razoabilidade de uma norma que excluísse os negros do ingresso no serviço público, pois o fator

cor da pele, por si só, não impede os pertencentes à raça negra de exercerem cargos ou empregos públicos. A falta de razoabilidade também estaria presente se determinada lei excluísse as mulheres de ocuparem cargos de chefia, direção e assessoramento na administração pública. São inúmeras as situações em que a diferença de tratamento entre as pessoas ofende a razoabilidade e, conseqüentemente, a isonomia. Em princípio, se o tratamento mais benéfico a uma categoria de pessoas for compatível com a razoabilidade, dificilmente estar-se-ia desrespeitando o valor igualdade, de modo que aquela pode funcionar como um aferidor desta. Se a disparidade de tratamento for caprichosa, arbitrária ou aleatória, desprovida de justificação racional com base na pessoa, na coisa ou na situação, não há como sustentar sua constitucionalidade por atentar contra o postulado isonômico.

O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de várias leis violadoras do princípio da razoabilidade. Um caso que se tornou célebre ocorreu no Estado do Amazonas, onde um preceito legal instituiu adicional de férias para aposentado, correspondente a um terço da remuneração (§ 2º do art. 9º da Lei nº 1.897, de 1989). O Procurador-Geral da República questionou a constitucionalidade da norma perante o STF, por meio de uma ADI²⁴, com pedido de liminar para suspender a eficácia do dispositivo até o julgamento final da ação, o que foi deferido pelo Tribunal. A maioria dos ministros reconheceu a incompatibilidade do preceito com o princípio da razoabilidade, ficando em segundo plano a questão da paridade de vencimentos entre ativos e inativos. Eis a ementa do acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS – VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA – LIMINAR DEFERIDA. (BRASIL, 1994).

24 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.158-AM, j. 19/12/94, Tribunal Pleno.

Na verdade, está-se diante de um exemplo claro da falta de bom senso do legislador ao pretender igualar, para os efeitos dessa vantagem pecuniária, ativos e inativos. Se o aposentado não faz jus a férias regulamentares, por que razão haveria de perceber gratificação de férias, a qual supõe que o servidor esteja no serviço ativo? Logo, vê-se que o legislador amazonense destoou completamente da razoabilidade.

O jurista argentino Linares (1970) informa que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu a razoabilidade a partir do princípio do devido processo legal, o qual funciona como um *standard* jurídico que, no início, teve um alcance meramente processual, para, em seguida, adquirir um sentido substantivo, transformando-se em uma espécie de garantia constitucional inominada²⁵.

Portanto, a razoabilidade funciona como critério aferidor da desigualdade de tratamento. A concessão caprichosa e arbitrária de privilégios ou favoritismos a certas pessoas, em detrimento de outras, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito nem com o governo republicano. O mesmo argumento pode ser utilizado para a concessão de benefícios a certas categorias de usuários de serviços públicos. Por isso, deve ser rechaçada toda discriminação que não estiver ancorada em critérios razoáveis em face do caso concreto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A caracterização de determinada atividade como serviço público varia no tempo e no espaço, o que realça a historicidade do instituto. Antigamente, o Estado – e apenas ele – era o único prestador de serviços públicos. Atualmente, parcela considerável

25 Razonabilidad de las Leyes. El "Debido Proceso" como Garantia Innominada en la Constitucion Argentina, Buenos Aires, 1970.

de tais serviços são executados por particulares, especialmente concessionários e permissionários, embora sob a fiscalização do poder público. Atividades que no passado eram consideradas como tal hoje não mais se encartam nessa modalidade de atuação estatal. Isso demonstra a dificuldade de se elaborar um conceito de serviço público, conforme destacam vários estudiosos do tema.

Apesar da decadência da chamada Escola do Serviço Público na França, que chegou a propor a ideia de serviço público como critério básico para a identificação do Direito Administrativo, o tema continua a ser um dos mais importantes desse ramo jurídico. Para comprovar tal assertiva, basta verificar que a maioria dos manuais dedica um capítulo a essa atividade estatal. Além disso, a Constituição da República, quando estabelece a repartição de competências entre as entidades federadas (União, estados, Distrito Federal e municípios), enumera os serviços e atividades de cada ente, levando em conta a predominância do interesse, além dos serviços comuns às três esferas de governo.

Quanto à prestação dos serviços públicos, o art. 175 da Lei Maior determina que eles serão prestados diretamente pelo Estado ou mediante concessão ou permissão, sempre por meio de licitação. Aqui reside o dispositivo por excelência na matéria, revelando os dois institutos usuais de delegação de atividade pública a particulares, caso o Estado opte pela descentralização. Ainda que o poder público decida delegá-lo a terceiros, ele continua detentor da titularidade, pois o que se transfere à empresa particular é tão somente a execução. Isso porque, em princípio, cabe a ele a prestação de serviços públicos e, ao particular, a exploração de atividade econômica, salvo nos casos previstos no ordenamento constitucional.

Portanto, é a Constituição que erige determinada atividade em serviço público, sujeitando-a a regime jurídico-administrativo, calcado na supremacia do interesse público sobre o particular, e

que impõe restrições ao poder público para a proteção dos direitos individuais. Assim, pois, seguimos a corrente doutrinária que dá ênfase ao aspecto formal, caracterizada pelo regime publicístico. Entretanto, independentemente de o serviço público ser prestado pelo Estado ou por particulares, existem princípios jurídicos a serem respeitados, principalmente o princípio da isonomia ou igualdade. Nesse ponto, é oportuno mencionar a Lei Federal nº 8.987, de 1995 (lei nacional), que contém regras gerais sobre concessão e permissão de serviços públicos, a qual menciona explicitamente o princípio da generalidade, entre outros. Ora, a generalidade a que se refere o legislador nacional relaciona-se com o universo de beneficiários, ou seja, a amplitude dos serviços, que devem abarcar todos os membros da coletividade. Conseqüentemente, não poderá haver tratamento discriminatório entre os usuários, sob pena de contrariar o princípio da igualdade.

Outrossim, a Lei Federal nº 13.460, de 2017 (Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos), consagra a generalidade ou isonomia como um dos princípios regentes dessa atividade, além de prescrever, como uma das diretrizes dos prestadores de serviços públicos, a igualdade no tratamento aos usuários, proibindo qualquer tipo de discriminação.

Vê-se, pois, que a isonomia está prevista tanto na Constituição da República quanto na legislação infraconstitucional. Todavia, não obstante a importância desse princípio, ele não tem valor absoluto. Há situações em que a diversidade de tratamento é compatível com o postulado isonômico, desde que o elemento discriminatório não seja caprichoso, aleatório, arbitrário ou desprovido de fundamento racional. Assim, a cláusula constitucional “todos são iguais perante a lei...” e a afirmação de que todos são iguais perante a administração e os serviços públicos comporta temperamentos e exceções. De uma maneira geral, o princípio da igualdade proíbe tanto o formulador da norma (Legislativo) quanto o aplicador (Executivo e Judiciário) de estabelecer tratamento diferenciado a certos segmentos da sociedade, a menos que

haja critério racional que justifique a discriminação, e não apenas opções simplesmente subjetivas, caprichosas ou arbitrárias.

A essência da isonomia, segundo Aristóteles, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, de modo que as pessoas que se encontrem em situação idêntica devem ter o mesmo tratamento jurídico. Assim, é juridicamente viável que fatores como sexo, idade, deficiência e situação econômica possam levar o elaborador da norma a discriminar um grupo de indivíduos em relação a outros, sem violar o princípio isonômico. Nessa linha de raciocínio, alguns usuários de serviços públicos (pessoas pobres) poderiam receber tratamento mais benéfico do legislador em relação aos ricos, com base na capacidade financeira. A razoabilidade, que exige bom senso, moderação, equilíbrio e adequação entre meios e fins pode ser utilizada para aferir se a disparidade de tratamento é compatível com o princípio da igualdade.

Além da racionalidade do fator de *discrímen*, a diferença de tratamento procedida pela lei tem que estar ancorada em valores consagrados no ordenamento constitucional. Sob o ponto de vista jurídico, nenhuma discriminação se sustenta sem fundamento na Constituição da República.

Finalmente, é preciso reconhecer que, apesar da consagração formal do postulado isonômico na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, o tratamento igualitário ainda é um grave problema na incipiente democracia brasileira. A efetivação desse relevante valor jurídico depende de ações concretas do poder público e da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 511 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. 2 v.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L11445compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L13460.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm> Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000**. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10048.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10048.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10741.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 1158.** Art. 9º, § 2º da Lei nº 1897, do Estado do Amazonas. Lei estadual que concede gratificação de férias (1/3 da remuneração) a servidores inativos. Vantagem pecuniária irrazoável e destituída de causa. Liminar deferida. Disponível em: <>. Acesso em: 21 ago. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 27. ed., rev., ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2014. 1285 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1038 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 383 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1408 p.

LAUBADERE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Manuel droit administratif.** 14. ed. Paris: LGDJ, 1992. 441 p.

LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes:** el “debido proceso” como garantía innominada en la constitucion Argentina. Buenos Aires: Editorial Astres de R. Depalma, 1970.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 20ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 509p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 870 p.

_____. **Direito administrativo brasileiro.** 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000. 48 p.

_____. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1102 p.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa.html?>>. Acesso em: 17 set. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei nº 12.054, de 9 de janeiro de 1996**. Torna obrigatório o atendimento prioritário, nas repartições públicas do Estado, às pessoas que menciona. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DCM&num=4&comp=&ano=96&aba=jstexto_original#texto>. Acesso em: 23 ago. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei nº 11.867, de 28 de julho de 1995**. Reserva percentual de cargos e empregos públicos, no âmbito da administração pública do Estado, para pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DCM&num=4&comp=&ano=95&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 23 ago. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei nº 13.763, de 30 de novembro de 2000**. Institui o programa de atendimento domiciliar ao idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DCM&num=4&comp=&ano=00&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 23 ago. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei nº 20.622, de 2013**. Torna obrigatória a destinação preferencial de assentos para idosos, gestantes, lactantes, pessoas acompanhadas por criança de colo e pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida nos estabelecimentos que menciona. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DCM&num=4&com=&ano=13&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 23 ago. 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

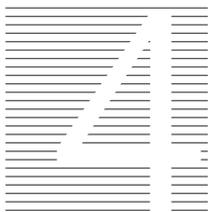
RESENDE, Antônio José Calhau de. A razoabilidade dos atos do poder público. **Revista do Legislativo**. Belo Horizonte, n. 26, p. 55-58, abr./dez. 1999.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 7. ed. Paris: Dalloz, 1975. 526 p.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1978. 315 p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1027 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 631p.



COMUNICAÇÃO PÚBLICA, VERIFICAÇÃO DA IGUALDADE E PRÁTICAS PARTICIPATIVAS: EMERGÊNCIAS E MODELAGEM ABERTA DA INFORMAÇÃO

Daniela Santiago Mendes Menezes*

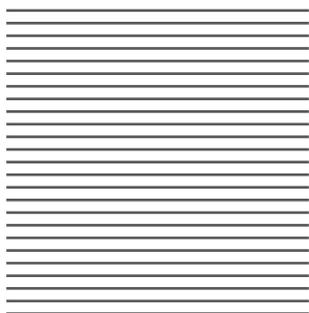
Rennan Lanna Martins Mafra**

Ângela Cristina Salgueiro Marques***

*Mestre em Comunicação e Sociabilidade pela Universidade Federal de Minas Gerais e professora universitária.

** Doutor e mestre em Comunicação e Sociabilidade pela Universidade Federal de Minas Gerais. Diretor de Comunicação Institucional da Universidade Federal de Viçosa e professor na mesma instituição.

*** Doutora e mestre em Comunicação e Sociabilidade pela Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio pós-doutoral em Comunicação e em Ciências Sociais, respectivamente, nas instituições *Université Stendhal* e *Université Pierre Mendès France*, ambas na cidade de Grenoble (França). Professora da Universidade Federal de Minas Gerais nas graduações de Relações Públicas e Jornalismo e no Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, do qual, atualmente, é coordenadora.



1. INTRODUÇÃO

A comunicação pública se apresenta como um conceito norteador a inúmeras práticas sociais de interação entre instituições e públicos, sobretudo no contexto de sociedades complexas e pluralistas. Marcada por exaustivas tentativas de definição (DUARTE, 2011; JARAMILLO LÓPEZ, 2011; MATOS, 2006; 2009; 2011; OLIVEIRA, 2013; ZEMOR, 1995; 2009), uma de suas principais bases filosóficas e conceituais é a obra do intelectual alemão Jürgen Habermas: pautada por sua noção normativa de esfera pública – *locus* da vida social que se forma a partir de questões controversas –, a comunicação pública constituiria o aparato sociotécnico das instituições públicas, voltado tanto a acolher quanto a estimular o debate público, favorecendo a existência de fluxos comunicacionais entre as necessidades de regulamentação social de diversas demandas e o debate entre os sujeitos afetados. Nesse sentido, tal gesto de debate é entendido pelo intelectual como um processo mesmo de deliberação que se constitui a partir de conversações públicas, amplamente dispostas em ambientes mais ou menos formalizados, capazes de enfeixar determinados temas em opiniões públicas gerais, passíveis de acordos/consensos, tendo em vista exaustivo escrutínio público.

Sem desconsiderar as importantes contribuições da obra de Jürgen Habermas, no sentido de constituir um horizonte normativo capaz de projetar possibilidades democráticas em sociedades pautadas por sistemas de valor e por aspectos culturais tão diversos,

considerar a comunicação pública sob a ótica habermasiana é empreitada que evidencia, ao menos, dois grandes problemas. O primeiro é que, nesse viés, a comunicação pública é tarefa imposta majoritariamente às instituições públicas: ainda que se considere o debate que emerge entre os sujeitos, as organizações públicas possuem papel preponderante, sobretudo no sentido de acolher e estimular tal debate. Assim, à comunicação pública é atribuída certa função tácita de controle e de orientação do que pode/deve ser discutido pelos cidadãos viventes num determinado contexto. Tomando a democracia como propõe Claude Lefort (2011) – um sistema aberto a ele mesmo, em meio ao qual não é possível a previsibilidade do que possa ser tematizado –, o gatilho da comunicação pública não seria prerrogativa das instituições públicas, mas de qualquer sujeito/grupo afetado pelo fluir de uma experiência e que tem determinadas necessidades de tematização sobre certa condição que pleiteia igualdade social.

O segundo problema é que a noção habermasiana acaba por inculcar uma linha de pensamento que atribui qualidade à comunicação pública quando ela se apresenta como gesto consensual (MARQUES, MAFRA e MARTINO, 2017). Em contextos de moralidades múltiplas e conflitantes e em cenários pautados por uma globalização dolorosa (SANTOS, 2000), a qual colocou em circulação, de maneira desigual, inúmeras expressões culturais e sociais, a comunicação pública é, sobretudo, gesto dissensual: na relação entre instituições públicas e sujeitos, estão presentes inúmeras cenas polêmicas (RANCIÈRE, 1995; 2000), voltadas à verificação da pretensa igualdade compartilhada de forma normativa e pragmática entre sujeitos (MARQUES, MAFRA e MARTINO, 2017), atribuindo à comunicação pública um locus de emergência, por excelência, de sujeitos políticos e de fenômenos dissensuais.

De tal sorte, este trabalho busca compreender a comunicação pública como domínio fundamental nas sociedades democráticas, constituído por movimentos de verificação de igualdade de

inúmeros sujeitos e grupos sociais, que, por sua vez, forçam práticas participativas e processos públicos de comunicação pela inauguração de gestos dissensuais. Nesse sentido, tomando a comunicação pública como âmbito de emergências e de acontecimentos, torna-se tarefa fundamental, neste trabalho, qualificar o estatuto das instituições públicas diante de tais emergências. De modo mais específico, argumentaremos que, muito mais do que a impossível tarefa de controlar/orientar os processos de comunicação pública – visto que são emergências incontroláveis na experiência social entre sujeitos e instituições –, cabe às organizações públicas a construção de uma modelagem estratégica que esteja aberta às emergências e que não se furte ao dever de produzir a informação pública em direção ao interesse público.

Quanto a isso, é válido considerar que, se as instituições públicas são pautadas por uma racionalidade estratégica (HABERMAS, 1987; 1997) e por tentativas constantes de organização das relações perante a própria desorganização do social (BALDISSERA, 2007), argumentamos que é necessária, em tais instituições, a elaboração da uma modelagem informacional, tomada como sofisticado mecanismo estratégico desenvolvido nas próprias emergências. Assim, uma modelagem aberta aos fenômenos da experiência pública torna-se adequada à produção de uma informação pública, dirigida amplamente à expansão democrática de inúmeros contextos sociais de interação. Nesse sentido, a informação pública, considerada um sofisticado mecanismo estratégico, não apenas fundamenta a participação dos públicos ou é pensada após a participação, mas também se torna o próprio processo de vocalizar amplamente as emergências que buscam verificar o potencial de igualdade de grupos/sujeitos diante de processos normativos e culturais.

Portanto, esse artigo se divide em algumas partes. Inicialmente, procuraremos definir as emergências a partir da noção de experiência, em contraponto à ideia de controle. Em

seguida, discutiremos uma abordagem da comunicação pública que considere as emergências como gestos dissensuais em direção a processos de verificação da igualdade entre sujeitos e estimulados a partir de práticas participativas socialmente distribuídas. Adiante, argumentaremos que, em meio às inúmeras emergências e práticas participativas, cabe às instituições públicas o lugar, por excelência, da materialização de sistemas regidos por uma racionalidade estratégica. Assim, tal lugar pede o desenvolvimento de uma modelagem estratégica aberta, voltada a produzir e a disseminar amplamente a informação pública a partir de um mecanismo sensível que, nas próprias emergências, dê conta de vocalizá-las, tomando como horizonte um interesse público constituído na própria experiência pública. Nesse momento, discutiremos a necessidade de um sistema estratégico de informação pública não desperdiçar os momentos de encontro e de emergência da comunicação pública nos pontos de contato e nas práticas participativas entre instituições públicas e cidadãos.

2. COMUNICAÇÃO PÚBLICA E EXPERIÊNCIA: A EMERGÊNCIA DE PRÁTICAS PARTICIPATIVAS

Toda a base moderna de materialização tem, como contexto privilegiado, o terreno das organizações. Dito em outras palavras, o *cogito* cartesiano (GUMBRECHT, 2010), ao determinar a separação entre mente e corpo, toma a razão como suposto domínio de qualidade superior ao da emoção, capaz de produzir a base de toda a ação social nesse novo período histórico. Por tudo isso, a razão que inaugura a possibilidade de emancipação dos sujeitos é aquela que, ao fim e ao cabo, move a moralidade do ocidente moderno (TAYLOR, 2011) e anima a composição da vida coletiva, operacionalizada por meio das organizações. Já não é novidade que a razão tomada como gesto de libertação se traduziu, nos cotidianos modernos, numa racionalidade instrumental

(HORKHEIMER, 2003) que lançou novos aprisionamentos, a partir de sofisticados mecanismos de controle e de produção de subjetividades adequadas a esse novo tempo (FOUCAULT, 1999). Sendo assim, de *status* de recurso/meio, a racionalidade instrumental tende a se tornar a finalidade das organizações modernas, animadas pelos princípios do mercado, gerenciadas pela normatividade do Estado e alimentadas/atualizadas pelos saberes da Ciência.

Por tudo isso, a principal fantasia moderna (e, talvez, seu objetivo primordial) pode ser traduzida num gesto que aposta na razão e na instrumentalização como aspectos capazes de produzir o *controle* da vida social – do tempo, da produção, dos recursos, do futuro, do sujeito (FOUCAULT, 1996). Sendo assim, as expectativas sociais que gravitam em torno das organizações tendem a tomar a noção de controle como qualidade primordial a qualquer processo/mecanismo organizacional que se pretenda ser bem-sucedido. Para isso, sofisticadas dinâmicas de vigilância e punição são instituídas, de modo que os corpos e as mentes estejam em sintonia com as normas sociais ora vigentes (FOUCAULT, 1996) – sempre sob o signo de uma suposta liberdade e felicidade universais.

É nessa atmosfera que a comunicação, no contexto das organizações, é também vislumbrada: a presença de processos comunicativos é tomada como mais uma esperança/possibilidade/maneira de se controlar as opiniões, os pensamentos, as decisões, os comportamentos. Por essa visão, comunicação seria um artefato que, se bem utilizado, poderia supostamente alcançar o encantamento e o controle. Nessa perspectiva, e por mais nobreza e altruísmo que a compreensão de comunicação pública possa carregar em seus desenhos conceituais, tal noção também se reveste do horizonte do controle: seus processos comunicacionais, voltados ao interesse público e motivados pelo aparato sociotécnico das instituições públicas, seriam responsáveis, se bem utilizados, por controlar interações sociais voltadas a fortalecer a democracia

e a ampliar a participação política – e ainda sendo capazes de estabelecer gesto árduo: a conexão entre contextos políticos formais e informais (*Comunicação pública bem-feita, casa cheia!*).

Já é ampla e socialmente discutido que a noção de controle é um dos principais epicentros de crise e, ao mesmo tempo, de insistente perpetuação do próprio projeto moderno. Sob essa perspectiva, ainda que o controle se manifeste a partir de sofisticados dispositivos, instituidores de relações de poder entre organizações, públicos e vida social (AGAMBEN, 2009) – e ainda que tais dispositivos se voltem aos sujeitos como espécies de *máquinas de subjetivação*, imputando/prescrevendo/forçando determinados modos de existir pautados pela instrumentalização –, a composição das tramas da existência e do *estar-junto* não pode ser domesticada inteiramente. Os dispositivos se dirigem aos corpos, e as emoções transbordam os limites impostos; as instituições prescrevem modos de ser (de trabalhar, de conviver, de aparecer), e transgressões das formas estabelecidas emergem em coletivo; as organizações constroem estratégias barulhentas e incandescentes de controle, e os sujeitos, silenciosa e subrepticamente, subvertem as lógicas impostas por meio de táticas (CERTEAU, 1994) e de linhas de fuga (DELEUZE e GUATTARI 1996).

Sendo assim, a compreensão dos cenários comunicacionais atinentes à comunicação pública pode ser alargada pela noção de *experiência*: como aponta Dewey (1980), filósofo pragmatista norte-americano, coordenamos nossas ações com o ambiente, de modo que, na experiência, criatura viva e ambiente se coproduzem. Sendo assim, o controle se revela como impossibilidade: por esse entendimento, não há nenhum sujeito capaz de sair da própria experiência ou superá-la para conseguir controlar suas interações com o ambiente. Pela noção de experiência, o controle se apresenta como relação de força e de poder, e não como qualidade que mereça – ou possa – ser desenvolvida. Obviamente, os dispositivos se impõem sobre as relações e, muitas vezes,

fixam determinadas prescrições. Entretanto, as criaturas vivas, na relação com o ambiente, sempre se movem para realizar novas tentativas: de desintegração, diante da pretendida integração dos discursos; de desorganização, diante da organização imposta; de descoordenação, diante da coordenação ordenada.

Dewey (1980) aponta que, em nossas interações, existem algumas experiências incompletas e mecânicas, e outras completas, chamadas pelo filósofo de *estéticas*. Uma experiência estética é gesto que afeta e detona forças emocionais, sendo capaz de distinguir um antes e um depois; é uma experiência significativa, que provoca a emergência de um novo, a partir da relação entre sujeito e ambiente: “a própria experiência possui uma estrutura artística, de qualidade emocional satisfatória, porque possui uma integração interna e uma realização alcançada por um movimento ordenado e organizado” (DEWEY, 1980, p. 81). Assim, segue o autor dizendo que qualquer atividade prática possuirá qualidade estética sempre que esteja integrada e que “se mova por seus próprios ditames em direção à culminância” (*ibidem*, p. 81). Dewey (1980) ainda completa que toda experiência estética é consequência de um agir (uma prática, uma ação, uma alteração no mundo concreto/material, um movimento do sujeito em direção ao ambiente) e de um *padecer* (um movimento do ambiente em direção ao sujeito, uma emergência, um acontecimento, algo que provoca uma força sobre o corpo/o trajeto/o movimento do sujeito). O ato único de agir pode indicar uma ação mecânica, já conhecida; e o ato de padecer, isolado de um agir, pode indicar sofrimento, perda, paralisia – e não experiência.

Claro que é preciso levar em conta uma recomendação do pragmatista: a *experiência estética* varia em profundidade e em extensão, a depender de repertórios e de sentidos compartilhados num determinado contexto (pano de fundo). Entretanto, é fato que a qualidade estética da experiência não pode ser obtida pelo controle – ou, dito por outras palavras, a experiência estética não é da ordem de um controle, mas de uma coreografia entre criatura

e ambiente. Por esse viés, podemos compreender a emergência das práticas participativas, no âmbito da comunicação pública, a partir da visada proposta por Dewey (1980): como *experiências*, as práticas participativas podem ser de qualidade mecânica – resultantes dos processos burocráticos e normativos das instituições públicas, quando convocam os cidadãos, por exemplo, para a discussão de algum projeto de lei ou para a consulta de alguma ação de interesse público – ou estética, de modo que, quando adquirem tal qualidade última, parecem se caracterizar por um movimento experiencial que: 1) afeta os sujeitos e o ambiente, e possui uma qualidade de emergência, ainda que acionada pelo gatilho de mecanismos normativos; 2) não está apenas nas mãos da organização que a estimula, mas de uma interação mesma entre organização e ambiente; 3) acolhe públicos em torno de tais práticas, que emergem como *acontecimento* (MAFRA; MARQUES, 2015) – grupos de sujeitos, diante de uma participação de qualidade estética, se auto-organizam, muitas vezes, à deriva completa da organização; e 4) apresenta qualidades emocionais, que provocam ação e padecimento – agressividade, potência, entusiasmo, revolta, tristeza, alegria, etc.

De tal sorte que, além de lançar luz sobre as próprias práticas participativas, a noção de experiência em Dewey (1980) torna-se potente para descortinar o instigante cenário das organizações democráticas: nelas, a comunicação pública se apresenta como *locus* paradoxal, atravessado tanto por acontecimentos (emergências) quanto por expectativas de controle e de instrumentalização, sobretudo no que se refere aos discursos da gestão que forcem os profissionais e os setores técnicos especializados da comunicação à investida num movimento de controle da própria experiência, como se isso mesmo fosse possível. De modo mais específico, uma noção tradicional de comunicação pública, tomada como um conjunto de mecanismos e aparatos voltados a estimular o debate público e a participação dos sujeitos perante questões de interesse público, não é suficiente

para produzir experiência. Entretanto, a expectativa social do controle ainda permanece sobre as organizações: elas precisam demonstrar o quanto seus aparatos sociotécnicos são capazes de visibilizar e viabilizar os processos participativos – e até insinuar que tais processos ocorrem a partir de esforços de comunicação estratégica. Sem desconsiderar que informações publicamente disponíveis acerca de processos participativos são basilares à existência da participação – temática esta que trataremos mais adiante –, a visada da experiência nos ajuda a entender que momentos participativos expressivos são aqueles resultantes de encontros (experiências) entre as organizações democráticas e os sujeitos; e que tais organizações possuem papéis significativos de acolhimento das demandas postas publicamente, mas não são tributárias de nenhum controle, a priori, da emergência de públicos como acontecimento. Mesmo porque tal emergência vale-se, muitas vezes, de um gesto dissensual, não aparente e, talvez, não inscrito linguisticamente nos repertórios públicos, voltado a questionar a suposta igualdade posta como existente nos contextos democráticos ora instituídos.

3. COMUNICAÇÃO PÚBLICA COMO PRÁTICA PARTICIPATIVA DISSENSUAL E SOCIALMENTE DISTRIBUÍDA: A VERIFICAÇÃO DA PRETENSA DESIGUALDADE ENTRE OS SUJEITOS

Se partirmos de um entendimento da comunicação pública pelas lentes da experiência, somos capazes de compreender que, em horizontes democráticos, é possível a emergência de problemas públicos (QUERÉ, 2005) em inúmeros contextos. Dito isso, as experiências participativas decorrentes da comunicação pública valem-se de uma prática socialmente distribuída: nela, uma rede infinita de possibilidades e de espaços torna-se palco potencial para a emergência. Obviamente, em algum momento, as

instituições públicas serão chamadas a se posicionar, uma vez que as mesmas tornam-se *locus*, por excelência, do estabelecimento das regras e normas que regulam os direitos e as obrigações numa sociedade democrática. Entretanto, não se poderia supor que uma determinada emergência (acontecimento) e um conjunto de mobilizações de públicos aconteçam tendo em vista a centralidade informacional distribuída pelas instituições públicas, ainda que tais espaços não possam, nunca, ser totalmente prescindidos, nem mesmo desconsiderados.

Entretanto, cabe aqui problematizar a qualidade das práticas participativas que emergem socialmente em cenários democráticos recentes. Habermas (1997) aponta que tais práticas orientam-se pela controvérsia pública: em contextos complexos e pluralistas, inúmeras questões de interesse público necessitam ser negociadas, sobretudo quando diversos sistemas de valor questionam o estatuto e a validade de normas e de práticas culturais publicamente instituídas. Entretanto, o intelectual alemão caminha no sentido de um projeto que busca compreender como tais questões controversas, discursivamente constituídas, são capazes de serem solucionadas a partir de um gesto consensual. Assim, para o autor, a esfera pública torna-se o âmbito da vida social responsável por processar os discursos controversos, a partir de um processo de imputação de validade e de legitimidade a tais discursos, tendo em vista um gesto ético – isso porque todo discurso publicamente disposto, para Habermas (1987), possui, em alguma medida, orientação moral e se torna aceito ou refutado num campo eminentemente valorativo.

Tal gesto, antes de tudo, considera as condições em que um discurso ganha legitimidade pública, levando em conta os seguintes preceitos: a) razoabilidade – uma questão controversa necessita adquirir forma expressiva linguístico-racional para que possa ser compreendida e discutida por uma determinada comunidade de falantes; b) não coerção – para que as questões públicas possam ser processadas discursivamente, é fundamental

que os sujeitos sejam livres de coerções e de impedimentos à compreensão e à exposição de suas ideias; c) publicidade – todo processo de discussão pública em torno de uma controvérsia deve se dar em condições de acessibilidade e de amplitude, para que um uso público da razão, socialmente engajado, possa acontecer; e d) universalidade – as tentativas de legitimidade pública de um discurso se operam na medida em que ele tenha condições de, ao mesmo tempo, garantir direitos específicos e apelar para uma certa condição universal, atinente à experiência humana e democrática de quem reivindica validade à demanda publicamente posta.

Nesse ínterim, a comunicação pública representa o âmbito por meio do qual é possível estimular processos amplos de debate público, garantindo que determinadas condições consensuais possam emergir em direção às instituições públicas, responsáveis pela tomada de decisão e pela transformação do debate em resultado pragmático e normativo. Aqui, parece-nos que a noção de comunicação pública torna-se bastante útil ao contexto das organizações públicas: em busca de certo controle e de uma espécie de baliza ao debate público, a comunicação pública poderia auxiliar na compreensão do processo de debate e no apoio ao encaminhamento, às instituições públicas – nos termos habermasianos, ao *input* institucional –, dos enfeixamentos argumentativos principais, postos sobre os agentes públicos para deliberação final.

Apesar de considerarmos os nobres esforços presentes no projeto habermasiano de defesa do Estado Democrático de Direito, há que se considerar a complexidade dos aspectos relacionais presentes nas democracias contemporâneas, aspectos estes que são desafiadores à possibilidade do consenso. Sendo assim, pode haver um risco, na apropriação da abordagem habermasiana pelas instituições públicas, de consideração dos gestos consensuais como os supostamente mais amadurecidos e prontos à regulamentação da controvérsia. Assim, um uso instrumentalizado da teoria habermasiana pode ser extremamente danoso aos âmbitos da

comunicação pública próximos às instituições: tal teoria pode contribuir para o apagamento do próprio conflito constitutivo das comunidades políticas e dos agentes públicos, podendo fazer com que os mais desfavorecidos e distantes dos contextos políticos formais – desprovidos da influência institucional, do *lobby* profissional e dos ganhos de capitais financeiros, simbólicos e políticos – permaneçam ainda mais periferizados e silenciados pelos mecanismos oficiais.

Além disso, práticas discursivas são instâncias atravessadas por relações de poder (FOUCAULT, 1999): todo discurso se constitui em um processo de ordenamento, em ditos e não ditos, a partir de uma dinâmica de inclusão/exclusão. E, aqui, vale ressaltar que todo processo discursivo não se descola da experiência de quem o reivindica: o discurso é carregado por forças emocionais, pautado tanto por um agir quanto por um padecer, e se encaminha, muitas vezes, no fluir de um processo mesmo de experientiação (MAFRA; ANTUNES, 2015), em meio ao qual não é possível seu isolamento com vistas à prevalência de um envelopamento racional de suas premissas. Além disso, comunidades políticas constituídas por experiências linguístico-discursivas distantes das organizações modernas – instituições de saber e poder, como escolas, aparatos jurídicos, instituições públicas, organizações empresariais, etc. – podem ter dificuldade em construir formas expressivas tidas como racionais a partir de um parâmetro oferecido pela própria modernidade – gesto que os excluiria, *a priori*, de qualquer debate racional promovido pela comunicação pública¹.

1 No trabalho de Carvalho (2015), por exemplo, inúmeros sujeitos rurais, povos da floresta e agricultores familiares foram impossibilitados de participar de algumas audiências públicas instituídas como mecanismos participativos da recente revisão do Código Florestal Brasileiro, em 2012. Tais sujeitos não foram impedidos de estarem presentes em tais espaços; mas, em pesquisa das notas taquigráficas das audiências públicas, Carvalho (2015) demonstrou como algumas audiências foram encerradas com o argumento de que as manifestações dos presentes impediram a realização de um debate racional em torno da modificação normativa da lei em questão. Aqui, tem-se um exemplo de como as instituições públicas podem privilegiar formas de saber mais próximas de suas expressões linguístico-discursivas, não sendo sensíveis a outras expressões reveladoras de conflitos e disputas por sentido, socialmente existentes.

Aqui, chegamos à argumentação principal no que se refere à necessidade de revisibilidade da noção de comunicação pública: a questão da igualdade. Para Jacques Rancière (2005) – um dos principais intelectuais que oferece contraposições ao projeto habermasiano – a comunidade política é uma comunidade dissensual, voltada a verificar, a todo o momento, a igualdade que, pretensamente, é oferecida como promessa e finalidade social, em contextos democráticos. Por isso, para o intelectual francês, não se trata o dissenso, em princípio, de um conflito que denota os interesses e as ambições de diferentes grupos. Para ele, o dissenso se trata “de uma diferença no sensível, um desacordo sobre os próprios dados da situação, sobre os objetos e sujeitos incluídos na comunidade e sobre os modos de sua inclusão” (RANCIÈRE, 2005, p. 51). Por isso, o autor advoga que as comunidades políticas, pautadas pelo dissenso, interagem mais para tornar evidente o desacordo que possuem a respeito da partilha de espaços, tempos e vozes – e menos para alcançar o entendimento. Nesse sentido, as questões controversas são apropriadas pelos diversos grupos tendo em vista os esforços de reconfiguração do que é visto, ouvido, comunicável, buscando uma reconfiguração e um questionamento da própria experiência política – sobretudo diante uma ordem sensível excludente.

Assim, o acionamento de diferentes sistemas de valor e enunciados em disputa se organiza a partir de formas expressivas que combinam o argumentativo com o dramático – uma vez que os sujeitos, em *performance*, desempenham papéis, expondo/visibilizando suas vivências em situações de desigualdade. Tal visibilização ocorre a partir daquilo que Rancière (2005) chama de exposição do dano: uma falha na ordem instituída, que caracteriza a desigualdade experienciada pelos sujeitos. Tal exposição não ocorre sem uma espécie de dramaticidade: como experiência, evoca forças emocionais e as combina com expressões argumentativas, uma vez que não é possível separar “uma ordem racional de argumentação de uma ordem poética

do comentário e da metáfora, pois a política é produzida por atos de linguagem que são, ao mesmo tempo, argumentações racionais e metáforas poéticas” (RANCIÈRE, 1995, p. 86). Assim, ordens dissensuais são permeadas por qualidades estéticas: tomar a palavra, diante de outro, é inscrever-se diante de um gesto poético de tentativa de reconfiguração, por meio da instituição de uma cena conflitiva, do espaço comum, provocando rupturas e possibilitando emergências. Nesse processo, uma nova ordem do sensível tenta existir: sujeitos que antes não eram considerados interlocutores moralmente capazes irrompem a cena pública e, a partir da polêmica, visam expor seus danos e instituir novas topografias sociais.

Nesse sentido, inspirados pela visada de Rancière (2005), podemos compreender que a verificação da igualdade parece ser um dos movimentos centrais dos sujeitos na cena pública – e, nesse caso, nas interações que estabelecem com as instituições públicas (em especial, nas instituições legislativas, em que os processos normativos são atinentes a toda uma coletividade social). Assim, às cenas organizacionais que promovem processos de comunicação pública é imputada “a expressão de uma pluralidade de vozes que se valem do diálogo para dar visibilidade a (fazer aparecer) suas próprias diferenças, instaurando o quadro de uma prosa social sempre fragmentada/estilhaçada” (MARQUES; MAFRA, 2014, p. 14). É por esse caminho que, constituindo-se como um espaço em que a igualdade é permanentemente verificada pelos sujeitos, a comunicação pública constitui-se como âmbito conflitivo, pautado por nuances, por vezes, agressivas e violentas, apresentando-se como “possibilidade de reorganização do espaço moral organizacional, revelador da potência política presente (ou ausente) nos modos de apresentação e representação dos sujeitos falantes” (MARQUES; MAFRA; MARTINO, 2017, p. 87). Diante disso, aceitamos o desafio teórico-prático imposto pelos últimos autores: o de produzir um olhar sobre a comunicação pública, tomando-a

como âmbito enunciativo no qual se coreografa a construção discursiva de sujeitos políticos no âmbito das organizações. Por esse caminho, o lugar do sujeito nas organizações e nas relações discursivas tecidas entre elas e as demais instituições sociais e sociedade civil é o daquele convidado a expor e justificar razões; um lugar que permite a criação de resistências em alguns contextos (para as quais geralmente há fórmulas de captura), mas tudo isso sem isentá-lo de passar por situações de mal-estar, por estigmatização e desrespeito (MARQUES; MAFRA; MARTINO, 2017, p. 89).

Tal raciocínio torna-se potente, sobretudo no que se refere a três possibilidades: (1) a comunicação pública é âmbito de emergências de públicos como acontecimento e de sujeitos políticos, marcados por expressões dissensuais e por tentativas de verificação de igualdade (MARQUES; MAFRA; MARTINO, 2017); (2) a emergência dos públicos se dá diante de situações em que a igualdade é verificada, de modo que, tomada pela via dissensual, a comunicação pública pode ser compreendida como prática socialmente distribuída, operando-se desde em liames próximos ao fazer político-institucional até em espaços fluidos de conversação cívica, pautados pela informalidade e pelas interações simples; (3) se os públicos emergem como acontecimento, práticas participativas são empreendidas a partir da necessidade de verificação da igualdade atinente a questões públicas ainda não normatizadas e legitimadas socialmente; nesses cenários, o impossível desejo de se controlar a comunicação pública se apresenta no terreno das instituições públicas, de modo que experiências públicas são movidas no ambiente produzido e produtor das organizações e dos sujeitos ora implicados.

Contudo, como vimos anteriormente, a comunicação pública sofre de inevitável paradoxo: ainda que tais processos relacionais sofram de emergências, as organizações públicas não podem se

furtar à expectativa social de controle. Nesse caso, como tomar a comunicação pública como gesto socialmente distribuído e, ao mesmo tempo, empreender instrumentos, ações e respostas sociais no que se refere à disponibilização e à abertura das organizações públicas às questões emergentes e conflitivas? Que modelos podem ser escolhidos para a instrumentalização da comunicação pública no terreno das instituições, levando-se em conta a impossibilidade do controle, mas, ao mesmo tempo, a inevitabilidade da experiência? No mínimo, como representantes de uma boa e velha linguagem das organizações públicas, políticas e documentos são aliados necessários para criar uma base mínima de ação, expressando possibilidades gerais, a partir das emergências e do novo. Sendo assim, no próximo tópico, argumentaremos sobre a importância atribuída à comunicação pública nas organizações, no caminho da adoção de uma modelagem informacional aberta às experiências públicas e por elas coproduzida.

4. SISTEMAS DE INFORMAÇÃO PÚBLICA: RACIONALIDADE ESTRATÉGICA E MODELAGEM ABERTA ÀS EXPERIÊNCIAS PÚBLICAS

As instituições públicas – em especial os Poderes Executivo e Legislativo, por serem constituídos a partir da representação popular – investem esforços contínuos e abrangentes na estruturação de áreas e processos de comunicação em suas dinâmicas organizacionais. Talvez mais que as empresas – pela necessidade de cumprimento do princípio constitucional de tornar públicos seus atos –, as instituições públicas devem manter um sistema de produção e entrega regular e atualizada de conteúdos informacionais. Particularmente após a abertura democrática do final dos anos 1980, as instituições públicas revisaram seus sistemas de comunicação, incorporando saberes

e tecnologias que permitissem maior robustez e abrangência na entrega de informações públicas. As estruturas organizacionais, em grande medida, passaram a contar com profissionais de comunicação de diferentes habilitações, como jornalistas, relações-públicas, publicitários e, mais recentemente, *designers* gráficos e *webdesigners*. Novos meios de comunicação também foram sendo incorporados, como canais de TVs públicas, emissoras de rádio, portais de internet e intranet, entre outros. Para a manutenção e a atualização dessas estruturas e iniciativas comunicacionais, são destinados recursos públicos em volume que evidencia a importância estratégica atribuída a esses processos organizacionais e o nível de expectativa investida neles.

Esse fenômeno de ampliação e modernização dos sistemas institucionais de comunicação é contemporâneo ao processo democrático de criação, pelos Poderes e por outras organizações públicas, de instrumentos institucionais de participação popular nas discussões e decisões públicas. A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica e política no País em que se consagrou a “participação popular” na gestão pública como direito de cada cidadão e cidadã. Em seu art. 1º, parágrafo único, fica expresso que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Dessa forma, a concepção de cidadania incorpora, além da posse efetiva de direitos civis e políticos, a necessidade de contínua interlocução entre as instituições públicas e os cidadãos, submetendo-se permanentemente a gestão pública à vontade popular, e não apenas nos interstícios eleitorais. Nesse espírito, foram criados os conselhos de políticas públicas, os referendos, plebiscitos e os projetos legislativos de iniciativa popular. E, na esteira das inovações participativas instituídas pela Carta Magna, surgiram os orçamentos participativos, as comissões de participação popular, as audiências públicas, os instrumentos e os processos de monitoramento das políticas públicas, os planos diretores

participativos nas cidades, os conselhos estaduais e municipais, as ouvidorias, entre outras iniciativas.

Em face do cenário de abertura à diversidade e à complexidade social preconizado pela nova forma de política, em que soluções autoritárias de centralismo estatal são desafiadas, as instituições públicas passaram a conviver com atores e discursos diversos, numa profunda expansão de seus fluxos comunicativos. Portanto, além do compromisso com a distribuição abrangente de conteúdos informativos e com a observância do princípio da publicidade, os sistemas de comunicação das instituições públicas assumem esforços estratégicos no sentido de contribuir para o êxito desses encontros entre instituição e públicos, com promessas de: (1) minimizar assimetrias informacionais; (2) gerar amplo engajamento de atores diversos e plurais, por meio de chamamentos públicos abrangentes; (3) gerar valor simbólico, qualificando a instituição pública como ator social dotado de credibilidade.

O reconhecimento, pelas instituições públicas democráticas, da complexidade do âmbito relacional que as perpassa e as constitui não significa, entretanto, que essas organizações abdicuem da noção de controle na modelagem de seus sistemas de comunicação, na expectativa de serem capazes de orientar os processos e os fluxos discursivos no desenrolar das interações sociais. Um exemplo de prática advinda desse modelo de gestão é o desenvolvimento de uma cobertura jornalística asséptica, em que conflitos e tensões inerentes aos processos de discussão pública são minimizados e, muitas vezes, obliterados. Atores periféricos, que nos processos de participação não foram “capazes” de articular campos majoritários de consenso, não são trazidos à cena, subsumidos pelo desejo das instituições de dotar suas decisões de uma pretensa estabilidade, como indicativo de sucesso dessas interações.

Sem desprezar a necessidade das instituições de implementarem lógicas de gestão na constituição de seus sistemas de comunicação, advogamos por outra forma de modelagem estratégica que esteja aberta à produção da informação pública, em consonância com as emergências e as práticas participativas socialmente distribuídas, e que assuma, como princípios fundantes: (1) a comunidade política como uma comunidade dissensual; e (2) a comunicação como uma dinâmica marcada pela singularidade da experiência. Nesse sentido, o impossível desejo do efetivo controle da comunicação sai do horizonte dos sistemas de comunicação das instituições públicas, abrindo espaço para o entendimento de seu objeto como um processo abrangente, que transcende em muito as entregas comunicativas feitas pela instituição via seus meios e dispositivos de informação e comunicação.

Para a implementação dessa modelagem aberta, a enunciação de políticas de comunicação institucional com foco não nos instrumentos e meios ou na calibragem miúda de processos de produção e gerenciamento, mas na definição de um horizonte normativo capaz de orientar escolhas que ampliem possibilidades democráticas é, a nosso ver, um caminho a ser seguido. Dessa forma, a prática comunicativa inerente ao sistema passa a ser desafiada por valores e qualificativos éticos que a conectam a contextos relacionais amplos, em que sujeitos e fenômenos dissensuais se fazem presentes.

Outro ponto sensível dessa modelagem estratégica aberta é a indispensável vinculação do sistema de comunicação institucional às práticas participativas, tomando tal sistema não apenas como produtor de conteúdos informacionais que subsidiem a participação dos públicos, ou como meio de publicidade e memória institucional da participação, mas também como parte de processos de vocalização ampla de emergências. Dessa forma, a informação pública é concebida como um sofisticado mecanismo constantemente submetido à verificação de igualdade de grupos e sujeitos presentes nas discussões e deliberações públicas. A noção

de interesse público, nessa perspectiva, não é um “*a priori*”, mas algo constituído e testado na própria experiência pública.

Outro desafio dos sistemas de comunicação institucional das organizações públicas numa modelagem aberta é viabilizar formas de participação popular na sua gestão. Ao contrário de outras rubricas do orçamento público, como as de saúde, assistência social ou educação, em cuja definição de suas políticas públicas há a exigência de participação de segmentos da sociedade na discussão de prioridades e no monitoramento de resultados, os investimentos e as escolhas estratégicas da comunicação institucional ficam, na maior parte das vezes, distantes de uma discussão pública de prioridades e resultados. Assim como ocorre com os canais públicos de televisão, que, na condição de veículos de comunicação pública e dotados de concessão para radiodifusão, devem reportar-se às legislações que disciplinam as concessões públicas, os outros meios de produção de informação existentes no sistema de comunicação institucional das organizações públicas também poderiam vincular-se a contextos normativos mais amplos, assumindo feições próximas das agências públicas de notícia². Inovações, nesse sentido, a nosso ver, contribuiriam para a incorporação de novos olhares, minimizando os riscos de uma produção comunicativa excessivamente autorreferente, asséptica e desconectada das expectativas sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse texto foi construído com o objetivo de discutir como os processos de comunicação pública são constituídos por

2 Nesse caso, tratamos, propriamente, dos sistemas de comunicação institucional que regulam os processos informacionais e relacionais das instituições públicas, e que materializam a comunicação pública a partir de instrumentos e rotinas. Tal proposição não se vincula a um projeto de regulação da imprensa e dos meios de comunicação em geral – tema polêmico e controverso que não é objeto das reflexões desse texto.

gestos dissensuais, marcados por uma constante verificação da igualdade por parte de públicos, tanto no que se refere a um âmbito responsável pela produção dos processos informacionais disseminados pelas instituições quanto no que se refere às práticas que emergem em meio às próprias interações que perpassam e constituem as práticas participativas. Para isso, foi necessário compreender que a verificação dessa igualdade ocorre a partir da instituição de cenas de dissenso, que unem o dramático e o argumentativo, no intuito de expressar danos e constituir novos relevos e horizontes para grupos que, por suas diferenças, sentem-se subjugados/diminuídos em processos de subordinação e injustiça.

Tal compreensão foi possível na medida em que também pudemos discutir as tensões ligadas à necessidade de controle da comunicação pública – como se ela fosse apta a instituir uma esfera consensual, capaz de tematizar/pautar/orientar os próprios processos participativos – e as emergências das experiências participativas – estas que, tomadas por um viés estético, constituem-se em meio a um agir e a um padecer, deflagrando forças emocionais e insurgindo como acontecimentos, dos quais não há nenhum controle. Esses acontecimentos, muitas vezes, forcem práticas participativas dissensuais entre instituições e públicos, colaborando para atribuir, à comunicação pública, um espaço potencial de aperfeiçoamento democrático a partir do acolhimento à expressão de danos – para muito além de uma ideia de comunicação pública como âmbito capaz de orientar a relação entre instituições e públicos, e produzir consenso a partir da busca pela eliminação de assimetrias informacionais e de disponibilização de informações em direção a um vago e incerto interesse público.

Por tudo isso, argumentamos que, ao contrário do impossível desejo de se controlar a comunicação pública, cabe às instituições públicas uma modelagem estratégica sensível, que dê conta de ser elaborada *junto*, a partir da observância das emergências e de suas

necessidades de tematização pública e de expansão democrática e informacional em direção a amplos contextos de interação. Tal tematização tanto se dá pela inspiração de uma experiência pública dissensual e vibrante – sem a baliza de uma suposta asepsia e de uma possível destituição do jogo político, características estas presentes em qualquer processo de verificação da igualdade – quanto pela existência de uma modelagem estratégica que se oriente por um horizonte normativo ético-valorativo, para muito além de decisões supostamente técnicas e instrumentais – sem desperdiçar os momentos de interação que constituem as práticas participativas entre instituições públicas e cidadãos.

Por fim, uma modelagem estratégica que institua um sistema de comunicação pública, orientada por uma ideia de comunidade dissensual e por uma visão que toma a comunicação como uma dinâmica marcada pela singularidade da experiência, necessita: (1) possuir clareza da incompletude do social e da emergência de reivindicações públicas, tomando a comunicação pública como âmbito socialmente distribuído, que não acontece unicamente nas franjas e imediações institucionais; (2) assumir que a informação pública, como gesto não asséptico conectado à experiência social, é constituída sempre mediante complexos jogos de forças e de interesses – e aqui se incluem também os supostos e neutros interesses institucionais, também potencialmente denunciados pelos públicos, em processos de verificação da igualdade; (3) desenvolver uma relação de não tutela com os públicos/cidadãos, mas buscar sempre tomá-los como interlocutores moralmente capazes, sobretudo no momento das emergências – gesto que provocará o endereçamento de contundentes cobranças e de reivindicações aos âmbitos formais e informais de comunicação das instituições; (4) compreender que um processo de comunicação pública é sempre complexo e que sempre deixa preciosos “cacos”. com os quais é preciso produzir aprendizados e novas aberturas movidas pelos gestos polêmicos (dramáticos-argumentativos) e dissensuais; e (5) colaborar para a explicitação de seus próprios

Graduação em Extensão Rural, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2015.

CERTEAU, Michel de. **A invenção do cotidiano: artes de fazer.** Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

DELEUZE, G; GUATTARI, F. Mil Platôs – **Capitalismo e Esquizofrenia.** v.3 Rio de Janeiro: Editora 34, 1996

DEWEY, John. **“Tendo uma experiência”.** In: LEME, Murilo Otávio Rodrigues Paes. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 89-105.

DUARTE, Jorge. **Sobre a emergência do(s) conceito(s) de comunicação pública.** In: KUNSCH, Margarida M. Krohling (Org.). Comunicação pública, sociedade e cidadania. São Paulo: Difusão, 2011. p. 121-134.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** 5ª ed. São Paulo: Loyola, 1999.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. **Produção de presença: o que o sentido não consegue transmitir.** Contraponto, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of communicative action: vol. II Lifeworld and system: a critique of functionalism reason.** Boston: Beacon Press, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da Razão.** São Paulo: Editora Centauro, 2003.

JARAMILLO LÓPEZ, Juan Camilo. **Advocacy: uma estratégia de comunicação pública.** In:

DUARTE, Jorge (Org.). **Comunicação pública: estado, mercado, sociedade e interesse público.** 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 61-80, 2009.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

MAFRA, Rennan; ANTUNES, Elton. **Comunicação, estratégias e controle da dengue**: a compreensão de um cenário público de experiencição. Saúde Soc. São Paulo, v.24, n.3,2015, p.977-990.

MAFRA, Rennan; MARQUES, Angela. **Diálogo e organizações**: cenas de dissenso e públicos como acontecimento. *In*: MARQUES, Ângela; OLIVEIRA, Ivone de Lourdes. (orgs.).Comunicação Organizacional: dimensões epistemológicas e discursivas. Belo Horizonte: Fafich/UFMG, 2015. p.185-193.

MARQUES, A. C. S.; MAFRA, R. L. M. **O diálogo, o acontecimento e a criação de cenas de dissenso em contextos organizacionais**. Dispositiva, v.2, n.2, 2014, p. 2-20.

MARQUES, A. C. S.; MAFRA, R. L. M; MARTINO, L. M. **Um outro olhar sobre a comunicação pública**: a constituição discursiva de sujeitos políticos no âmbito das organizações Dispositiva, v.6, n.9, p. 76-92, 2017.

MATOS, Heloiza. **Comunicação política e comunicação pública**. Organicom, São Paulo,

ECA-USP, n. 4, p. 59-73, 2006.

MATOS, Heloiza. Comunicação pública, esfera pública e capital social. *In*: DUARTE, Jorge (Org.). **Comunicação pública**: estado, mercado, sociedade e interesse público. São Paulo: Atlas. p. 47-58, 2009.

MATOS, Heloiza. A Comunicação pública na perspectiva da teoria do reconhecimento. *In*: KUNSCH, Margarida M. Krohling. (Org.). **Comunicação pública, sociedade e cidadania**. São Caetano do Sul, SP: Difusão. p. 39-59, 2011.

OLIVEIRA, Maria José da Costa. Comunicação organizacional e comunicação pública. *In*: MATOS, Heloiza (Org.). **Comunicação pública**: interlocuções, interlocutores e perspectivas. São Paulo: ECA-USP. p.15-28, 2013.

QUERÉ, Louis. Entre facto e sentido: a dualidade do acontecimento. *In*: TRAJECTOS. **Revista de Comunicação, Cultura e Educação**. Lisboa: ISCTE, n. 6, 2005. pp.59-74

RANCIÈRE, Jacques. **La Mésentente – politique et philosophie**. Paris: Galilée, 1995.

RANCIÈRE, Jacques. **Le Partage du Sensible**: esthétique et politique. Paris: La Fabrique éditions, 2000.

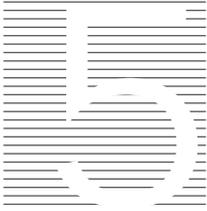
RANCIÈRE, Jacques. **Sobre políticas e estéticas**. Museu d'Art Contemporània de Barcelona, 2005

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização (do pensamento único à consciência universal)**. Rio de Janeiro: Record, 2000. 174 p.

TAYLOR, C. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo, Loyola, 2011.

ZÉMOR, Pierre. **La communication publique**. Paris: PUF, 1995.

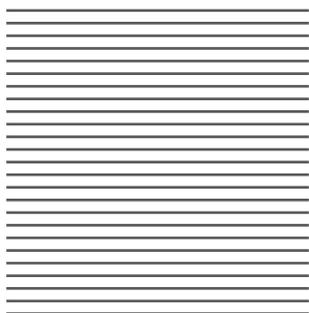
ZÉMOR, P. As formas de comunicação pública. *In*: Duarte, J. (Org.). **Comunicação pública**: Estado, mercado, sociedade e interesse público (3ª ed.). São Paulo: Atlas: 2009. P. 214-245.



IGUALDADE E MÍNIMO EXISTENCIAL

Eurico Bitencourt Neto*

*Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Ex-presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Membro do Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.



1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo tratar da relação entre o princípio constitucional da igualdade e o direito ao mínimo para uma existência digna, ou mínimo existencial, como é mais conhecido no Brasil, a fim de atender ao convite formulado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Escola do Legislativo, da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, para compor obra coletiva que visa a tratar, de modo multidisciplinar, o princípio da igualdade.

Em virtude da limitação de espaço e dos objetivos da obra, a abordagem que se segue é caracterizada por tratar, com a necessária síntese, das linhas gerais da igualdade, como princípio constitucional, vinculadas aos fundamentos de um direito ao mínimo existencial, que se pode justificar a partir de disposições jusfundamentais da Constituição de 1988¹.

Tanto o tema geral da obra, o princípio da igualdade, como a sua ligação à fundamentação constitucional de um direito ao mínimo existencial, se revelam de importância ímpar. Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 consagra um Estado de Direito democrático e social, fundado na dignidade da pessoa humana. Daí decorre a previsão de um extenso rol de direitos fundamentais

1 O princípio da igualdade como um dos fundamentos constitucionais do direito ao mínimo existencial e a caracterização e análise desse direito são tratados, de modo desenvolvido, em BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

destinados a assegurar meios de proteção da igual dignidade de todos os seres humanos, a par de se integrarem no objetivo geral de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O princípio da igualdade, que se revela no modelo constitucional brasileiro igualdade material, aponta para duas vertentes, que nesta oportunidade, relevam: o reconhecimento da igual dignidade de todos e de cada um, que impõe um dever de respeito, em favor do qual opera o direito ao mínimo existencial; a busca da redução das desigualdades que impedem ou prejudicam o livre desenvolvimento de todos. No último caso, o sistema constitucional integra a construção de meios de efetivação dos direitos fundamentais com a necessária sujeição das escolhas públicas ao princípio democrático, notadamente a partir do reconhecimento do pluralismo político.

O texto se estrutura em dois tópicos: o primeiro, que trata das linhas gerais do princípio da igualdade como fundamento constitucional para a justificação de um direito ao mínimo existencial; o segundo, que traça, em apertada síntese, o sentido de um direito ao mínimo para uma existência digna no Direito brasileiro.

2. A IGUALDADE COMO FUNDAMENTO DE UM DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL²

O Estado de Direito consagrado na Constituição brasileira tem o caráter democrático e social. Se, de um lado, propugna a construção de uma sociedade de bem-estar³ e postula a concretização da igualdade material, por outro garante o sistema

2 As linhas gerais deste tópico estão desenvolvidas em BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*, p. 99-113.

3 Sobre o princípio do bem-estar social, OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*, v. II, p. 586-670.

democrático representativo, com instrumentos de democracia participativa, e a garantia do pluralismo político, o que valoriza a função legislativa na definição de meios de cumprimento do princípio da socialidade⁴. Pode-se dizer que tal modelo de Estado funda-se em três princípios gerais: juridicidade, democracia e socialidade⁵.

O caráter social do Estado encontra-se decomposto em inúmeros direitos fundamentais no texto constitucional, o que impõe a conclusão de que a realização do princípio da socialidade já possui definições primárias de seu conteúdo, como a garantia de saúde, educação, previdência social, assistência social, moradia, entre outros direitos econômicos, sociais e culturais expressamente constantes da Constituição.

O princípio da socialidade estabelece um dos fins do Estado, que se organiza para buscar, senão o desaparecimento, ao menos a mitigação das desigualdades na sociedade. O patamar mínimo de um modelo de Estado que se pretenda social está em assegurar a todos os requisitos sociais imprescindíveis para o próprio exercício da liberdade; Estado social significa, pois, a garantia de um mínimo na participação dos bens da vida, mas não só: compreende a busca da redistribuição e de maior equilíbrio na sociedade⁶.

Daí a dupla dimensão da socialidade, intrinsecamente ligada à igualdade, demonstrando sua íntima vinculação com a dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico do sistema constitucional:

4 Constituição brasileira de 1988: arts. 1º, 3º e 6º.

5 Para maior desenvolvimento, BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*, p. 71-111. Falando em pluralismo, juridicidade e bem-estar, OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*, v. II, p. 528-667. Assinalando que o Estado de Direito democrático e social na Lei Fundamental alemã impõe a conjugação necessária de juridicidade, democracia e socialidade como pressupostos de interpretação de todas as normas jurídicas e vinculação dos poderes públicos, cf. ABENDROTH, Wolfgang. *Sociedad antagónica y democracia política*, p. 266-268.

6 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, p. 128-129.

de um lado, a garantia de um mínimo de recursos materiais para o respeito à dignidade da pessoa humana e, de outro, a busca da redução paulatina das desigualdades, a partir de uma intervenção redistributiva. No primeiro caso, tem-se o campo em que opera o direito ao mínimo existencial; no segundo, a construção de políticas públicas que visam à concretização, ao máximo possível, das dimensões dos direitos fundamentais que postulam a construção de uma sociedade de bem-estar.

A igualdade como princípio jurídico no quadro do Estado de Direito liberal nasceu como igualdade formal⁷, ou igualdade perante a lei, como uma proibição de discriminações ou privilégios, que salvaguarda essencialmente o valor da segurança jurídica, postulando, ainda, uma igualdade processual ou procedimental⁸. A partir da ultrapassagem do modelo liberal de abstencionismo estatal e da luta pela superação das desigualdades sociais por meio do Estado, a ideia de igualdade se enriquece⁹, tornando-se insuficiente a necessidade de que todos sejam abstratamente considerados iguais em direitos e deveres.

A igualdade material, substancial ou de fato, ao invés de postular uma abstenção ou uma não discriminação, parte do ser humano concreto¹⁰ e das diferenças entre os indivíduos em sociedade, que geram hiposuficiências de natureza diversa, para postular uma intervenção estatal no sentido de discriminações positivas, a fim de corrigir tais diferenças, que impossibilitam a construção de uma sociedade justa e, além disso, muitas vezes põem em risco o respeito pela dignidade humana. A igualdade material, assim compreendida, é disposição jusfundamental

7 BALDASSARE, Antonio. *Diritti della persona e valori costituzionali*, p. 153.

8 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, p. 182.

9 MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais e ordem social (na constituição de 1933)*, p. 275.

10 MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais e ordem social (na constituição de 1933)*, p. 276.

no âmbito do Estado social¹¹ e base de direitos fundamentais a prestações¹², seja como princípio geral em que se podem adscrever tais direitos, seja como alicerce axiológico de direitos sociais expressos, que tornam explícitos os contornos gerais da sociedade de bem-estar a que se visa e de um direito ao mínimo para uma existência digna.

Por outro lado, a igualdade material não justifica a funcionalização do indivíduo à comunidade, não desconhece a autonomia individual¹³, antes deve ser conciliada com o respeito pelas diversidades que compõem uma sociedade plural. A busca da superação de diferenças que impossibilitam ou dificultam a plena realização do indivíduo e da sociedade, traduzindo-se em formas de hipossuficiência que limitam o desenvolvimento pessoal e social, não é incompatível com o respeito pelas diferenças que marcam as formas de viver, decorrentes de distintos valores culturais e que, longe de impedir ou restringir, ampliam as possibilidades de desenvolvimento. A igualdade material, não anulando a individualidade, deve conviver com a tolerância e o respeito em relação à diversidade.

Nesse sentido, deve-se compreender a igualdade material como a garantia das possibilidades de realização pessoal e social a todos, sem que isso signifique anular a liberdade individual, a autonomia da vontade e a necessidade de construção, pelo indivíduo, dos caminhos para seu desenvolvimento. Se, de um

11 Robert Alexy assinala que a igualdade de fato é norma adscrita à máxima geral de igualdade e não ao princípio do Estado social e nega que a igualdade de fato seja subprincípio do Estado social, na medida em que este não é uma disposição jusfundamental (*Teoría de los derechos fundamentales*, p. 414). Sobre a centralidade da igualdade substancial na Constituição italiana e sua condição de fundamento para a criação de condições sociais para a promoção da personalidade e da dignidade de cada ser humano, cf. PIZZOLATO, Filippo. *Il mínimo vitale*, p. 14-15; 23.

12 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 414-415; WEBER, Albrecht. *L'état social et les droits sociaux en RFA*, p. 681; PRIETO SANCHIS, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, p. 22.

13 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, p. 185.

lado, tal ideia não se compadece com o individualismo extremo, ou com uma organização egoísta da sociedade, por outro lado também não admite a anulação da esfera individual, de resto preservada e valorizada pelas Constituições sociais de nosso tempo, herdeiras que são do Estado de Direito liberal.

A igualdade material como princípio é um dado normativo, no sentido de que elege, para efeito comparativo, uma característica de fato que iguala ou desiguala dois sujeitos, como relevante para um tratamento igual ou desigual, em razão de uma determinada consequência jurídica a que se visa¹⁴. Assim, a idade pode ser eleita como critério de tratamento diferenciado caso sirva a uma razão juridicamente relevante, em termos do que dispõe a Constituição¹⁵, como, por exemplo, para dar direito à aposentadoria.

O critério das necessidades básicas¹⁶ é o mais relevante para valorar materialmente a desigualdade, a fim de garantir que todos possam exercer integralmente a sua liberdade e assegurar o seu desenvolvimento. As necessidades básicas são definidas não só de forma biológica, tendo dimensão histórico-cultural. Por outro lado, o parâmetro jurídico para sua identificação é dado pelos direitos fundamentais consagrados na Constituição¹⁷, ou, em Constituições não analíticas, pelos princípios fundamentais que a informam, como a dignidade da pessoa humana e a socialidade. Sem que tenha satisfeitas suas necessidades básicas, dificilmente o indivíduo terá condições de usufruir de sua liberdade e construir

14 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, p. 24-25.

15 “ Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexó entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 42).

16 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, p. 186-187.

17 Sobre a igualdade real como fundamento dos direitos econômicos, sociais e culturais, cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 3. ed., p. 394-395.

os caminhos para o seu desenvolvimento como ser humano e como parte da sociedade.

Daí que a igualdade material tenha duas vertentes principais: a) a discriminação positiva para assegurar meios mínimos para uma existência digna, como forma de se garantir o respeito pela dignidade do ser humano; b) a discriminação positiva para propiciar a superação de barreiras sociais – como preconceitos em razão de cor, raça, gênero, opção sexual, entre outros –, econômicas, físicas ou psíquicas, como meio de se buscar a construção do bem-estar social como um bem-estar de todos.

A proclamação constitucional de que um dos objetivos fundamentais do Estado é atuar para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ou promover o bem-estar de todos, indica que a igualdade material é um de seus princípios fundamentais¹⁸. Para satisfazer o princípio da igualdade material, o Estado tem certa liberdade, por meio de sua função legislativa, na escolha de meios, por exemplo a política tributária e fiscal, a prestação de serviços públicos, a adoção temporária das chamadas ações afirmativas para o combate de discriminações em razão do gênero, da orientação sexual, da raça, da classe social, entre outras.

Em Constituições democráticas, especialmente fundadas na democracia representativa, as ações estatais que visem a estabelecer critérios de distribuição de bens, a fim de corrigir desigualdades de fato, devem passar, necessariamente, pelo crivo do órgão político representativo, que decide com base em maiorias. Não obstante, o princípio da igualdade material, como disposição jusfundamental, impõe limites à atuação das maiorias¹⁹,

18 A Constituição brasileira estabelece no art. 3º que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), além de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e sociais (inciso III) e de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

19 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 411-412.

controláveis em especial por Tribunais Constitucionais ou Tribunais Supremos que tenham a função de guarda da Constituição. A norma jusfundamental da igualdade material alicerça direitos sociais a prestações diretamente estatuidos pela Constituição²⁰ e pode justificar a adscrição de normas instituidoras de direitos subjetivos de igualdade²¹.

O direito ao mínimo para uma existência digna é uma das manifestações da igualdade material, na medida em que assegura meios para que situações de desigualdade de fato – necessidades especiais físicas ou psíquicas, incapacidade para o trabalho, entre outras – sejam pressuposto para gerar direitos subjetivos a abstenções ou a prestações. O princípio da igualdade material oferece uma pauta jurídico-constitucional imposta ao legislador, racionalmente controlável²², para que assegure um nível de proteção e garantia de condições mínimas para uma existência digna, de acordo com a realidade constitucional. Assim, pode-se dizer que a igualdade material permite fundamentar, no que se refere ao mínimo existencial, “direitos concretos definitivos à criação da igualdade de fato”²³.

Além da igualdade material, são pilares da fundamentação constitucional de um direito ao mínimo existencial a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social²⁴. Quanto à primeira, pode-se dizer que a viabilização regular da dignidade da pessoa humana se faz por meio dos direitos fundamentais, em sua vertente de defesa, de eficácia sempre direta, e em sua vertente de proteção contra terceiros e de garantia de prestações materiais essenciais, que necessitam da ação positiva do Estado, seja

20 MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e ordem social (na constituição de 1933), p. 276-277.

21 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 415-418.

22 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 414.

23 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 414.

24 Para maior desenvolvimento, BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna, p. 99-113.

mediante prestações normativas, seja por prestações fáticas. Neste último caso, a regra geral, em Estados de Direito democráticos, será a da intermediação legislativa. A omissão do legislador ou a insuficiência normativa que permita seja violentada a dignidade humana, em função da carência de bens ou serviços essenciais à vida digna, serão atacadas pela invocação de um direito adscrito ao princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado e da sociedade, vale dizer, um direito ao mínimo existencial.

Por outro lado, solidariedade social, prevista expressamente no art. 3º, I, da Constituição brasileira, fundamenta o direito ao mínimo para uma existência digna em três sentidos: a) a sociedade e cada indivíduo são responsáveis pelo respeito à dignidade da pessoa humana, tendo o dever geral de contribuir, com os recursos comuns que compõem o erário gerido pelo Estado, para assegurar que cada pessoa tenha meios mínimos para viver sem ter desrespeitada sua dignidade, enquanto ser humano; b) cada indivíduo e instituição da sociedade tem de se sujeitar, em situações de conflito, ao direito de seu semelhante a meios indispensáveis para uma existência digna, podendo ver sacrificado um interesse ou mesmo um direito subjetivo individual, como, por exemplo, a execução de um crédito; c) há determinadas relações especiais de dependência entre privados, nas quais o Direito impõe deveres de responsabilidade em garantir meios de subsistência, que também são informados pelo princípio da solidariedade, como, por exemplo, o dever dos pais de fornecer alimentos aos filhos menores.

O direito ao mínimo para uma existência digna, não sendo diretamente estatuído por nenhuma norma jusfundamental, pode ser adscrito a três delas: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social. Daí decorre que se trata de um direito fundamental autônomo, embora seja formado por posições ativas típicas de direitos de liberdade e de direitos sociais, sendo seu conteúdo composto por certas dimensões de outros direitos fundamentais. Em síntese, o

princípio da igualdade, aliado ao postulado geral da dignidade da pessoa humana e ao princípio da solidariedade social, fundamentam o reconhecimento, na Constituição brasileira, de um direito fundamental ao mínimo para uma existência digna, cujas características principais se expõem no tópico seguinte.

3. TRAÇOS GERAIS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Foi o Tribunal Constitucional alemão que, pela primeira vez, reconheceu expressamente a existência de um direito fundamental ao mínimo para uma existência digna, adscrito, basicamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana e à cláusula do Estado social²⁵. No caso da Alemanha, seu papel principal foi o de permitir o reconhecimento de direitos a prestações materiais em um sistema constitucional que não prevê, explicitamente, direitos fundamentais dessa natureza, limitando-se a enunciar princípios gerais.

Não obstante, o direito ao mínimo existencial também foi reconhecido em sistemas constitucionais distintos²⁶, em que há direitos sociais diretamente estatuídos por disposições jusfundamentais, mas que têm em comum com a Lei Fundamental alemã o alicerce do ordenamento constitucional – o princípio da dignidade da pessoa humana – e o modelo de Estado de Direito – democrático e social.

25 Para uma amostragem de doutrina recente produzida na Alemanha sobre a fundamentação do mínimo existencial na dignidade da pessoa humana e no Estado social, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., p. 341, nota 252. Sobre o princípio do Estado social (*Sozialstaatsprinzip*) como fundamento do direito ao mínimo vital, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, cf. WEBER, Albrecht. *L'etat social et les droits sociaux en RFA*, p. 683-684.

26 Registre-se, por exemplo, o reconhecimento do direito a um mínimo existencial pela jurisprudência constitucional da Colômbia e do Chile (cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 330, nota 226; ARANGO, Rodolfo. *La prohibición de retrocesso em Colombia*, p. 156).

A análise dos fundamentos constitucionais do direito ao mínimo para uma existência digna permite concluir que o reconhecimento de sua existência em Constituições analíticas quanto a direitos sociais, como a brasileira, não se deve a indevida transposição de instituto jurídico forjado em cultura jurídico-constitucional diversa, ou que serve aos propósitos de sociedade com grau mais avançado de desenvolvimento²⁷. Antes, deve-se a que os alicerces constitucionais para o reconhecimento do direito fundamental adscrito também se encontram em Constituições generosas quanto à consagração expressa de direitos sociais.

A consagração constitucional do princípio democrático e a existência de condicionantes econômico-financeiras, em uma sociedade capitalista, em que a propriedade privada, a livre iniciativa e a autonomia da vontade também têm proteção jusfundamental, fazem com que não se possa debitar à conta do regime ordinário dos direitos sociais, sujeitos a escolhas políticas quanto a meios e recursos, a responsabilidade integral pela proteção da dignidade humana.

É necessária uma reserva de eficácia material, que se manifesta pelo direito ao mínimo para uma existência digna. Assim, se a jurisprudência constitucional alemã construiu as bases de sua dogmática, isso não faz com que se trate de um substitutivo dos direitos sociais enquanto instrumentos de concretização do bem-estar social, mas de um instrumento decorrente da necessidade de se assegurar, em qualquer circunstância, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana.

O respeito pela dignidade humana supõe o respeito pelo espaço de liberdade individual constitucionalmente assegurado e pela autonomia da vontade, mas também pela busca da superação das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante intervenção do Estado,

27 Como afirma Andreas Krell (*Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos*, p. 244).

cujos instrumentos devem ser democraticamente estabelecidos. Mas o respeito pela dignidade humana supõe também que, nos desvãos do sistema, seja assegurado a cada indivíduo o direito de postular diretamente o respeito ou a proteção de sua dignidade, o que não se confunde com uma habilitação geral da função judicial para intervir em escolhas políticas ou administrativas.

Em síntese, o reconhecimento de tal direito, que possui na igualdade material um de seus fundamentos constitucionais, supõe que a busca da redução das desigualdades e da construção dos fins sociais do Estado tem duas perspectivas distintas: a) a efetivação ordinária dos direitos fundamentais está sujeita a escolhas políticas e a limitação de recursos, pelo que – ainda que se deva admitir a existência de modos de eficácia direta a partir da Constituição – estará sempre condicionada pelo princípio democrático; b) tal condicionamento pode gerar situações extremas, verificáveis topicamente, em que as escolhas políticas não impedem a violação do dever de respeito à dignidade da pessoa humana, impondo-se o reconhecimento de um direito ao mínimo existencial que habilita a função judicial a intervir – tão somente nesses casos extraordinários – para restaurar o respeito à dignidade.

Se é certo que a dignidade da pessoa humana postula um contínuo desenvolvimento do ser humano, no sentido individual e em sua projeção social, sendo necessário que os recursos produzidos pela sociedade se empreguem em tal finalidade, além de estar fora de dúvida que o Estado social propugna a concretização do bem-estar, não se devem confundir duas esferas em que se projetam os direitos fundamentais, em especial os direitos a prestações fáticas: uma, a de garantia de que a dignidade da pessoa concreta não será ofendida ou ameaçada, pela garantia de um mínimo de recursos que a possa preservar; outra, a da progressiva ampliação dos meios aptos a promoverem o desenvolvimento pleno das pessoas e da sociedade, pela construção de uma sociedade de bem-estar.

No primeiro caso, tem-se o campo do direito ao mínimo para uma existência digna, cujo regime de vinculação do Estado e dos particulares reflete sua finalidade: assegurar meios suficientes para garantir o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana. No segundo, tem-se o campo do regime regular dos direitos fundamentais a prestações fáticas, em particular os direitos sociais, em que a gradual expansão e intensificação de seu oferecimento busca a construção do bem-estar social. Neste caso, as escolhas fundamentais sobre meios e recursos devem ser democraticamente legitimadas e fundadas no pluralismo político, não havendo habilitação constitucional para atuação judicial primária.

Daí que, se é certo que a conjugação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da socialidade postulam mais que um mínimo, mas um “médio de existência”²⁸, tal padrão deve ser concretizado pelo regime geral dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais. O direito ao mínimo para uma existência digna é instrumento diverso, reserva de eficácia da dignidade da pessoa humana como princípio: daí se falar em mínimo para uma existência digna.

O conteúdo do direito de que se trata alcança a manutenção e a prestação de meios necessários a uma existência digna. De um lado, defende e protege a preservação de condições já existentes, num patamar que se considere apto a assegurar a dignidade da existência humana, em dada sociedade, em dado tempo histórico; de outro, postula prestações fáticas que possam garantir o respeito a tal dignidade. O conteúdo do direito ao mínimo para uma existência digna será fixado em função das necessidades que se identifiquem para que se mantenha o respeito pela dignidade

28 OTERO, Paulo. *Sumários de um curso de direitos fundamentais*, p. 431.

da pessoa, podendo ser definidos parâmetros na realidade constitucional para tanto²⁹.

Nesse sentido, releva o princípio da igualdade material no sentido de fornecer uma pauta jurídico-constitucional controlável para se determinar o conteúdo do mínimo existencial, exigindo uma orientação pelo nível de vida efetivamente existente³⁰. O conteúdo do direito ao mínimo para uma existência digna será composto por direitos concretos definitivos, adscritos a disposições jusfundamentais gerais, como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, ou decorrentes de posições ativas, de defesa ou de prestações, derivadas de direitos sociais diretamente estatuídos na Constituição.

Um exemplo de parâmetros para a definição de necessidades básicas que compõem o conteúdo do mínimo existencial é o art. 7º, IV, da Constituição brasileira de 1988, que estabelece, no rol de direitos dos trabalhadores, o direito ao salário mínimo, “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Apesar de a ideia de salário mínimo atender a finalidade distinta daquela visada pelo direito ao mínimo existencial, tal norma constitucional permite estabelecer bases do que se considera hoje, numa sociedade como a brasileira, indispensável para uma existência digna, podendo ser

29 Ingo Sarlet afirma que os direitos ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde e à moradia têm a finalidade comum de assegurar ao indivíduo uma existência digna, ressalvando que não sustenta que a garantia do mínimo existencial se restringe a tais direitos, refutando a possibilidade de se estabelecer elenco definido de prestações que componham o conteúdo do direito (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 7.ed., p. 329-330; 373-374, nota 335). Ana Paula de Barcellos, por outro lado, defende ser possível identificar, à partida e com certa precisão, o conteúdo do mínimo existencial, a partir das disposições constitucionais jusfundamentais, destacando que na Constituição brasileira, quanto à dimensão prestacional, tal conteúdo é formado pelos direitos à educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 258).

30 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 414.

usada como fundamento para a justificação de posições ativas derivadas do direito ao mínimo existencial.

O direito ao mínimo para uma existência digna é um direito sobre direitos, vale dizer, não possui conteúdo próprio, distinto e complementar dos demais direitos fundamentais, mas é um direito ao cumprimento do mínimo de outros direitos fundamentais. Não se confunde com a ideia da eficácia direta do núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que se trata de um direito fundamental autônomo: um direito cuja autonomia tem fundamento na necessidade de se assegurar um mínimo de eficácia direta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, não se trata, neste caso, da eficácia imediata do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que nem todos são instrumentos para viabilizar meios materiais mínimos para uma existência digna.

Em síntese, pode-se dizer que o mínimo existencial, ou o direito ao mínimo para uma existência digna – construção que descreve com maior precisão do que se trata – é um direito fundamental que se pode justificar constitucionalmente a partir dos princípios gerais da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social e que atua como última barreira a proteger o dever de respeito à igual dignidade de todos os seres humanos.

4. CONSIDERAÇÃO FINAL

O princípio da igualdade, especialmente compreendido como igualdade material, é fundamento indispensável para a justificação constitucional de um direito ao mínimo existencial. No sistema jurídico brasileiro, a igualdade material se impõe ao Estado como objetivo fundamental, já a partir do art. 3º da Constituição. Como já assinalado, decorrem do princípio geral da igualdade material

tanto deveres de intervenção para mitigar fatores de desigualdade que prejudicam ou impedem a igualdade de oportunidades de desenvolvimento quanto deveres de intervenção para impedir que as escolhas políticas sobre meios e recursos de efetivação dos direitos fundamentais – ou a ausência de escolhas – possam permitir situações de fato violadoras do dever de respeito à dignidade da pessoa humana.

No último aspecto, a igualdade material é um dos fundamentos para a invocação de um direito fundamental ao mínimo existencial que, não se confundindo com uma visão reducionista da eficácia dos direitos fundamentais, se reveste de particular relevância para a afirmação da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico do sistema jurídico e norte da atuação do Estado para a concretização de seus objetivos constitucionalmente estipulados.

REFERÊNCIAS

ABENDROTH, Wolfgang. **Sociedad antagónica y democracia política**. Barcelona-México: Grijalbo, 1973.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARANGO, Rodolfo. La prohibición de retrocesso em Colombia. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 153-171.

BALDASSARE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionali**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI.** São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia.** Madrid: Trotta, 2000.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999. p. 239-260.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e ordem social (na constituição de 1933). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 46, n. 1, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo.** v. II. Lisboa: Lex, 1995.

OTERO, Paulo. Sumários de um curso de direitos fundamentais. **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004.

PIZZOLATO, Filippo. **Il minimo vitale: profili costituzionali e processi attuativi.** Milano: Giuffrè, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del Centro de estudios constitucionales**, Madrid, n. 22, set./dez. 1995. p. 9-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WEBER, Albrecht. L'état social et les droits sociaux en RFA.
Revue Française de Droit Constitutionnel, Paris, n. 24, p. 677-
693, 1995.

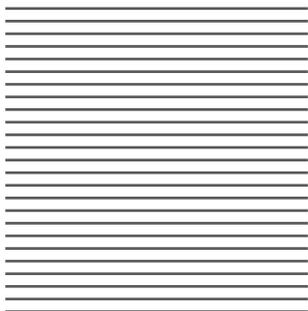


INCLUSÃO DIGITAL, ISONOMIA E COMUNICAÇÃO PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA DAS REUNIÕES INTERATIVAS NA ALMG

Frederico da Cruz Vieira de Souza*
Paula Fernandes Furbino Bretas**

* Relações Públicas da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Doutor e Mestre em Comunicação Social pela UFMG.

** Técnico Legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Mestra em Administração pela UFMG.



1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir aspectos da comunicação pública, refletindo sobre suas aproximações com a vida política, sobretudo no contexto do debate em torno de questões de interesse público. Em nosso país, o engajamento e participação dos cidadãos em espaços de debate, como é o legislativo por natureza, se dá por diferentes meios e formatos. Os parlamentares podem exercer um importante papel de interlocução com a sociedade e com outros poderes na busca de construir de normas ou de aprimorar a fiscalização das políticas públicas.

Na primeira parte do texto apresentaremos uma breve revisão conceitual sobre comunicação pública, considerando algumas das principais perspectivas desenvolvidas na literatura de referências sobre o tema; também resgataremos a revisão de conceitos de inclusão digital e de acesso às tecnologias, aspectos fundamentais à compreensão dos processos contemporâneos de comunicação pública entre instituições e sociedade civil.

Já na segunda parte, faremos uma breve análise da recente experiência da Assembleia de Minas no desenvolvimento das “Reuniões Interativas” de comissões. Em 2018, o parlamento mineiro passou a facultar a participação *online* do cidadão por meio de sala de bate-papo e envio de perguntas pela web. Dados quantitativos serão apresentados sobre as reuniões realizadas com interatividade até agosto desse ano; em seguida, exporemos um exercício de análise qualitativa da 7ª Reunião Ordinária da

Comissão de Segurança Pública, realizada no mês de abril, com maior número de postagens *online* registradas no ambiente de participação nos quatro primeiros meses de uso da ferramenta.

2. VISÕES SOBRE A COMUNICAÇÃO PÚBLICA

Apesar do vasto conhecimento produzido sobre comunicação no Brasil desde o início do século XX, quando o assunto é especificamente a comunicação pública, ainda ressoam divergências sobre o conceito. Pode-se dizer que o conceito de comunicação pública é polissêmico, com diferentes sentidos, objetivos e contextos históricos. A intenção nesta seção não é esgotar o assunto, mas apresentar reflexões sobre seus sentidos e aplicações.

Liedtke e Curtinovi (2016) fizeram uma retrospectiva da história da comunicação pública no Brasil. Demonstraram como o conceito inicialmente foi associado à radiodifusão, uma vez que todo o sistema de radiodifusão do país é configurado sob concessão pública. Assim, sendo as emissoras estatais ou privadas, desempenhariam funções de comunicação pública. Contudo, esse sentido possui limitações, pois desconsidera as assessorias de comunicação de órgãos públicos e jornais mantidos pelo Estado.

Brandão (2006) identificou mais cinco acepções para a expressão comunicação pública. O primeiro sentido, de menor uso no Brasil, identifica a comunicação pública com a comunicação organizacional, pois as organizações, sejam públicas ou privadas, buscam relacionamentos com diversos públicos com vistas à construção de suas imagens e essa divulgação institucional ocorre no âmbito da opinião pública. Seu caráter social no qual outorga-se direitos mas também exige-se o cumprimento de obrigações das instituições, permeia o “público” dessas comunicações. Tal perspectiva possui aplicações nos Estados Unidos, onde são oferecidos cursos de “Comunicação Pública” que ofertam

disciplinas nas áreas de Comunicação Organizacional e de Relações Públicas.

O segundo sentido é o entendimento da comunicação científica como comunicação pública, pois o maior objetivo daquela é integrar a ciência ao cotidiano das pessoas. Percebe-se, assim, uma identidade do “interesse público” com esse tipo de comunicação, que pretende tanto influenciar mudança de hábitos da população quanto legitimar a ciência perante a opinião pública e as instâncias políticas (BRANDÃO, 2006). Apesar de não haver um consenso no Brasil sobre esse sentido para a comunicação pública, é possível perceber sua aplicação em casos concretos, como a mobilização nas redes sociais ocorrida em 2018, quando foi anunciado pelo Poder Executivo Federal cortes de orçamento para a pesquisa. Vários pesquisadores valeram-se do Facebook para explicar como suas pesquisas influenciam no cotidiano das pessoas na tentativa de elucidar para a sociedade o porquê do investimento em ciência ser importante e necessário.

Além dessas estratégias, podemos identificar formas próprias de comunicar da sociedade civil organizada em suas lutas. É o terceiro sentido que Brandão (2006) ressaltou ao associar a comunicação pública à comunicação comunitária ou alternativa. Por diferir da indústria midiática, seus compromissos também são outros o que possibilita o desenvolvimento de diferentes linguagens e estéticas, sendo uma prática realmente democrática e social da comunicação. Contudo, sua aplicação ainda está alinhada e restrita ao terceiro setor.

O quarto sentido, a associação entre comunicação pública e comunicação do Estado ou governamental, se refere ao fluxo informativo e comunicativo voltado à cidadania. Assim, incluem-se órgãos governamentais, terceiro setor (ONG's, OSCIP's, associações, etc.), instituições da administração indireta (agências reguladoras, conselhos, etc.) e empresas privadas que prestam serviços públicos (telefonia, eletricidade, etc.). Logo, a comunicação governamental

pode ter diferentes objetivos que vão desde despertar o sentimento cívico, prestar contas sobre realizações, informar sobre projetos e programas em implantação até a motivação para participação ou chamamento para cumprimento de obrigações. De forma geral, pode-se dizer que a comunicação governamental provoca o debate público (BRANDÃO, 2006), independente do meio de comunicação.

Para Matos (1999), a comunicação pública entendida como comunicação governamental faz parte do pensamento da corrente norte-americana na qual cidadão e governo comunicam-se por meio de um sistema público de informação. Em relação às características desse sistema, existe uma tendência de se substituir as funções de propaganda e integração social por funções analíticas que auxiliem tanto o planejamento governamental quanto a tomada de decisões políticas.

Já Weber e Carnielli (2016) trazem um contraponto a essa aceção, pois nem toda comunicação governamental seria comunicação pública. Elas citam os casos dos períodos ditatoriais nos quais se produz propaganda e censura e não incluem o interesse público. Para as autoras, a comunicação pública é indicador da qualidade da democracia e esta possui a cidadania em seu cerne. Tal entendimento se aproxima do que Matos (1999) identificou como corrente de pensamento europeia, pois esta visa obter legitimidade de interesse público em processo de comunicação instaurado na esfera pública, englobando Estado, governo e sociedade. Essa seria uma das possibilidades do quinto sentido identificado por Brandão (2006): a comunicação pública entendida como a comunicação política.

No Brasil, a comunicação pública como informação para cidadania vem ganhando cada vez mais espaço na academia e nos órgãos governamentais devido a vários fatores, dentre eles a mudança sócio-cultural, política e econômica que o país viveu desde a redemocratização. Enquanto os anos 70 e 80 foi palco de uma comunicação engajada e militante, que foi perdendo espaço ao longo da década de 80, desde o final da década de 90 o foco tem

sido a comunicação pública como informação para a construção da cidadania. Logo,

se as finalidades da Comunicação Pública não devem estar dissociadas das finalidades das instituições públicas, suas funções são de: a) informar (levar ao conhecimento, prestar conta e valorizar); b) de ouvir as demandas, as expectativas, as interrogações e o debate público; c) de contribuir para assegurar a relação social (sentimento de pertencer ao coletivo, tomada de consciência do cidadão enquanto ator); d) e de acompanhar as mudanças, tanto as comportamentais quanto as da organização social. Por consequência, a Comunicação Pública é a comunicação formal que diz respeito à troca e a partilha de informações de utilidade pública, assim como à manutenção do liame social cuja responsabilidade é incumbência das instituições públicas (Zémor apud Brandão, 2006, p.13).

Nessa perspectiva de Comunicação Pública, insere-se, assim, o início de um encontro entre a Comunicação Governamental e a Comunicação Política, pois a primeira não precisa estar limitada a publicizar feitos de governos e a segunda pode estar inserida na primeira uma vez que o interesse público pode e deve ser objetivo dos órgãos governamentais em seu papel de fomento à construção da cidadania.

Contudo, a partir de nossas experiências profissionais e acadêmicas, acreditamos que esse encontro pode ser ainda mais frutífero se, ao buscar compreender a comunicação pública, nos deslocarmos do paradigma informacional da comunicação, que a entende como processo de transmissão de informações, para a perspectiva relacional, compreendendo-a como processo de troca e negociação de sentidos, centrado na interlocução, nas práticas discursivas e no contexto (BRETAS; FUSCALDI; FURTADO,

2013). Essa perspectiva baseia-se na ideia de que a comunicação depende fundamentalmente dos sentidos produzidos na recepção, configurando, dessa forma, um processo de produção e compartilhamento de sentidos entre sujeitos interlocutores e não mais entre produtor e receptor. Esse processo é sempre marcado pela situação de interação e pelos contextos social e histórico (FRANÇA, 2002; OLIVEIRA, 2003; LIMA; BASTOS, 2012).

Portanto, além da comunicação pública ser uma forma de comunicação governamental e visar ao interesse público, ela parte do pressuposto de que seus públicos não são alvos a serem atingidos com a troca de mensagens, mas são sujeitos interlocutores que, com suas próprias vivências, fazem o processo de comunicação acontecer. Por isso, os órgãos governamentais não possuem controle sobre o processo e são apenas um dos possíveis atores sociais que compartilham e negociam sentidos. Perceber tal situação é se colocar numa posição de busca de construção de relacionamentos que tenham como interesse mútuo a construção da cidadania, apesar dos inúmeros interesses divergentes que existam entre os atores durante o processo de comunicação social.

3. INCLUSÃO DIGITAL: DA POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO AO EXERCÍCIO PLENO DA CIDADANIA

A inclusão digital aparece na agenda pública como uma das possibilidades de inclusão social e redução de desigualdades. Enquanto política pública, governos têm se esforçado para permitir que os cidadãos possam usar computadores e internet e, assim, usufruir do compartilhamento de informações, busca por trabalho, educação à distância, entre outros benefícios (ECHALAR; PEIXOTO, 2017).

No Brasil, a exemplo de outros países como Uruguai, Argentina e Peru (LARROUQUÉ, 2017), há o Programa Brasileiro de Inclusão

Digital (PBID) que contém diversos projetos e programas, como por exemplo, o Programa de Implantação de Salas de Recursos Multifuncionais, o Programa Banda Larga nas Escolas e o Programa Um Computador por Aluno (Prouca). Para Larrouqué (2017), essas políticas públicas

permiten favorecer la inclusión social de las poblaciones marginalizadas (vía el acceso generalizado a las herramientas informáticas), reforzar la integración territorial (vía el desarrollo de las infraestructuras de comunicación numérica) y hasta acelerar el desarrollo industrial (vía la valorización de la producción high tech local). (LARROUQUÉ, 2017, p. 108)

Apesar dos pontos positivos, Echalar e Peixoto (2017) salientam que não haverá melhorias no padrão de vida dos menos favorecidos apenas com o acesso e a aquisição de bens tecnológicos, pois o processo formativo precisa ser considerado. Compreendem a inclusão digital “como apologia de uma utopia digital que privilegia o acesso à informação em detrimento de uma política social” diante da investigação que fizeram sobre a implantação do Programa Um Computador por Aluno (Prouca).

Contudo, neste artigo, não vislumbramos a inclusão digital enquanto política pública. Buscaremos compreendê-la na sua interface com a comunicação pública que visa ao interesse público e ao exercício da cidadania, coadunando com a proposta de Silva et al. (2005).

Desde seu aparecimento na Antiguidade Grega, a noção de cidadania trata da relação entre sujeitos portadores de direitos, iguais entre si, que vivem em uma comunidade política estabelecendo, portanto, uma relação também destes com o poder (BODSTEIN apud SILVA et al. 2005). Sendo assim, percebemos como cerne do conceito de cidadania o princípio da isonomia ou igualdade.

É sabido que o princípio da isonomia requer uma interpretação em seu sentido amplo, isto é, todos são iguais perante a lei e devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. É nesse contexto que a inclusão digital surge como uma “ação que promoverá a conquista da ‘cidadania digital’ e contribuirá para uma sociedade mais igualitária” (SILVA et al. 2005, p. 30).

Vivemos na sociedade da informação, na qual o saber se sobrepõe ao fazer. Logo, não somente o acesso à informação nos meios digitais, mas a assimilação e a reelaboração em novo conhecimento, visando à melhoria da qualidade de vida das pessoas, são pontos de partida da inclusão digital (SILVA et al. 2005, p. 30).

Araújo (1999) ressalta que é na participação dos sujeitos em circuitos comunicacionais que eles tomam conhecimento de seus direitos e deveres e podem tomar decisões sobre suas vidas, individual ou coletivamente. Portanto, não somente o livre acesso à informação é fundamental como também um processo comunicativo de discussão crítica sobre questões que afetam a sociedade, pois o não-acesso, o acesso limitado ou o acesso a informações distorcidas vão na contramão no exercício pleno da cidadania. Aqui temos uma confluência fundamental entre os aspectos da Comunicação Pública que apresentamos acima com os do acesso à informação e inclusão social.

Araújo (1999) defende ainda que a informação deve ser compreendida como um direito coletivo de fundamental importância assim como é o direito à educação, à saúde, à moradia, à justiça, entre outros. Diante dessa defesa, podemos pensar: como exercer a cidadania sem informação? Como escolher em quem votar? Como fiscalizar as ações do poder público? Como participar da vida pública na sociedade? Ao refletir sobre essas questões, percebemos a relevância do acesso à informação na sociedade contemporânea.

Entretanto, não podemos dar ênfase apenas ao acesso à informação, uma vez que os sujeitos compartilham e negociam os sentidos que serão construídos nos processos comunicativos (FRANÇA, 2002; OLIVEIRA, 2003; LIMA; BASTOS, 2012). Portanto, defendemos que a inclusão digital pode atuar como um facilitador no processo de comunicação pública, cujo foco é a cidadania, possibilitando trocas que transcendem a dimensão espacial devido às facilidades das tecnologias de informação. Assim, discussões que antes estariam limitadas pela dimensão espaço-temporal, podem chegar a outros cidadãos, ampliando o escopo do processo de comunicação e do próprio processo político de discutir e decidir sobre a vida em sociedade. Para ilustrar esse ponto de vista, apresentaremos uma experiência da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG) nas transmissões ao vivo das reuniões de comissões, com uso de recursos de interatividade.

4. COMISSÕES INTERATIVAS NA ASSEMBLEIA DE MINAS: DESAFIOS PARA O DIÁLOGO E A PARTICIPAÇÃO

Um estado com as dimensões territoriais e populacionais de Minas Gerais, considerando-se também a diversidade regional e a pluralidade das identidades que o ocupam, impõe ao legislativo estadual uma complexa habilidade política e muitos desafios para a comunicação pública dos atos do Poder. Se as agendas encampadas por deputadas e deputados mineiros procuram, em tese, espelhar tal pluralidade, é crucial que a instituição se valha de mecanismos de escuta e de aproximação com diferentes segmentos da sociedade.

Dentre os instrumentos de comunicação utilizados pela ALMG para enfrentar esses desafios, um dos mais recentes é o da participação à distância nas audiências públicas e debates das

comissões, nomeado “Reuniões Interativas”. Desde 16 abril de 2018, o serviço está acessível via Portal da instituição e permite o envio de perguntas a parlamentares e convidados presentes no evento, os quais podem respondê-las ao vivo, além de contar com ferramenta que permite interação virtual com outros participantes (*chat* ou bate-papo). O cidadão que deseje participar realiza *log in* no Portal por meio de cadastro via e-mail ou pelas redes sociais. A utilização do recurso não é obrigatória, podendo a comissão habilitar ou não seu uso.

O ambiente de participação *online* é aberto ao se iniciar a transmissão ao vivo, encerrando-se ao término do evento. Caso a reunião seja suspensa, permanece em funcionamento. Não há moderação prévia das manifestações, sendo que termos de baixo calão são automaticamente excluídos. A instituição pode excluir também perguntas ou comentários em desacordo com os Termos de Uso do Portal; ou que extrapolam o tema em discussão; ou postagens denunciadas por outros participantes.

Cabe destacar que o recurso da interatividade não garante que as perguntas sejam necessariamente respondidas pelos parlamentares. A assessoria das comissões é responsável pelo repasse das perguntas ao presidente da Comissão, que definirá seu encaminhamento e leitura de acordo com o andamento da reunião. Em geral, as questões são lidas e respondidas na fase de debate, mas tal procedimento também não é obrigatório. Após as transmissões, os vídeos são disponibilizados no dia posterior à reunião.

Em recente levantamento de dados realizados pela Gerência-Geral de Comissões da ALMG, até 22 de agosto de 2018, 67% das audiências e debates públicos realizados desde abril de 2018 (79 em 115 eventos) contaram com o recurso de interatividade. Ao todo, foram contabilizadas 215 perguntas de cidadãos nesse período. Isso indica que tanto deputados quanto cidadãos já estão utilizando a ferramenta de algum modo e contribuindo para a ampliação da participação, mesmo que de forma incipiente.

Tabela 1 – Quantitativo de mensagens das cinco audiências com maior interatividade até ago/2018

Data	Comissão	Finalidade	nº mensagens no chat	nº perguntas
17/4/18 às 10h	Segurança Pública	Debater sobre o credenciamento e a contratação de pessoas jurídicas de direito privado para exercício da atividade de vistoria veicular.	40	44
11/4/18 às 15h30	Defesa do Consumidor e do Contribuinte	Debater o preço dos combustíveis no Estado.	21	11
9/4/18 às 14h	Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência	Debater as ações de inclusão da pessoa com deficiência no âmbito da Justiça Eleitoral.	18	11
15/5/18 às 10h	Segurança Pública	Debater a autonomia da perícia oficial de natureza criminal do Estado.	18	38
9/5/18 às 15h30	Defesa do Consumidor e do Contribuinte	Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.	15	0

Fonte: elaborada pelos autores

Embora o número de mensagens *online* e perguntas pareça quantitativamente baixo quando se pensa na enormidade do fluxo de comunicações que constituem o tráfego da internet - o que poderia facilmente nos levar a deduzir que há um baixo

impacto da participação *online* no processo legislativo - por outro lado, pode-se constatar que, do ponto de vista qualitativo, há uma mudança salutar na dinâmica dos trabalhos das comissões. Decorrem dessa mudança indicativos de repercussões do debate sobre as finalidades das reuniões em outros espaços e temporalidades, além dos já classicamente instituídos por esses eventos.

Como já dissemos, do ponto de vista da Comunicação Pública não podemos dar ênfase apenas aos números que indicam maior ou menor acesso à informação; mas é preciso compreender de que modos os sujeitos compartilham e negociam os sentidos que serão construídos nos processos comunicativos, a partir de um olhar qualitativo da interação. Conforme expusemos, a experiência em tela da ALMG torna viável o que Araújo (1999) afirma: na participação dos sujeitos em circuitos comunicacionais é que eles tomam conhecimento de seus direitos e deveres; e assim passam a tomar decisões sobre suas vidas, individual ou coletivamente.

Por conseguinte, para complementarmos a visão sobre essa experiência recente da ALMG no campo da interatividade *online* das reuniões de comissões, realizamos um exercício de análise qualitativa, a partir do conteúdo das notas taquigráficas da 7ª Reunião Ordinária da Comissão de Segurança Pública, da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 18ª Legislatura, realizada em 17 de abril de 2018 e das postagens *online* registradas no ambiente de participação.

Conforme Tabela 1, essa fora a audiência com maior número de perguntas e/ou mensagens dentre as realizadas nos primeiros meses de utilização da ferramenta. Ao se observar aquela experiência, tentamos compreender como a questão de interesse público em foco na audiência foi tematizada tanto no ambiente presencial da reunião (Plenarinho) quanto no espaço *online* e reconhecer as características principais da interatividade presente nesse evento. Nosso olhar considera a perspectiva de uma Comunicação Pública democrática e a urgente ampliação

das modalidades de acesso à informação e ao debate público promovido pelo legislativo mineiro no âmbito das comissões.

Quanto ao primeiro aspecto – como a questão de interesse público em foco na audiência foi tematizada tanto no ambiente presencial da reunião (Plenarinho) quanto no espaço *online* - o debate abordou, principalmente, o Decreto Estadual nº 47.368, de 6 de fevereiro de 2018, assinado pelo governador. A norma determina ao Departamento Estadual de Trânsito de Minas Gerais – Detran – o credenciamento e a contratação de pessoas jurídicas de direito privado para o exercício da atividade de vistoria veicular.

Na reunião, além das manifestações de parlamentares, como Sargento Rodrigues (presidente); Cabo Júlio (vice-presidente); João Magalhães e João Leite, a audiência contou com participação de convidados representantes do Poder Executivo Estadual (Detran e Polícia Civil), do Ministério Público, e da sociedade civil (Associação Profissional dos Despachantes Documentalistas de Minas Gerais – Adesdoc; Federação Nacional dos Despachantes de Trânsito em Minas Gerais; Conselho Regional dos Despachantes Documentalistas de Minas Gerais (CRDDMG); Conselho Nacional de Vistorias Veiculares; Associação de Vistoria dos Veículos de Minas Gerais; Associação Nacional dos Franqueadores de Vistorias, entre outros).

No início da reunião, após a aprovação dos requerimentos, o deputado Sargento Rodrigues expõe os motivos da discussão, ao levantar dúvidas sobre a legalidade do Decreto nº 47.368. Ao longo do debate argumentou, em diálogo com os demais parlamentares presentes, que a norma, em síntese: (1) feriria ao Código Tributário Nacional e à Lei de Licitação nº 8.666, uma vez que produziria uma “bitributação” sobre as vistorias, além de não realizar concorrência pública ou procedimento similar.; (2) “terceirizaria” prerrogativas da Polícia Civil e do Detran, transferindo função pública ao particular; (3) haveria “vazamento” do conteúdo do decreto, uma vez que 52 sociedades de empresários já haviam sido constituídas para realizar a atividade de inspeção veicular pouco antes deste ser publicado, já

cumprindo antecipadamente as exigências previstas na norma.; (4) facilitaria a atuação de uma suposta quadrilha interestadual que as Polícias Cíveis de outros estados já teriam investigado.

Os deputados presentes à reunião, de forma geral, se posicionaram sob uma mesma perspectiva. Seus argumentos procuraram esclarecer que o debate em torno do decreto não procura “desacreditar os empresários”, mas combater o protecionismo ou o direcionamento do credenciamento, bem como a delegação das vistorias e de outros serviços aos que possivelmente tiveram “informação privilegiada”, os “apadrinhados”.

Também durante a reunião houve certa convergência das visões entre os representantes do Ministério Público, da Polícia Civil e do Detran, em parte ou na totalidade dos argumentos apresentados pelos parlamentares. Os demais órgãos do poder público destacaram a possibilidade de fraudes nos laudos de vistoria; mesmo uma “barra de sabão” seria suficiente para uma pessoa tirar um decalque e ir ao Detran ou a uma Ciretran - Circunscrição Regional de Trânsito. Apontou-se a necessidade de o Executivo investir em formas de controle eficazes para coibir fraudes, sendo que a vistoria, de fato, necessita ser realizada com a devida lisura seja dentro das dependências do Detran ou nas dependências de empresas credenciadas, contratadas ou licitadas.

Já entre as manifestações dos representantes da sociedade civil houve divergências. O posicionamento dos integrantes do Conselho Nacional de Vistorias Veiculares; da Associação de Vistoria dos Veículos de Minas Gerais; e da Associação Nacional dos Franqueadores de Vistorias afirmaram a idoneidade de suas entidades, destacando: (1) que uma sentença federal hoje em vigor que veda ao Denatran (Departamento Nacional de Trânsito) o credenciamento de empresas em Minas Gerais, não impede que o governador emita um decreto e o Detran estadual, por sua vez, credencie empresas; (2) que em relação ao poder de polícia, haveria jurisprudência que prevê possibilidade de delegação do poder de polícia quanto aos atos

materiais prévios à análise de sua competência, o que se daria não só em vistorias, mas em outras atividades similares a elas; (3) que as empresas das entidades representadas na reunião prestam bons serviços em 12 estados brasileiros, ao realizarem vistorias de forma efetiva, prevenindo prejuízos aos proprietários de veículos, incluindo nisso a garantia de segurança à vida dos condutores. As entidades representadas destacaram que além de gerarem emprego e renda, muitas empresas do setor se constituíram há aproximadamente uma década, ou seja, muito antes do decreto 47.368; (4) que há uma produção fraudulenta de vistorias, de fato, realizadas com a ajuda “até de profissionais que trabalham próximos ao Detran”. Especificamente sobre a existência de fraudes há uma concordância entre os atores do poder público e da sociedade civil.

As representações dos despachantes, também do segmento da sociedade civil, levantaram as mesmas preocupações defendidas pelos representantes do poder público, com diferenças “internas” de entendimento quanto à parceria público-privada (PPP ou “terceirização”). A Adesdoc se posicionou contra e o CRDD a favor da PPP; esse último Conselho Regional sugeriu que fosse feito um estudo sobre como o processo se dera em outros estados.

Ao que parece, a discussão da audiência apontou para um alinhamento entre o CRDD e as empresas de vistorias, e por outro lado uma convergência da Adesdoc com o Ministério Público e o Legislativo. Embora os representantes da Polícia Civil e do Detran tenham acenado em mesmo sentido desses últimos, o fizeram com cautela durante a reunião por estarem hierarquicamente submetidos ao chefe do Executivo estadual.

Finalmente, outros problemas e denúncias foram levantados pelas representações dos despachantes durante a reunião tais como: (1) suspeitas de formação de cartel de fábricas de placas, nos municípios de Contagem e Betim; (2) a existência de uma série de empresas com mesmo contador, o que levaria a crer que fizeram “um pacote” junto a uma firma de contabilidade

para poder abri-las, sendo que o capital social da maioria delas seria inferior ao necessário para que fossem credenciadas; (3) a denúncia, devidamente amparada em ofício do corregedor de polícia, de que terceiros tramitam com documentos dentro de delegacias e da DRV (Divisão de Registro de Veículo), o que apontaria para falha grave do Detran na fiscalização de suas próprias dependências.

Como visto a complexidade do cenário normativo e das denúncias exige habilidade para promover uma discussão que resulte em providências ágeis. Dentre as resultantes diretas da reunião, os parlamentares encaminharam à chefia do Detran pedido de providências para a instalação imediata de inquérito policial com a finalidade de apurar possível direcionamento no credenciamento e na contratação de empresas credenciadas para a vistoria de veículos, empresas operadoras de tecnologia de informação e empresas de controle de qualidade especializada, todas para operação de vistoria e identificação veicular no Estado, dado o possível vazamento de informações do Decreto nº 47.368. Além disso, outro pedido de providência encaminhado ao Ministério Público de Minas Gerais, para investigação a ser presidida pelo promotor presente à reunião, para apuração de possível direcionamento no credenciamento e na contratação das referidas empresas. E um terceiro requerimento à Superintendência da Polícia Federal em Minas Gerais, considerando que a atuação de algumas dessas empresas teriam repercussão interestadual. O presidente da comissão disse que proporia um projeto de resolução com a finalidade de sustar todos os efeitos do referido decreto.

No ambiente *online*, as interações acompanharam e refletiram muito da discussão realizada no Plenarinho, o que constitui um fator positivo ao nosso ver.

O mapeamento das postagens realizadas nas seções de perguntas (40) e de bate-papo (40) demonstram a presença de

pessoas do interior, inclusive de regiões do estado mais distantes da metropolitana, como Jequitinhonha e Noroeste.

Quando as postagens (perguntas e mensagens) são analisadas por meio da técnica de nuvem de palavras, levanta-se um número total de 498 ocorrências (excluídas palavras conectivas, pronomes e similares); na recorrência das expressões predominam os mesmos substantivos e adjetivos tematizados pelos parlamentares, convidados e outros participantes que estiveram, presencialmente, na reunião.

Tabela 2 – Seções de interatividade e distribuição dos conteúdos das postagens

Seção	Participantes	Municípios	Nuvem de palavras
Perguntas (44 postagens)	14	(6) Belo Horizonte Betim Carandaí Contagem Itamarandiba João Pinheiro	Dez palavras mais citadas em perguntas e comentários: - empresas: 36; - vistorias; 18; - decreto 16; - Detran: 14; - portaria: 13; - licitação: 11; - pública: 9; - abertas: 8; - ECV's: 8; - serviços; 8.
Bate-Papo (40 postagens) 33 participantes + 7 do moderador	9	(6) Andradas Belo Horizonte Caeté Carandaí João Pinheiro Piumhi	
Ambas seções	18 (5 se repetem)	9 (3 se repetem)	498 ocorrências, sendo: 242 das 28 palavras mais citadas.

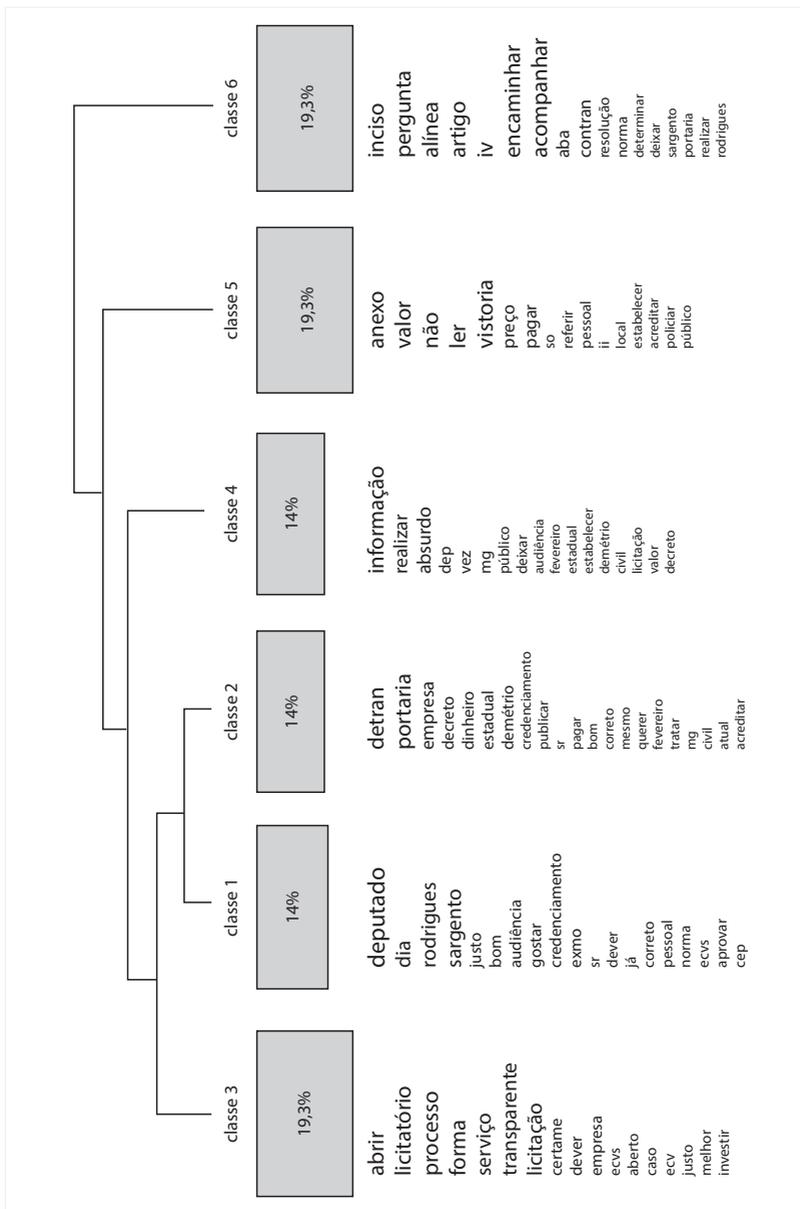
Fonte: elaborada pelos autores

Utilizando o *software* IRAMUTEQ, foi possível fazer também uma Classificação Hierárquica Descendente dos textos das postagens. Essa é uma análise em que segmentos de texto e o vocabulário são correlacionados formando um esquema hierárquico de classes. O resultado apresenta num gráfico uma visão geral dos principais temas tratados. No caso, foram encontradas seis classes distribuídas em subgrupos temáticos bem equilibrados, ou seja, não há uma predominância clara de um tema sobre o outro, mas certa uniformidade na conexão entre eles.

A classe 1 apresenta os termos mais ligados à atuação parlamentar, na qual se destaca o presidente da comissão de Segurança Pública, deputado Sargento Rodrigues. Essa classe de termos demonstra o protagonismo de sua atuação no contexto da reunião e reflete, em parte, uma certa cultura “presidencialista” das casas legislativas em que o presidente da Mesa e das comissões exercem maior influência sobre o agendamento político do parlamento e sobre como o público de algum modo percebe tal característica, muitas vezes elogiando (ou, em situação diversa, criticando) a figura do parlamentar que preside os trabalhos.

A classe 2, refere-se ao Detran, que aparece aliado às empresas e ao decreto do governador. Isso mostra a força tensionadora entre o posicionamento do Executivo entrelaçado ao segundo setor e o do legislativo, representado na figura parlamentar.

Gráfico 2 – Dendograma da Classificação Hierárquica Descendente



Fonte: elaborado pelos autores

As classes 3 (que contém 1 e 2) e a 4, respectivamente, apresentam as soluções defendidas pelos participantes (licitação, transparência e abertura) em contraste ao decreto e o “absurdo” do acesso privilegiado a “informações” que, em tese, deveriam ser públicas. A oposição entre as classes 1 e 2 ganha, nesse nível que poderíamos nomear como normativo, o debate sobre a própria legislação vigente. Aqui as categorias apontam para uma considerável compreensão legal dos participantes sobre o problema em discussão.

No último nível, o resultado da aplicação da norma (pagar, vistoria e “o não”, entre outras expressões) revela a insatisfação dos cidadãos com uma possível bitributação no nível estadual. Aqui a categoria 5 opõe-se a todas as outras categorias anteriores justamente por se firmar como efeito da lei que, seja pela via do Executivo ou pelo Legislativo, torna-se “imposta” pelo Poder Público ao cidadão. A última categoria 6 revela o embate de interesses e suas derivações no nível legal (artigo, inciso, alínea) e na situação conflitante exposta entre a decisão federal concernida a órgãos como o Denatran e o Contran e o decreto estadual, com efeitos sobre o Detran.

Importante destacar que a distribuição das classes e a configuração dos tensionamentos entre as categorias revelam participantes *online* com uma visão global da questão e com posicionamentos politicamente claros com relação à questão posta em debate.

Há uma qualificação da participação por meio das manifestações, embora o número total deles não chegue a 20 pessoas. Isso nos faz refletir que, *grosso modo*, um público numericamente maior em uma audiência não significa uma participação necessariamente melhor; por vezes pequenos grupos fazem a discussão “render” mais e a interação ser mais focada nas questões colocadas em debate, com maior qualidade. Além disso, durante a reunião os parlamentares citaram diretamente (13

vezes) e indiretamente (3 vezes) a participação *online* do público. A condução dos trabalhos optou por intercalar entre as falas dos convidados, o que contribuiu para a fluência e engajamento da audiência no evento. Em algumas perguntas lidas pelo deputado Sargento Rodrigues foi possível identificar a interação entre os participantes do *chat*, por meio de citação nominal.

“Como é possível uma empresa possuir um capital social declarado - conforme vimos no site da Receita Federal - muito inferior ao seu custo de implantação? Esse valor informado pela **Sra. Maria Carolina da Silva Costa é de aproximadamente R\$50.000,00**. Como essas empresas vão funcionar?”. Estão chegando diversas mensagens. Aqueles que não desejam falar aqui ou têm algum receio de se manifestar podem, depois, procurar a Dra. Laura, no meu gabinete. Receberemos todas essas pessoas, e, com as informações a nós repassadas, fundamentaremos, primeiro, o pedido de abertura de CPI. Também as encaminharemos à Polícia Civil, à Polícia Federal e ao Ministério Público. (MINAS GERAIS, 2018, p. 38, grifo nosso)

As perguntas não respondidas ao vivo foram encaminhadas à assessoria parlamentar para esclarecimentos por email, após o término do evento. A própria assessoria entrou no bate-papo para oferecer contato e se colocar à disposição dos participantes que estavam *online*.

Quanto ao segundo aspecto, o de reconhecer as características principais da interatividade presente no evento, podemos citar ao menos três. Primeiramente, a importância do engajamento do parlamentar nessa interatividade, no desenvolvimento da escuta e manejo das perguntas e manifestações dos públicos, seja dos presentes na ALMG, seja dos cidadãos *online*.

A alternância das falas e a exposição dos nomes dos autores das mensagens podem oscilar entre a censura e a máxima exposição. É o presidente da reunião quem atua como “fiel da balança”, de um mediador nesse caso. Ao mesmo tempo que isso dá mais protagonismo ao parlamentar e maior proximidade do cidadão com o evento, também pode suscitar decisões vistas como arbitrárias pelo público, cerceadoras do espaço de discussão. Nesse quesito, há um desafio concreto imposto à participação: o da limitação do espaço e do tempo de fala, como vemos aqui na resposta do presidente a um dos participantes presenciais:

Sr. Vagner, o senhor está falando dentro do Plenarinho, portanto não foi proibido. O senhor percebe que o Plenarinho tem um determinado tamanho. Não conseguimos fazer uma audiência pública e estendê-la ao máximo possível. É humanamente impossível atender a todos que desejam falar porque a audiência tem um início, um término e está atendendo a um propósito. (MINAS GERAIS, 2018, p.66)

Por óbvio, quanto mais ampla for a participação *online*, menos limitadora será a disponibilidade do espaço da ALMG; contudo permanecem as dúvidas sobre como ser minimamente justo com a distribuição dos tempos de fala e a qual interlocutor priorizar: o participante presencial, que teve um custo de deslocamento para tomar parte da discussão *in loco*, ou o cidadão que, morador de município muito distante, não dispõem de recursos suficientes para deslocar-se até a capital do estado? Eis aqui uma importante questão sobre acesso ao debate.

Outra importante característica da interatividade observada é da construção de um esforço institucional continuado anunciado pela ALMG em suas comunicações institucionais sobre o serviço, a qual parece se aproximar da perspectiva de comunicação pública defendida por Weber e Carnielli (2016). Mira-se uma maior

qualidade da democracia ao mesmo tempo que a cidadania é trazida para o cerne do processo de promoção do acesso e da participação.

É possível que as interações travadas ao longo da reunião não somente alimentem o debate no momento do evento, ou que facilitem o acompanhamento da discussão por pessoas que moram no interior do estado, ou que não podem estar fisicamente presentes na sede da ALMG. Além de diminuir custos com viagens e deslocamentos das equipes de assessoramento da ALMG ao interior para a reuniões in loco, a interatividade também pode subsidiar parlamentares e assessores na produção de outras comunicações derivadas do momento de encontro.

No fim da reunião, a assessora compila as perguntas para o deputado Sargento Rodrigues (PDT). Conforme explica, essas informações podem servir para embasar matérias jornalísticas do gabinete. Além disso, é feita uma análise da necessidade de uma resposta mais efetiva do parlamentar em relação a assuntos que, por exemplo, justifiquem a apresentação de requerimentos. (ALMG, 2018)

Isso significa que a continuidade do relacionamento/interatividade do cidadão com o legislativo passa, necessariamente, pela manutenção da prestação de informações pelos assessores àqueles que desejam acompanhar desdobramentos da discussão. O vínculo das comissões com os gabinetes dos parlamentares que compõem seu corpo é fundamental para a manutenção do “pulso” que ativa a participação nas casas legislativas. Na interatividade em questão observa-se com clareza como a comunicação institucional e a comunicação do mandato parlamentar podem alimentar-se mutuamente, trazendo benefícios para os cidadãos afetados pela discussão de interesse público, configurando-se, de forma complexa, como comunicação pública aliando comunicação política e comunicação governamental por uma perspectiva relacional.

A terceira, mas não menos relevante característica, refere-se às limitações impostas pelas assimetrias de acesso à tecnologia *online* pela população do estado. De acordo com a última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad C), divulgada em fevereiro de 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), somente em Minas Gerais cerca de 6,5 milhões de pessoas não estão conectadas à internet.

Dentre os principais motivos apontados para não utilização da rede, estão o fato de não dominar a tecnologia (43,4%) e a falta de interesse (39%), embora para 9,7% dos pesquisados o alto custo ainda impeça o acesso. A pesquisa evidencia que o nível de escolaridade é uma característica que influencia diretamente o uso da web: quanto maior o nível de instrução, maior também é a presença *online*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos anteriormente, Echalar e Peixoto (2017) salientam que as melhorias no padrão de vida não depende da aquisição de bens tecnológicos, mas deve ser acompanhado de um processo formativo. Assim, é papel do legislativo estadual contribuir para a formação cidadã e para a diminuição das desigualdades entre as diferentes regiões de Minas e de suas populações. Nesse sentido, a experiência da ALMG na comunicação pública se aproxima da perspectiva de Brandão (2006), em que tal comunicação é entendida como política porque visa transformar realidades e considerar a emancipação dos sujeitos que passam participar mais ativamente da vida do estado; a acompanhar a atuação de parlamentares, mesmo que à distância, pelos meios digitais e a “cobrar” mudanças.

O que temos de atentar é que o “abrir e convidar” para a participação *online* não signifique excluir ainda mais os que já estão digitalmente excluídos. Como a ferramenta se encontra

em seus primeiros meses de funcionamento, estratégias de ampliação de acesso, e mesmo de letramento digital no viés da Educação para Cidadania, poderiam ser encaminhadas pela Assembleia. Se a comunicação pública apresentasse como polissêmica, com diferentes sentidos, objetivos e contextos históricos, a identificação de oportunidades em que essas duas dimensões *online* e presencial possam se associar é fundamental à ampliação da vida democrática. Sobretudo quando se vê tantos cidadãos sem acesso aos recursos tecnológicos e com dificuldade de inserção no debate político por limitações de custos, distância ou simples desconhecimento da ferramenta.

Finalmente, acreditamos que práticas como as analisadas neste artigo são inspiradoras para ampliar a porosidade institucional e conferir abertura das Casas Legislativas que, por princípio, devem escutar e refletir as demandas e interesses coletivos dos cidadãos - inclusive daqueles que têm contra si o não-acesso ou que sofrem exclusões sociais das mais diversas naturezas. Sabemos, de antemão, que tais práticas estão longe de solucionar, por si, as profundas contradições que a comunicação pública tem a enfrentar no Brasil. Entretanto, é no exercício cotidiano das instituições que são abertas as possibilidades de interlocução que, se não atingem massivamente audiências, por outro lado permitem uma comunicação dirigida mais próxima aos concernidos nesta ou naquela questão de interesse público. Assim, podemos vislumbrar a importância da comunicação pública relacional no que tange ao exercício pleno da cidadania, visando à isonomia e utilizando-se da inclusão digital como balizadora de novas fronteiras para a democracia.

REFERÊNCIAS

ALMG lança Reuniões Interativas com participação ao vivo. **Assembleia Legislativa de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 14 abr. 2018. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2018/04/10_release_lancamento_oficial_reunioes_interativas.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

ARAÚJO, E. A. de. Informação, sociedade e cidadania: gestão da informação no contexto de organizações não-governamentais (ONGs) brasileiras. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 155-167, mai./ago. 1999.

BRANDÃO, E. P. Usos e significados do conceito comunicação pública. In: ENCONTRO DOS NÚCLEOS DE PESQUISA DA INTERCOM, 6., 2006, Brasília. **Anais...** Brasília: Intercom, 2006. Disponível em: <<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/38942022201012711408495905478367291786.pdf>> Acesso em: 04 set. 2018.

BRETAS, P. F. F.; FUSCALDI, U.; FURTADO, R. A. **Gestão em saúde:** um estudo sobre comunicação e participação popular no contexto de uma organização pública. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/viewFile/4192/13479>> Acesso em: 13 nov. 2018.

ECHALAR, A. D. L. F.; PEIXOTO, J. Programa Um Computador por Aluno: o acesso às tecnologias digitais como estratégia para a redução das desigualdades sociais. **Ensaio: Avaliação em Políticas Públicas em Educação**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 95, p. 393-413, abr. 2017.

FRANÇA, V. Paradigmas da comunicação: conhecer o quê? In: MOTTA, L. G.; WEBER, M. H.; FRANÇA, V.; PAIVA, R. (Orgs.). **Estratégias e culturas da comunicação**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

LARROUQUE, Damien. Institucionalizar las políticas de inclusión digital: los programas de Argentina, Perú y Uruguay en perspectiva comparada. **Polis**, Santiago, v. 16, n. 48, p. 107-131, 2017.

LIEDTKE, P.; CURTINOV, J. Comunicação pública no Brasil: passado, presente e futuro. **Comunicação Pública [Online]**, v.11, n. 20, 2016. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/cp/1171>>. Acesso em: 04 set. 2018.

LIMA, F; BASTOS, F. Reflexões sobre o objeto da comunicação no contexto organizacional. In: OLIVEIRA, I.; LIMA, F. **Propostas conceituais para a comunicação no contexto organizacional**. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editorial; Rio de Janeiro, Editora Senac Rio, 2012.

MATOS, H. Comunicação pública, democracia e cidadania: o caso do legislativo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 22., 1999, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Intercom, 1999. Disponível em: <<http://www.uel.br/ceca/portalrp/wp-content/uploads/9-COMUNICA%C3%87%C3%83O-P%C3%9ABLICA-DEMOCRACIA-E-CIDADANIA-O-CASO-DO-LEGISLATIVO.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2018.

MINAS GERAIS, Assembleia Legislativa. **Notas taquigráficas da 7ª Reunião Ordinária da Comissão de Segurança Pública**, da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 18ª Legislatura, realizada em 17 de abril de 2018. p. 131-208, set. 1965. ISSN 0556-5774.

OLIVEIRA, I. L. Novo sentido da comunicação organizacional: construção de um espaço estratégico. In: CONGRESSO ANUAL EM CIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO, 26., 2003, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Intercom, 2003.

REUNIÕES Interativas: como funciona. **Assembleia Legislativa de Minas Gerais**, Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/participe/reunioes_interativas/como-funciona.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

REUNIÕES Interativas aumentam participação popular. **Assembleia Legislativa de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 7 maio 2018. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2018/05/07_reunioes_interativas_balanco.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

SILVA, H. et al. Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 34, n. 1, p.28-36, jan./abr. 2005.

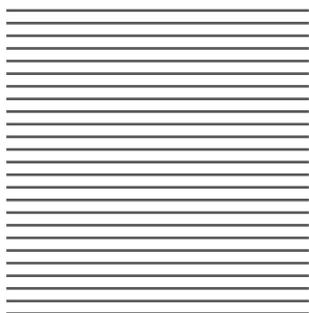
WEBER, M. H.; CARNIELLI, F. Z. A comunicação de instituições públicas e o paradoxo da visibilidade estratégica. In: ENCONTRO ANUAL DA COMPÓS, 25., 2016, Goiânia. **Anais...** Goiânia: UFG, 2016.



PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E OS IMPOSTOS ESTADUAIS

Carlos Victor Muzzi Filho*

*Doutor e mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor dos cursos de graduação e mestrado da Universidade Fumec. Advogado e Procurador do Estado de Minas Gerais.



1. INTRODUÇÃO

É uma honra participar desta bela iniciativa da Escola do Legislativo, que tão bem cumpre sua missão, atuando positivamente na formação técnica e política. E essa formação não se limita apenas aos servidores da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, mas também alcança agentes públicos em geral, líderes comunitários e cidadãos interessados em melhor conhecer e debater o Poder Legislativo. A honra é amplificada quando se assinala que a iniciativa editorial ainda coincide com o aniversário de trinta anos da Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, o que ressalta a importância de se (re)discutir o princípio constitucional da igualdade.

A proposta deste artigo é discutir algumas implicações do princípio da igualdade nos impostos de competência do estado-membro (art. 155, incisos I a III, da Constituição da República de 1988, CR/1988). A delimitação metodológica do estudo é necessária, porque há incontáveis possibilidades de se abordar o tema central da coletânea, o princípio constitucional da igualdade. E, certamente, ao autor deste capítulo faltaria “engenho e arte” para examinar todas essas possibilidades. Daí porque se examinam algumas repercussões do princípio isonômico no âmbito dos impostos estaduais, quais sejam, o ITCD (Imposto sobre Transmissões *Causa Mortis* e Doações, previsto no art. 155, inciso I, da CR/1988), o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, art. 155, inciso II, da CR/1988) e o IPVA

(Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, art. 155, inciso III, da CR/1988).

Delimitado metodologicamente o objeto do presente artigo, ainda cumpre pontuar que não se tem a pretensão, aqui, de se escrever um tratado sobre a igualdade. Por isso, serão feitas observações gerais sobre o princípio da igualdade, examinando-se esse princípio no âmbito tributário, para, finalmente, apontar algumas repercussões do princípio constitucional da igualdade nos impostos estaduais. Não se pode negar, é claro, certa arbitrariedade do autor na escolha dessas repercussões, assim como na própria explanação sobre a igualdade. Até porque são múltiplas as possibilidades de se abordar o princípio isonômico, o que impõe, então, corte metodológico baseado nas convicções pessoais do articulista.

Cumprido ainda pontuar que os argumentos tomarão em conta os dispositivos constitucionais que tratam do princípio constitucional da igualdade, enfatizando-se aquele de natureza tributária. Isso porque a Constituição da República, certamente influenciada por práticas jurídicas equivocadas, também reiterou, no capítulo dedicado ao “Sistema Tributário Nacional”, diversos princípios jurídicos que já se continham no capítulo dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. A ênfase deste trabalho, portanto, será nos dispositivos inseridos na parte tributária da Constituição da República, embora, repita-se, sejam eles, muitas vezes, reiteração de princípios constitucionais mais genéricos.

Estruturalmente, após exame mais geral do princípio constitucional da igualdade, sob o enfoque tributário, o trabalho examinará aplicações desse princípio em relação aos impostos estaduais, com observações específicas para cada um dos três impostos estaduais. Ao se finalizar, haverá item de considerações finais sobre o tema.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: A IGUALDADE TRIBUTÁRIA

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, “*caput*”, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Logo adiante, no inciso I do mesmo art. 5º, a CR/1988 dispõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Não é o caso de se retomar as discussões sobre a igualdade “na lei” e igualdade “perante a lei”, até porque, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, “entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia” (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 9). Portanto, tem-se como premissa, aqui, que o princípio constitucional da igualdade, malgrado a literalidade do “*caput*” do art. 5º da CR/1988, significa não apenas que “todos são iguais perante a lei”, mas que também a lei deve a todos tratar com igualdade¹.

Noutro passo, é verdadeiro truísmo dizer, como disse Rui Barbosa, no afamado discurso “Oração aos moços”, que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigualam” (BARBOSA, 1997, p. 666). A fórmula, em suas muitas variações², não diz muito,

- 1 Nesse mesmo sentido, Robert Alexy registra que também o “[...]Tribunal Constitucional Federal, desde as suas primeiras decisões, assumiu como evidente a vinculação do legislador ao enunciado da igualdade, ou seja, assumiu uma interpretação do art. 3º, § 1º, não apenas como um dever de igualdade na aplicação, mas também na criação do direito” (ALEXY, 2008, p. 395). Alexy informa que o mencionado art. 3º, § 1º, da Constituição alemã também dispõe que “ todos são iguais perante a lei” (ALEXY, 2008, p. 393).
- 2 Robert Alexy também se refere à “ fórmula clássica”, qual seja, “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”, fazendo alusão ainda às lições da Antiguidade Clássica, notadamente em Platão e em Aristóteles (ALEXY, 2008, p. 97, especialmente nota nº 15).

porque, como pontifica Cármen Lúcia Antunes Rocha, “reside na busca do critério justo para a igualação e para a desigualação o nódulo mais grave e de difícil equacionamento jurídico para a perfeição do princípio constitucional da igualdade” (ROCHA, 1990, p. 45).

Portanto, o desafio jurídico é estabelecer quais critérios podem ser empregados para desigualar as pessoas ou as situações, definindo, ainda, quais critérios não podem ser empregados para desigualar. E, nesse desafio, embora possa haver situações em que os critérios sejam óbvios, situações outras, muito mais nebulosas, tornarão realmente difícil definir se o critério eleito para distinguir deve, ou não, ser aceito.

Veja-se, como exemplo, que a CR/1988 dispõe que o serviço militar é obrigatório, em tempos de paz, apenas para homens não eclesíásticos (art. 143 da CR/1988), uma vez que as “mulheres e os eclesíásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz” (art. 143, § 2º, da CR/1988). Portanto, os critérios “sexo” (homem e mulher) e “exercício de funções religiosas” (não eclesíástico e eclesíástico) são empregados pela CR/1988 para distinguir aqueles que, em tempo de paz, estão obrigados ou não a cumprir o serviço militar obrigatório. A CR/1988 também emprega o critério “sexo” para distinguir as idades mínimas de aposentadoria para homens e mulheres (art. 201, § 7º, inciso III, alíneas *a* e *b*, da CR/1988). Por outro lado, a mesma CR/1988 estabelece a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, inciso XXX), não admitindo, pois, que o critério “sexo”, usado para desigualar no serviço militar obrigatório e na aposentadoria, seja empregado para distinguir salários, exercício de funções e critérios de admissão.

Assim, não é o critério em si, mas o emprego dele, que legitimará, ou não, a distinção feita. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o ponto nodular para exame da correção de

uma regra em face do princípio isonômico reside na *existência ou não de correlação lógica* entre o fato erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele” (BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 37).

E, cabe acrescentar, os critérios adotados e a correlação lógica deles com o objetivo da norma jurídica são sujeitos a variações de tempo e lugar, pois, como adverte Cármen Lúcia Antunes Rocha, o “princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer que ele seja”, de modo que tal princípio “não é um princípio passivo ou estático, pois ele é uma projeção do querer político e do agir político de um povo manifestado no fazer e no aplicar o seu Direito” (ROCHA, 1990, p. 28-29, *“passim”*). A CR/1988, certamente influenciada pelo longo período de paz (no sentido de ausência de guerra externa) vivido pelo Brasil, limita o serviço obrigatório, como visto, apenas para os homens. Em Israel, país sempre às voltas com guerras externas, o serviço militar é obrigatório para homens e mulheres³, sem que se possa afirmar, no Brasil ou em Israel, que haja ofensa ao princípio da igualdade, conquanto a mesma situação jurídica receba tratamentos opostos.

Em termos tributários, a CR/1988, de certo modo enfatizando a regra do art. 5º, inciso I, também da CR/1988, dispõe ser vedado “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente [...]” (inciso II do art. 150). Ademais, no mesmo inciso, a CR/1988 dispõe ainda ser “proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos” (parte final do mesmo inciso II do art. 150).

3 Reportagem da Folha de São Paulo, em 3 de dezembro de 2017, informa que apenas em Israel o serviço militar é obrigatório para homens e mulheres, ressaltando que, de 2012 até 2017, houve incremento de 500% (quinhentos por cento) no número de mulheres que optam por prestar o serviço militar como “combatentes”, e não como “administrativos” (disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/12/1940138-mulheres-ganham-espaco-no-exercito-de-israel.shtml>, consulta em 15 ago.2018).

A parte final do dispositivo mencionado enfatiza que “ocupação profissional ou função” não são critérios para desigualar contribuintes, não importando a “denominação jurídica” que se atribua aos “rendimentos, títulos ou direitos”. A CR/1988 assim o faz porque deseja abolir distinções que, nas ordens constitucionais anteriores, havia para certas categorias profissionais, como os magistrados⁴. Daí porque, mais adiante, ao tratar especificamente do Imposto de Renda, a CR/1988 reitera que tal imposto ainda seria informado pelos “critérios da generalidade” e da “universalidade” (art. 153, § 2º, inciso I).

Além de proibir a instituição de tratamentos desiguais a contribuintes que se encontrem na mesma situação, a CR/1988 também determina que os impostos, “sempre que possível, [...] terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]” (art. 145, § 2º). Trata-se do princípio da capacidade contributiva, que desperta incontáveis polêmicas e definições.

Todavia, para os fins deste trabalho, entende-se que a capacidade contributiva, na expressão de José Artur Lima Gonçalves, é a “formulação positiva ou conteúdo positivo da regra de isonomia”, determinando o critério – riqueza ou capacidade econômica do contribuinte – a ser considerado para se fazer as discriminações em sede tributária (GONÇALVES, 1993, p. 56). Nesse mesmo tom, Regina Helena Costa vê a capacidade contributiva como “derivação de um princípio mais geral que é o

4 Registra Hugo de Brito Machado que a “regra em referência parece ter tido o propósito de afastar a isenção do imposto de renda que no passado favorecia titulares de certos cargos, como os de juiz” (MACHADO, 2012, p. 218). Também Renato Lopes Becho anota que, antes da CR/1988, “algumas classes de servidores públicos eram beneficiadas, como os membros da Magistratura, do Ministério Público, militares e diplomatas, que não recolhiam Imposto de Renda sobre todos os seus rendimentos, mas apenas sobre o que à época era chamado de salário-base, significando uma parte muito pequena de todos os seus rendimentos” (BECHO, 2011, p. 398). Esses privilégios eram autorizados pelo art. 21, IV, da Constituição da República de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, segundo o qual cabia à União instituir imposto de rendas e proventos de qualquer natureza, “salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos na forma da lei”.

da igualdade”, invocando a lição de José Marcos Domingues de Oliveira para afirmar que “o critério de igualação ou desigualação há de ser a riqueza de cada um” (COSTA, 2003, p. 41).

Portanto, a igualdade tributária, em sua estrutura básica, impede que sejam tratados de forma diferente aqueles contribuintes que estejam em situação equivalente (art. 150, II, da CR/1988), elegendo como principal critério para discriminar a riqueza manifestada pelo contribuinte, isto é, a sua capacidade econômica (art. 145, § 2º, da CR/1988).

Observe-se, todavia, que a própria Constituição da República, em dispositivos diferentes, elege outros critérios de discriminação, que não a capacidade contributiva. Luís Eduardo Schoueri, nesse compasso, após anotar que “a aplicação do princípio da igualdade pressupõe a eleição de medida (princípios)” que sirvam para desigualar, menciona como exemplos de “parâmetros expressamente aceitos” a “seletividade (art. 153, § 3º, inciso I, e art. 155, § 2º, inciso III); o destinado ao exterior (artigo 153, § 3º, III, artigo 155, § 2º, X, ‘a’ e artigo 156, § 3º, II); o uso da propriedade segundo sua função social (artigos 153, § 4º e 182, § 4º, II)”, entre outros (SCHOUERI, 2005, p. 274-275, “*passim*”).

A capacidade contributiva, ademais, provoca novas polêmicas quando confrontada com a função extrafiscal dos tributos, isto é, com o uso da tributação para alcançar outros objetivos que não a mera arrecadação de recursos para o erário. Pretendendo o legislador, por exemplo, atrair investimentos para o estado-membro ou para o município, o critério distintivo poderá ser a capacidade de gerar empregos, não tendo a mesma importância, então, a capacidade contributiva do contribuinte. Luís Eduardo Schoueri, ao examinar, assim, o “confronto das normas tributárias indutoras com o princípio da igualdade” (SCHOUERI, 2005, p.

277), aponta algumas divergências doutrinárias em torno do tema⁵.

Nessa trilha, expõe Schoueri, há autores, como Fernando Sainz de Bujanda, que negam a possibilidade das normas tributárias serem empregadas para outros fins que não a arrecadação de recursos, por implicar ofensa à igualdade (SCHOUERI, 2005, p. 278); outros, prossegue Schoueri, como Klaus Tipke, entendem que o uso extrafiscal da tributação estaria submetido não ao princípio da igualdade ou da capacidade contributiva, mas “ao princípio do Estado Social” (SCHOUERI, 2005, p. 278); finalmente, ainda com Luís Eduardo Schoueri, autores na linha de Francesco Moschetti rejeitam a existência de incompatibilidade entre o uso extrafiscal do tributo e o princípio da igualdade, assinalando que o alcance desse princípio não deve ser extraído apenas da capacidade contributiva, mas também “de um conjunto de valores prestigiados constitucionalmente” (SCHOUERI, 2005, p. 280).

Humberto Ávila (2008), autor que afasta a pertinência da capacidade contributiva em relação ao uso extrafiscal do tributo (ÁVILA, 2008, p. 160), por entender que ela não se mostra adequada como critério para se fazer as discriminações tributárias em sede extrafiscal (ÁVILA, 2008, p. 161), propõe o uso da proporcionalidade para se validar, ou não, a discriminação extrafiscal. Evidentemente, a utilização extrafiscal do tributo torna mais complexo o controle dos critérios de discriminação adotados, pontuando o citado jurista, nesse sentido, que a

instituição de um tributo com finalidade extrafiscal, no entanto, fará com que o ente estatal se afaste, em maior ou menor medida, do ideal de igualdade [...] Esse afastamento faz com que

5 Luís Eduardo Schoueri, cabe esclarecer, entende que as “normas tributárias indutoras” são espécie do gênero “extrafiscalidade”, que abrange “todo o conjunto de funções da norma diversas da fiscalidade, i.e., da simples busca da maior arrecadação” (SCHOUERI, 2005, p. 32).

a tributação se submeta a outro tipo de controle: o controle da proporcionalidade (ÁVILA, 2008, p. 162).

Haverá que se perquirir, nesse cenário, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade (em sentido estrito) da discriminação feita pelo legislador, tendo em vista a finalidade almejada com o uso extrafiscal do tributo (ÁVILA, 2008, p. 162-163).

Neste estudo, entende-se que não há incompatibilidade entre o emprego extrafiscal da tributação e o princípio da igualdade. Entende-se, sim, que a igualdade, em relação à extrafiscalidade, baseia-se em outros critérios de discriminação, que não se restringem apenas à capacidade econômica do contribuinte. Partindo, pois, dessas premissas iniciais, examinam-se, a seguir, algumas das aplicações do princípio da igualdade relativamente aos impostos estaduais.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E OS IMPOSTOS ESTADUAIS

Passando, então, ao exame dos impostos estaduais, serão destacados, em relação a cada um dos três impostos estaduais, alguns aspectos que julgo mais relevantes. Não é pretensão deste trabalho apreciar todos os aspectos e nuances do princípio da igualdade em relação ao ITCD, ao ICMS e ao IPVA, mas, sim, sublinhar alguns temas que conduzem a interessantes debates sobre a relação da igualdade com os impostos estaduais.

3.1. O ITCD e a igualdade: tributação progressiva e capacidade contributiva

O Imposto sobre Transmissões "*Causa Mortis*" e Doações, ITCD, previsto no art. 155, inciso I, da CR/1988, incide sobre as

heranças e as doações, isto é, transmissões não onerosas de bens e direitos, seja por ato “causa mortis” (herança), seja por ato “inter vivos” (doações).

No Brasil, é recorrente a crítica de que as heranças não são tributadas como deveriam, eis que as alíquotas incidentes são, em comparação com outros países, muito baixas. Desse modo, não seria prestigiado o princípio da igualdade, na medida em que contribuintes com maior capacidade econômica não sofreriam maior incidência do imposto. A alíquota máxima do ITCD, por força do art. 155, § 1º, inciso IV, da CR/1988, deve ser fixada pelo Senado Federal, que estabeleceu a alíquota máxima do ITCD em 8% (oito por cento), nos termos do art. 1º da Resolução nº 9, de 5 de maio de 1992.

Essa alíquota máxima é criticada por vários autores, dentre eles, Ricardo Lobo Torres, para quem a “CF bloqueou a aplicação progressiva do tributo, deferindo ao Senado a competência para a fixação das alíquotas máximas”, eis que aquele percentual de 8% (oito por cento) afastaria o imposto “da idéia de justiça fiscal que tem predominado nos países mais cultos, concretizada pela incidência progressiva das transmissões gratuitas, aconselhável em face do flagrante incremento da capacidade contributiva dos beneficiários” (TORRES, 2007, p. 226).

A progressividade, explica Sacha Calmon Navarro Coêlho, “é instrumento técnico e também princípio, na dicção constitucional, que conduz à elevação das alíquotas à medida que cresce o montante tributável, indicativo da capacidade econômica” (COÊLHO, 2016, p. 304). Prevista, inicialmente, apenas em relação ao Imposto de Renda (art. 153, § 2º, inciso II, da CR/1988), a progressividade, posteriormente, foi expressamente estendida ao ITR, Imposto Territorial Rural, nos termos do art. 153, § 4º, inciso I, da CR/1988 (na redação da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003), e ao IPTU, Imposto Predial e Territorial

Urbano, conforme art. 156, § 1º, inciso I, da CR/1988 (na redação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000).

Todavia, Misabel Abreu Machado Derzi, em nota de atualização à obra de Aliomar Baleeiro, pontua que o art. 145, § 1º, da CR/1988, já seria suficiente para autorizar “a progressividade nos impostos incidentes sobre a sucessão e o patrimônio” (BALEIRO, 2010, p. 871), porque exigiria a gradação do imposto, conforme a capacidade econômica. É, pois, a progressividade mecanismo para aplicação dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, permitindo que a tributação seja graduada, ou seja, se torne mais onerosa à medida que se demonstra a maior capacidade econômica do sujeito passivo.

Thomas da Rosa de Bustamante e Franklin Vinícius Marques Dutra, nessa linha, comparam a tributação sobre a herança no Brasil e na Alemanha, para demonstrar a pouca progressividade do imposto brasileiro. Explicam que a legislação alemã divide os contribuintes em três diferentes classes (definidas conforme a proximidade do grau de parentesco dos herdeiros com o falecido), com alíquotas progressivas para cada classe de contribuintes, podendo chegar “seus valores máximos, conforme vai aumentando o patrimônio, em 30% para a classe 1 e 50% para a classe 3, ambas no caso de patrimônio acima de 26 milhões de Euros” (BUSTAMANTE; DUTRA, 2016, p. 627). Entendem esses autores que “já passou da hora do Senado Federal aumentar as alíquotas máximas do ITCD, pois, em análise de direito comparado, elas não servem nem para o começo da conversa” (BUSTAMANTE; DUTRA, 2016, p. 628).

Efetivamente, a Resolução nº 9, de 1992, do Senado Federal, é empecilho ao melhor emprego do princípio da capacidade contributiva, no que tange à transmissão de heranças e doações, visto que limita o potencial da progressividade, técnica que melhor poderia alcançar a efetiva tributação das maiores heranças e doações. Porém, a discussão sobre o ITCD não deve

se prender apenas à definição da alíquota máxima, mas também às faixas de tributação, visto que, na experiência internacional, prevalece a tributação das heranças de maior valor, enquanto, no Brasil, por via de regra, a tributação incide sobre heranças de valor pequeno.

Veja-se que, em Minas Gerais, basicamente, isenta-se do ITCD, nos termos do art. 3º, inciso I, letra a, da Lei Estadual nº 14.941, de 29 de dezembro de 2003 (Lei do ITCD), o “imóvel residencial com valor total de até 40.000 Ufemgs (quarenta mil Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais), desde que seja o único bem imóvel de monte partilhável cujo valor total não exceda 48.000” Ufemgs. Em valores de 2018, 40.000 Ufemgs equivalem a R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), enquanto 48.000 Ufemgs valem R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais), considerando o valor de R\$ 3,2514 para cada Ufemg (conforme art. 1º da Resolução nº 5.073, de 29 de dezembro de 2017, do Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais).

Em outros países, contudo, as faixas de isenção são consideravelmente superiores. Nos Estados Unidos, são tributadas apenas as heranças superiores a US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares); no Reino Unido, heranças superiores a £ 325.000,00 (trezentos e vinte e cinco mil libras esterlinas); na França, 159.000,00 € (cento e cinquenta e nove mil euros); na Alemanha, 400.000,00 €; e, na Grécia 95.000,00 € (noventa e cinco mil euros)⁶.

Portanto, a busca por uma tributação que melhor atenda o princípio da igualdade, em sede de ITCD, exige não apenas o incremento de alíquotas, com ampliação da progressividade,

6 Informações disponíveis no “site” do CESIFO – Center for Economic Studies (CES) – Ifo Institute, da GmbH (Munich Society for the Promotion of Economic Research), <https://www.cesifo-group.de/ifoHome/facts/DICE/Public-Sector/Public-Finance/Taxes/inheritance-taxation-general-characteristics/fileBinary/inheritance-taxation-general-characteristics.pdf>, consulta em 17.ago.2018.

mas ainda a ampliação da isenção, para que a tributação alcance apenas os herdeiros que manifestem, efetivamente, maior capacidade econômica. Não é razoável, por exemplo, tributar o imóvel transmitido a dois ou três herdeiros, apenas porque o valor desse imóvel é superior a R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais).

Noutro passo, recorde-se que, em Minas Gerais, a tributação do ITCD já adotou alíquotas progressivas. Na redação original do art. 10 da Lei Estadual nº 14.941, de 2003 (Lei do ITCD), as alíquotas incidentes na transmissão de heranças variavam em quatro faixas (3%, 4%, 5% e 6%), variando em duas faixas (2% e 4%) na tributação das doações⁷. Com a edição da Lei Estadual nº 17.272, de 28 de dezembro de 2007, o referido art. 10 foi alterado, passando a prever a alíquota única de 5% (cinco por cento).

Certamente, o legislador mineiro fez a modificação em razão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que consolidou, no início dos anos 2000, o entendimento de que a progressividade tributária dependeria de expressa previsão constitucional, não sendo aplicável apenas por força da regra geral contida no art. 145, § 1º, da CR/1988. Nesse sentido, foram editadas,

7 Art. 10 da Lei Estadual nº 14.941, de 2003, na redação que vigorou até 27.mar.2008, alterada pela edição da Lei Estadual nº 17.272, de 28 de dezembro de 2007: “Art. 10 – O imposto será calculado aplicando-se as seguintes alíquotas sobre o valor total fixado para a base de cálculo dos bens e direitos transmitidos: I - por causa mortis: a) 3% (três por cento), se o valor total dos bens e direitos for de até 90.000 (noventa mil) UFEMGs; b) 4% (quatro por cento), se o valor total dos bens e direitos for de 90.001 (noventa mil e uma) até 450.000 (quatrocentas e cinquenta mil) UFEMGs; c) 5% (cinco por cento), se o valor total dos bens e direitos for de 450.001 (quatrocentas e cinquenta mil e uma) até 900.000 (novecentas mil) UFEMGs; d) 6% (seis por cento), se o valor total dos bens e direitos for superior a 900.000 (novecentas mil) UFEMGs; II - por doação: a) 2% (dois por cento), se o valor total dos bens e direitos for de até 90.000 (noventa mil) UFEMGs; b) 4% (quatro por cento), se o valor total dos bens e direitos for superior a 90.000 (noventa mil) UFEMGs.”

em 2003, as Súmulas nº 656⁸ e nº 668⁹, ambas do STF, relativas, respectivamente, ao ITBI (Imposto de Transmissão “Inter Vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, de competência municipal, conforme art. 156, inciso II, da CR/1988) e ao IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano, também de competência municipal, conforme art. 156, inciso I, da CR/1988). O entendimento adotado pelo STF foi criticado também por Misabel Abreu Machado Derzi, que, em atualização de outra obra de Aliomar Baleeiro, afirmou que “a posição que fora vitoriosa na Corte Suprema, para afastar a progressividade do IPTU, visto como tributo real e pessoal, nunca coube confortavelmente no § 1º do art. 145, que sempre determinou a pessoalidade dos impostos ‘sempre que possível’” (BALEIRO, 2013, p. 335).

Certo é, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, efetivamente, alterou seu entendimento de modo a reconhecer a constitucionalidade da progressividade de alíquotas do ITCD, apesar de não existir específica autorização constitucional. O STF admitiu que essas alíquotas aumentassem à medida que se aumenta a base de cálculo do imposto, em decisão tomada no julgamento do Tema nº 21 da Repercussão Geral, já em 2013, fixando-se a seguinte tese: “É constitucional a fixação de alíquota progressiva para o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação — ITCD”.

É evidente a contradição entre o Tema nº 21 da Repercussão Geral, mais recente, e as antigas Súmulas nº 656 e nº 668, podendo se afirmar, assim, que o entendimento atual do STF

8 Súmula 656: “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”.

9 Súmula 668: “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”. Anote-se que a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, expressamente, previu a progressividade do IPTU, acrescentando o inciso I ao § 1º do art. 156 da CR/1988, de modo a permitir que o IPTU seja “progressivo em razão do valor do imóvel”.

admite a progressividade de alíquotas em razão do aumento da base de cálculo. Ampliou-se, então, na forma daquele Tema nº 21, o alcance do princípio da capacidade contributiva, cuja aplicação deve ser feita com base apenas no art. 145, § 1º, da CR/1988, independentemente de previsão específica em relação a cada imposto.

Nesse cenário, então, o legislador mineiro deve considerar seriamente a possibilidade de reintroduzir a progressividade de alíquotas no ITCD, de modo a melhor atender o princípio da igualdade, discriminando os contribuintes com base na capacidade contributiva, objetivamente apurada a partir dos valores das heranças e doações.

3.2. O ICMS e a igualdade: seletividade e regimes especiais de tributação (RET's)

Em relação ao ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, art. 155, inciso II, da CR/1988), dois aspectos relacionados ao princípio da igualdade podem ser sublinhados.

O primeiro deles refere-se à seletividade, isto é, à previsão de que o ICMS “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, inciso II, da CR/1988). A seletividade do ICMS, anota Ricardo Lobo Torres, é novidade em relação aos anteriores regimes constitucionais, que pressupunham a neutralidade econômica do ICMS (TORRES, 2007, p. 322). Portanto, o ICMS pode incidir de forma diferente, empregando-se como critério a maior ou menor essencialidade da mercadoria ou do serviço tributado: quanto mais essencial, menor deve ser o imposto; quanto menos essencial, maior pode ser a tributação.

Por meio da seletividade, então, pode-se buscar alcançar, indiretamente, a capacidade contributiva. O ICMS é imposto sobre consumo. Seu ônus financeiro é suportado pelos consumidores,

chamados, por isso, contribuintes de fato, e não pelos contribuintes de direito (comerciantes, industriais, etc.). Todavia, não se pode definir a alíquota em razão do consumidor final, dadas as óbvias dificuldades práticas de se fazer essa identificação em cada operação de circulação de mercadoria. A seletividade do ICMS, assim, surge como mecanismo que busca a aproximação com a capacidade contributiva, partindo do pressuposto de que as pessoas com menor capacidade contributiva consumirão, principalmente, as mercadorias mais essenciais. Por isso, a tributação dessas mercadorias mais essenciais deve ser menor, ao passo que as mercadorias menos essenciais, supostamente consumidas pelas pessoas com maior capacidade econômica, sofrerão tributação mais gravosa.

Roque Antonio Carrazza, nesse tom, afirma que o ICMS deve ser seletivo (CARRAZA, 2015, p. 538), não obstante o art. 155, § 2º, inciso III, da CR/1988, dispor que o ICMS “poderá” ser seletivo, em flagrante oposição com o dispositivo que determina que o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) “deverá” ser seletivo em função da “essencialidade do produto” (art. 153, § 3º, inciso I, da CR/1988). Teoricamente, também comungo desse entendimento, entendendo que o princípio da igualdade, aplicado ao ICMS, exige que ele seja seletivo. Todavia, não vejo como superar a dicção literal do texto da CR/1988, que, claramente, sob esse ângulo, distingue o ICMS do IPI, no que tange à seletividade, dispondo que o ICMS “poderá” – e não “deverá”, como o IPI – ser seletivo.

O tema, desde 2014, encontra-se submetido ao rito da repercussão geral, Tema nº 745, aguardando o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Enquanto não se resolve, contudo, a questão, permanece atual a crítica de Ricardo Lobo Torres, segundo a qual “os Estados-membros vêm aplicando a seletividade às avessas, agravando a incidência sobre os consumos essenciais ao povo, como a eletricidade e os combustíveis” (TORRES, 2007, p. 322).

O segundo aspecto do ICMS refere-se aos chamados regimes especiais de tributação (RET). Como anotei em outro estudo, o regime especial de tributação “é mecanismo previsto na legislação tributária que, exigindo o consentimento (e a iniciativa) do contribuinte, permite alterar aspectos não apenas formais da obrigação tributária relativa ao ICMS, mas, sobretudo, aspectos materiais daquela obrigação” (MUZZI FILHO, 2016, p. 262). Em um cenário de “guerra fiscal”, isto é, de disputa entre os estados para a atração de empresas ao seu território, os regimes especiais têm proliferado como mecanismo de atração dessas empresas, em verdadeira contratualização da relação jurídica tributária. Em Minas Gerais, a Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais apontou que, em 2015, foram concedidos mais de 4 mil regimes especiais a contribuintes sediados em Minas Gerais, sendo que a maior parte deles, cerca de 2.800, “continha normas sobre a definição da obrigação tributária principal” (MUZZI FILHO, 2016, p. 263). Na prática, então, o ICMS é, para usar a expressão de Fernando Rezende, um “impuesto en busca de una identidad. Los varios regímenes aplicados a La administración y cobro de este impuesto hacen casi imposible identificar sua naturaleza” (REZENDE, 2012, p. 5).

A proliferação dos regimes especiais de tributação é evidente desafio para a aplicação do princípio da igualdade, seja em relação ao acesso dos contribuintes a esses regimes, seja ainda em relação ao controle do conteúdo desses regimes, na medida em que eles são fixados caso a caso.

Em minha tese de doutorado abordei o tema, anotando que o primeiro desafio do princípio da igualdade, no que se refere aos regimes especiais do ICMS, “relaciona-se com a igualdade de acesso ao fisco”, visto que “não são todos os contribuintes que têm possibilidade de dialogar com as autoridades fiscais, o que, via de regra, ocorre apenas com grupos econômicos

mais fortes, que mantêm interlocução quase que permanente com as cúpulas dos órgãos fazendários” (MUZZI FILHO, 2013, p. 134-135). A solução mais plausível para garantir a igualdade de acesso ainda me parece ser a sua procedimentalização, de modo a permitir que qualquer contribuinte, conhecendo os procedimentos específicos previstos na legislação tributária, possa buscar a celebração de um regime especial de tributação (MUZZI FILHO, 2013, p. 136).

O segundo desafio, anotei no mesmo trabalho, prende-se à “dificuldade de se estabelecer padrões normativos que possam atender às particularidades de todos os contribuintes (ou grupos de contribuintes)” (MUZZI FILHO, 2013, p. 137). A adoção do regime especial de tributação, por definição, visa a atender peculiaridades da atividade empresarial do contribuinte, o que impede a padronização das regras, porque, caso padronizadas as regras dos regimes, eles deixariam de ser especiais, tornando-se gerais (MUZZI FILHO, 2013, p. 137).

Daí porque, na mencionada tese de doutorado, afirmei que o respeito ao princípio da igualdade exigiria, no que se refere aos regimes especiais de tributação, a necessária publicidade da concessão de tais regimes, como “mecanismo de controle dos atos da Administração Pública” (MUZZI FILHO, 2013, p. 139). Salientei que, “em relação a acordos fiscais, as ‘exigências da publicidade’ devem ser temperadas com os devidos cuidados, porque tais acordos envolvem, normalmente, questões relacionadas à proteção da concorrência e ao sigilo fiscal e comercial” (MUZZI FILHO, 2013, p. 140).

Portanto, o constante uso dos regimes especiais de tributação, em sede de ICMS, exige novas posturas dos operadores do direito, a fim de que esses regimes não provoquem violação da igualdade tributária. Não obstante já terem passado mais de cinco anos desde a apresentação de minha tese de doutorado, o tema

continua ainda pouco explorado, havendo enormes desafios a serem enfrentados.

3.3. O IPVA e a igualdade: a diferenciação de alíquotas

Quanto ao IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), previsto no art. 155, inciso III, da CR/1988, a aplicação da isonomia, conquanto tenha despertado algumas polêmicas jurisprudenciais no passado, está suficientemente balizada por regra acrescentada ao texto constitucional. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 42, de 2003, acrescentou o § 6º ao art. 155 da CR/1988, prevendo, em seu inciso II, que o IPVA “poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização”.

Por via desse dispositivo constitucional, resolveu-se a questão da constitucionalidade da adoção do tipo de veículo (veículo movido a álcool ou a gasolina, por exemplo) ou da sua utilização (veículo utilitário, veículo utilizado para o transporte público, veículo para locação, etc.) como critérios para distinguir as alíquotas. A legislação mineira, por exemplo, Lei Estadual nº 14.937, de 23 de dezembro de 2003, adota uma alíquota geral de 4% (art. 10, inciso I), prevendo, porém, uma série de outras alíquotas: alíquota de 3% para “furgão e caminhonete de cabine simples, exceto a estendida” (art. 10, inciso II); alíquota de 1% “para veículos destinados a locação, de propriedade de pessoa jurídica”, desde que atendidas certas condições definidas na lei (art. 10, inciso III); alíquota de 1% para “ônibus, microônibus, caminhão, caminhão-trator e aeronave”, entre outras alíquotas definidas nos nove incisos do aludido art. 10 da Lei Estadual nº 14.937, de 2003.

O Supremo Tribunal Federal sempre legitimou essa aplicação da igualdade tributária, isto é, sempre entendeu que se poderiam adotar, como critério de discriminação para fins de se fixar as

alíquotas do IPVA, características dos veículos automotores ou da sua utilização. Nesse sentido, afirmou o STF que, “mesmo antes da EC 42/03 – que incluiu o § 6º, II, ao art. 155 da CF –, já era permitida a instituição de alíquotas de IPVA diferenciadas segundo critérios que não levem em conta a capacidade contributiva do sujeito passivo”, mencionando-se, especificamente, a utilização “do tipo e da utilização do veículo” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 601.247/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe, 13.jun.2012).

É necessário salientar que o emprego de alíquotas diferenciadas não se confunde com eventual uso de alíquotas progressivas. Enquanto as alíquotas progressivas variam de acordo com o valor pecuniário do veículo automotor (ou seja, quanto maior a base de cálculo, maior a alíquota), a alíquota diferenciada varia de acordo com o tipo ou o uso do veículo.

A legislação mineira, como visto, adota a diferenciação de alíquotas (art. 10 da Lei Estadual nº 14.937, de 2003). Todavia, tendo em vista a consolidação, no STF, de que a progressividade se aplica aos tributos incidentes sobre o patrimônio (“*retro*”, item 3.1), não se deve descartar também a adoção da progressividade de alíquotas. Lembra Sacha Calmon Navarro Coêlho que os “veículos automotores expressam signos presuntivos de capacidade econômica pessoal” (COÊLHO, 2016, p. 464). Desse modo, a legislação estadual pode e deve tributar de forma mais onerosa, por exemplo, veículos de luxo, de alto padrão de acabamento, cujo valor de mercado está na casa das centenas de milhares de reais. Afinal, não há dúvida de que a propriedade de um veículo de passeio cujo valor seja de, por exemplo, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), denota maior capacidade contributiva do que a propriedade de veículo de passeio da ordem de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Assim, embora a legislação mineira já adote a diferenciação de alíquotas, não se deve descartar a adoção também de alíquotas progressivas, buscando-se a melhor aplicação do princípio da igualdade, em relação ao IPVA.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirmado no início desta exposição, a igualdade é tema muito amplo, não se podendo esperar respostas definitivas para as incontáveis discussões que ela provoca. Por essa razão, ao longo deste trabalho, optou-se por vários cortes metodológicos, na tentativa de se apresentarem argumentos harmônicos e concisos em torno do tema proposto, considerando-se, também, eventuais repercussões práticas dessas discussões. Ao final, a sensação é a de que são muitos os desafios na implementação do princípio da igualdade, exigindo-se permanente atuação dos operadores do direito, a fim de que não se tenha, no princípio da igualdade, mera *intenção*, mas *efetiva aplicação*.

Em relação aos impostos estaduais, viu-se que, relativamente ao ICMS, os desafios são enormes, até porque, de fato, o imposto sobre o consumo passa por importantes transformações, sendo a aplicação da igualdade nos regimes especiais de tributação o ponto mais sensível e desafiador.

Em relação ao ITCD e ao IPVA, a busca pela igualdade exige que tais impostos se tornem efetivamente progressivos, havendo espaço para decisiva atuação da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, para aperfeiçoamento da igualdade tributária, exigindo-se tais impostos em consonância com a capacidade contributiva dos contribuintes.

Mais do que simplesmente aumentar a arrecadação tributária, o uso correto do princípio da igualdade e de suas variações

tornará mais justa a tributação, devendo ser objetivo constante do sistema jurídico, até mesmo como fonte de legitimação desse sistema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BALEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 8. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Escritos e discursos seletos**. 1. ed. 3. reimpr. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

BECHO, Renato Lopes. **Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; DUTRA, Franklin Vinícius Marques. A tributação sobre heranças e doações e sua justificação moral: parâmetros introdutórios para a sua valoração e para melhoramento no sistema jurídico. *In*: DERZI, Misabel Abreu Machado; ALMEIDA MELO, João Paulo Fanucchi de (Coord.). **Justiça fiscal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 617-630.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Isonomia na norma tributária**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MUZZI FILHO, Carlos Víctor. Regime especial de tributação no ICMS: o necessário enfoque contratual. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz e outros (Coord.). **Direito tributário e financeiro II** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 256/272. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/910506b2/144qq457/Fce0Jgn2uGsdIDol.pdf>>. Acesso em 22 de agosto de 2018.

_____. **O consentimento do contribuinte como técnica de segurança jurídica e praticabilidade no Estado democrático de direito**. 2013. 201 f. Tese (Doutorado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

REZENDE, Fernando. **El ICMS: génesis, mutaciones, actualidad y caminos para su recuperación**. Washington: Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2012. 62 p. (Documento de debate, nº IDB-DP-231). Disponível em: <<https://publications.iadb.org/handle/11319/5697?locale-attribute=es>>. Acesso em: 19 de agosto de 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

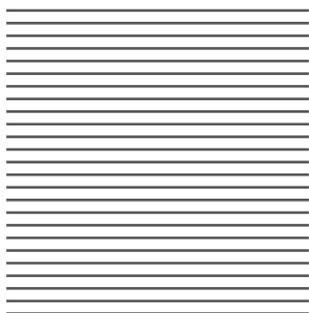
TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 4.



ASSIMETRIA INFORMACIONAL: DESIGUALDADE NO ENTENDIMENTO SOBRE AS CONTAS PÚBLICAS

Alexandre Bossi Queiroz*

*Consultor Legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Doutor em Contabilidade e Finanças pela Universidade de Zaragoza e professor da Escola do Legislativo.



1. INTRODUÇÃO

O principal objetivo da informação digital no setor público é aumentar a transparência e a acessibilidade, permitindo aos cidadãos acompanhar e monitorar as ações governamentais. No entanto, muitas vezes os dados e informações sobre as finanças públicas são de difícil entendimento para aqueles que não têm conhecimentos técnicos sobre o assunto. A própria navegação dentro dos portais de transparência, quando a temática é contas públicas, apresenta dificuldades para aqueles não afetos à nomenclatura contábil/orçamentária.

Desde o início deste século, existe um movimento denominado dados públicos abertos (*Open Data Government*) que tem como base a filosofia de que a informação pública pertence aos cidadãos e deve estar sempre ao seu dispor, tanto para fomentar a transparência e a participação quanto para atender as novas possibilidades de governo eletrônico, conhecido como *e-gov*. Essa cultura exige que a informação pública seja aberta, acessível e operacional, de tal forma que o fluxo de informações permita a colaboração entre as administrações públicas ou entre estas e os cidadãos. Ou seja, governo eletrônico, transparência, dados abertos e participação formam um todo inseparável e interdependente.

Nessa linha, o Brasil avançou bastante no que tange à exigência de transparência pública. Nossa Constituição Federal, quando relaciona os cinco princípios constitucionais que

devem balizar a administração pública, apresenta o princípio da publicidade, que exige que a administração pública não trabalhe na obscuridade, à revelia da sociedade e dos órgãos de controle, devendo divulgar suas ações para a sociedade. Em 2000, a Lei complementar 101/2000, chamada de Responsabilidade Fiscal (LRF), também anuncia instrumentos para facilitar a transparência pública. Em 2011, a Lei 12.527, ou Lei de Acesso à Informação (LAI), avança quando aprimora procedimentos para a divulgação de dados e informações governamentais e apresenta garantias de plena acessibilidade aos cidadãos. Mais recentemente, a Lei nº 13.460/2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, reforça o princípio da transparência como um dos pilares no atendimento aos usuários da administração pública.

Paralelamente, a evolução da informática e da internet contribuíram para facilitar e baratear a produção e a divulgação de informações públicas. A *web* favorece o fluxo mundial de informações e isso permite uma melhora nas condições de vida da população, tanto em países ricos como em países pobres.

O presente artigo pretende mostrar que, apesar dos grandes avanços tecnológicos e do respaldo da legislação pertinente, ainda estamos distantes de uma democratização no uso das informações sobre finanças públicas. Um dos principais motivos é a utilização de um linguajar extremamente técnico quando o assunto é contas públicas, o que causa uma profunda assimetria informacional. Aqueles que dominam a linguagem orçamentária têm uma maior condição de entender e intervir na construção de políticas públicas e no monitoramento da aplicação do dinheiro público. Já o cidadão comum não consegue compreender os números, o que desestimula sua participação e o exclui do processo de construção coletiva das prioridades governamentais.

Como diminuir essa desigualdade no entendimento das contas públicas?

2. TRANSPARÊNCIA E DADOS ABERTOS

Informação é poder! O dito popular expressa uma verdade incontestável: não se pode controlar aquilo que não se conhece. Para que a cidadania ativa possa ser exercida, é essencial que as informações sobre a gestão pública estejam disponíveis para todos os interessados. De nada adianta disponibilizar essas informações se elas não são compreensíveis para a maioria da população. Lamentavelmente, isso é o que temos presenciado na maioria das administrações públicas brasileiras

Muito se tem dito e vangloriado sobre a transparência pública no Brasil. Portais de transparência são divulgados, canais de Sistema Eletrônico de Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC) – são disponibilizados e ouvidorias públicas são propagandeadas. Enfim, a transparência pública, ativa e passiva, é apresentada como uma grande conquista do povo brasileiro (PRUX, 2011; CRUZ et al., 2012). Entretanto, até que ponto essa transparência é efetiva?

A efetividade só ocorre quando é possível usar a transparência em benefício de uma causa ou uma comunidade. O princípio da utilidade da informação é uma premissa que deve ser buscada pelo organizador de contas públicas. Não basta o gestor ou agente político se gabar dizendo que o *site* de sua entidade é exemplo de transparência, quando ninguém entende ou tem dificuldades de navegar por ele.

Considerando, pois, a necessidade de efetividade na prática da transparência pública, muito se tem dito recentemente sobre a utilização de dados abertos. De acordo com a Escola Nacional

de Administração Pública (Enap1) “os dados são abertos quando qualquer pessoa pode livremente acessá-los, utilizá-los, modificá-los e compartilhá-los para qualquer finalidade, estando sujeitos a, no máximo, exigências que visem a preservar sua proveniência e sua abertura”. Ressalta ainda que “a primeira iniciativa para a publicação de dados abertos é a elaboração do Plano de Dados Abertos, documento que orienta as ações de abertura de dados e estabelece o planejamento referente à implantação e racionalização dos processos de publicação” (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2018).

Segundo Eaves (2009 apud PORTAL BRASILEIRO DOS DADOS ABERTOS, 2018), três são as “leis” que devem reger os dados abertos: a) se o dado não pode ser encontrado e indexado na *web*, ele não existe; b) se não estiver aberto e disponível em formato compreensível por máquina, ele não pode ser reaproveitado; e c) se algum dispositivo legal não permitir sua replicação, ele não é útil.

Na mesma linha, um grupo de trabalho de 30 especialistas coordenados por Tim O’Reilly (2007 apud PORTAL BRASILEIRO DOS DADOS ABERTOS, 2018) apresenta oito princípios que devem reger os dados abertos governamentais:

- 1. Completude:** todos os dados públicos devem ser disponibilizados. Dados são informações eletronicamente gravadas, incluindo (mas não se limitando a) documentos, bancos de dados, transcrições e gravações audiovisuais. Dados públicos são dados que não estão sujeitos às limitações válidas de privacidade, segurança ou controle de acesso, reguladas por estatutos.

1 Disponível em: <<https://www.enap.gov.br/index.php/pt/acesso-a-informacao/dados-abertos>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

2. **Primariedade:** os dados devem ser publicados na forma coletada na fonte e não de forma agregada ou transformada.
3. **Atualidade:** os dados devem ser disponibilizados o quão rapidamente seja necessário para preservar o seu valor.
4. **Acessibilidade:** os dados devem ser disponibilizados para o público mais amplo possível e para os propósitos mais variados possíveis.
5. **Processabilidade por máquina:** os dados devem ser razoavelmente estruturados para possibilitar o seu processamento automatizado.
6. **Acessibilidade de forma não discriminatória:** os dados devem estar disponíveis a todos, sem que seja necessária identificação ou registro.
7. **Disponibilidade em formatos não proprietários:** os dados devem estar disponíveis em um formato sobre o qual nenhum ente tenha controle exclusivo.
8. **Não sujeição a licenças:** os dados não devem estar sujeitos a regulações de direitos autorais, marcas, patentes ou segredo industrial. Restrições razoáveis de privacidade, segurança e controle de acesso podem ser permitidas na forma regulada por estatutos.

Para o objetivo deste artigo, qual seja, retratar a assimetria informacional como forma de desigualdade, destacamos os princípios da acessibilidade e da disponibilidade em formatos não proprietários. É inadmissível que, em pleno século XXI, ainda persista a cultura da opacidade na administração pública. Ademais, a transparência é útil por diversos motivos, entre os quais a luta contra a corrupção, um dos grandes problemas do Brasil. Levando-se em conta os custos da opacidade (ALONSO; GARCÍA-GARCÍA, 2014), torna-se imprescindível a oferta de

informações de qualidade, de forma facilmente reutilizável, que permita o monitoramento do desempenho dos gestores públicos.

Curto Rodríguez (2016, p. 63) destaca que, apesar do conceito de governo aberto ser utilizado desde os anos 1980, sua efetiva implantação se deu com a chegada ao poder de Barack Obama à presidência dos Estados Unidos da América, em 2009. Em seu primeiro dia de governo, o presidente estadunidense enviou um comunicado aos diretores das agências estatais e aos departamentos de governo federal, determinando a implantação do *Open Government*, em um nível de abertura sem precedentes, apoiado em três pilares: a transparência, a participação pública e a colaboração (OBAMA, 2009).

De acordo com Cobo (2013, p. 113), esses três conceitos podem ser definidos da seguinte forma:

- 1. Transparência:** consiste no dever de o Poder Executivo colocar à disposição dos cidadãos informações e dados em tempo real sobre as suas atividades, atuações, decisões, planos e intenções;
- 2. Participação:** todas as atuações, leis, decretos, medidas e decisões governamentais devem ser debatidas, avaliadas, criticadas e completadas (inclusive antes de sua elaboração) por opiniões dos cidadãos;
- 3. Colaboração:** o governo deve colaborar com os cidadãos, empresas, organizações não governamentais e outras entidades da administração pública, facilitando o uso de ferramentas inovadoras e de novos métodos de trabalho colaborativo.

Considerando que a transparência é o cimento de qualquer governo aberto, vale destacar que é insuficiente apenas liberar o acesso a uma enxurrada de dados abertos sobre a execução orçamentária. A linguagem técnica das finanças públicas dificulta

o entendimento por parte de leigos. Assim, é desejável que o próprio gestor público facilite a vida do cidadão.

3. TRANSFORMANDO DADOS EM INFORMAÇÕES: O PODER DOS INDICADORES

Você sabe qual é o orçamento de sua cidade? Qual é o planejamento para os próximos quatro anos? Qual é a principal origem de recursos do seu município? Qual percentual da receita bruta é aplicado nos gastos com pessoal? Quanto é investido em saúde, educação ou segurança e como está a evolução desses gastos ao longo do tempo? Qual é a dívida do seu município?

Lamentavelmente, a grande maioria da população não tem a mínima ideia da execução orçamentária de seu município, de seu estado ou da União. Porém, se temos leis que obrigam a divulgação desses dados, por que o envolvimento não acontece? Será que o desânimo e a falta de confiança nos governos justificam o desinteresse? Será a falta de educação fiscal e cidadã?

Um dos fatores que mais dificulta a participação cidadã é a nomenclatura utilizada no tratamento das finanças públicas, que apresenta termos de difícil compreensão como receita corrente líquida, despesas de custeio e de capital, subvenções, balanço orçamentário, dívida fundada ou flutuante, anexo de riscos fiscais, déficit previdenciário, lei de diretrizes orçamentárias, plano plurianual, entre outros. Além disso, o grande volume de programas e atividades levados a cabo pelas administrações públicas também complicam a busca por informações. Dada essa complexidade, é necessário que os dados abertos sejam transformados em informações úteis para a tomada de decisão.

Muito se debate sobre a diferença entre dado, informação e conhecimento. Por serem conceitos amplos e subjetivos,

existem controvérsias na distinção dos três. Para Drucker (1988), informação são dados dotados de relevância e propósito. Na mesma linha, Davenport (1998) destaca que a informação é uma ponte entre dados brutos e o conhecimento que eventualmente se deseja obter (tabela 1).

	Dado	Informação	Conhecimento
Definição	Simple observação sobre o estado do mundo	Dado dotado de relevância e propósito	Informação valiosa para a mente humana, incluindo reflexão, síntese e contexto
Características	Facilmente estruturado Facilmente obtido por máquinas Frequentemente quantificável Facilmente transferível	Requer unidade de análise Exige consenso quanto ao significado Exige mediação humana	Difícil estruturação Difícil captura por máquinas Frequentemente tácito Difícil transferência

Fonte: Davenport (1998)

Por sua vez, McGee e Prusak (1994) ressaltam que informações são dados coletados, organizados e ordenados, aos quais são atribuídos significado e contexto. Informação deve ter limites, enquanto dados podem ser ilimitados. Informação representa dados em uso, o que implica a existência de um usuário. A transformação de dados em informação requer que a pessoa responsável pelo processo decisório receba-os de tal forma que possa relacioná-los e atuar sobre eles. Assim, a informação deve ser discutida no contexto de usuários e responsáveis por decisões específicas.

Uma das possibilidades na transformação de dados abertos em informações é a utilização de indicadores de gestão. A aplicação

de indicadores de performance à realidade das administrações públicas se converte em um instrumento imprescindível para dar a conhecer aos gestores e à sociedade os resultados de uma gestão. O uso regular de indicadores permite enfatizar o conceito anglo-saxão de *accountability*, tão usado nos últimos tempos e que faz referência à responsabilidade que a administração pública tem perante os contribuintes no momento de prestar suas contas.

Um conjunto de indicadores deve cumprir com certas condições para que possa refletir fiel e significativamente os aspectos relevantes de um programa, uma entidade ou um serviço. Algumas dessas características foram traçadas pelo Governmental Accounting Standard Board (1987), principal entidade de regulação do registro e controle de contas públicas nos Estados Unidos. São as seguintes:

- a) Compreensibilidade:** os indicadores devem englobar a maior quantidade de informação possível, de forma que sua leitura seja completa e compreensível. Quando necessário, deve-se realizar uma análise mais minuciosa e, se possível, desmembrar os indicadores até o nível desejado.
- b) Fiabilidade:** os dados utilizados na elaboração dos indicadores devem ser confiáveis e, quando for o caso, devem ser considerados em seu mais alto grau de probabilidade. E, ainda que possam derivar de dados que não dependem do juízo humano, o juízo dado por uma pessoa qualificada pode ser considerado como uma medida de qualidade. As conotações subjetivas que possam surgir devem ser depuradas.
- c) Relevância:** devem ser utilizados indicadores que representem aspectos de materialidade ou importância de determinado programa, unidade ou serviço. A relevância se refere, portanto, à utilidade da informação, considerando-se os objetivos de seus usuários. Uma informação será mais relevante quanto mais necessária resulte para o interessado. Isso significa, portanto, conhecer as necessidades de informação do usuário.

- d) Oportunidade:** uma informação proporcionada por um indicador fora do tempo perde grande parte de seu valor. Assim, a confecção dos quadros de indicadores deve ser ágil para que se tornem operativos.
- e) Consistência:** um indicador será consistente se sua construção foi realizada sobre bases conceituais e informativas fundamentadas e sólidas.
- f) Comparabilidade:** os indicadores devem ser concebidos de modo que seja garantida sua capacidade de comparação, tanto sob uma ótica temporal quanto com o correspondente de entidades, programas ou serviços similares.

Essas premissas devem estar no centro da preocupação do gestor público quando o tema é transparência de informações sobre a gestão econômica e financeira do estado. Ou seja, além de se disponibilizarem dados abertos, também deve-se oferecer informações por meio de indicadores de fácil entendimento pelos interessados.

Além disso, os indicadores podem e devem incorporar outras práticas utilizadas pelas empresas privadas na análise de seus demonstrativos financeiros/econômicos, tais como:

- **Análise horizontal:** consiste em verificar a evolução de determinada conta ou indicador ao longo do tempo. É uma análise comparativa com anos anteriores. Ex.: qual o incremento dos gastos com pessoal nos últimos anos? Foi superior à inflação? Por quê?
- **Análise vertical:** consiste em verificar o peso de cada item orçamentário em relação ao total do orçamento, identificando o que é mais relevante para aquela entidade pública. Ex.: qual o percentual da receita com IPVA em relação a todas as receitas municipais?
- **Análise comparativa:** consiste em comparar os números e indicadores da entidade com de outra entidade

semelhante. Ex.: será que o gasto com a câmara municipal de meu município é maior ou menor que o de um município similar? Por quê?

- **Relatório de análise:** consiste em um relato elaborado pelo analista de contas públicas com a finalidade de apresentar as principais considerações sobre o desempenho da entidade.

Quando da elaboração da matriz de indicadores e análises, é importante ainda considerar que o desejável é que alguma agência reguladora do governo central, União ou estados defina a forma e os mínimos obrigatórios dos indicadores e análises a serem apresentados pelas entidades públicas. É temeroso deixar nas mãos da própria entidade, ou de empresas terceirizadas, a responsabilidade de definir seus indicadores. Problemas como a falta de continuidade, de profundidade e de parâmetros de comparação com outras entidades podem prejudicar a análise. Além disso, deixar a cargo do gestor ou agente político a definição de critérios e prioridades daria espaço para práticas de contabilidade criativa² que maquam a realidade.

Não obstante, vale salientar que alguns autores defendem que a administração pública deve recorrer a terceiros para a implantação e manutenção desses serviços de análise de dados. Robinson et al. (2009), por exemplo, defendem que o setor público deva se concentrar apenas na expansão da disponibilidade de dados simples e preferencialmente abertos, em vez de preocupar-se com a adoção de outras soluções.

Essa última tarefa poderia ser deixada para terceiros, presumindo-se que a realizem de forma mais eficiente. Os autores

2 A contabilidade criativa é uma maquiagem da realidade da entidade, manipulando os dados de forma intencional. Portanto, o objetivo dessa maquiagem é apresentar uma imagem satisfatória para os administradores (KRAEMER, 2005).

argumentam que, ao permitir que terceiros se apropriem dos dados abertos disponibilizados pelo governo, diferentes narrativas e numerosas propostas e soluções podem surgir, oferecendo pontos de vista e análises diversas, o que eliminaria inclusive o problema do viés monopolizador do Estado ou de qualquer uma das partes. Dessa forma, poderia se esperar uma visão pluralista de dados, permitindo, inclusive, o confronto de narrativas opostas entre si, enriquecendo o debate público.

No entanto, como ressalta Silva (2016), o discurso da pluralidade da informação corre o risco de não se efetivar na prática. Citando Robert McChesney (2014), destaca que ainda que sejam muitos os aspectos positivos da internet no caminho da descentralização e da democratização da informação, essa mesma internet acentuou a monopolização no capitalismo moderno. Nessa linha, uma delegação à iniciativa privada do tratamento e da divulgação da informação sobre finanças públicas pode representar um risco e incrementar – por que não? – a combatida assimetria informacional.

Nessa mesma linha, Levy (2018) levanta a questão sobre o que aconteceria se as informações governamentais fossem capturadas por poucas ou até mesmo por uma grande marca com notoriedade suficiente para concentrar monopólio sobre ampla maioria dos acessos. Levando-se em conta que, pelo ponto de vista da transparência, a disponibilização de dados abertos pelos governos é um caminho irreversível, conseqüentemente a apropriação e a produção de informação por terceiros a partir desses dados seria inevitável. No entanto, pode ser interessante que os governos também assumissem a produção e a disponibilização de informações de forma a criar canais “oficiais” de divulgação de informação, possibilitando que haja sempre o contraditório, ou seja, o confrontamento com outras narrativas (SILVA, 2010).

Outro fator que pode corroborar a necessidade de a administração pública ser o canal oficial de divulgação de informações é o fato de que, hoje em dia, o custo de elaboração de indicadores é muito baixo, haja vista que os dados estão todos organizados e publicizados. Assim, basta definir os padrões e as métricas que, com um clique, todos os resultados, correlações e comparativos estarão disponíveis, faltando, quando for o caso, a análise qualitativa dos mesmos. Como ressaltam Serrano-Cinca, Rueda-Tomás e Portillo-Tarragona (2008, p. 376), “a alegação de que é dispendioso o tratamento e a revelação de informações contábeis cai por terra quando a internet surge como um canal econômico para fazê-lo”.

Portanto, há pontos importantes que envolvem o acesso às informações com o auxílio de indicadores de gestão e que, uma vez equacionados, poderiam abrir portas para maior interesse e participação do cidadão. Essa nova perspectiva pode ser ainda incrementada com o uso de novas tecnologias que incentivam o uso de redes como forma de construção coletiva.

4. NOVOS FORMATOS FORTALECEM A IGUALDADE

Delineado que é responsabilidade social das administrações públicas facilitar o acesso a informações sobre as contas públicas, de forma didática e construtiva, uma outra preocupação é de que maneira essas informações serão disponibilizadas.

Tradicionalmente, e por determinação legal, os dados são apresentados nos portais de transparência da entidade pública. A Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2000, aperfeiçoada posteriormente pela Lei Complementar 131/2009 – Lei da Transparência – e pela Lei Complementar 516/2016, destaca:

Art. 48 - [...]

§ 1º A transparência será assegurada também mediante:

II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

Em 2011, a Lei de Acesso à Informação também tratou da forma como as informações devem ser apresentadas para a população:

Art. 8º – É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

[...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I – conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma

objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

II – possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III – possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV – divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V – garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI – manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;

VII – indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e

VIII – adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência.

A questão que se levanta, considerando o avanço das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), é que outras possibilidades de comunicação com a sociedade podem ser mais efetivas que os sites governamentais? E como a apresentação dos dados e informações pode ser mais dinâmica e interessante?

No que tange aos portais oficiais, uma possibilidade é implantar o uso de indicadores e índices, como ressaltado anteriormente.

Ainda assim, os dados e informações podem ser apresentados em um formato mais atrativo, com a utilização de facilidades gráficas e de design. É importante o gestor público estar ciente de que a forma de apresentação é tão importante quanto a essência. A própria LAI reforça esse entendimento quando ressalta que as informações devem ser apresentadas de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

Para tanto, algumas facilidades podem ser trabalhadas pela administração pública, como a produção de infográficos, diagramas, pictogramas, tabelas e vídeos. Os infográficos, por exemplo, podem combinar múltiplos recursos multimídia, como mapas, textos, gráficos, desenhos, fotografias, áudios, vídeos e documentos digitalizados, para apresentar determinada informação.

Outra potencialidade que pode ser explorada é o uso de vídeos explicativos. Atualmente, a visualização de vídeos é muito grande, sendo um fator que pode ajudar na divulgação de informações. Além disso, sua penetração ocorre em todas as classes sociais, alavancada pelo uso intensivo das redes sociais, em especial do Facebook, do Instagram e do WhatsApp.

Um bom exemplo de como os vídeos podem ser explorados de forma didática é a série Orçamento Fácil³, elaborada pelo Senado Federal, que apresenta, de modo descomplicado, os conceitos e o funcionamento do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, do Orçamento Anual, do ciclo orçamentário e da dívida pública.

Vale salientar que todas essas possibilidades e recursos devem ser adaptadas para outros dispositivos de comunicação com a sociedade. Vincular a divulgação das informações apenas aos

3 O Orçamento Fácil é uma série de animações, criada pelo Senado Federal, para explicar a importância do orçamento público e como ele é elaborado no Brasil. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamentofacil>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

computadores e *notebooks* significa também uma forma de desigualdade e de segregação. Atualmente, o principal dispositivo sob o qual o gestor público deve centrar seus esforços são os dispositivos móveis (*smartphones*).

O número de usuários de dispositivos móveis no Brasil teve uma crescente acelerada nos últimos anos. De acordo com pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br)⁴, grande parte da população brasileira acessa portais, se informa e se comunica por meio desses aparelhos. Esse índice é ainda maior entre as classes sociais D e E.

Assim, os dispositivos móveis são um meio de comunicação que devem ser considerados pela administração pública. No entanto, percebe-se que praticamente não há esforços, na administração pública, investidos na construção de sítios *web* para *smartphones*. O usuário de um dispositivo móvel tem algumas características particulares, entre elas o fato de que o aparelho é levado pelo usuário a maior parte do tempo e seu uso normalmente é pessoal. Isso permite personalizar os aplicativos à necessidade dos usuários.

Além dos sites adaptados para smartphones, outra possibilidade é o desenvolvimento de aplicativos para celulares e *tablets*, voltados para o controle dos gastos públicos. Vale ressaltar que a implementação de distintos aplicativos para diversos sistemas

4 O Cetic.br é um departamento do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br), que implementa as decisões e projetos do Comitê Gestor da Internet do Brasil (cgi.br). Dados da pesquisa Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros, publicada em 24/7/18, mostram que dos 120,7 milhões de brasileiros que acessaram a internet regularmente em 2017, quase metade (49%) só utilizou o serviço a partir de dispositivos móveis. De forma estratificada, a pesquisa revela que enquanto 88% da classe A usa a internet tanto em computadores quanto em celulares, nas classes D e E esse grupo soma apenas 15%. Outros 80% das classes D e E acessam a internet exclusivamente por celulares. Cerca de 26,9 milhões de domicílios (39% dos lares) não contam com internet em casa e o preço é considerado a principal barreira. Disponível em <<https://www.cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2017/>>. Acesso em: 15 de nov. 2018.

operacionais de celulares implica um custo/investimento que deve ser considerado ao se oferecer essa solução via web.

Dentro da estratégia de comunicação por meio do uso de celulares, *tablets* e computadores, é imperativo que se aproveitem todas as possibilidades que existem hoje em dia. Destacamos o uso de canal do YouTube como forma de divulgação, a utilidade das redes sociais como Facebook e o Instagram, a criatividade no desenvolvimento de aplicativos e a velocidade da comunicação via WhatsApp. Vale salientar que, além das soluções via internet, nada impede que as entidades públicas utilizem iniciativas tradicionais⁵, visando uma maior igualdade no acesso às informações.

Ademais, independentemente dessas iniciativas estatais para democratizar a informação, nada impede que entidades privadas, voluntários e pesquisadores trabalhem os dados governamentais e apresentem sua divulgação, análises e críticas. Nessa linha, vale destacar o surgimento, nos últimos anos, dos chamados observatórios de controle de contas públicas, que têm se especializado em fiscalizar a gestão pública por meio da busca, nos portais de transparência, de informações suspeitas.

De acordo com Bossi (2017, p. 151) apesar da resistência de alguns agentes políticos, tem crescido no Brasil o surgimento de entidades dedicadas ao controle social. Com as facilidades da internet e da informática, vai se tornando comum o surgimento de ONGs, ou mesmo de ações individuais de cidadãos, que acompanham as contas públicas e que cobram informações claras e tempestivas. Um exemplo é a Rede de Observatórios Sociais do Brasil (OSB), constituída em 2008, e que conta atualmente 118

5 Iniciativas que não envolvam as novas TICs também ajudam a fortalecer a cidadania. Alguns exemplos: a) impressão de jornal ou informativo com informações e análises da performance governamental, distribuído periodicamente para os cidadãos ou lideranças; b) participação em programas de rádio e televisão explicando as contas públicas; c) colocação de outdoor com as principais informações sobre as finanças; d) estimular práticas de orçamento participativo; e) estimular a participação nas audiências de prestação de contas definidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

associações em 16 estados da Federação, focadas na fiscalização de recursos públicos. A missão dos observatórios é “despertar o espírito de cidadania fiscal proativa, via sociedade organizada, em cada cidadão, tornando-o atuante na vigilância social em sua comunidade” com a visão de que “toda a sociedade brasileira consciente de seus deveres e direitos como contribuintes e cidadãos, praticando a vigilância social, assegurando a justiça social” (OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL, 2018)⁶.

Além dos observatórios sociais, o uso de tecnologias permite o surgimento de algumas experiências exitosas no controle de contas públicas. Em 2017, ganhou destaque uma iniciativa denominada Serenata de Amor. De acordo com a sua página institucional, “um projeto de tecnologia que usa inteligência artificial para auditar contas públicas e combater corrupção”. Seu nome é inspirado no caso Toblerone, quando uma parlamentar sueca renunciou a seu cargo depois de uma barra de chocolate Toblerone ter sido flagrada na fatura do seu cartão de crédito corporativo (OPERAÇÃO..., 2018)⁷.

O projeto atua na fiscalização dos reembolsos feitos pela União a partir da cota para exercício da atividade parlamentar, considerando o valor destinado para o custeio da alimentação, do transporte, da hospedagem, entre outras atribuições necessárias para o exercício do cargo de deputado. O programa obtém seus dados a partir de fontes públicas divulgadas pela Câmara dos Deputados, pela Receita Federal, pelo Portal de Transparência, entre outras plataformas públicas que atendem às demandas da LAI. Para a análise desse material, a operação criou uma “robô” chamada Rosie, que utiliza um algoritmo codificado que foi “programado para identificar usos ilegais da verba pública. Assim, ela julga cada um dos reembolsos solicitados por deputados a partir de critérios

6 Disponível em: <<http://osbrasil.org.br/o-que-e-o-observatorio-social-do-brasil-osb/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

7 Disponível em: <<https://serenata.ai/about/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

criados com base na lei, sinalizando quais movimentações podem ser consideradas ilegais (OPERAÇÃO..., 2018).

Assim como a Serenata do Amor, outros esforços pioneiros, como as maratonas *hackers*, tem ganhado espaço. Também conhecidas como *hackathons*, festas *hackers* ou festival *hackers*, esses eventos emergiram na área de tecnologia com a característica central de engajar diferentes profissionais em um trabalho colaborativo, de natureza intensiva, realizado em curto período de tempo e com foco em determinado problema ou desafio. A inovação é um aspecto central dessa metodologia, que busca mobilizar e desafiar seus participantes a apresentarem coletivamente respostas e soluções pioneiras, geralmente na área de programação e desenvolvimento de *softwares* (GUIZARDI et al., 2018). No formato de uma competição, desenvolvedores de qualquer gênero, profissão ou habilidade usam sua criatividade e quaisquer tecnologias para transformar informações de interesse público em projetos e serviços com vistas à melhoria da transparência pública⁸.

-
- 8 Uma das iniciativas mais difundidas na área de transparência pública é a “Hackfest contra a corrupção”. Promovido pelo Ministério Público da Paraíba e com o apoio da Controladoria Geral da União, em 2018 o festival está em sua 4ª edição. Nas últimas edições alguns dos trabalhos premiados foram: “Lupa na Toga” (Aplicativo que mostra e analisa todos os auxílios e diárias recebidas pelos magistrados brasileiros); “Vidinha de Balada” (Aplicativo que mostra como cada um dos deputados federais gasta a cota para o exercício da atividade parlamentar); “Quebra-Quebra” (Aplicativo que apresenta uma ampla análise dos salários recebidos por senadores, deputados federais e servidores do Congresso Nacional, inclusive com o histórico e os abusos em relação ao teto constitucional); “Desempenho da Educação” (A ferramenta usa os indicadores de desempenho dos gastos públicos na Paraíba para mostrar como os gestores investem no setor). Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/08/hackfest-2018-estimula-uso-da-tecnologia-para-facilitar-participacao-social>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

No âmbito municipal, destaque para a maratona “Hackers do Bem”, promovida pela Câmara Municipal de Campinas, em 2017. No evento os participantes atravessaram a madrugada dentro do plenário da Câmara desenvolvendo e propondo possíveis ferramentas que tornassem a navegação, obtenção e visualização de dados de transparência ainda mais acessíveis. Disponível em: <<http://www.campinas.sp.leg.br/comunicacao/noticias/2017/outubro/com-apoio-de-nelson-hossri-201chackers-do-bem201d-estarao-na-camara-das-11-horas-deste-sabado-21-as-17-de-domingo-22-criando-mecanismos-para-tornar-acesso-a-dados-de-transparencia-ainda-mais-agil-e-facil->>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Enfim, quando se pensa em acesso a informação, e se o objetivo é democratizar esse acesso e permitir uma igualdade de possibilidades, é fundamental que se pense em adequar o conteúdo à plataforma de dispositivos móveis, bem como apresentar as informações sobre finanças públicas de forma criativa e estimulante. No entanto, nem tudo são flores.

5. OBSTÁCULOS A SEREM SUPERADOS

Apesar de todos os avanços e possibilidades, vemos que poucas são as entidades públicas, sejam elas do Executivo, Legislativo ou Judiciário, que vão além da obrigatoriedade de publicar seus números burocráticos, muitas vezes sem mostrar a menor preocupação com navegabilidade no site. Vale ressaltar que ainda existem muitas organizações que não cumprem as exigências legais quanto à transparência ativa e passiva. Recentemente o Ministério Público Federal divulgou um ranking de transparência de sites de governos estaduais e prefeituras, e os resultados não foram nada alentadores⁹.

Uma questão a ser considerada é que grande parte do processamento de dados, principalmente em municípios, inclusive para abastecer o Portal da Transparência, é realizado por empresas de assessoria contábil terceirizadas. Assim, o desenvolvimento de um conjunto de indicadores e de outras possibilidades de tratamento dos dados teria que passar, necessariamente, por uma interação com essas empresas. Uma alternativa seria a contratação dessas próprias empresas, ou de outra terceirizada,

9 O *ranking* é resultado de metodologia de avaliação desenvolvida no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Emccla), e afere o grau de adesão dos portais de estados e municípios à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Acesso à Informação. Em 2015, o Índice Nacional de Transparência (média das notas alcançadas pelos municípios e estados) foi de 3,92. Em 2016, a média foi de 5,21. Foram avaliados 5.567 municípios brasileiros, assim como os 26 estados e o Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.rankingdatransparencia.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

para desenvolver esses sistemas adicionais, desde que tenham essa *expertise*.

Outra possibilidade seria a própria administração pública ter a iniciativa, dentro de seus limites, de “traduzir” a linguagem técnica para o cidadão. Mesmo nesse caso, existiria um certo vínculo com a empresa terceirizada que alimenta o sistema. O problema é que existe uma dependência muito grande, principalmente em administrações públicas de menor porte (como é o caso da maioria das prefeituras e câmaras municipais), dos sistemas de *software* contratados. Frequentemente técnicos e contadores chegam a responsabilizar os assessores das empresas de *software* pelas inconsistências no envio de informações aos órgãos reguladores. Como observam Sedyama, Aquino e Lopes (2017, p. 90), a mesma ausência de atuação e de estrutura se observa no controle interno, que se restringe a emitir pareceres de conformidade e assinar relatórios de forma cerimonial. Em pesquisa realizada em municípios mineiros, verificou-se que o controle interno não contribui efetivamente com a contabilidade, pois o responsável pelo setor muitas vezes não dispõe de qualificação adequada para o cargo; além disso, em muitas administrações municipais só existe controle interno para atender à legislação. Enfim, os contadores e controladores das prefeituras assumem uma posição passiva e delegam a responsabilidade do controle para empresas terceirizadas.

Outro dificultador é a falta de vontade política dos agentes públicos para levar a cabo a implantação da transparência ativa. A cultura patrimonialista do sigilo ainda impera em muitas administrações públicas de tal forma que os agentes políticos e gestores não investem tempo nem recursos em prol da transparência, muitas vezes em claro descumprimento à legislação (BOSSI, 2017, p. 151). De acordo com Cardoso, Bemfica e Reis (2000, p. 75), a opacidade informativa se apresenta como uma estratégia de poder relacionada com a forma com que são ativados os dispositivos técnico-burocráticos de gestão das informações. A transparência informativa vigente resulta de um sistema de

comunicação paralelo aos canais oficiais do governo, que formam estruturas de informação dependentes de agentes políticos e administrativos, permitindo maior acesso à informação por parte de grupos sociais privilegiados. Assim, a opacidade informativa e a transparência informativa caracterizam uma situação estratégica que pode potencializar ações discriminatórias e políticas de favores.

Essa postura de boa parte de nossos gestores políticos e administradores públicos comprova o disposto na Teoria da Agência. Essa teoria, desenvolvida pelos economistas Jensen e Meckling (1976, p. 308), apresenta “uma relação de agência como um contrato pelo qual uma ou mais pessoas (o principal) contrata outra pessoa (o agente) para realizar algum serviço em seu nome, envolvendo a delegação de alguma autoridade de decisão do agente”.

A grande questão é que os gestores governamentais (agentes) muitas vezes não publicam todas as informações sobre as finanças públicas e não demonstram preocupação no atendimento aos usuários, não disponibilizando informações de maneira que o cidadão (principal) possa compreender e analisar, o que diminui, assim, seu poder de decisão e aumenta a assimetria informacional entre o agente e o principal, comprometendo a legitimidade das ações do agente.

Para Slomski (1999, p. 27), pode-se verificar claramente a existência de uma relação de agência no Estado, pois: a) o agente (gestor público) dispõe de vários comportamentos possíveis de serem adotados; b) a ação do agente (gestor público) afeta o bem-estar das duas partes; c) as ações do agente (gestor público) dificilmente são observáveis pelo principal (cidadão), havendo, dessa forma, assimetria informacional.

Como efeito do não alinhamento de interesses entre o principal e o agente, as informações sobre as finanças governamentais não chegam de forma clara aos cidadãos. Nesse sentido, os setores de controladoria e de contabilidade podem exercer um papel significativo para a redução dessa assimetria. Uma vez que o

agente divulgue essas informações, prestando contas à sociedade, estará possibilitando a democracia e aumentando a legitimidade dos seus atos.

Enfim, uma efetiva participação cidadã no exercício do controle social, aliada a uma cobrança mais efetiva dos órgãos de controle externo no cumprimento das leis de transparência, inclusive com punição aos gestores públicos que não a cumprirem, pode ser o melhor estímulo para a superação dos obstáculos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comunicação das informações sobre a gestão orçamentária e financeira das administrações públicas, de forma didática, atrativa e sem perda de conteúdo, é um fator preponderante para a diminuição da assimetria informacional no acompanhamento das contas públicas. A tradução do linguajar técnico – orçamentês/contabilês – para um vocabulário inteligível contribui para uma maior igualdade no entendimento das finanças governamentais.

Nos últimos anos, o governo federal aprovou uma densa legislação visando fortalecer a transparência nas entidades públicas. A promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Lei da Transparência e da Lei de Acesso à Informação colocou o Brasil em pé de igualdade com as legislações similares em países desenvolvidos. Por outro lado, as tecnologias de informação e comunicação – informática e internet – são poderosas ferramentas que podem ser utilizadas pela administração pública para baratear e agilizar a divulgação de dados e informações sobre os atos de gestão e as políticas públicas.

No entanto, ter uma boa legislação e trabalhar com os avanços tecnológicos não é suficiente para alavancar a cidadania ativa no controle de contas públicas. É essencial que o agente público tenha responsabilidade social e iniciativa para inovar e oferecer,

de maneira didática, as informações desejadas. A responsabilidade social deve ser entendida como uma obrigação que a organização tem para com a sociedade, respondendo por suas próprias ações e tornando-se um agente de transformação social. Ainda existe muita ignorância e resistência por parte de boa parte de nossos agentes políticos, que preferem a opacidade à clareza. Essa postura comprova o disposto na Teoria da Agência, ou seja, que o gestor público (agente) resiste em prestar contas de forma completa aos cidadãos (principal), aumentando a assimetria informacional.

Apesar das dificuldades, vemos que o desenvolvimento e a expansão de novas tecnologias e aplicativos, bem como o avanço das comunicações via redes sociais, abrem um leque de possibilidades para uma maior e melhor transparência. Nesse contexto, a construção de indicadores de gestão, transformando dados em informações, e o uso de *smartphones* como porta de entrada na interação com os usuários aduzem uma boa perspectiva. Em especial, a produção de conteúdos personalizados e interessantes para aparelhos celulares pode ser uma alavanca para uma maior participação cidadã. É importante o gestor, assim como ocorre na iniciativa privada, tentar encantar o usuário tanto no conteúdo como na apresentação. Paralelamente, por mais árido que seja, é importante o cidadão ter consciência de que todas as políticas públicas passam, necessariamente, pela gestão de recursos financeiros.

Além disso, a internet nos permite acompanhar boas práticas que ocorrem em outros países, cidades e administrações públicas. Esse processo em busca de melhores processos em outros entornos – *benchmarking* – pode funcionar como pressão social para que o agente político resistente se convença das vantagens de uma gestão econômica, eficiente, eficaz e, acima de tudo, transparente. Da mesma forma, entidades fiscalizadoras como os tribunais de contas e ministérios públicos devem cobrar dos

responsáveis mais do que uma pauta mínima que atende a legislação, mas de forma tangencial.

Enfim, é necessário transformar a frieza dos números em participação e responsabilidade social. Para isso, criatividade e inovação são palavras de ordem. Nossa sociedade merece e precisa estar ciente de tudo o que acontece com o dinheiro público. Só assim conseguiremos fortalecer a cidadania ativa, tão ausente em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALONSO, M. L. M.; GARCÍA-GARCÍA, J. Evaluación de la transparencia municipal en el Principado de Asturias. **Revista Auditoría Pública**, n. 64, p. 75-86, nov. 2014.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Orçamento fácil**: a maneira mais divertida de entender o orçamento público. Disponível em: <www12.senado.leg.br/orcamentofacil>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. **Lei no 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: 30 set. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar no 131, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm)>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar no 156, de 28 de dezembro de 2016.** Estabelece o Plano de Auxílio aos Estados e ao Distrito Federal e medidas de estímulo ao reequilíbrio fiscal; e altera a Lei Complementar no 148, de 25 de novembro de 2014, a Lei no 9.496, de 11 de setembro de 1997, a Medida Provisória no 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, a Lei no 8.727, de 5 de novembro de 1993, e a Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp156.htm>. Acesso em: 31 out. 2018.

BOSSI, A. O dever de transparência na atuação das câmaras municipais. In: RESENDE, A. J. C. de; BERNARDES JÚNIOR, J. A. (Org.). **Estudos sobre Poder Legislativo municipal.** Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017. p. 225-253.

CARDOSO, A. M.; BEMFICA, Jo; REIS, A. Entre a imagem e a ação: a produção de informação governamental para gestão de políticas de assistência social. **Revista IP**, v. 2, n. 1, p. 67-79, maio 2000. Disponível em: <http://www.ip.pbh.gov.br/ANO2_N1_PDF/ip0201coutobemfica.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **TIC domicílios:** pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros-tic-domicilios-2017/>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

COBO, C. Gobierno abierto: de la transparencia a la inteligencia cívica. In: RAMÍREZ ALUJAS, A.; HOFMANN, A.; PEREZNIETO, J. A. B. (Org.). **La promesa del gobierno abierto.** México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública (ITAIP), Instituto de

Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal (InfoDF), 2013. p. 101-118. Disponível em: <https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

CRUZ, C. F. et al. Transparência da gestão pública municipal: um estudo a partir dos portais eletrônicos dos maiores municípios brasileiros. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 46, v. 1, jan./fev. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v46n1/v46n1a08.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

CURTO RODRÍGUEZ, R. La información relacionada con la rendición de cuentas suministrada por las Comunidades Autónomas Españolasodriguez. **Auditoría Pública**, n. 67, p. 61-68, nov. 2016.

DAVENPORT, T. H. **Ecologia da informação**: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação. São Paulo: Futura, 1998.

DRUCKER, P. F. The coming of the new organization. **Harvard Business Review**, Boston, n. 66, jan./fev. 1988.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Dados abertos. Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.enap.gov.br/index.php/pt/acesso-a-informacao/dados-abertos>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

GOVERNMENTAL ACCOUNTING STANDARD BOARD. Concepts Statement n. 1: objectives of financial reporting. **Journal of Accountancy**, p. 196-205, sept. 1987. Disponível em: <<https://www.gasb.org/st/concepts/gconsum1.html>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

GUIZARDI, F. L. et al. Maratonas hackers no Brasil com desafios no campo da saúde. **Interface**, Botucatu, v. 22, n. 65, p. 447-459, 2018.

KRAEMER, M. E. P. Contabilidade criativa: maquiando as demonstrações contábeis. **Pensar Contábil**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, p. 1-13, 2005.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, p. 305-360, oct. 1976.

LEVY, P. A esfera pública no século XXI. **Techyredes**. Disponível em: <http://techyredes.files.wordpress.com/2011/08/techyredes_artigo-pierre-levy1.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

MCCHESENEY, R. ¿Como desmonopolizar internet?. **América Latina en Movimiento**, Quito, 14 abr. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/Pn4nBg>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MCGEE, J.; PRUSAK, L. **Gerenciamento estratégico da informação: aumente a competitividade e a eficiência de sua empresa utilizando a informação como uma ferramenta estratégica**. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

OBAMA, B. Memorandum transparency and open government. **Federal Register**, v. 74, n. 15, 2009. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-01-26/pdf/E9-1777.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

OBSERVATÓRIO SOCIAL DO BRASIL. **O que é o Observatório Social do Brasil (OSB)?**. Disponível em: <<http://osbrasil.org.br/o-que-e-o-observatorio-social-do-brasil-osb/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

OPERAÇÃO Serenata do Amor. Disponível em: <<https://serenata.ai/about/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. O que são dados abertos? Disponível em: <<http://dados.gov.br/pagina/dados-abertos>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

PRUX, P. R. **Transparência e participação popular nas audiências públicas sobre elaboração e discussão do PPA, LDO e LOA no Rio Grande do Sul de 2007 a 2010**. 2011. 63 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Gestão Pública) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2011.

RANKING Nacional da Transparência. Brasília: Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.rankingdatransparencia.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

ROBINSON, D. et al. Dados, governo e a mão invisível. **Yale Journal of Law and Technology**, n. 11. 160-174, 2009.

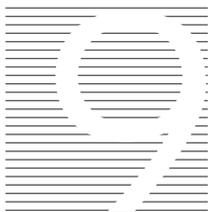
SEDIYAMA, G. A. S.; AQUINO, A. C. B.; LOPES, G. B. A difusão das mudanças na contabilidade pública em municípios. **Revista Contabilidade Vista e Revista**, Belo Horizonte, v. 28, n. 2, maio/ago. 2017.

SERRANO-CINCA, C.; RUEDA-TOMÁS, M.; PORTILLO-TARRAGONA, P. Factors influencing e-disclosure in local public administrations. **Environment and Planning. C, Government & Policy**, v. 27, n. 2, p. 355-378, 2008.

SILVA, D. B. **Transparência na esfera pública interconectada**. 2010. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/04/Transparência-na-Esfera-Pública-Interconectada.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

SILVA, L. A. **Transparência das informações sobre políticas públicas no governo do estado do Rio de Janeiro: análise e proposta de intervenção**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17775/dissertacao_leandrosilva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2018.

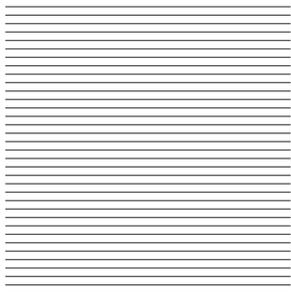
SLOMSKI, V. **Teoria do agenciamento no Estado: uma evidenciação da distribuição de renda econômica produzida pelas entidades públicas de administração direta**. 1999. 106 f. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.



A IGUALDADE COMO FATO GERADOR DA DEMOCRACIA

Paula Gabriela Mendes Lima*

*Doutora em Filosofia Política e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Consultora em Direito Constitucional e Direito Administrativo da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.



1. INTRODUÇÃO

Este capítulo propõe pensar a igualdade como elemento constitutivo central da democracia moderna. Considerando o conceito de democracia de Alexis de Tocqueville, pode-se afirmar que a igualdade é algo natural e inevitável no estado social democrático. Há, na democracia, outros elementos importantes, mas eles são apresentados como questões a serem conquistadas no processo democrático e não como pontos que se referem à natureza da democracia.

A noção de liberdade, por exemplo, é deslocada do conceito de democracia no pensamento tocquevilliano e esse “estado social” não se define a partir da concepção de liberdade política, de soberania, de sufrágio e de exercício de direitos políticos, que seriam, para ele, prerrogativas a serem conquistadas. A hipótese deste capítulo é que o que caracteriza o estado social democrático é, sim, a igualdade.

Esse deslocamento teórico é possível a partir da leitura da obra *A democracia na América*, de Alexis de Tocqueville, que considera a igualdade como fato gerador da democracia. Tocqueville é um grande intérprete do seu tempo e contribui para uma maior compreensão sobre as questões que emergem da experiência de nosso tempo.

O nosso tempo, afirma Claude Lefort, é o tempo da democracia de massas e é esse o contexto objeto das reflexões tocquevilliana.

Alexis de Tocqueville destaca-se de seus contemporâneos por pensar a democracia como uma forma de sociedade que se emerge da decadência da sociedade aristocrática e diferencia-se dela por ter como fato gerador a igualdade de condições. A base do seu pensamento está nas transformações sociais e políticas que decorrem dessa transição da aristocracia para a democracia, de um estado social fundado na desigualdade para um fundado na igualdade.

Partindo da relação entre democracia e igualdade, Tocqueville nos ajuda a pensar a experiência da democracia moderna e suas ambiguidades. E é isso que se pretende apresentar neste capítulo. Primeiro, será apresentada a concepção de democracia e o seu vínculo natural com a concepção de igualdade moderna. Esse vínculo é o alicerce da teoria tocquevilliana e demonstra como se pode ter diversas formas de governos e regimes que se conservam ainda que a sociedade se autointitule democrática.

O segundo ponto deste trabalho terá como enfoque a definição do termo tocquevilliano de igualdade de condições. É imprescindível compreender que se trata de uma igualdade que persiste no espírito do homem democrático, ainda que não se efetive de forma plena na realidade social. Nesse ponto, também serão citadas algumas das consequências de se fundar um estado social na igualdade. Será uma breve apresentação dos riscos e ambiguidades que decorrem da democracia moderna.

E, por fim, far-se-á uma análise final da temática, apontando reflexões possíveis e aproximações importantes da concepção tocquevilliana.

2. DEMOCRACIA E IGUALDADE

A obra *A democracia na América* foi escrita sob a preocupação constante de um só pensamento: “o advento próximo, irresistível,

universal da democracia no mundo”(TOCQUEVILLE, 2005, p. 3). A democracia era, para Alexis de Tocqueville, um fato “providencial”. Não significa, contudo, que ela fosse fruto de uma ação divina, mas que a instituição do regime democrático na sociedade era uma necessidade histórica. Para o autor, há, no início do século XIX, uma revolução social caracterizada pela transição da aristocracia para a democracia. Ele admite essa revolução como um fato consumado ou prestes a se consumir¹.

Tocqueville não define de forma expressa o seu conceito de democracia. Entretanto, é possível delimitá-lo numa interpretação sistemática de seus textos a partir da oposição que ele estabelece entre essa definição e a de aristocracia. É na tensão vivenciada entre essas duas formas de sociedade que seu sistema conceitual se constitui.

A oposição entre aristocracia e democracia permite compreendê-las como objetos teóricos de mesma natureza. Ambas são denominadas por Tocqueville de um estado social, e esse é um outro conceito fundamental para a apreensão do seu pensamento. Não se tratam de formas de governo ou de regimes políticos, mas são estados sociais que estão sendo confrontados no século XIX, havendo uma queda natural da aristocracia e uma ascensão da democracia como forma de sociedade.

1 TOCQUEVILLE, 2005, p. 19. A intuição tocquevilliana em relação à “marcha da democracia” ocorre devido à observação do estado social dos EUA, o qual ele considera ser a democracia na sua essência, em estado puro. Tocqueville acreditava que o caso norte-americano mostrava nitidamente qual a fundação e a estrutura do Estado democrático. Devido à ausência de perturbações e resistências nesse país, tudo teria ficado perfeitamente visível e tal visibilidade foi essencial para a constatação de que a democracia já era um fato na sociedade europeia da época. Tocqueville conclui que a marcha irresistível em direção à institucionalização da democracia já havia se iniciado nos espaços exteriores aos da sociedade norte-americana. Desta última, ele constata certas características associadas à essência de toda sociedade moderna. Claude Lefort afirma que a observação de Tocqueville em relação à revolução democrática na sociedade seria uma consequência da análise da sociedade específica americana, em que a origem da nação coincide com a origem da democracia o que não ocorreria na Europa (LEFORT, 1978, p. 218). Lá não se conseguiria discernir o que é da essência da democracia, o que é natural e o que é acidental, imputável às desordens resultantes da revolução.

Mas o que é o “estado social” para Tocqueville? Trata-se de um termo tão importante para o pensamento tocquevilliano que ele expressamente o conceitua, o que é uma ação rara do autor. Nas notas dos seus rascunhos, ele define o estado social como a condição material e intelectual na qual se encontra um povo numa determinada época (TOCQUEVILLE, 1990, p. 37). Diz ele:

O estado social é, ordinariamente, o produto de um fato, às vezes das leis, quase sempre dessas duas coisas reunidas. Porém, uma vez que existe, podemos considerar ele mesmo como a causa primeira da maioria das leis, costumes e ideias que regem a conduta das nações; o que ele não produz, ele modifica. (TOCQUEVILLE, 2005, p. 55).

O estado social é o modo de vida de um povo, considerando as relações que estabelecem entre os indivíduos, entre eles e o seu meio, entre as leis e os costumes e entre todos esses elementos. O estado social é uma forma de sociedade que determina as opiniões entre os indivíduos, as leis, os ajustes institucionais, as conexões de poder, as relações intelectuais, etc.

Ele resulta, como visto na citação acima, de um fato – que pode ser circunstâncias históricas e geográficas de determinado povo – como também das leis, das normas prescritas para a organização da sociedade. Uma vez constituído, apresenta-se como a causa primeira dos fenômenos sociais e políticos de uma sociedade determinada.

Claude Lefort, que é um importante leitor e intérprete de Tocqueville, traz uma contribuição fundamental para se pensar o termo estado social no pensamento tocquevilliano quando discute o tema das formas de sociedade. Para Lefort (1982, p. 319), cada forma de sociedade pode ser considerada um acontecimento ou um jogo interno de respostas. Elas suscitam, de forma imaginária, a essência de determinada comunidade. Ou

seja, elas permitem a construção de tipos ideais de sociedades configuradas em um período determinado. Alexis de Tocqueville realiza essas construções ao pensar na aristocracia e na democracia. Compreender isso é essencial para se pensar na filosofia tocquevilliana. Trata-se de um ponto de partida para suas observações sobre o corpo político.

Apesar de Tocqueville não definir as duas formas de sociedade, os conceitos podem ser inferidos a partir da relação que se estabelecem entre eles e seus pressupostos. Em uma das primeiras notas dos rascunhos do Livro II de *A democracia na América*, ele caracteriza o estado social democrático da seguinte maneira:

Quando não há mais castas com tratamentos distintos, direitos particulares e exclusivos, riquezas permanentes, propriedades imóveis, os cidadãos diferem pouco uns dos outros por suas condições, e eles mudam permanentemente de condições, eles adotam naturalmente certas leis, e adquirem certos hábitos de governo que lhe são próprios.

Essa igualdade e essas causas não influem somente nas suas ideias nos seus hábitos políticos, mas sobre todos os seus hábitos e as suas ideias. Os homens que vivem neste estado social democrático concebem opiniões novas, eles adotam novos costumes (*moeurs*), eles estabelecem entre eles relações que não existem ou modificam as que já existem. (TOCQUEVILLE, 1990b, p. 7, nota c, tradução nossa).

A citação acima é um ponto de partida para a diferenciação que se quer estabelecer entre aristocracia e democracia. Ao evidenciar os elementos constitutivos da democracia, ele apresenta a essência do que ele denomina de aristocracia. São conceitos que podem ser construídos a partir de suas diferenças.

Primeiro, cabe esclarecer o termo aristocracia. Não se trata do objeto específico de estudo de Tocqueville, pois ele é um pensador da democracia. Mas é um conceito permanentemente revisitado para a compreensão do seu tempo. Apesar de não ser o seu foco principal, para Pierre Gouriand, o filósofo propõe uma maneira específica de se pensar a aristocracia.

A premissa fundadora da aristocracia é a desigualdade, como visto, e ela se caracteriza como uma ordem social dividida em castas² com “tratamentos distintos”. É uma sociedade dividida em grupos que se estruturam de forma hierárquica, havendo grupos inferiores e grupos superiores. Cada um desses grupos é fechado e delimitado por uma função e um modo de vida. Eles se relacionam de forma assimétrica e a classe aristocrática é claramente mais favorecida por possuir “direitos particulares e exclusivos, riquezas permanentes e propriedades imóveis” que não são acessíveis aos membros das classes inferiores.

É importante observar que os homens, na aristocracia, não vivem separados ou isolados. Eles estão inseridos em um grupo e esse grupo se relaciona com o outro na organização social, ainda que de forma hierarquizada. Afirma Tocqueville (2004, p. 132) que “nas sociedades aristocráticas, os homens não precisam se unir para agir, porque são mantidos fortemente juntos”. Os indivíduos não podem sozinhos executar nenhum empreendimento. Em regra, os cidadãos ricos e poderosos possuem o poder de mando e o dever de proteção das classes inferiores que dependem da segurança proporcionada pelas classes superiores e executam as tarefas sociais ordinárias. São vínculos que se estabelecem pela força e pela obediência e são mantidos de forma durável. Os homens se unem por dever e obrigatoriedade. É, como afirma Gouriand (2005, p. 55), a própria desigualdade que implica a união.

2 Na obra *O antigo regime e a revolução*, Tocqueville estabelece uma distinção entre aristocracia e nobreza. Mas essa diferenciação não é essencial para a apresentação do conceito de aristocracia que se quer realizar neste capítulo.

Além disso, os homens na aristocracia convivem em condições desiguais que não podem ser alteradas. Há uma estrutura social hierarquizada que fixa essas condições e há barreiras para a mobilidade social dentro dessas estruturas. É uma imobilidade natural e cada homem está, desde o nascimento, fixado a um determinado *status* social. Afirma Tocqueville (2004, p. 285) que, na sociedade aristocrática, “cada homem está mais ou menos fixo em sua esfera; tem paixões, ideias, hábitos essencialmente diferentes. Nada entre eles se move, tudo se diferencia”. Não é possível a mudança dos homens entre as classes sociais e eles são diferentes na medida em que possuem identidades específicas relacionadas com o grupo a que pertencem.

O estado social democrático é o oposto do estado social aristocrático acima descrito, como visto na citação apresentada por Tocqueville nos seus rascunhos. A democracia é uma sociedade que exclui ou tende a excluir a sociedade aristocrática, pois se manifesta a partir de um processo de igualização. A democracia é, teoricamente, a não distinção entre classe e a não existência de direitos e privilégios de alguns. Parte-se do pressuposto de que todos são iguais e, por isso, devem possuir os mesmos direitos. A relação entre os homens não é, na sua origem, verticalizada e hierarquizada.

A democracia, para o pensamento tocquevilliano, não é uma forma de governo ou um regime político, mas uma maneira geral e abstrata de designar um modo de viver junto, afirma Legros (2008, p. 7). Ela se revela pela relação que os homens se estabelecem entre si e com o mundo. Na democracia, continua Legro, é a sociedade que se transforma e é a condição humana que se transforma. Há uma alteração da base social que se sustenta no estado democrático sobre uma concepção de igualdade a qual modifica a relação entre os homens e a relação do homem consigo.

Outro ponto que se deve ressaltar sobre a definição de democracia e sobre a sua constituição é a questão da igualdade e a consequente semelhança entre os homens, que possibilita a compressão de um gênero humano composto por pessoas com características comuns. As semelhanças na democracia, entretanto, são permanentemente quebradas diante da possível mobilidade social. Diz Tocqueville (2004, p. 268-269) que “nas aristocracias, os homens são separados uns dos outros por elevadas e imóveis barreiras; nas democracias, são divididos por uma multidão de pequenos fios quase invisíveis, que se quebram a cada instante e que são mudados sem cessar de lugar”. Na aristocracia, o homem pertence a um determinado grupo e não há condições de mudanças sociais. Mas a democracia tem como pressuposto a igualdade dos homens, significando que todos podem ocupar os mesmos *status* sociais, todos podem adquirir as mesmas riquezas e propriedades e todos podem ocupar espaços de poder.

Como afirma o filósofo Finkelkraut (2008, p. 25), para Tocqueville a democracia é um processo, um movimento dinâmico e torrencial. No estado social democrático, as barreiras são fios que podem ser quebrados permanentemente. Os ricos podem ficar pobres e os pobres podem ficar ricos; pode haver acúmulo ou perda de propriedades e o espaço entre governantes e governados pode ser constantemente alternado.

A mobilidade social gera a possibilidade de constantes mudanças e torna a democracia uma sociedade aberta. Ao contrário do que acontece na aristocracia, em que se defende a conservação das hierarquias sociais, o que resulta na manutenção dos privilégios e das riquezas nas mãos de um pequeno grupo, na democracia convive-se com uma grande agitação derivada da inquietude do espírito dos homens, que buscam incessantemente alterar o seu *status* social. Isso decorre do fato de a igualdade de condições, na democracia, acomodar-se em meio a múltiplas desigualdades, como bem analisa Lefort (1978, p. 222)

A realidade fática da sociedade é desigual, ainda que o espírito da igualdade esteja enraizado no coração dos cidadãos. Os homens democráticos reconhecem-se como teoricamente iguais, ainda que haja diferenças importantes entre eles³. Isso resulta numa busca constante para redução das diferenças reais ou, dizendo de outra maneira, numa busca pela igualização das condições entre os homens.

Jasmin (2005, p. 49) afirma que a democracia pode ser concebida como *“um estado social que comporta um movimento permanente em busca de mais igualdade”*. É uma ordem social que vivencia um processo dinâmico, especialmente porque um dos sentidos da igualdade para o pensamento tocquevilliano é o de mobilidade social. A igualdade instiga o homem democrático numa busca contínua, especialmente em relação à satisfação de seus desejos e do gozo dos bens materiais, e isso é um processo incessante.

3. A IGUALDADE DE CONDIÇÕES

Para Meuwly (2002, p. 140), a igualdade de condições tocquevilliana implica a igualdade diante da lei, igualdade de chances devido à possibilidade de mobilidade social e a igualdade de consideração e respeito de um homem para com outro. É uma forma de nivelamento social entre os homens em vários âmbitos.

Sobre esse ponto, afirma Lenoir (2013, p. 94) que Tocqueville inverte a lógica tradicional da definição de igualdade ao apresentar a igualdade democrática como uma igualdade social que se reflete na aplicação de uma igualdade natural abstrata.

3 Por isso, Jean-Claude Lamberti afirma que as desigualdades são inevitáveis e universais, mas elas podem ser distribuídas de maneira diferente segundo a forma de sociedade. Para ele, há elementos aristocráticos em todas as sociedades democráticas, que são elementos referentes à desigualdade fática (LAMBERTI, 1983, p. 42).

Essa igualdade natural, continua Lenoir, é uma consequência da igualdade social que se constrói a partir da ideia da ausência de hierarquia social fundada em diferenças naturais. Ou seja, a igualdade tocquevilliana é um princípio abstrato que orienta a esfera política e social a fim de alterar as estruturas das relações humanas.

Na introdução do Livro *I* de *A democracia na América*, Tocqueville (1990, p. 3) afirma que essa igualdade é “o fato gerador de que cada fato particular parecia decorrer⁴”. Ela é o alicerce das leis, das decisões governamentais, dos costumes, dos hábitos particulares, etc. Mas, na advertência que abre o Livro *II* de *A Democracia na América*, Tocqueville alerta que, apesar de a igualdade desencadear inúmeros efeitos, ela não é a única causa de tudo. Ele cita como exemplo que, nos Estados Unidos, há outras causas importantes para a consolidação do estado social democrático, entre as quais a origem dos seus habitantes, a religião dos primeiros fundadores e a natureza do país.

O foco de Tocqueville, entretanto, é observar a igualdade como o fato singular da democracia, como a causa principal das inclinações e ideias do estado social. Ele quer compreender como e em que proporção a igualdade modifica esse estado social. Ele apresenta a concepção de igualdade no âmbito social e político, considerando a sua extensão sobre a inteligência, sobre as relações que se estabelecem entre os homens, sobre a relação que o homem estabelece consigo e sobre a sua influência nos costumes.

Goyard-Fabre (1991, p. 29-30, tradução livre) contribui para a compreensão dos diversos aspectos da igualdade na democracia tocquevilliana ao categorizá-la. Ela afirma que a igualdade pode primeiro ser considerada no seu aspecto negativo como

4 Claude Lefort afirma que poucos autores tiveram o sentimento de descoberta de um objeto de sua reflexão, como teve Tocqueville em face do tema da igualdade de condições (LEFORT, 1978, p. 217).

abolição dos traços de feudalidade, da tradição nobiliária e dos privilégios. Ou seja, como supressão de hierarquias e diferenças entre classes. Ou como, em um sentido positivo, a construção e a modificação da ordem social. E, nesse sentido, a igualdade é um fato que influencia ideias, sentimentos e costumes, alterando-os e construindo bases diferentes de relacionamento entre eles. E a origem dessas alterações está na própria sociedade.

Considerando o critério negativo e o positivo apresentado por Simone Goyard-Fabre em relação à conceituação da igualdade, cabe esclarecer as observações toquevillianas sobre esse tema expostas no célebre capítulo I da segunda parte do Livro II de *A democracia na América*, denominado “*Por que os povos democráticos mostram um amor mais ardente e mais duradouro pela igualdade do que pela liberdade*”. Tocqueville (2004, p. 113) introduz esse capítulo dizendo que “a primeira e a mais viva das paixões que a igualdade das condições faz nascer, não preciso dizer, é o amor por essa igualdade mesma”. E, na nota dos rascunhos que abre o capítulo, afirma que essa igualdade sugere ao homem o sentimento de que não deve haver homens acima ou abaixo dele (TOCQUEVILLE, 1990b, p. 93, nota c). Pode-se depreender que a primeira paixão do homem democrático é pela ideia da igualdade, que significa o nivelamento dos homens no âmbito social e político de maneira que não haja nenhuma relação hierarquizada entre eles.

Esse é, como visto neste artigo, o pressuposto da diferenciação entre a concepção de sociedade aristocrática e sociedade democrática e é a premissa inicial para se pensar sobre as vantagens e desvantagens da igualdade. O primeiro ponto para se pensar refere-se à afirmação toquevillianiana de que o homem democrático tem amor pela igualdade. Para Goyard-Fabre (1991, p. 35-36), a paixão pela igualdade é um motor poderoso da democracia e se traduz de forma simples como “um homem

é um homem, como todo outro homem⁵". É um axioma da igualdade a indiferenciação e a comutatividade aritmética, diz ela, que estabelece que um indivíduo é um indivíduo igual a outro indivíduo. A partir desse axioma originam-se todos os seus pensamentos e ideias dos homens democráticos que se apegam à igualdade, considerando-a o maior bem da sociedade.

Destaca-se disso o fato de que os homens democráticos preferem a igualdade à liberdade. "*Suportarão a pobreza, a submissão, a barbárie, mas não suportarão a aristocracia*", diz Tocqueville (2004, p. 117). Para esses homens a desigualdade é intolerável. Eles querem a igualdade e a liberdade, mas, se não for possível obter a liberdade, contentam-se com a igualdade na escravidão. Há um gosto pela liberdade, mas uma paixão ardente pela igualdade.

A igualdade proporciona, cotidianamente, a satisfação de pequenos prazeres. Afirma Tocqueville (1990b, p. 95) que basta viver para desfrutar de cada um dos incidentes da vida privada que decorrem do processo de igualização. Os homens, por serem semelhantes, podem adquirir riqueza, buscar conforto, acumular fortunas e beneficiar-se de direitos que são normatizados de maneira igual para todos. Percebe-se no presente as suas vantagens.

Os males da igualdade, apresentados por Tocqueville, especialmente os decorrentes do individualismo e do isolamento social, não se manifestam de forma tão imediata. A extrema igualdade pode, por exemplo, estabelecer ao longo do tempo um estado de apatia em que os homens não se interessam pelo espaço público e pela administração dos negócios políticos. A consequência mais severa desse processo é o estabelecimento de um estado social que, apesar de democrático, é despótico.

5 GOYARD-FABRE, 1991, p. 35-36.

A apatia, o isolamento e o individualismo que decorrem da extrema igualdade geram a ausência de vínculos comuns capazes de unir os homens. Quando o homem pensa apenas em si, ele não busca refletir sobre os direitos e necessidades de seus semelhantes. E essa indiferença é, para Tocqueville, uma virtude política para o despotismo. Para ele, *“os vícios que o despotismo faz nascer são precisamente os que a igualdade favorece”* (TOCQUEVILLE, 2004, p. 125). Trata-se de duas coisas que se complementam.

No despotismo, o bom cidadão é aquele que se encerra em si. Vive separado e sem vínculos com outros homens. Ele vive ordinariamente as suas necessidades privadas, buscando fortuna e bem-estar material. A sociedade, para ele, resume-se à manutenção da ordem e da segurança de forma que seja possível conservar as suas riquezas e o seu conforto.

Nos últimos capítulos da quarta parte do *Livro II*, Tocqueville constrói o argumento de que os cidadãos isolados precisam de um poder central, sob pena de desordem. Esse amor à ordem parece abrir o caminho para o poder absoluto, um poder central, imenso e tutelar que se torna a melhor solução para a manutenção da organização social democrática. Por essa via, na democracia, o cidadão ama o poder central e deposita sua confiança nele, ficando suscetível ao despotismo e à tirania.

Mas, para Tocqueville (1990b, p. 93), a democracia pode ter um resultado oposto ao do despotismo: o regime de liberdade. A liberdade se manifestou em diferentes tempos e formas de sociedade e não é, segundo o filósofo, algo específico de um estado social. A liberdade não é, portanto, um elemento singular da democracia.

As vantagens da liberdade não são sentidas de maneira imediata no cotidiano do homem, como a igualdade. “Os bens que a liberdade proporciona só se revelam a longo prazo, e é sempre fácil desconhecer a causa que os faz nascer” (TOCQUEVILLE,

2004, p. 115). Eles proporcionam prazeres a alguns cidadãos em determinados períodos. Tem-se, por exemplo, a vantagem de determinado número de pessoas poder participar de um processo deliberativo que resulta na solução para um determinado problema em sua rua.

Os males que o excesso de liberdade traz se apresenta de forma imediata aos olhos dos homens democráticos, ao contrário das desvantagens do excesso de igualdade, que se faz sentir ao longo do tempo. A sua principal desvantagem é ser um obstáculo à tranquilidade pública. O exercício da liberdade produz agitações e o seu excesso pode gerar um estado social permanentemente febril, no qual a estabilidade e a conservação das instituições estariam comprometidas.

Destaca-se do disposto até aqui que em *A democracia na América – Livro I*, Tocqueville desenvolve uma concepção original: a de que a grande novidade da democracia era a igualdade de condições. Essa igualdade não impede que existam ricos e pobres, mas dá aos homens a ideia de que são semelhantes e que podem possuir as mesmas coisas materiais. A tendência dessa sociedade fundada na igualdade de condições é, como visto, cada homem viver isolado, independente do outro, preocupado apenas com seu espaço privado e com o acúmulo de fortuna.

O elemento central e natural da democracia é, portanto, a igualdade de condições. Os homens democráticos são iguais e isso significa que podem possuir o mesmo *status* social, as mesmas fortunas e os mesmos confortos materiais. Não há mais uma estrutura hierarquizada rígida, como na aristocracia, mas prevalece a possibilidade de mobilidade social. E “possibilidade” é o melhor termo a ser utilizado nesse contexto, pois não há uma efetiva igualdade, mas uma possibilidade de um homem ser igual a seu semelhante. Na democracia, há ricos, pobres, patrões e empregados, como na aristocracia, mas a relação entre eles

é diferente diante da permanente possibilidade de se tornarem semelhantes.

O alicerce da democracia é a igualdade como algo que está no espírito individual e que se manifesta de diversas formas no estado social. Por exemplo, entender-se como igual significa não aceitar uma superioridade intelectual, a *priori*. O homem democrático pensa e age conforme a sua própria razão, considerando-se independente dos seus semelhantes. E essa independência produz o fenômeno político do isolamento social. Os indivíduos tendem a se isolar e a viverem preocupados apenas com a sua vida privada e com o acúmulo de bens materiais.

A igualdade de condições na democracia resulta no individualismo como base da vida cotidiana e da ação do homem. Vive-se exclusivamente para si e conforme a sua razão. Ou seja, a igualdade que é base da democracia moderna tende a produzir homens isolados nas suas mônadas, que não possuem nem tempo nem disponibilidade de espírito para tratarem de assuntos que não concernam a sua vida doméstica.

Alexis de Tocqueville apresenta essas ambiguidades da igualdade de condições e reflete sobre suas possíveis consequências. Para ele, a democracia fundada na igualdade pode sustentar regimes despóticos ou regimes de liberdade. O despotismo democrático, termo cunhado pelo filósofo, decorre do isolamento e da não participação na política. Os homens democráticos se isolam nas suas vidas privadas e deixam vazio o lugar do poder de mando e organização da sociedade. Esse lugar vazio é facilmente ocupado por um déspota, cujo discurso de ação é a ordem e a segurança, que tornam possível aos indivíduos desfrutar de seus bens materiais com segurança. Os homens democráticos, afirma Tocqueville, preferem a igualdade na servidão. E essa preferência é uma importante porta de abertura para a instituição e a conservação da servidão e do despotismo na democracia.

Lado outro, a democracia também pode resultar num regime de liberdade. A liberdade não é, para Tocqueville, algo natural desse estado social, mas deve ser produzida e conquistada pelos homens. Para o pensamento tocquevilliano, é essencial exigir a participação dos indivíduos na esfera pública até que isso se torne algo natural da sociedade. Produzida, a liberdade política torna-se elemento indispensável para a harmonia da democracia, mas deve ser permanentemente objeto de luta.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante observar que a sistemática conceitual tocquevilliana apresentada demonstra a originalidade do autor, que reformula conceitos clássicos da filosofia política. Primeiro, porque a base do seu pensamento está na concepção de estado social. Ele reflete sobre a estrutura dos estados sociais democráticos, comparando-os com o estado social aristocrático.

Há duas considerações importantes a se fazer sobre o conceito de estado social de Tocqueville. A primeira é a sua defesa da democracia como algo que era inevitável no início do século XIX. Hoje, a democracia parece uma organização natural de uma sociedade, mas não era essa a realidade da época. Tocqueville construiu argumentos sólidos, especialmente a partir da descrição da experiência americana, para demonstrar a marcha inevitável dos estados sociais para a democracia.

Como visto neste capítulo, Tocqueville apresenta hipóteses sobre as mudanças sociais concretas que comprovam a mudança da aristocracia para a democracia. Os sinais dessa mudança estão presentes no estado social e não no âmbito do governo. A sua proposta é que a esfera política deverá se construir e se pensar

a partir das alterações da esfera social que já estavam sendo realizadas.

A outra consideração a ser feita em relação ao estado social de Tocqueville é o fato de ele evitar categorizar a democracia como forma de governo ou como regime político. No discurso da filosofia clássica, transmitida pela tradição aristotélica, sobre as três formas de governo, a democracia era pensada como governo do povo, como uma forma de organização da política em que os cidadãos que possuem direitos políticos participam das deliberações e decisões tomadas na esfera pública. Ela distinguia-se do governo de um só (monarquia) e do governo de poucos (oligarquia).

Da Antiguidade à modernidade, o conceito sofreu diversas transformações, de acordo com os diferentes contextos nos quais ele esteve inserido. Não cabe aqui descrever a semântica do termo nesse período, mas é relevante destacar que, no início do século XIX, período de reflexão e escrita de Tocqueville, as discussões sobre a democracia se desenvolveram principalmente a partir do enfrentamento da doutrina política do liberalismo.

Tocqueville insere-se nessa discussão e tem, repita-se, como pressuposto de suas teorias o pensar a democracia como um estado social e não como uma forma de governo e um regime político. Isso já é um ponto de destaque do seu pensamento em relação a outros pensadores da democracia na modernidade.

No início do século XIX, democracia e liberalismo pareciam se interligar e eram apresentados como um modelo racional único de ordem social, capaz de preservar a livre existência do ser humano. A democracia caracterizava-se como um regime político que visava a garantia de direitos individuais, incluindo os direitos políticos de participação. A democracia moderna parece, nesse debate, repousar-se numa concepção

individualista da sociedade e ser um espaço em que é possível garantir liberdade e direito.

Essa concepção de democracia tem como pressuposto uma identificação entre a sociedade e o Estado liberal que estava se construindo⁶. Trata-se de um pressuposto, como já visto, diferente do encontrado no pensamento tocquevilliano. Tocqueville, como se verá, partindo da observação da estrutura do estado social, percebe a sociedade e a sua constituição individualista, mas suas reflexões vão em outra direção.

Alexis de Tocqueville não nega a importância da liberdade para a construção e a manutenção da democracia, mas considera que a essência da democracia é a igualdade. Trata-se de uma construção original sobre a natureza da democracia. A liberdade é posta como um remédio para os riscos do estado social democrático, mas não como algo que lhe é natural. O regime político da liberdade é uma das possibilidades da democracia. Tocqueville não interliga esses dois conceitos como conceitos correlatos. E, para ele, a democracia tende mais ao despotismo e à servidão do que à liberdade.

Tocqueville permite ao leitor pensar sobre a forma de sociedade democrática moderna, apresentando análises e críticas a partir de um debate interno à própria democracia. Ele observa os elementos constitutivos da democracia sem vinculá-los a um regime político específico. Descrevendo a democracia moderna, ele investiga pontos centrais que derivam da prática social da democracia e nos apresenta a igualdade como uma categoria política inevitável do nosso tempo.

6 Contemporaneamente a Tocqueville e com uma concepção liberal de Estado, tem-se o famoso discurso de Benjamin Constant sobre "A liberdade dos antigos e dos modernos". Não há nenhuma prova concreta da leitura desse discurso por Tocqueville, mas certamente ele teve contato com as suas teorias e linguagem, pois elas circulavam nos debates políticos e intelectuais da época.

REFERÊNCIAS

GOURIAND, Pierre. **Tocqueville**: une certaine vision de la démocratie. Paris: L'Harmattan, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. La pensée politique d'Alexis de Tocqueville. **Cahiers de Philosophie Politique et Juridique**, Paris, n. 19, p. 21-44, mai 1991.

JASMIN, Marcelo Gantus. **Alexis de Tocqueville**: a historiografia como ciência da política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

LEGROS, Robert. La démocratie en questions. **Cahiers de Philosophie Politique et Juridique**, Paris, n. 44, p.7-10, 2008.

LEFORT, Claude. Da igualdade à liberdade: (1978). In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 217-248. Tradução Eliana de Melo Souza.

_____. Morte da imortalidade: (1982). In: LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 249-326. Tradução Eliana de Melo Souza.

LENOIR, Norbert. **Libéralisme politique et démocratie**. Paris: Studyrama, 2013.

MEUWLY, Olivier. **Liberté et société**: constant et Tocqueville face aux limites du libéralisme moderne. Genève, Paris: Librairie DROZ, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: livro I - leis e costumes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Eduardo Brandão.

_____. **A democracia na América**: livro II - sentimentos e opiniões. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Tradução de Eduardo Brandão.

_____. **De la démocratie en Amérique I**. Paris: Vrin, 1990.

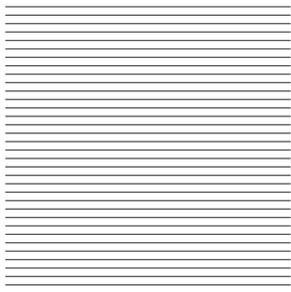
_____. **De la démocratie en Amérique II**. Paris: Vrin, 1990b.



IGUALDADE E CIDADANIA POLÍTICA

Wladimir Rodrigues Dias*

*Consultor legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Doutor em Direito Público pela PUC-MG e mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (2014-2016). Professor da Escola do Legislativo da ALMG.



1. INTRODUÇÃO

Este capítulo tem por finalidade apresentar, de forma sintética, os aspectos mais importantes da relação entre o princípio da igualdade e os direitos políticos atribuídos ao cidadão na ordem jurídico-constitucional brasileira. Dada a impossibilidade de se apreciar cada ponto específico que a matéria enseja, em vista dos objetivos da obra, realizar-se-á uma abordagem de cunho geral, com algumas incursões específicas em determinadas questões salientes.

Deste relato, todavia, devem sobressair dois elementos fundamentais. O primeiro é a posição do princípio da igualdade como alicerce do sistema político estatuído na Constituição de 1988 e, conseqüentemente, como fundamento nuclear da cidadania. O segundo é a constatação de que a experiência constitucional registrada no período pós-ditatorial tem evidenciado um desvio declarado e sistemático do princípio isonômico, a operar em favor de um regime político tendencialmente restritivo e, por isso mesmo, menos democrático do que seria de se esperar.

O confronto entre as prescrições constitucionais atinentes à matéria, a legislação produzida na vigência do texto de 1988, bem como seus regulamentos, e a prática jurisdicional evidencia que o tratamento oferecido aos direitos políticos passa por leis eivadas de moralismo, regulamentos draconianos produzidos pela Justiça Eleitoral e jurisprudência frágil e excessivamente casuística, em um contexto de ativismo judicial e judicialização da política.

A principal característica da cidadania é a sua tensão em direção à igualdade¹. A cidadania política tem nos direitos políticos sua principal expressão jurídica. Verifica-se, modernamente, que um ordenamento jurídico dotado de pretensões democráticas principia pela consolidação dos direitos de primeira geração², a consagrar em igualdade de condições as dimensões civil e política da cidadania, à qual deve se somar a social³.

A moderna concepção de cidadania decorre de um processo social mediante o qual formas tradicionais de diferenciação social são, em um cenário de crescente complexidade, perpassados por um sentido de igualdade⁴, que repousa na prevalência de um humanismo sedimentado no “discurso de homogeneidade da espécie humana e do caráter naturalmente sociável dos membros dessa espécie”⁵. Tal processo induz a substituição de modos de diferenciação, como a hierárquica, a estratificação, ou a oposição entre centro e periferia, pela distinção por meio de sistemas sociais funcionalmente diferenciados⁶.

Trata-se de uma estratégia que tende a não admitir formas tradicionais de desigualdades, mas que realiza operações de inclusão e exclusão nos sistemas parciais da sociedade, consoante

-
- 1 MARSHALL, Thomas Humphrey. *Citizenship and social class*. Londres: Bentley House, 1950.
 - 2 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992; VASAK, Karel. *Human rights: a thirty-year struggle*. Unesco Courier, Paris, n. 30, nov. 1977.
 - 3 DIAS, Wladimir Rodrigues. *Cidadania e teoria democrática*. In: RESENDE, Antônio J. C. (Org.). *Poder Legislativo e cidadania*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2015.
 - 4 A forma de diferenciação baseada em sistemas sociais está no cerne da distinção luhmanniana entre sociedades modernas e pré-modernas. Ver em PIRES, Edmundo B. *Diferenciação social e unidade política da sociedade a partir da obra de N. Luhmann*. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 12, p. 23-69, 2003.
 - 5 PIRES, Edmundo B. A. *Individuação da sociedade moderna*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 516.
 - 6 LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997; LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993; LUHMANN, Niklas. *Introduction to systems theory*. Cambridge: Polity Press, 2012.

processos de atribuição de sentido que promovem tais distinções⁷. Percebe-se, no caso brasileiro, que esse processo evolutivo-adaptativo está estampado no texto da Constituição de 1988, mas a trajetória não linear de sua sociedade⁸ e suas instituições políticas⁹ permite reconhecer a permanência de esquemas tradicionais de desigualdades e dominação¹⁰ e sua força¹¹.

Impõe-se a necessidade de uma análise aprofundada desse fenômeno, que tanto incorpore a normatividade democrático-constitucional, nela incluídas as pretensões substantivas do princípio da igualdade, quanto os paradoxos e contradições nos quais convivem instituições políticas e jurídicas modernas e práticas sociais sob a égide do colonialismo e do patriarcado¹². Sobressai, nesse contexto, o papel desempenhado pela Constituição e pelo Direito em vista das disputas em torno de direitos e privilégios¹³, o que pode ser bem observado na seara da cidadania política.

Concretamente, no caso brasileiro, a construção da cidadania passa por caminhos tortuosos¹⁴, alcançando elevada complexidade

- 7 Nesse sentido, o aparecimento dos modernos sistemas jurídico, político, econômico, etc.
- 8 Pode-se, entre outros aspectos, afirmar uma "diferença de temporalidade" entre indivíduos e suas interações e os sistemas sociais e suas operações. Ver em PIRES, Edmundo B. A. *Individuação da sociedade moderna*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.
- 9 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania o Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- 10 LUHMANN, Niklas. *Causalidad en el Sur*. *Estudios Sociológicos*, Ciudad de México, v. 27, n. 79, 2009. p. 3-29.
- 11 SOUZA, Jessé. *A gramática social da desigualdade brasileira*. In: SOUZA, J. (Org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006; SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*. Rio de Janeiro: Leya, 2018; SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.
- 12 DAMATTA, Roberto. *Brasil: uma nação em mudança e uma sociedade imutável? Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 204-219, 1988.
- 13 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- 14 DIAS, Wladimir Rodrigues. *Sobre o conceito de cidadania e sua aplicação ao caso brasileiro*. *Revista da Gestão Pública*, n. 1, v. 1, 2007.

e crescente imprevisibilidade¹⁵, especialmente por se tratar de uma sociedade estabelecida na periferia do sistema capitalista mundial, sob o signo da desigualdade e de relações sociais verticalizadas e assimétricas, demarcada pela hegemonia de elites zelosas de suas posições e privilégios¹⁶. Aqui, uma Constituição progressista como a de 1988 não equivale, necessariamente, a uma sociedade equilibrada, justa e democrática, na qual direitos enunciados e normativamente garantidos sejam, de fato, consolidados¹⁷.

Assim, a experiência da igualdade em termos de cidadania política, no Brasil dos últimos 30 anos, permite registrar avanços e retrocessos¹⁸, contradições e limites, discursos contrapostos e disputas concretas, com as frações sociais dominantes tendendo a monopolizar as principais seleções de alternativas no sistema político, inclusive no que diz respeito a limites para a democracia e restrições para a cidadania¹⁹. O uso predominante de argumentação moralista no campo político, evidencia, nesses casos, paradoxos derivados da “impossível sincronia entre o tempo da comunicação e o tempo da consciência”, inclusive a sua

15 Sobre complexidade, imprevisibilidade e risco em processos sociais evolutivos-adaptativos próprios da modernidade, ver em LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

16 SOUZA, J. (Org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

17 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

18 “O estabelecimento do sistema jurídico nas sociedades de modernidade periférica, segundo um princípio de especialização e diferenciação, mostra problemas de funcionalidade e de inclusão social. Nota-se incongruência entre processos de incorporação de direitos e densificação de cidadania, e de estratificação social. É provável decorrência de uma trajetória sócio-cultural que obriga, hoje, a síntese entre estruturas pré-modernas e hipermodernas, com a possibilidade de esquemas adaptativos oportunistas, mediante os quais uma fachada moderna permite – às vezes aprofunda – exclusões derivadas tanto da persistência de elementos provenientes da organização social de origem, quanto da pressão imposta pelas relações entre centro e periferia em uma sociedade tendencialmente globalizada”. Em DIAS, Wladimir Rodrigues. *Aspectos do sistema jurídico na modernidade reflexiva*. In: COLÓQUIO COIMBRA C. *Novas rotas, outras traje(c)tórias*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/804455/Aspectos_do_sistema_jurC3%Addico_na_modernidade_reflexiva>. Acesso em:

19 Ver, a respeito dessa seletividade, em RANCIERE, Jacques. *Le partage du sensible: esthétique et politique*. Paris: La Fabrique Editions, 2000.

irrealizável reciprocidade²⁰, a produzir um discurso moral anacrônico, muitas vezes socialmente apropriado de maneira enviesada, a distorcer a racionalidade que permitiria aos sistemas jurídico e político desempenhar os seus papéis na sociedade moderna.

É sobre essa base que desenvolveremos a nossa reflexão nas próximas páginas.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CIDADANIA POLÍTICA NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

A igualdade está inserida no texto constitucional como norma e objetivo, sob um contexto social limitado por desigualdades de toda sorte. Tal percepção conduz a determinadas exigências relacionadas ao alcance do termo, assim como a obstáculos e armadilhas que, concretamente, se lhe apresentam.

De um lado, o sentido presente de igualdade remete tanto à tradição filosófica liberal e às suas instituições jurídico-políticas quanto a uma concepção de justiça como inclusão social²¹, a impor isonomia material como base para a vida em uma sociedade democrática e livre²². A Constituição Brasileira é pródiga na formulação de sínteses e na produção de tensões atreladas a esses fundamentos. Nesse ambiente, uma base paradigmática se forma, reunindo, sob um conceito contemporâneo de igualdade, noções diversas, como as de devido processo legal, de igualdade sob a lei, de bem-estar social universalizado, de pluralismo e respeito às diferenças, ou de cidadania plena, a introduzir, no plano político, a partilha isonômica de capacidades, autoridade e poder.

20 PIRES, Edmundo B. A. *Indivuação da sociedade moderna*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011. p. 54.

21 LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981; LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

22 DELACAMPAGNE, Christian. *A filosofia política hoje*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

De outro lado, contudo, a trajetória social do Brasil apresenta-se marcada pela prevalência de relações verticalizadas, a sobrepor o mando e o favor ao Direito²³, com a ação de suas elites dirigentes, no mais das vezes, empenhada na sobrevivência de castas e privilégios²⁴, porém escorada em arcabouço institucional apto a simbolizar uma igualdade que, na prática, fica afastada do horizonte normativo estabelecido.

O estudo da igualdade como elemento nuclear de um sistema eleitoral formulado em função das pretensões democráticas da Constituição de 1988 apresenta, pois, desafios que decorrem desta dupla e contraditória vocação: a mudança de cunho emancipatório e a conservação de padrões excludentes de organização social.

A seguir, serão apresentados elementos essenciais para a compreensão do princípio isonômico na estruturação e operatividade da cidadania no sistema político brasileiro, a qual será abordada sob a lente do Direito, em suas regras e condições de aplicação. Note-se a importância da temática em face do papel desempenhado pela cidadania como variável que influencia as demais estruturas do sistema político, tais como as relações entre os Poderes republicanos, as condições de governabilidade, a legitimidade das eleições e da representação ou a estabilidade democrática²⁵.

Sob essa ótica, é razoável se pretender uma correlação entre a concretização do ideal isonômico no plano dos direitos políticos e a transformação da sociedade brasileira em termos de

23 NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997; CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania o Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004; AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003; DIAS, Wladimir Rodrigues. *O clientelismo no Poder Legislativo*. Belo Horizonte: FUNDAC, 2011; SOUZA, Jessé. *SOUZA, Jessé. A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.

24 SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira*. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

25 NOHLEN, Dieter. *Os sistemas eleitorais: o contexto faz a diferença*. Lisboa: Horizonte, 2007.

partilha democrática. A distância entre esse ideal e a experiência dos últimos trinta anos revela, por seu turno, que, a par de avanços pontuais, por vezes relevantes, remanesce um sistema político permeado por desigualdades significativas, consoante se consignará a seguir, com o estudo da cidadania, especialmente quanto à capacidade de votar e de ser votado.

3. CIDADANIA E DIREITOS POLÍTICOS

A cidadania, como elemento fundante do regime democrático, recebe tratamento destacado na ordem jurídico-constitucional brasileira, mormente no Direito Eleitoral. Vem desde sua introdução no art. 1º da Carta Magna como fundamento da República, ao lado da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político; passa pelos contornos isonômicos do dirigismo contido no art. 3º; e destaca-se por toda a extensão dos direitos e garantias fundamentais, entre os quais se encontra a matéria relativa à cidadania política e ao sistema partidário, aos quais se somam dispositivos como os relacionados ao sistema eleitoral²⁶ e à Justiça Eleitoral²⁷.

Sufrágio universal, igualdade do voto, condições de elegibilidade, inelegibilidades, sistema eleitoral, organização partidária, administração e tutela jurisdicional das eleições compõem um painel que, do ponto de vista do texto da norma, mostra-se coeso, sistêmico e equilibrado. Na prática, porém, revela distúrbios que colocam em risco sua funcionalidade, tal como preconizada na Lei Fundamental.

As principais questões em torno da cidadania política vêm sendo tratadas de forma ambígua, mediante uma conjugação de estratégias, entre as quais se destaca uma orientação geral restritiva e repressiva, e ações específicas, tanto derivadas de uma política

26 Arts. 27, 45, 46 e 77 da Constituição de 1988.

27 Arts. 118 a 121 da Constituição de 1988.

legislativa que tende a favorecer os interesses dos representantes em exercício e de grupos politicamente hegemônicos, como de um comportamento ativista do Judiciário, judicializando temas políticos próprios do Legislativo e desenvolvendo uma casuística jurisprudencial marcada pela incerteza e pela instabilidade, em todos os casos com prejuízo para o princípio da igualdade.

Pode-se afirmar, assim, que há um percurso conflituoso, após 1988, envolvendo igualdade, cidadania política e eleições, bem como que “o caminho percorrido, pelo Brasil, no que diz respeito aos direitos políticos, não foi o do desenvolvimento progressivo e sim, foi na direção oposta, a de uma involução ou um desenvolvimento regressivo de limitação dos direitos políticos”²⁸.

4. SUFRÁGIO UNIVERSAL E DEVER DE VOTAR

O sufrágio universal está intimamente vinculado ao projeto civilizatório da modernidade. Sua concretização demandou um processo relativamente longo e multidimensional, com a expansão de espaços sociais, direitos, sujeitos e perspectivas, a moldar as chamadas democracias representativas desde o século XVIII até o presente.

A igualdade é princípio determinante nessa seara, e sua arquitetura jusnaturalista, parte do arcabouço racionalista e humanista urdido pelo ideal iluminista, implicou profunda ruptura com os esquemas excludentes típicos não apenas do padrão europeu de antigo regime, mas de outras culturas e tradições para as quais expandiu. Sob uma perspectiva contratualista, essa igualdade entre cada humano, e a consequente compreensão de sociedade baseada na conjugação de individualidades, articulou-se não apenas por um grande princípio isonômico, mas pela confecção de instrumentos

28 FERREIRA, Marcelo Ramos Pellegrino. O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa. Curitiba: Lumen Juris, 2015.

jurídicos específicos revestindo a cidadania em seus aspectos civil e político²⁹. Nesse contexto é que aparece a ideia de um direito de voto universalizado, a legitimar o sistema político³⁰.

Desse anseio universalizante, em uma trajetória permeada por disputas em torno do alargamento do direito de voto, chega-se, em fins do século XX, a uma ideia majoritária acerca da indissociabilidade do voto universal de qualquer regime político que se pretenda democrático. Com efeito, a formação da vontade política nas democracias representativas está assentada no princípio da igualdade, do qual decorre o direito de voto a todos do povo, de forma igual e com o mesmo peso³¹.

Note-se, pois, que, contemporaneamente, é inconcebível uma representação democrática baseada em colégios eleitorais restritos, do tipo estamental ou corporativo, ou em exclusões de gênero, assim como exigências de estirpe, patrimônio, renda ou escolaridade, por exemplo. O sufrágio se apresenta, assim, como direito, não privilégio³², que pode ser percebido em uma ordem constitucional democrática como norma objetiva a amparar um direito subjetivo de cada cidadão ao ato de votar.

A universalização do sufrágio é concebida na Constituição do Brasil mediante a fusão dos três grandes princípios que regem as modernas democracias representativas, quais sejam o democrático, o republicano e o liberal³³. O conteúdo democrático vem da ampliação gradativa do conjunto de cidadãos votantes, desde a Carta de 1934 até a inclusão dos analfabetos e jovens

29 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992; PIRES, Edmundo B. A. Individualização da sociedade moderna. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

30 FAYT, Carlos Santiago. Sufrágio y representación política. Buenos Aires: Omeba, 1963. p. 91.

31 HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1998. p. 126.

32 FAYT, Carlos Santiago. Sufrágio y representación política. Buenos Aires: Omeba, 1963. p. 29.

33 O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. Lua Nova, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1988.

maiores de 16 anos em 1988. O voto como direito subjetivo incorporado ao patrimônio jurídico de cada indivíduo é próprio de um princípio liberal que resguarda preponderantemente a dimensão civil da cidadania.

É, todavia, o princípio republicano que assenta definitivamente o direito de voto na ordem jurídico-constitucional brasileira, ao estabelecê-lo como dever de cada cidadão. Prevalece no texto de 1988, como na tradição constitucional do País, a opção por uma democracia demarcada pela virtude republicana, induzindo uma cidadania que não apenas iguala pessoas que compartilham uma mesma comunidade política, mas delas exige compromisso com o espaço público. Não se trata, portanto, de um direito disponível, a ser exercido conforme os ditames da liberdade individual, mas de um direito que implica verdadeira obrigação política, igualmente partilhado entre os cidadãos.

5. O PRINCÍPIO “UM HOMEM, UM VOTO”

Um dos aspectos fundamentais da isonomia entre os votantes em uma democracia é a prevalência do princípio “a cada cidadão um voto”³⁴. Seu desdobramento normativo implica em que todos os cidadãos possuam o mesmo direito ao voto e que cada voto tenha a mesma repercussão eleitoral.

No caso brasileiro, nenhum cidadão possui qualquer privilégio de voto, sendo assegurado a cada pessoa idêntica possibilidade

34 A discussão acerca do princípio “one man, one vote” (“one person, one vote”) permeia as democracias representativas. A origem do termo remonta à discussão no contexto britânico do século XIX (HOWELL, George. One man, one vote. In: Manchester Selected Pamphlets, 1880). O debate é extenso e profundo no direito norte-americano; ver, a propósito, em TRIBE, L. American constitutional law. Mineola: Foundation Press, 1988; LEVINSON, S. “One person, one vote”: a mantra in need of meaning. North Carolina Law Review, v. 80, n. 4, 2002; ELY, John Hart. Democracy and distrust. Cambridge: Harvard University Press, 1980; MULLER, D. T. Perpetuating “one person, one vote” errors. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 39, n. 2, 2016; QUINLIVANS, M. T. One person, one vote revisited: the impending necessity of judicial intervention in the realm of voter registration. University of Pennsylvania Law Review, v. 37, 1989; KARLAN, P. S. The rights to vote: some pessims about formalism. Texas Law Review, v. 71, n. 7, 1993.

de votar. Assim, cada brasileiro tem o direito a um único voto nas eleições para cada um dos cargos eletivos previstos na Constituição e nas leis.

Quanto ao peso do voto, todavia, a Constituição Brasileira consagra uma desigualdade, a pretexto de equilibrar desigualdades materiais no âmbito federativo e impedir os efeitos de eventual hegemonia de algum estado-membro sobre os demais³⁵. Trata-se do disposto no § 1º do art. 45, segundo o qual “o número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”.

Essa regra mantém fórmula trazida ao sistema eleitoral brasileiro ainda no período ditatorial, mediante a Emenda Constitucional nº 8, de 1977, com o objetivo de estabelecer, naquela altura, uma correlação de forças favorável ao governo no Congresso Nacional, ampliando a representação de estados governistas e limitando a dos opositores³⁶. Trata-se de forma que difere da vigente no período constitucional anterior, que, a par de assegurar um piso a

35 Para uma visão do direito comparado, veja-se, por exemplo, o art. 149, 2, da Constituição Portuguesa (“O número de Deputados por cada círculo plurinomial do território nacional, excetuando o círculo nacional, quando exista, é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele inscritos.”). Também, a Lei 20.840, de 2015, do Chile, que estabeleceu um sistema eleitoral em substituição ao herdado do período ditatorial, a qual determina distritos em função do contingente populacional e obriga revisões periódicas dos círculos eleitorais. Observe-se, no caso norte-americano, o papel desempenhado pela Suprema Corte para manter ajustado o peso do voto atribuído a cidadãos de distintos Estados e distritos eleitorais, especialmente nos casos de revisão judicial sobre as estratégias de “gerrymandering”. Nos sistemas de representação parlamentar pela fórmula majoritária (distrital), a lei eleitoral, habitualmente, estipula uma proporção semelhante de votantes para cada distrito.

36 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 2002.

cada representação estadual, assumia como regra uma proporção entre número de cidadãos representados e representantes³⁷.

Em termos práticos, tem-se que o peso do voto dos eleitores de determinados Estados, nomeadamente os do Norte do País, é superior ao dos demais, enquanto o de outros, especialmente o dos cidadãos de São Paulo, é inferior. Discutindo a questão, José Afonso da Silva manifestou-se em termos enfáticos:

Essa regra que consta no art. 45, § 1º, é fonte de graves distorções do sistema de representação proporcional nele mesmo previsto para as eleições de Deputados Federais, porque, com a fixação de um mínimo de oito deputados e o máximo de setenta, não se encontrará meio de fazer uma proporção que atenda o “princípio do voto com igual valor para todos”, consubstanciado no art. 14, que é aplicação particular do princípio democrático da igualdade em direitos de todos perante a lei. É fácil ver que um Estado com quatrocentos mil habitantes terá oito representantes enquanto um de trinta milhões terá apenas setenta, o que significa um deputado para cada cinquenta mil habitantes (1:50.000) para o primeiro e um para quatrocentos e vinte e oito mil e quinhentos e setenta e um habitantes para o segundo (1:428.571). Em qualquer matemática, isso não é proporção, mas brutal desproporção.³⁸

Registre-se que, ao ser promulgada a Constituição, mantida a normatização ditatorial, dado o modelo de transição política pelo qual o País passou, permanecia um limite máximo de 60 deputados por Estado, inferior ao previsto no novo texto. Um

37 Ver o art. 58 da Constituição de 1946, por exemplo.

38 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 510.

grupo de deputados paulistas, então, impetrou mandado de injunção com o objetivo de, verificada a mora legislativa do Congresso Nacional, ordenar-se o seu suprimento, acompanhado de ordem para a imediata elevação da representação paulista para o máximo constitucional³⁹. Apreciando a matéria, o STF deu provimento ao mandado de injunção, mas apenas parcialmente, para “dentro dos limites de provisão constitucionalmente cabível, para, reconhecidas a omissão e a mora apontadas, dar ciência das mesmas ao Congresso Nacional, a fim de que supra a omissão”⁴⁰.

A regulamentação da matéria ocorreu por intermédio da Lei Complementar nº 78, de 1993, cujos termos, todavia, foram seguidamente questionados no mesmo Supremo Tribunal, nesse caso porque a lei remetia ao TSE a edição de norma regulamentar definindo a representação de cada Estado, assim como os ajustes periódicos necessários. Em 2014, por maioria de votos, o pleno do STF julgou inconstitucional a Lei Complementar citada, no que diz respeito à delegação para o TSE editar norma ajustando as representações parlamentares estaduais, assim como a própria Resolução TSE nº 23.389/2013, que definiu a matéria⁴¹, restando a mora legiferante a ser suprida.

Esse caso permite uma profunda reflexão a respeito da dimensão possível do princípio da igualdade no sistema eleitoral brasileiro. Estudos revelam, na composição da Câmara dos Deputados, sensível desproporção entre os votos nacionalmente obtidos e o número de cadeiras alcançadas pelos partidos políticos⁴². A opção pela representação estadualizada, sustentada em sua coerência com o pacto federativo, trouxe como efeito colateral a manutenção de regra constitucional em frontal

39 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 2002.

40 STF. MI nº 219- Rel. Min. Octavio Gallotti. J. 22/08/1990.

41 STF. ADIs nºs 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 5130, e ADC nº 33. Rel.: Min. Rosa Weber. J. em 18/6/2014.

42 NICOLAU, Jairo Marconi. As distorções da representação dos estados na Câmara dos Deputados brasileira. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 3, 1997.

oposição a um dos princípios mais caros à democracia. Sequela de um processo constituinte viciado na origem, fica como exemplo de desajustes originários difíceis de serem remendados no texto da Constituição, a colocar em causa a legitimidade da representação parlamentar decorrente de eleições nas quais eleitores contam com diferentes pesos.

6. DIREITOS POLÍTICOS E CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Na Constituição Brasileira, a já referida síntese entre democracia, republicanismo e liberalismo implica tanto a máxima extensão do sufrágio quanto a mínima restrição no campo dos direitos políticos. Nesse sentido, o art. 14 estabelece que o sistema eleitoral será pautado pelo “sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”, ao mesmo tempo em que o art. 15 veda a cassação de direitos políticos e restringe as hipóteses de sua perda ou suspensão. Trata-se de fórmula central para uma versão de cidadania política fundada no voto e na representação, como a estampada na Carta de 1988, suficientemente inclusiva para atender às aspirações de igualdade formal alargada e de legitimidade democrática que a embalaram.

Repise-se, não obstante, que, na prática, o sistema eleitoral brasileiro está longe de promover mais igualdade entre os cidadãos, no que diz respeito à cidadania eleitoral. As crescentes restrições aos direitos políticos, com o ostracismo como via preferencial, somadas a uma legislação repressiva que opera com regras assentadas em conceitos abertos, a permitir jurisprudência casuística e resultados seletivos, tornam o princípio isonômico incerto na seara político-eleitoral, comprometendo a própria noção de democracia defendida pela Constituição Federal.

Promulgada após longo e duro período ditatorial, a Constituição de 1988, no campo dos direitos políticos, possui um evidente sentido histórico de contraponto às arbitrariedades cometidas contra a cidadania pelo regime autoritário que a precedeu. O texto constitucional deveria, nesse sentido, ser apropriado socialmente de maneira a assegurar sua máxima efetividade, afirmando a primazia do julgamento democrático e popular em matéria eleitoral. A interpretação jurídica da Lei Fundamental deveria, sempre e necessariamente, privilegiar estratégias inclusivas e garantistas, em se tratando de condições de elegibilidade e inelegibilidades.

Apesar do sentido presente nessa leitura de viés democrático, nota-se, seja nas leis e regulamentos, seja nas decisões do Judiciário, uma prática dissonante da norma constitucional. As inelegibilidades têm constituído um rol crescente de hipóteses, objeto de penas severas, despidas de garantias fundamentais expectáveis nesses casos, e tratadas pelos tribunais de maneira pretensamente rigorosa, mas sem os rigores impostos pelo devido processo legal. Semelhantemente, as condições de elegibilidade, muito especialmente os direitos políticos, têm recebido um tratamento jurisprudencial que se mostra mais afinado com o espírito repressivo do regime ditatorial que com a isonomia entre os cidadãos que deve balizar uma democracia. Fundamentalmente, a experiência brasileira nessa matéria apresenta um cenário paradoxal, no qual, a pretexto de se defender o sistema democrático, reduz-se a participação dos cidadãos nas eleições.

Podem ser candidatos, no Brasil, todos os cidadãos que reúnam condições de elegibilidade e não estejam incursos em situações de inelegibilidade, o que deve ser, como regra, constatado no momento do requerimento de registro de candidatura, ficando ressalvados os casos supervenientes que possam impactar a cidadania do candidato.

As condições de elegibilidade são requisitos constitucionais que o cidadão precisa preencher para exercer o direito de ser votado em eleições. São todas previstas no art. 14, § 3º, da Constituição Federal, embora sua aplicabilidade dependa de legislação ordinária, exceto no caso da idade fixada para o exercício de mandatos eletivos. Entre essas condições, destaca-se a plenitude dos direitos políticos, principal fonte de limitações à cidadania nesse campo.

Os casos de perda e suspensão de direitos políticos são previstos constitucionalmente, no art. 15, que também proíbe cassações nos moldes do que acontecia no regime anterior. Entre as possibilidades elencadas no aludido dispositivo, as mais importantes, pelos numerosos casos que alcançam, são as relacionadas às condenações em ação criminal e em ação civil públicas por improbidade administrativa, previstas, respectivamente, nos incisos III e V.

Nos termos do art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992, uma condenação por improbidade administrativa pode acarretar a sanção de suspensão de direitos políticos ao agente considerado ímprobo. Note-se que o texto normativo é frágil quanto à precisão que se espera de uma regra restritiva de direitos. É que, como o termo “direitos políticos” remete a um conjunto incerto de direitos⁴³, a condenação genérica não deixa claro exatamente que direitos estarão suspensos. Adicionalmente, o referido dispositivo legal ainda prevê que, ao lado da suspensão de direitos políticos, possa haver a perda da função pública. Ora, aqui confundem-se gênero e espécie, tornando ainda mais nebulosa a dicção do artigo sancionador.

Ainda assim, a hipótese resguarda minimamente o cidadão quanto às condições de elegibilidade, porque neste caso a suspensão de direitos políticos dependerá de menção expressa na

43 Ver em DIAS, Wladimir Rodrigues. Condenação criminal e direito a voto. In: PINTO, F. M.; MARCHI JÚNIOR, A. P. (Coord.). Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá, 2008. p. 246-248.

decisão judicial respectiva. Na hipótese da condenação criminal transitada em julgado, diferentemente, entende a jurisprudência que a limitação de direitos políticos será automática.

Conforme o art. 15, III, da Constituição da República, a condenação criminal transitada em julgado implica suspensão de direitos políticos do sentenciado. Assim, enquanto perdurarem os efeitos da condenação o cidadão estará diminuído em sua cidadania política. A regra, conforme entendimento sedimentado na jurisprudência, é considerada norma autoaplicável⁴⁴. Nesse sentido, entendem os tribunais que é “a suspensão dos direitos políticos efeito automático da condenação”⁴⁵. E, como explica José Jairo Gomes, “a suspensão de direitos políticos constitui efeito secundário da sentença criminal condenatória, exurgindo direta e automaticamente com seu trânsito em julgado, independentemente da natureza ou do montante da pena aplicada in concreto. Por isso, não é necessário que venha gravada na parte dispositiva do *decisum*”⁴⁶.

A prática de tal dispositivo pelo Judiciário brasileiro revela um dos vários casos em que se tem optado por restringir o âmbito da cidadania, em detrimento do processo democrático e de um manejo isonômico das garantias constitucionais dos cidadãos. Defeituosa das premissas à conclusão, tal interpretação se funda em equívoco para concluir violando o princípio da igualdade e a democracia, já que trata cidadãos iguais de forma diferente.

Perceba-se que a autoaplicabilidade da norma em questão repousa em uma premissa segundo a qual os direitos políticos – “todos eles” – estarão suspensos desde o trânsito em julgado da sentença condenatória. A pergunta óbvia que aparece é a seguinte: “afinal, quais são os direitos políticos?”. Não há, quanto

44 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. São Paulo: Atlas, 2018.

45 TSE. AgR-REspe nº 65172/SP. DJe 28-5-2014. Ver também, STF. RE nº 179.502-SP (Pleno), Rel. Min. Moreira Alves; STF. AgRRMS nº 22.470/SP. 1a T. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 27-9-1996; TSE. AREspe nº 22.461/MS. PSS 21-9-2004; STJ. RMS nº 16.884/SE. 5a T. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 14-2-2005).

46 GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. São Paulo: Atlas, 2018. p.

ao termo, conceito claro e pacífico. Tampouco existe definição normativa a esse respeito no Direito brasileiro⁴⁷. Tanto é possível um elenco amplo de atividades abarcadas pelos direitos políticos como um rol restrito⁴⁸. Em nossa história recente, verificamos, por exemplo, a menção a inúmeros direitos políticos nos Atos Institucionais do período autoritário após 1964, a confirmar a abertura semântica do conceito.

Entre outros direitos, podem estar entre os direitos políticos desde as mais elementares liberdades de manifestação, expressão do pensamento e opinião, até os direitos de votar, associar-se politicamente, ser candidato, participar de campanhas políticas, bem como exercer mandatos eletivos ou funções públicas em geral. É razoável admitir que em um cenário de autoritarismo e arbítrio haja mais possibilidade de restrição a direitos políticos, mas que em um ambiente com pretensões democráticas a intervenção estatal restritiva aos direitos políticos do cidadão seja mínima, não mais que o suficiente para dar conta de cada caso concreto, e que cada um desses casos seja passado sob o crivo do devido processo legal, garantia que já afastaria, igualmente, a aplicação direta da norma em questão.

De toda maneira, e coerentemente com a forma do termo no plural, deve-se admitir que “direitos políticos” constituem um conjunto de direitos que, como tal, devem ser divisíveis e específicos, para fins de apropriação e uso pelos cidadãos. “Devemos presumir que não só direitos políticos constituem um

47 Ver, a respeito, em DIAS, Wladimir Rodrigues. *Condenação criminal e direito a voto*. In: PINTO, F. M.; MARCHI JÚNIOR, A. P. (Coord.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 247.

48 Ver, por exemplo, no direito mexicano, o conjunto dos direitos políticos a abarcar os direitos de votar, ser votado e participar de eleições, de acesso a funções públicas, de reunião, de livre associação, à formação de partidos políticos e à livre filiação neles, à petição ante os poderes públicos, bem como a liberdade de expressão e o direito de informação. Ver em OROPEZA, M. G.; SILVA, C. B.; SALGADO, D. C. *La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México*. In: CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 8., 2011, México. 2011.

feixe de situações jurídicas que não pode ser tomado em bloco, como inferir que a sua manipulação deve ser pautada por uma interpretação apta a dar mais densidade ao princípio democrático e à cidadania.”⁴⁹

Resta, pois, como imposição lógica, que para todas as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos citadas no art. 15 da Constituição, deva haver adequada resposta na legislação infraconstitucional. Especificamente, no caso da suspensão decorrente de sentença criminal irrecorrível, os direitos políticos afetados deveriam estar expressos na lei penal e cada decisão condenatória deveria explicitar eventual restrição a eles como efeito, tal como dispõe o art. 92 do Código Penal. Isso se a decisão judicial entender, motivadamente, como efeito da condenação, a perda de cargo ou função pública ou de mandato eletivo, esses os direitos políticos passíveis de serem impactados pela sentença criminal, nos termos da lei penal.

Note-se, portanto, que a sentença criminal só deveria afetar direitos políticos quando o fizesse expressamente, e, apenas nesses casos se operaria o efeito de afastamento das condições de elegibilidade do cidadão. Ao adotar, diferentemente, a tese do efeito automático da suspensão de direitos políticos nos casos de trânsito em julgado de condenação criminal, o Judiciário ofende o preceito de igualdade contido no estatuto constitucional da cidadania, mediante o qual somente se poderia diminuir o rol de direitos políticos de qualquer cidadão nos estritos termos garantistas determinados pelo art. 5º da mesma Constituição⁵⁰.

49 DIAS, Wladimir Rodrigues. Condenação criminal e direito a voto. In: PINTO, F. M.; MARCHI JÚNIOR, A. P. (Coord.). Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá, 2008. p. 247.

50 Não deixa de ser paradoxal e contraditório que a jurisprudência atual sobre a matéria seja mais restritiva que a prevalente na vigência da Carta Constitucional de 1967, cujo art. 149 determinava textualmente que a suspensão de direitos políticos motivada por condenação criminal dependesse de “decisão judicial”. Esse detalhe no texto normativo induziu a atual interpretação que, em uma ordem pretensamente democrática, afirma um direito menos democrático que o do período autoritário, nesse particular, evidentemente.

Ilustram bem a racionalidade da norma constitucional em discussão os termos concorrentes dispostos no art. 55 da Lei Fundamental. Estatui a Constituição, em seu art. 55, c/c o art. 27, que os senadores e deputados, estaduais e federais, quando condenados criminalmente, submetem-se a dois tipos de consequências possíveis.

Pelo art. 55, IV, e § 3º, o parlamentar vítima de perda ou suspensão de direitos políticos “deverá” perder o mandato, cabendo à casa legislativa mero ato declaratório. A regra se refere a casos em que, observado o devido processo legal, o parlamentar restou condenado expressamente a uma restrição em seus direitos políticos, qual seja a inabilitação para o exercício de mandato eletivo.

No caso do art. 55, VI, e § 2º, o mandatário, sendo condenado criminalmente por decisão irrecorrível, poderá perder o mandato, por decisão da casa a que pertence. Nessa segunda hipótese, o parlamentar não é condenado em seus direitos políticos e, por isso mesmo, nenhum efeito automático da condenação criminal pode lhe ser atribuído.

Ao debater essa questão na AP 470 (“caso mensalão”), o pleno do STF, por maioria de 5 x 4, entendeu que, na hipótese de o Judiciário decidir expressamente pela suspensão de direitos políticos, “ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional”. É, segundo a Corte Suprema, o “entendimento que se extrai do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, § 3º, ambos da Constituição da República”, ficando “afastada a incidência do § 2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário”⁵¹.

51 STF. AP nº 470/MG. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJe 74, 22-4-2013. Para uma posição divergente, ver, por exemplo: CURY, Ricardo C. “Reflexões sobre condenação criminal de parlamentar e cassação de mandato eletivo”. Boletim de Direito Administrativo, n. 11, a. 29, 2013, p. 1002-1008.

Diferentemente, na AP 565⁵², que teve como um dos réus um senador da República, a mesma Corte suprema definiu que cabe à casa legislativa decidir sobre eventual perda de mandato, em posição antagônica em face da anteriormente citada. A interpretação mais consistente, porém, conduz a um ponto de equilíbrio entre as duas regras, por meio do qual dever-se-ia entender que não há, como efeito automático da condenação criminal, a suspensão de direitos políticos e, sendo assim, a perda de mandato automática só acontecerá se for efeito expresso da condenação, nos termos do art. 92, do Código Penal. Havendo a mera condenação criminal, sem efeitos sobre a cidadania política, poderá a casa a que pertence o parlamentar, por decisão política – não mais jurídica, portanto –, decidir pela perda do mandato.

O argumento ora expandido advoga, em síntese, que a condenação criminal apenas deveria afetar o exercício pleno dos direitos políticos, e, conseqüentemente, a elegibilidade do candidato, nos termos ditados pela respectiva sentença transitada em julgado; que a declaração expressa e motivada dos efeitos da pena sobre os direitos políticos do apenado, quando for o caso, conforme exige o art. 92 do Código Penal, na redação da Lei nº 9.268, de 1996, compõe o devido processo legal e a individualização da pena, sendo garantia fundamental protegida pelo art. 5º da Constituição⁵³; que, quando a sentença criminal é omissa quanto a efeitos da decisão sobre os direitos políticos do condenado, não cabe a atribuição de suspensão de tais direitos como efeito automático e implícito; que, nesses casos, o cidadão apenas não reunirá a plenitude dos direitos políticos, como condição de elegibilidade, quando a sentença criminal expressamente

52 STF. AP nº 565/RO. Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe de 4.12.2014.

53 Conforme afirmamos em outro trabalho, "a sanção automática seria uma extensão da pena aplicada, sem observância do devido processo legal. É a própria Constituição, bem como a legislação penal e processual penal, que exigem da autoridade pública atos razoáveis, motivados e impessoais. Assim é que a pena, inclusive sua consequência adicional, deve ser justificada, expressa, individualizada e personalizada". In: DIAS, Wladimir Rodrigues. *Condenação criminal e direito a voto*. In: PINTO, F. M.; MARCHI JÚNIOR, A. P. (Coord.). *Execução penal: constatações, críticas, alternativas e utopias*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 249-250.

o declarar; que a democracia e seu pressuposto básico, a igualdade política entre os cidadãos, demandam uma leitura e aplicação do texto constitucional conducente a tal resultado.

7. A QUESTÃO DAS INELEGIBILIDADES

Englobando um diversificado, extenso e crescente rol de hipóteses que impedem o exercício da capacidade eleitoral passiva, as inelegibilidades se apresentam no Direito brasileiro “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, conforme dita o § 9º, do art. 14, da Constituição da República.

Trata-se de um elenco composto por situações previstas na Constituição e, especialmente, na Lei Complementar nº 64, de 1990, com os significativos acréscimos impostos pela chamada Lei da Ficha Limpa. Reflete, no Direito pátrio, preocupação generalizada nas modernas democracias representativas, que tanto buscam técnicas para tornar as eleições imunes à corrupção, à fraude e ao abuso de poder quanto buscam evitar que as proibições de candidaturas constituam mecanismo para o afastamento de minorias e segmentos sociais subalternos, assim como de candidatos eleitoralmente viáveis, mas tidos como indesejáveis pelas elites parlamentares e judiciárias que manejam as normas eleitorais⁵⁴.

54 Ver, no direito comparado, em <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Elecciones/Elecciones/normasleg.html>. Sobre as restrições em matéria de direitos políticos nos EUA, ver o emblemático caso HUNTER v. UNDERWOOD, (1985) n. 84-76. J. 16/04/1985. In: United States Supreme Court Reports, V. 471, Banks & Bros., Law Publishers, 1988. No sentido contrário, sustentado em longa tradição, ver, por exemplo, também da Suprema Corte norte-americana, Richardson vs. Ramirez (1974). Sobre o caso mexicano, em OROPEZA, M. G.; SILVA, C. B.; SALGADO, D. C. La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México. In: CONGRESO MUNDIAL DE LA ASSOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 8., 2011, México. 2011.

O princípio da igualdade, regendo a configuração jurídica da cidadania, estabelece como pressuposto nesse campo a igualdade entre todas as pessoas enredadas em uma mesma comunidade política. As exigências de elegibilidade e os casos que podem tornar inelegível o cidadão são hipóteses em que o conteúdo isonômico da norma tratará de maneira desigual cidadãos em condição de desequilíbrio frente aos demais. São possibilidades previstas na ordem jurídica com o intuito de resguardar os mandatos em jogo nas eleições ou o equilíbrio que uma disputa eleitoral limpa e justa deve consagrar.

Deve-se, porém, atentar, à luz do princípio da igualdade, para o fato de que qualquer inelegibilidade somente é admissível como exceção em uma democracia. Além disso, cumpre distinguir, em qualquer lista de inelegibilidades, certa seletividade presente nas escolhas realizadas pelo legislador, as quais, de antemão, permitem saber quem são os grupos sociais mais ou menos afetados por elas.

A partir do seu art. 10, a Lei das Eleições⁵⁵ preceitua um rito a ser observado para a formalização das candidaturas às eleições, o qual, nos termos do art. 3º e seguintes da Lei das Inelegibilidades⁵⁶, poderá implicar uma ação de impugnação da pretendida candidatura. Todos os candidatos devem passar por esse procedimento, mediante o qual os partidos políticos e os cidadãos pretendentes às candidaturas deverão comprovar sua capacidade eleitoral passiva. É nesse momento que são aferidas condições de elegibilidade e situações de inelegibilidade.

No rol de inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 64, estão algumas de caráter circunstancial, que têm em vista a proteção das eleições contra os impactos e influências daqueles que exercem determinadas funções públicas. A intenção da norma, nesse caso, é ampliar condições mínimas de igualdade

55 Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997.

56 Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

entre os candidatos, evitando o uso abusivo de posições de autoridade e poder na conquista de votos.

As inelegibilidades podem ser transitórias ou permanentes, gerais ou restritas, absolutas ou relativas, e totais ou parciais, conforme a classificação a ser usada⁵⁷. Tem-se, nesse elenco, situações típicas, nas quais pode ser indevidamente beneficiado o candidato que está na condição de autoridade pública ou em posição social destacada, ou, ainda, em relação de parentesco com mandatário eleito. Tais distinções podem conferir ao candidato vantagens as mais variadas, desde o prestígio e a associação da função pública à sua imagem até o uso instrumental do poder e dos meios de que dispõe em prol da candidatura. Para muitos desses casos, a Lei das Inelegibilidades prevê prazos de desincompatibilização, que devem ser respeitados pelos pretendentes à disputa eleitoral, sob pena de inviabilizar a candidatura.

Ao lado dessas hipóteses, a Lei Complementar nº 64 apresenta 17 tipos de situação ensejadoras de inelegibilidades, as quais têm em vista, de maneira muito especial, aspectos morais vistos como desejáveis pelo legislador, que bem podem ser expressados na oposição entre os cidadãos de ficha limpa e os de ficha suja, esses marcados pelo comportamento viciado, aqueles pelo virtuoso. É notória a intenção da lei de retirar do eleitor a decisão sobre a conveniência de se destinar determinados mandatos eletivos a certas pessoas. Para tanto, a legislação complementar se esmera na fixação de sanções severas, aliadas à enunciação de tipos que incluem conceitos vagos e abertos, e à desconsideração do devido processo legal e da presunção de inocência.

57 CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder. Curitiba: Juruá, 2008.

8. INELEGIBILIDADES, CIDADANIA E DEMOCRACIA

O fato de emergir na sequência de um período ditatorial, no qual as arbitrariedades no campo das suspensões de direitos políticos e cassações de mandatos eram não apenas comuns, mas institucionalizadas como componentes orgânicos do regime, fez da Constituição de 1988 um documento de caráter inclusivo no plano da cidadania passiva. Em que pese a forte indução à isonomia contida no texto normativo, a atividade legiferante posterior a 1988 e a prática jurisdicional relacionada à matéria vêm, ao longo dos últimos 30 anos, somando restrições ao direito de ser votado, a pretexto de se assegurar a lisura dos pleitos eleitorais ou o perfeito asseio do histórico político-moral dos candidatos.

Somente nas eleições de 2016, foram 2.329 candidatos excluídos judicialmente da disputa em virtude de inelegibilidades ou suspensão de direitos políticos⁵⁸, aos quais devem ser somados outros milhares que, voluntariamente, se abstiveram de colocar candidaturas à apreciação popular, de maneira a evitar desnecessário desgaste político ou pessoal⁵⁹. Nunca houve tantos brasileiros impedidos de se candidatar como hoje.

Os sucessivos reforços jurídicos à instituição do ostracismo⁶⁰ no Direito Eleitoral brasileiro evidenciam pelo menos três elementos relevantes conjugados na sua gênese e desenvolvimento. Perfilam-

58 Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2016/noticias/2016/09/19/justica-ja-barrou-23-mil-fichas-suja-nas-eleicoes-municipais.htm>

59 Somente a lista de inelegíveis do Tribunal de Contas da União registra 12.414 cidadãos inelegíveis. Disponível em https://contasirregulares.tcu.gov.br/ordsext/f?p=105:2:::NO:RP2:P2_MOSTRAR_LISTA:1. Acesso em 31/10/2018.

60 Ver, a respeito do ostracismo na história, em FORSDYKE, SARA. Exile, ostracism, and democracy: the politics of expulsion in ancient Greece. Princeton: Princeton University Press, 2005.

se, aqui, os efeitos do moralismo sobre a política e o Direito⁶¹; a força das desigualdades e das práticas sociais respectivas, presentes na sociedade brasileira desde a origem; e o protagonismo do Poder Judiciário entre as instituições nacionais, a reconstruir o Direito e a política despido de vínculos democráticos.

Assim, é possível vislumbrar a razão moralista sobreposta à racionalidade do sistema político⁶² e os reveses que causa à igualdade e à democracia, na medida em que realiza uma seleção político-jurídica mediante argumentação de cunho moral. Por exemplo, um ex-prefeito com contas rejeitadas pela câmara municipal pode estar inelegível, ainda que a desaprovação de contas tenha pouco respaldo técnico-contábil; um servidor público punido com pena de demissão em processo administrativo estará inelegível, mesmo que o motivo de sua destituição do cargo nada tenha a ver com matéria política ou eleitoral; ou um cidadão condenado criminalmente por emprego irregular de verbas públicas⁶³, cuja pena máxima será de três meses, ficará inelegível por oito anos, mesmo que seu ato tenha sido culposo e de baixo ou nenhum impacto para a administração pública.

Cabe notar, também, o pouco efeito das inelegibilidades em um sistema eleitoral propenso à disfunção. Pretende-se que o rigor das inelegibilidades seja suficiente para afastar os incentivos à ilicitude ou ao comportamento oportunista que o sistema eleitoral oferece aos candidatos. A adoção de eleições parlamentares

61 Sobre o problema da moral na política, na sociedade moderna, ver em LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Madrid: Trota Editorial, 2013; LUHMANN, Niklas. *La honestidad en política*. *Leviatán: Revista de Pensamiento Socialista*, Madrid, n. 65, p. 37-47, 1996; PIRES, E. B. ...; LUHMANN, N. ... PPIRES, Edmundo B. A. *Individuação da sociedade moderna*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011; PIRES, Edmundo B. *O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral*. In: SANTOS, J. M. *O pensamento de Niklas Luhmann*. Lisboa: Ta Pragmata, 2005.

62 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 12, 2011.

63 Código Penal: Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

segundo a fórmula proporcional mediante listas abertas implica competitividade muito elevada entre chapas partidárias e entre candidatos, dentro e fora dos seus partidos, aliada à dificuldade de fiscalização e controle de milhares de campanhas autônomas a cada eleição, em espaços territoriais algumas vezes imensos, a depender da eleição. Nessa linha, Susan Rose-Ackerman destaca, em conhecida obra a respeito do tema, a propensão de sistemas eleitorais dessa natureza para a corrupção⁶⁴. Nesse cenário, não é arriscado afirmar que as inúmeras medidas tomadas neste século em busca de eleições mais limpas, tais como o crescimento das inelegibilidades, o qual vem acompanhado de iniciativas como restrições para o financiamento de campanhas e para a propaganda eleitoral e um hipercomplexo modelo de prestação de contas, nada mais fazem que “enxugar gelo”, já que os incentivos à conduta da classe política permanecem a vigorar.

Outro componente na base do regime das inelegibilidades pode ser encontrado em nossa trajetória histórico-social, na qual desigualdades, exclusões e soluções aristocráticas convergem em torno de instituições resistentes ao aprofundamento democrático⁶⁵. Em tese, a vigente Lei de Inelegibilidades beneficia uma elite ficha limpa. Na prática, implica benefícios para os atores com mais capacidade de articulação em um jogo eleitoral que é cada vez mais deslocado da arena política para o ringue jurisdicional de um órgão especializado anacrônico e vulnerável⁶⁶,

64 ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

65 SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: LeYa, 2017; SOUZA, Jessé. *A radiografia do golpe*. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

66 DIAS, Wladimir Rodrigues. Poder Judiciário e política: fatores estruturais de politização da Justiça Eleitoral no Brasil. In: ENCONTRO DA SEÇÃO SOCIOLOGIA DO DIREITO E DA JUSTIÇA DA APS, 1., 2016. Direitos, justiça, cidadania: o direito na constituição da política. Coimbra: FEUC, 2016.; MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: o modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 865-893, 2008.

postado no seio de um Poder Judiciário conservador, seletivo e ineficiente⁶⁷.

Nesse contexto, a dita Lei da Ficha Limpa teve papel fundamental. Equivocada em suas premissas, desatendeu ao Direito, à política e à ética que pretendeu servir. Subjugou o Direito, pois ampliou situações de inelegibilidade e endureceu sanções às custas de violação do texto constitucional. Diminuiu a política, porque pretendeu ampliar a democracia restringindo a competição eleitoral. Perdeu-se no moralismo na defesa de uma ética que subestima a especificidade da política moderna, os cruzamentos de valores em sociedades complexas e a herança cultural brasileira. Pretendeu depurar o sistema eleitoral mediante uma cisão entre “limpos” e “sujos”, que nem corresponde à prática social, nem seleciona adequadamente os mais puros. O efeito concreto foi somente menos democracia e mais judicialização das eleições⁶⁸.

Ferreira e Ortiz recordam, a esse respeito, que “a moralidade como critério para a definição da elegibilidade é incompatível com a democracia, tanto em teoria, como nos textos legais da maior parte dos países de tradição democrática. É que se sabe pela experiência histórica que o binômio moralidade/inelegibilidade se presta para a perseguição dos indesejáveis”⁶⁹.

67 MEYER, Emilio P. Judges and courts in unstable constitutionalism regimes: the Brazilian Judiciary branch's political and authoritarian character. *German Law Journal*, Frankfurt, v. 19, n. 4, p. 727-768, 2018; MARCHETTI, Vitor. O Supremo Tribunal Eleitoral: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out./dez. 2011.

68 MEZZAROBBA, O.; FERREIRA, Marcelo R. P. A Lei da Ficha Limpa: o cavalo de troia do protagonismo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 111-128, dez. 2016. Segundo os autores, com a Lei da Ficha Limpa “há um aumento da discricionariedade e do papel do Poder Judiciário com o fito de moralizar o processo eleitoral, em detrimento da soberania popular num regime democrático.”.

69 FERREIRA, Marcelo R. P.; ORTIZ, Julio. Ficha Limpa e caso Petro Urrego: controle de convencionalidade das inelegibilidades. *Boletim de Notícias CONJUR*, local, v., n., data. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-gontroneinelegibilidades>>. Acesso em 5/9/2018.

Especificamente, a Lei das Inelegibilidades desconsidera o art. 5º da Constituição da República, especialmente as garantias contidas no devido processo legal e na presunção de inocência, bem como as regras da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, com incidência normativa no País, cujo art. 23 preconiza parcimônia e contenção em sede de inelegibilidades, admitindo exclusivamente restrições ao direito de ser votado⁷⁰ por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação por juiz competente em processo penal. A Lei Complementar nº 64 desacata frontalmente a aludida Convenção⁷¹.

A lei brasileira vai, também, de encontro ao que dispõe o Código de Boas Práticas em Temas Eleitorais, produzido pela Comissão de Veneza para o Conselho da Europa, que não admite senão restrições mínimas à cidadania eleitoral. Contrapõe-se, ainda, à posição abrigada pelo Comitê de Direitos Humanos na ONU, que na Comunicação nº 1134/2002, relativa ao caso *Fongum Gorji-Dinka vs. Cameroon*, afirmou que o direito de votar e ser eleito não pode ser suspenso, salvo se houver a estipulação legal objetiva e razoável. Nesse caso, entendeu-se a violação do direito do cidadão pela retirada de seu nome da lista de candidatos com fundamento em seus antecedentes judiciais, reafirmando-se a tese segundo a qual somente a condenação definitiva poderia afastar o direito do candidato.

70 No caso brasileiro, o direito de ser votado é regulado tanto pelas condições de elegibilidade quanto pelas inelegibilidades. A distinção jurídica entre ambas (e entre o regime jurídico das incompatibilidades) é desnecessária para os fins deste texto. Registre-se, contudo, que certa confusão entre diferentes institutos jurídicos está na raiz de alguns dos problemas aqui levantados.

71 Apesar disso, o STF já entendeu que “apenas o direito a votar foi posto sob resguardo de praticamente qualquer restrição, salvo ‘por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação’. Já quanto ao direito a ser votado, há alguma margem para ulteriores restrições, desde que proporcionais e voltadas para a própria lisura e garantia da igualdade do pleito”. STF. AO 2.236 ED, Rel.: Min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 22-9-2017, DJE de 4-10-2017.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *López Mendoza vs. Venezuela*, de 2011, discutiu exatamente a inelegibilidade do autor, desejoso de participar da vida política de seu país, mas impedido em virtude de decisão lavrada por autoridade administrativa, no caso a Controladoria-Geral da República da Venezuela⁷². No mesmo tribunal, o caso *Petro Urrego*, procedente da Colômbia, teve semelhante desfecho, apontando-se como contrária ao Direito inelegibilidade decorrente de processo administrativo, em vista de caso ocorrido quando da passagem do autor pela prefeitura de Bogotá.

De fato, a lei complementar brasileira permite que cidadãos fiquem inelegíveis em hipóteses inadmissíveis nos documentos referidos⁷³, entre as quais as decorrentes de mero processo administrativo; as oriundas de decisões provisórias, antes do trânsito em julgado de sentença judicial; ou as que afastam o devido processo legal para a configuração de ato de improbidade administrativa⁷⁴, por exemplo. Diante dessa constatação, o caso *Odilson Vicente de Lima* foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos juristas Ruy Samuel Espínola e Marcelo Ramos Peregrino Ferreira⁷⁵, a questionar a validade jurídica de aspectos da Lei da Ficha Limpa, argumentando que, a par do desrespeito à coisa julgada, a alteração na lei complementar produziu uma situação na qual o tempo de punição é injusto e incerto, porque, segundo a legislação, vale “desde a condenação (provisória) até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena”⁷⁶.

72 Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf.

73 O episódio mais famoso no período recente é o caso *Lula* (Rcand 060090350), no qual o ex-presidente Lula da Silva, alicerçado por decisão favorável do Comitê de Direitos Humanos da ONU, requereu registro de candidatura baseado na antijuridicidade de dispositivo da Lei das Inelegibilidades brasileira. Em decisão irrecurável, o STF, por maioria, decidiu pela aplicação da lei brasileira contra a decisão do órgão internacional.

74 No caso da hipótese prevista na alínea “g”, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar 64.

75 Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/lei-ficha-limpa-questionada-comissao.pdf>. Ver resumo em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-28/lei-ficha-limpa-questionada-comissao-interamericana-oea>.

76 Ver a peça em <https://www.conjur.com.br/dl/lei-ficha-limpa-questionada-comissao.pdf>.

Observando, especificamente, o que dispõem a Constituição da República e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada à ordem pátria pelo Decreto nº 678, de 1992, verifica-se haver na Lei Complementar nº 64 a previsão de inúmeras inelegibilidades contrárias ao Direito brasileiro. A Constituição e a indigitada Convenção são normas dotadas de sentido convergente, cuja concretização passa pela operatividade do sistema jurídico, no qual repousa latente a possibilidade de controle de constitucionalidade ou convencionalidade da mencionada Lei das Inelegibilidades.

Note-se que, majoritariamente, a Constituição e a convenção citada se harmonizam. Todo o elenco de bens jurídicos citados no § 9º do art. 14 da Lei Fundamental, a serem protegidos pelas inelegibilidades definidas em lei complementar, somente podem ser concretizados nos termos do art. 23 da Convenção Americana. Nesses termos, a defesa da probidade administrativa, da moralidade dos mandatos eletivos e da normalidade e legitimidade das eleições deve passar por instrumento jurídico idôneo, qual seja a condenação em processo penal por juiz competente. No caso brasileiro, o texto constitucional coloca as sentenças em ações civis por improbidade administrativa no mesmo patamar.

Assim posta a questão, verifica-se que, entre os casos de inelegibilidades incongruentes com a ordem jurídica⁷⁷, o grupo

77 Pode-se referir, neste ponto, a inelegibilidades em sentido próprio e impróprio. Aquelas, as que decorrem do escopo original desse instituto jurídico, a saber, a proteção das eleições, como são, por exemplo, todos os casos dos incisos II a VII, do art. 1º, da Lei Complementar 64. As inelegibilidades impróprias são aquelas cuja finalidade se confunde com a das condições de elegibilidade, qual seja a proteção do mandato em jogo nas eleições. Neste sentido, o § 9º, do art. 14, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, é equivocado e mesmo parcialmente inconstitucional, já que remete à lei complementar determinar inelegibilidades próprias, com o objetivo de preservar “a normalidade e legitimidade das eleições”, mas acrescenta as impróprias, para “proteger a probidade administrativa, (e) a moralidade para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato”, matéria que é, tipicamente, tratada nas condições de elegibilidade, as quais foram tratadas no mesmo art. 14 pelo constituinte originário. O texto emendado é, assim, verdadeiro dribble constitucional, já que, não sendo possível (ou sendo mais difícil) alargar o rol de restrições nas condições de elegibilidade, permitiu-se a sua inclusão na lei complementar.

mais extenso é composto pelos casos em que a inelegibilidade decorre de processo político ou administrativo, ou mesmo de decisão judicial de caráter não penal. Estão nessa hipótese os inelegíveis por rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas; pelo exercício de função dirigente em empresa de crédito, financiamento ou seguro sob liquidação extrajudicial; os excluídos do exercício da profissão pelo órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional; os demitidos do serviço público mediante processo administrativo; e os magistrados e membros do Ministério Público aposentados compulsoriamente ou exonerados ou aposentados voluntariamente na pendência de processo administrativo disciplinar. São inúmeras situações de restrição à cidadania que não passam pelo crivo judicial, mas exigem apenas procedimentos administrativos.

Semelhantemente ao grupo anterior, há os casos de inelegibilidade derivada de condenações em processos políticos, a abarcar os casos dos parlamentares cassados pela casa legislativa a que pertencem, por quebra da ética, do decoro parlamentar, ou de vedações constitucionais; os chefes do Executivo cassados pelo Legislativo por infração à Constituição ou Lei Orgânica a que se submetem e os que renunciarem após o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura do processo político em questão; e os chefes do Executivo com contas rejeitadas pelo Poder Legislativo. Nesses casos o julgamento político define a inelegibilidade, mesmo quando é articulado por grupos de oposição ao cidadão que será impedido de participar das eleições.

Tanto os casos decorrentes de processo administrativo quanto os de processo político podem ser considerados excessos a violar os direitos do cidadão atingido a participar das eleições em condições de igualdade com seus concidadãos.

Na sequência, há os impedimentos engendrados por decisão judicial, mas não em ação penal ou por improbidade administrativa.

Incluem os magistrados, membros do Ministério Público e demais servidores públicos demitidos por sentença judicial, assim como os militares declarados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis. Nesse grupo, ainda, estão os responsáveis pelos estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro sob processo de liquidação judicial. Por fim, aparecem os inelegíveis em virtude de decisão da Justiça Eleitoral.

Nesse último elenco estão as pessoas físicas e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais ilegais; os condenados por corrupção eleitoral, captação ilícita de sufrágio, manejo ilícito de recursos de campanha, ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma; os condenados por abuso do poder econômico ou político; e os condenados em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade.

As restantes situações aparecem como efeito de sentença criminal ou condenação à suspensão dos direitos políticos por ato ímprobo. No primeiro caso, cabe assinalar, inicialmente, que a relação de crimes a gerar o efeito inelegibilidade tem recebido interpretação extensiva das cortes eleitorais, o que é intolerável em casos a envolver restrição a direito. Tem-se, por exemplo, a inclusão, pela via jurisprudencial, dos crimes relacionados a licitações públicas entre os ensejadores de inelegibilidade, embora sua menção não esteja expressa na Lei Complementar⁷⁸.

A hipótese de inelegibilidade por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e

78 TSE. REspe nº 12922, rel. Min. Nancy Andrighi, J. 4.10.2012; AgR-RO nº 146124, rel. Min. Arnaldo Versiani, J. 13.10.2010.

Cabe mencionar também o caso da inclusão dos crimes contra os direitos autorais (REsp 145-94.2016.6.24.0074. Julgado pelo TSE em 2016, tendo como relator para o acórdão o Min. Herman Benjamin, vencida a rel. Min. Luciana Lóssio), que, igualmente, foram objeto de interpretação extensiva pelo TSE, em jurisprudência oscilante, já que durante certo tempo prevaleceu interpretação restrita (v. RO n. 981-50.2014.6.21.0000, relatado pelo Min. João Otávio de Noronha).

enriquecimento ilícito padece de dois problemas graves. De um lado, também tem recebido interpretação amplamente extensiva dos tribunais, o que tem permitido que a sanção recaia sobre agentes que cumpriram meros atos de ofício no exercício regular de mandato eletivo ou função pública, por exemplo. De outro lado, a redação tortuosa possibilita que casos semelhantes tenham resultados diferentes na Justiça Eleitoral, tratando desigualmente cidadãos que mereceriam igual decisão⁷⁹.

Em inúmeras outras hipóteses a Justiça Eleitoral terá, à sua disposição, normas com conceitos vagos, abertos ou truncados, a possibilitar casuísmos de toda sorte. As decisões que envolvem abuso de poder, por exemplo, são tratadas sem parâmetros claros e sólidos, com decisões dissonantes em casos parecidos. O caso do dirigente de pessoa jurídica inelegível por doação irregular da empresa é dos mais estranhos, porque esse cidadão não participa do processo que gera a sua inelegibilidade, mas apenas a pessoa jurídica, que muitas vezes não é por si representada em juízo.

O caso da alínea “g” é modelar, porque alia ao propósito repressivo o texto normativo complexo. Trata da inelegibilidade por contas rejeitadas por “irregularidade insanável” que configure “ato doloso de improbidade administrativa”, e por “decisão irrecurável do órgão competente”. As intensas discussões que gera em torno de conceitos como a recorribilidade de certas decisões administrativas, a sanabilidade de determinadas irregularidades ou a presença do dolo no ato supostamente ímprobo não apenas não levam a qualquer porto seguro, como permitem resultados

79 SANTOS, V.; DANTAS, H. Ficha limpa na prática: estudo sobre aspecto pontual de inelegibilidade nas eleições de 2012 em Santa Catarina. Cadernos Adenauer, São Paulo, v. 1, p. 171-190, 2014.

dísparos, como evidencia Gustavo Andrade, ao analisar decisões do Tribunal Eleitoral de Minas Gerais sobre essa matéria⁸⁰.

Ainda mais grave, nessa mesma alínea “g”, é que, embora o tipo nela previsto exija a configuração de ato de improbidade administrativa, a Justiça Eleitoral desconsidera a existência de rito próprio para o conhecimento de tais atos e, por sua própria iniciativa, define, para fins de inelegibilidade, se houve ou não a suposta improbidade⁸¹. Note-se que improbidade administrativa é conceito específico no Direito brasileiro. Nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição da República, demanda lei contendo regramento próprio, o qual veio com a Lei nº 8429, de 1992, que define os casos e o rito processual a ser observado para se apurar todo e qualquer caso de improbidade administrativa. Assim, pode-se afirmar que é tão inadequado alguém ser chamado de criminoso antes da sentença penal correspondente, quanto de ímprobo antes de condenado na competente ação civil pública⁸². Não obstante, não é essa a posição da Justiça Eleitoral, que, dessa forma, restringe a cidadania desrespeitando o devido processo legal.

80 ANDRADE, Gustavo Henrique. Análise da eficácia da aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições municipais em Minas Gerais, a subjetividade da tipificação do dolo e interferência do Poder Judiciário nos pleitos eleitorais. 2018. Trabalho de conclusão do curso (Especialização em Poder Legislativo e Políticas Públicas) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 2018.

81 TSE. AgR-RO nº 79571, rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. J. 13.11.2014; RO nº 44545, rel. Min. Henrique Neves da Silva. J. 11.9.2014.

82 Excepcionalmente, aparece alguma decisão judicial que leva em consideração tal peculiaridade. Observe-se a decisão do juiz Rodrigo Favato Ferreira no RRC nº.: 278-16.2016.6.13.0310 (310ª ZE. MG), segundo a qual “para a incidência da inelegibilidade prevista no supracitado dispositivo, não basta apenas a rejeição das contas do agente público, mas também que o ato que a ensejou constitua dolo de improbidade administrativa. Para tal aferição, no entendimento deste magistrado, não obstante posicionamento jurisprudencial em sentido contrário, notória é a incompetência da Justiça Eleitoral, uma vez que seria inadmissível a esta justiça especializada, em ato sumário, sem observância do princípio do contraditório e da ampla defesa bem como de todo o devido processo legal, julgar o agente público pela prática da infração de improbidade administrativa”. No mesmo sentido o RRC nº 183-83.2016.6.13.0310, da mesma ZE.

De fato, entende o TSE que compete “à Justiça Eleitoral verificar a presença de elementos mínimos que revelem” a aludida improbidade⁸³. Assim, caberia àquela jurisdição especializada “proceder ao enquadramento jurídico das irregularidades constatadas pelos tribunais de contas para fim de incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90”, ressalvando-se, entretanto, que “a constatação, pela Justiça Eleitoral, da prática de ato doloso de improbidade administrativa implica juízo em tese”⁸⁴. Com a prevalência desse entendimento, ao arripio de garantias mínimas que devem cercar o cidadão, pode mesmo ocorrer o absurdo de alguém ser absolvido em uma ação de improbidade administrativa e ser, ao mesmo tempo, tido por inelegível pela Justiça Eleitoral por rejeição de contas derivada de ação ímproba.

Em meio a tantos casos, talvez a inconstitucionalidade mais notória seja a violação do princípio da presunção da inocência, conquista do Direito moderno, que, ao lado do devido processo legal, confere tratamento isonômico a todos os cidadãos perante a Justiça e impede que sejam antecipadas penas e seus efeitos, em qualquer situação. A Lei das Inelegibilidades, chancelada pelo STF, em flagrante quebra desse princípio, determinou que, em inúmeras, situações, estarão inelegíveis cidadãos meramente processados, mas ainda não julgados definitivamente.

Conforme o texto da Lei Complementar, os tipos previstos nas alíneas “d”, “e”, “g”, “h”, “j”, “l”, “m”, “n”, “o” e “p”, do inciso I, do seu art. 1º, produzem o efeito da inelegibilidade a partir de decisão de órgão judicial colegiado, ainda que não haja o trânsito em julgado da ação. A presunção da inocência dos cidadãos é desconsiderada nesses casos, mediante argumentação que retira essa proteção das inelegibilidades e minimiza os efeitos de seu espraio lógico e necessário por todo o sistema jurídico.

83 TSE. RO nº 106738, rel. Min. Gilmar Mendes. J. 16.9.2014.

84 TSE. AgR-REspe nº 16813, rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 5.8.2014.

A previsão contida na Lei Complementar nº 64 implica, para o cidadão que ainda responde determinado processo, severa privação de direito, e não qualquer direito, mas do exercício da cidadania passiva. Tudo isso sem o devido processo legal, porque, evidentemente, não se pode presumir mediante decisão provisória que um cidadão seja moralmente inapto à representação política. Viola-se, nesse ponto, também o devido processo legal, expresso no art. 5º, LIV, da Constituição, segundo o qual somente se poderia diminuir um indivíduo em seu patrimônio jurídico – o direito de ser votado – se obedecido o devido processo legal⁸⁵.

De fato, o art. 5º, LVII, da Constituição da República, ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, apenas mantém o Brasil em determinado patamar civilizacional, ecoando o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁸⁶, que afirma dever-se presumir inocente toda a pessoa acusada de ato delituoso, “até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

85 Estudos recentes vêm ressaltando, além das inconstitucionalidades da Lei da Ficha Limpa, seus efeitos perversos sobre o sistema político. Nesse sentido, Ana Cláudia Santano escreve: “Por meio de uma análise com base bibliográfica, bem como a partir de dados empíricos, pôde-se observar que algumas previsões negativas se confirmaram, não se limitando à inconstitucionalidade antes indicada por parte da doutrina, mas provocando também o afastamento da norma do seu objetivo principal, que era o de impedir que políticos envolvidos com corrupção se candidatassem e se elegessem. Ao final, conclui-se que a lei talvez tenha ido além, causando diversas sequelas na própria democracia, uma vez que coloca o eleitor em segundo plano, concedendo o protagonismo para a Justiça Eleitoral” (SANTANO, A. C. A democracia em tempos contramajoritários: os efeitos da Lei da Ficha Limpa após cinco anos de aplicação. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, SC: CEPEJUR, 2015.).

86 No mesmo sentido, está a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966.

A abrangência clara, precisa e extensiva dessa garantia é indiscutível. Cabe recordar que, mesmo sob o autoritarismo militar, tal compreensão foi afirmada em diversas ocasiões, como em voto do Min. Xavier de Albuquerque no julgamento do REspe 4.221/RS pelo STF, ainda que em corrente minoritária, e em uma corte sujeita ao regime ditatorial. Na mesma linha, a posição do magistrado no RO 4189/RJ, no TSE, expressando-se nos seguintes termos:

Por que admitir que o simples fato de pendência de um processo, com denúncia oferecida e recebida, pese indelevelmente sobre a moralidade de alguém, a ponto de lhe acarretar o ônus brutal da inelegibilidade? Não posso admitir. E não posso admitir, porque estou lidando com princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma. Mas, por acaso, esse princípio, se não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, está inscrito, de modo o mais veemente e peremptório, na famosa 'Declaração Universal dos Direitos do Homem', que é capítulo de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos. O Brasil contribuiu, com sua participação e voto, para que a Terceira Assembléia Geral das Nações Unidas, há mais de 25 anos, aprovasse uma 'Declaração Universal dos Direitos do Homem', e essa declaração insculpiu, no primeiro inciso do seu art. 11, esta regra de verdadeira Moral e do mais límpido Direito (...) O fato de alguém responder a processo criminal adere, objetivamente, à sua vida. Ninguém, que respondeu a um processo criminal, retira jamais esse episódio da sua história pessoal. Mas não pode ele, por si só, comprometer a

moralidade do cidadão, que deve ser presumido inocente enquanto não for julgado culpado⁸⁷.

Como lecionou o Min. Oscar Correa, também naquele período, “não há como querer distinguir entre efeitos da sentença condenatória para fins comuns e para fins especiais, como seriam os da lei de inelegibilidade”, recordando, também, que “não preserva a moralidade interpretação que considera condenado quem o não foi, em decisão final irrecurável. Pelo contrário: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém, que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença de que não possa, legalmente, recorrer”. Recordou, ainda, o jurista que o fato de a Constituição determinar à lei complementar o elenco de inelegibilidades, não permite a esta alterar o sistema jurídico, mas somente se lhe prestar reverência.

Segundo o Min. Cesar Peluso, no julgamento da ADPF 114, o sentido do enunciado de que ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado da sentença condenatória é o de uma garantia “contra a aplicação de qualquer sanção, entendida como qualquer restrição a qualquer direito do réu, até que advenha uma sentença penal condenatória que transite em julgado”. Repisando o tema, o magistrado salienta que “nenhuma modalidade de sanção, de restrição, de consequência gravosa ao patrimônio jurídico do réu, concebido no largo sentido da esfera de seus direitos de todas as índoles, nenhuma dessas pode ser admitida a título de juízo de culpabilidade senão depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na mesma ADPF 114, o relator, Min. Celso de Mello ensinou que existem “cláusulas instituídas pela própria Constituição da República e que consagram, em favor da pessoa, o direito

87 TSE. RO 4189/RJ. Rel. Min. José Boseli. J. em 14/10/1974. Trecho do voto do Min. Xavier de Albuquerque.

fundamental à presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e que lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo”. E esclareceu o seguinte:

Como sabemos, a presunção de inocência – que se dirige ao Estado, para lhe impor limitações ao seu poder, qualificando-se, sob tal perspectiva, como típica garantia de índole constitucional, e que também se destina ao indivíduo, como direito fundamental por este titularizado – representa uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder. (...)

Não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos, que preconizam o primado da idéia de que todos são culpados até prova em contrário, a presunção de inocência, legitimada pela idéia democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembléia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais (...).

A repulsa à presunção de inocência, com todas as conseqüências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional⁸⁸.

Muito embora a posição sustentada pelo aludido magistrado tenha prevalecido naquela altura, ela não se manteve após a edição da chamada “Lei da Ficha Limpa”.⁸⁹ Apreciando conjuntamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n^{os} 29 e 30, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n^o 4578, o STF, por maioria, fixou entendimento segundo o qual a presunção da inocência não incide sobre o regime jurídico das inelegibilidades. Prevaleceu, no citado julgamento, considerações relacionadas ao efeito moral da Lei da Ficha Limpa e à eficácia que produziria em prol de eleições mais limpas e justas. A posição do Min. Joaquim Barbosa é exemplar, nesse aspecto, pois, ao mesmo tempo em que celebrava tal legislação como instrumento “aperfeiçoado para fazer frente às mais sofisticadas formas de corrupção que vêm sendo forjadas nos últimos anos pelos homens políticos brasileiros, pela classe política brasileira”, sustentava que “porque não são penas, as inelegibilidades não guardam pertinência com o princípio da presunção de inocência”, com o que se postava ao lado do relator, Min. Luis Fux.

Circunstâncias dessa natureza ilustram um processo em que voluntarismo legiferante e moralismo jurisdicional se prestam a estreitar as fronteiras da democracia, fragilizando a força normativa de uma Constituição pretensamente democrática e garantista, e destituindo o cidadão de direitos e garantias fundamentais.

88 STF. ADPF 144/DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 6/08/2008.

89 Lei Complementar n^o 135, de 4 de junho de 2010, que alterou a Lei das Inelegibilidades.

9. A REELEGIBILIDADE PARA OS MANDATOS LEGISLATIVOS

Nas eleições parlamentares, o Direito brasileiro consagra a reelegibilidade como regra. Prevalece, nesse caso, a igualdade formal sobre as efetivas condições materiais de campanha eleitoral, que, no Brasil, conferem uma série de benefícios aos detentores de mandato. Observa-se a institucionalização de instrumentos destinados a diminuir a margem de risco nas tentativas de recondução dos mandatários, em um contexto no qual as carreiras políticas tendem a ser duradouras e o sistema eleitoral induz uma ação parlamentar personalista e paroquialista, habitualmente sob a lógica da chamada conexão eleitoral⁹⁰, embora apresente certa instabilidade para os mandatários reelegíveis⁹¹.

Análises sobre o comportamento parlamentar brasileiro apontam uma opção preferencial pelas atividades de transferência concentrada de recursos para suas bases⁹², escoradas, sempre que possível, em instituições que reforcem e reproduzam a relação clientelista sobre a qual a maioria deles se elegeram⁹³. Tal opção decorre da constatação de que “diante das opções e recursos disponibilizados durante seus mandatos, a distribuição de benefícios locais proporciona muito mais

90 O conceito foi formulado por MAYHEW, David R. *Congress: the electoral connection*. New Haven: Yale University Press, 1974. Sua aplicação ao caso brasileiro deve ser ajustada às peculiaridades que um contexto diverso impõe.

91 Ver, a propósito, em MIGUEL, Luis Felipe. *Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso brasileiro*. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 20, 2003; MARENCO, A.; SERNA, M. *Por que carreiras políticas na esquerda e na direita não são iguais?: recrutamento legislativo em Brasil, Chile e Uruguai*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 22, n. 64, p. 93-113, 2007; SANTOS, Fabiano. *Recruitment and retention of legislators in Brazil*. In: LOEWENBERG, G. et al. *Legislatures: comparative perspectives on representatives assemblies*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005; CARVALHO, L. L. *Ninguém sabe! Ninguém viu! Uma reflexão sobre a ausência de mulheres afrodescendentes no parlamento nacional*. *Revista EDUC, Duque de Caxias*, v. 1, n. 1, 2014.

92 SANTOS, Fabiano. *Teoria das decisões legislativas: microfundamentos do clientelismo político no Brasil*. 1994. Tese (Doutorado) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1994.

93 AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

retornos eleitorais do que as atividades legislativas dentro da Câmara ou as posições de voto assumidas em relação a uma determinada política”⁹⁴.

Para Barry Ames, o sistema político brasileiro fornece incentivos a que o parlamentar atue de modo a maximizar ganhos político-eleitorais pessoais e a concentrar suas atividades na busca de benefícios para eleitorados localizados⁹⁵. O sistema eleitoral conduz o representante a privilegiar um cálculo de probabilidade de votos em detrimento de ideologias e programas⁹⁶.

Entre outros aspectos institucionais que privilegiam os candidatos à reeleição, violando o princípio da igualdade, podem ser elencados o tempo reduzido para as campanhas, a favorecer a identificação dos candidatos já conhecidos do eleitorado⁹⁷; o acesso a rádio e TV diferenciado, com maiores quotas para os partidos detentores de maiores bancadas⁹⁸; ou a regra do desempenho individual mínimo⁹⁹, todos a favorecer os

94 PEREIRA, Carlos; RENNÓ, Lúcio. O que é que o reeleito tem?: dinâmicas político-institucionais locais e nacionais nas eleições de 1998 para a Câmara dos Deputados. Dados, Rio de Janeiro, v. 44, n. 2, 2001.

95 AMES, Barry. Os entraves da democracia no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

96 LAVALLE, Adrian G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da representação e sociedade civil. Lua Nova, São Paulo, n. 67, p. 59, 2006. p. 59.

97 A Lei nº 13.165, de 2015, alterou a Lei das Eleições, passando o processo eleitoral de 90 para cerca de 50 dias.

98 Nos termos do art. 47, § 2º, da Lei nº 9504, os candidatos não possuem igual acesso à propaganda no rádio e na TV, mas tempo proporcional ao tamanho das bancadas eleitas na última eleição.

99 Introduzido nos arts. 108 e 109 do Código Eleitoral (Lei nº 4737, de 1965) pela Lei nº 13.165, de 2015. Ver, sobre o impacto eleitoral da medida em ROCHA, Gabriela Pinheiro. A exigência de desempenho mínimo nominal de 10% do quociente eleitoral no paradigma de representação partidária brasileiro. 2018. Trabalho de conclusão do curso (Especialização em Poder Legislativo e Políticas Públicas) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 2018.

parlamentares em exercício¹⁰⁰. Nenhum meio de que dispõem os representantes é, todavia, dotado de mais probabilidade de eficácia que o uso eleitoral das emendas parlamentares, historicamente utilizadas pelo Poder Executivo como instrumento de cooptação e domesticação do Legislativo e, hoje, juridicamente tratadas nos §§ 9º e seguintes do art. 165 da Constituição Federal, por força da Emenda à Constituição nº 86, de 2015.

Observe que tal modalidade de intervenção parlamentar assegura aos deputados e senadores a alocação direta de milhões de reais do orçamento da União em projetos e atividades de seu interesse, normalmente suas bases eleitorais¹⁰¹. O retorno vem nas eleições, nas quais essa postura clientelista¹⁰² é usada como arma de sucesso¹⁰³, embora seu núcleo seja essencialmente contrário ao princípio da igualdade.

Com efeito, emendas parlamentares individuais são, do ponto de vista do regime jurídico-administrativo, ações perpetradas com

100 Observe-se, no mesmo sentido, as propostas de Reforma Política mais importantes que tramitaram no Congresso Nacional nos últimos anos. Ver, por exemplo: NICOLAU, Jairo Marconi. Reforma eleitoral. Em Debate, Florianópolis, v. 5, n. 5, 2013; NICOLAU, Jairo Marconi. Distritão, o retorno. Working Paper, 2016. Disponível em: <<https://ufrj.academia.edu/JairoNicolau>>. Acesso em: .; SARMENTO, L. Golpe parlamentar: distritão e voto distrital misto como burlas ao princípio democrático e ao sistema representativo. Conteúdo Jurídico, 18 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/golpe-parlamentar-distritao-e-voto-distrital-misto-como-burlas-ao-principio-democratico-e-ao-sistema-representativo,589622.html>>. Acesso em: .; CASTRO, L.; ABREU, J. M. Reforma do sistema eleitoral e político. In: NEVES, A. F. et al. Estudos interdisciplinares em humanidades e letras. São Paulo: Blucher/UFG, 2016.

101 BEZERRA, Marcos O. Em nome das bases. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

102 O conceito de clientelismo expressa "relações pessoais do tipo travado entre um sujeito de posição social mais elevada e outro de situação inferior: o beneficiador ou patrono e o cliente. Funda-se em preceito informal, mediante o qual o primeiro oferece benefícios, não necessariamente econômicos, em troca da lealdade política do outro. Trata-se, então, de troca de favores por subordinação política ou, no plano eleitoral, de oferta de recursos em troca de votos". In: DIAS, Wladimir Rodrigues. O clientelismo no Poder Legislativo. Belo Horizonte: FUNDAC, 2011.

103 Ver, por exemplo, em DIAS, Wladimir Rodrigues. O clientelismo no Poder Legislativo. Belo Horizonte: FUNDAC, 2011; DENARDI, André D. Emendas parlamentares e conexão eleitoral. 2018. Trabalho de conclusão do curso (Especialização em Poder Legislativo e Políticas Públicas) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 2018.

quebra do princípio da impessoalidade e, nesse sentido, violam o princípio isonômico. Como o uso dessas emendas é atrelado ao atendimento paroquial das clientelas dos mandatários, sendo, ordinariamente, sua principal moeda eleitoral, fere o princípio da igualdade em sua projeção no Direito Eleitoral. Afinal, sob tal prática e outras assemelhadas, os desafiantes já entram nos pleitos em absoluta desvantagem e, quanto menos recursos pessoais ou meios de arrecadação possuem, maior será sua inferioridade e, logo, sua dificuldade para se sobrepor aos candidatos à reeleição.

Opondo-se ao princípio da igualdade, o clientelismo parlamentar-eleitoral reforça o favor como meio fundamental de interação política, em detrimento do Direito, ambiente no qual prevalece a igualdade, mesmo quando utiliza procedimentos institucionalizados¹⁰⁴. Desenvolve-se e reproduz-se no Poder Legislativo, mediante a partilha de bens públicos e privados socialmente demandados¹⁰⁵, combinando regras do sistema eleitoral com as do funcionamento parlamentar¹⁰⁶.

Com as emendas orçamentárias, especialmente após a institucionalização do chamado orçamento impositivo, somadas a outros recursos que consegue alocar e cargos nos quais assenta apadrinhados, o parlamentar reforça sua posição assimétrica na relação clientelista, já que pode definir a destinação de verbas e políticas públicas e se coloca em posição mais favorável que as dos concorrentes na caça aos votos, já que tal estratégia lhe permite uma “campanha eleitoral permanente” “com o dinheiro do contribuinte”¹⁰⁷.

104 ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 60.

105 KRAAN, Dirk-Jan. *Budgetary decisions: a public choice approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. p. 33.

106 JACOBSON, Gary C. *The political of congressional elections*. New York: Longman, 1997. p. 185 et seq.; MAYHEW, David R. *Congress: the electoral connection*. New Haven: Yale University Press, 1974. p. 115.

107 A expressão foi retirada de MEASSI, João. *Subvenção reforça clientelismo político*. In: *A Notícia*. 1/2/1998.

10. A REELEIÇÃO PARA O EXECUTIVO

A inelegibilidade dos pretendentes à reeleição para mandato de chefe do Poder Executivo existiu até 1997, quando passou a ser permitida uma única reeleição. A regra anterior era justificada pelo princípio da igualdade, pois assumia como pressuposto o desequilíbrio eleitoral em favor do mandatário em exercício contra eventuais desafiantes. Mitigou-se o princípio isonômico em benefício da continuidade político-administrativa.

Essa hipótese de reeleição, a par de constituir ruptura com a trajetória pretérita, apresenta contornos de quebra do princípio da igualdade. Disposta no art. 14, § 5º, da Constituição, com redação da Emenda nº 16, de 1997, a regra permite que governantes sejam candidatos a uma reeleição, sem que constitua inelegibilidade a permanência no exercício regular do cargo ao longo do processo eleitoral.

De fato, com essa emenda, o constituinte derivado rompeu com secular tradição presente no Direito Eleitoral brasileiro desde a primeira Carta republicana, a qual, no art. 47, § 4º, exibia essa vedação como expressa e única hipótese de inelegibilidade. A manutenção dessa norma em todas as Constituições promulgadas posteriormente, bem como nos documentos pseudoconstitucionais dos períodos ditatoriais, não apenas reforçou a convicção nas virtudes da regra, como, na dicção do Min. Sepúlveda Pertence, alçou-a à condição de “princípio basilar” de nosso sistema político¹⁰⁸.

Tal rompimento gerou não só uma mudança de rota institucional, mas uma violação do princípio da igualdade. Provavelmente em virtude da pressa com que tramitou

108 RE 344.882, j. 7-4-2003, P, DJ de 6-8-2004.

no Congresso Nacional¹⁰⁹, já que considerada, naquela altura, estratégica para a empreitada reformista do então presidente Fernando Henrique Cardoso, a emenda em questão desconsiderou a lógica isonômica que presidia a proibição de reeleição para os cargos de chefe do Executivo, bem como apresentou-se mediante redação truncada e contraditória.

Chamado a se pronunciar sobre o caso, o STF chancelou a alteração do texto constitucional. Relatado pelo Min. Néri da Silveira, o acórdão estabeleceu que “não se tratando, no § 5º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela EC 16/1997, de caso de inelegibilidade, mas, sim, de hipótese em que se estipula ser possível a elegibilidade dos chefes dos Poderes Executivos, federal, estadual, distrital, municipal e dos que os hajam sucedido ou substituído no curso dos mandatos, para o mesmo cargo, para um período subsequente, não cabe exigir-lhes desincompatibilização para concorrer ao segundo mandato, assim constitucionalmente autorizado”.

A leitura do referido julgado evidencia o cuidado da Corte suprema para, a tangenciar o tema trazido à sua apreciação, realizar uma interpretação apta a declará-lo de acordo com a Lei Fundamental¹¹⁰, sem se preocupar com sua coerência com o texto da Constituição, tampouco com seus efeitos práticos, entre os quais o desequilíbrio na disputa eleitoral.

Cabe notar, quanto ao dispositivo aludido, a péssima qualidade legística, já que, feito a toque de caixa, trouxe consigo contradições significativas, com destaque para o fato de um chefe do Executivo não precisar se desincompatibilizar para ser

109 Sobre a aprovação dessa Emenda, que envolveu certa polêmica, leia-se a seguinte matéria a respeito: “Deputado conta que votou pela reeleição por 200 mil”. In: Folha de São Paulo, 13 de maio de 1997. Ver, por exemplo, em DÓRIA, Palmerio. O príncipe da privatária. São Paulo: Geração Editorial, 2013. E, ainda: <https://www.cartacapital.com.br/politica/uma-luz-sobre-o-escandalo-da-reeleicao-de-fhc>; <https://fernandorodrigues.blogosfera.uol.com.br/2014/06/16/conheca-a-historia-da-compra-de-votos-a-favor-da-emenda-da-reeleicao/>;

110 STF. ADI 1.805 MC, rel. min. Néri da Silveira, j. 26-3-1998, P, DJ de 14-11-2003.

candidato à reeleição, mas necessitar da renúncia para concorrer a cargos legislativos, e para a hipótese que impõe inelegibilidade a cônjuge e parentes dos chefes do Executivo, mas não aos próprios (art. 14, § 7º), a qual somente foi satisfatoriamente remediada mediante ação jurisprudencial¹¹¹.

Também quanto à reelegibilidade para os cargos do Poder Executivo, merecem destaque julgados da Justiça Eleitoral e do STF que têm procurado efetivar o primado da igualdade nas eleições. Entre outras questões já decididas¹¹², afirmou-se que a dissolução da sociedade conjugal no curso do mandato¹¹³ não afasta a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF¹¹⁴, embora o falecimento de um dos cônjuges seja excepcionado¹¹⁵. Estabeleceu-se, também, que presidente da câmara municipal que substitui ou sucede o prefeito nos seis meses anteriores ao pleito é inelegível para o cargo de vereador¹¹⁶.

Também entre essas decisões, está a que impede o chamado prefeito itinerante, isto é, o cidadão já reeleito para a chefia do Executivo em um município que, tendo transferido o domicílio eleitoral, concorre às eleições majoritárias novamente, conforme acordado no STF:

O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade admi-

111 Ver no STF o RE 344.882, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 7-4-2003, P, DJ de 6-8-2004.

112 STF. RE 543.117 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 24-6-2008, 2ªT, DJE de 22-8-2008; RE 464.277 AgR, rel. min. Ayres Britto, j. 9-10-2007, 1ªT, DJE de 4-4-2008; RE 756.073 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-12-2013, 2ªT, DJE de 13-2-2014.

113 Súmula Vinculante nº 18: A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da CF.

114 STF. RE 568.596, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 1º-10-2008, P, DJE de 21-11-2008, Tema 61.

115 STF. RE 758.461, rel. min. Teori Zavaski, j. 22-5-2014, P, DJE de 30-10-2014, Tema 678.

116 STF. RE 345.822, rel. min. Carlos Velloso, j. 18-11-2003, 2ªT, DJ de 12-12-2003.

nistrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo Município, mas em relação a qualquer outro Município da Federação. Entendimento contrário tornaria possível a figura do denominado “prefeito itinerante” ou do “prefeito profissional”, o que claramente é incompatível com esse princípio, que também traduz um postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição. O cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de determinado Município fica inelegível para o cargo da mesma natureza em qualquer outro Município da Federação¹¹⁷.

É perceptível, também nesse caso, doses elevadas de pragmatismo e moralismo a contaminar a decisão jurídica. O uso instrumentalizado dos princípios é evidente e suplanta a letra clara do texto constitucional, que não impede o tipo de candidatura fulminado pelo STF. De fato, tanto o domicílio eleitoral como condição de elegibilidade quanto a geografia das inelegibilidades, tal como disposta na Constituição e na legislação complementar, concorrem para amparar a possibilidade de um prefeito reeleito ser eleito prefeito em outra circunscrição

117 STF RE 637.485, rel. min. Gilmar Mendes, j. 1º-8-2012, P, DJE de 21-5-2013, Tema 564.

eleitoral¹¹⁸. Se o candidato reunir as condições de elegibilidade e não incorrer em situações de inelegibilidade, como na hipótese em questão, deverá ser homologado seu requerimento de registro de candidatura. Observe-se que, em casos como esse, os quais vêm se avolumando presentemente, o Judiciário age como verdadeiro legislador, subtraindo competência do Legislativo e ofendendo o art. 2º da Constituição, a par de, estabelecendo restrição à cidadania não prevista normativamente, violar também o princípio da igualdade dos brasileiros perante a lei.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações entre a cidadania política e o princípio da igualdade são íntimas e profundas. A dependência é recíproca, motivo pelo qual quando um é violado, o outro fica igualmente fragilizado. A breve apreciação crítica expendida neste capítulo teve a intenção de, analisando o Direito além da regra, mostrar a distância entre uma normatividade constitucional de índole democrática e a experiência vivida pela sociedade brasileira nos 30 anos que nos separam da edição da Lei Fundamental de 1988.

Foram abordados alguns dos principais tópicos relacionados aos direitos políticos, às condições de elegibilidade e às inelegibilidades, a expor um sistema político que vem recebendo um tratamento jurídico avesso à ampliação democrática e ao conseqüente primado da escolha popular. Pelo contrário, legislação repressiva e ativismo judicial se conjugam em um contexto no qual a cidadania política fica à mercê de jogos e disputas entre elites em torno de tribunais.

118 Nestes casos, todavia, deve-se atentar para a necessidade de se declarar a perda de mandato do prefeito no município de origem tão logo ele transfira seu domicílio eleitoral, já que, a partir desse momento, deixa de contar com uma das condições de elegibilidade indispensáveis não apenas ao registro de candidatura, mas ao exercício do cargo.

Os exemplos fornecidos neste texto são bastante eloquentes para sustentar tal afirmação, mas a eles poderiam se somar inúmeros outros pontos envolvendo cidadania e igualdade, entre os quais os déficits de representação que atingem não apenas minorias silenciadas e invisibilizadas, mas contingentes sociais majoritários, como mulheres e pobres. Se o exercício da cidadania política deve redundar em uma representação apta a espelhar isonomicamente a sociedade representada, cumpre reconhecer a imensa distância entre o ideal de igualdade presente na cidadania política e as desigualdades percebidas nesse campo.

Nessa linha, os casos neste texto abordados mostram que não apenas são pouco enfrentadas as desigualdades no sistema político, como as excessivas restrições ao exercício dos direitos políticos contribuem para limitar as possibilidades democráticas, deixando frestas para que interesses oligárquicos se perpetuem, ainda que com outra roupagem.

É forçoso, diante desse quadro, concluir apontando a necessidade de tornar mais efetivo o princípio da igualdade no âmbito da cidadania política, especialmente mediante uma prática jurídica capaz de, por um lado, frear medidas autoritárias limitadoras da cidadania política e, por outro lado, promover mais eficazmente a igualdade no sistema político, em benefício de uma sociedade mais democrática.

REFERÊNCIAS

AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

ANDRADE, Gustavo Henrique. **Análise da eficácia da aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições municipais em Minas Gerais, a subjetividade da tipificação do dolo e interferência do Poder Judiciário nos pleitos eleitorais**. 2018. Trabalho de conclusão do

curso (Especialização em Poder Legislativo e Políticas Públicas), Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 2018.

BEZERRA, Marcos O. **Em nome das bases**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 10/11/2018.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Brasília, 1965. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm. Acesso em 10/11/2018.

BRASIL. **Lei nº 9504, de 30 de setembro de 1997**. Lei das Eleições. Brasília, 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504compilado.htm. Acesso em 10/11/2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Lei das Inelegibilidades. Brasília, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64compilado.htm. Acesso em 10/11/2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Lei da Ficha Limpa. Brasília, 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em 10/11/2018.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania o Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, L. L. Ninguém sabe! Ninguém viu! Uma reflexão sobre a ausência de mulheres afrodescendentes no parlamento nacional. **Revista EDUC**, Duque de Caxias, v. 1, n. 1, p. 42-54, 2014.

CASTRO, L.; ABREU, J. M. Reforma do sistema eleitoral e político. In: NEVES, A. F. et al. **Estudos interdisciplinares em humanidades e letras**. São Paulo: Blucher/UFG, 2016. P 135-152.

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder**. Curitiba: Juruá, 2008.

DAMATTA, Roberto. Brasil: uma nação em mudança e uma sociedade imutável? **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 204-219, 1988.

DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

DENARDI, André D. **Emendas parlamentares e conexão eleitoral**. 2018. Trabalho de conclusão do curso (Especialização em Poder Legislativo e Políticas Públicas), Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 2018.

DIAS, Wladimir Rodrigues. **Poder Judiciário e política**: fatores estruturais de politização da Justiça Eleitoral no Brasil. In: ENCONTRO DA SEÇÃO SOCIOLOGIA DO DIREITO E DA JUSTIÇA DA APS, 1., 2016. Direitos, justiça, cidadania: o direito na constituição da política. Coimbra: FEUC, 2016.

DIAS, Wladimir Rodrigues. Cidadania e teoria democrática. In: RESENDE, Antônio J. C. (Org.). **Poder Legislativo e cidadania**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2015. p. 169-223.

DIAS, Wladimir Rodrigues. Aspectos do sistema jurídico na modernidade reflexiva. In: COLÓQUIO COIMBRA C. **Novas rotas, outras traje(c)tórias**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/804455/Aspectos_do_sistema_jurC3%Addico_na_modernidade_reflexiva>. Acesso em: 12 set. 2018.

DIAS, Wladimir Rodrigues. **O clientelismo no Poder Legislativo**. Belo Horizonte: FUNDAC, 2011.

DIAS, Wladimir Rodrigues. Condenação criminal e direito a voto. In: PINTO, F. M.; MARCHI JÚNIOR, A. P. (Coord.). **Execução penal**: constatações, críticas, alternativas e utopias. Curitiba: Juruá, 2008. p. 229-254.

DIAS, Wladimir Rodrigues. Sobre o conceito de cidadania e sua aplicação ao caso brasileiro. **Revista da Gestão Pública**, n. 1, v. 1, 2007.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Lei Ficha Limpa em revista e os empates no STF: liberdades políticas em questão e o dilema entre o politicamente correto e o constitucionalmente sustentável. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 12, p. 641–653, 2011.

FAYT, Carlos Santiago. **Sufrágio y representación política**. Buenos Aires: Omeba, 1963.

FERREIRA, Marcelo Ramos Pellegrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Curitiba: Lumen Juris, 2015.

FERREIRA, Marcelo R. P.; ORTIZ, Julio. Ficha Limpa e caso Petro Urrego: controle de convencionalidade das inelegibilidades. **Boletim de Notícias CONJUR**, local, v., n., data. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-02/ficha-limpa-petro-urrego-mostram-controle-inelegibilidades>. Acesso em: 5 set. 2018.

FORSDYKE, SARA. **Exile, ostracism, and democracy: the politics of expulsion in ancient Greece**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2018.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1998.

JACOBSON, Gary C. **The political of congressional elections**. New York: Longman, 1997.

KARLAN, P. S. The rights to vote: some pessims about formalism. **Texas Law Review**, Austin, v. 71, n. 7, p. 1705-1757, 1993.

KRAAN, Dirk-Jan. **Budgetary decisions: a public choice approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LAVALLE, Adrian G.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, Pluralização da representação e sociedade civil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 59, 2006.

LEVINSON, Sanford. One person, one vote: a mantra in need of meaning. **North Carolina Law Review**, v. 80, n. 4, p. 1269-1298, 2002.

LUHMANN, Niklas. **La moral de la sociedad**. Madrid: Trota Editorial, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Introduction to systems theory**. Cambridge: Polity Press, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Causalidad en el Sur. Estudios Sociológicos**, Ciudad de México, v. 27, n. 79, p. 3-29, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Die gesellschaft der gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. La honestidad en política. **Leviatán: Revista de Pensamiento Socialista**, Madrid, n. 65, p. 37-47, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Das recht der gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Gesellschaftsstruktur und Semantik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

MARCHETTI, Vitor. O Supremo Tribunal Eleitoral: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 161-178, out./dez. 2011.

MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: o modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. **Revista de Ciência Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 865-893, 2008.

MARENCO, A.; SERNA, M. Por que carreiras políticas na esquerda e na direita não são iguais?: recrutamento legislativo em Brasil, Chile e Uruguai. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 22, n. 64, p. 93-113, 2007.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class**. Londres: Bentley House, 1950.

MAYHEW, David R. **Congress: the electoral connection**. New Haven: Yale University Press, 1974.

MEYER, Emílio P. Judges and courts in unstable constitutionalism regimes: the Brazilian Judiciary branch's political and authoritarian character. **German Law Journal**, Frankfurt, v. 19, n. 4, p. 727-768, 2018.

MEZZAROBBA, O.; FERREIRA, Marcelo R. P. A Lei da Ficha Limpa: o cavalo de troia do protagonismo do Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 974, p. 111-128, dez. 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso brasileiro. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 20, p. 115-134, 2003.

MULLER, D. T. Perpetuating “One Person, One Vote” Errors. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, v. 39, n. 2, p. 371-395, 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NICOLAU, Jairo Marconi. **Distritão, o retorno**. Working Paper, 2016. Disponível em: <<https://ufrj.academia.edu/JairoNicolau>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

NICOLAU, Jairo Marconi. Reforma eleitoral. **Em Debate**, Belo Horizonte, v. 5, n. 5, p. 7-16, 2013.

NICOLAU, Jairo Marconi. As distorções da representação dos estados na Câmara dos Deputados brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 441-464, 1997.

NOHLEN, Dieter. **Os sistemas eleitorais: o contexto faz a diferença**. Lisboa: Horizonte, 2007.

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

O’DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1988.

OROPEZA, M. G.; SILVA, C. B.; SALGADO, D. C. La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México. In: CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 8., 2011, México. **Cuestiones y Reflexiones Político-Electorales**. 2011, p. 197-245. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3265/2.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

PEREIRA, Carlos; RENNÓ, Lúcio. O que é que o reeleito tem?: dinâmicas político-institucionais locais e nacionais nas eleições de 1998 para a Câmara dos Deputados. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 2, p. 664-683, 2001.

PIRES, Edmundo B. A. **Individuação da sociedade moderna**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

PIRES, Edmundo B. O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral. In: SANTOS, J. M. **O pensamento de Niklas Luhmann**. Lisboa: Ta Pragmata, 2005. p. 253-280.

PIRES, Edmundo B. Diferenciação social e unidade política da sociedade a partir da obra de N. Luhmann. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 12, p. 69-155, 2003.

QUINLIVANS, M. T. One person, one vote revisited: the impending necessity of judicial Intervention in the realm of voter registration. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 37, p. 2361-2396, 1989.

RANCIERE, Jacques. **Le partage du sensible: esthétique et politique**. Paris: La Fabrique Editions, 2000.

ROCHA, Gabriela Pinheiro. **A exigência de desempenho mínimo nominal de 10% do quociente eleitoral no paradigma de representação partidária brasileiro**. 2018. Trabalho de conclusão do curso (Especialização em Poder Legislativo e Políticas Públicas), Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences and reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SANTANO, A. C. A democracia em tempos contramajoritários: os efeitos da Lei da Ficha Limpa após cinco anos de aplicação. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul. **[Anais...]**. Santa Cruz do Sul, SC: CEPEJUR, 2015.

SANTOS, Fabiano. Recruitment and retention os legislators in Brazil. In: LOEWENBERG, G. et alii. **Legislatures: comparative perspectives on representatives assemblies**. Ann Arbour: University of Michigan Press, 2005.

SANTOS, Fabiano. **Teoria das decisões legislativas:** microfundamentos do clientelismo político no Brasil. 1994. Tese (Doutorado) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1994.

SANTOS, V.; DANTAS, H. Ficha limpa na prática: estudo sobre aspecto pontual de inelegibilidade nas eleições de 2012 em Santa Catarina. **Cadernos Adenauer:** Justiça Eleitoral, São Paulo, a. XV, v. 1, p. 171-190, 2014.

SARMENTO, L. Golpe parlamentar: distritão e voto distrital misto como burlas ao princípio Democrático e ao sistema representativo. **Conteúdo Jurídico**, 18 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,golpe-parlamentar-distritao-e-voto-distrital-misto-como-burlas-ao-principio-democratico-e-ao-sistema-represent,589622.html>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira**. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso:** da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

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

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

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *In*: SOUZA, J. (Org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 23-53.

SOUZA, Jessé (Org.). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

VASAK, Karel. Human rights: a thirty-year struggle. **Unesco Courier**, Paris, n. 30, v. 11, p. 29-32, nov. 1977.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 2002.