

3

ESTUDOS SPES



ESTADO SOCIAL CONSTITUIÇÃO E POBREZA

ESTUDOS DE DOUTORAMENTO I

AUTORES

Miguel Calmon Dantas
Paulo Modesto

Raimundo Márcio Ribeiro Lima
Raquel Gonçalves Mota



SPES

Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

SPES - Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social

PRINT BY

CreateSpace

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN

978-989-26-1426-7

ISBN DIGITAL

978-989-26-1427-4

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1427-4>

DEPÓSITO LEGAL

390373/15

ESTADO SOCIAL CONSTITUIÇÃO E POBREZA

Estudos de Doutorado I

AUTORES

Miguel Calmon Dantas

Paulo Modesto

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Raquel Gonçalves Mota

vol. 3 | 2017

(Página deixada propositadamente em branco)

NOTA PRÉVIA

A Série **SPES**, neste terceiro número, inaugura uma nova coleção: a dos **Estudos** do Programa de Doutoramento em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza. Os quatro textos aqui reunidos correspondem a trabalhos de investigação apresentados pelos doutorandos no final do primeiro ano.

Apesar da unidade temática que dá sentido à obra e que decorre dos assuntos tratados no referido Programa de Doutoramento, os textos apresentam temas e estilos muito diferentes.

O **primeiro** aborda o problema das medidas especiais adoptadas em períodos de emergência económico-financeira – que o “mundo” apelidou de **medidas de austeridade** – e a sua sustentação no plano constitucional. Mais concretamente, o texto procura traçar um confronto dogmático entre a **sustentabilidade** e a **austeridade**, para concluir que a primeira, embora também incorpore um sentido financeiro, é compatibilizável com o quadro constitucional de protecção da socialidade, ao passo que a segunda, por apenas se esconder em critérios financeiros, não é conciliável com aquele. E o autor escolhe como domínios de realização-verificação das suas propostas de interpretação jurídico-dogmática dos referidos conceitos as medidas adoptadas em Portugal no triénio 2011-2014 e as medidas adoptadas no Brasil no início do segundo mandato da Presidente Dilma. Sustenta depois as suas posições no princípio da socialidade e nos subprincípios clássicos do Estado de Direito, que conheceram um desenvolvimento extraordinário na doutrina e na jurisprudência jurídico-constitucional dos dois países nas últimas duas décadas do século XX.

O **segundo** texto apresenta um registo muito diferente, pois centra-se na análise crítica da Acção Directa de Inconstitucionalidade 1923, do Supremo Tribunal Federal, de 2015, cujos efeitos práticos acabaram por ajudar a delimitar as dimensões de liberdade contratual das organizações sociais naquele ordenamento jurídico, em particular quando actuam “em parceria” com o Estado. O tema é especialmente relevante para a discussão do papel das entidades do terceiro sector (e/ou do sector não lucrativo) na economia e nos seus modos de relação com o poder público no domínio de parcerias público-sociais. Embora partindo de uma decisão judicial brasileira, as análises e o intertexto apresentam importantes contributos para um debate geral destes temas, quer no domínio constitucional, quer no administrativo, quer ainda no plano do direito europeu (para nós especialmente relevante), em áreas tão importantes como a cultura, a ciência e as prestações sociais.

O **registo** altera-se novamente no **terceiro** texto que integra esta obra, onde o problema toma uma feição mais metodológica e teórica. A preocupação com o normativismo e as construções que, procurando superar o positivismo, trouxeram, na opinião aí expressa, “amarras” à fluidez e às oscilações próprias de uma socialidade que depende da economia e que, como tal, não pode deixar de sofrer com os respectivos ciclos. Segundo o autor, este “desajuste” entre o fáctico e o normativo está hoje em processo de (re)normativização a partir do estudo de novos princípios jurídicos, como a justiça intergeracional e a sustentabilidade política. O primeiro veio impor limites aos direitos adquiridos perante a consciência da interrupção do crescimento contínuo e dos riscos ambientais, sociais e tecnológicos; enquanto o segundo “(re)vitalizou” as instituições e os processos democráticos (onde se expressam com vantagem as maiorias) perante fenómenos patológicos, como o activismo judicial (guiados e dominados por minorias).

Por último, no **quarto** texto, encontramos uma reflexão sobre um dos axiomas do Século XXI: a concentração da riqueza. Após caracterizar o fenómeno – 1% da população captura o rendimento de que precisam os outros 99% –, guiando-os pelas leituras

interdisciplinares mais recentes do problema, a autora questiona os limites e as potencialidades do sistema fiscal e do modelo de Estado fiscal para assegurar a justiça e a paz no Século XXI. As inquietações sobre quem sustenta quem no actual sistema tributário, que tipo de transferências de rendimentos se escondem por detrás da fiscalidade internacional, dos regimes **offshore** e dos espaços de comércio livre ou quais os tributos que podem e devem ajudar a inverter este estado de coisas são as principais inquietações exploradas no escrito.

Trata-se, assim, de uma colecção de estudos diversos, que espelham bem o sentido deste projecto de doutoramento – uma reflexão livre e aberta, mas direccionada para um projecto de **civilidade**; multidisciplinar no olhar, mas jurídica na análise; interdisciplinar no contexto normativo exploratório, mas que flui para os problemas do direito público. Um projecto que é já comunidade intercultural, mas com um sentido de **politeia**.

Coimbra, Julho de 2016

**A Coordenação do Programa de Doutoramento em
Direito Público Estado Social, Constituição e Pobreza**

(Página deixada propositadamente em branco)

ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
<i>et al.</i>	e outros
EUA	Estados Unidos da América
FIES	Fundo de Financiamento Estudantil
FMI	Fundo Monetário Internacional
G20	Grupo dos Vinte
in	em
MBOs	Mutual Benefit Organizations
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico
p. ex.	por exemplo
PIB	Produto Interno Bruto
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
pp.	páginas
PBOs	Public Benefit Organizations
STF	Supremo Tribunal Federal
v.	ver
vol.	volume

(Página deixada propositadamente em branco)

SUSTENTABILIDADE NÃO É AUSTRERIDADE: CONSTITUCIONALISMOS EM TEMPOS DE CRISE

Miguel Calmon Dantas

Resumo: O presente estudo se destina a analisar a compatibilidade da austeridade financeira que vem sendo propugnada para os Estados da União Europeia e, em outro contexto, para o Brasil, em detrimento dos direitos sociais, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, com suas múltiplas e plurais feições, apartando-a da compreensão constitucionalmente adequada de sustentabilidade, notadamente em sua dimensão social.

Defende-se a inconstitucionalidade das medidas de austeridade, muitas derivadas da crise fiscal relacionada com a crise econômica iniciada a partir de 2008, que representam desassistência e desproteção aos vulneráveis e às minorias, sem que a dimensão social da sustentabilidade ceda às pressões de retrocesso em direitos sociais e serviços públicos, destacando-se o papel relevante do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Palavras chave: constitucionalismo; direitos econômicos e sociais; austeridade; sustentabilidade.

Abstract: The purpose of this paper is to examine, in the framework of contemporary constitutionalism with its multiple and plural features, and through the lens of the social dimension of sustainability, the compatibility of the financial austerity that has been imposed on some European Union countries and – though the context there is a different one – on Brazil, thereby undermining the social rights.

The unconstitutionality of austerity measures is argued on the grounds that, while being a consequence of the fiscal crisis triggered by the 2008 economic crisis, they entail a lack of assistance and a lack of protection for vulnerable people and minorities. The social dimension of sustainability should not be undermined by pressures that could cause the retrogression or stagnation of social rights and public services. In this connection, the important role of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is highlighted

Keywords: constitutionalism; social and economic rights; austerity; sustainability.

1. Da Era dos Direitos para a Era da Austeridade

A vida humana sempre esteve em constante risco, mas os tempos atuais agravam cada vez mais esses riscos. A complexidade da sociedade atual potencializa e densifica tais riscos.

Embora ainda se reconheça que a mais grave crise econômica vivenciada foi a de 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, sucedida pela Grande Depressão, a crise econômica que se instalou a partir de 2008, cujas causas há muito já se apresentavam, não tem precedentes, pois encontra um contexto mundial bastante diferente e muito mais complexo do que o existente naquela oportunidade.

Afetando, primeiramente, os países desenvolvidos, pois neles surgiu, com precedência nos Estados Unidos e migrando, de lá, para a União Europeia, repercute em rede, globalmente, vindo a atingir, progressivamente, tanto os países em desenvolvimento, como também os países mais pobres ou, como se costuma chamá-los, fracassados.

Desafia a solidariedade, os direitos humanos, a democracia e o constitucionalismo. Desafia as mentes mais brilhantes do *mainstream* econômico, que nem sequer a previu. Desafia a todos, causando, o mais das vezes, perplexidade e impotência; sofrimento e desesperança. E diante de tantos desafios, as soluções propostas são severas e ensejam divergências e choques, conflitos e dissonâncias. E qual seria o papel do direito diante da atual crise econômica? Poderia o direito propor ou orientar alguma resposta ou solução? O constitucionalismo e os direitos humanos são insensíveis ou incapazes diante da crise e da indignação que têm acarretado, mesmo com os efeitos graves que se projetam sobre os direitos econômicos e sociais e, conseqüentemente, sobre o projeto de emancipação que lhes concerne? Viver-se-ia, talvez, numa época de desilusões, exposta pela crise do paradigma da modernidade, em que se ancora o pensamento político sobre o Estado e o próprio constitucionalismo. Para alguns, inclusive, entra-se numa nova era

que poderia ser caracterizada como a *era da austeridade*¹, ensejando a reflexão sobre a superação ou mesmo a concorrência com a chamada *era dos direitos*, como classicamente definia Bobbio² o século XX.

O presente estudo visa enfrentar alguns dos aspectos dos problemas acarretados pela crise econômica que vem sendo vivenciada, analisando as propostas que defendem a implantação, a qualquer custo, de medidas de austeridade financeira, supostamente assentes no princípio da sustentabilidade e na pretensão de justiça intergeracional. Com efeito, não se poderia firmar uma era da austeridade em detrimento, superação ou negação da era dos direitos, mas é inexorável reconhecer que a era dos direitos exige a abrangência da compreensão e da integração da sustentabilidade, em suas dimensões política, econômica, social e ambiental³.

Com efeito, apesar de as aludidas questões serem mais acentuadamente discutidas na União Europeia, a globalidade da crise e suas consequências trazem relevância ao tema para outros países, notadamente os países em desenvolvimento, como o Brasil, em que se tem invocado, e adotado, medidas tidas como de ajuste estrutural e de austeridade financeira, notadamente diante do agravamento da crise econômica e da concomitante crise política a ela associada⁴.

¹ Mary DOWELL-JONES. “The Sovereign Bond Markets and Socio-Economic Rights: Understanding the Challenge of Austerity”. 52.

² Norberto BOBBIO (*A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. 5), sustenta que os direitos nascem quando podem. Poder-se-ia acrescentar que, às vezes, até deveriam ter sido reconhecidos antes, mas não o foram, como os próprios direitos sociais, o direito de voto das mulheres, entre outros intermináveis exemplos. Justifica a sua constatação pelo caráter histórico dos direitos humanos, “[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

³ Como pontuam Jesse DILLARD; Verônica DUJON; Mary C. KING. *Understanding the Social Dimension of Sustainability*: “Com frequência, considera-se que a sustentabilidade abrange três objetivos sobrepostos e interdependentes: a) viver de forma ambientalmente sustentável ou viável a longo prazo, b) viver de forma economicamente sustentável, mantendo os níveis de vida a longo prazo, e c) viver de forma socialmente sustentável, agora e no futuro”.

⁴ São inestimáveis, mas de gravidade já inequívoca, os efeitos da associação da crise econômica que assola o Brasil com a eclosão concomi-

No caso do Brasil, a crise econômica que assola o país, também é parcialmente derivada da crise econômica global, decorreu também da queda vertiginosa dos preços das *commodities* e do preço do barril de petróleo – relacionada com a crise global –, bem como do aumento desenfreado e sem a devida programação e o necessário planejamento, das despesas públicas, sobretudo em ano eleitoral⁵, passando também pelas medidas adotadas para mitigar os efeitos da crise global, com incentivos fiscais na forma de subvenções para diversos setores da economia e estímulo ao crédito para o consumo.

tante de uma interminável instabilidade política, relacionada com as fragilidades do sistema partidário brasileiro e com o enfrentamento drástico de enraizadas práticas de corrupção que vêm sendo descortinadas.

⁵ Apenas de forma ilustrativa, cumpre referenciar o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido aquando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 134, promovida em face da portaria que alterava as regras de elegibilidade para o FIES, *in verbis*: “Em 2013, Presidente, gastaram-se com o Fies algo em torno de cinco bilhões de reais, tanto é que as entidades, todas, hoje, estão com problemas na bolsa e perderam seu valor, porque elas passaram a assegurar. Em 2014 - isso é um dado importante na discussão sobre confiança jurídica -, os gastos elevaram-se para doze bilhões de reais; eu estou falando portanto de um aumento de sete bilhões de reais em 2014. Por coincidência, 2014 é o ano eleitoral. Vossa Excelência conhece bem a jurisprudência do Tribunal a propósito de aumento de benefícios. E aí, em novembro, vem e cassa-se! É disso que nós estamos falando! E, aí, não há princípio da confiança! Tanto é que, se andamos pelas cidades do Brasil, havia essas entidades todas - cartazes, *outdoors* - dizendo claramente que podia estudar em qualquer instituição que ela garantia o empréstimo. Essas empresas cresceram na bolsa. Uma dessas empresas aí, que fez uma fusão, que chegou a um milhão de estudantes, chegou a ser valorada na bolsa por sessenta bilhões de reais. É nesse contexto que se coloca a análise sobre a segurança jurídica”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 134. Relator: Min. Roberto Barroso. Publicado no DJE 156, de 10/08/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9078277>>. Acesso em 20-05-16.

Diante disso, notam-se fortes e relevantes indícios de que tal ampliação do programa de Financiamento Estudantil nas instituições privadas de ensino superior pelo Poder Público, visando fomentar o acesso para quem não consegue ingressar nas instituições públicas e não tem condições de custear o curso na rede particular, não foi precedido do necessário planejamento, contribuindo para a desestabilização grave do orçamento.

Neste contexto, a proposta é demonstrar que a sustentabilidade, descortinada recentemente em suas demais dimensões, conferindo-lhe caráter mais amplo do que seu sentido exclusivamente ambiental, não referenda e nem legitima a adoção de medidas de austeridade financeira a todo e a qualquer custo, ou, ao menos, ao custo da dignidade humana ou da desumanização da dignidade pela insensibilidade aos fatores de mercantilização das condições existenciais.

A situação de crise econômica, por sua vez, não pode causar erosão dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, e nem degradação do nível de emancipação social arduamente alcançado, mesmo naqueles sistemas de proteção social incipientes e claudicantes, ensejando – como registrado por Mary Dowell-Jones, ao destacar as repercussões da crise econômica e da crise fiscal, com as medidas de austeridade financeira a elas associadas – desafios e oportunidades para a defesa dos direitos econômicos e sociais⁶.

Nesta mesma linha, João Carlos Loureiro, reconhecendo a concomitância de várias crises, acentua a oportunidade da crítica refundadora, revelando o paradoxo de os mercados necessitarem e, mesmo, suplicarem, socorro público para que o debacle econômico não fosse ainda maior, afastando-se da usual defesa que engendram a favor da desregulação⁷.

Com efeito, o constitucionalismo⁸, com seu discurso protetivo dos direitos fundamentais, não pode ter espaço apenas em

⁶ Mary DOWELL-JONES. “The Sovereign Bond Markets and Socio-Economic Rights: Understanding the Challenge of Austerity”. 51-52. A oportunidade concerne à possibilidade de reinventar, reformular e reinterpretar os parâmetros internacionais relativos aos direitos econômicos e sociais nos quadrantes dos limites do Estado Social, enquanto os desafios envolvem a necessidade de que tais direitos passem a ter visibilidade e relevância nos debates atinentes à formulação das políticas econômicas e políticas públicas mais especificamente, como também para que possam ser desenvolvidas metodologias e parâmetros efetivos em face dos problemas financeiros, econômicos e políticos contemporâneos.

⁷ João Carlos LOUREIRO. *Adens ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. 22.

⁸ A despeito das crises e desafios enfrentados pelo constitucionalismo e devidamente expostas por Suzana Tavares da SILVA. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 81-88, questionando o possível período de crepúsculo do constitucionalismo, embasando-se em tendências teóricas diversas.

momentos de normalidade e estabilidade institucional, política e econômica. Não deve ser abandonado, negado ou olvidado em épocas de crises, não sendo possível invocá-lo para legitimar medidas que contrariem a sua proposta emanancipatória, solidária e libertária.

Nesse sentido, pretende-se analisar o entrelaçamento entre a crise econômica atual e o constitucionalismo, repercutindo no agravamento do problema clássico da desigualdade e da pobreza, que é a gravidade da escassez de bens necessários às condições existenciais e de autonomia, analisando a própria subsistência do discurso da escassez.

A partir do esclarecimento destas relações, almeja-se tratar do discurso de austeridade num momento de exceção econômica e institucional, aferindo sua compatibilidade ou não, e sua intensidade, com a compreensão constitucionalmente adequada da sustentabilidade, refletindo-se nas condições e possibilidades de tutela dos direitos fundamentais e, prioritariamente, dos direitos sociais.

Desafia-se o discurso econômico da única via, da impotência, da sujeição ao devir das forças econômicas, há muito já utilizado pelo neoliberalismo, cujo ideário parcialmente adotado, em maior ou menor intensidade, foi o responsável pelo advento da crise, notadamente pela desregulação dos mercados financeiros⁹.

Enfrenta-se, então, a viabilidade de algumas medidas propostas e as condições da jurisdição constitucional de resguardar a satisfação suficiente dos direitos sociais pela preservação dos níveis de prestação social existentes. É na crise que a necessidade dos direitos se torna ainda mais premente. Não seriam eles os primeiros a ceder a uma socialização da dívida em favor da preservação do sistema financeiro, de modelos econômicos ou da credibilidade dos mercados. As dívidas não podem se sobrepor às

⁹ Embora alguns autores, de forma consistente, considerem que o problema não era de falta de regulação, mas de regulação ineficaz, sustentando a necessidade de reforma estrutural do sistema financeiro, implicando uma mudança da filosofia regulatória, como expõe John Kay, sob a base da grande transformação sofrida pelas instituições financeiras, cujos executivos aspiram a se tornar *Masters of the Universe*” às custas de *Other People’s Money*. JOHN KAY. *Other People’s Money: Masters of the Universe or Servants of the People?*

pessoas, à democracia e aos direitos, embora este discurso tenda a ser questionado no âmbito da própria doutrina jurídica, como pontua Mary Dowell-Jones¹⁰, *in verbis*:

Embora os que advogam pelos direitos humanos insistam que a austeridade não deve ser usada para enfraquecer os direitos dos vulneráveis que devem ser protegidos durante as crises, um dos destacados fatores para a persistente expansão da crise da dívida soberana é a expansão do Estado Social e dos serviços públicos nas últimas duas décadas.

Não obstante isso, notadamente nos Estados em desenvolvimento, não se pode asseverar que toda a dívida soberana resultou de investimento e ampliação eficiente de serviços públicos e de políticas públicas pertinentes aos direitos sociais, parecendo, igualmente, uma posição simplista enquanto ignora uma série de fatores que contribuem para a expansão da dívida, desde a ineficiência da gestão do orçamento, passando pela corrupção, até aos socorros financeiros destinados a salvar instituições financeiras, que ficaram em evidência e aumentaram a controvérsia nesta última crise econômica global.

Se é verdade que a questão orçamentária é sensível para uma série de direitos – não apenas os sociais –, atraindo a questão da sustentabilidade financeira, sem olvidar a sua integração na sustentabilidade social, também não se pode superpor o referencial econômico sobre os direitos daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, a abordagem se voltará para a União Europeia, tendo em vista as reações ou a inércia dos governos, dos povos e das cortes dos países mais afetados, bem como do Brasil, que por muito vinha resistindo a reconhecer que a crise o alcançou, vindo a fazê-lo, curiosamente, após as eleições de 2014, ao expor um conjunto de propostas de ajuste estrutural sob o paradigma de assegurar a viabilidade do projeto social e do sistema de proteção social e de possibilidade o restabelecimento do crescimento econômico¹¹.

¹⁰ Cf. Mary DOWELL-JONES. “The Sovereign Bond Markets and Socio-Economic Rights: Understanding the Challenge of Austerity”. 56.

¹¹ A proposta de ajuste estrutural pela qual se pretendia promover cortes e reduções de despesas para reequilibrar as finanças, sem invocar di-

No final, o desiderato é demonstrar, sem nenhuma pretensão de exaurir a questão, que os caminhos trilhados pela austeridade não levam a qualquer solução constitucionalmente adequada, exigindo que as cortes corrijam os rumos da política econômica, quando tal for possível, apenas para preservar o que foi alcançado e os mais vulneráveis. A crise econômica deve ser enfrentada com o mínimo de prejuízo possível para aqueles que mais estão sujeitos à escassez, pois, nesse patamar, trata-se, verdadeiramente, de uma questão de vida.

Com efeito, chega a ser dramática a constatação feita por Anthony Giddens de que o número de servidores públicos na Grécia, de 2009 até 2014, foi reduzido de quase 1 milhão para cerca de 200 mil, num país cuja população é de cerca de 12 milhões de pessoas¹². A despeito de Giddens¹³ não parecer se sensibilizar com a questão, sobressai o problema de serem quase 800 mil as pessoas que perderam a condição que lhes dava sustento. Para onde foram essas pessoas e como passaram a subsistir, com as suas famílias, são questões pelas quais não se interessa. Se foram acudidas pelo sistema de proteção social, os gastos públicos continuaram pressionados. Se o sistema não lhes acudiu, o que foi feito delas deveria preocupar, especialmente porque a iniciativa privada não as absorveu, em grande parte. Carlo Bodoni, em diálogo com Bauman¹⁴, indica que se tem afirmado haver mais de 1.200 casos de suicídio na Grécia. E talvez esse número se amplie.

retamente a necessidade de medidas de austeridade, encontra-se paralisada no Congresso Nacional, cuja parte dos membros, tanto no Senado, quanto na Câmara, se encontra envolva em denúncias, processos e investigações de corrupção ligadas a financiamento de campanhas eleitorais por grandes corporações mediante superfaturamento ou favores ilegais com o Poder Público, bem como do afastamento provisório da já fragilizada Presidente da República no âmbito de um processo de *impeachment*, e assunção do Vice-Presidente, também enfraquecido pelo envolvimento de alguns dos seus principais aliados nas práticas de corrupção que vêm sendo investigadas.

¹² Ainda que se possa reconhecer um excessivo número de servidores públicos, o problema da remodelação do Estado não pode passar por tamanha supressão repentinamente, sem participação e sem planejamento, comandada pela lógica impositiva da necessidade de corte de despesas.

¹³ Anthony GIDDENS. *Continente turbulento e Poderoso. Qual o futuro da Europa*.

¹⁴ Zygmunt BAUMAN. *State of Crisis*.

As reflexões ora empreendidas devem, também, ensejar uma compreensão mais adequada das controvérsias históricas estabelecidas em derredor dos direitos sociais e seu caráter programático, bem como da relação entre os poderes, entre direito e economia¹⁵ e de uma das vertentes do chamado ativismo judicial, ora associado à judicialização da política.

Assim, cumpre ter em atenção o entrelaçamento da crise contemporânea com a escassez e o constitucionalismo, preparando a compreensão para a relação entre sustentabilidade e austeridade e a situação da democracia e dos direitos sociais assegurados pelas políticas públicas. A era dos direitos não ficará suplantada pela austeridade, mas deve transitar para se constituir como era da sustentabilidade, sobretudo social e ambiental; logo, ainda como era dos direitos, apesar dos mais graves desafios.

2. Tempos de crise, escassez e constitucionalismo

Vive-se, ou sobrevive-se, da forma que é possível. Emprego, moradia, alimentação, saúde, educação, proteção social, água, sufrágio, e as liberdades não estão à disposição de todos e, certamente, nunca estarão. Isso porque, fundamentalmente por questões atinentes à desigualdade¹⁶, tais bens são fartamente acessíveis a poucos, razoavelmente acessíveis a muitos, mas de difícil acesso ou inacessíveis a uma parte da grande maioria da população mundial¹⁷.

¹⁵ Hayek destaca os efeitos nocivos da especialização do conhecimento suportados pelo Direito e pela Economia, ao considerar que “[...] as normas de conduta que o jurista estuda estão ao serviço de uma ordem cuja natureza ele ignora em grande medida; e esta ordem é objeto de estudo principal do economista, que, por sua vez, ignora igualmente o caráter das normas de conduta em que descansa a ordem em questão”. Friedrich HAYEK. *Derecho, Legislación y Libertad*. 19. Tradução livre.

¹⁶ Não se pode ignorar a existência de outros entraves ou obstáculos quanto ao reconhecimento e efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, como as diferenças culturais.

¹⁷ E não faltam estudos e análises que confirmem essa constatação, como registra Zygmunt Bauman ao destacar que, atualmente, 20% da população mundial consome 90% dos bens produzidos, enquanto os 20% mais pobres consomem 1%. Zygmunt BAUMAN. *A riqueza de poucos beneficia a todos nós?*. 17.

Haveria, então, escassez de bens que tornaria difícil ou impossível a razoável satisfação das necessidades existenciais e das necessidades de autonomia¹⁸. O problema é se a escassez concerne a indisponibilidade ou inexistência suficiente dos bens, ou se deriva de uma assimétrica distribuição de tais bens.

Nas sociedades capitalistas, como pontua Stefano Zamagni¹⁹, o problema econômico de quais bens devem ser produzidos, como produzir e para quem produzir é, substancialmente, respondido pela economia de mercado. A resposta que o mercado fornece a tais questões repercute na questão da escassez, tanto na produção dos bens, como na sua distribuição. Durante o liberalismo, tais respostas deveriam ficar exclusivamente ao alvedrio das leis naturais de mercado, que lhe conferiam uma capacidade de autorregulação, movimentando-se pela mão invisível²⁰. Cedo, entretanto, a economia de livre mercado revelou os seus efeitos deletérios, tanto na seara econômica, conduzindo a formação de monopólios e oligopólios²¹, como no âmbito social, dando origem à questão social²².

A questão social, por sua vez, entendida como processo contínuo de pauperização e exclusão social, decorrente da mercantilização das condições existenciais, foi ocasionada pelo capitalismo, por ser um elemento estrutural do sistema. Não decorre de momentos de crise, de acidentes de percurso ou de falhas de

¹⁸ Considera-se que as necessidades existenciais concernem aos bens referidos aos direitos econômicos e sociais, doravante denominados apenas como direitos sociais; já as necessidades de autonomia se referem aos bens relativos aos direitos civis e políticos, ou seja, à autonomia individual e à autonomia política.

¹⁹ Stefano ZAMAGNI. *Mercato*. 17-18.

²⁰ Como será adiante pontuado, desde sempre a conhecida mão invisível, feita célebre por Adam Smith, esteve ligada ao braço bem visível do Estado, posto que o mercado, em verdade, não é uma instituição exclusivamente natural. Ao contrário, constitui uma construção cultural do ser humano, cuja existência só é possível pela sua institucionalização jurídica. A própria abstenção do Estado, típica do constitucionalismo moderno, de matiz liberal, denota uma postura do Estado diante da economia.

²¹ António José NUNES (*Uma Introdução à Economia Política*), traça a evolução do capitalismo em três fases, quais sejam: o capitalismo concorrencial, o capitalismo monopolista e o capitalismo monopolista de Estado.

²² Sobre a questão social, de forma mais alentada, remete-se outro estudo, Miguel Calmon DANTAS. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade*. 173-190.

mercado ou de regulação. A economia de livre mercado não responde às questões do que deve ser produzido e para quem produzir com outro critério que não seja o lucro e a busca da concentração da riqueza. Não se preocupa com o mérito, nem, muito menos, com as necessidades.

Daí a desigual distribuição tanto dos bens como, consequentemente, da riqueza, corroborando o realce que Bauman²³ confere ao fato de que, durante o Iluminismo, o padrão de vida em qualquer lugar da Terra não era mais do que duas vezes superior àquele em vigor na região mais pobre, enquanto hoje o Qatar tem um padrão de vida 428 vezes maior do que o do Zimbábue.

Assim, riqueza e pobreza convivem e, em grande parte dos países, chegam a conviver lado a lado, como é comum nos países em desenvolvimento, onde uma urbanização excludente não consegue distanciar a pobreza dos locais mais nobres das grandes cidades, como ocorre em várias cidades brasileiras, com as chamadas favelas, ou mesmo os moradores de rua habitando na proximidade de mansões e prédios de luxo.

Tem-se, então, abundância extrema para uns poucos e extrema pobreza para outros, enquanto uma parte se situa mais próxima da escassez do que da abundância. O que leva a abundância a ser uma das causas da escassez e como o direito deve enfrentar este problema para além dos textos normativos constitucionais e internacionais é a grande questão, ainda que em tempos de crises.

A desigualdade pela distância entre concentração de riqueza, de um lado, e pobreza, de outro, marca os países, tanto internamente como também entre si. Há, então, a necessidade de enfrentar a desigual distribuição de riqueza entre os Estados desenvolvidos, os Estados em desenvolvimento e os chamados Estados fracassados, bem como, internamente, assegurar a redução da desigualdade e, fundamentalmente, da pobreza e da exclusão social.

Este segundo problema já fora parcialmente resolvido na maioria dos países desenvolvidos pelo êxito do modelo de Estado

²³ Zygmunt BAUMAN. *A riqueza de poucos beneficia a todos nós?*. 10.

Social²⁴ do pós-Guerra²⁵. Já os países em desenvolvimento, apesar do relativo êxito econômico nos últimos anos, convivem com altos índices de pobreza e, conseqüentemente, com as suas graves e desumanas conseqüências que, reciprocamente, são efeitos que retroalimentam a pobreza, como a dificuldade de acesso à educação²⁶. Nos países fracassados, a questão é intensamente dramática.

Nesse passo, cumpre observar que a sujeição da satisfação das necessidades existenciais ao mercado ocasiona uma mercantilização da existência humana, pois o preço dos bens acaba por

²⁴ Não cabendo adentrarmos na variedade da tipologia do Estado Social, remetemos para Gøsta ESPING-ANDERSEN. *Les Trois Mondes de L'État-providence*. Destaca-se, entretanto, que o constitucionalismo social, inaugurado com a Constituição mexicana de 1917 e com a Constituição alemã de Weimar de 1919, deve ser compreendido como comportando duas fases. A primeira, que marca o período entreguerras e que não teve êxito, por uma série de fatores analisados em outra oportunidade (Miguel Calmon DANTAS. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade*. 173-19); a segunda, que se iniciou no pós-guerra e trouxe consigo o Estado Democrático de Direito, na forma do art. 1.º da Constituição brasileira, ou Estado de Direito Democrático, como prefere a Constituição portuguesa de 1976. Esta segunda fase, entretanto, só se estabeleceu imediatamente depois da Segunda Guerra Mundial nos países que instituíram ou mantiveram regimes democráticos; nos que passaram por regimes autocráticos, só com o restabelecimento da democracia é que houve, efetivamente, a institucionalização do Estado Democrático de Direito, como é o caso de Portugal, Espanha, Grécia, Brasil e de grande parte da América Latina. Pode-se considerar, assim, que o relativo êxito do Estado Social nesta segunda fase se deveu mais à democracia do que à dimensão jurídico-fundamental por virem agasalhados nos textos constitucionais, em sua maioria, o que não diminui o relevo de sua positivação constitucional, fundamental no próprio processo democrático.

²⁵ Como é estrutural ao capitalismo, consoante exposto, sempre subsistirá a questão social, com algum grau de pobreza e de exclusão motivada pela desigual distribuição de bens e de riqueza pelo mercado, mesmo com a intervenção do Estado, portando, entretanto, matizes diferentes e envolvendo, por exemplo, os imigrantes e refugiados de zonas de conflito que se integram à população.

²⁶ Para dados sobre o Brasil, Marcio POCHMANN, *et al.* *Atlas da Exclusão Social*. vol. I. Os autores pontuam que “a economia nacional segue inserida entre os 15 países mais desiguais do mundo, com pobreza absoluta acima do aceitável e distante do pleno emprego de sua mão de obra. Mesmo que tardio, o Brasil sinaliza a possibilidade de tratar a exclusão social em melhores condições, pois sustenta um dos maiores e mais importantes regimes democráticos do planeta, tem potencial de ampliar o movimento de acumulação do capital e subordiná-lo aos desígnios do conjunto da sociedade”. *Ibid.* 16.

se sobrepôr ao valor que representam. Quem não consegue aceder aos bens pelo seu preço, não satisfaz as necessidades, ficando, como aborda Castel, ao Deus dará²⁷. A economia de livre mercado pouco se sensibiliza com isso, pois a produção dos bens e a prestação dos serviços, como a distribuição da riqueza se orientam para e pela maximização dos lucros, num regime próximo à seleção natural darwiniana. A mão invisível é, assim, em verdade, guiada pelo poder econômico sob as vestes do Estado, contando com o beneplácito de sua aparente neutralidade derivada da abstenção quanto a intervir na ordem econômica²⁸.

Raj Patel bem destaca a discrepância existente entre o preço e o valor de algo, pois o mercado não confere o preço aos produtos conforme os ônus de sua produção ou a utilidade que representem e, muito menos – acrescente-se – pelo valor moral que possuam ao evitar um dano grave à pessoa humana ao satisfazer uma necessidade existencial, por exemplo²⁹.

Nesse sentido, a ordem jurídica não poderia permanecer insensível a tal realidade e à intrínseca inaptidão de o mercado distribuir a riqueza equanimemente e viabilizar o acesso aos bens necessários à satisfação das necessidades existenciais e de autonomia.

Se o constitucionalismo surge desde as primeiras comunidades em que o poder político se estabeleceu, ainda que de forma incipiente e rudimentar, acompanha, desde então, a história da humanidade, com todas as suas aventuras e desventuras, visando inicialmente organizar e limitar o exercício do poder político para proteger a pessoa humana. Sendo um movimento cultural, histórico, ideológico, social, político e jurídico, constitui um processo de luta e reivindicação, envolvendo sempre indignação e esperança³⁰. Assim, o constitucionalismo é, desde sempre, um processo históri-

²⁷ Robert CASTEL. *A Insegurança Social: O que é ser protegido?*. 21.

²⁸ Cabe registrar que, em verdade, o Estado jamais foi integralmente absentista, pois durante o auge do liberalismo lhe cabia uma intervenção tópica e subsidiária; posteriormente, como forma de preservar o próprio mercado, com o surgimento do direito antitruste, passará a intervir coordenadamente e sistematicamente, embora, neste momento, apenas para garantir a livre concorrência.

²⁹ Raj PATEL. *O Valor de Nada*. 16.

³⁰ Para evocar Manuel CASTELLS. *Redes de Indignação e Esperança*.

co de luta pela afirmação de direitos que se refletiu no surgimento das constituições depois positivadas, o que – parafraseando legitimamente Rudolf von Ihering – exprime por sua vez um direito de luta, conquistado o mais das vezes numa luta pelos direitos³¹. Uma luta que se estabelece para conter o poder político, firmemente ancorado na crença e na capacidade de a ordem jurídica – o direito constitucional – o domesticar e, então, estabelecer o bom governo ou o governo justo.

O surgimento do capitalismo, entretanto, com a economia de livre mercado e a questão social, levou a que a luta se estendesse para outros âmbitos além do poder político. A percepção de que era necessário conter os excessos do poder econômico, que explorava a condição humana pela sujeição às necessidades, associada a outros fatores, como a extensão do sufrágio, as doutrinas anarquistas e socialistas, o fortalecimento progressivo dos sindicatos, a Revolução Russa, entre outros, conduziu ao constitucionalismo social, responsável pela instituição do Estado Social e, na sequência, do Estado Democrático de Direito, formas mais apuradas e desenvolvidas com que o Estado de Direito se veio a institucionalizar a partir do primeiro quartel do século passado.

A consagração de direitos sociais, enriquecendo e ampliando os direitos fundamentais até então positivados, bem como as normas programáticas, foi responsável pela transformação do constitucionalismo liberal em constitucionalismo social, de feição acentuadamente dirigente³². Iniciava-se, então, não apenas uma luta pela afirmação de direitos em face do poder econômico, mas uma luta também pela própria efetivação e concretização destes novos direitos, problema que perpassaria todo o século passado, chegando à contemporaneidade.

Dessa forma, o êxito das promessas do constitucionalismo social nunca esteve garantido, mesmo nos países em que o Estado

³¹ Rudolf von IHERING. *A Luta pelo Direito*.

³² Sobre o constitucionalismo dirigente, José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Mais tarde, indicando os fluxos e refluxos do pensamento de Canotilho sobre o tema, IDEM. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”; e IDEM. “Branquos” e a *Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*.

Social apresentou razoável efetividade, assegurando um nível de emancipação social. A tais lutas, também após as grandes guerras, associou-se o direito internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e principalmente com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos de 1966.

Todas as transformações jurídicas acarretadas por esses processos não foram e não serão capazes, todavia, de eliminar a pobreza e reduzir a desigualdade a padrões aceitáveis, tanto porque o sistema continua sendo capitalista³³, como porque a efetividade do direito não depende apenas dele. Se, com o constitucionalismo social, o direito passa a poder ser instrumento de transformação da realidade social, ao invés de ser instrumento para manutenção do *status quo* ao serviço do capital e do mercado, as constituições não poderão tudo³⁴.

Desde então, o mundo se modificou substancialmente e se acelerou. Atravessou uma guerra *sui generis*, tornou-se de risco³⁵, de massa³⁶ e líquido³⁷. Globalizou-se e, sobretudo, enfrentou problemas econômicos, depressão e, principalmente, crises.

Se a desigualdade e a pobreza são tão intensamente vivenciadas, levando a que alguns apenas sobrevivam do jeito que seja possível, se a escassez persiste porque, a despeito de tudo, os direitos humanos e os direitos fundamentais não são devidamente efetivados, se permanece o jugo do ser humano às necessidades existenciais cuja satisfação seja propiciada pelo mercado, ainda que mitigada pela intervenção do Estado naqueles países em que houve algum êxito do modelo social-democrático, as crises representam

³³ Convivendo, portanto, com a questão social.

³⁴ Como classicamente observado por Konrad Hesse, as constituições por si só não podem nada, mas podem impor tarefas que envolvam a transformação da realidade. Essas tarefas, conforme o estudo seminal do autor, dependem da vontade de constituição – ou do sentimento constitucional, como prefere Pablo LUCAS VERDÚ. *O Sentimento Constitucional*, e da relativa pertinência histórica com a natureza singular do presente. Konrad HESSE. *A força normativa da Constituição*.

³⁵ Ulrich BECK. *La sociedad del riesgo*.

³⁶ Como antevisto por Ortega y Gasset, em *A Rebelião das Massas*.

³⁷ Conforme paradigma sustentado por Zygmunt Bauman, atualizado em *Tempos Líquidos*.

sempre um desafio dramático e, ao mesmo tempo, uma oportunidade. Entretanto, enquanto a oportunidade não se materializa, muitos sofrem e sofrem intensamente e de variadas formas.

2.1. A Crise econômica contemporânea

A expressão crise evoca múltiplos sentimentos e impressões. Bauman³⁸ pontua ser cada vez mais pertinente sua remissão atual à sua origem no âmbito da Medicina. Durante uma crise, e conforme sua gravidade, exige-se do médico um diagnóstico correto e rápido que lhe permita escolher adequadamente o tratamento e as medidas corretas para a cura. Enquanto isso, há incerteza e apreensão. E a dose do tratamento – pode-se acrescentar – deve ser adequada, para que não traga consequências ainda mais graves.

Na mesma oportunidade, Carlo Borgoni ressalta que a expressão crise, em sentido próprio, remete a algo positivo, exprimindo otimismo e criatividade por envolver uma oportunidade para mudança. A crise, então, demanda adaptações e transformações que conduzam a sua devida superação. Não é esse, entretanto, o sentimento atual, como já exposto.

Recuperando o sentido grego do temo, Bodoni assevera que crise significa julgamento, momento de mudança, decisão, mas também habilidade de discernimento; entretanto, tem ocupado as manchetes de jornais, revistas e notícias em geral, como razão para justificar aumento de preços, desemprego, retração econômica, perda de liquidez, retrocesso social, *bailouts*³⁹ e toda a espécie de medidas que imponham uma regressão do Estado Social e um afrouxamento nos vínculos e regulação⁴⁰.

³⁸ Zygmunt BAUMAN. *State of Crisis*.

³⁹ *Bailout* é a expressão consagrada para designar o socorro financeiro concedido por Estados a empresas falidas ou em iminente falência ou a setores de um determinado mercado, utilizado na crise de 2008 pelos Estados Unidos para salvar empresas como a General Motors, exprimindo uma socialização dos prejuízos consolidados. Doravante, prestigiando-se o vernáculo, recorre-se ao termo socorro financeiro.

⁴⁰ Sobre a síntese das causas principais da crise econômica global, João Carlos LOUREIRO. *Adens ao Estado Social?*. 22.

A justificativa não convence e, como tal, enseja protestos. Como registra Ulrich Beck⁴¹, desde 2008 tem eclodido por todo o globo uma onda de protestos e reivindicações que materializam a esperança de uma efetiva transformação e de medidas diversas das que vêm sendo adotadas e que, até à data, só a tem agravado.

A Primavera Árabe, os Indignados da *Puerta del Sol*, os protestos na Grécia e na Irlanda, a revolução das panelas na Islândia, o *Occupy Wall Street* e as manifestações de junho de 2013, seguidas de outras mais pontuais, no Brasil, além do recente *Nuit Debut* francês, são movimentos que estão ligados por um mesmo fio condutor, que é a proteção da pessoa humana, ou, em outros termos, a busca pelo reconhecimento e, quando reconhecidos, pela efetividade dos direitos, tanto os de liberdade e os políticos, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Ou seja, são movimentos típicos de expressão do constitucionalismo, como adiante será destacado. Para Beck⁴², esse fio condutor seria a justiça social, o que, na perspectiva ora adotada, dá no mesmo, por ser um dos valores contemporaneamente abrigados pelo constitucionalismo. Justiça social que é indissociável da sustentabilidade social, às vezes absorvida pela sustentabilidade ambiental e, outras vezes, sobrepujada pela sustentabilidade econômica.

A crise atual não é apenas financeira e nem constitui uma novidade, notadamente para o Estado Social. Em verdade, é uma crise paradigmática que já se delineia desde a crise da modernidade, anunciada ainda na primeira metade do século passado, e que envolve uma crise política, uma crise social e uma crise, naturalmente, do direito, não sendo surpreendente que se discuta, em tal contexto, o crepúsculo do constitucionalismo, como abordado por Suzana Tavares⁴³.

Não sendo o momento propício para investigar a dimensão paradigmática da crise, impõe-se ressaltar que há uma carência de metanarrativas que ensejem a autocompreensão das condições

⁴¹ Ulrich BECK. *A Europa Alemã. De Maquiavel a Merkievel: Estratégias de poder na crise do Euro*. 22.

⁴² Ulrich BECK. *A Europa Alemã. De Maquiavel a Merkievel: Estratégias de poder na crise do Euro*. 20.

⁴³ Suzana Tavares da SILVA. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 80-83.

e do contexto de vida atual. As grandes ideologias estariam fadadas ao fracasso e as promessas da modernidade foram descortinadas em sua impossibilidade, pela percepção da fragilidade e da impotência da, até então, poderosa racionalidade. A finitude da condição humana reconhece os limites da racionalidade, que revela a incapacidade do ser humano para dominar a natureza – que as ciências naturais e exatas pressupunham possível – e, principalmente, a sociedade.

Não é à toa que Albert Einstein, em discurso na Academia Prussiana de Ciências, em 27 de janeiro de 1921, em plena Berlim, afirmou que “na medida em que as proposições das matemáticas se referem à realidade, não são certas; e na medida em que são certas, não se referem à realidade”, tal como lembrado por Jordi Pigem⁴⁴, ao acentuar que a economia é uma ciência incerta.

O problema não se situa exclusivamente no âmbito filosófico e na seara científica, pois, percebe-se ou não, todos os demais âmbitos da vida social são ancilares do paradigma filosófico existente. E a resposta pós-moderna⁴⁵, muito mais do que construir, admitiu a impossibilidade de o fazer, desconstruindo e isolando o humano na sua individualidade angustiante, ocasionando a perda do sentido de socialidade e de solidariedade e, como tal, enfraquecendo a já claudicante dimensão social da sustentabilidade.

A crise é, também, política e já está delineada há muito tempo. Com o advento dos anos 1970, a democracia representativa entra em crise, bem retratada por Cornelius Castoriadis⁴⁶, ao constatar um processo de fratura social conducente à ascensão da insignificância: insignificância da política, das ideologias, da moral e também do direito, em virtude da crise das significações imaginárias da comunidade, encontrando eco em Cappelletti⁴⁷, para quem há um declínio da confiança nos parlamentos em todo o mundo, acentuado em determinados países.

⁴⁴ Jordi PIGEM. *Dijo Usted Austeridad. Psicopatología de la (Ir)racionalidad económica*. Em tradução livre.

⁴⁵ Sobre a questão, entre outros, Jean François LYOTARD. *La Condition Postmoderne*; e David HARVEY. *Condição Pós-moderna*.

⁴⁶ Cornelius CASTORIADIS. *Post-scriptum sobre a insignificância*. 103.

⁴⁷ Mauro CAPPELLETTI. *Processo, Ideologias e Sociedade*. vol. 2. 228.

Em síntese, a crise da política se refere à crise do modelo político adotado pelo Ocidente e tido como a mais adequada forma de governo para assegurar o bom governo. A democracia representativa está em crise, pois não há identificação de representantes com representados – aqueles muito mais insensíveis às demandas dos eleitores e da comunidade política em geral, associando-se com a perda da dimensão ideológico-programática dos partidos políticos⁴⁸, que a substituem pragmaticamente pelo único projeto por que passam a se interessar, que é chegar e se manter no poder, com o que acabam resvalando para a adoção de práticas não-democráticas de cooptação, bem como para a corrupção.

Explica-se, então, a consagração do mantra, surgindo de entre os indignados, mas rapidamente importado para o Brasil e outros arredores, de que “Não nos representam!”

Nesse sentido, Avelãs Nunes⁴⁹ registra o déficit democrático das sociedades atuais e, notadamente, no âmbito da União Europeia, pontuando que a crise do euro é a crise da Europa e, ao mesmo tempo, crise do capitalismo e da democracia, ecoando a referência de Beck⁵⁰ de que “[...] os governantes votam a favor dos pacotes de austeridade, as populações votam contra”. No mesmo sentido, registra Nacho Álvares Peralta⁵¹ que sete em cada dez espanhóis defendem a vedação de qualquer tipo de assistência com dinheiro público a entidades financeiras, defendendo também a sua nacionalização.

Também é conhecida e digna de destaque a experiência da Islândia, que, como resultado da chamada *revolução das panelas*, deliberou não prestar socorro aos bancos e refundar o Estado com o advento de uma nova constituição, elaborada e redigida por um processo sem qualquer precedente, podendo ter originado a primeira *crowdsourced constitution*. Não obstante isso, após aprovação

⁴⁸ Avelãs Nunes aponta que os socialistas se cansaram de lutar, fora do aparelho do Estado, pelos interesses dos trabalhadores.

⁴⁹ Antônio José Avelãs NUNES. *O Euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*.

⁵⁰ Ulrich BECK. *A Europa Alemã. De Maquiavel a Merkievel: Estratégias de poder na crise do Euro*. 21.

⁵¹ Bibiana MEDIALDEA GARCÍA, et al., coord. *Quiénes son los Mercados y Cómo nos Gobiernan*. 7.

em plebiscito do projeto de constituição elaborado com ampla participação popular, inclusive mediante recursos propiciados pela Internet e pelas redes sociais, houve um profundo anticlímax com a rejeição pelo Parlamento da Islândia, mais uma vez marcando a dissociação grave entre representantes e representados⁵².

A crise está relacionada com deficiências no sistema político institucionalizado, que ensejam a captura do processo político pelo poder econômico, como bem salientado por Avelãs Nunes⁵³ e João Carlos Loureiro⁵⁴.

Avelãs Nunes, referindo-se à experiência americana, mas em doutrina aplicável a qualquer país em que seja admitido o financiamento empresarial de campanha, ou mesmo o financiamento privado não-empresarial, sem que haja limites para as doações ou limites de despesas. Para ele, o financiamento eleitoral é o “caldo de cultura em que se desenvolve a grande corrupção, que se vem confirmando como doença sistemática das sociedades capitalistas”. O poder econômico, então, desequilibra o princípio da igualdade do voto, pois nem sempre um voto vai valer como outro, se vier acompanhado de recursos para financiar a eleição.

Já João Carlos Loureiro destaca a ausência de uma classe política comprometida com o inexorável sentido republicano da representação, relatando o problema da legislação em causa e benefício próprio.

No Brasil, o financiamento privado de campanhas eleitorais e de partidos tem sido, da mesma forma, um dos caminhos por que passam os recursos públicos nas engendradas e bem urdidadas tramas da corrupção, como relevado nos processos conhecidos como mensalão, julgado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Penal n.º 470, e petrolão, mais recente, que coloca em risco a credibilidade da Petrobrás, tornando-se um dos mais graves esquemas de desvio de recursos públicos de que se tem notícia.

Sensível a tanto, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, ajuizada pelo

⁵² O projeto previa, entre outras coisas, a nacionalização dos recursos naturais, encontrando forte resistência conservadora no Parlamento.

⁵³ António José Avelãs NUNES. *O Euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. 18.

⁵⁴ João Carlos LOUREIRO. *Adeus ao Estado Social?*. 20-21.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que impugnavam dispositivos legais que regulavam o financiamento privado, tornando possível o desenvolvimento de uma nova fase no processo político brasileiro, que dependerá, certamente, do desenlace de outras amarras que deveriam ser objeto de uma profunda reforma eleitoral, que nunca se concretiza. Aí, aproveitando a noção já referida por João Carlos Loureiro de legislação em causa própria, talvez se pudesse falar de não-legislação em causa própria⁵⁵.

A crise do paradigma político, como se evidencia, não envolve uma negação da democracia representativa, mas exige um reforço institucional diante de suas falhas, tornando mais ativo o papel do poder judiciário e, principalmente, habilitando cada vez mais a democracia participativa, o que exige transparência e *accountability*, sendo uma das principais reivindicações das manifestações de junho de 2013.

A despeito da crise política generalizada, pretende-se justificar o socorro financeiro com a dimensão das empresas, ou com a sua relevância para o próprio mercado e para a sociedade, uma vez que elas seriam grandes demais para se admitir a sua quebra.

Ora, em parte tal justificativa expressa a tendência cada vez mais intensa de desaxiologização do econômico⁵⁶ e, de certa forma, do despreço pela vida humana, quando se colocam em risco direitos sociais para os mais vulneráveis⁵⁷.

⁵⁵ Em outros termos, não basta vedar o financiamento privado e empresarial de campanhas, por se reputar inconstitucional, se não houver outras modificações estruturais e funcionais no sistema político e no processo eleitoral brasileiro, tema que não será desenvolvido nesta oportunidade por exorbitar o âmbito deste estudo. De qualquer sorte, tem-se a evidência de que se estaria diante de uma não-legislação em causa própria, ao menos parcial, diante das deficiências da suposta reforma empreendida pela Lei n.º 13.165/2015. Esta não legislação em causa própria se aproxima da noção de inconstitucionalidade por omissão parcial, notada diante do advento do parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 13.300, de 23 de junho de 2016, que, depois de longa omissão legislativa, ao regular o festejado remédio do mandado de injunção, define como parcial a disciplina de alguma matéria legislativa quando não forem suficientes as normas editadas pelo legislador competente.

⁵⁶ João Carlos LOUREIRO. *Adens ao Estado Social?*. 12.

⁵⁷ Raj PATEL. *O Valor de Nada*. 21-22.

Se a quebra de grandes corporações, bancárias e industriais, importa em grave retrocesso social, em desproteção aos que se encontrem em maior vulnerabilidade, deve-se reconhecer que a socialidade construída durante o processo de luta que culminou no reconhecimento e busca pela efetivação dos direitos sociais não é menos prioritária. Mary Mellor, nesse sentido, questiona – e se opõe –, entre outros pontos, a pertinência de, contrariamente ao processo democrático e ao interesse dos representados, utilizar recursos públicos para uma salvação privada, que financia exorbitantes bônus dos seus executivos⁵⁸, questionamento que também é feito por John Kay que, a despeito de destacar a relevância pública da atividade financeira – com o que não se pode divergir –, retrata o seu progressivo distanciamento e redirecionamento para o risco que promova o maior lucro possível, ainda que à custa das suas funções de relevo público⁵⁹⁻⁶⁰.

Em outros termos: se tais empresas são grandes demais para quebrarem, o Estado Social é maior ainda para tombar. Em razão disso, a percuciente observação de Beck⁶¹ de que o povo europeu e a juventude – responsável pela mobilização havida nos movimentos de protesto e indicação e pela constituição de verdadeiras Ágoras virtuais – estão unidos na raiva contra uma política que salva bancos à custa de cortes e redução em despesas sociais que deixam sem futuro os jovens e, também, sem assistência os

⁵⁸ Mary MELLOR. *Debt or Democracy: Public Money for Sustainability and Social Justice*.

⁵⁹ John KAY. *Other People's Money: Masters of the Universe or Servants of the People?*. 6. O autor aponta que a atividade financeira apresenta quatro funções principais e de relevo público, que seriam: a) propiciar o sistema de pagamentos; b) intermediar a relação entre os que detêm recursos para emprestar e os que necessitam de empréstimos, assegurando maior eficiência na utilização dos recursos que são objeto de poupança; c) propiciar a gestão das finanças pessoais durante o tempo e entre gerações, e; d) viabiliza os indivíduos e o mundo dos negócios a gerirem os riscos inexoráveis associados ao dia a dia e à atividade econômica.

⁶⁰ Ainda sobre o tema, em perspectivas distintas, Andrew Ross SORKIN. *Too Big to Fail: The inside story of how Wall Street and Washington fought to save the financial system – and themselves*; e Robert POZEN. *Too Big to Save? How to fix de U.S. Financial System*.

⁶¹ Ulrich BECK. *A Europa Alemã. De Maquiavel a Merckiel: Estratégias de poder na crise do Euro*. 19.

mais vulneráveis e os que necessitem de acorrer aos sistemas de proteção social, como os que perdem o emprego.

A dimensão social da crise, que pressiona a sustentabilidade social, é notada por uma perda de legitimidade do modelo de Estado que veio a ser instaurado, em parte pelas próprias fragilidades enfrentadas pelo Estado numa sociedade acelerada, globalizada, líquida e de risco, em que suas fronteiras se tornam porosas no espaço virtual e são ignoradas pelas grandes corporações, com toda a facilidade que encontram hoje para deslocalizar suas plantas industriais e com a agilidade com que o fluxo financeiro atravessa fronteiras, ficando imune ao poder político do Estado. Há um mal-estar generalizado, que não pode conduzir ao Estado de mal-estar⁶².

A mudança do modelo de intervenção do Estado Social, cada vez menos diretamente prestador e mais regulador⁶³, não revela nenhum dos êxitos apontados, como também ocorre com as novas formas de financiamento dos serviços públicos e das obras públicas, como as parcerias público-privadas, como adiante será exposto, e que é mais uma forma de financiamento pelo erário de seguro público contra os riscos do negócio explorado pela iniciativa privada⁶⁴.

A crise do direito, intrinsecamente vinculada às demais, concerne à deficiente efetividade das normas jurídicas, à perda de performance de institutos e instituições jurídicas, notadamente daquelas que se projetam sobre a ordem econômica, agravada ainda mais pela incapacidade de fiscalização do Estado.

É nesse contexto tumultuado e complexo de crises sucessivas, sobrepostas e de matiz paradigmático que se situa a crise econômica global desde 2008⁶⁵.

⁶² João Carlos LOUREIRO. *Adens ao Estado Social?*. 17.

⁶³ Desde os anos 1990 no Brasil e, pouco antes, na Europa, com o consenso de Washington, o Estado temse utilizado de várias formulas relacionadas com a privatização – transferência para a iniciativa privada, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, alienação do controle acionário de empresas estatais, por exemplo –, retirando-se diretamente da prestação e criando agências reguladoras para disciplinar o setor.

⁶⁴ Como pontua Tony JUDT. *O Mal que Ronda a Terra*.

⁶⁵ Não há espaço nem pertinência metológica para abordar mais detidamente os fatores que conduziram à crise econômica de 2008, re-

A crise econômica trouxe consigo a grave crise fiscal do Estado⁶⁶. Iniciando-se na iniciativa privada, nos Estados Unidos, com a quebra de grandes corporações e relevantes instituições financeiras, desde bancos até seguradoras, nem sequer imaginada pelas cada vez mais poderosas agências de *rating*, contaminou as finanças públicas justamente daqueles Estados que já vinham adotando o ideário neoliberal e que foram demandados pelo capital para socorrê-lo. Tem-se, então, como sustentado preciosamente por Owen Jones⁶⁷, um socialismo para os ricos, em que o Estado é, efetivamente responsável pelo funcionamento do mercado, que dele é dependente. Assim, socorros financeiros, obras de infraestrutura, a proteção à propriedade privada, investimento em pesquisa, inovação e tecnologia, educação e preparação da força de trabalho, subsídios variados e diversos, são medidas do Estado. No mesmo sentido, Avelãs Nunes⁶⁸ e Ulrich Beck⁶⁹ observam que há um socialismo de Estado para os bancos e para os ricos, aplicando o ideário do neoliberalismo à classe média e aos pobres, que financiam as benesses do grande capital.

De qualquer sorte, mesmo reconhecendo a ocorrência de outras crises anteriores e que o capitalismo convive com movimentos ondulatórios do ciclo econômico, que vão da depressão à prosperidade, passando pela crise e pelo renascimento, a crise econômica se estabeleceu e se globalizou.

Ainda que não se discuta se é ou não mais grave do que a de 1929, denominada como Grande Depressão, a solução então engendrada não permitiria superar a atual crise econômica, o que se justifica com as diferenças significativas entre ambas.

metendo-se, entre outros, a Michael LEWIS (*Boomerang*), bem como, numa perspectiva distinta, Stijn CLAESSENS, *et al.* *Financial Crises: Causes, Consequences and Policy Responses*.

⁶⁶ De certa forma, a crise fiscal já está presente há algum tempo, notadamente desde a crise do petróleo dos anos 1970.

⁶⁷ Owen JONES. *The Establishment*. 7.

⁶⁸ António José Avelãs NUNES. *O Euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. 11.

⁶⁹ Ulrich BECK. *A Europa Alemã. De Maquiavel a Merkievel: Estratégias de poder na crise do Euro*. 21, destacando que há uma redistribuição da riqueza às avessas, de baixo para cima, com corte nas despesas do Estado de caráter social para financiar socorros e subsídios.

A crise de 1929 atingiu substancialmente a esfera privada, a ordem econômica, sendo uma crise industrial derivada da superprodução no contrafluxo da demanda havida no período entre guerras.

De certa forma, a crise econômica atual pode ser considerada como um desenvolvimento da que já se estabelecera desde os anos 1970 e que já fora identificada como crise fiscal do Estado⁷⁰. É conhecido o estudo de James O'Connor⁷¹ em torno da crise fiscal do Estado, consistindo na dificuldade de sustentar as despesas com as receitas que eram auferidas pela tributação, diante da natureza fiscal do Estado, pontuando que a crise fiscal é uma crise social, aumentando o antagonismo entre capital e trabalho.

A crise econômica contemporânea é, antes de tudo, uma crise financeira⁷², embora decorra dos movimentos econômicos e das respostas neoliberais que se iniciaram em 1970, com as crises do petróleo, e se confirmaram com o chamado consenso de Washington. Uma crise do sistema financeiro motivada por uma débil, senão inexistente, regulação – ou filosofia regulatória, como já apontado, conforme John Kay – de determinadores setores do mercado financeiro, ensejando o oferecimento de crédito sem o devido lastro e sem garantias de pagamento.

Desse modo, a nova crise distingue-se da ocorrida na Grande Depressão, e até altera o equilíbrio de forças usualmente existente na contraposição entre capital e trabalho, pois é substituída pela relação de oposição entre credores e devedores⁷³. Os devedores são, então, subjugados, sejam eles Estados, sejam eles pessoas que financiaram a aquisição da casa própria e se viram

⁷⁰ Nesse sentido, Maurizio LAZZARATO. *Governing by Debt*. 10.

⁷¹ James O'CONNOR. *La crisi fiscale dello Stato*.

⁷² Segundo António Casimiro Ferreira, a crise se iniciou com a falência do grupo Lehman Brothers, quarto maior banco de negócios dos Estados Unidos, ocasionando um colapso do sistema financeiro mundial e agravando crises econômicas e sociais que vinham se sucedendo desde 1990. António Casimiro FERREIRA. *Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de exceção*. 20. Já Carlo Borgoni considera que a crise tem suas origens nos anos 2000, marcada pelo atentado sofrido pelas *Twin Towers*. Certamente que o terrorismo teve influência na conformação dos mercados mundiais, mas parece ter sido valorizado excessivamente como agente partícipe da crise econômica. Zygmunt BAUMAN. *State of Crisis*.

⁷³ Maurizio LAZZARATO. *Governing by Debt*. 13, ressaltando o autor que pela primeira vez na história do capitalismo a oposição capital-trabalho não ocupa a centralidade.

sem condição de pagar, seduzidos por um sistema que estimula e fomenta uma vida a crédito, como é bem explicado por Bauman⁷⁴, ao considerar a necessidade das subvenções estatais para permitir que o capital venda suas mercadorias e os consumidores a adquiram, utilizando-se para tanto do dispositivo mágico do crédito. Caberia ao Estado “garantir a disponibilidade contínua do crédito e a habilitação contínua dos consumidores para obtê-lo”.

Além disso, inequivocamente os Estados encontram-se endividados e não têm mais o poder que possuíam em 1929, quando as medidas adotadas pelos Estados Unidos mediante o *New Deal*, com a adoção do keynesianismo, se revelaram adequadas e suficientes para a recuperação da atividade econômica. Não podendo investir, pois dependem de recursos, boa parte dos quais já foram destinados ao próprio sistema financeiro, restaria aos Estados apenas socializar as perdas e cortar despesas, fragilizando as ações e políticas públicas e a sua estrutura institucional.

Para definir em poucas linhas a crise contemporânea no contexto econômico atual, a sua gravidade deriva da separação entre política e poder, posto que os Estados têm-se revelado incapazes de decidir e de agir, tanto na União Europeia em que transferem as decisões para as instâncias supranacionais, sem legitimação democrática nem consenso popular, como nos demais países que se encontram aprisionados pela dependência de capital externo, para o que é fundamental a alta taxa de juros, que inibe investimento e aumenta a dívida pública, como também o equilíbrio financeiro nas contas públicas, de modo a agradar às agências de *rating*. Situação também reproduzida, com matizes mais dramáticos, em outros países, como o Brasil. Para retomar a metáfora de Bauman, o médico não sabe como agir por não conseguir diagnosticar adequadamente o problema, mas sabe que quando o conseguir, se for o caso, não terá como agir, pois está atado.

As ações são definidas, portanto, por instâncias supranacionais e por grandes corporações, que apenas se preocupam em restabelecer as garantias para o sistema financeiro, perdendo a compreensão da necessária solidariedade que deve reger, antes de tudo, a cooperação entre os povos, estejam ou não formando um bloco regional. E os agentes externos são credores públicos

⁷⁴ Zygmunt BAUMAN. *Capitalismo Parasitário*. 29-30.

ou privados, revelando, mais uma vez, a situação de vulnerabilidade e a tendência de um novo paradigma para o capitalismo contemporâneo que é a imposição do poder dos credores sobre os devedores, justificando o título do estudo de Maurizio Lazzarote, *Governing by Debt*, porquanto os povos estão sendo governados pela necessidade de saldar os débitos para com os credores, sob pesadas ameaças.

Como já exposto anteriormente, a crise não é apenas das nações desenvolvidas, embora tenha nelas surgido e se intensificado, pois nas relações econômicas no mundo globalizado, a repercussão é inevitável.

Não obstante isso, os Estados em desenvolvimento já passaram por aquilo a que os Estados desenvolvidos estão sendo submetidos. Por vários anos, as sucessivas crises econômicas nos países da América Latina os fizeram dependentes e subservientes a exigências externas que condicionam a obtenção de empréstimos feitas pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial, que eram os credores se impondo sobre os devedores, exigindo medidas de austeridade. As exigências já envolviam parte do que é prescrito na União Europeia pela troika, com a identidade de um de seus atores, o Fundo Monetário Internacional.

Com efeito, Magdalena Sepúlveda Carmona⁷⁵ pontua que medidas similares foram impostas à América Latina e aos Estados africanos pelo Fundo Monetário Internacional depois da crise da dívida dos anos 1980, com consequências devastadoras para a economia e para as populações desses países. A Europa, agora, ignora o ensinamento da história.

E no contexto complexo das crises sobrepostas é que há uma intensa repercussão sobre a ordem jurídica, sobre o constitucionalismo e sobre os direitos humanos e fundamentais. Ou seja, ganha relevância o cidadão carente de democracia e de direitos, que não pode ficar à mercê das grandes corporações, das agências de *rating* e nem da troika, muito menos confiar no mercado como instância distributiva da riqueza produzida, especialmente se essa riqueza e os bens respectivos se tornam ainda mais escassos.

⁷⁵ Magdalena Sepúlveda CARMONA. *Alternatives to austerity: a human rights framework for economic recovery*. 31.

Dessarte, descortinada a crise em suas dimensões e feições, com suas características e desafios⁷⁶, cumpre avaliar a repercussão sobre o constitucionalismo para, então, identificar as condições e possibilidades da adequada compreensão do princípio da sustentabilidade – numa compreensão que deve ser adequada ao texto e ao contexto constitucional e global, numa ordem também em que também se globalizaram os direitos, compondo um sistema multinível de proteção da pessoa humana – e sua incompatibilidade com as medidas de austeridade que têm sido propostas.

2.2. Os constitucionalismos e o enfrentamento da crise e das medidas de austeridade

O enfrentamento de crises não constitui qualquer novidade no âmbito do constitucionalismo⁷⁷.

Admitindo-se a compreensão ampla de constitucionalismo, suas vertentes e variantes, desde a Antiguidade até à dimensão complexa que atualmente comporta, pode-se identificar que várias e inumeráveis crises já o desafiaram, e às constituições, a partir do surgimento das mesmas com a experiência americana e culminando na Constituição de 1787⁷⁸.

Durante guerras, epidemias, intolerâncias das mais variadas, genocídios, terrorismo, regimes autocráticos dos mais violentos, golpes de Estado, hiperinflação, cataclismos naturais e sociais, os povos sempre encontraram no constitucionalismo, conscientemente ou não, um esteio para suas angústias, frustrações, expectativas, medos, sonhos e esperanças.

⁷⁶ Nos limites permitidos e pertinentes ao presente estudo.

⁷⁷ Sobre a evolução histórica do constitucionalismo, desde o antigo até o moderno, entre outros, remete-se para Charles H. McILWAIN. *Costituzionalismo antico e moderno*. Mais detalhadamente, sobre o constitucionalismo moderno, Nicola MATTEUCCI. *Organización del Poder y Libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. 25-26, considerando que pressupõe a existência de uma constituição escrita, resultante de um processo de racionalização e com legitimidade, destinada a impedir um governo arbitrário e instituir um governo limitado.

⁷⁸ De destacar, antes mesmo da Constituição americana, os desenvolvimentos havidos no constitucionalismo inglês desde a Magna Carta, e os antecedentes da própria histórica constitucional norte-americana, como a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776.

O constitucionalismo, que originou um processo de racionalização do poder pela positivação das constituições⁷⁹, tem nas constituições, não apenas um texto, mas a própria vivência da experiência histórico-cultural de um determinado povo que deposita nelas sentimentos dos mais variados, intensos e potentes, e, sobretudo, esperanças. Como pontua Andrés Sajó⁸⁰, “As emoções participam da construção da constituição e da cultura do constitucionalismo”. Em verdade, o texto está muito aquém da constituição, que é a experimentação vivenciada do texto, conferindo-lhe vida e sentido pela comunidade aberta dos seus intérpretes⁸¹.

E como a constituição deve ser compreendida mediante um processo interpretativo que envolva o contexto, a realidade compõe a atribuição do sentido ao texto, chegando-se à norma.

Nesse sentido, evidencia-se que, durante graves crises econômicas, as normas constitucionais não podem se constituir hermeneuticamente com a mesma interpretação que recebiam em momentos de estabilidade econômica; o que não significa que a sua dimensão protetiva e emancipatória reste prejudicada ou que, em se tratando de constituição dirigente, o seu caráter de resistência e projeção reste negado.

De certa forma, as constituições costumam prever momentos de instabilidade e de crise político-institucional que exijam um regime constitucional excepcional, destinado a viabilizar o restabelecimento regular da normalidade institucional ou, como prefere Canotilho⁸², um estado ou direito de necessidade. Assim, considera que a sua função consiste em prever e delimitar instituições e medidas que sejam estritamente necessárias para a defesa da ordem constitucional em face de anormalidades que a coloquem em risco e que não poderiam ser superadas ou eliminadas pelos meios ordinariamente admissíveis.

⁷⁹ Sobre o processo de racionalização do poder, promovido pelo constitucionalismo, a análise é de Boris MIRKINE-GUETZEVITCH. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*.

⁸⁰ Andrés SAJÓ. *Constitutional Sentiments*. 11.

⁸¹ Malgrado se adote a doutrina de Häberle, no particular prefere-se a expressão comunidade ao invés de sociedade, para pontuar mais intensamente a necessidade de ligame social que embasa a solidariedade e justifique a sustentabilidade.

⁸² José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1085-1086.

Desse modo, existem regimes constitucionais distintos, sendo um constante para as situações de normalidade e, outro, absolutamente excepcional, regido pela necessidade de suplantar graves instabilidades que coloquem em risco a própria constituição, razão pela qual tais regimes de excepcionalidade são considerados uma das vias de defesa da própria ordem constitucional. Como pontua mais uma vez Canotilho, é melhor que a própria constituição preveja tais situações que justifiquem a necessidade constitucional e autorizem o seu regime jurídico e as medidas excepcionais do que admitir a invocação de princípios extra ou supraconstitucionais de necessidade.

De qualquer sorte, as constituições que os consagram – com denominações distintas, como estado de defesa e estado de sítio, estado de emergência, entre outros –, jamais autorizam a suspensão da sua vigência e nem a irresponsabilidade pelos atos que forem cometidos durante os estados de necessidade. Autorizam, excepcionalmente e na exata medida da necessidade para superar a causa que motivou a sua instauração, restrições e, em algumas situações, a suspensão de direitos e garantias individuais.

Logo, as crises não amedrontam nem afastam o constitucionalismo e as constituições, que já estão acostumadas a conviver com elas, tanto que prevêm um leque de situações que podem ensejar regimes constitucionais excepcionais motivados por necessidade imperiosa.

A Constituição brasileira, por exemplo, prevê o estado de defesa em seu art. 136, que pode ser decretado – observadas as exigências formais – para conter grave e iminente instabilidade institucional ou o abalo da paz social e da ordem pública por calamidades naturais de grandes proporções. Já o art. 137 prevê o estado de sítio, com um regime jurídico ainda mais excepcional e gravoso, restritivo de mais garantias e com maior intensidade, para as situações em que o Estado de Defesa não for suficiente, em caso de guerra ou agressão armada estrangeira ou, ainda, diante de comoção de grave repercussão nacional.

Observe-se que, entre tais situações que acarretem anormalidade e instabilidade política institucional, não é elencada a crise econômica. A Constituição brasileira foi mais temerosa e,

consequentemente, respeitosa perante o poder da natureza do que em face do poder econômico.

Neste mesmo sentido pontua Suzana Tavares⁸³ que não há espaço nas figuras típicas consagradas na Constituição portuguesa, como estado de emergência e estado de sítio, para que se legitime diante de grave crise econômica.

A circunstância de as constituições, em geral⁸⁴, não previrem graves crises econômicas como situações suficientes a ensejar um regime constitucional extraordinário que coloque em suspensão e imponha restrições a determinados direitos, é algo natural, pois é impossível antever todas as situações, ou mesmo a maioria delas, que possam consubstanciar estado de necessidade por, eventualmente, colocar em risco a ordem constitucional.

Giorgio Agamben⁸⁵ se preocupa com essa questão, pois reconhece que *necessitas legem non habet*, ressaltando a carência de uma adequada teoria do estado de exceção, o que seria deveras relevante, dada a imprevisibilidade do estado de necessidade.

Nesse passo, como já antecipado, mesmo não havendo um regime constitucional excepcional para situações de grave crise econômica, que desafiem a subsistência da promoção dos próprios objetivos legitimadores do Estado – que, no caso brasileiro, estão consagrados no art. 3.º da Constituição –, não se pode deixar de admitir a sua repercussão constitucional em razão das premissas que orientam a compreensão da interpretação constitucional⁸⁶.

⁸³ Suzana Tavares da SILVA. “Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise”. 66.

⁸⁴ A generalidade referida não deriva da indução a partir da observação de apenas dois textos constitucionais, mas da história do movimento constitucional, que não costuma blindar a ordem constitucional em face das consequências derivadas de crises econômicas.

⁸⁵ Giorgio AGAMBEN. *Estado de Exceção*. 11-13.

⁸⁶ Não sendo o momento, e nem havendo a pertinência para maiores aprofundamentos, cabe esclarecer a adesão ao paradigma interpretativo da reflexão hermenêutica, guiada e orientada pelos pressupostos ancorados na hermenêutica filosófica de Gadamer., Hans-Georg GADAMER. *Verdade e Método*. Sinteticamente, reconhece-se a existência de uma unidade entre compreender, interpretar e aplicar, de modo que o intérprete, ao interpretar o está aplicando, tanto quanto aplicando-o o está interpretando. Além disso, a interpretação se estabelece a partir da fusão entre o horizonte do texto, que interpela o intérprete, numa relação dialógica

O reconhecimento da excepcionalidade dos fatos, inclusive, já foi objeto de avaliação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, no ano 2000, contra lei do Estado da Bahia que criava o Município de Luís Eduardo Magalhães⁸⁷, por não terem sido observadas todas as exigências previstas no § 3.º do art. 18 do texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal indeferiu a medida cautelar requerida, que suspenderia a eficácia da lei impugnada, vindo a julgá-la somente em 2007, quando o Município já possuía uma materialidade tanto fática quanto jurídica; entretanto, a inconstitucionalidade sobressaía inequivocamente.

Para julgar a ação, o Relator Ministro Eros Roberto Grau recorreu ao estado de exceção⁸⁸, como se depreende do excerto da ementa abaixo, colacionada apenas no que interessa ao tema, *in verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e

aberta, voltada ao sentido, e o horizonte do intérprete, com os seus preceitos autênticos e inautênticos.

⁸⁷ Político baiano de projeção nacional, ex-presidente da Câmara dos Deputados, que fora vitimado por infarto fulminante. Por influência do pai, ex-Governador e Senador da República, diversas homenagens lhe foram rendidas, entre as quais dar nome ao município que se estava a criar. Esta é a questão que subjaz ao conflito jurídico instaurado.

⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240. Relator: Min. Eros Grau.

assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. [...]. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

(ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279)

O julgado, então, pontua a caracterização do estado de exceção qualificado. Tem-se uma colisão de inconstitucionalidades. Uma inconstitucionalidade por omissão federal, por não ter a União criado a lei prevista no texto constitucional, bem como uma inconstitucionalidade da lei estadual que não observou as exigências da lei federal, que, por sua vez, não existe. Independentemente de tal circunstância, considera forçoso reconhecer que o município, de fato e – até àquele julgamento, ao menos – também de direito, foi constituído e passou a existir. Daí a concessão feita à chamada força normativa dos fatos, que é onde se vincula o caso em julgamento com o estado de necessidade.

Embora a situação sob julgamento não consubstancie propriamente situação justificadora de estado de exceção, o Supremo Tribunal Federal assim o assimilou por haver uma lacuna constitucional diante do choque de inconstitucionalidades, como também por dever reconhecer a existência institucional do município. A força normativa dos fatos, invocada no julgado, representa imperativo similar àqueles decorrentes do estado de necessidade.

O precedente é importante para demonstrar a necessidade de abertura da interpretação constitucional para a realidade, que, como exposto, integra o processo de interpretação ativamente, tornando o texto *living constitution*. E é importante também pela compreensão ressaltada pela Corte, de que, em tais situações – ou até mesmo principalmente nelas –, é impostergável que prevaleça a força normativa da constituição, construindo-se um sentido que menos a comprometa.

Tais premissas e sua respectiva conclusão devem se aplicar, igualmente, diante da ocorrência de grave crise econômica que, embora não coloque em risco a existência do Estado – como pontua Suzana Tavares⁸⁹, ao excluir a especulação financeira e a ação de credores internacionais da noção de agressão estrangeira –, pressionam o coração das constituições por repercutirem negativamente nos níveis de prestação estatais referentes à satisfação das necessidades existenciais e de autonomia, relacionadas com os direitos sociais e com os direitos civis e políticos, respectivamente.

⁸⁹ Suzana Tavares da SILVA. “Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise”. 66-67.

Assim, se já se esteve perante a Era dos Direitos⁹⁰, atualmente há uma ameaça concreta de se dizer que esta Era já era ou não é mais ou se tornou a Era da Austeridade, como já referido, defrontando-se os direitos humanos e os direitos fundamentais com graves ofensas decorrentes do discurso econômico de *experts* que não previram a crise e que não a conseguem superar, mas que apontam a solução no sentido de maiores e mais intensas restrições derivadas das medidas de austeridade financeira impostas aos Estados por serem portadores da deplorável condição de devedores contumazes.

Observe-se que a condição de os Estados serem devedores e se sujeitarem ao alvedrio dos credores não é nova, sendo conhecidas as consequências e os efeitos que a dívida externa – e também o endividamento interno – ocasionou nos países do chamado Terceiro Mundo ou, atualmente, em Desenvolvimento; a novidade é que os Estados desenvolvidos passem a sofrer com elas, o que denota, mesmo em todo o contexto de crise econômica, o fortalecimento das grandes corporações e, notadamente, do capitalismo financeiro especulativo global.

Nesse passo, cumpre fazer uma breve digressão deveras significativa. Durante o curso da história, e na medida que se foi ampliando o nível de civilização da cultura jurídica com o advento dos direitos fundamentais protetivos da pessoa humana, a condição de devedor passou a ensejar consequências cada vez menos graves.

Com efeito, atualmente cerca de 22 constituições vedam ou restringem a prisão civil, motivada pelo inadimplemento de dívidas, além das restrições estabelecidas pelo direito internacional⁹¹. Nenhuma delas vige em países desenvolvidos. Não que esses países adotem a prisão civil, mas porque se tornaram inconcebíveis.

É preciso, naturalmente, humanizar as consequências das dívidas dos Estados, pois se o ser humano não pode ter a sua liberdade privada por força de dívidas contraídas, menos ainda se justifica que decisões de governo, relativas a políticas públicas

⁹⁰ Norberto BOBBIO. *A Era dos Direitos*.

⁹¹ O Pacto de São José da Costa Rica, que institui a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, só permite a prisão civil no caso de devedor de pensão alimentícia.

vinculadas ao orçamento, e que são responsáveis pela habilitação dos cidadãos para o pleno exercício de suas capacidades⁹², sejam tomadas por instituições externas ou impostas contra a vontade popular e em seu detrimento, como ocorrido com a Argentina e como está acontecendo também na Grécia, berço da democracia.

As medidas de austeridade, regidas pelo chamado estado de necessidade e atraindo a premissa de que *necessitas legem non habet*, desumanizam as ordens jurídicas nacionais em favor do cumprimento de obrigações pecuniárias. *Pecus* (pecúnia) prevalece sobre *Vita*.

As consequências da crise econômica e das medidas de austeridade impostas aos Estados pela crise fiscal por eles suportadas afetam não apenas os países desenvolvidos da zona do euro e os Estados Unidos, chegando aos países em desenvolvimento e a toda a América Latina e atingindo também, naqueles como estes, os que se encontram mais vulneráveis e, na maioria das vezes, justamente quando mais precisariam de proteção social.

Nesse sentido, observa Aoife Nolan⁹³ que as medidas de austeridade afetam ainda mais os que se encontram em situação de vulnerabilidade, exacerbando a desigualdade e a discriminação e que, nos países em desenvolvimento, repercutem intensamente sobre os direitos humanos.

Logo, encontra-se em risco uma das principais dimensões do Estado Democrático de Direito, que é a de constituir um Estado de direitos fundamentais⁹⁴, por se voltar para a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem “[...] na sua complexa qualidade de *pessoa, cidadão e trabalhador*”.

Dessa forma, consideram que assegura a autonomia perante os poderes públicos e, ao mesmo tempo, que se torna um Estado antropológicamente amigo. No mesmo sentido, aderindo

⁹² Sobre as capacidades e sua relação para com o desenvolvimento humano, de forma originária, as reflexões de Amartya Sen, desenvolvidas em Amartya SEN; Martha C. NUSSBAUM, coord. *La Calidad de la Vida*; IDEM. *Desenvolvimento como Liberdade*. De forma mais trabalhada, a construção teórica de Martha C. NUSSBAUM. *Creating Capabilities: the human development approach*. Mais adiante se retornará à questão das capacidades.

⁹³ Aoife NOLAN. “Introduction”. 1-20.

⁹⁴ José Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*. 83. Destaques no original.

e desenvolvendo a noção de Estado de direitos fundamentais, encontra-se Paulo Otero⁹⁵, destacando a sua fundamentação no impositivo respeito à dignidade da pessoa humana, entendida como cada pessoa individual e concreta, e defendendo, todavia, a sua transição para um Estado de direitos humanos com o desiderato de firmar o elemento humanístico como norte e base do Estado de direitos.

A persistirem as medidas de austeridade, ou se forem implementadas sem a sua filtragem constitucional, implicando retrocessos desmedidos para financiar o capitalismo financeiro ou em atenção à ditadura das agências de *rating*, a Era dos Direitos e o Estado de direitos fundamentais serão passado, sucumbindo à Era da Austeridade, pois os governos, ao invés de terem os direitos como paradigma para ações e políticas públicas, e ao invés de se orientarem às direções e imposições feitas pelas normas programáticas das constituições dirigentes e pela dimensão programática ínsita a todos os direitos fundamentais⁹⁶, passarão a se orientar pelo paradigma da austeridade⁹⁷, em detrimento da dignidade da pessoa humana e da própria vivência comunitária.

Observe-se que há também os que defendem a possibilidade de retrocesso das prestações sociais independentemente dos tempos de crise e de estados de emergência econômico-financeira – como Suzana Tavares⁹⁸ caracteriza constitucionalmente a crise

⁹⁵ Paulo OTERO. *Instituições Políticas e Constitucionais*. vol. I. 525-526.

⁹⁶ Com efeito, todos os direitos fundamentais comportam uma dimensão projetiva ou de ultrapassagem quanto à imposição de ampliação progressiva do seu âmbito de proteção efetivo, enriquecendo, assim, o conteúdo material. Essa compreensão decorre do reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial, a que se retornará adiante, embora não seja possível uma atenção mais detida à sua caracterização e postura constitucional.

⁹⁷ Como será adiante exposto, a austeridade financeira se relaciona, em parte, com a sustentabilidade econômica e com a sustentabilidade social. Pode-se admitir, assim, que a sustentabilidade, em sua multidimensionalidade, representaria um novo paradigma. Entretanto, afigura-se que a exorbitância das medidas de austeridade tem vindo a descaracterizar essa construção, induzindo a elevar a austeridade a um paradigma em si mesmo, como se depreende da designação de Mary Dowell-Jones quanto a uma Era da Austeridade, como já referenciado.

⁹⁸ Suzana Tavares da SILVA. “Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise”. 76.

econômica atual. De entre eles, cumpre destacar João Carlos Loureiro⁹⁹, a partir das teorias da flexibilização, limitada ou não a crises econômicas. O autor sustenta ser possível o retrocesso no valor das pensões já atribuídas, mesmo que não se esteja em momentos de crise econômica, em virtude da justiça intergeracional e da sustentabilidade, propondo uma desconstrução da pétrea e férrea doutrina dos direitos adquiridos¹⁰⁰. Discorda, entretanto, da solução adotada em Portugal por quebra da isonomia.

As múltiplas dimensões do constitucionalismo contemporâneo não permitem, todavia, que os direitos fundamentais em geral, e principalmente os direitos econômicos e sociais, sejam tornados reféns dos credores internacionais. Não é constitucionalmente adequado à cultura constitucional compartilhada contemporaneamente¹⁰¹ em torno da compreensão dos direitos fundamentais e da sua associação com os direitos humanos, qualquer construção teórica ou aplicação prática que implique a aceitação de cortes de despesas que afetem prioritariamente os níveis de prestações sociais já alcançados de modo a afetar o conteúdo essencial dos direitos em questão, notadamente quando parte dos recursos públicos passa a ser destinada a financiar a recuperação das corporações e dos grandes bancos.

Se não se pode ignorar a crescente fragilidade dos Estados diante das instituições supranacionais e do capitalismo financeiro internacional, bem como das grandes corporações, é necessário criar condições para habilitar e resgatar a política e a sua reassunção pelo Estado, restabelecendo a capacidade decisória do poder político.

Nesse sentido, faz-se mister esclarecer a compostura do constitucionalismo contemporâneo, que apresenta quatro dimensões constitutivas. O constitucionalismo contemporâneo¹⁰²

⁹⁹ João Carlos LOUREIRO. “Sobre a (In)constitucionalidade do regime proposto para a redução dos montantes de pensões de velhice da Caixa Geral de Aposentações”. 174 e 206.

¹⁰⁰ João Carlos LOUREIRO. *Adeus ao Estado Social?*. 14-15.

¹⁰¹ Cada vez mais fortalecida pela progressiva incrementação dos processos de migração das ideias constitucionais, bem caracterizados em Sujit CHOUDHRY, coord. *The Migration of Constitutional Ideas*. Sem prejuízo do multiculturalismo.

¹⁰² Ainda que não se pretenda esgotar todas as feições do constitucionalismo contemporâneo, e mesmo que algumas das citadas sejam

afigura-se como a) constitucionalismo popular, b) constitucionalismo global, c) constitucionalismo digital ou virtual, e como d) neoconstitucionalismo, que comporta a dimensão dirigente¹⁰³. A associação de todos conduz ao que se pode considerar como constitucionalismo virtuoso, que se predispõe à contenção de toda e qualquer forma de poder¹⁰⁴ que coloque em risco a dignidade, a igualdade e a liberdade do ser humano, ao tempo em que se volta a assegurar a satisfação suficiente¹⁰⁵ dos direitos fundamentais.

Embora existam vários sentidos distintos para o constitucionalismo popular, muitos dos quais convergindo para defender

complexas, ensejando maiores e mais complexos desenvolvimentos, não sendo este o âmbito propício para tanto, pela necessidade de resguardar o objeto do presente estudo, preferiu-se introduzi-lo a fim de possibilitar o apuro da reflexão em derredor dos seus componentes e das suas possíveis associações.

¹⁰³ Tais feições do constitucionalismo contemporâneo são examinados, de forma crítica e em sentido diverso, por Suzana Tavares, destacando que todas elas colocam em risco a ideia fundadora de constituição como lei fundamental e parâmetro dos atos do poder público, diluindo sua atualmente aparente primazia hierárquica e, de certa forma, banalizando a sua noção mediante equiparações ou empréstimos que não lhe fazem jus, consubstanciando um momento de crepúsculo do constitucionalismo. Finalmente, considera a autora que as respostas sobre o constitucionalismo contemporâneo são diversas e variadas, mas não seriam encontradas nem na constituição global, nem na constitucionalização do direito internacional, e nem na constitucionalização dos direitos humanos; o constitucionalismo global é fragmentário, pluralista e assento em fundamentos democráticos distintos daqueles típicos do Estado Liberal. Sobre o tema, Suzana Tavares da SILVA. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 86.

¹⁰⁴ Não apenas o poder político, mas também o poder econômico e o poder ideológico. Os dois últimos têm-se revelado profundas ameaças aos direitos fundamentais, destacando-se tanto o fundamentalismo econômico como o fundamentalismo religioso.

¹⁰⁵ A satisfação suficiente é um referencial operacional para aferir a necessidade de ampliação dos níveis de prestação que estejam efetivamente sendo executados pelo poder público tendo em vista as necessidades suportadas. Enquanto a proporcionalidade serve como critério para resguardar os direitos e controlar as restrições que venham a sofrer, a satisfação suficiente, oriunda do termo inglês *satisficing*, é o critério operativo para controlar a inércia do poder público quanto à necessidade de ampliar as prestações. Não se confunde com o princípio da proteção deficiente, pois não se circunscreve aos deveres de proteção. Constitui, então, o cerne do direito fundamental ao máximo existencial, remetendo ao que é bom o suficiente e, portanto, à virtude.

a prevalência dos processos democráticos e das instâncias popularmente legitimadas para decidir questões constitucionais sobre as decisões das cortes constitucionais, não é esta a concepção adotada neste estudo. No sentido originário, destaca-se Larry Kramer¹⁰⁶, que esclarece que o constitucionalismo popular não nega a *judicial review*, apenas rejeita que caiba às cortes a última palavra, a decisão final.

Mark Tushnet¹⁰⁷ aderindo ao constitucionalismo popular, defende um modelo de controle de constitucionalidade fraco (*weak judicial review*), consistindo na possibilidade de a interpretação de dispositivos constitucionais adotadas em decisões judiciais ser revista a curto termo pelo poder legislativo mediante processo similar ao que ordinariamente utilizam para aprovação das leis. Considera que a instância política seria a única capaz de propiciar o fortalecimento dos direitos, que têm sido enfraquecidos pela *judicial review*.

O sentido de constitucionalismo popular que ora se defende não equivale a qualquer proposta de sujeição da jurisdição constitucional ao parlamento nem a eventuais referendos populares de decisões judiciais. O constitucionalismo popular ora proposto deve ser entendido como um contínuo e progressivo ativismo popular cívico em defesa da ordem constitucional, reivindicando seu aperfeiçoamento e o reconhecimento e a concretização de direitos. Nesse sentido, o próprio Mark Tushnet¹⁰⁸ admite que os movimentos populares podem fomentar mobilizações que impliquem mudanças legislativas voltadas a atualizar ou realizar as imposições constitucionais, e podem também repercutir em mudanças interpretativas, podendo levar até a mutações.

Logo, as manifestações populares que eclodem desde a Primavera Árabe são expressivas, justamente, deste sentido de constitucionalismo popular, propiciando o restabelecimento da cidadania cívica, com o povo exercendo a liberdade de expressão e de reunião para, legitimamente, nas ruas ou nas ágoras virtuais, reivindicar direitos, saindo em defesa da própria ordem constitucional, como ocorrido no Brasil em junho de 2013 e, pontualmente, em sua sequência.

¹⁰⁶ Larry D. KRAMER. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford.

¹⁰⁷ Mark TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights*. 24.

¹⁰⁸ Mark TUSHNET. “Prefácio”.

Nesta sede, e no que converge com o problema da crise econômica e com o discurso da austeridade, impõe-se destacar, novamente, a Islândia, que foi um dos primeiros países a sentir a crise econômica, sofrendo uma verdadeira derrocada tanto no seu sistema financeiro, como no sistema de proteção social, até então um dos mais eficientes e extensos do mundo.

A Revolução das Panelas talvez seja uma das experiências políticas mais enriquecedoras da história política contemporânea, situando o governo e o Estado na direção oposta do *mainstream* econômico. O restabelecimento da economia foi precedido de uma profunda reforma política, que deu ensejo a um experimento sem precedentes de elaboração de uma *crowdsourced constitution*. Embora tenha havido um anticlímax, pois o projeto de constituição, construído participativa e colaborativamente por via digital¹⁰⁹, inclusive acabou sendo rejeitado pelo Parlamento, não entrando em vigor; algumas significativas mudanças, todas derivadas da pressão popular, permaneceram pela via infraconstitucional.

Não admitindo as medidas restritivas de austeridade exigidas pelos credores e pelo capital financeiro internacional, a Islândia não salvou os seus bancos às custas do povo¹¹⁰. Como registra Castells¹¹¹, ela não promoveu qualquer drástica medida de austeridade, firmando um pacto de estabilidade social destinado a proteger os cidadãos dos efeitos da crise, sem cortes drásticos dos empregos públicos e mantendo em nível razoável as despesas públicas relacionadas com as prestações sociais. Além disso, desvalorizou a moeda em 40% - o que não seria possível na zona euro - e instituiu o controle dos fluxos de capitais e de moeda estrangeira.

No Brasil, os movimentos de junho de 2013, que foram reiterados posteriormente, acarretaram resultados efetivos e práticos importantes, como a) a rejeição da Proposta de Emenda Constitucional n.º 37, que limitava os poderes do Ministério Público; b) a retração do aumento das passagens de ônibus em várias capitais e,

¹⁰⁹ O Facebook funcionou como plataforma básica dos debates em torno do projeto de constituição, conforme Manuel CASTELLS. *Redes de Indignação e Esperança*.

¹¹⁰ Nesse sentido, Elvira Mendes PINEDO. *La Revolución de los Vikingos*.

¹¹¹ Manuel CASTELLS. *Redes de Indignação e Esperança*. 38-39.

em alguns casos, até mesmo sua redução, aprovação de legislação destinada a combater a corrupção, c) mobilização dos governos para ouvir as demandas populares e dos movimentos sociais e por uma maior transparência; d) anúncio de maiores investimentos em transporte, saúde e educação, com destinação de recursos oriundos do pré-sal para a educação e interiorização da saúde pública; e) aprovação de emenda constitucional que extinguiu o voto secreto nas deliberações do Congresso Nacional sobre processos disciplinares de parlamentares e na análise do veto a projetos de lei.

Verifica-se que, naquela época, inexistia qualquer demanda popular contra cortes de recursos públicos em áreas socialmente sensíveis ou modificações que implicassem retrocesso quanto a gozo de direitos. Eis que tais medidas só foram anunciadas após as eleições de 2014 e, como exposto, encontram-se, ao menos em parte, paralisadas no Congresso Nacional, em razão sobretudo da indefinição da crise política e das quase semanais denúncias de envolvimento de deputados e senadores em práticas de corrupção.

De qualquer sorte, é desnecessário acentuar a relevância do constitucionalismo popular na defesa da ordem constitucional e, também, na defesa da sustentabilidade social contra a austeridade financeira, pois os governos, por mais que estejam frágeis, não podem voltar definitivamente as costas ao povo, como exemplifica a queda do governo na Grécia e a ascensão ao poder do Syriza, partido que se opõe à convergência das medidas econômicas, mas que acabou cedendo às pressões europeias, mesmo depois do resultado do plebiscito deslegitimar qualquer nova concessão de cortes nas despesas públicas.

Ao lado do constitucionalismo popular e até mesmo potencializando-o, nota-se o advento do que pode ser tratado como constitucionalismo digital ou virtual, consistindo na integração dos novos meios de comunicação, da Internet e das redes sociais, no processo de luta pela reivindicação e defesa dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais são reivindicados pelas redes sociais e pela Internet, a democracia tem um potencial inestimável pela utilização das ágoras digitais, apesar de muitas violações a direitos serem praticadas pela rede.

Twitter, Facebook, e outros mecanismos e sítios da Internet podem ter importante papel para a contenção do poder político, econômico e ideológico que coloquem em risco a pessoa humana, como ocorrido nas rebeliões e revoluções da Primavera Árabe, iniciadas no espaço virtual e, depois, indo para as ruas. Os direitos fundamentais de liberdade de expressão e liberdade de informação navegam pela Internet e não conhecem as fronteiras nacionais, levando com eles os ventos da democracia e mobilizando a reivindicação popular.

O constitucionalismo global, por sua vez, tem relevantíssimo papel na contenção de excessos e abusos na imposição pelos credores de medidas de austeridade que sacrifiquem a população. Sua consistência resulta do reconhecimento de um sistema multinível de proteção da pessoa humana e, ao mesmo tempo, da convergência de vários textos normativos, de fontes diversas, numa interconstitucionalidade protetiva da pessoa humana¹¹².

Assim, pode-se migrar do nível nacional, cuja tutela é estabelecida pelas constituições, para o nível regional, no âmbito dos blocos regionais, com a proteção de direitos fundamentais prevista tanto na União Europeia como, em menor intensidade, no Mercosul, e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e, ainda, para o nível internacional, em que ganha relevo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacando-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Além disso, não se pode ignorar que os direitos humanos têm passado a ter papel relevante no âmbito de determinadas

¹¹² Embora seja aspecto de relevo, não se entrará nas distintas caracterizações das feições ou facetas do constitucionalismo global, todas elas objeto de controvérsia, como o transconstitucionalismo, o constitucionalismo cruzado, a interconstitucionalidade, entre outros. Adota-se a perspectiva do constitucionalismo global, composto em sistema multinível, num ambiente de interconstitucionalidade, potencializado pela migração de ideais constitucionais e abrangente do chamado constitucionalismo societal, embora se possa considerar que lhe fizesse mais jus o reconhecimento como feição autônoma do constitucionalismo contemporâneo; não obstante isso, prefere-se inseri-lo no âmbito do constitucionalismo global por ter vez e voz em razão das relações comerciais e financeiras travadas no âmbito global, por corporações transnacionais.

instituições privadas, como ocorre na seara do comércio internacional, invocando-se a necessidade da fixação de *standards* ou padrões mínimos de observância dos direitos humanos em matéria ambiental, sanitária e laboral para que seja assegurada a livre circulação da mercadoria, evitando-se o chamado *dumping social*. Ou seja, defende-se também o comércio justo, o *just trade* ou *fair trade*¹¹³.

Nesse sentido, ainda no âmbito global e da globalização, embora em princípio sem origem direta estatal, delinea-se o desenvolvimento do que tem sido configurado como constitucionalismo societal, concebido por Gunther Teubner a partir de outros referenciais.

Para Teubner, o entrelaçamento entre códigos públicos e privados, derivados de fontes distintas, ensejaria o reconhecimento não apenas de um processo de juridicização, mas de constitucionalização privada corporativa transnacional¹¹⁴.

Destacam-se, neste sentido, as Diretrizes sobre Negócios e Direitos Humanos, estabelecidas pela Organização das Nações Unidas, ainda que sem caráter vinculante, como típico *soft law* mas que tem sido incorporado nos códigos de condutas das grandes corporações, tanto por pressão dos Estados, como de organizações não governamentais, dos sindicatos e da sociedade civil em geral, a despeito do peso moral de tais diretrizes¹¹⁵.

¹¹³ Berta Esperanza HERNÁNDEZ-TRUYOL; Stephen POWELL. *Just Trade*.

¹¹⁴ O que há de especial no entrelaçamento de códigos corporativos privados e públicos? Minha tese é: materializam-se nessa dinâmica não apenas tendências de uma juridicização, mas também de uma constitucionalização. Ambos os tipos de códigos corporativos tomados em conjunto representam o advento de constituições corporativas transnacionais específicas – concebidas como constituições em sentido estrito. Conforme delineado mais a fundo alhures, esse argumento é baseado em um conceito de constituição que não está limitado ao Estado nacional e implica que também ordens sociais não estatais desenvolvam constituições autônomas sob circunstâncias históricas particulares. Além disso, no processo globalizante, o centro de constitucionalização desloca-se do sistema político para diferentes setores sociais, que produzem normas constitucionais de cunho civil-societário paralelamente às constituições de Estados nacionais. Gunther TEUBNER. “Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais”. Sobre o tema, mais detidamente, IDEM. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*.

¹¹⁵ John Gerard Ruggie, responsável pelo desenvolvimento das

A convergência de todos esses textos normativos na proteção da pessoa humana contra o exercício abusivo do poder político, do poder econômico e do poder ideológico, consubstancia o constitucionalismo global, podendo-se até admitir a existência de uma constituição global, à moda da inglesa, não positivada, pluralista, mas composta por um conjunto de documentos constitucionais, unidos axiologicamente e teleologicamente, sem estarem aprisionados às fontes tradicionais do direito constitucional.

As medidas de austeridade devem ser revisadas, portanto, à luz do sistema multinível de proteção da pessoa humana, parecendo ser mais sensível ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que em seu art. 2.º estabelece a obrigação de os Estados-parte dedicarem o máximo de recursos disponíveis à realização dos respectivos direitos, abaixo colacionado, *in verbis*:

Art. 2.º. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Logo, além de outros dispositivos que desafiam a consistência jurídica das medidas de austeridade, atenta-se, de logo, pela necessária observância do sobredito art. 2.º, que impõe a progressiva e ampliativa realização dos direitos mediante a destinação do máximo de recursos disponíveis. Não basta a mera referência à escassez ou a escassez de recursos que derive das medidas austeras exigidas pelo capital financeiro internacional¹¹⁶, até porque o

Diretrizes, pontua, inclusive, que já foram invocadas pela Suprema Corte americana para decidir a constitucionalidade do Estatuto de Ilícitos Cíveis no Estrangeiro. John Gerard RUGGIE. *Apenas Negócios. As corporações multinacionais e os direitos humanos*.

¹¹⁶ A esse ponto se voltará mais adiante, sendo a questão fulcral a

ambiente de escassez encontra muita abundância, como já exposto precedentemente.

Sobre o neoconstitucionalismo, ou neoconstitucionalismo(s), como prefere Carbonell¹¹⁷, há muito que pode contribuir para a filtragem e controle das medidas de austeridade. A revalorização dos direitos fundamentais, numa leitura axiologicamente adequada, a superação da separação entre moral, direito e política, e, principalmente, o novo papel que se tem reconhecido à jurisdição constitucional são muito relevantes.

No que respeita, especificamente, ao papel da jurisdição constitucional, ainda que não se refira ao neoconstitucionalismo e nem siga, necessariamente, as suas construções teóricas, cabe invocar Diane Roman, para quem

[...] a crise econômica e financeira recente e as políticas europeias de austeridade adotadas recentemente têm contribuído para renovar os quadros teóricos da reflexão jurídica, tornando o juiz um guardião dos direitos sociais e um ator destacado no Estado de direito social¹¹⁸.

Em sentido similar, Magdalena Sepúlveda Carmona¹¹⁹ observa que os direitos econômicos, sociais e culturais representam um freio contra as medidas de austeridade que acarretem efeitos desumanos, corroborando Aiofe Nolan que, mais amplamente, observa que os danos suportados pelas medidas de austeridade não afetam apenas os direitos econômicos, sociais e

moderação pelos Estados da adoção de medidas de austeridade. Observe-se que o pacto impõe a realização progressiva e o que se coloca é, ao contrário, retrocesso e retração social.

¹¹⁷ O presente estudo não comporta uma análise detida sobre as intrincadas questões e discussões que envolvem o neoconstitucionalismo, razão pela qual se remete, entre outros, a Miguel CARBONELL, Miguel, coord. *Neoconstitucionalismo(s)*; IDEM. *Teoría del neoconstitucionalismo*; e, em especial, IDEM. “El neoconstitucionalismo em su labirinto”. 9-12.

¹¹⁸ Diane ROMAN. “La jurisprudence sociale des Courts constitutionnelles en Europe: vers une jurisprudence de crise?”. Tradução livre.

¹¹⁹ Magdalena Sepúlveda CARMONA. *Alternatives to austerity: a human rights framework for economic recovery*. 23-56.

culturais, tendo em vista a indivisibilidade que caracteriza os direitos humanos¹²⁰. Disso diverge, como exposto anteriormente, João Carlos Loureiro.

Assim, analisadas as relações entre as crises econômicas, as medidas de austeridade e o constitucionalismo, cumpre entrar, especificamente, na compreensão constitucionalmente adequada aos textos e aos contextos do princípio da sustentabilidade, identificando a sua convergência para com as medidas de austeridade ou o seu antagonismo e, enfim, propor referenciais quanto à necessária filtragem de tais medidas pelas cortes constitucionais diante da imperativa proteção dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais, ainda que em situação em que se agrava o problema da escassez orçamentária do Estado.

3. A Sustentabilidade não legitima a Austeridade nos quadros dos constitucionalismos

A sustentabilidade passou a merecer mais atenção a partir do Relatório Brundtland, em 1987, ligando-se inicialmente a questões relacionadas com a exploração do meio ambiente e dos recursos naturais não-renováveis. Até então, pode-se admitir que a proteção do meio ambiente era oposta ao progresso e ao crescimento econômico.

A partir deste marco, a sustentabilidade passa a se relacionar com a proteção do meio ambiente e adere ao desenvolvimento econômico, negando a oposição ao crescimento, posto que só será possível o crescimento econômico que acarrete desenvolvimento sustentável, potencializando a utilização dos recursos naturais e preservando o meio ambiente.

Embora indefinida a sua caracterização jurídica, afigura-se mais pertinente qualificá-lo como princípio¹²¹, como o faz Suzana

¹²⁰ Aoife NOLAN. “Introduction”. 17.

¹²¹ Prefere-se qualificá-lo como princípio, atraindo para si as respectivas consequências de tal natureza jurídica, como lhes é típico, conforme construção doutrinal de Robert Alexy, pois “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser

Tavares e Maria de Fátima Ribeiro¹²², passando cada vez mais a ganhar relevo tanto em questões políticas, quanto nos textos constitucionais, malgrado sempre relacionado com o meio ambiente, como se pode, inclusive, constatar do art. 225 da Constituição brasileira.

Apesar disso, o princípio da sustentabilidade foi-se enriquecendo com a ampliação do seu horizonte de sentido, passando a ganhar novas dimensões e potencializando o seu caráter normativo.

Nesse sentido, Canotilho¹²³ se dedica à compreensão da sustentabilidade, cujos corolários seriam fomentar a vida e a ação humanas sobre o planeta, desde que não prejudique a natureza, os outros seres humanos, os outros povos ou nações, ou mesmo outras gerações, comportando portanto três dimensões básicas, que seriam: a) a sustentabilidade interestatal, referente ao relacionamento dos países ricos e pobres, b) a sustentabilidade geracional, concernente à equidade entre grupos etários da mesma geração; e c) a sustentabilidade intergeracional, atinente à responsabilidade dos que vivem para com os que viverão, conferindo-lhe um sentido ecológico, social e econômico, que seriam seus três pilares.

A dimensão social da sustentabilidade tem sido ignorada ou absorvida pela dimensão econômica, havendo até mesmo uma imprecisão acerca do sentido de sustentabilidade social. Veronica Dujon, Jesse Dillard e Mary King, após se dedicarem ao problema, optam por uma definição mais processual do que substantiva da sustentabilidade social, destacando os processos e as instituições, entendidos como meios para promoção de fins ambientalmente sustentáveis¹²⁴. A despeito disso, não se pode ignorar a necessária

satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. Robert ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 90.

¹²² Suzana Tavares da SILVA; Maria de Fátima RIBEIRO. *Trajectórias de Sustentabilidade: Tributação e Investimento*. 13-14.

¹²³ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Sustentabilidade: um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”.

¹²⁴ Jesse DILLARD; Verônica DUJON; Mary C. KING. *Understanding the Social Dimension of Sustainability*.

dimensão substantiva da sustentabilidade social, que exige a promoção da justiça social.

A doutrina portuguesa tem-se dedicado vivamente à compreensão do aludido princípio, cabendo a Casalta Nabais¹²⁵ relacioná-lo com o Estado fiscal, caracterizando-o no âmbito da sustentabilidade financeira do Estado, mas destacando suas dimensões ecológica e social, além da econômica.

Suzana Tavares¹²⁶ se debruça sobre sua compreensão, a fim de verificar se é fundamento para adoção das medidas de austeridade que têm sido impostas aos países em dificuldades financeiras na zona do euro.

Na doutrina brasileira, o tema é analisando mais acuradamente por Juarez Freitas¹²⁷, caracterizando a sustentabilidade como um novo paradigma axiológico, impositivo de uma série de conformações políticas e jurídicas.

Há, inclusive, autores que propõem que a dimensão paradigmática da sustentabilidade impõe uma verdadeira revolução social¹²⁸, enquanto Robertson¹²⁹ remete a sua relação inextricável com o planeta, as pessoas e o lucro, envolvendo, conseqüentemente, os aludidos pilares do meio ambiente, da economia e da equidade, pontuando que a sustentabilidade econômica exige que os recursos e a riqueza produzida devem ser distribuídos com critérios de justiça – ao que o mercado não é muito afeito. Enquanto o crescimento econômico descontrolado não é sustentável, a qualidade de vida é, associando-se com a equidade. A sustentabilidade exige, em sua ampla dimensão, que seja assegurado o acesso aos bens relativos à satisfação – que deve ser suficiente, porque vinculada ao nível suficientemente satisfatório, ou bom o suficiente – das necessidades básicas, como alimentação, água, emprego, educação e saúde.

¹²⁵ José Casalta NABAIS. “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”. 11-59.

¹²⁶ Suzana Tavares da SILVA. “Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise”. 2011.

¹²⁷ Juarez FREITAS. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*.

¹²⁸ Andres R. EDWARDS. *The Sustainability Revolution*.

¹²⁹ Margaret ROBERTSON. *Sustainability: principles and practices*.

Ora, evidencia-se que a sustentabilidade, como um todo, mas em especial em sua dimensão social, não é compatível com as medidas de austeridade financeira que imponham demissões de servidores públicos, precarização das relações de trabalho e redução dos níveis essenciais de prestação social relativos ao sistema de proteção social que representem, globalmente, retrocesso social. Aliás, tal aspecto deflui da reflexão de Florian Schui¹³⁰. Ademais, há consistentes estudos doutrinários que defendem a sustentabilidade do sistema de segurança social português¹³¹, embora haja, também, estudos em sentido diametralmente opostos.

Aliás, num tom talvez apocalíptico, Mary Dowell-Jones¹³² afirma que os problemas de endividamento dos Estados que resultaram em montante quase impagável, até com relação aos Estados Unidos, teriam resultado da progressiva ampliação de serviços públicos, numa verdadeira ode aos números. Em verdade, embora a questão relatada seja complexa e a afirmação da insuficiência da tributação sobre as grandes rendas e sobre as corporações seja questionável, é evidente que não se pode pôr a conta da dívida soberana na bondade dos Estados provedores de serviços públicos e prestações sociais.

Com efeito, a despeito de ser certamente mais comum nos países em desenvolvimento, não se pode ignorar que parte significativa da dívida pública, interna e externa, deriva de má gestão, de ineficiência, de práticas de corrupção e de canalização de recursos para atividades que não são prioritariamente de interesse público.

Não se pode tributar toda, ou sequer a maior parte, da dívida soberana formada pelos Estados no financiamento dos serviços públicos e de prestações sociais, sendo visão deveras parcial e simplista.

Com efeito, é necessário seguir a advertência de Raj Patel¹³³ e analisar o problema de acordo com seus múltiplos enfoques, cabendo reconhecer os custos que as guerras ensejaram, as despesas motivadas pela ajuda ao sistema financeiro, entre outros fatores,

¹³⁰ Florian SCHUI. *Austeridade: breve história de um grande erro*.

¹³¹ Raquel VARELA. *A Segurança Social é Sustentável*.

¹³² Mary DOWELL-JONES. “The Sovereign Bond Markets and Socio-Economic Rights: Understanding the Challenge of Austerity”. 56-61.

¹³³ Raj PATEL. *O Valor de Nada*. 21-23.

não sendo possível precificar a vida humana; lamentavelmente, reconhece que algumas medidas adotadas por governos e corporações traduzem a vida humana em números com cifras, ao invés de reconhecer o seu valor.

De nada adiantaria – em nome da sustentabilidade econômica e de uma suposta sanidade das contas públicas a fim de se viabilizar um equilíbrio orçamentário a todo o custo para atender às demandas de credibilidade e higidez das agências de *rating*, ou mesmo por força do princípio da justiça intergeracional – submeter os povos e, principalmente, os mais pobres, desempregados, vulneráveis, minorias e desassistidos, ao agravamento do seu sofrimento ou a uma condição de vida deplorável.

Não há qualquer espécie de sustentabilidade na miséria, qualquer que ela seja, como também a não há na estagnação, que vem a minar os direitos sociais. Assim, os cortes orçamentários, entendidos no contexto da austeridade que se propugna, jamais podem representar tamanho grau de retrocesso social e só se legitimam se, globalmente, tendo em vista a integridade do sistema, não houver retrocesso efetivo.

Não há como reconhecer – no quadro da sustentabilidade – a racionalidade da medida grega de despedida de cerca de 800.000 pessoas que perderam seu emprego público em 4 anos. Não é sustentável a austeridade que mata, que acarreta suicídios ou que traz consequências deploráveis para países e seus cidadãos.

Nesse sentido, não se justifica a interpretação que Mary Dowell-Jones confere, no contexto da crise global, ao art. 2.º do PIDESC, pois as dívidas soberanas não derivam apenas do financiamento dos serviços públicos e das prestações sociais, embora esteja certa ao dizer que sua persistência coloca em risco a própria viabilidade futura de tais serviços. A solução não é retroceder ou estagnar, negando a dimensão normativa emancipatória do sobre-dito dispositivo normativo.

A experiência da Islândia, a despeito das peculiaridades do país, expressa um caminho e um legado para a reflexão política que deve ser profundamente investigado.

E as premissas ora fixadas quanto à rejeição da austeridade sob a perspectiva da sustentabilidade são aplicáveis particularmente aos países em desenvolvimento, como o Brasil, devendo haver uma filtragem nos cortes de despesas com relação a áreas sociais, como saúde e educação.

De qualquer sorte, há que estabelecer critérios que orientem as cortes na defesa da ordem constitucional e dos direitos fundamentais em geral, particularmente dos direitos sociais, conforme tem sido realizado pelo Tribunal Constitucional português, angariando críticas e aplausos da doutrina.

Com esse desiderato, Suzana Tavares¹³⁴ propõe que as medidas de austeridade só se legitimem se observarem os critérios da universalidade, da justiça e da equidade, explicando como poderiam ser operacionalizados para tanto.

Outra proposta, que se afigura mais protetiva dos direitos sociais e que resulta da necessária observância dos referenciais normativos respeitantes a tais direitos, é a de Magdalena Sepúlveda Carmona¹³⁵, que defende a necessária observância do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Desse modo, os Estados-parte têm a obrigação de assegurar um nível essencial mínimo de prestação, sem perder de vista a sua progressiva ampliação, mesmo em situações de crise. Também estariam vedadas medidas deliberadas de retrocesso, como seria impositiva a observância da não-discriminação e da igualdade, bem como a garantia de participação e a de monitoramento e controle.

4. Conclusão

Todas as reflexões que possam ser trilhadas num ambiente complexo, de crise, líquido e de massa, numa sociedade global de risco, são sempre provisórias e não podem ter a pretensão de resolver as questões.

¹³⁴ Suzana Tavares da SILVA. “Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise”. 80.

¹³⁵ Magdalena Sepúlveda CARMONA. *Alternatives to austerity: a human rights framework for economic recovery*. 24-30.

De qualquer sorte, mais do que nunca é necessário restabelecer o fio condutor do constitucionalismo e defender os direitos fundamentais do discurso único do *mainstream* econômico, abrigado pelos *experts* dos governos contra as constituições e contra os governados.

A sustentabilidade projetada para o futuro e nenhuma crise pode justificar que se sacrifique o presente em favor de um futuro impreciso, incerto e fluído, devendo ser cada vez mais aprimorada a interseção entre as dimensões da sustentabilidade e a justiça social.

As condições existenciais jamais podem ser negadas pelos Estados aos seus cidadãos, pois é a razão de legitimidade do modelo de socialidade que foi constituído no século XX e que, com correções, necessita ser protegido e resgatado. Ao futuro todos vamos, com os direitos que sejam ao máximo possíveis, almejando a necessária satisfação suficiente das respectivas demandas.

Bibliografia Citada

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Lisboa: Edições 70, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia a todos nós?*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- *Capitalismo Parasitário*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- *State of Crisis*. Cambridge: Polity, 2014.
- *Tempos Líquidos*. São Paulo: Zahar, 2007.
- BECK, Ulrich. *A Europa Alemã. De Maquiavel a Merckiel: Estratégias de poder na crise do Euro*. Lisboa: Edições 70, 2014.
- *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2240. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DJE 072, de 03-08-2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: *Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. 15 (jan-jun. 1998).
- “Sustentabilidade: um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. *Boletim da Faculdade de Direito*. 88/1 (2012) 1-11.
- ; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. 1991.
- CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su labirinto”. In IDEM. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- CARBONELL, Miguel, coord. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- *Processo, Ideologias e Sociedade*. vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- coord.. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

- CARMONA, Magdalena Sepúlveda. *Alternatives to austerity: a human rights framework for economic recovery*. In Aoife NOLAN. *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- CASTEL, Robert. *A Insegurança Social: O que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CASTORIADIS, Cornelius. *Post-scriptum sobre a insignificância*. São Paulo: Veras, 2001.
- CHOUHRY, Sujit, coord. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- CLAESSENS, Stijn, et al. *Financial Crises: Causes, Consequences and Policy Responses*. Washington: Fundo Monetário Internacional, 2013.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente. e Pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DILLARD, Jesse; DUJON, Verônica; KING, Mary C. *Understanding the Social Dimension of Sustainability*. Nova Iorque: Taylor & Francis, 2009.
- DOWELL-JONES, Mary. “The Sovereign Bond Markets and Socio-Economic Rights: Understanding the Challenge of Austerity”. In Eibe RIEDEL; Gilles GIACCA; Christophe GOLAY, ed., *Economic, social, and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- EDWARDS, Andres R. *The Sustainability Revolution*. Gabriola Island: New Society, 2005.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Les Trois Mondes de L'État-providence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3.^a ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *Continente turbulento e Poderoso. Qual o futuro da Europa*. São Paulo: UNESP, 2014.
- HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. 14.^a ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- HAYEK, Friedrich. *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Unión Editorial, 2006.
- HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza; POWELL, Stephen. *Just Trade*. Nova Iorque: New York University, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

- IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JONES, Owen. *The Establishment*. Londres: Allen Lane, 2014.
- JUDT, Tony. *O Mal que Ronda a Terra*. São Paulo: Objetiva, 2011.
- KAY, John. *Other People's Money: Masters of the Universe or Servants of the People?*. London: Profile Books, 2016.
- KRAMER, Larry D. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LAZZARATO, Maurizio. *Governing by Debt*. Pasadena do SUL: Semiotexte, 2015.
- LEWIS, Michael. *Boomerang*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2011.
- LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- “Sobre a (In)constitucionalidade do regime proposto para a redução dos montantes de pensões de velhice da Caixa Geral de Aposentações”. *Boletim da Faculdade de Direito*. 89/1 (2013) 159-208.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *O Sentimento Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LYOTARD, Jean François. *La Condition Postmoderne*. Paris: Editions de Minuit.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Trotta, 1998.
- MCILWAIN, Charles H. *Costituzionalismo antico e moderno*. Bolonha: Il Mulino, 1990.
- MEDIALDEA GARCÍA, Bibiana et al., coord. *Quiénes son los Mercados y Cómo nos Gobiernan*. Barcelona: Icaria, 2011.
- MELLOR, Mary. *Debt or Democracy: Public Money for Sustainability and Social Justice*. Northampton: Plutopress, 2016.
- MIRKINE-GUETZEVICHT, Boris. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*. Paris: Marcel Giard, 1931.
- NABAIS, José Casalta. “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”. In IDEM; Suzana Tavares da SILVA. *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Lisboa: Almedina, 2011. 11-59.
- NOLAN, Aoife. “Introduction”. In IDEM. *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- NUNES, António José Avelãs. *O Euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316.2/35526>>. Acesso em 1 jul 2014.
- *Uma Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

- NUSSBAUM, Martha C. *Creating Capabilities: the human development approach*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- O'CONNOR, James. *La crisi fiscale dello Stato*. Turim: Einaudi, 1979.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.
- PATEL, Raj. *O Valor de Nada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- PIGEM, Jordi. *Dijo Usted Austeridad. Psicopatología de la (Ir)racionalidad económica*. Sant Pere de Ribes: Proteus, 2012.
- PINEDO, Elvira Mendes. *La Revolución de los Vikingos*. Barcelona: Planeta, 2012.
- POCHMANN, Marcio, et al. *Atlas da Exclusão Social*. vol. I. São Paulo: Cortez, 2014.
- POZEN, Robert. *Too Big to Save? How to fix de U.S. Financial System*. Nova Jersey: John Wiley, 2010.
- ROBERTSON, Margaret. *Sustainability: principles and practices*. Nova Iorque: Routledge, 2014.
- ROMAN, Diane. “La jurisprudence sociale des Courts constitutionnelles en Europe: vers une jurisprudence de crise?”. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. 45 (2014).
- RUGGIE, John Gerard. *Apenas Negócios. As corporações multinacionais e os direitos humanos*. São Paulo: Planeta, 2014.
- SAJÓ, András. *Constitutional Sentiments*. Yale: Yale University Press, 2011.
- SCHUI, Florian. *Austeridade: breve história de um grande erro*. Lisboa: Editorial Presença, 2015.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SEN, Amartya; NUSSBAUM, Martha C., coord. *La Calidad de la Vida*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996
- SILVA, Suzana Tavares da. “Sustentabilidade e solidariedade em tempos de crise”. In José Casalta NABAIS; Suzana Tavares da SILVA. *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Lisboa: Almedina, 2011.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.
- SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Trajectórias de Sustentabilidade: Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

- SORKIN, Andrew Ross. *Too Big to Fail: The inside story of how Wall Street and Washington fought to save the financial system – and themselves*. Nova Iorque: Penguin Books, 2010.
- TEUBNER, Gunther. “Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais”. In Germano SCHWARTZ. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TUSHNET, Mark. “Prefácio”. In Ana Micaela ALTERIO; Roberto Niembro ORTEGA. *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*. Cidade do México: Porruá, 2013.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009.
- VARELA, Raquel. *A Segurança Social é Sustentável*. Lisboa: Bertrand, 2013.
- ZAMAGNI, Stefano. *Mercato*. Turim: Rosenberg & Sellier, 2014.

(Página deixada propositadamente em branco)

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONS- TITUCIONALIDADE 1923, DE 2015

Paulo Modesto

“Tal como na natureza persistem elementos que sobrevivem à sua utilidade, também na cultura há ideias que, utilizando uma bela expressão de Pessoa, podemos dizer que são como cadáveres adiados que procriam”.

(Manuel Maria Carrilho, *Jogos de Racionalidade*, 1994, p. 9)

“Todos preferem uma cultura autêntica a uma cultura alienada, mas a cultura autêntica pode ser estrangeira, e a cultura brasileira pode ser alienada. Se a cultura é verdadeiramente universal, ela é ipso facto brasileira: Mozart é tão relevante para o Brasil como se tivesse nascido na ilha de Marajó, e Sílvio Santos é tão irrelevante como se tivesse nascido em Reikjavík. Contaminada pelo irracionalismo, a tese anticolonial tem uma orientação xenófoba contra a cultura estrangeira, sem que se pergunte se ela é ou não válida, se ela pode ou não contribuir para o nosso próprio enriquecimento cultural. A cultura de massas americana é combatida por ser americana, e não por ser

cultura de massas. Inversamente, a cultura de massas brasileira é apoiada pelo mero fato de ser brasileira, por mais alienante que seja. Ora, não me parece que a série infantil He-Man se tornasse menos monstruosa se o herói fosse um robusto gaúcho dos pampas, ou falasse com um simpático sotaque nordestino. A inteligência não tem pátria, mas a debilidade mental deveria ter: é ela, e não a inteligência, que deve ser considerada estrangeira, mesmo que suas credenciais de brasilidade sejam indiscutíveis. Americana ou brasileira, a cultura de massas funciona como kitsch, como lixo, como narcótico, do mesmo modo que a alta cultura, nacional ou estrangeira, funciona como fermento crítico, como fator de reflexão, como instrumento de autotransformação e transformação do mundo.”

(Sérgio Paulo Rouanet, *As razões do iluminismo*, 1987, p. 127).

1. A ADI 1923: sua relevância para além do imediato

Existem decisões da jurisdição constitucional que transcendem o caso concreto e alteram o modelo de compreensão de amplos segmentos da ordem jurídica. É o que se pode dizer do recente julgamento no Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF, sendo seu relator original o Ministro Ayres Britto, e redator para o acórdão o Min. Luiz Fux, concluído em 16 de abril de 2015.

A ação tramitava há dezesseis anos no Supremo Tribunal Federal, tendo sido proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em 1.12.1998, à época da impetração dos partidos de oposição ao Governo Fernando Henrique Cardoso, com pedido de declaração de nulidade integral da Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, que instituiu a qualificação de entidades como organização social, extinguiu órgãos e entidades públicas e autorizou a absorção de atividades de organizações públicas extintas por organizações sociais.

No Brasil, para espanto universal, a data de vigência das leis é enganosa. As normas contidas na Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, diploma normativo atacado pela ADI 1923/DF, embora divulgadas no Diário Oficial da União em 18 de maio de 1998, produziram efeitos desde 9 de outubro de 1997, data de edição da Medida Provisória n.º 1591, posteriormente sucedida pela Medida Provisória 1648-6, de 24 de março de 1998, reeditada até ser convertida na Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998. Este fato explica por que diversas leis estaduais¹ e municipais²

¹ Entre as leis estaduais destaco as seguintes: AMAZONAS: Lei n.º 3900, de 12 de julho de 2013; BAHIA: Lei n.º 7.027, de 29 de janeiro de 1997 e Lei n.º 8.647, de 29 de julho de 2003; CEARÁ: Lei n.º 12.781, de 30 de dezembro de 1997; Lei n.º 14.158, de 01 de julho de 2008; Lei n.º 15.356, de 04 de junho de 2013; Lei n.º 15.408, de 12 de agosto de 2013; DISTRITO FEDERAL: Lei n.º 2.415, de 06 de julho de 1999; Lei n.º 4.081, de 04 de janeiro de 2008; Lei n.º 4.249, de 14 de novembro de 2008; ESPÍRITO SANTO: Lei Complementar n.º 158, de 01 de julho de 1999; Lei Complementar n.º 416, de 29 de outubro de 2007; Lei Complementar n.º 489, de 22 de julho de 2009; GOIÁS: Lei n.º 15.503, de 28 de dezembro de 2005; Lei n.º 18.658, de 02-10-2014; Lei n.º 18.658, de 02 de outubro de 2014; MARANHÃO: Lei n.º 7.066, de 03 de fevereiro de 1998; MATO GROSSO: Lei Complementar 150 de 08 de janeiro de 2004, MATO GROSSO DO SUL : Lei n.º 2.152, de 26 de outubro de 2000, Lei n.º 4640, de 24 de dezembro de 2014; PARÁ: Lei n.º 5.980, de 19 de julho de 1996; PARAÍBA: Lei Complementar n.º 74, de 16 de março de 2007; Lei n.º 9.454, de 06 de outubro de 2011; PARANÁ: Lei Complementar n.º 140, de 14 de dezembro de 2011; PERNAMBUCO: Lei n.º 11.743, de 20 de janeiro de 2000; Lei n.º 12.973, de 26 de dezembro de 2005; Lei n.º 15.210, de 19 de dezembro de 2013; PIAUÍ: Lei Ordinária n.º 5.519, de 13 de dezembro de 2005; RIO DE JANEIRO: Lei n.º 5.498, de 07 de julho de 2009; Lei n.º 6043, de 19 de setembro de 2011; Lei n.º 6339, de 06 de novembro de 2012; Lei n.º 6470, de 12 de junho de 2013; RIO GRANDE DO NORTE: Lei Complementar n.º 271, de 26 de fevereiro de 2004; Lei Complementar n.º 468, de 22 de junho de 2012; RONDÔNIA: Lei n.º 3.122, de 01 de julho de 2013; SANTA CATARINA: Lei n.º 12.929, de 04 de fevereiro de 2004; Lei n.º 13.343, de 10 de março de 2005; Lei n.º 13.720, de 02 de março de 2006; SÃO PAULO: Lei Complementar n.º 846, de 4 de junho de 1998; Lei Complementar n.º 1095, de 18 de setembro de 2009; Lei Complementar n.º 1.243, de 30 de maio de 2014; SERGIPE: Lei n.º 5.217, de 15 de dezembro de 2003; Lei n.º 5.285, de 16 de março de 2004; TOCANTIS: Lei n.º 2.472, de 7 de julho 2011. Apenas os Estados de ALAGOAS e RORAIMA não possuem leis para qualificação de organizações sociais, mas possuem projetos de lei em vias de aprovação.

² Entre as leis municipais, destaco as leis de Capitais: BELÉM: Lei n.º 8734, de 29 de março de 2010; CURITIBA: Lei n.º 9226 de 23 de

sobre a qualificação de entidades privadas como organizações sociais, muitas vezes tendo o modelo federal como direta inspiração, foram publicadas *antes* da promulgação da Lei Federal n.º 9.637/1998.

Essa aparente *dissonância temporal* explica também como, sem qualquer vocação para a vidência, proferi palestra e apresentei texto escrito sobre as organizações sociais e as normas da futura Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, durante o *II Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, promovido na Isla de Margarita – Venezuela, no período de 15 a 18 de outubro de 1997. Este foi o primeiro texto jurídico escrito no Brasil sobre o tema. O artigo antevia as resistências da doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro ao modelo de qualificação das organizações sociais, tendo assumido desde logo um título provocatório: “Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das Organizações Sociais”³.

Esse texto divulgado poucos dias após a edição da Medida Provisória n.º 1591, de 9 de outubro de 1997, acertou no alvo, no referente às dúvidas que viriam a constituir o centro do debate sobre a legitimidade da lei das organizações sociais ao longo desses dezesseis anos. Recordo, assim, o resumo que então escrevi:

dezembro de 1997; MACEIÓ: Lei n.º 6.304, de 26 de fevereiro de 2014; SALVADOR: Lei 5.905, de 19 de janeiro de 2001, substituída posteriormente pela Lei n.º 8.631, de 25 de julho de 2014; FORTALEZA: Lei n.º 8.704, de 13 de maio de 2003, alterada pela Lei n.º 9.008, de 29 de setembro de 2005; JOÃO PESSOA: Lei n.º 12.210, de 15 de setembro de 2011; RECIFE: Lei n.º 17.785, de 10 de junho de 2013; TERESINA: Lei n.º 3.863, de 13 de maio de 2009; Lei n.º 3.913, de 11 de setembro de 2009; NATAL: Lei n.º 6.295, de 30 de setembro de 2011; ARACAJÚ: Lei n.º 4383, de 22 de maio de 2013; GOIÂNIA: Lei n.º 8411, de 04 de janeiro de 2006; CUIABÁ: Lei n.º 5.500 de 07 de dezembro de 2011; BELO HORIZONTE: Lei n.º 10.822, de 23 de junho de 2015; RIO DE JANEIRO: Lei n.º 5.026, de 19 de maio de 2009; SÃO PAULO: Lei n.º 14.132, DE 24 DE JANEIRO DE 2006; Lei n.º 14.664, de 4 de janeiro de 2008, Lei n.º 14.669, de 14 de janeiro de 2008, Lei n.º 15.380, de 27 de maio de 2011, VITÓRIA: Lei n.º 5.811, de 30 de dezembro de 2002.

³ MODESTO (1997).

“São basicamente *duas* as dúvidas levantadas pelos juristas durante o processo de discussão do modelo de organizações sociais apresentado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. A primeira, de caráter geral, diz respeito à própria identificação do que sejam as organizações sociais e o papel que cumpriram perante a administração pública. Em termos técnicos, ao fim e ao cabo, esta primeira indagação diz também sobre a *possibilidade e natureza jurídica* das organizações sociais. Discute-se aqui sobre se as organizações sociais desenvolveriam atividades de *serviço público* ou *atividades privadas*, sobre se constituiriam formas de *privatização de entes públicos*, bem como sobre quais os traços diferenciais que as apartariam das tradicionais *entidades privadas de utilidade pública*. Na segunda questão, de caráter especial, indaga-se sobre se será cabível a exigência de realização de *processo licitatório* para a cessão de bens e recursos públicos às entidades reconhecidas como organizações sociais, o *regime jurídico* do apoio que lhes emprestará o Poder Público, bem como sobre o que as distinguirá das entidades privadas que prestam serviços à Administração Pública mediante contratos de *terceirização*.”⁴

Desde o primeiro debate com a comunidade jurídica sobre o novo *modelo de parceria*⁵ era evidente a resistência de muitos

⁴ MODESTO (1997: 198).

⁵ Parceria é voz empregada no texto em sentido amplo, na acepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, designando “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público”. (DI PIETRO, 2011: 22). Para Licínio Lopes Martins, “sobre o conceito de parceria, num sentido amplo, pode dizer-se que abrange quer as relações construídas na base de contratos de colaboração, quer as que têm por base os contratos de cooperação ou contratos de atribuição. Portanto, a parceria incluirá também o fenômeno da colaboração dos particulares na gestão e prestação de serviços públicos do domínio económico e industrial. Do seu âmbito de aplicação fica excluída a privatização propriamente dita” (MARTINS, 2009: 364). Para fins didáticos, classifico as parcerias em *econômicas*, *institucionais* ou *sociais*. *Econômicas*, em sentido estrito, são as parcerias que autorizam o partícipe a apropriar-se do resultado econômico mediato ou imediato da colaboração para utilização livre. *Sociais* são as parcerias nas quais o resultado econômico do vínculo deve ser integralmente reinvestido na própria atividade social desempenhada, ou incorporado a fundo

autores à utilização de entidades privadas sem fins lucrativos, de fins públicos, como *forma de execução indireta de políticas públicas sociais pelo Estado*. A resistência assumia frequentemente conotação política e emocional. Não parecia suficiente tornar mais rigorosa a certificação das entidades privadas e estruturar as parcerias, adotando nas relações de fomento cautelas ausentes em títulos jurídicos anteriores de acreditação de entidades beneficentes, designadamente o título de utilidade pública. *Para muitos a execução direta pelo Poder Público de prestações sociais seria a única modalidade possível de atuação legítima do Estado*, pois qualquer outro formato (v.g., execução indireta por particulares ou transferência de recursos aos usuários para aquisição de serviços) constituiria *demissão dos deveres impostos ao Estado de atendimento dos deveres constitucionais de garantia de bens sociais*. A Constituição Federal teria adotado um modelo específico de Estado intervencionista na ordem social impermeável ao legislador ordinário, irreformável no plano constitucional e definitivo em termos políticos. Nenhum órgão ou entidade pública de prestação social poderia ser extinto e seus serviços absorvidos e atendidos por organização social. A prestação de serviços sociais em formato de parceria pelo Estado com as organizações sociais somente seria legítima com caráter excepcional ou subsidiário. Para esses autores, a nova qualificação de organizações sociais explicitava um *grande plano de desmonte e privatização do Estado Social no Brasil, com importação de ideias estrangeiras neoliberais*.

Para dialogar com esta doutrina, sustentada por amigos queridos e alguns dos autores mais eminentes do direito brasileiro, argumentei inicialmente que a plena eficácia das novas normas inseridas no programa de reforma administrativa do Estado de 1995-1998 exigiria uma concomitante *reforma de mentalidades*,

patrimonial de contingência, diretamente relacionado com a sustentabilidade da prossecução da atividade social fomentada e com a realização dos valores comuns, não sendo os recursos reservados passíveis de distribuição a partícipe no fim do exercício ou por ocasião da extinção da entidade. *Institucionais* são as parcerias que não envolvem transferência de recursos entre os parceiros, constituindo colaboração de troca de informações ou de simples atuação conjunta, sejam os partícipes apenas entidades públicas ou envolvam entidades públicas e privadas.

especialmente dos juristas, responsáveis imediatos pela *interpretação do direito reformado*. O primeiro passo seria adotar uma *atitude de abertura*, de *ânimo desarmado* (*sine ira et studio*), negação da mentalidade burocrática que desconfia do novo e o renega de plano, adulterando o seu sentido próprio a partir de antigos esquemas conceituais.

Nesse passo, invocava Pontes de Miranda, que afirmara muitos anos antes o seguinte:

“Fez-se cânon da Crítica moderna ser-lhe indispensável a *simpatia*. Interpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver. A exigência, portanto, cresce de ponto, em se tratando de Constituição. *Com a antipatia não se interpreta, — ataca-se;* porque interpretar é pôr-se do lado que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, do intérprete e do texto. Portanto, a própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta nas regras jurídicas escritas; e, penetrando-se nelas, dar-lhes a expansão doutrinária e prática, que é o comentário jurídico. Só assim se executa o programa do jurista, ainda que, de quando em vez, se lhe juntem conceitos e correções *de lege ferenda*”.⁶

A ADIN 1923/DF foi proposta neste contexto de embate político e ideológico e expressou fielmente a resistência da doutrina tradicional ao *modelo colaborativo das organizações sociais*, considerado por muitos autores fórmula de privatização, fraude à organização administrativa e expressão acabada de neoliberalismo. Em contraste, desde o início de vigência da lei atacada sustentei, com apoio crescente de outra parte da doutrina, que o *modelo das organizações sociais estruturava legitimamente a colaboração entre particulares sem fins lucrativos e o Poder Público na ordem social*, a fim de viabilizar com segurança jurídica e controle público parcerias sociais indispensáveis ao efetivo provimento pelo Estado de bens sociais fundamentais (saúde, educação, cultura, defesa do meio ambiente, pesquisa científica e tecnológica, assistência social, entre outros), prestações

⁶ MIRANDA (1987: 5).

realizadas de direito próprio pelas entidades privadas, sem qualquer demissão pelo Estado de seus deveres constitucionais.

O Estado não se desonera de suas obrigações institucionais quando assegura o provimento de bens sociais de modo gratuito e universal, mediante parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos. Assegurar o efetivo provimento de bens sociais é mais importante do que prover diretamente, sendo a execução indireta de cariz social forma legítima e prevista na Constituição de cumprimento pelo Estado de seus fins, desde que adequadamente estruturada. A esfera pública não é apenas construção estatal, sendo também integrada por entidades privadas de fins públicos ou de solidariedade social.⁷

As organizações sociais traduzem uma das formas possíveis de *participação privada na esfera pública*. São “fórmulas cooperativas de participación”, na expressão sintética de Garcia de Enterría e Fernández Rodríguez⁸. Estes autores, dissertando sobre o tema da participação privada em funções públicas, afirmam ser este modo de atuação participativa *mais intenso* do que os demais conhecidos, uma vez que “no se refiere a actuaciones aisladas sino a conductas permanentes institucionalizadas”, realizadas “mediante la creación

⁷ Para Jürgen Habermas, a sociedade civil tem seu núcleo institucional formado por “associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política” (1997, p. 99). Para o mesmo autor, a sociedade civil é parte integrante da esfera pública, conquanto esta seja dominada por meios de comunicação de massa e pelas grandes agências. Sem embargo disso, as organizações da sociedade civil formam “o substrato organizatório do público de pessoas privadas que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade” (HABERMAS, 1997: 100). Em perspectiva jurídica, Vital Moreira convoca a atenção para a superação da separação clássica Estado-sociedade no Estado social contemporâneo, inclusive pela identificação de um “espaço intermédio, uma esfera de funções públicas exercidas por organismos sociais”, que alguns designam como ‘área pública não estadual’ ou ‘público-corporativa’, “a um tempo pública e privada” (MOREIRA, 1997: 25). Conferir no Brasil, por todos PEREIRA (1998: 235-250).

⁸ GARCÍA ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989: 78 e s.).

por los ciudadanos de organizaciones especiales”, vocacionadas a “fines de interés general”⁹.

As organizações sociais podem ser definidas como *instituições do terceiro setor* (pessoas jurídico-privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo), pois possuem o mesmo *substrato material e formal* das tradicionais pessoas jurídicas privadas de utilidade pública.¹⁰ Não designam um novo tipo de pessoa jurídica privada nem são pessoas jurídicas criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública. São pessoas jurídicas estruturadas sob a forma de *fundação privada* ou *associação sem fins lucrativos*, assim designadas por receberem um *título jurídico especial*, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de *requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei*. O deferimento do título às entidades requerentes não confere, isoladamente, acesso a bens públicos ou serviços privativos, nem ocorre em contexto de competição, porquanto inexistente limite para o número de entidades que podem receber o título de organização social e o simples deferimento do título não credencia a entidade beneficiada ao desempenho de qualquer atividade reservada ao Poder Público.

A adesão ao *figurino orgânico-funcional previsto genericamente em lei*, bem como o cumprimento dos demais requisitos exigidos para a concessão do título, constitui *ato voluntário* das entidades privadas e destina-se a fixar *garantias de governança interna*¹¹ necessárias

⁹ GARCÍA ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1989: 86).

¹⁰ SILVA; SOARES (2015: 53) salientam o papel desempenhado pelo terceiro setor para além de sua atuação no plano da prestação de serviços sociais: “Apesar da sua modesta expressão económica quando comparada com o setor privado lucrativo, o ‘terceiro setor’ é uma infraestrutura essencial da economia civil e social, geradora de inúmeras externalidades positivas, de entre as quais destacamos, pela sua relevância, o papel único que desempenham no domínio da coesão social”.

¹¹ *Governança*, signo multívoco, vem utilizado no texto no sentido de *governança corporativa*: estrutura específica de deliberação, incentivo e controle, traduzida em determinada arquitetura orgânica e funcional, adequada à produção de decisões transparentes, coerentes e consistentes pelos órgãos da entidade e à prevenção de conflitos de interesse, contribuindo para a longevidade da organização. Em outro sentido, SCHMIDT-AßMANN (2006: 43) destaca no conceito de governança a “estru-

ao estabelecimento de uma *relação de confiança estruturada* entre o ente privado e o Poder Público. A complexidade desta relação de fomento e colaboração, no entanto, escapa ao casuísmo e assistencialismo típico de modelos simplificados e tradicionais de auxílios públicos a entidades de interesse social, em regra concedidos sem parametrização clara de contrapartidas em resultados concretos. A novidade do modelo (e sua complexidade) naturalmente despertaram inquietações e dúvidas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1923 pode contribuir para sepultar definitivamente as velhas dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais e favorecer a *reforma de mentalidades* aguardada há dezesseis anos para a transformação do modo de atuação do Estado brasileiro na ordem social. A decisão destaca a *legitimidade da atuação colaborativa de entidades sem fins lucrativos no espaço público*, sem qualquer fé cega no mercado ou na eficiência dos privados. Afinal, como destacou com clareza João Carlos Loureiro¹² em contexto português, “a dor e o sofrimento humanos provados pela miséria e pela privação não se resolvem com uma deserção do Estado, embora também não se solucionem pondo no Estado todo o enlevo e toda a esperança”.

Para compreender o alcance da decisão proferida na ADI 1923, porém, é fundamental revisitar as linhas básicas do modelo jurídico das organizações sociais, explicitando ambiguidades, identificando o contexto histórico em que a lei foi aprovada e elidindo equívocos que podem turvar o entendimento das notáveis repercussões da decisão proferida.

2. Organização Social: conceito jurídico ambíguo

Organização Social é expressão ambígua no direito brasileiro. Em *sentido lato*, organização social pode denotar:

a) modo de estruturação ou ordenação de determinada comunidade social ou etnia¹³;

tura regulatória” e a “distribuição” e a “repartição de responsabilidades” entre a Administração e os cidadãos.

¹² LOUREIRO (2010: 11).

¹³ O primeiro sentido amplo pode ser ilustrado pelo disposto no

b) qualquer espécie de entidade privada sem finalidade lucrativa dirigida à prestação de atividades de interesse coletivo ou de solidariedade social¹⁴.

Em *sentido estrito*, ou próprio, organização social pode denotar:

a) o título jurídico instituído, no âmbito da União Federal, inicialmente pela Medida Provisória n.º 1591, de 9 de outubro de 1997, e por sua sucessora, a Medida Provisória 1648-6, de 24 de março de 1998, posteriormente reeditada e convertida na Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998;

b) o título jurídico instituído, por leis estaduais, municipais e distritais, para qualificar entidades privadas sem fins lucrativos e de escopo social, segundo modelo semelhante ao adotado na Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998¹⁵;

art. 25 da Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências: “Art. 25. Os projetos de enfrentamento da pobreza compreendem a instituição de investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e sua organização social.” Na jurisdição constitucional, consulte-se também o emprego da locução “organização social indígena” no acórdão de julgamento sobre a validade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (STF, Tribunal Federal, PET 3388, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181, divulg. 24-09-2009, public.25-09-2009, repub.DJe-120, 01-07-2010).

¹⁴ São designadas como organizações sociais, neste segundo sentido abrangente, diversas entidades privadas de fins públicos, qualificadas formalmente como tal, ou não, pelo Poder Público, sendo algumas referidas na própria Constituição Federal: (a) “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos” (CF art. 150, VI, “c”); “entidades filantrópicas” (CF art. 199, § 1.º); “entidades sem fins lucrativos” (CF art. 199, § 1.º); “entidades beneficentes” (CF art. 204, I); “entidades não governamentais” (CF art. 227, § 1.º). São entidades privadas instituídas para “servir desinteressadamente à coletividade” e, por isso, em princípio aptas a receber o título de utilidade pública federal, na dicção da Lei n. 91, de 18 de agosto de 1935, ou títulos equivalentes nos Estados e Municípios, desde que preenchidos os demais pressupostos estabelecidos em lei.

¹⁵ Há dezenas de leis estaduais e municipais instituidoras do título ‘de organização social’ no respectivo âmbito espacial, muitas das quais referidas na nota 1 e 2. Algumas reproduzem simplesmente a lei federal; outras estabelecem novas exigências para a concessão do título. O presente texto limita-se a reavaliar aspectos gerais da lei federal, tendo como objetivo apurar o alcance e a repercussão da decisão do Supremo Tribunal

c) as entidades privadas sem fins lucrativos detentoras de um ou mais títulos de organização social na União Federal, nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios, depois de atendidos os requisitos previstos nas normas regentes dos respectivos títulos administrativos.

Para fins didáticos, a) e b) do sentido estrito são trilhas semânticas de mesma natureza, constituindo o *conceito formal ou jurídico-objetivo de organização social*.¹⁶ O enunciado c) denota o *conceito jurídico-subjetivo de organização social*. Neste trabalho, a voz ‘organização social’ será utilizada apenas no horizonte desses dois sentidos próprios ou estritos.

No direito brasileiro, até à presente quadra, apenas a Administração Pública está habilitada a conceder o título ou a qualificação jurídica de ‘organização social’ a determinada entidade privada sem fins lucrativos. Não há a concessão do título por ato legislativo ou judicial. Essa restrição não foi ao longo dos anos observada na concessão do título de utilidade pública, frequentemente deferido por ato legislativo no âmbito dos Estados e Municípios, *o que se faz de forma materialmente inconsistente e juridicamente inconstitucional há décadas*.

A concessão do título ‘de utilidade pública’ por ato legislativo constitui violação manifesta do princípio constitucional da *separação de poderes* (art. 2.º, CF). O deferimento de título jurídico a específicas entidades privadas sem fins econômicos e de escopo social consiste em *função administrativa de fomento e controle*, exigindo análise de documentos e situações fáticas, atividade de verificação e acompanhamento administrativo incompatível com simples

Federal na ADIN 1923, pois na referida ação apenas a Lei Federal n.º 9.637/1998 foi objeto de controle de constitucionalidade.

¹⁶ NETO (2013: 160-161) distingue a concessão-delegação e a concessão-distinção no direito brasileiro. Denomina concessão-delegação os “ajustes que envolvem o trespasse de uma função ou utilidade do concedente (administração pública) ao concessionário”; a “concessão-distinção corresponde à adjudicação, ao particular, de um direito que lhe confira status distintivo em relação àqueles outros que se encontram em igual situação jurídica, sem que isso implique atribuição para agir em nome do concedente” (*ibid.*: 160). Estas últimas podem ser de natureza honorífica (concessão de comendas, títulos ou prebendas, por exemplo) ou conferir estatuto jurídico diferenciado (concessão de cidadania e vistos a estrangeiros, por exemplo) (*ibid.*). O título de organização social não confere delegação de serviço.

declarações solenes, abstratas, definitivas e formais realizadas por lei. O título ‘de utilidade pública’ traduz declaração de a entidade privada “servir desinteressadamente à coletividade” (art. 1.º, da Lei 95/1935), certificado que não se pode conferir sem concreta atuação administrativa. A concessão do título ‘de utilidade pública’ por órgão legislativo revela prática distante da função específica da lei de inovar a ordem jurídica, não encontra conexão com qualquer atividade real de controle legislativo, sendo claramente subversiva da divisão funcional de poderes admitida na Constituição e, conseqüentemente, violadora do princípio da reserva de administração. É *costume político*, sem previsão constitucional, que favorece o tráfico de favores entre parlamentares e a criação de entidades de solidariedade social inautênticas, formalmente sem fins lucrativos, porém materialmente dirigidas à obtenção de vantagens e a captura de rendas fora do mercado, sem criação de riqueza ou vantagem social, o que resulta em inadequada alocação de recursos públicos e “rent-seeking”. É digno de registro que esta violação reiterada da cláusula de reserva de administração tenha passado (e permaneça) invisível para a grande maioria dos órgãos de controle e para a doutrina brasileira até à atualidade.¹⁷

¹⁷ No âmbito federal, felizmente, respeitou-se ao longo dos anos o caráter administrativo da concessão do título ‘de utilidade pública’. O título era concedido por decreto, não por lei, diretamente pelo Presidente da República (Lei 91, de 28 de agosto de 1935, c/c Decreto 50.517, de 02 de maio de 1961, e Decreto 60.931, de 04 de julho de 1967) ou, *em razão de delegação*, por ato do Ministro da Justiça (Decreto 3.415, de 19 de abril de 2000). No entanto, entidades beneficiadas com títulos concedidos diretamente por leis estaduais, municipais ou distritais requeriam a deputados a iniciativa de projetos de lei com vistas à concessão do título federal. Esses projetos foram arquivados pela Mesa da Câmara de Deputados nos últimos trinta e cinco anos (Cf. BOUDENS, 2000: 3). A concessão do título é considerada ato discricionário do Poder Executivo, insuscetível de revisão ou inovação por ato do Poder Legislativo. Sobre a violação à *reserva de administração* na matéria, cf. STF, RE 427.574 ED /MG, Rel. Celso de Mello, 2.ª Turma, julgamento 13.12.2011. Ao final de 2015, o *título de utilidade pública federal foi extinto* pela Lei 13.204, de 14 de dezembro de 2015: o art. 9.º da lei revogou, integralmente, a Lei no 91, de 28 de agosto de 1935. Mas se o problema desaparece em definitivo no plano federal, com a extinção do título de utilidade pública, persiste nos Estados, Municípios e Distrito Federal, onde estes títulos ainda são concedidos por leis em absoluto descompasso com a divisão funcional de Poderes, indiferentes à

Destaque-se que “organização social” permanece *título jurídico exclusivamente administrativo*. Título exigente de análise administrativa da estrutura estatutária assumida pela entidade privada, nomeadamente quanto aos fins sociais consagrados em seu ato fundador e à observância das regras de governança mínimas previstas em lei, além de pressupor avaliação quanto ao corpo dirigente da entidade, quer sobre a correspondente habilitação técnica e representatividade social, quer sobre a não incidência de conflitos de interesse. O Poder Executivo deve analisar a consistência dos mecanismos de *governance e accountability das entidades privadas postulantes ao recebimento do título de organização social*, previstos expressa ou implicitamente na Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998¹⁸.

reserva de administração e sem qualquer avaliação da efetiva atuação das entidades beneficiadas.

¹⁸ Para receberem do Poder Executivo a qualificação de ‘organização social’ as associações e fundações, além de prosseguirem os fins sociais indicados na Lei 9637/98, devem prever estatutariamente a participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral (art. 2.º, d), devendo este colegiado reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo (art. 3.º, VI). Para este colegiado devem ser reservadas estatutariamente diversas competências estratégicas ou estruturantes, entre as quais a de fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto; aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade, aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; designar e dispensar os membros da diretoria, fixar a remuneração dos membros da diretoria; aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros; aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências; aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade (art. 4.º). Se assinarem contrato de gestão com o Poder Público, as organizações sociais devem também publicar anualmente, no Diário Oficial da União, relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão (art. 2.º, f) e publicar, no prazo máximo de 90 (noventa dias) da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos do Poder Público (art. 17). Ao término de cada exercício ou a qualquer momento, as entidades privadas devem ainda apresentar relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo

Sob o ângulo subjetivo, apenas entidades constituídas sob a forma de *associação* ou *fundação* podem requerer a qualificação de organizações sociais, não sendo prevista a concessão do título a empresas sociais, cooperativas ou agrupamentos populares sem personalidade jurídica (v.g. Movimento dos Trabalhadores Sem Terra - MST).

A partir do Código Civil de 2012, desaparecem as sociedades civis sem fins lucrativos, subsistindo como sociedades civis apenas as de fins lucrativos, simples ou empresárias. Portanto, após o Código Civil de 2012, apenas as associações e fundações podem ser enquadradas como pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos e de fins sociais.

No Brasil, a plena liberdade de associação para fins lícitos é assegurada pela Constituição Federal, sendo vedada a associação de caráter paramilitar (cf. art. 5.º, XVII). O direito de constituir associação e de associar-se é direito fundamental, sendo dispensada a edição de ato de autorização estatal para a constituição da pessoa jurídica associativa e proibida a interferência estatal no seu funcionamento (cf. art. 5.º XVIII).

A associação não poderá ser compulsoriamente extinta, dissolvida, ou ter as suas atividades suspensas, salvo por decisão judicial transitada em julgado (cf. art. 5.º, XIX) e ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (cf. art. 5.º, XX). Por fim, as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, possuem legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (cf. art. 5.º, XXI).

Pelo Código Civil, em sua redação original, ‘fundação’ é simplesmente o acervo patrimonial livre, adstrito a um determinado fim social, personalizado e com capacidade jurídica para atuar

comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º, §1º), sendo que estes resultados serão analisados, periodicamente, por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (art. 8, §2º). A *ratio* dessa disciplina será explicitada adiante, quando voltaremos a tratar desses condicionamentos peculiares ao título de organização social, pois algumas exigências estão diretamente relacionadas com o contexto histórico de surgimento da lei e das necessidades que o modelo visou atender.

mediante uma organização específica. No entanto, em norma imprecisa, o legislador restringiu as finalidades sociais que poderiam ser perseguidas pelo instituidor, nos termos do estatuto, a *fins religiosos, morais, culturais ou assistenciais* (CC, art. 62, parágrafo único). Essas finalidades foram enunciadas de forma vaga e anacrônica. Fins morais todas as fundações devem prosseguir, pois seria inconcebível uma fundação de fins imorais. Porém, resta a imprecisão: poderiam ser enquadrados como fins culturais a defesa do meio ambiente e a prossecução da pesquisa científica e tecnológica? Quais fins sociais seriam abrangidos pela categoria fins assistenciais? Desde o início da vigência do texto original do Código Civil houve consenso na doutrina sobre a lamentável redação do parágrafo único do Art. 62 e sobre a necessidade de sua modificação, o que veio ocorrer recentemente pela *Lei n.º 13.151*, de 28 de julho de 2015.¹⁹

¹⁹ A Lei Federal n.º 13.151, de 28 de julho de 2015 altera amplamente o parágrafo único do art. 62 do Código Civil, pois admite a constituição de fundações para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; IX – atividades religiosas. No entanto, foi vetada pela Presidente da República a possibilidade de instituição de fundações para “habitação de interesse social”. A Lei n.º 13.151, de 28 de julho de 2015 expressamente autoriza a remuneração de dirigentes estatutários das associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, desde que atuem efetivamente na gestão executiva das entidades, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações. Esse critério de retribuição deverá ser interpretado de forma conjunta a normas estabelecidas na legislação precedente, não revogada, em especial a Lei 12.868, de 15 de outubro de 2013, que alterou a Lei 9.532/97 e a Lei 12.101/2009, a saber: (a) limitação da remuneração bruta individual do dirigente a 70% do limite estabelecido para remuneração de servidores do Poder Executivo Federal; (b) ausência de dirigente remunerado com a qualidade de cônjuge ou parente até 3.º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição; (c) limitação do total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, a 5 (cinco) vezes o

Ao contrário das associações, que nunca se desvinculam da vontade dos associados, soberanamente reunidos em Assembleia Geral, na fundação privada autonomiza-se o fim social a ser perseguido, que se destaca do instituidor a partir do momento em que este, por escritura pública ou testamento, vincula uma dotação especial de bens livres a um fim determinado, declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.²⁰

Joaquim Falcão, em jogo de palavras, define as fundações como “fundos em ação”, e explica: “*Foundations – funds in action. Fondation = fonds en action*. Os fundos vêm da mobilização voluntária dos cidadãos. A ação vem do compromisso com o bem público. Ambos, portanto, democracia e fundações, são formas de institucionalizar a mobilização, organização e participação dos cidadãos no bem comum” (2006, 50).

3. Exigências para a obtenção do título de organização social da Lei Federal n.º 9.637/98

Para requerer a concessão do título de organização social a associação ou fundação privada deve:

(a) atuar sem ânimo de lucro nas áreas de *ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde* (art. 1.º, Lei 9.637/1998) ou em outra área social contemplada nas leis estaduais, distritais e municipais pertinentes;

valor correspondente ao limite individual referido.

²⁰ Domingo Soares Farinho sustenta que “a Fundação caracteriza-se pela vontade de autonomizar um fim, que deve subsistir por si próprio, integrado numa nova esfera. Nada impede que o fundador, se tal estiver normativamente previsto, possa exercer um controlo sobre a fundação, desde que o fim fundacional se mantenha intacto como referente da vontade fundacional” (2014, p. 273). A compreensão do autor é compatível com o direito brasileiro, pois também aqui a *autonomia teleológica da fundação* não obriga a previsão de *autonomia formal organizativo-fundacional*, sendo esta inviável para qualquer fundação instituída pela Administração Pública. Correta também a intuição do autor quanto à existência de *tipos híbridos*, fundações de participação ou de associação, quando o estatuto permita a alteração do rol dos fundadores ou a integração superveniente de outros fundadores e autorize a intervenção dos fundadores na gestão da fundação. FARINHO (2014: 318-319).

(b) apresentar estatuto registrado fiel ao *figurino organizacional e funcional* estabelecido nas leis reguladoras do título de organização social.

As entidades que prestam atividades de assistência social e promoção do desporto, conquanto aparentemente não contempladas, podem ser qualificadas como organizações sociais quando a atividade desempenhada mantiver vínculos diretos com atividades educacionais ou a promoção da saúde e da cultura.

A área de atuação das organizações sociais é formada exclusivamente por *atividades livres ao desempenho por particulares*, que podem *prestá-las com ou sem o título administrativo conferido*, pois são atividades que dispensam a exigência de prévia delegação formal pelo Poder Público. São atividades exercidas por direito próprio (*iure proprio*). Porém, é *equivoco dogmático* enquadrar essas atividades livres no rol das atividades de exploração econômica quando prestadas por particulares. A doutrina tradicional comete esse equivoco, pois é prisioneira da divisão binária entre serviços públicos e serviços de exploração econômica, como analisamos em outros trabalhos²¹. A jurisdição constitucional, antes da decisão na ADI 1923, também incidia nesta *bipolaridade simplificadora*, sem maiores reservas²²

²¹ MODESTO (1998), (2005), (2011).

²² Na ADI 319-4, por exemplo, relativa à lei que estabelecia controles sobre o aumento de mensalidades escolares das escolas privadas (Lei n.º 8.039/1990), o Supremo Tribunal Federal afirmou o caráter privado dos serviços prestados pelos estabelecimentos de ensino particulares (recusou a essas atividades o caráter de serviço público), porém admitiu a constitucionalidade da lei guerreada fazendo a invocação de princípios genéricos da ordem econômica, a exemplo do princípio da livre concorrência, da defesa do consumidor e da justiça social. A ementa do Acórdão, correto na conclusão e anacrônico na fundamentação, é a seguinte: “EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a

Em verdade, essas atividades livres ao desempenho privado são *atividades de relevância pública* (*tertium genus*, entre os conceitos de serviço público e serviço de exploração econômica) e são expressamente referidas pela Constituição brasileira (a exemplo do art. 197, que emprega a expressão em sentido objetivo, e do art. 129, II, que a emprega em sentido subjetivo), autorizando a *regulação, fomento e controle intenso do Estado*.

Os tradicionais serviços públicos sociais são nominados na lei fundamental *atividades de relevância para a ordem social* e, a partir dos dispositivos constitucionais, estão *sujeitos a políticas públicas* restritivas e promocionais vinculantes em grau superior ao estabelecido no Art. 174 da Constituição Federal para as atividades da ordem econômica. *Nas atividades de relevância pública social a regulação estatal não é meramente indicativa* e podem ser estabelecidas exigências gerais de regularidade, continuidade, modicidade e igualdade, semelhantes às impostas tradicionalmente aos serviços públicos, mas distintas destas pela impossibilidade de o Poder Público ingerir concretamente no modo de prestação do serviço, definir o valor dos serviços prestados ou a modificação concreta de sua forma de prestação (mutabilidade). Exemplo: as normas gerais da educação, com fundamento no art. 209 da Constituição Federal, podem exigir a continuidade de cursos ofertados e iniciados no ensino privado, mesmo que a evasão de alunos torne o curso não rentável, como forma de proteger os alunos remanescentes, ou inibir abusos na revisão de mensalidades escolares, mas a autoridade administrativa não está autorizada a fixar o valor das mensalidades escolares em nome da modicidade ou estabelecer especificamente o *quantum* de correção deve ser aplicado aos contratos de prestação de serviços na área de ensino.

Ressalte-se ainda que, por serem *atividades exercidas de direito próprio pelas entidades privadas*, o Estado nada delega e não é *ope legis* responsável subsidiário pelos danos causados por agentes privados no exercício dessas atividades, embora possa vir a ser responsabilizado em decorrência de vínculo de parceria específico

cada um dos artigos da mencionada Lei. (...) STF, ADI 319 QO, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036).

com a entidade (eventual *culpa in elegendo* ou *in vigilando*). No serviço público, atividade submetida à reserva de titularidade do Poder Público consoante o art. 175 da Constituição, o Estado é sempre, no mínimo, subsidiariamente responsável por danos decorrentes da prestação do serviço.

Por conseguinte, não se aplicam aos serviços de relevância pública os artigos 173, 174 e 175 a Constituição Federal. Não se aplica o art. 173, por não se tratar de atividade econômica de titularidade reservada aos particulares, na qual o Estado atue de forma excepcional e apenas para atender a imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo definido em lei, sempre submetido ao direito privado. Nos serviços sociais o Estado atua de modo ordinário, vinculado a obrigações constitucionais, concomitantemente à atuação dos privados, prestando serviços mediante estruturas organizatórias variadas, ora sob o regime integralmente público (fundações de direito público ou autarquias), ora sob o regime de direito privado administrativo (empresas públicas sociais, fundações de direito privado ou serviços sociais autônomos de origem estatal). Não se aplica o art. 174, porque a regulação estatal na ordem social é abrangente e minudente, em atendimento a diversas previsões constitucionais (cf. art. 197, 202, 204, 206, 209, 216, entre outras). Por fim, não se aplica o art. 175 porque nos serviços de relevância pública as entidades privadas atuam de direito próprio, sem necessidade de delegação formal e sem finalidade econômica. Essas questões voltarão a ser consideradas aquando da análise dos votos na ADI 1923, a ser realizada adiante.

No direito brasileiro, o conceito de *serviço de relevância pública* é menos exigente do que o conceito de *serviço público*. São atividades de relevância pública as *atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso*. Não há aqui exigência de aplicação impositiva de todas as “obrigações de serviço público” reconhecidas na legislação. Nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada. Mas a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e regulação dessas atividades pelo Poder

Público seja minudente e tutelar, sendo assegurado ainda o respeito a princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana²³.

Nesta área, por exemplo, pode caber a aplicação de deveres associados no direito comparado aos denominados “serviços de interesse geral”.²⁴ Em especial, as obrigações de não discriminar usuários, a obrigação de cobrar preços razoáveis ou acessíveis e a obrigação de atuar de modo regular. Há intensa vigilância e regulação públicas, mas também estímulos consistentes à participação de entidades privadas na prestação dessas atividades. Todavia, o conceito europeu de “serviços de interesse geral” e o conceito brasileiro de serviços de relevância pública não podem ser identificados. O conceito brasileiro é circunscrito à ordem social, aos serviços sociais, e são previstos na lei fundamental da república como dever do Estado e faculdade para os particulares, enquanto o conceito europeu de serviço de interesse geral pode apresentar caráter econômico ou não-econômico, sendo antes definido como “aquele que satisfaça necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, quer elas sejam econômicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos”²⁵.

Na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição brasileira sem exigência de prévia delegação (v.g., art. 199, 202, 204, I; 209, 216, § 1º. 218, § 4º, 225), não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas consequentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições «públicas não estatais» (pessoas privadas de fim público, sem fins lucrativos), consoante diferencia a própria

²³ MODESTO (2011: 33).

²⁴ Sobre o conceito europeu de “serviço de interesse geral” ou “serviço de interesse econômico geral”, cf. REBOLLO (2003), MEDAUAR (2003) e as valiosas observações de JUSTEN (2003).

²⁵ ALMEIDA (2014: 28).

Constituição (cf. art. 199, §1º), sob a fiscalização, incentivo e supervisão imediata do Estado.

Neste domínio, como antes referido, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnológica. O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar diretamente, deve fomentar ou financiar a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com *mecanismos de parceria ágeis* para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos.²⁶

É certo também que os serviços sociais referidos, quando desempenhados pelo Poder Público como encargo, obrigação, submetem-se ordinariamente ao *regime de direito público*, quer por

²⁶ Em outra oportunidade (MODESTO, 2011: 35) escrevi: “O caráter liberal ou social do Estado é definido menos pela dimensão do seu aparato burocrático quanto pela destinação do seu orçamento. Os Estados atuais são centros de transferência de recursos econômicos e sociais. A atividade de prestação de serviços pelo Estado-aparato responde apenas por uma parcela da intervenção do Estado nas sociedades contemporâneas. As transferências de recursos tributários, as isenções especiais e os subsídios, entre outras formas de estímulo e limitação da atividade privada, respondem por grande parte da interferência estatal na vida cotidiana. Lamentavelmente, trata-se de setor em que reina uma quase absoluta opacidade e anomia, pois entregue completamente à lógica econômica. Por isso, para saber se um Estado é de fato “social” ou “neoliberal” deve-se consultar o orçamento público e as efetivas transferências de recursos para o financiamento de serviços sociais, independentemente da natureza da entidade responsável pela realização desses serviços. É este o dado essencial a considerar quando se pretende determinar o compromisso do Estado com a realização do direito à saúde ou à educação e não o campo das formas organizacionais que o Estado adota ou de que se serve para obter bens ou utilidades coletivas. Registre-se, por fim, que as normas que regem a “forma de organização” não informam necessariamente as “normas de funcionamento” das entidades públicas ou privadas de interesse público existentes no Brasil, sendo usual que entidades estatais de direito privado estejam vinculadas, em diversos aspectos do seu funcionamento, a normas de direito público, o mesmo ocorrendo com simples pessoas jurídicas privadas de interesse público”.

ser este o *regime jurídico comum e normal da função administrativa do Estado*, quer por expressa decisão legal. Por essa razão, diversos autores tendem a considerar essas atividades como simples serviços públicos, *quando prestadas pelo Estado*.²⁷ Mas, sem embargo dessa qualificação, essas atividades *não seriam serviços públicos quando desempenhadas por particulares*. Porém, rotular de ‘serviço público’ essas atividades, quando exercidas pelo Estado, é *subordinar a natureza jurídica de uma atividade à qualidade do sujeito que a exercita*, é adotar um conceito subjetivo de serviço público, o que é incoerente com a tese predominante na doutrina brasileira de se *buscar a identidade própria da atividade de serviço público na identificação do regime jurídico especial da atividade, e não do sujeito que por ela responde*. É preciso reler a Constituição sem forcejar para adaptá-la a esquemas binários e simplificados de conceituar as formas de atuação do Estado, prisioneiros de “cadáveres adiados que procriam”, na bela expressão de Fernando Pessoa.

A consequência pragmática do entendimento consagrado na doutrina é ambígua: por um lado, a analogia com o serviço público tradicional permite aparentemente ampliar as garantias dos administrados quando aplicada a *peessoas jurídicas estatais de direito privado* (tese problemática, ante a ausência de imposição constitucional do regime de direito público a todo esse conjunto de atividades); por outro lado, restringe a compreensão dos compromissos públicos da mesma atividade quando exercida por particulares (pois, *neste caso*, seriam simples *atividades económicas*). Seja como for, mesmo os autores que dilatam a aplicação do conceito de serviço público para atividades sem titularidade do Estado reconhecem que, quando os particulares atuam, com ou sem fins lucrativos,

²⁷ Contra a conceituação dessas atividades sociais promovidas pelo Estado como “serviço público”, escreveu CASSAGNE (1994, 40): “Los servicios publicos propios se distinguen también de los llamados servicios sociales que presta el Estado en áreas tales como la cultura, salud pública, previsión social, cuya gestión suele encomendarse a órganos u entes administrativos, sin perseguirse fines de lucro. Esta actuación estatal, para la realización de prestaciones que no poseen contenido económico, no implica reemplazar ni sustituir la iniciativa privada que, respecto de estas actividades, continúa regida por el principio de la libertad, sin perjuicio de lo cual – cuando la actividad la lleva a cabo el Estado – se aplican los principios y normas propios de la función administrativa”.

por *direito próprio (iure proprio)*, não se sujeitam ordinariamente ao regime do *serviço público* ou do direito administrativo, mas ao regime jurídico típico ou predominante das pessoas de direito privado, o que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais.

Os serviços de relevância pública não são objetivamente serviços públicos, mas também não são atividades de exploração econômica para os fins do art. 173 e 174 da Constituição Federal. Integram *zona jurídica intermediária*, rol de atividades que dispensa título especial de autorização tanto para o Estado quanto para os particulares, o que afasta o conceito de delegação em termos técnicos, mas que cumprem papel relevante no fornecimento de utilidades vitais para os cidadãos, sendo especialmente protegida na Constituição Federal (v.g., art. 129, II). Trata-se de domínio em que a *atividade de execução indireta de serviços pelo Estado, através de particulares, e a atividade de fomento administrativo*, mediante outorga de títulos especiais, apoio financeiro e acordos de parceria encontra lugar privilegiado para ocorrer, rompendo-se em definitivo a *dicotomia de soma zero* que isolava a atuação dos particulares e do Estado em zonas distintas e mutuamente excludentes²⁸.

Por não empregar em geral o conceito constitucional de serviço de relevância pública, a doutrina nacional ainda vacila quando procura definir a natureza da atividade desempenhada pelas entidades do terceiro setor a partir da celebração de vínculos de parcerias com o Poder Público.

Para uma primeira corrente, as parcerias do Estado com as entidades do terceiro setor ensejam “novas formas de prestação de serviços públicos”, devendo a atividade executada ser qualificada como “função delegada do Poder Público”²⁹.

Para outros, há desempenho de “serviços públicos”, mas não há concessão de serviço ou permissão de serviço, isto é, delegação, pois os serviços em questão não são privativos do Estado,

²⁸ MOREIRA (1997: 24-27).

²⁹ CARVALHO FILHO (2011: 325-326). Também qualificam como “atividade delegada” a atuação das entidades de direito privado que celebram contrato de gestão ou parceria com o Poder Público: CARVALHO (2009: 936) e FRANÇA (2006).

sendo insuscetíveis de delegação, razão pela qual deve o Estado prestá-los diretamente, cabendo apenas incentivar o seu exercício complementar por entidades sem fins lucrativos.³⁰

Para uma terceira corrente, quando prestados pelas entidades privadas, mesmo através de vínculos de parceria com o Poder Público, os serviços sociais devem ser enquadrados como *atividades privadas de interesse público*, mas não serviços públicos em sentido próprio, pois não estão submetidos a regime de direito público, salvo quando prestados pelo Estado³¹.

Para uma quarta corrente, os serviços sociais devem ser considerados “atividades mistamente públicas e privadas”, no fraseado do Ministro Carlos Ayres Britto³², isto é, quando

³⁰ MELLO (2011: 241).

³¹ DI PIETRO (2011: 264- 277). Contraditoriamente, porém, no livro *Direito Administrativo* (2012: 566 e 571), a autora diferencia o regime jurídico da prestação de serviços de saúde conforme seja realizado em regime de parceria com o Estado por organizações sociais ou por organizações da sociedade civil de interesse público. Na primeira hipótese, haveria “serviço público”; na segunda, “atividade de natureza privada”. A justificativa para essa radical alteração na qualificação da mesma atividade desempenhada é o suposto “objetivo do Governo”: extinção de entidades públicas e transferência dos “serviços públicos desempenhados” no primeiro caso e mera atividade de fomento no segundo caso. Com todo o respeito, o *discrimen* não apresenta consistência jurídica: (a) a atividade objetivamente é a mesma (prestação de serviços sociais de saúde), atividade livre a associações e fundações qualificadas como organizações sociais ou como organizações da sociedade civil de interesse público; (b) a assinatura de contratos de gestão com organizações sociais para prestação de serviços de saúde não pressupõe necessariamente a extinção de entidades públicas preexistentes; (c) nada impede que a assinatura de termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público na área de saúde seja precedida de extinção de estabelecimento público deficitário, cuja demanda venha a ser atendida por entidade privada parceira; (d) a “absorção de demanda” ou “absorção de atividade de entidades públicas extinta” não converte a atividade prestada de direito próprio pela entidade privada sem fins lucrativos (organização social ou organização da sociedade civil de interesse público) em serviço público, pois absorção de demanda não é delegação formal, uma vez que a entidade privada não adquire habilitação jurídica nova para o desempenho de atividade exclusiva ou reservada ao Estado; (e) nas duas hipóteses há simples relação de parceria e fomento, sendo descabido falar em autorização, concessão ou permissão de serviço público.

³² Voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923-DF. Neste voto luminar, o ilustrado

desenvolvidos por particulares não deveriam ser enquadrados como serviço público e sim como *atividades de relevância pública*, domínio de atuação sujeito a condicionamento distinto do adotado para as atividades privadas de exploração econômica. É esta última posição, há pouco tempo ventilada no decurso do debate da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923, que sustento há muitos anos, pois ela rompe com a dicotomia tradicional das atividades exercidas por particulares entre atividade de serviço público e exploração de atividade econômica e oferece resposta a peculiaridades do sistema jurídico brasileiro na divisão das tarefas e responsabilidades públicas³³.

No âmbito das atividades de relevância pública, o regime predominante não é o da atividade, mas aquele próprio do sujeito que a exerce. Se o Estado instituir autarquias para o exercício de atividades de relevância pública, o regime jurídico aplicável será o regime de direito público. Se instituir fundações governamentais (fundações estatais de direito privado), destituídas de prerrogativas especiais, como museus e centros de pesquisa, o regime aplicável na atividade será o regime de direito privado, ressalvadas as derrogações constitucionais e legais. Por isso, enquanto exercida por entes de direito público, o regime de prestação das atividades de relevância pública será sempre o regime jurídico público e enquanto prestadas por entidades privadas, estatais ou particulares, o regime predominante será sempre o regime de direito privado.

Ministro adere ao conceito de “serviços de relevância pública” para qualificar a atividade desempenhada pelas entidades sem fins lucrativos nos serviços sociais não exclusivos de Estado. Em passagem didática, resume: “ao lado deles, serviços públicos de titularidade estatal exclusiva, colocam-se atividades que são também de senhorio estatal, mas não com exclusividade. Refiro-me às atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que, titularizadas por toda e qualquer pessoa federada (deveres que são de cada uma dessas pessoas públicas), também se inscrevem no âmbito do senhorio e exploração das pessoas privadas. Pelo que se definem como atividades mistamente públicas e privadas. Importando muito lembrar que, se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública.” (p. 9).

³³ MODESTO (1999: 109-128), (2005), 2011.

Essa *dualidade no regime jurídico aplicável é uma peculiaridade desta esfera de atividades*, em confronto com as atividades enquadradas no conceito de serviço público e no conceito de atividades de exploração econômica. Portanto, a prestação de serviços de relevância pública é o *pressuposto material* para a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos em organizações sociais.

De outra parte, quanto a exigências formais para a admissão do requerimento de qualificação, não há na Lei Federal n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, requisito de tempo mínimo de existência, capital social provisionado ou experiência comprovada prévia ao requerimento de eventual concessão do título de organização social. Trata-se de *lacuna censurável do legislador*. No entanto, como o Poder Executivo é convocado pela lei a pronunciar-se sobre a conveniência e oportunidade da qualificação como organização social de dada entidade privada (estabelecimento de competência discricionária de qualificação), a ausência de serviços comprovados da entidade ou de capital social suficiente pode ser invocada para a recusa de qualificação (art. 3.º, II). Há leis estaduais e municipais, porém, que corretamente exigem, desde logo, um tempo mínimo de regular funcionamento da entidade privada como condição para o requerimento ao título (v.g., a Lei Municipal n.º 5.026/2009, do Rio de Janeiro, art. 2.º, II, exige que a entidade esteja constituída há pelo menos dois anos e no pleno exercício das atividades sociais referidas na lei).

Sobremais, não basta para o recebimento do título de organização social que a entidade tenha sido regularmente constituída e não objetive o lucro. É necessário também que *as suas atividades sejam dirigidas ao interesse da sociedade de forma difusa ou universal*, nas áreas indicadas na lei, não se limitando a atender aos próprios associados ou a grupo fechado ou delimitado previamente de beneficiários. Em uma palavra, as instituições privadas devem ser estruturadas como *entidades de “fins públicos” e não de “fins mútuos”*.

Não podem ser organizações sociais, em sentido estrito, cooperativas ou clubes, conquanto não persigam fins lucrativos. Também se caracterizam como *mutual benefit organizations* (MBOs) as associações e fundações constituídas para atender a interesses

de partidos políticos, sindicatos, ou para defesa de grupos específicos de produtores ou consumidores (v.g, mutuários do sistema financeiro da habitação, inquilinos, consumidores de específico medicamento, entre outros). As entidades privadas podem ser qualificadas como organizações sociais se, à semelhança da concepção original da lei de utilidade pública, servirem desinteressadamente à coletividade, isto é, beneficiarem largo espectro da população e não a indivíduos determinados. Somente assim podem ser creditadas como *public benefit organizations (PBOs)* e atender às exigências de um modelo destinado a confiar a entidades privadas o atendimento ao público em serviços sociais, em regime de direto fomento e supervisão do Poder Público. Trata-se de uma decorrência do modelo funcional e organizacional previsto para reger as entidades requerentes do título de organização social, inerente à lógica das normas residentes na Lei Federal n.º 9.637/98, embora não enunciado de forma expressa.

4. Função dos títulos jurídicos conferidos a entidades privadas sem fins lucrativos

A concessão de títulos jurídicos administrativos a entidades privadas sem fins lucrativos é técnica tradicional de fomento e controle no Brasil. Trata-se de técnica imprescindível, pois a *Constituição Federal proíbe a interferência do Poder Público no funcionamento das associações por norma expressa (art. 5.º, XVIII)*. Em decorrência disso, as limitações ao funcionamento e à estruturação das entidades decorrem de *autocondicionamento das entidades, autolimitação estabelecida no próprio estatuto das entidades*, cuja adesão ou atendimento voluntário reflete o interesse das entidades em cumprir o modelo institucional estabelecido como condição para o deferimento de títulos jurídicos específicos.

A concessão caso a caso de *títulos jurídicos especiais* a entidades do terceiro setor atende simultaneamente a *três propósitos*. Em primeiro lugar, *diferenciar* as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as

entidades qualificadas em um *regime jurídico específico*. Em segundo lugar, a concessão do título permite *padronizar* o tratamento normativo de entidades que apresentem *características comuns relevantes*, evitando o *tratamento legal casuístico* dessas entidades pela administração ou pelo legislador. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um *instrumento de controle* de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões porque o título pode ser *conferido, suspenso ou cancelado*.

A realização desses propósitos, necessariamente inter-relacionados, em princípio pode ser vista como *vantajosa* e reveladora das *funções* desempenhadas pelos títulos jurídicos, em especial as funções de *certificação, padronização e controle jurídico*.

As entidades que recebem o título são vistas como *entidades certificadas*, que possuem uma qualidade jurídica específica, o que usualmente lhes garante um regime de benefícios e apoios especiais previstos na lei apenas para as entidades qualificadas (benefícios tributários e administrativos). Passam a receber *enquadramento jurídico* distinto do comum, pelo simples fato de receberem ou manterem o título especial. Em princípio, salvo previsão legal, esse título independe de um juízo sobre o mérito da atuação da entidade, relacionando-se apenas com o atendimento dos *requisitos de concessão* do título e com o atendimento das *exigências de manutenção de título*, se houver. Por outro lado, a concessão de um *título padrão* libera o legislador da tarefa de criar a cada momento vantagens e benefícios *ad hoc*, de forma isolada, em favor de entidades que exercitem atividades de interesse coletivo. O legislador limita-se a fixar benefícios e obrigações especiais para um *número indeterminado* de entidades da sociedade civil, presentes e futuras, furtando-se a uma atuação casuística. Por fim, na medida em que o título assume o papel de veículo que introduz a entidade no regime jurídico especial, mais favorável, vem a servir também de instrumento no controle das entidades qualificadas, pois aquelas que se desviam de suas missões podem ser penalizadas com a cassação ou suspensão do título, perdendo as vantagens anteriormente usufruídas. Neste regime, não há direito adquirido ao título, ou às vantagens a ele associadas, conformadoras do regime jurídico especial, quando a entidade descumpra exigências de sua válida manutenção. Problema

interessante, ainda pouco estudado na doutrina, é o da compatibilidade entre as leis regentes do título de organização social na União, Estados e Municípios, sob dois aspectos: a) eventual disciplina exótica ou incomum do título de organização social (disciplina em dado município ou Estado de normativa substancialmente distinta do modelo federal e amplamente divergente do padrão usual para o título nos Estados e Municípios), com emprego eventualmente inadequado ou fraudulento do *nomen iuris*; e b) necessidade de uma específica entidade privada atender a diferentes leis regentes do título de organização social (problema das chamadas “organizações sociais interfederativas”³⁴).

Mas existem também *desvantagens* que podem ser associadas ao mecanismo de concessão de títulos jurídicos especiais a entidades do terceiro setor. São *efeitos perversos*, efeitos eventuais ou não desejados dessa técnica jurídica, mas que não podem ser desconsiderados por completo. Para simplificar, vinculo-os às funções básicas dos títulos jurídicos. Assim, ligada à função de certificação surge a possibilidade de *certificação indevida*, realizada sem critério, por ato administrativo ou lei casuística, como perversão de muitas vezes difícil controle. A concessão graciosa e indevida do título pode revelar tanto a *frouxidão dos critérios utilizados* para reconhecimento do título pela autoridade competente quanto hipótese de clara *fraude*, violação intencional do modelo legal geral na matéria. A reiteração de certificações indevidas produz com o tempo uma *erosão da credibilidade do título*, pois este deixa de servir efetivamente como instrumento de identificação de certo tipo de entidade, para ser confundido com uma simples exigência legal. As entidades são divididas em “autênticas” e “inautênticas”, independentemente de possuírem ou não o título, perdendo este em parte a sua função de certificação, ao menos para fins simbólicos. A segunda desvantagem da técnica, ou perversão possível do modelo, é o risco da *padronização excessiva* de vantagens e obrigações legais para entidades distintas. Isso ocorre quase inevitavelmente quando as exigências para concessão do título são muito *genéricas*, isto é, quando a lei não cuida de realizar distinções importantes e adota uma formulação excessivamente abrangente. Neste caso, o título deixa de ser visto

³⁴ Cf. CUNHA JÚNIOR; KNOPP; XAVIER (2015).

como útil ou adequado por segmentos do terceiro setor, perdendo atratividade e estimulando a criação de novos títulos. A terceira desvantagem da técnica de concessão de títulos é a margem de *insegurança jurídica* que essa técnica embute. Na medida em que a manutenção do título está condicionada ao cumprimento continuado de certas exigências, periodicamente aferidas pela autoridade competente, a entidade qualificada encontra-se periodicamente sujeita a eventual ocorrência de desvios no sistema de controle, com graves repercussões na sua condição jurídica enquanto sujeito de direitos e obrigações. Esse problema ou risco é maior na ausência de uma previsão normativa clara sobre o modo de processamento do controle administrativo exigido para a continuidade do título, máxime quando faltam normas que assegurem às entidades garantias contra o exercício abusivo ou persecutório da prerrogativa de controle pela autoridade. Algumas dessas desvantagens e perversões podem ser identificadas em práticas adotadas nos últimos trinta anos na concessão do título de utilidade pública (v.g., entidades certificadas indevidamente, fragilidade de critérios de acreditação, ausência de contrapartidas claras ao fomento recebido, padronização indevida de situações bastante heterogêneas).

A Lei n.º 91, de 28 de agosto de 1935 – recentemente revogada pela lei n.º 13.204, de 14 de dezembro de 2015 –, que tratava da concessão do título de utilidade pública, alterada em aspectos secundários ao longo do tempo, facilitou a ocorrência de desvios por ter-se mantido lacônica em excesso, deficiente na modelagem de qualquer arquitetura de governança interna das entidades fomentadas e do fomento público, deixando uma enorme quantidade de temas sem cobertura legal e sob o comando da discricção dos particulares (sob o ponto de vista da constituição das entidades) e das autoridades administrativas (sob o ponto de vista da formação dos vínculos de fomento). Essa *lacuna de cobertura* facilitou a ocorrência de dois fenômenos conhecidos: (a) a proliferação de entidades inautênticas, quando não de fachada, vinculadas a interesses políticos menores, econômicos ou de grupos restritos; (b) o estímulo a processos de corrupção no setor público.

Não é o caso de recordar aqui em detalhe a crise do título de utilidade pública no Brasil, evidente depois das investigações

promovidas pelo Congresso Nacional na “CPI dos Anões do Orçamento”, de 1993, esquema de malversação de recursos públicos, descoberto por acaso, consistente na utilização por um grupo razoável de parlamentares federais de entidades filantrópicas de fachada, de papel, que eram por eles criadas através de terceiros e por sua ação parlamentar recebiam vultosas somas de recursos públicos sem qualquer compromisso efetivo com atividades relevantes em matéria social ou em benefício da coletividade. Foi recorrente, a partir desse episódio, o fraseado segundo o qual existem entidades filantrópicas e “pilantrópicas”, neologismo empregado para referir as filantrópicas inautênticas³⁵. Neste contexto, foram criadas condições para uma situação de suspeição generalizada, de indefinição e perplexidade, indiscutivelmente negativa para o desenvolvimento entre os brasileiros de um voluntariado mais efetivo no país e, conseqüentemente, do próprio terceiro setor no Brasil. Por voluntariado ou serviço voluntário entende-se, conforme a legislação específica, “a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive, mutualidade” (Lei n.º 9.608, de 18.02.98).

As lições do período, no entanto, comprovaram que um *regime de subvenção social simplificado e de auxílio financeiro direto às entidades filantrópicas, assente em transferências unilaterais e sem contrapartidas claras, desacompanhado da exigência de uma arquitetura de governança mínima das entidades e sem ampla publicidade* é receita pronta para o desvio de valores públicos. Essas parcerias são facilmente capturadas por grupos de poder dentro do Estado. Ficou evidenciado também que o fomento público não pode se satisfazer com a *simples concessão de títulos jurídicos* concedidos a partir da *apresentação periódica de documentos*, cumprindo ao Estado prever formas efetivas de *controle de resultados*, evitando a ocorrência de abusos ocultos em documentos aparentemente perfeitos e fortalecendo procedimentos institucionalizados e estruturados de relacionamento com as entidades parceiras.

³⁵ LEITE (1997: 43).

Os novos títulos de fomento surgidos no Brasil após 1993 foram concebidos como resposta a essa experiência traumática da CPI dos Anões do Orçamento, que abalou a imagem das entidades sem fins lucrativos no Brasil, além de se encartarem nos processos de reforma do Estado dos anos noventa, de forte questionamento dos *custos fiscais do aparato burocrático do Estado e de sua ineficiência no provimento de bens sociais aos cidadãos*. Não por acaso, datam deste período as leis que cuidam do *título de organizações sociais* (Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998), de *organizações da sociedade civil de interesse público* (Lei 9.790, de 23 de março de 1999) e diversas alterações no *certificado e registro de entidade de fins filantrópicos*, inclusive cancelamento de isenções concedidas (Lei n.º 9.732/1998; Lei 10.684/2003; Lei n.º 12.101/2009; Lei 12.868/2013).

Na Lei n.º 9.732/1998 esse *aprendizado institucional* se traduziu na adoção de cautelas e condicionamentos associados ao título de organização social, e que merecem destaque.

5. Cautelas e condicionamentos adotados pelo título de organização social

O título das organizações sociais adota com destaque *três tipos básicos de condicionamentos (ou cautelas)*:

- a) condicionamentos procedimentais,
- b) condicionamentos orgânicos,
- c) condicionamentos materiais.

São cautelas exigidas em momentos distintos: algumas são requisitos estatutários a que as entidades devem atender antecipadamente para poderem pleitear a qualificação como organizações sociais; outras, exigências aplicáveis exclusivamente quando a entidade celebrar com o Poder Público contratos de gestão.

Esses condicionamentos procuram prevenir ou corrigir alguns dos desvios mais comuns identificados na aplicação do título de utilidade pública e revelam o objetivo de restringir a concessão do título apenas a *entidades de fins comunitários*, auto e hetero-limitadas para a persecução objetiva de fins coletivos. Fecham as frestas para a qualificação de entidades de favorecimento mútuo ou de fins mútuos, bem como de relações de fomento caracterizadas

pela indefinição de contrapartidas, o formalismo e a insegurança. Neste sentido, constam da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, as seguintes exigências:

a) Condicionamentos procedimentais:

- qualificação de ‘entidade privada’ pressupõe manifestação favorável do órgão público supervisor da área social a ser fomentada sobre a conveniência e oportunidade do credenciamento da entidade postulante como organização social;
- fomento público condicionado à assinatura de “contrato de gestão” com o Poder Público³⁶, o qual deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução e os critérios objetivos de avaliação dos resultados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- publicação pela entidade de regras impessoais para reger o seu regime de contratação de obras, serviço e compras, noventa dias após a assinatura de contrato de gestão com o Poder Público;
- aprovação por maioria de 2/3 – no mínimo – do Conselho de Administração, do regulamento próprio para contratação de obras, serviços, compras e alienações e do plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;
- aprovação pelo Conselho de Administração do regimento interno, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;
- submissão dos demonstrativos financeiros e contábeis

³⁶ As únicas exceções são: (a) a concessão automática do título de Utilidade Pública Federal para as entidades qualificadas como organizações sociais no âmbito da União (art. 11) e (b) a extensão no plano federal dos efeitos da qualificação de organização social concedida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e “desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal”(art. 15).

elaborados pela diretoria e das contas anuais da entidade à auditoria externa antes de sua aprovação pelo Conselho de Administração;

- aprovação prévia pelo Conselho Administrativo dos relatórios gerenciais e de atividades da entidade a serem enviados ao órgão de supervisão do contrato de gestão;
- a permuta de bens móveis permitidos para uso da entidade por outros de igual ou maior valor dependerá de prévia avaliação de cada bem e de expressa autorização do Poder Público;
- exigência de instauração de processo administrativo precedente ao ato de desqualificação da organização social (art. 16, § 1º), assegurado o direito de ampla defesa.

b) Condicionamentos orgânicos

- previsão de colegiado superior de administração – Conselho de Administração – composto por fundadores ou associados, personalidades da comunidade e representantes do poder público;
- estruturação do conselho de administração conforme estatuto da entidade, respeitados os critérios básicos de composição (20% a 40% de membros natos representantes do Poder Público; 20% a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil; até 10%, em caso de associação, de membros eleitos de entre os associados; 10 a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, de entre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; até 10% de membros indicados ou eleitos por outra forma estabelecida no estatuto);
- mandato máximo de 4 (quatro) anos para os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho de Administração;
- responsabilização direta dos dirigentes pela regular utilização dos recursos públicos vinculados ao acordo de gestão;

- o Conselho de Administração deve reunir-se ordinariamente, no mínimo três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;
- Conselheiros eleitos ou indicados não devem receber remuneração pelos serviços que prestarem nessa qualidade e devem renunciar aos seus mandatos ao assumirem funções executivas na diretoria da entidade.

c) *Condicionamentos materiais*

- qualificação exigente de prestação de serviços sociais de natureza universal (não dirigidos a grupo determinado de destinatários);
- assinatura de contrato de gestão exigente de determinação de contrapartidas em resultados, prazos e indicadores de desempenho (parametrização do fomento e do controle);
- relatórios gerenciais da entidade qualificada apresentados ao Poder Público no término de cada exercício devem conter comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro;
- contrato de gestão deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade;
- contrato de gestão deve estipular limites e critérios para a fixação de despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações.

Mas todas as cautelas referidas e tudo o que vem de ser dito não significa que o *modelo abstrato* das organizações sociais seja imune a desvios no plano de sua *aplicação concreta*. Esse risco é sempre presente também na prestação direta de serviços pelo Estado. Por isso, o controle social e o controle público institucional dos órgãos de supervisão, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas cumpre neste domínio atividade de importância não negligenciável.

Convém também exigir das entidades candidatas à qualificação um *tempo mínimo de atuação* comprovada em sua área de atividade. Por exemplo, três anos, como na legislação federal reguladora da concessão do título ou certificado de *entidade de fins filantrópicos*. Evita-se assim, com prudente cautela, a existência de entidades *ad hoc*, sem maior consistência, como beneficiárias do título. Protege-se também o título de organização social, com essa simples medida, contra ensaios de erosão de sua credibilidade. Nas leis estaduais e municipais sobre a qualificação de entidades como organizações sociais essa exigência já tem sido prevista (v.g., Lei Complementar n. 846, de 4 de junho de 1998, do Estado de São Paulo, exige comprovação de prestação de serviços próprios há mais de *cinco anos* pela entidade candidata a qualificação como organização social). Essa exigência pode ser também estabelecida em *regulamento administrativo*, pois se trata de restringir a discricção da administração pública na análise da “conveniência e oportunidade” de qualificar ou não as entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais. Em áreas de transformação acelerada, porém, como alguns segmentos de CT&I, essa exigência pode ser inconveniente.

Outra questão é requerer a existência de patrimônio ou qualificação técnica especial para a própria candidatura de uma entidade privada ao título de organização social. Se se trata de colocar em prática uma parceria, é preciso estimular o oferecimento de *contrapartidas* ao apoio do Estado, não parecendo suficiente considerar como contrapartida o simples desempenho de atividade de relevância pública, especialmente em áreas que demandam maior risco de descontinuidade.

Além disso, a lei das organizações sociais é omissa quanto à necessidade de o Estado exigir contraprestação no contrato de gestão com as organizações sociais, em termos de certo percentual de *serviços gratuitos* diretamente prestados ao cidadão, quando isso for cabível. Por exemplo, exigir a equivalência entre o valor das subvenções concedidas ou o valor do apoio em termos não financeiros oferecidos pelo Estado e a prestação de serviços gratuitos. Essa matéria foi delegada de forma ampla a definições contidas no contrato de gestão, mas conviria estabelecer em abstrato parâmetros

objetivos. Na área de saúde é usual que os contratos de gestão estabeleçam exigência de atendimento integralmente gratuito.

A exigência de obrigatoria previsão nos estatutos das entidades da participação de representantes do Poder Público no conselho de administração das organizações sociais, conquanto signifique forma inovadora de acompanhamento efetivo das entidades qualificadas, parece medida útil apenas para as entidades de grandes dimensões. Nas entidades de menor vulto, que não movimentem recursos expressivos, parece ser exigência de difícil operacionalização, além de onerosa para o Poder Público, geralmente carente de pessoal técnico qualificado. Sem embargo, essa exigência, ainda incomum para os demais títulos deferidos a entidades beneficentes, revelou-se um fator eficaz de inibição e prevenção de abusos de gestão. A sua ausência como requisito para a concessão do título de organização da sociedade civil de interesse público, mesmo em parcerias de maior vulto, tem contribuído para o grande número de casos de desvios identificados no emprego desta segunda espécie de título jurídico de fomento. Trata-se de exigência que deveria ser facultativa, negociada conforme o vulto das transferências envolvidas na parceria e não condicionante legal genérico, aplicável a todos os candidatos ao título de organização social.

Por fim, para evitar suspeições indevidas contra o título de organização social, seria importante utilizar preferencialmente a qualificação como instrumento de ampliação dos direitos e obrigações de entidades privadas de fins públicos, independentemente da extinção de entidades e órgãos públicos existentes. É o que já ocorre na grande maioria dos Estados e Municípios brasileiros.

6. A ADI 1923: argumentos de ataque à lei das organizações sociais e tramitação da ação

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923 foi proposta seis meses após a publicação da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998. Em *setenta laudas*, a inicial pleiteava a declaração de *nulidade integral* da Lei 9.637/98, que dispõe sobre “a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a

absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”, bem como do art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666/93, com a redação conferida pela Lei n.º 9.648/98, pois este dispositivo específico prevê a dispensa de licitação “*para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão*”.

Na inicial, os autores, o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT, sustentaram que a lei guerreada havia “travestido” fundações públicas e autarquias em pessoas privadas, com o único propósito de “afastar a aplicação do regime de direito público”, realizado a “privatização” de atividades de entidades públicas para entidades privadas, afastado a exigência de concurso público para seleção de pessoal, a aplicação da lei de licitações para a aquisição de bens e serviços nas áreas fomentadas, além de não prever a fiscalização do Ministério Público e do Tribunal de Contas sobre o uso de recursos públicos vinculados à parceria.

Em termos mais analíticos, seguindo literalmente o esclarecedor resumo contido no voto condutor do Ministro Luiz Fux, tem-se que, para os autores da ação, a disciplina do título das organizações sociais, instituída pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição:

“(i) ofensa aos *deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência* (CF art. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225): a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS’s, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere imediatamente no

regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida pelo Poder Público, a natureza seria de *serviço público*, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria *atividade econômica em sentido estrito*, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS's configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público” (grifos do original);

“(ii) *violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações* (CF arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput): a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;” (grifos do original)

“(iii) *descumprimento do dever de licitação* (CF arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão *regulamentos próprios* para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a *permissão de uso de bem público* poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (art. 24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às “*atividades contempladas no contrato de gestão*”, o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF art. 175, *caput*); (grifos do original)

“(iv) *ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal* (CF art. 37, II e X, e 169): a Lei das OS’s prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;” (grifos do original)

“(v) *descumprimento de direitos previdenciários dos servidores* (CF art. 40, caput e § 4º): na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, § 1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta “*para fins de cálculo dos proventos de inatividade*”, ferindo o direito à integridade e à paridade dos inativos;” (grifos do original);

“(vi) *insubmissão a controles externos* (CF art. 70, 71 e 74): o caput do art. 4º da Lei, ao listar as “*atribuições privativas do conselho de administração*”, conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; (grifos do original); e

“(vii) *restrição da atuação do Ministério Público* (CF art. 129): o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS’s – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições.” (grifos do original).

As autoridades responsáveis pela edição dos atos normativos impugnados prestaram informações e, na sequência, manifestou-se o Advogado-Geral da União.

O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da medida cautelar em 24 de junho de 1999, mas o concluiu apenas em

1 de agosto de 2007, após sucessivos pedidos de vista, quando o Tribunal decidiu indeferir o pedido de liminar, com o fundamento de “ausência do perigo na demora”, haja vista o transcurso de quase dez anos de vigência da legislação impugnada. A ementa da decisão foi a seguinte:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194;196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

1. Organizações Sociais — pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo — os atos normativos impugnados foram publicados em 1998 — seja porque no exame do mérito poder-se-à modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.” (ADI 1923 MC, Rel.: Min. ILMAR GALVÃO, Rel.(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575)

No curso da ação, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências requereram ingresso no feito como *amici curiae*, em petição conjunta, defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas, assim como o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo/SINDSAÚDE/SP e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, sustentando a invalidade do modelo das Organizações Sociais.

Depois da aposentadoria do Ministro Ilmar Galvão, relator original da ação direta, os autos foram redistribuídos ao Ministro Carlos Britto, e determinou-se vista, sucessivamente, à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República, consoante prevê o art. 8.º da Lei n.º 9.868/99.

Em sede de julgamento do mérito, três votos se destacaram, abordando os argumentos contrários e favoráveis à constitucionalidade da lei das organizações sociais: os votos dos ministros Carlos Ayres Britto, Luiz Fux e Marco Aurélio Mello. Os demais integrantes do colegiado aderiram, substancialmente, a uma das três orientações.

A orientação prevalecente no Supremo Tribunal Federal foi a do Ministro Luiz Fux, favorável à *constitucionalidade integral da Lei n.º 9.868/99*, porém em seis tópicos houve o emprego do instituto da *interpretação conforme* (ou *interpretação das leis em conformidade com a constituição*), manejado para “fins pedagógicos” e para fixar a compreensão da *indispensabilidade da adoção de procedimentos impessoais, objetivos e públicos* na (1) qualificação das entidades como organizações sociais; (2) na celebração do contrato de gestão; (3) na hipótese de dispensa de licitação para contratações de serviços prevista no art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93 e na outorga da permissão de uso de bem público; (4) na contratação de bens e serviços pelas entidades privadas com terceiros, com recursos públicos, (5) na seleção de pessoal pelas entidades qualificadas, e para (6) afastar qualquer interpretação que restrinja o exercício do controle externo pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União da aplicação de verbas públicas. A adoção da *interpretação conforme* nestes seis aspectos destacados importa na prática na proclamação da *procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade*,

embora norma alguma da lei tenha sido invalidada ou proclamada inconstitucional.

O princípio da interpretação conforme a Constituição pode referir, em primeiro lugar, simplesmente uma diretriz hermenêutica. Neste sentido, segundo J. J. Gomes Canotilho comporta ao menos três dimensões:

“(1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais;

“(2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição;

“(3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘*contra legem*’ impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo [que] através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais.”³⁷

É preciso distinguir, no entanto, entre interpretação *secundum constitutionem* (princípio hermenêutico segundo o qual o intérprete deve prestigiar, entre os diversos significados admitidos pelo texto da norma legal guerreada, aquele sentido que melhor se ajusta aos preceitos da Constituição) e a *técnica da interpretação conforme à Constituição*. A interpretação *secundum constitutionem* é manejável e obrigatória em qualquer plano de análise jurídica, no Poder Judiciário ou no âmbito administrativo. A técnica da interpretação conforme a Constituição, reversamente, é *método de decisão em controle abstrato de constitucionalidade*, consistente na emissão de *provimento condicional*, decisão político-jurídica da Corte, segundo a qual a norma atacada é constitucional se interpretada em determinado sentido expressamente enunciado pelo órgão de controle da constitucionalidade.

³⁷ CANOTILHO (2002: 1210-1211).

Em se tratando do Supremo Tribunal Federal, a declaração de interpretação conforme a Constituição em ação direta de inconstitucionalidade provoca *efeitos vinculantes*: o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999 prescreve que *a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*

Na *interpretação conforme*, a rigor, há dupla *sinalização* pelo órgão de controle: a norma será constitucional se interpretada da forma x e inconstitucional se interpretada de forma y ou z . Essa ambiguidade se reproduz na designação empregue para qualificar a decisão: em alguns sistemas considera-se que a aplicação da técnica da interpretação conforme significa uma *decisão de rejeição da declaração de inconstitucionalidade*; em outros, uma *decisão de parcial declaração de inconstitucionalidade*. A técnica não é manejada apenas para fins “pedagógicos”; ela produz efeitos jurídicos vinculantes no sistema jurídico brasileiro ao atribuir um sentido específico à norma objeto de controle de constitucionalidade.

De qualquer modo, é indiscutível a elevada qualidade do voto condutor do Ministro Luiz Fux, ao qual aderiu a ampla maioria do Supremo Tribunal. Embora não tenha ocorrido ainda a publicação do inteiro teor da decisão final, a partir do voto condutor divulgado na íntegra é possível extrair as conclusões da corte, pois a decisão final não contemplou alterações, acréscimos ou retificação do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux.

Na sequência, são resumidos alguns tópicos fundamentais de argumentação vencedora, com vistas a extrair conclusões sobre as repercussões da decisão proferida.

7. As conclusões da ADI 1923

7.1. Premissa geral: Estado social não é redutível a fórmulas estáticas

Para o voto condutor o enfrentamento das questões suscitadas na ação proposta exige desde o princípio uma abordagem “sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo

específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos”.

Sustenta que a corte identifique o que é constitucionalmente exigido, de forma invariável na lei fundamental, e o que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas ocasionais para que “possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante”.

Em fórmula de resumo, constante da ementa, enuncia enfaticamente:

“A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.”

Desses dizeres dessume-se que *o grau* de intervenção estatal no domínio econômico e social, as *formas* de intervenção e o próprio *balanceamento das formas de intervenção* do Estado social não são redutíveis a fórmulas estáticas. Como questões complexas, nelas há algo de permanente (os deveres de prestação ou de garantia de bens sociais, conforme o caso) e algo de conjuntural e permeável à interposição legislativa e a decisões políticas do momento. Extinguir entidades públicas deficientes, por exemplo, e alterar o modo de intervenção e provimento dos bens sociais através de parcerias com particulares pode se mostrar legítimo segundo o grau de abertura da norma constitucional em cada área específica em análise.

Em outro contexto, mas em sintonia com essas afirmações, escreveu Eberhard Schmidt-ßmann:

“La cláusula del Estado social no garantiza la recepción de un determinado nivel de prestaciones o la adquisición de ciertos derechos a través de las instituciones públicas. Tampoco prohíbe la privatización. Algunas instituciones públicas que hoy existen podrían desaparecer y los

estándares prestacionales tradicionales pueden descender. Téngase en cuenta que el Estado puede hacerse responsable, por ejemplo, de las infraestructuras a las que se refieren los artículos 87 y 87f GG (transporte ferroviario, correos y telecomunicaciones), en la medida en que se trata de ámbitos esenciales para la vida. Pero también podría el Estado limitarse a su regulación y control y confiar su prestación al sector privado. El Derecho Administrativo de garantía constituye, por tanto, un factor excepcional de cara a la reforma del modelo tradicional de Estado social”³⁸.

No percurso da mesma trilha, escreveu provocativamente Gustavo Binbenojm, em artigo publicado logo após o voto do Ministro Luiz Fux e republicado em coletânea recente³⁹:

“O erudito voto proferido pelo ministro Luiz Fux no julgamento da ação direta (ADI 1.923-DF) em que se discute a constitucionalidade do modelo de organizações sociais, instituído pela Lei 9.637/98, representa importante passo para o arejamento e a evolução do Direito Administrativo brasileiro. Seus sólidos fundamentos, cuja relevância transcende os estreitos lindes do caso concreto, prenunciam a abertura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para as transformações dos paradigmas da disciplina verificadas mundo afora e já captadas pelos modernos publicistas do país.

Logo de início, o voto afirma, com lucidez e argúcia, que não há um modelo de Estado único e inteiramente constitucionalizado no Brasil. Com efeito, embora constitucionalmente vinculado por lineamentos básicos e objetivos fundamentais, o tamanho e a formatação do Estado brasileiro dependerão das opções políticas determinadas por governos democraticamente eleitos. Em outras palavras, nossa moldura constitucional é suficientemente dúctil para abarcar diferentes desenhos institucionais e distintos projetos de intervenção estatal nos domínios econômico e social.

(...)

³⁸ SCHMIDT-ABMANN (2006: 71-72).

³⁹ BINENBOJM (2015: 671-673).

“Nada obstante isso, o voto do professor e ministro Luiz Fux cumpriu o importante papel de desmistificar a ideia de um regime jurídico-administrativo único, inflexível e atemporal, entrincheirado nas dobras da Constituição. Bem ao revés, ressei do voto uma visão pluralista e democrática do Direito Administrativo, comprometida tanto com seus princípios como com a realização eficiente de seus fins. A era do Direito Administrativo como religião já era.”

Essa *premissa geral, a necessidade de interpretar com abertura e flexibilidade as normas do texto constitucional na ordem social*, é explorada em todo o voto condutor e *foi chancelada* pela ampla maioria do Supremo Tribunal Federal.

7.2. Aos serviços públicos sociais não se aplica o Art. 175 da CF e sim o fomento

Em sintonia com segmento abrangente da doutrina, o voto condutor recorda que os setores de saúde (CF art. 199, caput), educação (CF art. 209, caput), cultura (CF art. 215), desporto e lazer (CF art. 217), ciência e tecnologia (CF art. 218) e meio ambiente (CF art. 225) “configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que ‘são deveres do Estado e da Sociedade’ e que são ‘livres à iniciativa privada’, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição”.

Embora não empregue a denominação “serviços de relevância pública”, o voto condutor reconheceu a especificidade dos serviços sociais, em contraposição aos típicos serviços públicos industriais ou econômicos. Os serviços sociais receberiam na doutrina nacional e estrangeira diferentes nomenclaturas: “serviços públicos compartilhados”, “serviços públicos não privativos” ou “serviços públicos não exclusivos”. Em qualquer caso, independentemente da nomenclatura a consequência é a mesma: poder público e iniciativa privada podem, simultaneamente, exercer esses

serviços por direito próprio, porquanto é de titularidade de ambos, independentemente de qualquer ato negocial.

Se a titularidade é de ambos, afirma o voto condutor, “a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão.”

Esse fomento é legítimo, porquanto agasalhado expressamente nas normas constitucionais referidas. Disso se extrai, afirma o voto condutor, que “cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado”.

Não há inconstitucionalidade no modelo das organizações sociais, pois nada obriga que a intervenção do Poder Público no domínio social seja exclusivamente direta. Segundo o voto condutor, a intervenção estatal pode ser viabilizada de forma direta ou indireta, nesta última hipótese por indução, através da regulação, com coercividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos a comportamentos voluntários dos particulares.

O poder público pode deliberar extinguir entidades públicas, através de lei. Pode deliberar também fomentar a atuação de agentes privados da área anteriormente atendida pelas entidades extintas ou intensificar parcerias existentes para que este atendimento tenha a eficácia devida. Se essas decisões são sucessivas no tempo ou simultâneas é irrelevante em termos constitucionais, segundo o voto condutor. São decisões político-administrativas legítimas, pois não há engessamento do modo de prestação dos serviços pelo Estado, que pode realizar o balanceamento da execução direta e indireta conforme as políticas públicas predominantes em cada época.

O fomento das organizações sociais é convocado pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, sempre após a celebração de contrato de gestão, “o que viabilizará – afirma o voto condutor – o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância

com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação”.

O voto condutor é claramente sintonizado com a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que considera o fomento o “modo de atuação mais avançado de que dispõe o Estado” (2006, 79). Segundo Moreira Neto, “pela consensualidade, o Poder Público vai mais além do estimular a prática de *condutas privadas de interesse público*, passando a promover a criação de *soluções privadas de interesse público* que concorram para enriquecer os modos e formas tradicionais de atendimento que estão a cargo dos entes estatais” (2006, 79).

Nesse passo o voto condutor é também congruente com o que sustento desde os primeiros dias de vigência do título das organizações sociais. A diferença do modelo das organizações sociais para modelos anteriores de fomento a entidades do terceiro setor é o *grau de parametrização do fomento* (muito mais detalhado quanto aos resultados a serem obtidos e as formas de sua apuração) e a *amplitude das exigências quanto à composição e divisão de competências dos órgãos internos da entidade fomentada* (muito mais exigente), estabelecendo um sistema de governança interna inédito, como pré-condição para o deferimento do título, cujo objetivo é estruturar adequadamente as parcerias a serem firmadas e permitir o preciso controle do uso de recursos públicos.

Fomento não é liberalidade, mas atividade estatal legítima, cujos resultados atendem ao interesse público, quando programada de forma consistente em termos processuais, normativos, materiais e orgânicos.

7.3. A qualificação das organizações sociais: discricionariedade estreitada

A qualificação da entidade como organização social não é contrato administrativo. Não há contraposição de interesses, intuito lucrativo, ou qualquer outro elemento associado ao núcleo conceitual do contrato administrativo no sistema brasileiro. Consequentemente, é inaplicável o dever constitucional de licitar (CF art. 37, XXI).

A atribuição do título é, segundo o voto condutor, “etapa inicial e embrionária” para posterior e eventual colaboração do Poder Público com a entidade qualificada. Em termos formais, conceitua o ato de qualificação como “hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente”.

Em divergência com o voto do Ministro Carlos Ayres Brito, o voto condutor não considera inconstitucional a competência discricionária, estabelecida no art. 2.º, II, da Lei n.º 9.637/98, que condiciona o deferimento do título ao pronunciamento favorável do órgão supervisor da área, quanto à conveniência e oportunidade da qualificação da entidade privada como organização social. A avaliação é admitida. Porém, desde que interpretada sob o influxo da principio-*logia* constitucional, em especial aos princípios da *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência* (CF art. 37, *caput*). Essa compreensão aproxima o ato de qualificação da entidade como organização social ao ato administrativo de qualificação de associações e fundações como entidades de utilidade pública, decisão há décadas entendida como expedição de ato no exercício de competência discricionária.

O indeferimento de qualificação deve ser motivado por, e apoiado em critérios objetivos, transparentes e impessoais, inibidores do arbítrio administrativo. Sobremais, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido com a observância do art. 20 da Lei n.º 9.637/98, em sintonia com as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

Essa exigência decorre da própria compreensão contemporânea sobre os limites de qualquer competência administrativa discricionária. As normas legais concessivas de margem de apreciação administrativas sujeitam-se obviamente à incidência dos princípios constitucionais da administração pública. Não estabelecem zonas impermeáveis à juridicidade. As teias da lei podem ser mais apertadas ou mais frouxas, mas sempre vinculam. Os princípios constitucionais tornam esta vinculação ainda mais densa e dinâmica, pois se atualizam de forma intensa no curso do tempo. Portanto, exigir do ato de qualificação o atendimento

aos princípios constitucionais da administração e às diretrizes do art. 20 da Lei n.º 9.637/98 é correto. Não há a eliminação da discricionariedade, mas o estreitamento do mérito administrativo, compreendido como *domínio residual de decisão entre alternativas juridicamente equivalentes ou que atendem satisfatoriamente ao interesse público*. O resíduo pode ser zerado conforme as circunstâncias, e sempre que uma decisão se apresente como legítima em dado contexto fático. É o preço a pagar para inibir o capricho, a arbitrariedade, a perseguição ou o favorecimento indevido. Discricionariedade não é cheque em branco, ensinava mestre Caio Tácito. É aplicação de norma de competência. Não é liberdade de escolha extrajudicial. Portanto, a exigência de “influxo” dos princípios constitucionais no ato administrativo de qualificação encerra inteligência que não demandaria interpretação conforme, mas sua proclamação vinculante pode contribuir para inibir situações de abuso.

Essa inteligência é reforçada não apenas pela previsão expressa, constante da Lei n.º 9637/1998, de regulamento destinado a “estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais” (Art. 20), mas também pela sistemática adotada para a desqualificação, ato cuja edição deve ser precedida de processo administrativo formal, assegurada a ampla defesa (art. 16, § 1.º). Por conseguinte, afirma o voto condutor, o “paralelismo das formas, só reforça a tese de que não há espaço para arbitrariedades da Administração no deferimento do título de ‘organização social’ pelo procedimento de qualificação – porquanto toda atividade decisória da administração pública, quando capaz de produzir efeitos a esferas jurídicas de particulares, é necessariamente *processualizada*”.

No Brasil, nunca é demasiado recordar, o texto constitucional consagra a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Art. 5.º, LV) e assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5.º, LIV). Para conforto ainda mais abrangente, mas sem maior efetividade, proclama: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua duração” (Art. 5º, LXXVIII).

7.4. O regime jurídico do contrato de gestão entre o Poder Público e a organização social

Tratamento equivalente, quanto ao influxo dos princípios constitucionais da administração, foi emprestado pela orientação majoritária da Corte ao denominado “contrato de gestão”. Este é conceituado como espécie de *convênio* e, por isso, segundo o voto condutor, não atrai o dever constitucional de licitar. Não há inconstitucionalidade na ausência de licitação para celebrar o contrato de gestão.

Para o voto condutor, no núcleo da figura dos convênios está a “conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado”.

Como se sabe, de uma perspectiva “actocêntrica” (a expressão é de Vasco Pereira da Silva para significar a disciplina centrada no ato de autoridade unilateral), o direito administrativo parece render-se paulatinamente às vantagens de valorizar o contrato e outras formas consensuais de cooperação como instrumento de atuação do Poder Público⁴⁰. Formas concertadas que superam o tradicional contrato Estado-particular para aquisição de bens e serviços, tradicional e ainda frequente, e que atualmente abrangem contratos de parceria com particulares em matéria econômica, com divisão de riscos; acordos com particulares em matéria urbanísticas, ambiental ou de defesa da concorrência; acordos como substitutivos de decisões administrativas unilaterais; acordos entre entidades públicas; instituidores de consórcios e formas estáveis de cooperação concertada; acordos em matéria disciplinar e em matéria processual. É certo que em vários domínios referidos o Estado poderia, ao invés de acordar e compor, determinar unilateral e autoritativamente o que deveria ser feito. Mas, como observaram García de Enterría e Fernández Rodríguez, se é verdade que “o ato unilateral assegura eficazmente a submissão”, não é menos verdade que ele é “incapaz de suscitar

⁴⁰ SILVA (1996).

o entusiasmo e o desejo de colaboração”⁴¹. O interessante é que não há oposição plena entre a atuação unilateral ou a concertada, pois a Administração, mesmo optando pela forma contratual ou modelos alternativos de concertação, poderá interferir unilateralmente no contrato ou acordo, no mínimo para rescindi-lo, respeitadas as normas de regência.

O contrato e o acordo celebrados no âmbito administrativo, porém, nunca seguirão a lógica da pura consensualidade privada. Os acordos administrativos estarão sempre vinculados à realização da função administrativa e do *ethos* que a acompanha. Como enfatiza Sérvulo Correia, constata-se hoje não apenas “o alargamento do intervencionismo econômico do Estado”, como também “a procura de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura do consenso, flexibilização e particularização das decisões”⁴². Também Giannini salienta que cresce a convicção de que “instrumentos fundados sobre o consenso são preferíveis a instrumentos fundados sobre a autoridade”, chegando a afirmar que na administração por acordo estará o “administrar do futuro”⁴³.

Porém, mesmo ausente o dever de licitar, a celebração de contratos de gestão deve também observar a incidência dos princípios constitucionais da função administrativa. A Administração deve adotar, sempre que celebrar contratos de gestão, procedimento público impessoal, pautado por critérios objetivos, conquanto sem os rigores formais da licitação regida pela Lei n. 8.666/93. A lei de licitações deve ser rejeitada na disciplina da parceria com as organizações sociais, “diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão”, afirma o voto condutor. Os princípios constitucionais da administração tem neste vínculo “incidência direta”, não mediatizada pela lei geral de compras, com destaque para os princípios da impessoalidade e da publicidade.

Pelas mesmas razões, proclama o voto condutor a legitimidade do art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666/93. Deve a dispensa

⁴¹ GARCÍA ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1998: 668).

⁴² CORREIA (1987: 343).

⁴³ GIANNINI (1988: 779).

para a contratação de serviços atender aos princípios constitucionais. No voto condutor, o dispositivo não é considerado, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação na hipótese teria a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de “função regulatória da licitação”, através da qual a “licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas”.

7.5. Os procedimentos objetivos de compras das entidades fomentadas

As organizações sociais não integram a arquitetura constitucional da Administração Pública. Não se encartam na administração direta ou indireta do Estado. São entidades do terceiro setor, particulares no exercício de atividade livre à prestação privada, que podem eventualmente manter relação de colaboração com o Poder Público. Segundo o voto condutor, enquanto particulares, as organizações “não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei”.

O fato de receberem recursos públicos, no entanto, atrai a aplicação parcial do direito administrativo a essas entidades. Elas devem prestar contas da correta aplicação dos recursos de fomento recebidos perante a Administração supervisora e o Tribunal de Contas correspondente, este último com fundamento no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, cujo alcance foi ampliado pela Emenda Constitucional n.º 19/1998. A aplicação dos recursos de fomento, por igual, não pode ser aleatória ou caprichosa, devendo respeitar o quanto pactuado no contrato de gestão e ser informada, conforme bem sintetizou o voto condutor, pelo “núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF art. 37, *caput*), de entre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei n.º 9.637/98, art. 4.º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos”.

Não se trata de transpor para as organizações sociais as normas da legislação geral de licitações e contratos públicos ou, menos ainda, exigir que os regulamentos próprios das entidades fomentadas reproduzam o conteúdo da lei geral de licitações. Essa transposição significaria o engessamento das entidades, seria imprópria à condição de simples particulares (elas não poderiam manejar prerrogativas que a lei atribui ao contratante público, por exemplo) e poderia inviabilizar as próprias parcerias. A incidência do “núcleo essencial dos princípios da Administração” resolve-se com o atendimento aos valores encartados nos princípios do art. 37.º da Constituição Federal, pois estes são princípios republicanos de gestão de recursos públicos (igualdade, impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência) e não apenas princípios regentes da Administração Pública.

É também descabido exigir que a seleção dos empregados das organizações sociais seja realizada mediante concurso público e a sua remuneração tenha base fundada em lei. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, e sim empregados privados, e os seus contratos são regidos pela legislação comum dos trabalhadores privados. Porém, novamente, tendo em conta o recebimento de recursos públicos e a utilização desses recursos para o pagamento de salários e benefícios para os trabalhadores das entidades fomentadas, entende a maioria da corte, ao acompanhar o voto condutor, que “a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal”.

São cautelas que, como visto antes, a Lei Federal 9637/1998 já havia contemplado. Se as entidades qualificadas assinassem contratos de gestão e, portanto, fossem destinatárias de recursos ou bens públicos escassos, deveriam publicar, no prazo máximo de 90 dias contados da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que empregariam para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público (Art. 17 da Lei 9637/1998). Cabe ao Conselho de Administração da entidade, por maioria qualificada de, no mínimo, 2/3 de seus membros, aprovar o regulamento de compras e o plano de cargos, salários e

benefícios dos empregados da entidade fomentada (art. 4.º, VIII, da Lei 9637/1998).

Este é um domínio sensível no relacionamento do Estado com as entidades privadas sem fins lucrativos. Embora não exista dúvida quanto à necessidade de exigir das entidades fomentadas a adoção de cautelas e procedimentos estáveis, públicos e impessoais, no emprego dos recursos recebidos do Estado, qual deve ser a intensidade da aplicação (ou o grau de espelhamento) das normas de direito público nos procedimentos internos de funcionamento das organizações sociais? As entidades, como pessoas privadas, são titulares do direito fundamental de se conduzirem com a independência própria das pessoas privadas e sem interferências indevidas do Poder Público (art. 5.º, VIII, da Constituição), mas também devem prestar contas dos valores recebidos (art. 70.º, § único, da Constituição) e respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos no velamento do emprego regular, impessoal, objetivo dos recursos públicos. Elas devem receber do Estado proteção, à semelhança dos agentes que representam, e não apenas restrições⁴⁴.

Pedro Gonçalves, a este propósito, recorda que, “todas as entidades de direito privado partilham a característica de, em princípio, só terem acesso aos instrumentos de acção do direito privado; a esse propósito, a doutrina fala de uma regra de congruência entre forma jurídica de organização e forma jurídica de acção”⁴⁵.

Embora o seu estudo tenha como foco de atenção as entidades privadas investidas de poderes públicos (inclusive poderes de expropriação de bens, limitação e afetação da esfera jurídica de terceiros), suas reflexões sobre a expansão dos valores prestigiados pelo direito administrativo merecem consideração. Para o autor, “o facto de o Estado subsidiar certas entidades exige a adopção de soluções legais que imponham o respeito de valores públicos no modo de aplicação desses dinheiros (por ex., por via da exigência de processos transparentes de escolha de contratantes)”⁴⁶. Porém, “não deve confundir-se ‘expansão de valores do direito administrativo’ com ‘extensão da província do direito administrativo’. Na

⁴⁴ HARLOW (2006: 116).

⁴⁵ GONÇALVES (2005: 3).

⁴⁶ GONÇALVES (2005: 318).

verdade, estamos a aludir a uma expansão dos valores do direito administrativo para efeitos da respectiva incorporação no direito privado. Não está aí envolvida qualquer alteração dos limites geográficos do regime do direito administrativo que, *qua tale*, deve vigorar apenas para a Administração Pública. Trata-se, apenas, de fazer corresponder a expansão dos valores do direito público administrativo a uma recepção desses mesmos valores na esfera do direito privado⁴⁷.

7.6. O sistema de controle sobre as organizações sociais

O sistema de controle sobre as organizações sociais é abrangente, pois envolve:

a) órgãos institucionais públicos (a Administração Pública, através dos órgãos de supervisão do contrato de gestão; o Tribunal de Contas correspondente, o Ministério Público e, eventualmente, o Poder Judiciário);

b) entidades privadas contratadas (auditoria externa da execução do contrato, nos termos do art. 4.º, X, da Lei 9637/98);

c) órgãos internos de composição mista ou heterogênea (Conselho de Administração, formado por representantes da sociedade civil, representantes do Poder Público, associados, pessoas de notória capacidade e idoneidade moral – art. 3.º, da Lei 9637/98);

d) controle social (potencializado pela publicação das normas internas de contratação, do contrato de gestão e dos relatórios de execução do contrato, por exemplo).

A *reserva de competência exclusiva* do Conselho de Administração para apreciar o contrato de gestão, as normas de compras e o plano de salários diz respeito apenas ao *plano interno* de distribuição de competências. Em nada restringe o âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF art. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF arts. 127.º e seguintes). Não é inconstitucional.

A Lei n.º 9.637/98 contempla, como bem o assinala o Ministro Luiz Fux, remissão a diversas formas de controle e de

⁴⁷ GONÇALVES (2005: 318).

fiscalização, conforme se infere da redação dos arts. 2.º, I, f, 4.º, IX e X, 8.º, § 1.º, 2.º e 3.º, art. 9.º, e art. 10.º. E, por óbvio, como lei ordinária, não tem o condão de restringir o âmbito de atuação constitucional de ofício do Ministério Público ou do Tribunal de Contas.

De qualquer sorte, para fins “pedagógicos”, o voto condutor, chancelado pelo Pleno, propõe interpretação conforme “para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas”.

8. Conclusão

Não obstante as reticências – ideológicas, doutrinárias, políticas, sindicais – ao modelo das organizações sociais, facilmente identificável pelo estoque de argumentos desenvolvido na ação direta de inconstitucionalidade 1923 e pelo tom quase escatológico da doutrina brasileira na abordagem do tema, as relações de parceria segundo este modelo estruturado de colaboração avançaram em todo o país nos últimos dezesseis anos. Os seus resultados, sobretudo no campo das ciências, da cultura e da saúde não podem ser ignorados. Erros e abusos devem ser reprimidos, como devem ser censurados os desvios na administração direta e indireta do Estado, mas tendem a reduzir-se com a ampliação do debate na academia e na administração após a decisão do Supremo Tribunal Federal.

A decisão vinculante emitida pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 1923 oferece aplicação não apenas ao modelo das organizações sociais. Ela pode ser entendida, em grande medida, também às relações de parceria mantidas sob o abrigo do título de organização da sociedade civil de interesse público e até mesmo relações regidas pela Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, em período de *vacatio legis* até janeiro de 2016. Embora esta última norma não se aplique às organizações sociais, por decisão expressa, não deixa de receber o influxo das diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1923 quanto ao grau de interferência do Estado no funcionamento de entidades privadas fomentadas.

Fomento é atividade administrativa, submetida ao direito público, de oferta de incentivo, proteção ou auxílio a pessoas públicas ou privadas, dirigida a facilitar, persuadir ou incrementar o desempenho, autônomo e espontâneo pelos destinatários, de determinada atividade de interesse comum ou público, exercida de direito próprio pelos beneficiários, independente de delegação em sentido formal. Mas a entidade fomentada, quando privada, não é transportada integralmente ao direito público, submetida a normas de direito administrativo, à semelhança dos integrantes da administração pública, pois deve observar apenas o núcleo dos princípios constitucionais da administração (valores republicanos essenciais de gestão dos recursos transferidos) e as normas públicas de prestação de contas e responsabilidade de seus dirigentes pelo bom uso dos recursos recebidos.

Para o sucesso das parcerias tem-se exigido muito das entidades privadas e pouco do Estado. A sustentabilidade das parcerias sociais exige que o Poder Público não atrase transferência de recursos vinculados ao contrato de gestão, qualifique seus órgãos internos para o controle eficaz de resultados (não apenas de procedimentos) e organize a atuação em rede das entidades fomentadas. As entidades privadas devem exercer as suas tarefas com autonomia e responsabilidade, mas com segurança jurídica, sem receio do administrador de plantão e seus humores. É momento de prever fundos garantidores das parcerias sociais, que confirmem previsibilidade aos desembolsos públicos e seriedade aos compromissos assumidos.

As organizações sociais podem contribuir para a profissionalização dessa relação de parceria. De modo organizado ou coletivo podem denunciar tentativas de aplicação indevida do modelo das organizações sociais e práticas informais de administradores contrárias à ética pública. Devem convocar a participação mais estreita dos cidadãos no acompanhamento do contrato de gestão e na fiscalização dos resultados obtidos. As parcerias são relações jurídicas administrativas multipolares⁴⁸, que envolvem e afetam uma multiplicidade de atores diretamente (administração supervisora, usuários, organizações em rede e fornecedores). Esses agentes devem partilhar controles e responsabilidades.

⁴⁸ MARQUES (2011).

Todo este programa é trabalhoso e envolve investimento em capacitação e mudança cultural. Mas os valores sociais envolvidos o justificam. Entretanto, é paradoxal que segmentos da doutrina condenem a utilização das *parcerias público-privadas sociais* (ou, simplesmente, *parcerias público-sociais*), realizadas sob estrito acompanhamento e supervisão do Poder Público, e saúdem o crescimento imoderado de programas de transferência direta de recursos para usuários de serviços sociais, de manejo livre pelos indivíduos e transferidos imediatamente para organizações empresariais sem qualquer controle, programação ou acompanhamento do Poder Público.

A transferência direta de recursos aos beneficiários de bens sociais, que depois escolherão o serviço prestador (empresarial ou não), estratégia típica das “bolsas” (v.g., bolsa-ensino ou financiamento estudantil subsidiado, entre outras), não deixa de constituir forma de liberar a Administração Pública da prestação direta de serviços sociais.

Na contratação de entidades sem fins lucrativos, em regime de parceira, esta dispensa da execução direta ocorre acompanhada de intensa supervisão do Poder Público, que mantém poderes de regulação do modo de prestação da atividade pelo parceiro privado e utiliza o contrato de gestão para definir as prioridades e a qualidade do desempenho dos serviços à luz do interesse público.

Na transferência direta de recursos a pessoas físicas beneficiárias há simples subvenção, sem que a Administração Pública detenha poderes para determinar o modo de realização da prestação de serviços pelas empresas ou organizações escolhidas autonomamente pelos beneficiários. Na transferência direta, adicionalmente, há risco de favorecimento especial de grandes grupos econômicos que atuam na área social (a exemplo de educação e saúde), capazes de seduzir o maior número de usuários com sofisticadas técnicas e recursos de propaganda.

Em 2014, por exemplo, apenas o FIES (Fundo de Financiamento Estudantil), destinado a financiar diretamente cursos de graduação em instituições não gratuitas, transferiu 13,8 bilhões de reais para o setor privado, com um crescimento real de 1.100% em relação às cifras de 2004. O FIES constitui hoje “o maior item de desembolso federal em educação, a exceção dos gastos em

peçoal”⁴⁹. Com o crescimento do FIES, afirma o mesmo estudo, “multiplicaram-se os alunos e as escolas privadas financiadas pelo programa. Várias dessas escolas viraram potências empresariais, com ações em bolsa de valores, financiadas principalmente pelos recursos do programa”⁵⁰.

É certo que o FIES se apresenta como um empréstimo que o Governo Federal faz aos estudantes, a ser quitado no futuro, mas nele há “subsídio creditício” “não contabilizado como despesa pública” e alta perspectiva de inadimplência, pela flexibilidade das garantias adotadas nos últimos anos⁵¹. De outra parte, são limitadas as exigências de qualidade mínima dos cursos privados aptos a receber estudantes e reduzidíssimas as exigências de desempenho acadêmico dos estudantes financiados, o que coloca em risco o efetivo retorno social dos recursos investidos.

Programas de incentivo, bolsas para serviços e financiamento direto devem existir, e cumprem um papel relevante de atendimento a segmentos mais carentes. Porém, o que se questiona é a sustentabilidade deste crescimento vertiginoso da despesa pública, sem balancear as suas reais vantagens em relação à ampliação da prestação direta de serviços sociais ou a utilização de modelos estruturados de parceria.

É certo que muitos são céticos quanto às possibilidades da verdadeira ativação da cultura da participação e da solidariedade no mundo contemporâneo, base para parcerias sociais legítimas. O individualismo mais rudimentar parece dominar a juventude em termos globais e desconfia-se da autenticidade de pessoas jurídicas altruístas. No entanto, poucas vezes na história foram manejados recursos pela sociedade civil organizada na escala que hoje assistimos. Céticos e críticos da sociedade do nosso tempo, embora destacando o aumento do hedonismo e do cinismo individualista, reconhecem que as doações humanitárias atingem cifras inéditas e programas de assistência e caridade recebem atenção e forte promoção da mídia⁵². Desastres naturais, desastres humanitários,

⁴⁹ MENDES (2015: 4).

⁵⁰ MENDES (2015: 4).

⁵¹ MENDES (2015: 5).

⁵² LIPOVETSKY (2005: 104-122).

crises políticas violentas e crises de saúde ou pandemias mobilizam milhões de pessoas em poucas horas, como se o próprio esgarçamento das redes tradicionais de sociabilidade ativasse o voluntariado e assegurasse alguma forma de identificação social compensatória.

Acresce que o Estado não é mais percebido como o único responsável pela assistência social e a oferta de bens vitais. Ao menos não é percebido como um garante seguro. A crise do Estado na década de 80 mostrou a fragilidade do aparato estatal no enfrentamento da pobreza e na prestação de serviços sociais. Progressivamente, o conceito de participação cidadã deslocou-se das grandes utopias políticas para o campo social e conquistou presença normativa. Estimulou-se a criação de associações de moradores, consumidores e cidadãos, a lei passou a exigir em várias matérias a realização de audiências públicas como antecedente necessário à validade de regulamentos administrativos e até de leis, a exemplo dos planos diretores de desenvolvimento urbano no Brasil (v.g, Lei n.º 10.257/2001, art. 40.º, § 4.º, I, e art. 44.º) e a própria responsabilidade social do empresariado recebeu estímulo fiscal crescente. O Estado passou a duvidar da sustentabilidade de sua própria organização e estrutura, aprovou leis de contenção fiscal e de restrição ao endividamento⁵³ e buscou controlar o seu déficit estrutural em margens razoáveis ou estabelecidas por estruturas supranacionais (como a União Europeia), muitas vezes invocando a responsabilidade com as gerações futuras.

Neste contexto complexo e contraditório, como ensinam Suzana Tavares da Silva e Cláudia Dias Soares, buscou-se superar a “visão dicotômica Estado/mercado que imperou até à década de 90^a do século XX”, perspectiva a que se pode somar “um novo olhar sobre os ‘novos’ aspectos administrativos dessas entidades privadas subordinadas a vinculações de direito público, na medida em que atuam como cooperantes, colaboradores ou entidades subsidiárias na realização das tarefas públicas, beneficiando para o efeito de transferências de dinheiros públicos e/ou de ‘despesa fiscal’ decorrente de isenções e benefícios fiscais”⁵⁴. Trata-se de

⁵³ ESTEVE PARDO (2013: 138-142).

⁵⁴ SILVA; SOARES (2015: 17 e 20).

movimento que foi global e recebeu no direito público brasileiro desenvolvimento destacado a partir da instituição do modelo das organizações sociais, referendado neste ano de forma definitiva e com força vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Bibliografia Citada

- ALMEIDA, José Rui Nunes de (2014), *Transparência e Proporcionalidade no Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Porto: Vida Económica.
- BINENBOJM, Gustavo (2015), “A era do direito administrativo como religião já era”, in *Estudos de Direito Público: artigos e pareceres*, Rio de Janeiro: Renovar, 671-673.
- BOUDENS, Emile (2000), Utilidade Pública Federal. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/est-nottec/arquivos-pdf/pdf/000068.pdf>>. Acesso em 10/07/2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (2002), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos (2011), *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de (2009), *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Salvador: JusPodium .
- CASSAGNE, Juan Carlos (1994), *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo (1987), *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina.
- CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da; KNOPP, Glauco da Costa; XAVIER, Dulcilene Claudia (2015), “Organizações Sociais Interfederativas: um novo fenômeno”, *Revista Brasileira de Direito Público*, 50.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2011), *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, São Paulo: Atlas.
- (2012), *Direito Administrativo*, 25.^a ed., São Paulo: Atlas.
- ESTEVE PARDO, José (2013), *La Nueva Relación entre Estado y Sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons.
- FALCÃO, Joaquim (2006), *Democracia, Direito e Terceiro Setor*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: FGV.
- FARINHO, Domingo Soares (2014), *Fundações e Interesse Público: direito administrativo fundacional – enquadramento dogmático*, Coimbra: Almedina.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha (2006), “Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, 6. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-LADIMIR%20DA%20ROCHA.pdf>>.

- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1989), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2.^a ed., Madrid: Civitas.
- (1998), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 8.^a ed., Madrid: Civitas.
- GIANNINI, Massimo Severo (1988), *Diritto Amministrativo*, vol. 2, 2.^a ed., Milano: Giuffrè.
- GONÇALVES, Pedro (2005), *Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina.
- HABERMAS, Jürgen (1997), *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HARLOW, Carol (2006), “Civil society organisations and participatory administration: a challenge to EU administrative law?”, in *Civil Society and Legitimate European Governance*, Cheltenham: Edward Elgar, 115-140.
- JUSTEN, Mônica Spezia (2003), *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, São Paulo: Dialética.
- LEITE, Celso Barroso, 1997, “Filantropia e Assistência Social”, *Carta Mensal*, 43: 507.
- LIPOVETSKY, Gilles (2005), *A Sociedade Pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*, trad. Armando Braio Ara, São Paulo: Manole.
- LOUREIRO, João Carlos (2010), *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos direitos adquiridos*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARQUES, Francisco Paes, (2011), *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares*, Coimbra: Almedina.
- MARTINS, Licínio Lopes (2009), *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*, Coimbra: Almedina.
- MEDAUAR, Odete (2003), “Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral”, in *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 115-126.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de (2011), *Curso de Direito Administrativo*, 28.^a ed., São Paulo: Malheiros.
- MENDES, M. J. (2015), “A Despesa Federal em Educação: 2004-2014”. *Boletim Legislativo*, 26. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2015. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol26>>. Acesso em 16 de abril de 2015.

- MIRANDA, Pontes de (1987), *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*, Tomo 1, Rio de Janeiro: Forense.
- MODESTO, Paulo (1997), “Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 210: 195-212.
- (1998), “Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 214: 55-68.
- (1999), “Convênio entre entidades públicas executado por fundação de apoio. Serviço de saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma da prestação de contas das entidades de cooperação após a emenda constitucional N. 19/98”, *Revista Trimestral de Direito Público*, 28: 109-128.
- (2005), “Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas”, in *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo: Malheiros Editores/SBDP, 433-486.
- (2011), “O direito administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos”, in *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*, Minas Gerais: Fórum/IBDP, 21-40.
- MOREIRA, Vital (1997), *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Coimbra Editora.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (2006), *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar.
- NETO, Floriano de Azevedo Marques (2013), *A Concessão como Instituto do Direito Administrativo*, São Paulo, Tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de professor titular de direito administrativo da USP; edição mimeografada pelo autor.
- PALAZZO, José Luis; SESÍN, Domingo Juan; LEMBEYE, Víctor Armando Rolón (1992), *La Transformación del Estado*, Buenos Aires: Depalma.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser (1998), *Reforma do Estado para a Cidadania*, 34.ª ed., São Paulo.
- REBOLLO, Luis Martín (2003), “Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la nueva concepción y operatividad del servicio público em el derecho administrativo español”, in *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 85-113.

- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (2006), “Cuestiones Fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, in *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Derecho Global, 17-132.
- SILVA, Suzana Tavares da; SOARES, Cláudia Dias (2015), *Regime Fiscal das Entidades da Economia Social e Civil*, Porto: Vida Económica Editorial.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da (1996), *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina.

DIREITOS SOCIAIS PARA ALÉM DA ESTRITA NORMATIVIDADE OU COMO NÃO SE PRENDER AO VAZIO POLÍTICO DOS TEXTOS LEGAIS

O DILEMA DA SUSTENTABILIDADE POLÍTICA NO ESTADO SOCIAL¹

Raimundo Márcio Ribeiro Lima²

“O Direito não é uma *metafísica-de-ação* como é a Política, mas uma *metafísica-de-sustentação* de princípios da qual lança mão o poder do homem, para se equilibrar em sociedade, mas não para ir além, como um ‘*deus*’ pequeno, livre e absoluto para cometer o desatino de desafiar as leis superiores da vida, do mundo e do Universo”³.

Resumo: O artigo discute a importância da sustentabilidade política na hipermodernidade, destacando os limites da ação política no claro cenário de crise fiscal do Estado, bem como condena uma forte intervenção judicial no processo de formação e execução das políticas públicas.

¹ Adota-se, neste artigo, o Novo Acordo Ortográfico.

² Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra..

³ Dante PACINI. *Política e Direito (Filosofia e Ciência)*. 210.

Discute-se, ainda, a sustentabilidade política em face dos segmentos sociais, principalmente das minorias, pontuando o necessário cuidado para evitar uma atuação paternalista do governo. Além disso, propugna-se a defesa de uma justiça intergeracional, que impede a ação política de sacrificar as gerações futuras em benefício da atual geração. Defende-se, também, que a concretização dos direitos sociais demanda intervenção legislativa e que os condicionamentos socioeconômicos da ação política não podem ser negados pela atividade judicial.

Palavras-chave: sustentabilidade política; direitos sociais; intervenção legislativa; atuação judicial; justiça intergeracional.

Abstract: This article discusses the importance of political sustainability in hypermodernity, highlighting the limits of political action against the backdrop of fiscal crisis. It also condemns a strong judicial intervention in the formation and implementation of public policies. It discusses also the political sustainability in the face of social groups, especially minorities, scoring the necessary care to avoid a paternalistic role of the government. In addition, it defends inter-generational justice, on the grounds that political action cannot sacrifice future generations for the benefit of the current generation. It is argued also that the implementation of social rights requires legislative action and that the socioeconomic constraints of the political action cannot be denied by judicial activity.

Keywords: political sustainability; social rights; legislative intervention; judicial review; intergenerational justice.

1. Introdução

Leon Tolstói inicia uma de suas maravilhosas obras com a seguinte frase: “Todas as famílias felizes são parecidas entre si. As infelizes são infelizes cada uma à sua maneira”⁴. O que ele não podia prever é que tal assertiva se aplica, não só às famílias, mas também aos modelos de Estado Social, pois a diversidade do seu insucesso ou infelicidade é sempre explicada ou justificada em função de uma miríade de contingências político-econômicas, algumas tão peculiares que nem sequer são aventadas em outras paragens. Talvez seja por isso que a questão política, na esteira da econômica, se revele impotente ou mesmo resistente às premissas de uma socialidade marcadamente normativista. As diferentes perspectivas sobre os malogros sofridos pelo Estado Social denotam, entre outros pontos, uma atuação estatal que não se rende às prescrições normativas, mesmo quando imperativas, até porque todas elas vão em um dado sentido, denunciando assim que essa assincronia na consolidação dos direitos fundamentais sociais vai além da mera normatividade⁵. Porém, não há como negar, nela encontra uma forte razão fundante do atual *estado de coisas*.

⁴ Leon Nikolaevich TOLSTÓI, *Ana Karênina*, vol. I. 15.

⁵ Desde já é necessário um esclarecimento: a normatividade não se confunde com a perspectiva normativista: esta considera ou resulta da dinâmica interpretativa relacionada o texto da norma (programa da norma); enquanto aquela se prende a outra realidade funcional, a saber, “[...] de funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência” (Friedrich MÜLLER. *Metodologia do Direito Constitucional*. 54-55). Essa compreensiva *nebulosidade* da normatividade constitucional, sem maiores limites e expressão de controle, pode tranquilamente veicular uma infundada premissa decisória plenamente incompatível com a dinâmica político-econômica do Estado em matéria de direitos sociais. Logo, mais que o perigo da concepção normativista, ela extrai uma compreensão da norma a partir do cenário da atuação judicial, ainda que pretensamente centrada nos contextos da materialidade, e, nesse sentido, potencialmente livre

O artigo discute justamente o porquê de essa assincronia assentar numa resistência à normatividade e, claro, analisa as possíveis formas de demovê-la ou reduzi-la em função dos imperativos da socialidade, da solidariedade e, sobretudo, da igualdade. Para tanto, discute-se a relação entre sustentabilidade política e constitucionalização do Direito, realçando, sobretudo, a invasiva atuação da normatividade constitucional nos parâmetros operativos da ação pública. Debate-se, também, a atenção dada às minorias, que comporta questionamentos sobre a atuação política na consagração de direitos de determinados segmentos sociais, e mesmo econômicos, com claro sacrifício da racionalidade da ação pública. Por fim, destaca-se a questão da normatividade como propulsora, e também limitadora, da ação pública destinada à concretização dos direitos sociais, salientando a influência negativa de uma atuação judicial extremamente interventiva nos planos da atuação administrativa.

2. Sustentabilidade Política como Conceito da Hipermmodernidade⁶

Mesmo que se defenda que o conceito não existe ou que não se consegue promovê-lo proficuamente⁷, todavia, como conceber os limites compreensivos sobre um determinado fenômeno,

para permear um novo e condenável fluxo decisório do Estado, a saber, do parâmetro decisório baseado nas contingencialidades definidas a partir das experiências e vivência do julgador. Advertindo-se que a imposição de força, como expressão de poder de uma decisão judicial, sempre deve reportar a uma perspectiva normativa explícita ou implícita decorrente dos textos legais, portanto, anteriores à própria decisão judicial, senão cairia por terra toda a lógica de que a atuação dos órgãos públicos se submete ao império da lei e, portanto, a uma ideia regulativa do exercício do poder no Estado de Direito (Francisco J. LAPORTA. *El Imperio de la Ley. Una visión actual*. 171).

⁶ Gilles LIPOVETSKY; Sébastien CHARLES. *Os tempos hipermodernos*. 51 s., nas quais despontam os motivos da superação do termo pós-moderno.

⁷ Aqui, vale a pena destacar, num específico contraponto, a advertência de Karl Popper: “Todas as definições, incluindo as chamadas ‘definições operacionais’, só conseguem mudar o problema do significado do termo em questão para os termos que o definem” (Karl POPPER. *O Mito do Contexto*. 110). De todo modo, a partir de uma dimensão parcial do problema, desde que operacionalmente compreensivo, é possível empreender, de fato, alguma conquista ou mudança numa dada realidade.

em qualquer esfera do conhecimento humano, sem alguma pretensão de delimitação conceitual? Isto é, sem uma compreensão meramente operativa de uma dada realidade? Portanto, como absorver o complexo de uma realidade sem as balizas indicadoras do núcleo compreensível dessa mesma realidade? Então, mesmo com a ordinária falibilidade do saber humano, e até por conta disso, é necessário propor um conceito, provisório e incompleto, e, a partir dele, alçar parâmetros conceituais mais precisos, e, mesmo assim, ainda incompletos. Numa palavra: os conceitos, embora incompletos e com deficiências lógico-semânticas, longe de conduzirem a um bloqueio epistemológico, revelam-se meios potencialmente eficazes na obtenção de propósitos mais fundamentais ou, pelo menos, mais úteis.

Assim, a operacionalidade de uma linha de estudos demanda uma conceituação que, mesmo incompleta, é capaz nessa incompletude de revelar novas nuances sobre a realidade vinculada ao, ou residente no próprio conceito. O devir conceitual talvez seja a grande benesse de toda a tentativa conceitualizadora. Hoje, o conceito de direito social comporta um amplo espectro de análise, impensável no século XIX, e que, sem dúvida, demandou a criativa capacidade conceitual dos doutrinadores.

O que será, então, a *sustentabilidade política*? A pergunta é relevante, porquanto, hoje, o termo sustentabilidade serve para tudo, desde exigência modelar para vestido de noiva até esquema tático para um jogo de futebol. Como conceito chave – naturalmente numa perspectiva *científica* ou desejavelmente mais técnica – recebe diversos qualificativos, tais como ambiental, social, *etc.* Portanto, consagrar a dinâmica da sustentabilidade política revela-se assombrosamente importante, pois, a partir dela, discutem-se as dificuldades da política no Estado Social. Evidentemente, a abordagem tomará um viés jurídico, porquanto inerente à nossa área de investigação.

O suporte político da atuação do Estado, como ação social numa perspectiva interindividual e grupal⁸, congrega múltiplas compreensões, porém todas expressam a necessidade de se romper com o imobilismo das escusas cíclicas decorrentes das crises,

⁸ Norberto BOBBIO, “A política”. 144.

igualmente cíclicas, no fluxo inevitável das demandas públicas. A ideia prestigia a política como meio de ação, só que, lamentavelmente, ela reage mais do que age; aliás, reage de modo extremamente tardio e, por vezes, atabalhado e titubeante. A política é refratária e retardatária das crises, justamente por falta de sustentabilidade. Ela é causa e consequência de um mesmo dilema, a saber, a ausência de coordenação da atividade estatal na superação dos dilemas da hipermodernidade⁹. E o que se revela mais preocupante: a política sai da providencial posição de diretora da governabilidade para assumir a incômoda posição de indutora da *ingovernabilidade*, porque não consegue captar satisfatoriamente os ecos da sociedade e, muito menos, convertê-los numa linguagem política de ação e, conseqüentemente, de regulamentação e materialização, no que destaca a sua necessária imbricação com o direito, mormente o constitucional, administrativo e financeiro, nos mais diversos segmentos da *vida comunitária*. Tudo em função da questão de superar os infelizes traços da miséria política por meio da normatividade.

Nesse ponto, não é preciso qualquer esforço para perceber que, numa perspectiva multinível da atividade legislativa, a sustentabilidade política possui capital importância na definição dos fins do Estado, não simplesmente em função da esperada e desejada harmonia das diretrizes normativas, aliás, sempre tão questionável, mas, sobretudo, pela compreensão de que as soluções singulares de uma matriz legislativa não terão o condão de suportar as duras penas das crises econômicas, cujos efeitos fazem romper as

⁹ Aqui, é preciso um esclarecimento: com a expressão *hipermodernidade* deseja-se ventilar a particularmente conflituosa convivência comunitária na atualidade, seja em função dos seus dilemas socioeconômicos, próprios da nossa era tecnológica, seja em decorrência dos expressivos eventos catastróficos da natureza, decididamente majorados pela indisciplinada atuação do homem no meio ambiente. Evita-se, assim, a diversificação/disseminação do termo *pós-modernidade*, que, inclusive, afasta-se, por demais, do sentido originalmente empreendido por François LYOTARD. *O Pós-Moderno*. xv e s., que se relaciona às crises dos relatos, ao fim das metanarrativas etc. Segue-se, assim, uma precisa advertência: “No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rótulo *pós-moderno* já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia” (Gilles LIPOVETSKY; Sébastien CHARLES. *Os tempos hipermodernos*, 52).

fantasiosas conquistas normativas descompassadas com os dilemas socioeconômicos de qualquer realidade espacial. Aliás, a relação conflitiva entre Direito e Política fica potencialmente agravada numa ambiência de inegável discórdia com a Economia.

Por isso, a sustentabilidade política exige uma abordagem global da ação do Estado¹⁰. Porém, isso não neutraliza a gestão interna de cada Estado, apenas deixa claro que um enfoque maior na ambiência interna, mesmo que importante, pode muitas vezes redundar em um isolamento político em determinada via de atuação do Estado, geralmente na seara social, perante possíveis contrapontos econômicos e, conseqüentemente, fiscais. Afinal, a especial atenção dada às minorias, da socialidade sem causa e da majoração da amplitude dos serviços públicos, especialmente nos países latino-americanos, são irresistíveis apelos a uma atuação política sem prumo, mas com rumo possivelmente certo, a saber, o da falência do próprio Estado. Efetivamente, a defesa da austeridade sempre soa como um ruído pavoroso aos governantes nada entregues à estabilidade das contas públicas. Não se trata da defesa de um Estado mínimo, mas, sim, de um Estado possível no campo da socialidade e, claro, nos limites dos fluxos econômicos da realidade de cada povo. Até porque o Estado mínimo não existe, pois o Estado é sempre do tamanho da realidade política imposta aos cidadãos. Isso se explica porque, geralmente, os defensores do Estado mínimo são os primeiros a abocanhar ou defender considerável parcela dos recursos públicos, quando sua área de atuação exige uma providencial intervenção estatal, para salvaguarda dos interesses excelsos da sociedade. A própria dinâmica de proteção da propriedade¹¹ já demonstra que Estado mínimo é uma falácia em qualquer contexto. Porque, se há interesse que o Estado defenda e proteja tudo o que se acumula no âmbito do processo histórico de produção, não há como admitir que ele seja tão mínimo assim, a não ser aos olhos dos que dependam historicamente do fluxo econômico e, portanto, a ele submetidos por diversos vínculos de imobilidade social.

¹⁰ Isso fica particularmente claro na área financeira, seja pelos danosos efeitos da erosão da base tributária, seja pelos custos considerados na expansão de serviços públicos de caráter social.

¹¹ Liam MURPHY; Thomas NAGEL. *O mito da propriedade*. 24.

Só que a indagação persiste: o que será a sustentabilidade política? Haverá nela uma ética da convicção ou uma ética da responsabilidade? A noção de sustentabilidade é talhada na responsabilidade e, portanto, atenta às consequências do fluxo político, de forma que é, em grande parte, dissonante com a ética da convicção¹². Afinal, a absoluta intransigência no plano político tem como consequência o isolamento da ação pública, fato que em nada contribui para a concretização dos direitos, a qual demanda coordenação e, assim, fluência comunicativa na solução dos entraves sociais – algo que não é possível a partir de uma perspectiva fechada de pensamento, por mais nobre que ela se afigure no círculo dos valores apriorísticos da humanidade.

A sustentabilidade em sentido estrito, largamente conhecida, liga-se à proteção-manutenção, notadamente de longo prazo, das fontes de recursos, exigindo-se, para tanto, um necessário planejamento da dinâmica da atividade produtiva e, por certo, do fluxo de consumo, impondo-se, desse modo, obrigações aos agentes econômicos e aos consumidores, que passam a compartilhar uma obrigatoriedade de condutas e resultados¹³. A sustentabilidade em sentido amplo, por sua vez, congrega uma dinâmica compreensiva capaz de absorver três decisivos pilares da sustentabilidade, quais sejam, a sustentabilidade ecológica, a sustentabilidade econômica e a sustentabilidade ecológica¹⁴, que deverão nortear a evolução *sustentada* da sociedade; aliás, tratando-se de termo com inegável caráter holístico – tal como o conceito chave da hipermodernidade –, deve absorver novas formas compreensivas, em particular na sua perspectiva política.

A noção de sustentabilidade compreende a lógica de uma possível tensão, pelo menos, entre duas ou mais perspectivas de análise. Com efeito, quando se ventila a necessidade de assegurar uma providencial sustentabilidade ambiental¹⁵, de modo bem

¹² Max WEBER. *Ciência e política: duas vocações*. 142.

¹³ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. 6.

¹⁴ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. 6.

¹⁵ Infelizmente, a dinâmica da atuação estatal, com o largo argumento da proteção do meio ambiente, na maior parte dos casos apenas

geral, tem-se uma tensão entre o ser humano no mundo e o próprio mundo na visão do homem, sem adentrar, evidentemente, na miríade de desdobramentos concernentes à problemática. A dinâmica da vida social não permite *movimentos* sem consequências no próprio sistema social. Dito de outro modo, não há como exigir sustentabilidade em determinado segmento social sem que isso também acarrete consequências e/ou responsabilidades aos demais segmentos. A lógica dos encargos repartidos é uma clara demanda da socialidade e, claro, uma reluzente bandeira da sustentabilidade política. Em se tratando de sustentabilidade política, a questão torna-se ainda mais evidente. Se a política é um meio de ação em função de problemas fundamentais do Estado, o modo como se há-de conceber a sustentabilidade política apenas a partir do seu próprio círculo de análise exige, portanto, a confluência de outros arranjos da sociedade, incluindo-se, naturalmente, a dinâmica social relacionada com o Direito.

Dessa forma, a qualificadora política à palavra sustentabilidade tem o propósito de discutir e identificar os fatores que possibilitem uma ação pública, por meio do fluxo político, e sejam capazes de mover adequadamente os meios públicos e privados para a promoção dos objetivos fundamentais da sociedade. A sustentabilidade política é, acima de tudo, um novo modo de enxergar as relações sociais, tornando-as, assim, mais consonantes com uma ambiência comunitária mais justa, enfim, mais afeiçoada aos desejáveis parâmetros da socialidade, donde decorre a particular importância da seara privada, especialmente dos agentes econômicos, seja como motor das transformações, seja como seu indutor, porquanto o Estado, por meio dessas elementares tarefas, já não é capaz de estabelecer uma atuação hegemônica na direção da sociedade.

prestigia uma falácia de tributação ambiental que, longe dos prognósticos e imperativos constitucionais, possui o único propósito de arrecadar recursos ou – e isso não se revela nada raro – repassar simulacros de custos da produção, que são absorvidos pelos consumidores, de produtos ou serviços que não são necessariamente ambientalmente limpos ou menos poluentes, mas graciosamente lucrativos para os agentes econômicos. Adicione-se, ainda, a dificuldade em assimilar a lógica do princípio poluidor-pagador, seja pela adversidade na determinação do poluidor, seja na identificação dos custos e na sua imputação aos poluidores (José Casalta NABAIS. “A crise do estado fiscal”. 24). Aqui, a ideia de sustentabilidade ambiental é dantescamente substituída pela sustentabilidade tributária às avessas.

E nisso reside uma grande oportunidade para a ação política, até porque a atuação dos setores privados tende a romper os limites compreensivos de uma desejada socialidade. Aqui, a atuação política cumpre o providencial papel de regular os fluxos econômicos – sem que isso por si só se revele suficiente; aliás, a contemporaneidade dos malogros da regulação econômica explica bem isso. De todo modo, ela é providencial até mesmo em função da globalidade dos prospectos da atuação estatal. Numa clara advertência: “[a] única razão por que os investidores privados desejam adquirir bens públicos aparentemente ineficientes é porque o Estado elimina ou reduz sua exposição ao risco”¹⁶. Isto é, os agentes econômicos do mercado de risco adoram atuar sem riscos. Daí que o desafio, e também a oportunidade, da ação pública resida justamente no novel modelo de regulação econômica, que deverá preocupar-se com os permeios da sustentabilidade *política*, isto é, “[...] com a igualdade de oportunidades e com o nível de igualdade dos resultados também no plano *intergeracional* e não apenas como uma concepção substancial da igualdade de oportunidades”¹⁷. Nesse ponto, é importante destacar que o compromisso da sustentabilidade, para além das ordinárias premissas das prestações positivas – inclusive algumas com os conhecidos traços assistencialistas e/ou humanitários – exige uma nova dinâmica compreensiva dos direitos numa perspectiva negativa. Isto é, não se trata de uma *obrigação positiva de justiça*, mas, e principalmente, uma *obrigação negativa de justiça*, de forma que os Estados e os membros da comunidade política, sem prejuízo da necessária atuação da governação global, devam pautar-se pelo propósito de alterar as relações no mundo, justamente para que não continuem lesionando os direitos da geração corrente e das gerações futuras¹⁸.

Portanto, a sustentabilidade política multiplica os arranjos sociais e, sobretudo, fortalece-os em função de objetivos comuns ou, de modo mais preciso, em virtude dos objetivos políticos que façam exsurgir uma nova realidade compreensiva, isto é, acima

¹⁶ Tony JUDT. *Um tratado sobre os nossos atuais descontentamentos*. 113.

¹⁷ Suzana Tavares da SILVA. “Considerações introdutórias”. 9.

¹⁸ Daniel INNERARITY. “La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad”. 22.

dos vícios da ação pública sectária, exclusivista e egoística. Assim, sustentabilidade é, sobretudo, correlação de esforços nos cenários potencialmente conflitantes decorrentes das relações sociais.

Daí a importância dos projetos básicos da sustentabilidade política, devidamente assentes (a) na *eficiência* no uso dos meios da ação política para, com isso, se alcançar melhor prestação de serviços públicos e privados, (b) na *suficiência* representada na racionalização dos recursos para obtenção de um novo modelo de bem-estar; (c) na *consistência* decorrente de um necessário processo adaptativo às permissividades dos recursos, respeitando, assim, uma relação sustentável entre produção e consumo; e (d) na *participação* advinda da democratização dos processos decisórios em todos os níveis, nacional ou internacional, pontuando, sobretudo, a ideia de auto-responsabilidade e auto-organização da sociedade¹⁹.

A sustentabilidade política trata, não propriamente dos dilemas internos da atividade política, mas da consequentialidade dessa atividade. O futuro é incerto, o presente não poderá sê-lo; ele simplesmente depende das decisões tomadas, pelo que a incerteza sobre o futuro não deveria impedir de planejar no presente. Aliás, a ausência de relacionamento da ação pública com o futuro, no que são características a precaução e a improvisação, impede a consagração de medidas adequadas no plano da atuação estatal – e não só, o que faz romper uma desejosa perspectiva de esperança e planejamento em relação ao futuro²⁰. Até mesmo numa perspectiva mais interna, já no fluxo da atividade política em sentido estrito²¹, a dinâmica da ação pública tende a negar uma relação mais intensa com o futuro pelo facto de o fluxo partidário exigir acordos ou interesses nos estreitos limites de uma temporalidade curta, fulminando, assim, projeções mais longas sem resultados que permitam consideráveis dividendos políticos. Ora, se os conflitos

¹⁹ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. 8.

²⁰ Daniel INNERARITY. *The Future and its Enemies. In Defense of Political Hope*. 1.

²¹ Que não se confunde com a expressão *politics*, já que se refere à atividade política em sentido amplo e, claro, também não se confunde com o termo *policy*, que se relaciona aos programas governamentais, isto é, à ação pública no círculo inevitável e contínuo das prestações públicas.

são prementes, não menos são os contornos e desconfortos do processo democrático, especialmente os resultados dos vícios recorrentes de determinada estrutura social, quer não tardam em espelhar os funestos hábitos políticos na dinâmica da pretendida autogovernança democrática. Numa palavra: “[o]s parlamentos têm vistas curtas, os governos fogem de prognoses a longo prazo, os plebiscitos populares pecam pelo seu localismo e interesses imediatos”²². Nessa conjuntura, não resta outro entendimento senão o de que a sustentabilidade política encontra-se ameaçada, não apenas em virtude modelo de democracia representativa²³, mas, sobretudo, pela falta de consciência relativa à necessidade de uma convivência comunitária pautada pela unidade política em prol de um projeto sustentável da política numa sociedade hipermoderna, que exige, sobremaneira, a absorção da ideia de solidariedade e responsabilidade como projeto comum e sustentável no universo dos atuais arranjos sociais, inegavelmente plurais, conflituantes e, sem dúvida, entregues à parcimoniosa história dos usos incontidos dos recursos naturais.

A sustentabilidade política, como conceito da hipermodernidade, quer expressar, entre outras coisas, uma nova dinâmica na compreensão da atividade política em função dos novos e intensos fluxos de complexidade numa sociedade de risco, em que, além dos (extra)ordinários dilemas socioeconômicos, somam-se, ainda, os eventos da natureza, cuja “[...] consequência política é que a concepção da igualdade natural dos seres humanos se converte na concepção de uma desigualdade natural dos seres humanos produzida por catástrofes naturais”²⁴. Desse modo, a linha compreensiva da sustentabilidade política congrega a lógica da globalidade da ação pública, no sentido de que as ações globais devem ser

²² José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. 9.

²³ Trata-se de um risco estrutural inevitável, em verdade, um preço caro, mas, ainda assim, sempre pagável em função da periodicidade no exercício do poder político. Como salvar a democracia representativa? Não é necessário. Ela já se encontra salva, o dilema mesmo é como compatibilizar o fluxo democrático da representatividade aos que ainda não podem ser representados, a saber, os membros da comunidade política das futuras gerações.

²⁴ Ulrich BECK, *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. 367.

amplas e coordenadas como fator de eficácia, mas sem descurar os nichos locais de reflexão sobre os verdadeiros obstáculos da convivência comunitária. Destaca-se, nesse ponto, a relevância das relações de amizade entre os cidadãos na formação de um projeto político que, por não se centrar em acordos baseados na razão, pode consagrar uma unidade da comunidade política²⁵.

E é justamente na dinâmica local dos desafios políticos que a sustentabilidade possui sua capacidade de convencer e, também, de transformar. Afinal, sem o reconhecimento dos encargos que a sustentabilidade impõe aos cidadãos, no que avulta a dinâmica da responsabilidade pessoal, os benefícios são prospectados em função da temida individualidade do nosso tempo e, com isso, totalmente prejudicial à ideia de ação comunitária, que constitui importante pilar de qualquer forma de sustentabilidade.

3. Sustentabilidade Política e Constitucionalização do Direito

A constitucionalização do Direito comporta diversos sentidos, porém o mais corrente liga-se à ideia de “[...] um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com sua força normativa, por todo o sistema jurídico”²⁶. Vê-se, assim, uma tentativa de submeter todas as formas de exercício do poder público à disciplina das normas e procedimentos constitucionais, pouco importando os meios ou mecanismos adotados para o seu exercício²⁷. No Brasil, falou-se – aliás, fala-se ainda – de uma pretendida *filtragem constitucional* relativa a uma envolvente forma normativa da Constituição por meio de uma estruturante senda principiológica²⁸, assente na multiplicação dos recursos orçamentários, ou seja, na autossuficiência da gestão fiscal do Estado. Evidentemente, exagerou-se. Em verdade, vive-se uma indesejável *destilagem constitucional*, inclusive com sérias

²⁵ Enrique DUSSEL, “De la Fraternidad a la Solidariedad”. 195.

²⁶ Luís Roberto BARROSO. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”. 24.

²⁷ Martin LOUGHLIN. “What is Constitutionalisation?”. 47.

²⁸ Paulo Ricardo CHIER. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica* 123.

consequências no processo democrático brasileiro, porquanto se olvidou a força transformadora da política para consagrar a *força* transformadora dos princípios, dos intérpretes e dos oráculos judiciais, o que denuncia uma nova e paradoxal forma de positivismo: o jurisprudencial, pois, assenhorando-se da constituição, passa a escarnecer do poder constituinte e, com isso, profere duros golpes à soberania popular e, claro, passa a ditar o rigor da *semântica constitucional* revelada pelos neoconstitucionalistas²⁹. De modo possivelmente jocoso, acredita-se que seja necessária uma *tonelagem constitucional*, só para seguir os ruidosos experimentos físicos da doutrina constitucional brasileira. Ou seja, é preciso saber se a nossa Constituição suporta tantos arranjos físico-doutrinário-constitucionais. “Não há como crer que a única esperança é a Constituição, sem que essa esperança esteja articulada com outros parâmetros”³⁰.

O sacrifício da ação pública guarda uma clara relação com a pretensão de tutela judicial da gestão pública do Estado, porquanto transporta os entraves da perspectiva política a uma mera questão de decidibilidade judicial e, portanto, de justificação de eventuais problemas sociais a partir da perspectiva estritamente normativista. Aqui, discutem-se, não os propósitos nem mesmo a técnica processual, mas a metodologia de aplicação dos direitos centrada na estrita compreensão normativa dos conflitos e/ou demandas sociais, olvidando-se, infelizmente, outros ciclos de análises, inclusive mais abrangentes, e devidamente considerados, na formulação das políticas públicas. Atuação judicial e olhar externo: uma é tão cara; outro, tão raro. É por isso que a dinâmica da sustentabilidade política revela-se tão importante: prestigia uma lógica compreensiva das adversidades sociais no ciclo da permissividade política, o que é algo bem diverso das pretensões idealísticas, criativamente promovidas pela atividade judicial a partir dos princípios e das normas constitucionais em geral.

²⁹ Gilberto BERCOVICI, “Constituição e Política: uma relação difícil”. 20.

³⁰ Martônio Mont’Alverne Barreto LIMA; Plínio Régis Baima de ALMEIDA. “Constituição e Idealismo – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política”. 28.

Trata-se, portanto, de uma actividade judicial sem a necessária mediação política, tão cara à operacionalidade dos desígnios constitucionais, capaz de superar, por meio do decisionismo, as fulgurantes dificuldades na concretização dos direitos sociais³¹. Eis um inegável pecado da atuação estatal: *considerar a consagração constitucional dos direitos sociais como um elemento justificador da determinação judicial da ação política do Estado*. Esse percurso parece racional, mas não passa disso, porquanto a questão da sustentabilidade política exige mais que *intérpretes, linguistas e ponderações*³² na concreção de qualquer projeto constitucional de Estado Social.

Não é possível destacar uma miríade de confluências decisórias político-econômicas talhadas apenas no império da estrita normatividade constitucional. Ora, isso, além defantástico, alcança o limiar da irresponsabilidade institucional. As ideias constitucionais são luminares quando cadenciam um feixe de luz para caminhos obscuros, mas, por outro lado, perdem-se quando a extremada reluzência faz exsurgir o clarão da perspectiva dogmática unilateralizante, que é, sem sombra de dúvida, outra forma de cegueira e, com isso, novos focos de obscuridade. Não é por outro motivo que a entrega do texto constitucional é sempre um marco de possibilidades, e não um prognóstico linear e feliz de concretização do seu grandioso projeto de transformação social.

Daí que, e isso é sempre patente na realidade constitucional, qualquer Constituição encontra os seus limites na dura cronologia dos anos, mormente os que decorrem em longa crise político-institucional. Porém, o que preocupa mesmo é a noção de que ela, como conjunção político-jurídica *ordenadora* de uma nação, tenha como limites, não a realidade de um povo, mas a *ortodoxa desordem* dos grilhões judiciais, apenas assentando em textos e intérpretes. Encontra-se aqui o risco de a normatividade implicar alucinações doutrinárias, geralmente assentes numa *fortaleza de*

³¹ Martônio Mont'Alverne Barreto LIMA; Plínio Régis Baima de ALMEIDA. "Constituição e Idealismo – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política". 26.

³² Martônio Mont'Alverne Barreto LIMA; Plínio Régis Baima de ALMEIDA. "Constituição e Idealismo – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política". 31.

*conceitos e de apelos de transformação dogmática*³³. Trata-se, portanto, de um discurso vazio, a despeito da intensa verbosidade pretensamente esclarecedora sobre os caminhos a seguir na concretização dos direitos sociais. Se a perspectiva sistêmica das condicionantes sociais na formulação das políticas públicas é preterida pela casuística dos parâmetros judiciais, toda a lógica da sustentabilidade política perde vigor em função da fragmentariedade decisória e, com isso, os pretendidos resultados da atuação sistêmica não são apenas comprometidos, mas, também, desconsiderados em função da dinâmica decisória pautada pela normatividade.

Obviamente, a sustentabilidade política não pode descuidar a iminente possibilidade de questionamento judicial dos prognósticos da gestão pública, o que seria, de fato, surpreendente. Todavia, não se pode admitir uma dinâmica de incertezas tal, que praticamente inviabilize a concreção dos direitos e, com isso, o atendimento das demandas sociais, baseando-se, tão-somente, no cumprimento fragmentado, oneroso e frustrante dos dilemas existenciais dos cidadãos. Fazer do Direito uma garantia dos direitos, não quer dizer, nem de longe, que ele tenha o condão de negar a realidade e, portanto, as possibilidades de atuação estatal. A ideia de diálogo na ambiência institucional, portanto, no círculo dos poderes constituídos, mormente entre o legislador e a corte suprema, assegura instituições fortes e cientes de suas competências constitucionalmente estabelecidas³⁴, revela-se o caminho mais adequado para comportar uma clara permissividade, pretensamente abrangente, das prestações públicas.

³³ Toda forma de dogmatismo deve ser condenada, porquanto isso é absolutamente incompatível com qualquer noção possível de Ciência do Direito, como bem esclarece esta passagem: “Não se nega a necessidade de se empregar expressão que diferencie um estudo geral do Direito, não focado em um ordenamento jurídico (e a uma realidade social subjacente) em particular, de um lado, de um estudo específico, que tenha como objeto um ordenamento ou uma parcela de um ordenamento determinado, e a realidade social e axiológica a ele subjacente, de outro. O que não é necessário é dizer-se que esta última espécie de ciência seria, paradoxalmente, ‘dogmática’, ainda que se trate de um exame com propósitos mais imediatos e pragmáticos das normas em vigor” (Hugo de Brito Machado SEGUNDO. *Por que dogmática jurídica?*. 62).

³⁴ Mark TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. 253.

Curiosamente, há como que uma linear compreensão de que a perspectiva normativa seja capaz de transformar uma realidade social. E, além disso, exige-se demais da normatividade. Exagera-se nos efeitos atribuídos às regulares adequações dos parâmetros jurídicos. Ainda que não se faça uma defesa disso, porque o bom senso o não permite, é até compreensível que muitos juristas cometam esses exageros, porque o afã de encontrar soluções normativas faz olvidar a perspectiva material da concretização do direito³⁵.

Nesse ponto, é pertinente gizar que os juristas até consideraram os limites da seara jurídica, como que uma advertência invariavelmente superada, tanto que insistem na extrapolação dos parâmetros jurídicos, perseguem o acerto como uma legítima escusa decisional, mas confessam o erro de suas premissas ao destacar a complexidade da questão social. O que faz lembrar, *grosso modo*, o paradoxo do prefácio³⁶, pois os erros são admitidos, mas não são corrigidos, simplesmente porque não são conhecidos à luz de uma análise d decisão judicial.

O que soa curioso é a pretensão judicial de apresentar soluções para questões que, na origem, já se revelam potencialmente *insolúveis* numa perspectiva política. Isto é, deseja-se promover algo melhor que a política, mas sem política ou, pelo menos, sem responsabilidade política. E onde mora a irresponsabilidade, mesmo no bom sentido técnico do termo, não tarda a destemperança. O melhor dos mundos é sempre algo bem interessante nas instituições, como que um encanto derivado do *design* constitucional idealmente interpretado; contudo, isso não é permitido a nenhuma instituição criada pelo homem. A *política pura* não deve ser um espaço dado ou entregue aos tribunais, que não podem assumir – mesmo que o desejem – o ônus do processo decisório da esfera política³⁷. Portanto, isso negaria a própria dinâmica da sustentabilidade política, devidamente assente na pretensão de estabelecer novos arranjos políticos na compreensão, absorção e resolução dos problemas da sociedade por meio de mecanismos,

³⁵ Marcelo F. RESICO. *Introducción a la Economía Social de Mercado*. 108.

³⁶ Nicholas RESCHER. *Epistemology: an introduction to the Theory of Knowledge*. 19.

³⁷ Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. 15.

pretensamente profícuos, com o propósito de exigir a responsabilidade dos cidadãos, das instituições e das fontes produtivas na sociedade, e também no Estado, nos projetos de realização comunitária e, com isso, desejavelmente redutores das desigualdades na sociedade, inclusive sob o influxo da *intergeracionalidade*, que constitui uma inquietante e reflexiva temática decorrente das exigências técnico-conformadoras da sustentabilidade.

Explica-se: o fluxo decisório do Estado não pode mais comportar medidas com parca margem de reflexão sobre suas consequências nas gerações futuras, isto é, sem compreender que os reflexos da ação política – ainda que decorram de uma decisão imediata, e até mesmo de uma aflitiva necessidade – devem considerar e preservar, no mínimo, as atuais conquistas de bem-estar social às gerações vindouras, porque a “[...] *a sustentabilidade, corretamente assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar material e imaterial, sem inviabilizar o bem-estar, próprio e alheio, no futuro*”³⁸. Todavia, deve-se evitar a sobreposição da sustentabilidade dos direitos³⁹ com a sustentabilidade dos deveres, porquanto isso é incompatível com a noção de solidariedade e responsabilidade na convivência comunitária, e faz desconhecer a *dimensão solidária da cidadania*, que exige o empenho, não apenas do Estado, mas também da sociedade, na promoção dos grandiosos desígnios constitucionais⁴⁰.

Notadamente, o compromisso da solidariedade social, decorrente de uma nova forma de cidadania ativa, não pode transferir as responsabilidades do Estado⁴¹. O que se discute é se a solidariedade social, circunstancialmente, poderia reduzir os compromissos do Estado, sem que isso constitua um esvaziamento de suas responsabilidades, justamente para transferir os esforços

³⁸ Juarez FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 42. Itálico no original.

³⁹ É o que parece defender Juarez Freitas, aliás, o que é bem comum na doutrina constitucional brasileira, sempre entregue à fantasia dos direitos dos cidadãos em face dos deveres do Estado, como se os cidadãos não tivessem, além da perspectiva tributária, deveres a cumprir na dinâmica da sustentabilidade nos seus múltiplos aspectos (Juarez FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 69-71).

⁴⁰ José Casalta. NABAIS. “Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania”. 163.

⁴¹ José Casalta. NABAIS. “Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania”. 173.

públicos em outras searas, mormente as correlatas, consideradas mais prementes. Aqui, exige-se sempre muito cuidado, porquanto a dita transferência pode estimular incompreensões na gestão pública quanto à dinâmica dos possíveis resultados da solidariedade social ou comunitária, fazendo olvidar o caráter meramente supletivo das atividades dos cidadãos e da sociedade civil preteritamente organizada. De todo o modo, a despeito da dor e do sofrimento humanos causados pela miséria e pela privação, que não se solucionam com o distanciamento do Estado, é sempre melhor seguir os rumos da ação social sem que se ponha toda a esperança nas possibilidades *salvíficas* do Estado⁴². Nesse ponto, é importante destacar que, hoje, a ideia de responsabilidade da ação pública assume uma clara perspectiva plural, uma vez que a atuação do Estado não se limita a uma responsabilidade de garantia, assente como dantes na responsabilidade de regular; ela vai mais além, exigindo-se, entre outras, responsabilidade de planejamento, de intermediação e organização, de informação, de controle, e responsabilidade subsidiária⁴³.

Trabalhar o tema da dimensão intergeracional da política é discutir a realidade de meios que projeta a todos em função do dever, isto é, é refletir a dinâmica que faz recrudescer todos os grandes eventos sociais, desde a questão ambiental até à *identidade das coisas* na sociedade hipermoderna. Naturalmente, a política centra seus primeiros esforços na atualidade dos dilemas sociais, no que vai sempre cotejar pautas, nem sempre claras, de atuação e, com isso, faz promover uma permanente diversidade de valores e de interesses na esfera pública, justamente porque o prognóstico da ação pública exige compreensões, possibilidades e *verdades* sobre o universo das aflições sociais e, nesse contexto, não faltarão agentes na política interessados em distorcer a *verdade* e mesmo falseá-la em função de interesses⁴⁴, inconfessáveis ou não, na constituição de medidas que mantenham uma confortável estrutura de poder de decisão. Daí a maior razão de a sustentabilidade política

⁴² João Carlos LOUREIRO. *Adens Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos "Direitos Adquiridos"*. 11.

⁴³ João Carlos LOUREIRO. *Direito da Segurança Social: entre a necessidade e o risco*. 111-112.

⁴⁴ Ian SHAPIRO. *Os fundamentos morais da política*. 294.

transferir uma enorme carga de inviabilidades materiais, porque tenta romper com tais estruturas na busca de saídas ou vias de ação comunitária para problemas inegavelmente coletivos, mas com sérios reflexos no domínio da individualidade.

Por isso, o reconhecimento de que a discussão política real, nas democracias contemporâneas, se revela insuficiente, e mesmo insatisfatória⁴⁵, apenas denuncia que a dinâmica da sustentabilidade política parece centrar-se na mesma adversidade de consertar um navio em viagem ou de aprender a nadar se afogando. Isso porque, ao mesmo tempo que se reconhecem os limites – ou melhor, o esgotamento – dos atuais mecanismos da ação pública, é necessário transformá-la em face da estrondosa adversidade da hipermodernidade⁴⁶. Certamente, a ideia de sustentabilidade pressupõe que a política não atuará, pelo menos numa perspectiva exitosa, como uma efetiva ciência de meios, se a dinâmica da ação pública não superar os modelos e/ou arranjos de antanho, no que congrega a necessidade de substituir a prisioneira lógica do presente e do individual para a libertadora lógica do futuro e do coletivo. Vivem-se intensamente os problemas de cada dia, e muitas vezes, aliás, sucumbe-se em face deles. Mas a esperança e o planejamento prospectados no futuro que não tarde em ser presente, andam sempre algo descompassados das ordinárias visões da política tradicional, sempre tão entregue às improvisações.

Assim, a forte esperança na constitucionalização do direito, que não é uma realidade tão recente, apenas demonstra o cansaço de quem se perde na rotina da agonia constitucional. Vale a pena mencionar que a compreensão dos empecilhos estruturais da sociedade, ainda que demande uma dinâmica normativa, até porque a sociedade não é constituída por anjos, não representa o êmbolo

⁴⁵ Ian SHAPIRO. *Os fundamentos morais da política*. 295.

⁴⁶ “Na hipermodernidade, a fé no progresso foi substituída não pela desesperança nem pelo niilismo, mas por uma confiança instável, oscilante, variável em função dos acontecimentos e das circunstâncias” – Gilles LIPOVETSKY; Sébastien CHARLES. *Os tempos hipermodernos*. 70. Daí a razão da crescente necessidade de objetivização nas relações jurídicas, sobretudo, campo da responsabilidade, denunciando a providencial importância de um sistema global de absorção dos riscos sociais, exurgindo, assim, a noção de solidariedade, que uma das vigas da sustentabilidade política.

propulsor da transformação social. Sua capacidade de transformação, mesmo que factível, comporta condicionamentos políticos, o que, numa perspectiva sistêmica, bem demonstra que a ação pública se revela incompatível com o voluntarioso trabalho das decisões judiciais assentes numa normatividade prenhe de incertezas e onerosidades. A dinâmica dos custos dos direitos – porque todos demandam recursos⁴⁷ – é a mais evidente certeza disso, tanto que a corte constitucional italiana reconhece a relatividade da prestação dos direitos partir da disponibilidade financeira, num quadro geral de programação, assumindo o contexto de rol de possibilidades ou permissividades financeiras, pertinentes a uma intervenção em determinada área da ação pública⁴⁸. Porém isso não é o único limitador, ainda que seja bem relevante, vai mais além, inclusive a falta de recursos talvez seja a grande consequência da forma de engendrar as relações sociais, que assume uma perspectiva individualista e não comunitarista, isto é, defende-se sempre o gozo individual das benesses públicas e/ou privadas, mas é sempre exigido o ônus, e apenas ele, numa perspectiva comunitária, isto é, no sentido de que a conta é dos outros.

Por outro lado, o cumprimento do dever fundamental de pagar tributo – como categoria constitucional própria⁴⁹, que corporifica uma clara ética da responsabilidade – por si só, não parece ser uma via segura para redução das desigualdades; e mesmo que reduzisse, o que já seria algo bem interessante, não teria o condão de romper com o fluxo assombrosamente desigual de acumulação de riqueza, devida, entre outros fatores, à taxa de retorno/remuneração do capital⁵⁰. Isto, sem considerarmos que os ordinários processos de majoração tributária, longe de *sacrificarem* os mais ricos, apenas castigam os mais pobres, tornando, assim, o princípio da capacidade contributiva uma ideia vazia e destituída de sentido material, realmente compreensivo, na disposição dos cidadãos em suportarem os custos da ação pública, isto é, os

⁴⁷ Stephen HOLMES; Cass SUNSTEIN. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, 65.

⁴⁸ Emanuele ROSSI. “La Sostenibilità del Welfare al Tempo della Crisi. Una Proposta”. 7-8, sentença n.º 248/2011.

⁴⁹ José Casalta NABAIS. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. 36.

⁵⁰ Thomas PIKETTY. *O Capital no Século XXI*. 80.

custos da sustentabilidade política numa ambiência de escassez⁵¹. O problema desagua na atual questão da sustentabilidade financeira/fiscal do Estado, tendo como um dos mais intrincados problemas a tríade da discórdia do Estado Social: velhice, previdência e saúde. Efetivamente, “[c]ada vez se tem de tomar mais a sério o quadro económico-financeiro: em áreas como a saúde, a par da racionalização, fala-se agora de racionamento”⁵², o que requer uma renovada análise das possibilidades e formas de ação pública no contexto da escassez de recursos. Até porque negar a crise fiscal do Estado e, com isso, a escassez de recursos, revela: ou indiferença para com os problemas e prognósticos da gestão pública; ou ignorância sobre a dinâmica da gestão financeira nos Estados em tempo de crise fiscal. De qualquer sorte, uma ou outra atitude é igualmente condenável.

Voltando à constitucionalização do Direito e à condenada forma de empreendê-la na salvaguarda dos direitos sociais – o que é algo bem diverso de afirmar que ela seja um obstáculo à concretização dos direitos fundamentais⁵³ – vale mencionar a

⁵¹ No que compreende a lógica de que os recursos se submetem à presença ou ausência de escassez, indivisibilidade e homogeneidade. A escassez subdivide-se em natural, quase natural e artificial. A dinâmica da indivisibilidade, particularmente importante na temática dos direitos sociais, refere-se a um bem que não possa ser dividido para mais de uma pessoa, como é o caso de transplante de órgãos, no que bem explica a lógica de que muitos direitos sociais são realmente *rivals*. A homogeneidade, por sua vez, na perspectiva de um bem indivisível, reporta à questão de que todas as unidades são indistinguíveis, pelo menos no que concernem às características que o torna desejável, porém, considerando que o bem seja divisível, qualquer parte resultante da divisão é igualmente indistinguível em face da outra. JON ELSTER. *Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. 21-24.

⁵² João Carlos LOUREIRO. “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. 114.

⁵³ Muito embora, deva-se reconhecer que o excesso de *constitucionalidade* banaliza a norma constitucional e, sobretudo, a atuação da jurisdição constitucional, sem falar que promove uma inegável inversão lógica no sistema jurídico, porquanto a disciplina normativa cadencia um movimento decrescente no fluxo contínuo de análise nas instâncias judiciais, já que tudo, ou praticamente tudo, advém ou deve advir do texto constitucional, isto é, a incessante necessidade de encontrar um fundamento próximo na própria Constituição, esvaziando a importância das leis ordinárias e complementares.

seguinte constatação paradoxal. Uma das críticas recorrentes ao positivismo jurídico é o seu distanciamento da dinâmica do amparo social, da convergência social da perspectiva normativa, enfim, da socialidade. Como que divorciado da realidade social, o Direito buscaria sua eficácia baseando-se em construções teóricas assentes em princípios apriorísticos, e longe, portanto de qualquer experiência cotidiana dos cidadãos⁵⁴. Só que, por outro lado, a normatividade destituída do discursivo processo político, mas empedernida de uma intensa carga axiológica, pode representar o mesmo dilema, uma vez que a decisão judicial pode prestar-se à mesma e miraculosa forma de validade das normas, fugindo das *amarras* positivistas para ganhar as asas pós-positivistas – aquela na pretensa cegueira axiológica, esta, num misto de fantasia e irresponsabilidade, atua longe de uma necessária *materialidade concretizadora*⁵⁵ dos direitos, assumindo, não raras vezes, uma perspectiva meramente simbólica em função da inobservância dos condicionamentos sociais da prestação jurisdicional. Assim, não importa se positivista ou pós-positivista, qualquer vislumbre extremado de autonomia política da atividade judicial tem, como consequência, o desacerto na atuação pretensamente concretizadora dos direitos. Evidentemente, a sindicabilidade judicial, quando necessária⁵⁶,

⁵⁴ Agostinho Ramalho Marques NETO. *A Ciência do Direito. Conceito, Objetivo e Método*. XII.

⁵⁵ O manejo das prestações jurisdicionais exige ações coordenadas no plano da ação administrativa e, para tanto, não basta uma sentença, é preciso procedimentalidade, organicidade e sistematicidade administrativas. Eventual cumprimento fora desses parâmetros, além de onerosa, avulta o prognóstico de crise das prestações sociais em função da multiplicação dos encargos públicos para atender às demandas existenciais dos cidadãos.

⁵⁶ E a razão dessa necessidade decorre, não da tutela judicial do Estado, mas dos desvios da atuação administrativa, inclusive do próprio Poder Judiciário, conforme o regime da evidência – isto é, em função de flagrante e inescusável não cumprimento das competências administrativas. Não se trata de um parâmetro objetivo – e nem poderia ser – mas objetivizador, porquanto os prognósticos da atuação judicial devem destacar a razão justificadora da intervenção na seara administrativa. Para tanto, não serve a fórmula mágica da defesa dos direitos fundamentais, especialmente o princípio da dignidade [da pessoa humana], pois isso representaria um cheque em branco para toda sorte de imposição valorativa e determinação de normas por meio da ponderação de interesses, até porque os limites intersubjetivos, considerados tão caros, não impedem o avanço da

não representa qualquer fluxo de tutela judicial do Estado e muito menos da sociedade; representa, antes, um mecanismo de *diálogo* entre os órgãos *administrativos e judiciais*, contanto que haja um ambiente adequado e predisposição institucional para *ouvir* as dores dos outros.

O fato é que o *império da lei*, que remonta à antiguidade clássica, alcançando o pensamento jurídico medieval e passando ao pensamento moderno, culminando no constitucionalismo dos nossos dias⁵⁷, permitiu uma evolutiva compreensão da função da lei na sociedade e, sobretudo, nos órgãos responsáveis por dirimir os conflitos jurídicos. Essa compreensão da lei, longe dos ordinários percalços conexos com os limites da legalidade, gerou a inquietude da autonomia decisória judicial e administrativa em face de casos concretos, desvinculando-se da forte dominação da matriz legal na dinâmica da atividade judicial e mesmo administrativa. Dessa forma, as relações entre os poderes devem ser o mais dialógicas possível, justamente porque o terreno *seguro* da legalidade, não existindo mais, fez resultar não apenas incertezas normativas, mas também sérias reflexões sobre o universo das competências constitucionalmente definidas.

De qualquer modo, a discussão de problemas comuns, mormente os complexos, é própria da atuação política, porquanto a dinâmica dos efetivos dilemas pessoais, marcadamente existenciais, não é considerada pela política. Daí que, como nota meramente exemplificativa, a ausência de leitos em hospitais, ou mesmo a inexistência de hospitais, seja um problema político, seguindo, portanto, os trâmites de resolução próprios da *terapêutica política*; por seu lado, as demandas específicas de um universo estritamente pessoal – como seria o caso de uma doença rara e incurável

moral subjetiva do julgador; no máximo, fazem exigir a adoção de malabarismos exegéticos e contorcionismos metodológicos. Dito de outro modo, a dinâmica sistêmica da ação pública não pode admitir intervenções que embarquem ou simplesmente usurpem competências de outros poderes. Assim, comedimento, diálogo e intervenção mínima parecem ser o remédio adequado, até porque a excessiva judicialização inviabiliza a atividade judicial e compromete a administrativa; enfim, de modo geral, é sempre condenável.

⁵⁷ Norberto BOBBIO, “A política”. 157.

– não pertencem à atuação política, embora ainda sejam objeto da atenção do Estado.

Numa palavra, dilemas existenciais, por mais penosos que se revelem numa perspectiva pessoal e/ou familiar, não podem encontrar guarida no campo da atuação política. Trata-se, não de uma linear negação de direitos, mas do simples reconhecimento de que a expansão de direitos exige, sobretudo, escolhas possivelmente trágicas numa conjuntura de escassez, bem como a compreensão de que a racionalidade da atuação estatal demanda uma síntese da inevitável convergência-divergência, verificada na objetividade das instituições e na subjetividade dos indivíduos⁵⁸, e baseada na viabilidade da ação pública, que não admite sacrifícios estruturais da programação estatal, não podendo consentir a pulverização da disponibilidade financeira do Estado para salvaguardar dilemas existenciais dos cidadãos.

Por outro lado, se a pretensa resolução de um dilema existencial se encontra contemplada em alguma política pública específica – como é o caso de um tratamento extremamente oneroso mas de eficácia comprovada, típico das doenças raras – evidentemente, a questão ganha novo matiz, pois não se trata de atuação política voltada à resolução de um dilema pessoal, mas sim da conquista de novos direitos e/ou da sua expansão nas políticas públicas de saúde. Obviamente, isso ocorre nos limites estabelecidos pelos condicionamentos financeiros do Estado. Portanto, para um número bem reduzido de atendimentos, o faz gerar as eventuais filas e, com isso, a indevida ingerência judicial.

Aliás, o avanço das tecnociências, mormente na área de saúde, arrasta consigo, quase sempre, as possibilidades financeiras do Estado⁵⁹, exigindo-se parcimônia na concessão de tratamentos extremamente onerosos, ainda que eficazes. Nessas situações, a atuação judicial baseada numa perspectiva estritamente normativista, confrontada com os dilemas existenciais, vai inevitavelmente romper com a política adotada ou onerá-la excessivamente e, portanto, inviabilizá-la, pois os direitos sociais comportam uma

⁵⁸ Joaquim Carlos SALGADO. *A Ideia de Justiça em Hegel*. 415.

⁵⁹ João Carlos LOUREIRO. “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. 119.

rivalidade entre os destinatários, exigindo-se para a sua concessão critérios que equilibrem a imprescindibilidade da técnica e a inviabilidade econômica.

Numa palavra: o problema dos dilemas existenciais, traduzido na *afetação personalizada de recursos*⁶⁰, é a sua excessiva onerosidade e inegável incomensurabilidade, qualidades essas totalmente inviabilizadoras de uma gestão pública racional, isto é, com a pretensão de generalidade e abrangência. Afinal, a alocação de recursos públicos não pode partir de dilemas existenciais, ainda que marcados por um forte apelo moral, pois consagraria a tirania dos valores, uma vez que as normas se aplicam, as ordens se cumprem, ao passo que os valores se estabelecem e se impõem⁶¹.

Assim, promover uma leitura moral dos textos legais e, com isso, usar parâmetros morais para contextos particulares, não se afigura nada compatível com os prognósticos da ação política, tendo em vista a estrutura das democracias modernas⁶², porquanto isso tende a romper com a disciplina legal partejada pela legislação, que possui o importante papel de *traduzir* a realidade e direcionar a ação política por meio de parâmetros legais viáveis – *distante*, portanto, dos meros dilemas existenciais, tal como impõe toda a lógica de uma gestão pública com pretensão de universalidade. Ou seja, programas sociais abrangentes, comprometidos com a expansão das prestações públicas, partem de premissas generalizadoras da atuação administrativa, por serem menos onerosas e, em compensação, mais expansivas. Logo, a dinâmica discursiva do direito centrada na moral romperá, inevitavelmente, com a sistemática universalizadora dos serviços públicos, ainda que possa ofertar, casuística e isoladamente, uma concreta satisfação a um jurisdicionado, mas, mesmo assim, sem a providencial garantia de continuidade.

4. Sustentabilidade Política e Tentação das Minorias

“A política pode significar duas coisas: arte de governar e ou arte de conseguir o Governo e conservá-lo. De outro modo: há

⁶⁰ João Carlos LOUREIRO. “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. 123.

⁶¹ Carl SCHMITT. “La Tiranía de los Valores”. 71.

⁶² Jürgen HABERMAS. *Truth and justification*. 47.

uma arte de legislar e uma arte de impor certa legislação”⁶³. Evidentemente, a sustentabilidade política prende-se à primeira forma de atividade política, em que denota a *arte de legislar*; mas, por não ser uma questão ingênua, a segunda forma de atuação política, que absorve fundados esforços de inteligência, costuma roubar a cena no teatro das grandes questões públicas. Neste tópico, tem-se a preocupação de apresentar para a sustentabilidade política um tom mais concreto, tudo em função de dilemas atuais da gestão pública – quiçá, um passo bem pequeno, mas, ainda assim, um passo em busca de uma ideia de ação pública baseada em renovados valores nas relações sociais, nas quais sobressaia a ideia de igualdade no presente e no futuro, exigindo-se, assim, devotados esforços em prol da solidariedade na ambiência social e, portanto, na convivência comunitária.

Qualquer teoria possui uma função heurística⁶⁴, senão ela não seria prestigiada e mesmo objeto de investigação. Afinal, os investigadores, a partir dos seus valores e dos seus parâmetros de interesse e utilidade, projetam demoradas reflexões sobre os problemas e, a partir deles, promovem suas teses, que invariavelmente permitem alcançar algum dado concreto, mesmo que abstrato, sobre uma determinada forma de conhecimento pretensamente capaz de solucionar, de modo mais adequado, os problemas existentes. Então, uma teoria política, social ou jurídica também segue o mesmo caminho: reconhece ou identifica problemas, levanta teses, submete-as às críticas e, por fim, refuta-as ou persiste nelas. Nesse contexto, as teorias nas ciências sociais, na sua pretensão de universalidade e sistematicidade⁶⁵, têm a pretensão de criar mecanismos para engendrar novas formas compreensivas da realidade e, a partir disso, promover novas abordagens para solucionar as problemáticas sociais. Nesse sentido, a sustentabilidade política teria o claro propósito de expressar um mecanismo hábil de uma perspectiva teórica mais abrangente das ciências sociais, a saber, a teoria geral

⁶³ José ORTEGA Y GASSET. *Discursos Políticos*. 45.

⁶⁴ Claus-Wilhelm CANARIS. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. 30.

⁶⁵ Claus-Wilhelm CANARIS. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, 27.

da sustentabilidade, composta de seis capitais dimensões: econômica, social, política, cultural, ecológica e espiritual, sempre se destacando a questão da equidade intra- e intergeracional⁶⁶.

Vinculando-se especificamente à dimensão política, destaca-se a necessidade de colaboração entre os setores público e privado na consecução do desenvolvimento sustentável mediante um sistema eficaz de governação descentralizada. Aliás, de uma estrutura política democrática, em que a participação e a *accountability* sejam dominantes, resulta uma maior capacidade pública, o que por sua vez vai resultar em maior bem-estar da população⁶⁷.

Agora, numa dinâmica mais prática, Cumpre-nos destacar algumas ligeiras reflexões sobre a realidade da ação política no Brasil⁶⁸. Existem palavras que se revelam extremamente eloquentes, por mais inexpressivas que sejam suas concepções em um dado sentido; apesar disso, denotam uma carga semântica engenhosamente impactante. *Minorias* é uma delas. No singular, então, corporifica ainda aquele leve tom de esquecimento, que tanta discórdia causa à perspectiva panfletária dos direitos. Tudo bem: não necessariamente panfletária, mas com clara devoção mistificadora. *Minoria!* como resistir à sua bandeira? Como não ser seduzido por um discurso tão *digno* e de tão *dignas* considerações sobre a *indignidade*? A sedução se entrega, não à razão, mas aos delírios da mente; comumente, e como mente. Talvez seja por isso que a política se encontre tão estranhamente entregue à irracionalidade em matéria de direitos da minoria.

Por mais que se insista na ideia de uma sofrível minoria, e nos parcos limites da razão e atuação públicas, não há como admitir o verdadeiro carnaval das políticas públicas destinadas à concreção de pretensos direitos das minorias. Aliás, o que é mais gravoso: a dinâmica defesa dos direitos das minorias alcançou um nível de conflituosidade que afeta duramente a argumentação pública, porquanto a discussão pública sobre os direitos e

⁶⁶ Gedeon MUDACUMURA. “Toward a General Theory of Sustainability?”. 149-156.

⁶⁷ Gedeon MUDACUMURA. “Toward a General Theory of Sustainability?”. 152.

⁶⁸ Notadamente, as reflexões serão pontuais e, mesmo assim, destacando um ou outro ponto relativo às políticas públicas.

interesses das minorias, em que se exige o embate de ideais e as ordinárias permissividades de uma renhida disputa na arena pública, pode acabar por consagrar uma série de restrições à liberdade de expressão, porquanto qualquer resistência mais intensa, ou exposição mais ferrenha a uma perspectiva de direitos, tem rendido ações governamentais destinadas, não às verdadeiras razões que carregam as reivindicações de direitos, mas, simplesmente, à inoportuna tentativa de levantar regras para proibir ou evitar que pessoas sejam *ofendidas* por outras, seja pelas corrosivas ideias de grupos sociais diversos, seja mesmo pela crítica mordaz de segmentos especializados⁶⁹. A argumentação pública, nesse contexto, não encontra terreno adequado para ventilar um providencial amadurecimento sobre a conquista dos direitos numa sociedade plural e complexa.

Infelizmente, vive-se um momento de expansiva categorização do direito *sem causa* ou com *pouquíssima causa*. Dito de outro modo, a causa de determinados direitos não é, nem de longe, mais premente do que outras, ainda que ostente a pomposa etiquetagem ideológico-jurídica de *direitos da minoria*. Não é preciso nem mesmo cotejar, numa ambiência de escassez, o necessário estabelecimento de prioridades na alocação de recursos, porquanto, em abstrato, já se afigura plenamente possível aferir que o tratamento dispensado a determinados direitos não pode merecer a mesma atenção dos gestores públicos. Se a dinâmica alocativa de recursos fosse definida caso a caso – que seria mesmo caso a caso – além de assombrosamente hercúlea, a execução orçamentária seria também um expediente de incomensurável ineficiência e excessiva onerosidade para o Erário; em verdade, para os contribuintes.

Ora, a cômoda afirmação de que todos os direitos sociais – mormente os de envergadura constitucional – devem ser concretizados não se sustenta na ciranda política ou no fluxo decisório da definição do orçamento público, que sempre exige sacrifícios, incluindo-se, evidentemente, a própria possibilidade de redução⁷⁰

⁶⁹ Jean DRÈZE; Amartya SEN. *Glória Incerta: a Índia e suas contradições*. 287.

⁷⁰ O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF) é um bom exemplo disso.

ou supressão de recursos. Aqui, importa compreender que a reserva do possível corporifica o entendimento de que o grau de realizabilidade dos direitos não pode ser indiferente, ou mesmo insensível, à conjuntura suportada pelo Estado⁷¹; portanto, a ação pública, infelizmente, pode sofrer retrocessos, senão os efeitos podem resultar ainda mais danosos à sociedade.

A escassez é um misto de limites e escolhas; daí que o estabelecimento de prioridades exija sacrifícios. Certamente por isso, toda a atividade política pode levar descontentamentos a vários segmentos sociais, especialmente aos que se declaram eternamente injustiçados. O que quer isso dizer? Sem o efetivo atendimento das demandas de todos os segmentos sociais, a *concentração do orçamento*, a despeito de sua racionalidade, tende a revelar um grande custo político aos gestores. Por outro lado, sem essa concentração não é possível superar as adversidades decorrentes das crises cíclicas ou, como no caso brasileiro, os *déficits* estruturais da sociedade.

Evidentemente, isso não se aplica apenas aos investimentos, mas possui neles uma particular importância, porquanto é a primeira viga da alocação de recursos a sofrer os funestos custos sociais da escassez. Num país de inexpressiva capacidade de investimento na área da educação – o que não é o caso brasileiro, por certo – não é possível investir, com o mesmo nível de comprometimento, no ensino superior e também no ensino básico. Considerando um país com razoável capacidade de investimento na educação, que é o caso brasileiro, é ainda compreensível a adoção de parâmetros diversos de investimento, contanto que isso decorra de uma clara ação pública destinada a superar *déficits* estruturais na educação. Trata-se de uma elementar análise que qualquer gestor poderia expressar sem o sacrifício da razão. Todavia, a dinâmica dos dilemas sociais vai demandar uma intensificação dos parâmetros decisórios e, com isso, vai acarretar maiores dificuldades no tratamento da questão do orçamento público. Mas, em qualquer caso, a contingencialidade é apenas um fator intensificador da problemática alocativa dos recursos; ela nunca é um dado ou

⁷¹ João Carlos LOUREIRO. “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. 123.

fato não legitimador das escolhas do gestor público. A sustentabilidade política exige a compreensão de que a batalha do orçamento é uma arena de possibilidades e não um terreno concreto de realizações públicas.

E para ser mais sincero: a alocação de recursos constitui passo importante, mas, ainda assim, não decisivo na corporificação dos parâmetros decisórios do gestor, porque isso ainda demanda o inóspito terreno da contratualidade administrativa, que vai exigir um elemento cultural determinante na realização do objeto da contratação e, claro, na qualidade dos serviços prestados: o *capital cultural* dos cidadãos, que se reflete na própria dinâmica de confiabilidade nas relações econômicas ou laborais, haja vista a inegável relação entre capital cultural e sistema econômico, porquanto a incorporação, a objetivação e a institucionalização da cultura, como estados decorrentes de processos intergeracionais, contribuem para a perfectibilização das realizações sociais⁷². Essa questão, aliás, possui particular importância na realidade brasileira, pois, apesar dos consideráveis avanços nos últimos cinquenta anos, a sociedade ainda espelha um baixo capital cultural. *Se a natureza não dá saltos, por que razão os daria a cultura?* Essa questão explica bastante sobre os *déficits* estruturais da sociedade brasileira. Só não justifica, de modo algum, a permanência da estagnação no desenvolvimento sócio-cultural do Brasil.

Voltando à temática da minoria na questão da sustentabilidade política, põe-se o dilema da famigerada hipossuficiência ou vitimização de determinado grupo social. As dores são sempre consequenciais, e ainda mais aquelas decorrentes do corpo social e que resultam em *fissuras sociais* que vão acarretar inevitáveis desconfortos – não necessariamente estruturais – à ação pública, a qual poderá ficar refém da desolação decorrente dos parcos meios de reversibilidade social numa conjuntura política e econômica nada favorável. Nesse sentido, a decisão política no quadro de uma sociedade plural exigirá sempre escolhas que poderão causar *desconfortos* em muitos segmentos sociais. Raramente, aliás, a opção politicamente determinada, mesmo que com planejamento,

⁷² Pierre BOURDIEU. “Les trois états du capital culturel”. 3.

contempla todos os segmentos da sociedade ou, na melhor hipótese, é indiferente a boa parte dos segmentos sociais.

Nesse ponto, a questão das minorias corporifica uma ideia força bem clara: a noção de minoria já exprime a diversidade compreensiva das ideias defendidas por um grupo social que se autodenomina minoria, ou simplesmente é considerado como tal, fazendo com que boa parte da perspectiva majoritária seja encarada como uma negação dos direitos ou interesses da minoria. Porém, não se trata em cada caso de uma posição de extremos; ou seja, é bem possível que uma posição da maioria não desperte necessariamente o alarido da minoria.

Em todo o caso, e nisso reside a grande tentação das minorias: contemplar politicamente o tema das minorias é, sobretudo, questionar as posições políticas majoritárias e, a partir disso, assumir o ônus político dessa discussão; por outro lado, a negação dessa discussão gera um desconforto político com as minorias, o que também acarreta um sério ônus político, sem esquecer que o termo minoria não é um conceito quantitativo.

Em função disso, a atuação política, especialmente nos governos demagogos, promove concessões desarrazoadas às minorias, apenas em decorrência do fluxo e ônus políticos que a inexistência delas poderia acarretar para a *governabilidade* de determinado mandato político. Portanto, a sustentabilidade política não se coaduna com essa perspectiva decisória, talhada pelo preço político suportável pela gestão pública. Vai mais além: exige uma dinâmica decisória voltada às demandas sociais numa perspectiva intergeracional – notadamente a partir dos seus efeitos transformadores – que consagre uma contínua reflexão dos mecanismos identificadores dos verdadeiros problemas estruturais da sociedade, o que afastaria a linear compreensão da adoção de medidas, tão-somente, em função da perpetuação de uma vertente política no poder por meio da *tentação em favor das minorias*.

Aqui, entra em cena a “[...] a discrepância estrutural entre legitimação democrática a curto prazo e responsabilidade a longo prazo”⁷³, o que revela uma clara tensão estrutural na compreensão

⁷³ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. 9.

da ação política. Em verdade, trata-se de um manifesto obstáculo à sustentabilidade política. Só que tal adversidade encontra uma indiscutível posição na conformadora diretriz democrática relativa ao legítimo exercício do poder político. Donde exsurge o seguinte dilema: “a democracia custa a adaptar-se a problemas intertemporais e à assumpção de responsabilidade a longo prazo”⁷⁴. Esse diagnóstico declaradamente *insustentável* revela a necessidade de repensar as pautas decisórias fundamentais do Estado, como que para se adotar um novo ciclo de vias decisório-legitimatórias sobre as questões que afetam as gerações futuras, mormente as relativas aos encargos naturais e também patrimoniais, pois a vigilância da democracia representativa, na sua específica temporalidade, encontra-se vinculada aos improvisos do fluxo político, revelando-se, assim, míope para compreender e absorver os *diagnósticos do tempo*. Evidentemente, não se trata de um prenúncio apocalíptico da inviabilidade política da sustentabilidade e, de modo mais premente, da sustentabilidade orçamentária; mas, de todo modo, nas questões intergeracionais exige-se uma profunda reflexão e releitura da política, a partir do calor dos pleitos eleitorais.

Voltando ao dilema das minorias, e à realidade brasileira, afirma-se que não são poucos os exemplos em que a política se rendeu à tentação das minorias – para o *governante de plantão* os dividendos políticos são sempre pomposos. No âmbito federal, tem-se a recente Lei n.º 12.990, de 09 de junho de 2014⁷⁵, que constitui situação exemplar de submissão à tentação das minorias, porquanto determina que 20 (vinte por cento) das vagas dos

⁷⁴ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. 9.

⁷⁵ BRASIL. Lei Ordinária Federal n.º 12.990, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 10 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm>. Acesso em 30 mar. 2015.

concursos públicos federais promovidos pelo Poder Executivo são reservadas aos negros.

Aqui, não serão poucas as situações de violação absurda do princípio da igualdade para justificar uma desigualdade de tratamento. Como admitir que profissionais igualmente qualificados, e pertencentes à mesma comunidade política, disputem acesso a cargos públicos com desigualdade de tratamento? Mais que isso: a desigualdade pode basear-se apenas numa questão pretensamente étnica, a despeito da inexistência de desigualdade na formação técnica dos candidatos? A formação técnica conquistada pelos candidatos, critério indispensável para se participar no certame, já não seria um fator de mobilidade social, isto é, de afirmação da pretendida igualdade étnica? A promoção da igualdade étnica justificaria um desatado tratamento discriminatório? Como conciliar essa Lei com o artigo 1.º, § único, inciso II, da Lei n.º 12.288, de 20 de julho de 2010⁷⁶, também conhecida como Estatuto da Igualdade Racial? Ter-se-ia uma forma admissível de discriminação positiva? Tais questionamentos não decorrem de uma relutância quixotesca contra as opções políticas do governo brasileiro; pretende-se, tão-somente, destacar que a tentativa das minorias faz com que as políticas públicas dela decorrentes endossem medidas claramente irracionais e/ou até mesmo discriminatórias e, por isso, onerosas demais para o processo político democrático.

Note-se que a sustentabilidade política é incompatível – pelo menos é o que se espera – com a decantação das opções

⁷⁶ BRASIL. Lei Ordinária Federal n.º 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n.ºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 21 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em 26 jun. 2015. Eis a redação do dispositivo referenciado: “Art. 1º. Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”. “Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se”: [...] “II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”; [...].

políticas a partir das premissas eleitoreiras e, com isso, contempladoras de reclames de segmentos politicamente importantes na ciranda eleitoral, muito embora eles não representem efetivas conquistas na concretização dos direitos sociais, pois possuem um propósito muito restrito de desenvolvimento social. Obviamente, os políticos também são tentados pelos *exigências* dos grandes grupos econômicos não apenas em função dos prognósticos eleitorais, mas, sobretudo, pela consagração de políticas públicas que possam projetar economicamente outros atores do sistema. A atual ciranda política brasileira denuncia isso sem maiores esforços.

No que se refere às minorias, não há como defender prestações de direitos sociais a partir do sectarismo da heterogênea composição da sociedade hipermoderna, mesmo quando fundadas na tentativa de romper com possíveis injustiças históricas, uma vez que a sustentabilidade política exige uma compreensão das prestações públicas a partir de um macrossistema de possibilidades da ação pública e, a partir dele, atender, no que for possível, ao *universo* das pretensões das minorias. Trata-se de uma questão de mera racionalidade na formulação das políticas públicas, porque as prestações gerais tendem a consagrar todo o corpo social ou segmentos sociais abrangentes, evitando-se o sacrifício de atuações cirúrgicas que possam negar pautas básicas dos serviços públicos. Por exemplo, não sendo a saúde um serviço público das minorias, é possível, porém, atribuir serviço público de saúde a nichos mais específicos, como é o caso dos aidéticos, só que, primeiramente, é preciso atender à premissa básica das prestações públicas: a generalidade, isto é, uma atuação abrangente na sociedade; aliás, a abrangência de uma prestação pública denota a consagração de um modelo de prestação social no Estado. Em outras palavras, não é possível atuar de forma pontual, seja pela onerosidade dessa atuação, seja pela sua incompletude no meio social.

Que fazer, caso as minorias não sejam atendidas? Essa é uma questão que exige novos esclarecimentos e algumas proposições, evidentemente sem a pretensão de apresentar soluções definitivas sobre a temática; quando muito, apenas razões desejavelmente consistentes.

Primeiro, é preciso entender o porquê de a perspectiva macroscópica não atender às exigências das minorias, ou seja, qual a razão de as prestações já existentes não contemplarem as prestações das minorias. Em que difeririam tais prestações das demais? Em que consiste a especificidade delas? Veja-se que a perspectiva multicultural dos direitos não carece de uma atuação multicultural das políticas públicas; isto é, não é necessária uma diversidade operativa das políticas em função de perspectivas étnicas, religiosas, minoritárias *etc.*, porquanto a consagração dos direitos de determinadas *identidades culturais* no corpo social, inclusive decorrente de debates políticos focados em questões culturais, não pode revelar falha alguma na política de igual cidadania, até porque a contraposição entre grupos dificulta a formação de uma base de coalizão em favor da igualdade; logo, as minorias são, em tese, igualmente beneficiadas pelas prestações destinadas aos menos favorecidos, tais como emprego, habitação, saúde, educação e qualquer outro benefício passível de gozo pelos cidadãos⁷⁷.

Segundo, como que decorrente dos questionamentos anteriores, importa observar se as demandas das minorias são justificáveis no *universo* das prestações já contempladas nas políticas públicas promovidas pelo Estado; ou seja, se elas não são atendidas, é preciso identificar uma razão capaz de demonstrar que seja mesmo necessário atendê-las.

Terceiro, se não são atendidas, mas é preciso atendê-las, como promover essa hercúlea tarefa, isto é, considerando os dilemas e os esforços potencialmente demandados pela ação pública, como empreender os meios disponíveis para contemplar as prestações exigidas pelas minorias? Estaria o Poder Judiciário mais bem preparado para encontrar soluções para esses dilemas?

Defende-se que não. Sabe-se que, no Brasil, o ativismo judicial é um caso paradigmático, inclusive reconhecido como tal internacionalmente⁷⁸. Contudo, o que esse *fenômeno*, possivelmente cataclísmico, trouxe de melhor à sociedade brasileira? Além da

⁷⁷ David MILLER. “Multiculturalism and the Welfare State: Theoretical reflections”. 325.

⁷⁸ João Carlos LOUREIRO. “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. 114.

maior onerosidade das políticas públicas e da inegável confusão na atuação administrativa, pode-se afirmar que nada. Do ponto de vista da abrangência das prestações sociais, a dinâmica declaradamente casuística da atividade judicial no tratamento dos dilemas existenciais dos cidadãos teve apenas, sem sombra de dúvida, o falacioso propósito de consagrar os direitos fundamentais – consoante o ritmo da pulverização das demandas judiciais – por meio de onerosas e desmedidas determinações processuais. Tudo isso, aliás, sem qualquer racionalidade e rompendo com as diretrizes básicas e os planejamentos estratégicos em diversas áreas da ação pública, gerando-se assim uma verdadeira esclerose institucional, como que as mãos do Estado esbofeteando a própria face. Notadamente, a intervenção judicial não pode revelar-se a primeira, e pretensamente a única, porta da salvação dos direitos fundamentais. Essa tarefa é constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, de forma que a atuação do poder judicial, meramente corretiva, não pode subverter a lógica das prestações públicas condicionadas pelos planejamentos promovidos pela Administração Pública. A inconseqüência surge quando, mediante a intervenção judicial, o Estado perde a ideia de referencialidade na consagração dos direitos sociais e, desse modo, tudo pode ser deslocado da necessária intervenção legislativa para a subjetividade dos jurisdicionados e dos julgadores. Recorde-se que “[é] da natureza humana que o interesse pessoal molde os juízos de equidade”⁷⁹, donde exsurge uma clara necessidade de estabelecimento de limites institucionais à atuação judicial, porquanto os limites intersubjetivos são vagos, construídos e moduláveis pelos caprichos humanos.

Infelizmente, esse é o trágico panorama da efetivação dos direitos sociais no Brasil. E há mesmo magistrados que admitem isso; porém, não raras vezes, atuam baseados, tão-somente, no apelo da perspectiva meramente existencial dos direitos, isto é, a supremacia dos dilemas existenciais como ferramenta propulsora dos direitos, com ou sem intervenção legislativa. Trata-se de uma problemática particularmente danosa à gestão pública brasileira, e

⁷⁹ Joseph STIGLITZ. *O preço da desigualdade*. 300.

mesmo negatória dos parâmetros democráticos da conformação legislativa sobre direitos sociais. Aliás, “[a] ideia de ‘democracia sustentada’ deve ser pensada não apenas em termos ecológicos, mas também sociais e económico-financeiros”⁸⁰. Como a demanda existe decantada na consagração normativa dos direitos sociais⁸¹ e é necessário contemplá-la, que caminhos trilhar para a sua boa resolução?

Nesse ponto, entra em cena a questão da sustentabilidade política. Não é possível compreender a sustentabilidade orçamentária do Estado apartada da sustentabilidade política. Dito de outro modo, não é possível compreender que a *ciência dos meios* não esteja ao serviço da sustentabilidade orçamentária e, com isso, não se renda à contingencialidade sem uma forte razão de Estado. Em verdade, a atividade financeira do Estado, longe de uma perspectiva centrada na estrita austeridade fiscal, representa a matriz das viabilidades políticas de qualquer gestão pública minimamente responsável, de forma que, numa conjuntura de crise é preciso estabelecer os parâmetros de controle da dívida pública e, com isso, identificar os objetivos da ação pública orçamentariamente possível, evitando-se, assim, o sacrifício das futuras gerações que, independentemente dos benefícios herdados, encontram-se desconfortavelmente instadas a pagar uma dívida não contraída, não gestada e não usufruída – como que uma insólita hipoteca nos ombros das gerações esquecidas.

A crise fiscal, como realidade de fortes implicações políticas, seja pela incapacidade de ser absorvida, seja pela incapacidade de ser evitada, não pode ser negada pela eventual atividade decisória judicial. E isso porque os arranjos políticos, revelando-se insuficientes, levarão os conflitos para outra dimensão, na qual não se pode simplesmente desprezar a força dos imperativos fáticos⁸², mormente quando ela é considerada como uma forma de apelo

⁸⁰ João Carlos LOUREIRO. “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. 116.

⁸¹ Valentín Thury CORNEJO. *Juez y División de Poderes Hoy*. 247.

⁸² João Carlos LOUREIRO. “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. 124.

moral para justificar decisões extremamente onerosas contra o Estado, denunciado que o dilema dos direitos possui uma dinâmica mais ideológica do que propriamente jurídica. Senão a crise fiscal também poderia servir de elemento compreensivo das parcas possibilidades da ação pública e, com isso, a impossibilidade de promover determinadas prestações públicas.

Noutro quadrante, por mais que se defenda, nos árduos períodos de crise, uma aplicabilidade reforçada das normas constitucionais, exigindo-se, assim, maior rigor e exigência de uma corte constitucional⁸³, deve-se ter em conta que é justamente nos períodos de crises – o que é algo bem diverso de estado de defesa e/ou de estado de sítio⁸⁴, nos termos dos artigos 136 a 139 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) – que a dinâmica da aplicabilidade do texto constitucional não se pode apartar das condicionantes sociais das prescrições normativas, porquanto o contornar dos percalços da crise não se encontra no regular fluxo de disponibilidade da política e, claro, dos gestores públicos. Logo, acentuar a lógica da *proteção* do texto constitucional a partir da perspectiva estritamente normativista é, sem dúvida, o mais duro golpe contra o próprio texto constitucional, pois, inevitavelmente, ele não suportará o rompimento das estruturas políticas do Estado e, com isso, cairá como um verdadeiro castelo de cartas ou, por se julgar mais preciso, despenhar-se-á como uma intrigante e resoluta folha de papel no sopro da crise.

Desse modo, quaisquer afirmações categóricas de que o juiz constitucional deve *apenas* verificar se uma lei violou normas, regras ou princípios constitucionais⁸⁵, independentemente de qualquer análise política incidente ou imanente na lei e, claro, da própria ontologia política das normas constitucionais incidentes sobre os fatos e as contingencialidades estruturais da organização

⁸³ Jorge Reis NOVAIS. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Respostas aos Críticos*. 53.

⁸⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29 jun. 2015.

⁸⁵ Jorge Reis NOVAIS. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Respostas aos Críticos*. 93.

do Estado, implicam negar toda a lógica da interpretação constitucional, assente justamente na *permissividade política* das cortes constitucionais no deslinde dos complexos e importantes julgamentos constitucionais. Aliás, essa permissividade política é exaltada, em verso e prosa, como justificadora do *ativismo judicial* no Brasil⁸⁶, e mesmo em todo o mundo.

A linha de entendimento aqui combatida resume-se substancialmente no seguinte: por um lado, quando a política se revela interessante para invalidar uma lei, ela é acatada sem demora e mesmo defendida como instrumento balizador da consequencialidade do julgado, nem que seja, na pior hipótese, para modulação dos seus efeitos, resultando, então, no reconhecimento de que essa lei violou o texto constitucional. Por outro lado, quando a política não *atende* aos desígnios normativos de uma lei que *deve ser* declarada inconstitucional, por certo ela será desconsiderada – afinal, o juiz deve ater-se tão-somente às eventuais violações das regras, das normas e dos princípios constitucionais – e, para isso, prescinde-se da política, pois o texto constitucional prende-se apenas a uma dinâmica compreensiva estritamente jurídica⁸⁷.

E o mais interessante: como negar a ontologia política das normas constitucionais e, nesse sentido, não cotejá-la com as reflexões decorrentes das considerações fáticas do julgado? Não há como entender dessa forma. Esse pretensão puritanismo exegético, tão criticado na doutrina positivista, como poderia ganhar espaço no atual quadro da doutrina constitucional. Não é uma questão linear. Não há, aqui, a defesa de que as cortes constitucionais devam julgar baseando-se apenas em análises políticas, na dinâmica dos argumentos de política⁸⁸, porque seria outro extremo igualmente inconcebível. Só que não há como negar a dimensão política

⁸⁶ Claro que, no caso brasileiro, com um imperdoável exagero.

⁸⁷ Este articulista sempre desejou que assim fosse possível a questão, como que encantado pela necessidade de um mínimo de objetividade no tratamento dos julgados constitucionais e, assim, negando, relutantemente, a dinâmica político-decisória desses julgados. Ainda se deseja objetividade nos julgados, mormente os da jurisdição constitucional, só que em função da ascensão justificadora e dos possíveis limites intersubjetivos da ambiência jurídica, dentre outros pormenores que não cabem aqui relatar, mas, negar a política na própria dinâmica decisória constitucional é algo já não é possível confessar e muito menos defender.

⁸⁸ Ronald DWORKIN. “Hard Cases”. 1059 e 1067.

das normas constitucionais. O que se pode questionar é apenas o grau de análise da perspectiva política; mas jamais negá-la⁸⁹.

A crise fiscal não representa uma justificativa meramente retórica, pois ela deve ser precisamente comprovada. Aliás, a falta de acessibilidade e inteligibilidade dos dados da gestão fiscal – o que nega a dimensão democrática da transparência⁹⁰ – é, muitas vezes, a maior razão da eventual intransigência judicial e, possivelmente, um argumento comum que gera grande instabilidade entre as instituições públicas. E a razão não é sem sentido. Entre outros pontos, a compreensão da crise fiscal exige uma análise precisa da atividade financeira do Estado e, para tanto, o reconhecimento de que eventuais subsídios concedidos aos agentes econômicos ou aos segmentos sociais privilegiados são absolutamente incompatíveis com a dinâmica da responsabilidade fiscal, não apenas em função de renúncia de receita, mas, principalmente, por con-

⁸⁹ O autor ainda sustenta o argumento de que o juiz não deve partir de convicções pessoais, o que é certo, para promover o julgamento dos casos (Jorge Reis NOVAIS. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Respostas aos Críticos*. 93); todavia, o que ele não consegue explicar é como afastar, sem maiores dilemas, a força dos fatos sem fazer um juízo de valor, possivelmente político, para sustentar uma determinada posição sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei. Nesse ponto, seria mais coerente defender a tese de que os valores substantivos, *os juízos de valor do Poder Legislativo* (John Hart ELY. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. 95 e 323) não deveriam ser objeto de questionamento judicial, o que bem revela o exemplo por ele apresentado sobre a possibilidade do casamento de pessoas do mesmo sexo, afirmando que a discussão limitar-se-ia a aferir se essa alteração no Código Civil violaria o texto constitucional, algo pretensamente bem objetivo e estritamente jurídico. Só que, é preciso reconhecer, nem todas as demandas que encerram uma questão constitucional se revelam assentes em valores estritamente substantivos; sem falar, ainda, que o sentido material dos direitos fundamentais produz sempre difíceis questionamentos sobre a força dos fatos no caso concreto. Curiosamente, o autor, mais adiante (Jorge Reis NOVAIS. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Respostas aos Críticos*. 134-138), tece duras críticas ao *juízo de evidência* quanto à declaração de inconstitucionalidade de uma lei, o que se contrapõe à lógica anteriormente defendida, inclusive acertada, de que não há espaço para analisar se o conteúdo de uma lei é mais ou menos adequado, mas, tão-somente, se ela viola a constituição (*ibid.*, 103). Por fim, a tese do autor apenas se afigura razoavelmente aceitável em função da declaração de inconstitucionalidade por vícios formais decorrentes do processo legislativo.

⁹⁰ Frederick SCHAUER. “Transparency in three dimensions”. 1349.

sagrar imperdoáveis transferências de recursos para segmentos sociais que deles não carecem e que, sem sombra de dúvida, poderiam ser melhor aproveitados em programas sociais de emprego e renda mínima⁹¹, como é o caso do programa Bolsa Família, que, apesar de alguns sérios dilemas na sua concepção e execução⁹², alcançou considerável impacto na pobreza, principalmente a pobreza extrema⁹³.

A intervenção judicial fica ainda mais difícil de defender quando, saindo da perspectiva meramente individual, o que já é bem condenável do ponto de vista da ação pública, se adentra no universo das ações coletivas; aliás, com o falacioso argumento de que evitaria os inconvenientes das demandas individuais, principalmente por romper com o efeito *“fura fila”*. Todavia, nesse contexto, qualquer decisão judicial praticamente suprime todo o prognóstico do planejamento administrativo e, claro, esvazia as escolhas do gestor público. Ora, diferentemente das decisões individuais, as decisões sociais estão cercadas de incerteza e ignorância, e esta não pode ser simples e imediatamente superada por procedimentos de tentativa e erro⁹⁴, o que torna o fluxo decisório judicial ainda mais desfocado da dinâmica sistêmica da ação política. A atuação judicial não pode, pois, assumir o ônus das decisões fundamentais do Estado, até porque não responde por elas, pelo menos na mesma linha compreensiva dos agentes políticos. O fato é que a concretização dos direitos sociais não é uma questão estritamente normativa, algo que parece ausente do horizonte de atuação de muitos magistrados brasileiros. A força normativa da constituição, de modo nenhum, foi defendida para além dos limites compreensivos da realidade que se deseja transformar pela dinâmica da normatividade⁹⁵. Pelo que as condicionantes sociais da

⁹¹ Considerando-se a realidade indiana, em nada distante da brasileira, vide: Jean DRÈZE; Amartya SEN. *Glória Incerta: a Índia e suas contradições*. 295-297.

⁹² Basicamente três: (a) os relacionados aos dividendos eleitorais; (b) os relacionados à inexistência de alguma contraprestação comunitária dos beneficiários, porquanto isso pode representar um forte fator de imobilidade social; e, por fim, (c) os relativos à distribuição, porquanto é excessivo o número de fraudes na concessão.

⁹³ Jean DRÈZE; Amartya SEN. *Glória Incerta: a Índia e suas contradições*. 87.

⁹⁴ Jon ELSTER. “A Possibilidade da Política Racional”. 14.

⁹⁵ Konrad HESSE. *A Força Normativa da Constituição*. 25.

ação política não podem ser olvidadas, sob pena de uma confusão institucional sem fim, que constituiria fator adicional a inviabilizar a concretização dos direitos.

E, o que se revela pior: trata-se de um fator decorrente da atuação de agentes que não possuem responsabilidade política, e nem mesmo processual, na dinâmica decisória sobre o fluxo financeiro do Estado. Só que essa é uma “conta que não fecha”. A dinâmica da sustentabilidade política implica responsabilidade das instituições do Estado. Ora, é óbvio que há responsabilidade do Poder Judiciário. Não há como confundir a irresponsabilidade processual do magistrado com a pretensão de irresponsabilidade institucional do Poder Judiciário. Como *mexer* o pote de mel da política sem ficar *doce*? Nesse sentido, é pertinente destacar que o ciclo da atuação funcional do Estado não deixa quaisquer poderes absolutamente imunes de responsabilidade institucional.

Cumpra, ainda, esclarecer que, além da tentação da ação política, observa-se igualmente uma tentação dos segmentos sociais, aquela se prende à dinâmica dos dividendos políticos em função de pautas sociais específicas e possivelmente condenáveis; esta, por sua vez, expressa o oportunismo de determinados segmentos diante de governos demagógicos, e também paternalistas, para promover conquistas de questionáveis benesses no regular círculo da ação pública.

A tentação das minorias possibilita o recrudescimento de uma atuação governamental paternalista, o que faz gerar um fluxo de dependência da ação pública e, com isso, um círculo vicioso de interferência do Estado na autonomia dos cidadãos; não seria propriamente um paternalismo forte, substitutivo da vontade dos cidadãos, mas, sim, um paternalismo fraco e, portanto, um voluntarismo guiado. Todavia, suficientemente capaz de estabelecer que a ação pública seja a única via para evitar possíveis danos ou conquistar bem-estar social⁹⁶. Convém mencionar que a atuação paternal não se limita aos prognósticos da ação social, indo mais além e compreendendo os próprios nichos econômicos⁹⁷, porquanto as

⁹⁶ Julian LE GRAND; Bill NEW. *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?*. 27.

⁹⁷ Julian LE GRAND; Bill NEW. *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?*. 42.

intervenções, ainda que destinadas aos cidadãos, trazem importantes implicações no segmento econômico, cuja *cortesia governamental* anestesia o fluxo econômico das dores decorrentes da má autogovernança democrática, embora possibilitando os arranjos políticos necessários ao eventual projeto de poder.

Em qualquer sentido, se as minorias são tentadoras ou se elas são tentadas, há sempre uma relação de promiscuidade na gestão dos recursos do Estado, acarretando, assim, um enorme desequilíbrio na atividade financeira dos entes políticos e, principalmente, revelando a fragilidade da democracia representativa em face do imediatismo das demandas sociais, cuja temporalidade, sempre presente e urgente, faz desvanecer qualquer prognóstico político de longo prazo. Não há como evitar o jogo político dos segmentos sociais, até porque ele faz parte do necessário processo de amadurecimento do processo político, mormente numa realidade social democrática. Porém, é preciso criar mecanismos para que a gestão do Estado não se sinta tão tentada pelas minorias e, claro, pelas elites econômicas. Dito de outro modo, as *regras do jogo democrático*⁹⁸ carecem de sérias modificações, não por conta de um cenário de crise, mas, sim, pela clara obsolescência de elementos substanciais da democracia deliberativa, com particular destaque à difícil relação entre processo eleitoral e legitimidade política.

Trata-se, portanto, de uma temática que preocupa, não somente a Ciência Política, mas também o Direito; tudo em função da necessária disciplina dos prospectos da ação política e, com isso, da atividade financeira do Estado e, claro, das possibilidades de investimento da gestão pública. Uma questão, portanto, vinculada à sustentabilidade orçamentária do Estado Social. Não é, certamente, uma tarefa fácil, exigindo-se reformas estruturais, a começar pela dinâmica do processo eleitoral, que não possui modelo certo e fica, portanto, entregue à esperança do puro experimentalismo; mas, sem dúvida, deve ser algo bem diverso do atual modelo. Só que a problemática vai muito além do melhoramento do processo eleitoral, estendendo-se também às diversas searas da atuação estatal, particularmente no fortalecimento e aperfeiçoamento das instituições públicas, o que permite afirmar que a sustentabilidade

⁹⁸ Norberto BOBBIO. *O Futuro da Democracia*. 32.

política exige o conclave de diversos segmentos político-sociais, numa reflexiva e oportuna convenção sobre os fins da socialidade numa sociedade hipermoderna.

5. Direitos Sociais, Intervenção Legislativa e Atuação Judicial

H. L. A. Hart denunciava que: “[...] é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer”⁹⁹. *Se a justiça é cega, então, por que a moral haveria de enxergar alguma coisa?* Claro, lei não é justiça, mas é sempre compreensível que ela possua uma pretensão de ser justa, equânime, ética, *etc.*; dessa forma, inexistindo disciplina legal, o que balizaria a atuação do decisor administrativo ou judicial? A moral? Como? Isto é, de que modo é possível conceber que a última expressão da decantação normativa, corporificada na ideia de valor, passaria a galgar o primeiro passo da análise de uma pretensão jurídica?

Defende-se a tese de que a atuação administrativa na consagração dos direitos é, não só a primeira, como também a mais necessária, não apenas em virtude da sustentabilidade política dos direitos, mas, sobretudo, pela racionalidade e operacionalidade de que eles carecem, considerando-se, ainda, uma clara ambiência de austeridade na gestão pública, o que implica possíveis dissa-bores em muitas áreas de investimento e, claro, de manutenção ou expansão das prestações sociais como mecanismo de projeção existencial das pessoas¹⁰⁰. Não há, aqui, uma defesa cega da atuação administrativa, uma vez que a mesma possui seus vícios; mas, de ordinário, ela entende que – tal como prescreve o artigo 174, *caput*, da CF/88 – a ação pública é pauta no planejamento dos seus meios e recursos na prossecução do interesse público, devidamente revelado na universalidade na prestação dos serviços públicos. Portanto, repudia-se a dinâmica de uma atuação judicial institutiva de direitos ou, de modo mais sintético, as decisões judiciais institutivas¹⁰¹.

⁹⁹ Herbert Lionel Adolphus HART. *O Conceito de Direito*. 264.

¹⁰⁰ Luiz Edson FACHIN. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 47.

¹⁰¹ Não se tratando da atividade judicativo-criativa a partir da lei,

Neste ponto, uma primeira observação é necessária: não há modelos de *Estado Social* semelhantes ou, de modo mais preciso, contemplados indistintamente entre os países, pois cada Estado determina os limites e as possibilidades de suas conquistas em matéria de direitos sociais. Daí que não seja possível cotejar medidas pretensamente adequadas de concretização desses direitos a partir de soluções exitosas numa determinada realidade constitucional, com sua particular *ontologia política*, e, sobretudo, no contexto socioeconômico específico de uma sociedade.

Disso resulta, por evidente, a impossibilidade de *transplantes normativos* de modelos de política e/ou de políticas públicas apenas em função de profícuos resultados na concretização dos *desígnios constitucionais* em determinado país, simplesmente porque o Direito não é uma realidade/entidade autônoma, como que livre dos fundamentos culturais, epistemológicos e históricos de cada lugar¹⁰². Portanto, um claro aviso de que a doutrina constitucional alemã tem muito a dizer apenas sobre as condicionantes sociais da política tedesca. Por outro lado, é melhor acreditar que tais transplantes só se afiguram possíveis numa ambiência de clara inviabilidade das atuais perspectivas *orgânicas*¹⁰³ do Estado. E não por outro motivo senão o de que a tese da *reserva do possível*, consagrada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão¹⁰⁴, possui, no Brasil, uma dimensão semântica bem diferente, porquanto as condicionantes sociais de cada realidade política são bem diferentes e, nesse sentido, a dinâmica do normativamente exigível pode variar bastante em função do politicamente implementável.

Desse modo, não é admissível a promoção de *transplantes normativos* sem as devidas ressalvas sobre os *parâmetros culturais*

mas *institutiva de direito no caso concreto, todavia sem lei*.

¹⁰² Pierre LEGRAND. “The impossibility of ‘Legal Transplants’”. 114.

¹⁰³ Evidentemente, a expressão *orgânica* cumpre apenas uma função metafórica no texto.

¹⁰⁴ BVERFG, 33, 303 (*Numerus Clausus*), transcrevendo-se, por oportuna, uma breve passagem: “Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” (Jürgen SCHWABE; Leonardo MARTINS, org. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. 663).

*jurígenos*¹⁰⁵ de um povo, pois deles advém a discursiva questão sobre a viabilidade da transplantação normativa, até porque a possibilidade de rejeição e/ou inocuidade da medida não se afigura nada improvável em função da ausência de identidade entre a ambiência cultural e o modelo normativo adotado¹⁰⁶. De igual modo, como refinada forma de transplante normativo, exige-se uma redobrada cautela na migração de ideias constitucionais, justamente para evitar falsas necessidades revisionais nos textos das constituições¹⁰⁷, até porque as constituições, com a sua conhecida indeterminação semântica, demandam dos juízes parcimônia e discrição na aplicação e/ou criação do direito constitucional¹⁰⁸, senão a migração de ideais constitucionais pode representar um expediente de mutilação e/ou alteração indevida da própria constituição. Por outro lado, como *conquista cultural da civilização ocidental*, é importante destacar que a perspectiva universalizadora do tipo de Estado Constitucional assume, evidentemente, uma perspectiva individual na sua configuração nacional¹⁰⁹. Encontramos assim uma clara dinâmica local da constituição, que apenas no lastro da cultura de um povo é possível extraí-la como expressão e fundamento de uma realidade ordenadora do Estado e, claro, da própria sociedade. “A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias”¹¹⁰. Portanto, a afirmação constitucional é um processo que requer, sobretudo, uma clara relação de identidade cultural, superando, assim, um claro limite às *desavisadas* tentativas de transplantes normativos.

No Brasil, só para exemplificar, como infeliz iniciativa de transplante normativo, observa-se que a figura da responsabilização penal de pessoas jurídicas em matéria ambiental, decorrente

¹⁰⁵ Referencia-se à inegável perspectiva cultural do Direito.

¹⁰⁶ Suzana TAVARES DA SILVA. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 24.

¹⁰⁷ Mark TUSHNET. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. 15.

¹⁰⁸ Jeffrey GOLDSWORTHY. “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”. 140-141.

¹⁰⁹ Peter HÄBERLE. *El Estado Constitucional*, 2.

¹¹⁰ Gilberto BERCOVICI, “Constituição e Política: uma relação difícil”. 22.

de forte influência europeia, em nada contribuiu para a redução dos crimes ambientais e, muito menos, para corporificar um melhor sistema de responsabilização pessoal dos gestores das empresas. Enfim, a retórica da criminalização não foi, nessa seara, além dos reconhecidos efeitos das penalidades administrativas, devidamente aplicadas aos responsáveis pela infração administrativa ambiental¹¹¹. Contudo, é bom reconhecer que as lições advindas de outros países expandem o horizonte de compreensão dos institutos jurídicos, e permitem compreender a nova *práxis* jurídica que, a despeito de se basear em realidade diversa, se serve um longo processo de reflexões possivelmente úteis na identificação e corporificação de importantes medidas de cunho normativo-doutrinário no plano nacional.

Agora, centrando-nos nas específicas análises deste tópico, importa aclarar que as inquietações relacionadas à concretização dos direitos sociais decorrem, pelo menos no caso brasileiro, precipuamente da forma açodada de intervenção judicial na atuação dos gestores públicos. Pois bem. Quando se observa o pomposo artigo 6.º da CF/88¹¹², a primeira noção que reluz na consciência jurídica brasileira, assente na moderna compreensão da normatividade constitucional, é que o artigo possui aplicabilidade imediata, o que, de fato, não se afigura algo sem sentido numa perspectiva jurídica, devido ao disposto no artigo 5º, § 1º, da CF/88, muito embora o texto constitucional não prescreva, e nem poderia, a extensão da pretendida aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais.

Contudo, a expressa determinação de eficácia imediata não significa, e nem poderia significar, a desnecessidade de maior densificação normativa dos direitos fundamentais, sobretudo, por

¹¹¹ Todavia, admite-se que vários países adotem, com suas singularidades e extensões, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: Inglaterra, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca, Noruega, Islândia, Finlândia, França, Portugal, a despeito de enorme resistência doutrinária, Áustria, Japão *etc.* Eduardo Luiz Santos CABETTE. “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”. 158.

¹¹² O mesmo se diga quanto ao generoso artigo 9.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), com as minudentes prescrições do artigo 63 e seguintes do texto constitucional. De todo modo, os comentários de natureza jurídica deste artigo partem da realidade socioeconômica brasileira.

meio de lei¹¹³, até mesmo para demonstrar as condicionantes sociais na difícil tarefa de concretização dos direitos fundamentais, devidamente assentes no legítimo poder de conformação legislativa que, longe da desesperança e não vinculatividade no texto constitucional, apenas permeia a lógica da consagração dos direitos sociais nos possíveis limites da realidade político-econômica do Estado, no que ultrapassa os limites da normatividade. Portanto, “[a] intervenção legislativa é necessária, mas o legislador dispõe, em regra, de um espaço próprio para conformação do conteúdo das prestações que constituem o direito”¹¹⁴.

Evita-se, assim, a perspectiva simbólica dos direitos¹¹⁵, porquanto a atividade legislativa dirige-se ao materialmente possível e, portanto, operável na dinâmica da atuação administrativa. Por outro lado, não se pode chegar ao absurdo de afirmar que tal linha de entendimento nega a eficácia dos direitos fundamentais, até porque qualquer norma constitucional, nos limites de sua eficácia e normatividade, é diretamente aplicável¹¹⁶. O que se discute é justamente a permissibilidade da extensão e da materialidade desses direitos no quadro das prestações públicas, isto é, a forma, a medida e o grau dessas prestações em função do poder próprio de conformação legislativa¹¹⁷, no que desponta a questão das possibilidades financeiras do Poder Público num cenário de crise fiscal. Disso resulta que o dilema da concretização dos direitos fundamentais sociais decorre, evidentemente, não da providencial determinação de aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, mas do insustentável alargamento da força normativa direta das normas

¹¹³ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Rever a Constituição Dirigente ou Romper com a Constituição? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. 117.

¹¹⁴ José Carlos Vieira de ANDRADE. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 362.

¹¹⁵ Como bem esclarece a seguinte passagem: “[...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”. Marcelo NEVES. *A Constitucionalização Simbólica*. 22.

¹¹⁶ Ingo Wolfgang SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 255.

¹¹⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE. “O ‘Direito ao Mínimo de Existência Condigna’ como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”. 23.

constitucionais nas hipóteses que exigem flagrante interposição legislativa¹¹⁸. Afinal, é preciso compreender que o Poder Legislativo “[...] tem de fazer opções técnicas e sobretudo políticas, que devem ser avaliadas em função de um princípio de *realidade* ou de *substancialidade*”¹¹⁹.

Em outros termos, apesar da obviedade, a norma constitucional não é um dado pronto e acabado em matéria de direitos fundamentais sociais. Tem-se, em verdade, um projeto grandioso, e mesmo uma desmedida pretensão de concreção dos direitos fundamentais sociais, inclusive até às suas últimas formas de expressão, que exige equilíbrios e extremos esforços intergeracionais, portanto, algo muito além da normatividade. É compreensível, aceitável e até mesmo defensável que o texto constitucional possa abonar essa *tormentosa teia de direitos* como expressão política legítima de um Estado Social, isto é, como força realizadora e/ou vitalizadora do poder constituinte. Porém, na realidade, o que significa isso? Significa muito, mas nem por isso se exige menos da materialidade constitutiva dos direitos para fazer valer os desígnios constitucionais. Então, repita-se: sem interposição legislativa, é possível exigir direitos fundamentais sociais? Essa simples indagação parece revelar algumas nebulosidades; algumas, aliás, desejavelmente plantadas na cultura jurídica brasileira¹²⁰.

Como já foi mencionado acima, não se discute a eficácia de qualquer norma constitucional, especialmente as que recusam direitos numa *audaciosa*¹²¹ perspectiva subjetiva. O problema não reside nesse quadrante, mas, tão-somente, na precisa compreensão da

¹¹⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO. “Rever a Constituição Dirigente ou Romper com a Constituição? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. 118.

¹¹⁹ José Carlos Vieira de ANDRADE. “O ‘Direito ao Mínimo de Existência Condigna’ como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”. 27. Itálico no original.

¹²⁰ Uma das mais evidentes, e também das mais repudiáveis, é a compreensão de que a inércia do Legislativo e do Executivo legitimaria uma reconstrução jurisprudencial dos direitos no Brasil, aliás, com ares de constitutividade normativa.

¹²¹ Claro que a audácia não decorre da imanente ideia constitutiva de qualquer direito, mas das possibilidades fáticas de seu efetivo gozo.

extensão da exigibilidade de um direito social. Essa é a verdadeira questão que parece olvidar a jurisprudência pátria e também muitos doutrinadores. Aqui, é importante destacar que se trata, não de análise açodada de um ou outro articulista, mas de convicção petrificada e travestida de uma eloquente construção teórica – aliás, de não poucos profissionais – segundo a qual, a partir do texto constitucional, é possível exigir qualquer direito elencado nos artigos 6.º e 7.º da CF/88¹²². Como se fosse capaz de ser erguido, por meio da mera prescrição normativa, um plano de possibilidades materiais e, portanto, algo mais que a impressiva compreensão da eficácia dos direitos fundamentais. A força normativa teria, então, o incrível poder de força impulsionadora da materialidade a partir da sua estrita dimensão jurídica, seguindo, assim, a conhecida, apoteótica e fantasiosa proeza do *Barão de Münchhausen*, que conseguira sair do pântano puxando a si mesmo pelos [próprios] cabelos.

É preciso dizer que isso é ingênuo?¹²³ Em países desenvolvidos, com contínuo e expressivo fluxo econômico e, certamente por isso, sem as mazelas socioeconômicas do Estado brasileiro, ainda persistiria o desacerto da quimérica hiperafetação normativa. Até quando vai boa parte da consciência jurídica nacional negar os limites da normatividade? Como aceitar que o *vazio* normativo, que se revela repleto de tantas incompreensões, tenha espaço para levar a cabo as providenciais bases de transformação social no Brasil? Dito de outro modo, porém sinceramente: naquilo que interessa aos menos desfavorecidos, o artigo 6.º da CF/88 não passaria de encantadoras palavras sem a intervenção do legislador. Então, como admitir a consagração de direitos pretensa e galhardamente extraídos do expressivo texto constitucional? Do seguinte modo: *ora, vive-se num Estado Social e os direitos sociais encontram-se expressamente consagrados na Constituição; logo, trata-se de direitos plenamente exigíveis pela via jurisdicional, especialmente quando o Poder Legislativo e o Poder Executivo se revelarem inertes ou para a sua concretização, o que é um fato facilmente comprovado, na sociedade brasileira.*

¹²² Celso Antônio Bandeira de MELLO. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 50.

¹²³ Como também seria ingênuo acreditar que os gestores públicos estejam sempre comprometidos com a dinâmica da concretização dos direitos sociais.

Essa retórica simples faz ocultar um aspecto imensamente mais importante na concretização dos direitos sociais, a saber, a delimitação operacional das políticas públicas por meio da atividade legislativa. Não há como seguir passos apressados e largos na longa caminhada da racionalidade institucional e, sobretudo, da atividade administrativa. Os magistrados não são *bandeirantes constitucionais*¹²⁴ desbravadores do inóspito continente da concretização dos direitos fundamentais. Seria *exigir* demais da atuação institucional do Poder Judiciário, até porque a pauta não é altruística, na medida em que visa *espaços responsivos do poder*.

Explica-se: o dilema existencial geralmente verificado na casuística *dirimida* numa demanda judicial é incompatível, na quase totalidade dos casos, com uma gestão profícua da Administração Pública. A afirmação, apesar de categórica, não nega - o que seria uma estultice - a pertinência do papel da atividade judicial, mas apenas reserva uma atuação mais comedida ao Poder Judiciário, mesmo nas hipóteses de omissão e/ou ilegalidade do Poder Público.

Dito de outra forma, se a gestão é ilegal ou mesmo inexistente¹²⁵, a casuística toma espaço e, mais que isso, tem a pretensão de encontrar uma particular forma de legitimidade em virtude dos resultados advindos da satisfação, ainda que momentânea, da supremacia do existencial, mesmo que tais resultados sejam inexpressivos numa perspectiva ampla da atuação do Estado. Só que isso, em vez de transformar uma realidade social, aprofunda a má distribuição do fluxo alocativo dos recursos e, mais tarde, inviabiliza a gestão racional da atuação administrativa. Isso parece uma questão incontestável, mas, claro, ainda assim, questionável em função do clamor e do apelo decorrente da supremacia do existencial, geralmente vinculado ao princípio da dignidade humana, pois, tal qual o Direito Natural¹²⁶, serve para defender o que for desejado pelo julgador. Então, qual seria a razão desse modo de enxergar o problema? Isto é, por que razão há necessidade de pensar numa

¹²⁴ Na feliz e jocosa expressão, estampada em sala de aula, pelo Professor Doutor João Carlos Loureiro.

¹²⁵ Em verdade, nada raro na realidade da gestão pública brasileira.

¹²⁶ John Hart ELY. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. 67.

atividade judicial centrada na sua autocontenção?¹²⁷ Simples: uma atuação racional da atividade pública não pode negar os efeitos da desmedida judicialização das prestações sociais.

Por mais que se questione a preocupação com a racionalidade e a *expertise* na atuação administrativa, e, por outro lado, por mais que se defenda uma dinâmica discursiva entre os cidadãos e a Administração Pública¹²⁸ - o que é algo realmente proveitoso, até mesmo em função de uma atuação estatal mais relacional e humana, que prestigia uma *Administração Pública dialógica* - não há como prescindir, mesmo na hipermodernidade, e justamente nela, de um tratamento racional dos problemas da gestão pública. Não que seja possível conceber modelos decisórios inquestionáveis por toda a Administração Pública; mas não há como prescindir da razão, ainda que ela se revele cada vez mais estreita. Porquanto, sem parâmetros de atuação, pretensamente seguros, nenhuma empreitada humana seria possível, o que dizer da gestão do próprio Estado e, claro, dos seus inumeráveis serviços, que sofrem uma influência de dois tipos de grupos de interesses: (a) os ideológicos, corporificados nos conservadores de direita, nos democratas de esquerda, *etc.*, (b) os funcionais, representados pelos servidores públicos, prestadores de serviços, beneficiários, usuários e potenciais usuários.¹²⁹ “Governar é uma estratégia de ordenação seletiva, um equilíbrio de caos e ordem, de liberdade e necessidade, de contexto e autonomia”¹³⁰. Nesse contexto, reconhecer os limites da razão é uma coisa; desprezá-la é alcançar as raias da estultice.

Insistir numa compreensão, desmesuradamente idealística, de que a atuação judicial *resolve* os dilemas da sociedade, é a mesma forma de compreender que tem uma criança quando acredita que, por colocar canhestramente um tijolo no muro, fará prescindir a intervenção dos operários numa grandiosa obra que exige

¹²⁷ Em rigor, não se trata propriamente de autocontenção, porque o que exige é apenas a observância do limite de atuação judicial num Estado Democrático de Direito. A ideia protetiva dos direitos não pode transformar o Poder Judiciário em Senhor dos direitos e tutor da sociedade.

¹²⁸ Janet V. DENHARDT; Robert B. DENHARDT. *The new public service: serving, not steering*. 41.

¹²⁹ Julian LE GRAND. *The Other Invisible Hand. Delivering Public Services through Choice and Competition*. 156-157.

¹³⁰ Carmen INNERARITY; Daniel INNERARITY. “La Transformación de la Política para Gobernar una Sociedad Compleja”. 234.

esforços praticamente inumanos de transformação social. Por sua própria natureza, a atividade judicial não pode intervir em questões que, além de extrapolar os limites de determinadas competências constitucionais, congregam uma miríade de fatores e, nessa qualidade, indômitos aos simples prospectos do binômio texto-intérprete.

Admite-se que uma melhor exposição da questão exige outros importantes desdobramentos. O primeiro deles: a autocontenção judicial não reduz a importância do Poder Judiciário; contudo, expressa o sentido preciso de sua funcionalidade no Estado moderno. Não existiriam ainda imensos problemas de ordem técnico-processual a serem solucionados pelos órgãos da justiça? Claro que sim, a que começar pela afluente morosidade processual no Brasil, fatalmente potencializada pela excessiva judicialização da política. A inafastabilidade da prestação jurisdicional, prevista no art. 5.º, inciso XXXV, da CF/88, infelizmente, tomou ares de verdadeira imprescindibilidade da atuação judicial na concretização dos direitos fundamentais.

Veja-se: o espaço do poder nega a possibilidade de concentração de funções que, corporificando-se numa só figura político-institucional, acabaria por infirmar todo o processo democrático de uma sociedade plena de direitos. Trata-se de uma assertiva elementar, mas sempre atual, porque o impulso do poder, além de atual, alcança sempre surpreendentes capacidades miméticas no cenário público, tal como se observa na pretendida *hegemonia judicial*, defendida pelos media brasileiros e defendida, inclusive, pelos membros do próprio Poder Judiciário. Para *afirmar* direitos o Poder Judiciário não pode descurar essa importante premissa.

Só que isso não diz tudo, evidentemente. A autocontenção judicial não é, nem de longe, uma camisa de forças, mas, simplesmente, uma necessária relação de respeito ao desenho institucional capitaneado pela CF/88 e, de resto, por todas as constituições modernas no *mundo ocidental*, nas quais se destaca que a árdua tarefa da concretização dos direitos, a começar pela própria dinâmica da atividade normativa, é dispensada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo¹³¹.

¹³¹ Adrian VERMEULE. *Mechanisms of Democracy. Institutional Design*

Na hipótese de ocorrer lesão de direitos, devido ao disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, por que razão é que a autocontenção judicial não se revela danosa à sociedade? A pergunta sugere o entendimento de que não poderia ser compatível a autocontenção com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. Reside aqui a *má* compreensão do princípio, aliás largamente empregue para justificar um controle forte da atuação administrativa. Com efeito, a lesão ou ameaça ao direito não pode corporificar uma perspectiva de atuação judicial que negue o *locus* operativo das instituições públicas; eventuais corrigendas, sim, mas jamais substituição das escolhas do gestor público. Explica-se: a amplitude das demandas do Estado, especialmente em matéria de direito sociais, exige que o processo decisório político paute as relevantes questões sociais numa perspectiva ampla, sem negar, quando necessário, uma atuação no campo da estrita individualidade.

Por outro lado, o Poder Judiciário possui uma declarada vocação para solução de problemas individuais. Só que isso não decorre necessariamente de questões processuais – até porque as ações coletivas possuem uma enorme envergadura no meio social –, mas, principalmente, porque as políticas de Estado não podem decorrer de comandos judiciais determinados numa ação¹³², uma vez que isso representaria praticamente a negativa de planeamento da atuação administrativa, que decorre de um árduo trabalho do Poder Executivo para se adequar às leis orçamentárias aprovadas pelo Parlamento.

Ora, se uma prestação social não atende a contento às solicitações da sociedade, a despeito da sua premente necessidade, há fundado motivo para consagrar o entendimento de que o gestor estabeleceu, tal como todo mandatário político, prioridades na sua gestão. Como não existem prioridades sem limitações, então, possivelmente o objeto da demanda judicial pode, tão-somente, expressar a exigibilidade de um complexo de atividades já

Writ Small. 144. Vale lembrar que, no caso dos Estados Unidos, a questão é ainda mais extremada em função da *Chevron doctrine*, aliás, em tese, inconcebível no Brasil.

¹³² Por exemplo, numa Ação Civil Pública (ACP) proposta pela Defensoria Pública ou Ministério Público.

considerado como não prioritário; ou, no mais das vezes, ainda que exija atenção do Poder Público, inexistente possibilidade de carrear mais recursos do orçamento público. Aqui, impera uma precisa síntese: “[s]e nem todos os direitos [...] puderem ser tornados plenamente operativos em certo momento ou para todas as pessoas, então haverá que determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser”¹³³. A argumentação pública – evidentemente, como decorrência do processo decisório democrático – terá maiores chances de identificar as prioridades e as possibilidades de concretização dos direitos.

Trata-se de uma assertiva simples, só que pouco discutida: as escolhas públicas não decorrem de um cômodo processo decisório entre opções não trágicas. Dito de outro modo, como a práxis política comporta uma razão primordialmente de meios, no que consiste a dinâmica deliberativa, não há como conceber o fim como um resultado político disponível, no que revelaria a inexistência de qualquer sacrifício, fato, aliás, nada provável numa época de crise fiscal¹³⁴. Aliás, a precisa compreensão da escassez de recursos exige parcimônia na alocação dos recursos e de algo mais fatídico: *a impossibilidade de aumentar a alocação de recursos ou mesmo a inviabilidade, ainda que momentânea, de alocação de recursos*. A segunda hipótese comporta sérias restrições. A primeira, decorrente da inviabilidade técnica de novos aportes orçamentários. Por seu lado, a supressão da alocação de recursos é admissível quando isso não implicar negativa de prestação pública, isto é, quando a demanda já existente não possa ser suprida por outra forma de atendimento, ainda que em outro lugar, pois os arranjos orgânicos funcionais da Administração Pública e os desdobramentos estruturais da ação pública, por vezes, exigem redirecionamentos e aglutinações, não apenas de bases operativas, mas também do próprio fluxo da atuação estatal em sentido amplo. A prestação pública, mesmo que esteja entregue à dinâmica da comodidade dos cidadãos, não pode ser comprometida em função de impessoais e racionais modificações no fluxo das atividades administrativas.

¹³³ Jorge MIRANDA. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. 484.

¹³⁴ Daniel INNERARITY, “Razón Política y Razón Práctica”. 160.

Levando a escassez a sério e compartilhando de forma concreta os dilemas sociais, é possível defender o entendimento de que a atividade financeira do Estado, mais que uma dimensão política, comporta uma dimensão jurídica. Esta, contudo, não pode sobrepor-se às escolhas políticas do gestor. Dito de outro modo, existindo uma dimensão política, inclusive regularmente exercida, a sindicabilidade judicial exercida sobre a dimensão jurídica, devidamente identificada nos parâmetros normativos relativos à execução orçamentária, não pode corporificar uma atuação meramente substitutiva das escolhas manifestadas pela dimensão política, que decorre do regular e legítimo exercício do poder político.

Cabe, aqui, uma pergunta simples: até que ponto é sustentável promover imbricações operativas entre as dimensões políticas e jurídicas sem se comprometer a regularidade do exercício do poder político? De forma mais clara: até que ponto a sindicabilidade do orçamento é possível sem comprometer a dimensão política da atividade financeira do Estado? Os direitos sociais são exigíveis em face do orçamento?

Considerando os limites deste trabalho, não há como expressar uma resposta demorada sobre esses questionamentos. Todavia, é possível estabelecer uma clara premissa discursiva: a exigibilidade dos direitos sociais, a partir do programa do orçamento – isto é, desde os prognósticos iniciais de execução orçamentária, inviabilizando, portanto, os eventuais contingenciamentos, limites e superávits – consagraria uma relação de identidade entre a previsão de contas ou expectativa de receitas e a imposição normativa do gasto público. Fato que, nem de longe, pode ser regularmente compreendido na dinâmica da autogovernança democrática, porque simplesmente poria abaixo todo o poder de adequação orçamentária do gestor público, conforme a concretização dos prognósticos de receita e a prioridade dos gastos em função de imprevisíveis contingencialidades. Enfim, ter-se-ia o caos da atuação judicial sobre a atuação administrativa. “A sociedade de risco *não é uma opção* que possa eleger-se ou recusar-se no curso do debate político”¹³⁵. A própria dinâmica da imprevisibilidade dos gastos públicos, que é fato que extrapola o universo da

¹³⁵ Ulrich BECK. *La Sociedad del Riesgo Global*. 144.

técnica orçamentária, é intensificada pelos fatos contingentes da sociedade de risco. Logo, com maior razão, a gestão fiscal deve preocupar-se com o estabelecimento de uma margem operável de disponibilidade financeira, não apenas em função dos eventos da natureza, mas, sobretudo, das crises cíclicas da economia, inclusive decorrentes ou agravadas por fatores naturais. A sustentabilidade política não pode olvidar os fatores relacionados com as recorrentes crises econômicas, até porque, numa ambiência de crise, são revelados, com maior precisão, os infelizes ou malogrados engendros da ação política, sem falar que qualquer política de contenção de gastos, numa ambiência de baixo fluxo econômico, além do ônus político decorrente da adoção de medidas impopulares, mantém elevados os custos sociais em função do desemprego, fazendo com que os efeitos da austeridade fiscal fiquem comprometidos em curto prazo¹³⁶.

Agora, é importante destacar a questão dos erros abrangentes e das decisões judiciais. Erros abrangentes, nos limites propostos deste trabalho, são aqueles capazes de implicar transformações negativas na consolidação dos direitos sociais, seja na perspectiva orçamentária, seja na prestação dos serviços públicos, com ou sem uma atuação direta do Estado. E qual a importância da análise jurídica com relação a essa perspectiva da atuação estatal? As escolhas públicas nem sempre alcançam os fins pretendidos e nada há de extraordinário nisso, pela simples razão de que as escolhas para serem exitosas não dependem apenas de planejamento administrativo, até porque a exigência de planejamento, por si só, apenas garante uma pretensa racionalidade na alocação dos recursos públicos. Se os resultados não surgem como esperado, ou simplesmente não surgem no plano da materialidade, vários questionamentos são possíveis. Porém, a maioria deles é absolutamente alheia à ciranda jurídica.

Que se deseja, então, afirmar com esta ligeira digressão? Que a atuação administrativa se encontra cercada por diversos fatores, aliás, totalmente alheios ao universo de sua interferência, seja no aspecto corretivo, seja no aspecto constitutivo, que influenciam os resultados das opções políticas de um gestor público. Aliás, não é por outro motivo que o universo da gestão das políticas públicas

¹³⁶ Paul PIERSON. “The New Politics of the Welfare State”. 351.

e da política pura¹³⁷ não deve ser entregue aos magistrados. Portanto, a ideia de que a atuação judicial pretende, tão-somente, corrigir uma atuação indevida ou considerada inadequada do Poder Público por certo exige temperamentos, por dois claros motivos: (a) a correção de uma demanda individual não se reproduz exitosamente numa perspectiva sistêmica; e (b) o reconhecimento de uma atuação inadequada numa demanda individual não compromete necessariamente a racionalidade e/ou utilidade da medida administrativa numa perspectiva global. A própria dinâmica dos resultados, na sua própria temporalidade, vai denunciar os malogros da atuação administrativa. Daí resulta que as intervenções individuais, ainda que repercutam em outras demandas judiciais e mesmo possam servir para uma compreensão local da problemática identificada pelo cidadão, não têm o condão de tornar inviável um modelo de atuação administrativa, até porque desvios de execução são geralmente aceitáveis nos prognósticos da Administração Pública. Tal fato, inclusive, poderia reclamar o entendimento de que a atuação judicial, por ser localizada, não teria a capacidade de interferir com os projetos sistêmicos da gestão pública. O efeito multiplicador dos julgados, seja pela onerosidade, seja pela improvisação no atendimento, faz romper todo o fluxo decisório e executivo da ação pública; aliás, muitas vezes sem qualquer comprovação da melhor serventia da opção adotada pelo decisor judicial.

Aqui, entra em cena justamente a problemática relativa à atuação reativa e institutiva dos direitos sociais¹³⁸ por meio de uma mar-

¹³⁷ Ran HIRSCHL. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. 141.

¹³⁸ A atuação reativa consiste na reparação de um direito do jurisdicionado, a qual pode desaguar em outras demandas para assegurar outro direito para tornar pleno o gozo do direito anteriormente *concedido*. A atuação institutiva, por sua vez, vai mais além: representa uma verdadeira criação judicial de direitos decorrente de uma lesão dos jurisdicionados. *Institutiva* porque prescinde da intervenção legislativa; isto é, a autoridade judiciária *extrai* o direito diretamente da constituição, ainda que por nebulosa principiologia. As implicações práticas dessas formas de atuação judicial são bem visíveis: a multiplicação dos conflitos e mais insegurança jurídica e, claro, eventual satisfação pessoal de um cidadão, mas, infelizmente, por pouco tempo. No que resulta oportuna esta advertência: “Um sistema jurídico não poderia subsistir sem uma ideia de ordem, de racionalidade e de segurança subjacente (ainda que tudo isso seja mentira)”.

cante intervenção do Poder Judiciário e, com isso, destacar que a plena acessibilidade aos direitos representa algo bem diverso da plena acessibilidade à prestação jurisdicional, aliás, desejavelmente célere.

A tese defendida parte do entendimento de que a importância do diálogo, necessariamente interdisciplinar e plural, na formação das políticas públicas é incompatível com a decisão judicial reativa ou institutiva, cujos atores possuem um horizonte de análise restrito¹³⁹ e, por isso, distante da perspectiva política de uma autogovernança democrática. Afinal, não há como prescindir da participação política, do diálogo e da integração pública numa compreensão ampla da democracia¹⁴⁰. Tão festejada quanto ofendida, a democracia, como verdadeiro mecanismo de razão pública, exige uma séria reflexão sobre a pretendida *tutela judicial da sociedade*, porquanto ela se revela uma patente forma de alijamento da participação popular na determinação dos rumos da própria sociedade.

Neste ponto, é pertinente indagar: a expansão do Poder Judiciário sem um *movimento* sem causa? Dito de outro modo: há uma retração política do Poder Legislativo e do Executivo, e, com isso, uma conseqüente expansão política do Poder Judiciário? Aqui, vale destacar três importantes considerações: (a) a retração decorre do ônus político das decisões impopulares e da discutível capacidade legislativa para tratar as grandes e conflituosas questões político-morais da sociedade; (b) a expansão não decorre exclusivamente do voluntarismo judicial, mas, sobretudo, da intensa litigiosidade assente nos direitos fundamentais, especialmente os sociais, o que representa uma forte expressão da insatisfação coletiva nos serviços públicos; e (c) é uma ilusão imaginar que a expansão judicial represente o canal adequado para identificar os ecos da sociedade civil e, com isso, pautar soluções para os problemas estruturais da sociedade.

Ordinariamente, pressupõe-se que o magistrado não deve ser apenas *boca da lei*, como se esse tipo de magistrado tivesse efetivamente existido algum dia. É necessário ir mais além: ele deve

Minor E. SALAS. “*Vade Retro, Fortuna*: o de la expulsión de ‘Satanás – el Azar – del mundo de las Ciencias Sociales (con especial énfasis en la ‘ciencia’ jurídica)”. 387-388.

¹³⁹ A restrição, aqui, assume um necessário caráter institucional.

¹⁴⁰ Amartya SEN. *A Ideia de Justiça*. 360.

moderar a força da lei ou temperar os seus efeitos. Só que o mais curioso, por não se revelar tão claro, é que tal entendimento parece vincular a superação do modelo de magistrado oitocentista – com o modelo de magistrado *pós-moderno* – ao desenvolvimento de um famigerado *ativismo judicial*.

Aliás, *A expressão 'ativismo judicial' diz pouco sobre o que a atuação judicial realmente é, mas diz menos ainda sobre o que realmente seja um avanço na atuação judicial.* Ela é *vazia* e, por isso, pode revelar-se um encômio ou uma desatada crítica: elogia-se o *ativismo judicial* quando a decisão assume uma perspectiva *progressista*¹⁴¹ ou salvadora, tal como idealizada por seus defensores, independentemente do conteúdo dessa idealidade; porém, a mesma expressão soa como crítica, não raras vezes, quando a decisão se revela assombrosamente incompatível com a técnica jurídica e, como que numa perspectiva consequencialista, for ainda mais incompatível com os resultados esperados pela sociedade. Isto é, a atividade judicial não *acerta a mão*, até porque a relação entre irresponsabilidade e política não costuma trazer bons resultados, muito embora se deva reconhecer que a atividade política, apesar de cercada de responsabilização pessoal e política, não assegura necessariamente resultados na gestão pública. O fato é que a atividade judicial despreza os avanços dos estudos da *teoria da decisão* e da *teoria democrática*, além de que tende a firmar o grosseiro entendimento de que o juiz expressa a mais fundamental ferramenta de concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Uma falácia, portanto, que, infelizmente, se tem propalado no meio jurídico como tese científica de difícil refutação, pelo menos na *Terra Brasilis*. Então, por que razão é que se firma, não a *prudência judicial*, mas apenas uma jurisprudência assente no *ativismo judicial*?

Por mais que se defenda um demorado ônus argumentativo do julgador, e mesmo que isso ocorra com a mais serena e séria intenção do decisor judicial, o fato é que a perspectiva pessoal assente nos valores decididamente subjetivos do magistrado constitui um inegável fator de incerteza na sentença, potencializado pelos métodos de interpretação da nova hermenêutica, tornando

¹⁴¹ Termo, aliás, sem maior eloquência nos nossos tempos hiper-modernos.

o resultado da aplicação dos direitos tendencialmente incompatível com a perspectiva democrática dos direitos¹⁴². Trata-se de uma ligeira construção e de fácil compreensão – aliás, quase intuitiva –, porém de decisiva importância. não apenas na *teoria da decisão*, mas sobretudo na contextualização de uma teoria democrática razoavelmente aceitável, especialmente num Estado que ostenta a eloquente fórmula política: *Estado Democrático de Direito*. A dinâmica dos direitos fundamentais como trunfos¹⁴³, mormente quando relacionados à defesa das minorias, não pode representar um obstáculo à necessária ordem constitutiva e legítima de uma fração de poder do Estado, qual seja, a do legislador. A *dificuldade de contramajoritária*¹⁴⁴, na qual atua o menos perigoso dos Poderes, não pode servir de instrumento para que a atuação judicial assumira uma superposição entre os demais Poderes constituídos, pois, nesse caso, o fato de ser o menos perigoso não o tornaria menos letal às instituições democráticas, porquanto ocasionaria um esvaziamento político nas instituições do Estado e, claro, na própria ideia constitutiva de poder advinda do povo.

E o *vazio* das prescrições legais? O que significa isso realmente, caso signifique algo digno de nota? Aqui, é preciso proceder a uma breve análise do fenômeno inebriante da interpretação nos nossos dias. Não se trata de Direito e Linguagem; não é preciso tanto. Diria que mais se assemelha a *Direito e Surrealidade*. Por evidente, não há como olvidar a importância da linguagem na interpretação e, claro, a sua perspectiva mais além da semântica na concreção dos direitos, que compreenderia a própria lógica da ação e da pragmática¹⁴⁵. Todavia, a ideia de *vazio* ostentada no título deste artigo liga-se à política, ou melhor, à sua ausência.

Em suma, a consagração normativa dos direitos sociais exige esforços, não apenas jurídicos, mas sobretudo, socioeconômicos, que, por certo, encontram seus próprios obstáculos, os

¹⁴² Paulo BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 501.

¹⁴³ Ronald DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, xi.

¹⁴⁴ Alexander BICKEL. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court as the Bar of Politics*. 16.

¹⁴⁵ Manfredo A. de OLIVEIRA. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 96, no que se compreende a extraordinária e conhecida contribuição de Ludwig Wittgenstein.

quais por certo extrapolam a dinâmica estritamente normativa. *Se o Poder Judiciário não nega isso, qual o sentido de ele imprimir normativamente os meios e politicamente os fins na concreção dos direitos sociais?* Nisso reside, sem medo de errar, grande parte do dilema da intervenção judicial¹⁴⁶. Ora, que a atividade judicial não pode limitar-se ao modelo oitocentista, isso parece incontestável. Porém, ela não pode ir tão-somente além dos limites compreensivos da normatividade, pela cômoda razão de não ser política e processualmente responsável quanto aos efeitos de suas decisões, mormente as de ordem estritamente constitucional, que possuem inegável *ontologia política*, olvidando que um juiz ou corte: “[...] só deve intervir quando possa concluir *com segurança* pela violação das determinações constitucionais, violação que deverá ser *manifesta*”¹⁴⁷.

Exige-se equilíbrio aos defensores da Constituição. Nesse ponto, promove-se a divisão da atuação judicial em duas claras vertentes: (a) sobre *questões predominantemente jurídicas*, isto é, relativas a decisões sobre parâmetros jurídico-materiais disponíveis para a concreção de direitos, e (b) sobre *questões predominantemente políticas*, isto é, relativas a decisões sobre parâmetros jurídico-materiais ainda não disponíveis para a concreção de direitos. Na primeira hipótese, a influência política do decisório é bem diminuta; porém, no segundo caso, a intervenção política, por ser bem visível, está cercada de controvérsias, não apenas em função da pretendida legitimidade da atuação judicial, mas, sobretudo, sobre os seus efeitos, pois são potencialmente danosos ao processo democrático e mesmo à efetiva concretização dos direitos fundamentais sociais.

As questões predominantemente políticas são diretas e, nesse sentido, exigem o substrato legitimador de um processo decisório verdadeiramente democrático, que não se afigura

¹⁴⁶ Como bem denuncia esta passagem: “O subjetivismo dos novos métodos interpretativos redundava assim na quebra e decomposição da juridicidade das Constituições, que logram por essa via o seu nível mais alto e privilegiado de politização, donde decorre em consequência uma legitimidade fácil e desimpedida com que amparar todas as soluções do poder”. Paulo BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. 501.

¹⁴⁷ José Carlos Vieira de ANDRADE. “O ‘Direito ao Mínimo de Existência Condigna’ como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”. 24.

compatível com a atuação oráculo-decisória da técnica interpretativa empreendida pelos tribunais, especialmente quando, centrados no mesmo propósito – a saber, a decisão que consagre a força normativa da Constituição –, os seus membros ventilem decisões nada convergentes e até mesmo contraditórias. Aliás, não é nada raro isso acontecer, o que mostra estar em causa, não uma questão de técnica, de método ou de linguagem, mas valores que, a despeito dos possíveis e admiráveis consensos, não costumam revelar muito sentido a partir do cotejo de pouquíssimos atores, por mais geniais que eles se afigurem.

Há como que uma ilusória compreensão de que a decisão judicial é capaz de revelar o melhor caminho a seguir. Com o devido respeito aos membros dessas cortes, seja pelo inegável mérito e invulgar cultura jurídica, seja pelo compromisso com o (en)cargo exercido, trata-se de claro equívoco que a ciranda jurídica teima em negar, como se isso fosse capaz de expungir a força esclarecedora dos fatos. A realidade faz sucumbir a pretensão de que a colegialidade dos tribunais ou a monocrática fortaleza dos julgados seja capaz de revelar um caminho mais seguro na concretização dos direitos.

Explica-se: questões controvertidas são, por natureza, questões conflituosas em diversos aspectos, e por isso despertam posições antagônicas, mesmo quando os intérpretes são indenes de desvios funcionais e dotados de singular capacidade técnica. Assim, nesse contexto, a supremacia de uma decisão judicial, seja como trunfo da minoria, seja como manifestação da maioria, congrega um microssistema decisório que de modo nenhum expressa os valores plurais de uma ordem constitucional, negando, portanto, a prática da democracia como argumentação pública e, nesse sentido, capaz de apontar os limites da diversidade e do consenso¹⁴⁸. Acresce ainda a simples e elementar razão de que a instância judicial não espelha os ecos viáveis da sociedade, como fazem ou deveriam fazer os parlamentos; aliás, a política, como instância mediadora no labirinto de controvérsias, incertezas e culturas, a

¹⁴⁸ Amartya SEN. *A Ideia de Justiça*. 388.

despeito de um mundo de parca visibilidade, é sempre mais exitosa que a técnica judicial¹⁴⁹.

Numa palavra, o parlamento tende a partir da realidade possível, isto é, sopesando as condicionantes sociais, o juiz da idealidade desejavelmente transformadora do texto constitucional. Vive-se a impressão de que um, o Poder Judiciário, faz o melhor dos mundos, simplesmente porque não faz *nada*¹⁵⁰, mas decide *tudo*; e outros, o Poder Legislativo e o Executivo, fazem o pior do mundo, porque devem fazer tudo. Não custa afirmar que um Estado Social não precisa de juízes heróis, mas, tão-somente, de um contínuo fluxo econômico com precisa disciplina nos esforços intergeracionais nos mais diversos segmentos da sociedade.

O Poder Judiciário pode e deve ajudar nesse sentido. Porém, é incapaz de promover transformações sociais de grande monta na socialidade sem a providencial atuação da atividade político-econômica do Estado. Ou alguém acredita que a enorme conquista social do povo alemão, principalmente no pós-guerra, e ainda presente nos nossos dias, se deveu às decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão? Portanto, não é racional exigir tanto da normatividade, dos textos e dos seus intérpretes. Por muito que se esforcem, estes não são capazes de alcançar o que a senda política ainda não alcançou; e, quando alcançam algo mediante a atuação judicial, têm pouco a acrescentar.

Numa frase, o Poder Judiciário não pode repaginar, a cada decisão, as escolhas políticas do Parlamento, muito menos os meios utilizados pelo Poder Executivo para as promover, sob pena de o princípio da separação de poderes ser uma vã pretensão constitucional e, com isso, expressar que o único e crucial *poder* é o que decorre da decisão judicial. Ainda que se discuta que o modelo da tripartição dos poderes tenha sido concebido em época diversa e, possivelmente, para fins também diversos, conforme a contingencialidade de cada momento, isso – no que à consagração

¹⁴⁹ Daniel INNERARITY, “Políticas de la Naturaleza en la Sociedad del Conocimiento”. 321.

¹⁵⁰ O nada, evidentemente, refere-se ao plano da materialidade de gozo dos direitos.

normativa dos direitos sociais diz respeito – não pode desvirtuar as conquistas decorrentes da limitação do poder por outro poder. Acredita-se na potencialidade de novos candidatos à repartição dos poderes¹⁵¹, o que não se defende é o galhardo protagonismo do Poder Judiciário.

Uma das mais importantes bandeiras da intervenção judicial é a impactante ideia do *mínimo existencial*¹⁵² ou, de modo mais preciso, do direito a um *mínimo para uma existência condigna*¹⁵³, realçando assim a problemática dos direitos sociais. Será elástico o conceito de mínimo para uma existência condigna? Ou melhor, é possível falar em conceito de mínimo para uma existência condigna? Nesse ponto, não se deseja uma demorada exposição. Todavia, é pertinente destacar algumas importantes advertências no tratamento da matéria na perspectiva da sustentabilidade política. Todo o mínimo constitui um ponto de partida e, nessa qualidade, não há mínimo existencial¹⁵⁴, mas mínimos existenciais em função das possibilidades político-econômicas de um povo no atendimento das necessidades e capacidades do titular do direito de um mínimo para uma existência condigna. Além disso, justamente por se tratar de assegurar uma existência, a noção de mínimo assume uma incomensurável e surpreendente variabilidade.

Daí que não se afigure aconselhável tratar essa questão com base na noção da *proteção mínima do Estado*, porquanto ela nem expressa uma proteção efetiva, nem pressupõe uma compreensão de mínimo a partir de uma prestação objetivamente viável no contexto das disponibilidades do Estado. Explica-se: o mínimo de proteção do Estado é apenas um ponto de partida, isto é, mutável no tempo e, com isso, potencialmente oneroso no tempo, inclusive em função de uma mesma pessoa, destacando-se, assim, a importância de delimitar o grau de proteção do Estado segundo

¹⁵¹ Bruce ACKERMAN. “Adeus, Montesquieu”. 16.

¹⁵² Ricardo Lobo TORRES. *Direito ao Mínimo Existencial*. 35.

¹⁵³ José Carlos Vieira de ANDRADE. “O ‘Direito ao Mínimo de Existência Condigna’ como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”. 29.

¹⁵⁴ Utilizar-se-á o termo *mínimo existencial* pela mera comodidade que o reducionismo da expressão comporta.

as suas potencialidades socioeconômicas, sem jamais ir além delas, seja porque não é materialmente possível, seja porque não é aconselhável manter políticas assistenciais. O reflexo contingente das capacidades e necessidades dos cidadãos¹⁵⁵ não pode fazer com que as políticas de renda mínima percarn o necessário perfil objetivo de concessão, porquanto as particularidades das demandas dos cidadãos encontrarão ou deverão encontrar outros nichos operativos da larga teia de serviços sociais do Estado.

A compreensiva diversidade dos serviços sociais, como programas de Estado, tende a intensificar os usuais mecanismos de ação social e neles é possível identificar um nicho de atuação específico para demandas contingentes, até mesmo para fins de consideração dos fatores de variação¹⁵⁶ entre as rendas reais e as vantagens, liberdades e bem-estar, dos cidadãos, denotando que a multiplicidade dos programas, numa clara relação de complementariedade, é mais eficaz do que o *exaurimento* de um programa social mais oneroso ou potencialmente oneroso em função das demandas judiciais. Nesse contexto, a intervenção judicial, antes de qualquer solução concreta, poderia simplesmente onerar as reservas do Estado, mas, infelizmente, sem projetar maior amplitude ao programa social, salvo com o sacrifício da regularidade de outros serviços, conforme a *teoria do cobertor curto*.

Essa pretensão de tutela da sociedade promovida pela sociedade tem revelado um horizonte de inevitável conflito, pois a compreensão de que o Direito constitui uma clara *expressão de liberdade* torna-se incompatível com o seu monopólio pelo Poder Judiciário. Portanto, a dinâmica da atividade jurídica, que inclui evidentemente o exercício dos direitos, carece de uma contributiva e decisiva manifestação dos atores do processo democrático, a qual, evidentemente, vai bem além dos atores do processo judicial. Tal assertiva pode até parecer paradoxal, haja vista a ordinária atuação do Poder Judiciário: dirimir conflitos e, com isso, assegurar direitos

¹⁵⁵ Amartya SEN. *Desenvolvimento como Liberdade*. 105.

¹⁵⁶ Quais sejam: (a) heterogeneidades pessoais, (b) diversidades ambientais, (c) variações no clima social, (d) diferenças de perspectivas relativas, e (e) distribuição na família. Amartya SEN. *Desenvolvimento como Liberdade*. 99-100.

e vice-versa. Todavia, numa *sociedade livre* é impensável admitir a dinâmica dos direitos a partir da compreensão totalizadora de uma única fonte do poder estatal¹⁵⁷, que representaria uma indescritível negação da liberdade, uma vez que, nesse caso, a sociedade ficaria sempre submetida aos estreitos limites da compreensão normativa de um único Poder.

E o que quer isso dizer? Quer dizer que a normatividade não pode condensar limites compreensivos estritamente pessoais ou decantados mediante sobreposições de ideias ou teses decorrentes de um restrito grupo de intérpretes. E a razão é bem simples: eles não são capazes de expressar os limites materiais da cira política e, com isso, podem ventilar erros e mesmo acertos não cotejados pelo processo democrático. Afinal, a democracia não se configura pela ideia do *acerto*, muito menos, do consenso, mas, sobretudo, pelo vislumbre da intervenção política dos cidadãos – enfim, de toda a sociedade – nos interesses *do* Estado, mesmo que isso resulte em menor possibilidade de sucesso ou acerto das decisões¹⁵⁸.

A afirmação do modelo democrático brasileiro não passa pela expansão política do Poder Judiciário. Dito de outro modo, o eventual esvaziamento da importância do povo no processo político-decisório nacional por certo não encontra ressonância na atividade judicial, que não é a sede própria para tratamento de pretensões do povo, pela simples e elementar razão de que a conflitiva e discursiva questão política não encontra ambiente na seara processual do Poder Judiciário, pois não é esse o espaço adequado para debater os desafios a que se dedica a comunidade política.

Como compreender que a atuação do magistrado consiga, para além do parâmetro da estrita normatividade – e mesmo que não se discuta a questionável legitimidade de sua atuação –, alcançar resultados mais satisfatórios que os delineados pelos canais discursivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo? Veja-se

¹⁵⁷ Nem de longe, é preciso afirmar, deseja-se arvorar o entendimento de que todo direito advenha necessariamente do Estado, mas se dele decorre, justamente para consagrar a perspectiva democrática dos direitos, é melhor aceitar a diversidade das fontes normativas.

¹⁵⁸ Paul FEYERABEND. *A ciência em uma sociedade livre*. 108.

que não se trata da tarefa de promover uma decantação axiológico-normativa de determinado texto legal. O que se critica é outra questão: o fato de a atuação judicial interferir *verdadeiramente na escolha das opções do gestor no regular exercício do poder político*. Nessa hipótese, o que se observa é uma total inversão das competências constitucionalmente determinadas, pois o juiz ou o tribunal tendem a *prescrever* politicamente os fins e a *escolher* os meios para alcançá-los. Logicamente, essa odiosa inversão põe por terra todo o processo democrático e cria uma ingênua percepção de resolução dos problemas da sociedade. Naturalmente, isso agiganta a importância do Poder Judiciário, pois reduz tudo ao poder decisório dos magistrados, monocrática ou colegialmente, revelando que, mais que um desejoso desempenho da atuação judicial, tem-se, igualmente, um claro propósito de luta institucional por poder.

Percebe-se, assim, que a questão de fundo deste artigo se condensa nestes termos: a atuação judicial sobre direitos sociais, e portanto sobre relevantes questões da sociedade, centra-se na solução dos problemas estruturantes do grandioso edifício social a partir da sua abóbada, isto é, a partir da acessibilidade à tutela jurisdicional, olvidando-se – ou não reconhecendo a devida importância – de que a verdadeira solução do problema antecede a intervenção judicial, ainda que esta possa ter o fundado propósito de contribuir para o deslinde da problemática. Efectivamente, os dilemas da socialidade espraiam-se por uma seara que não se encontra estritamente vinculada ao raio de atuação da seara jurídica, pelo menos numa clara perspectiva transformadora. Esses dilemas percorrem os progressos intergeracionais no campo socioeconômico. Urge aí regulamentação sobre determinadas realidades, mas a atividade judicial por si só não tem o condão de promover a *multiplicação dos pães* por meio de textos e intérpretes.

Como dado curioso, é comum afirmar que o Direito anda sempre a reboque dos eventos sociais e econômicos. É melhor que seja assim, só não carece de ser tão retardatário. No que se refere aos direitos sociais, observa-se que a CF/88 foi bem além das atuais possibilidades socioeconômicas da sociedade brasileira, no que andou bem. Afinal, o catálogo de direitos de uma constituição deve conter um projeto capaz de absorver as possíveis e exigíveis

conquistas do tempo¹⁵⁹ na cronologia própria dos avanços sociais de cada povo; contudo, o que não se permite é extrair da mera normatividade uma dimensão material insustentável no plano da ação pública. Isto é, não é possível defender a concretização dos direitos sociais a ferro e fogo, em detrimento do planejamento administrativo e das opções políticas do gestor, ainda que, para tanto, o fundamento da intervenção judicial decorra dos *déficits* estruturais da sociedade brasileira. Com efeito, a superação desses *déficits* não se encontra propriamente no juízo de disponibilidade política dos gestores públicos, especialmente numa ambiência de escassez de recursos, aliás, denunciadores da crise fiscal do Estado, que exige a observância de uma atuação administrativa e inclui as prestações públicas a partir da sustentabilidade financeira do Poder Público. Dito de outro modo e de forma bem sintética: “[...] a *política deliberativa* sobre as *políticas* da República pertence à política e não à justiça”¹⁶⁰.

Ora, não há como negar que o avultado crescimento dos gastos públicos com programas sociais exigiu uma reconfiguração do campo de atuação da política de bem-estar social, principalmente em função do grau de endividamento do Estado, gerando, assim, uma inevitável tensão entre o governo e os grupos de interesses, que, justificada ou injustificadamente, se organizam na defesa de determinadas políticas públicas¹⁶¹ não raras vezes incompatíveis com o fluxo econômico da sociedade e, por conseguinte, com a atividade financeira do Estado. Daí, sem maior exigência reflexiva, a difícil tarefa de contenção dos gastos públicos, porquanto os projetos políticos colidem com os prognósticos de uma gestão pública responsável – a atual crise político-fiscal brasileira constitui disso exemplo formidável.

Por último, é bem possível que as nossas considerações, com seus vislumbres hiperbólicos, tenham levado a grafar exageros

¹⁵⁹ No que representa bem a ideia de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, aliás, expressamente prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88.

¹⁶⁰ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 946.

¹⁶¹ Paul PIERSON. “The New Politics of the Welfare State”. 355.

sobre a atuação judicial no Brasil¹⁶². “Nem sei explicar estas coisas. Um sentir é o do sentente, mas outro é o do sentidor.”¹⁶³. E nessas veredas de impossíveis consensos, encerram-se sempre os (in) felizes prognósticos para além da estrita normatividade.

6. Considerações Finais

Considerando a exposição apresentada, em particular a detida preocupação da atuação política na definição das políticas públicas, resumiam-se estes pontos:

(a) a sustentabilidade representa um claro conceito da hipermodernidade, porquanto corporifica a ideia matriz de todos os eventos sociais em função do difícil prognóstico, no presente e no futuro, da convivência comunitária numa sociedade de risco;

(b) a sustentabilidade política, como peça chave na solução dos grandes dilemas sociais, deve coordenar a conjunção de esforços individuais, coletivos e institucionais, numa dinâmica intrageracional e intergeracional, no largo propósito dos imperativos da socialidade, da solidariedade e da igualdade numa convivência comunitária;

(c) a atuação judicial, com o forte impulso da constitucionalização do Direito, a despeito de sua inegável importância quando centrada na perspectiva normativa e no fundado propósito de concretizar os direitos fundamentais, não pode interferir no universo da gestão das políticas públicas e da *política pura*, porquanto se trata de terreno que deve ser percorrido pelos mandatários do povo;

(d) a sustentabilidade política exige a compreensão de que os segmentos sociais, além de tentadores, são politicamente organizados e, por isso, são atrativos por gerarem pomposos dividendos políticos. Porém, em função da unilateralidade dos seus propósitos, a materialização de suas pretensões tende a romper com qualquer ação política de longo prazo, não consubstanciando, portanto, uma atuação política sustentável na qual se reproduz a lógica de uma justiça intergeracional; e

¹⁶² Que as luzes da reflexão, cedo ou tarde, terão que tolhê-los.

¹⁶³ João Guimarães ROSA. *Grande Sertão: Veredas*. 328.

(e) invariavelmente, os grandiosos objetivos constitucionais exigem um necessário processo de análise normativa em função dos condicionantes socioeconômicos da atuação política. Por isso se revela açodada qualquer atuação judicial que, desprezando essa premissa, tenta romper a temporalidade própria das conquistas sociais por meio de uma atuação estritamente normativa, ainda que respaldada da auspiciosa razão da concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, o conflito gerado pela intervenção indevida é maior do que o benefício alcançado pela atuação sistemática da gestão pública.

Bibliografia Citada

- ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”. *Revista de Direito Administrativo*. 265 (jan./abr. 2014) 13-23. Trad. Diego Werneck Arguelhes, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. “O ‘Direito ao Mínimo de Existência Condigna’ como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional”. *Jurisprudência Constitucional*. 1 (jan./mar. 2004) 4-29.
- *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. *Interesse Público*. 7/33 (set./out. 2005) 13-54.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.^a ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil”. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. 61 (2004) 5-24.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court as the Bar of Politics*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BOBBIO, Norberto. “A política”. In José FERNÁNDEZ SANTILLÁN, org. *Norberto Bobbio: o filósofo da política*. Pref. Norberto Bobbio; apres. José Fernández Santillán; trad. César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. 139-158.

- *O Futuro da Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11.^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BOURDIEU, Pierre. “Les trois états du capital culturel”. *Actes de la recherche en sciences sociales*. 30 novembre (1979) 3-6.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. “Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 41 (jan./mar. 2003) 152-178.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Brückner y José Luis de Castro. Cándido Paz-Ares. Madrid: Civitas, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed.; 6.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.
- “Rever a Constituição Dirigente ou Romper com a Constituição? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. In IDEM. “*Brançosos*” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008. 101-129.
- “Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. *Boletim da Faculdade de Direito*. 88/1 (2012) 1-11.
- CHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de Poderes Hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.
- DENHARDT, Janet V.; DENHARDT, Robert B. *The new public service: serving, not steering*. New York: M. E. Sharpe, 2007.
- DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória Incerta: a Índia e suas contradições*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes, Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- DUSSEL, Enrique. “De la Fraternidad a la Solidariedad”. *Brocar – Cuadernos de Investigación Histórica*. 27 (2003) 193-222.
- DWORKIN, Ronald. “Hard Cases”. *Harvard Law Review*. 88/6 (April 1975) 1057-1109.
- *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- ELSTER, Jon. *Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- “A Possibilidade da Política Racional”. *Revista Brasileira de Ciências So-*

ciãis. 14/39 (1999) 13-40.

- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FEYERABEND, Paul. *A ciência em uma sociedade livre*. Trad. Vera Lucia Mello Josceline. São Paulo: Unesp, 2011.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey. “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”. In Sujit CHOUDHRY, ed. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 115-141.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadés; trad. e índices de Héctor Fix-Fierro. 1.^a ed. ; reimpr. México-DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Truth and justification*. Transl. Barbara Fultner. Massachusetts: MIT Press, 2003.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmera. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. *Revista de Direito Administrativo*. 251 (2009) 139-178. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano.
- *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- INNERARITY, Carmen; INNERARITY, Daniel. “La Transformación de la Política para Gobernar una Sociedad Compleja”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. 106 (Octubre-Diciembre 1999) 231-255.
- INNERARITY, Daniel. “La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad”. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*. 100 (diciembre 2012) 11-23.
- “Políticas de la Naturaleza en la Sociedad del Conocimiento”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. 122 (Octubre-Diciembre 2003) 317-329.
- “Razón Política y Razón Práctica”. *Persona y Derecho*. 10 (1983) 153-176.

- *The Future and its Enemies. In Defense of Political Hope*. Transl. Sandra Kingery. Stanford: Stanford University Press, 2012.
- JUDT, Tony. *Um tratado sobre os nossos atuais descontentamentos*. Trad. Marcos Felix. Lisboa: Edições 70, 2012.
- LAPORTA, Francisco J. *El Imperio de la Ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government Paternalism. Nanny State or Helpful Friend?*. Princeton: Princeton University Press, 2015.
- LE GRAND, Julian. *The Other Invisible Hand. Delivering Public Services through Choice and Competition*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- LEGRAND, Pierre. “The impossibility of ‘Legal Transplants’”. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*. 4 (1997) 111-124.
- LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto; ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. “Constituição e Idealismo – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política”. *Revista Controle*. 9/1 (jan./jun. 2011) 11-35.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.
- LOUGHLIN, Martin. “What is Constitutionalisation?”. In Petra DOBNER; Martin LOUGHLIN. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. 47-69.
- LOUREIRO, João Carlos. *Adeus Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos “Direitos Adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- “A ‘porta da memória’: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma ‘dogmática da escassez’”. In António Rafael AMARO; João Paulo Avelãs NUNES, org. “Estado-Providência”, *capitalismo e democracia. Estudos do Século XX*. vol. 13. Coimbra: 2013. 109-126.
- *Direito da Segurança Social: entre a necessidade e o risco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- LYOTARD, François. *O Pós-Moderno*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 3.ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 1.ª ed.; 2.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MILLER, David. “Multiculturalism and the Welfare State: Theoretical reflections”. In Keith BANTING; Will KYMLICKA. *Multiculturalism and the Welfare State. Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 323-338.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5.^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.
- MUDACUMURA, Gedeon. “Toward a General Theory of Sustainability”. In IDEM; Desta MEBRATU; M. Shamsul HAQUE. *Sustainable Development Policy and Administration*. Boca Raton: CRC, 2006. 135-166.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NABAIS, José Casalta. “A crise do estado fiscal”. In Suzana Tavares da SILVA; Maria de Fátima RIBEIRO. *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014. 19-59.
- “Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania”. *Boletim da Faculdade de Direito*. 75 (1999) 145-174.
- *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. 1.^a ed.; 3.^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2012.
- NETO, Agostinho Ramalho Marques. *A Ciência do Direito. Conceito, Objetivo e Método*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Respostas aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Discursos Políticos*. Nota preliminar. Paulino Garagorri. Madrid: Alianza, 1974.
- PACINI, Dante. *Política e Direito (Filosofia e Ciência). Analítica de uma nova Filosofia da Política e do Direito na Sociedade Tecnológica e Industrial do Futuro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- PIERSON, Paul. “The New Politics of the Welfare State”. In Francis G. CASTLES; Christopher PIERSON, ed. *The Welfare State Reader*. 2nd ed. Cambridge: Polity Press, 2006. 348-357.
- PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- POPPER, Karl. *O Mito do Contexto*. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.
- RESCHER, Nicholas. *Epistemology: an introduction to the Theory of Knowledge*.

- Albany: State University of New York, 2003.
- RESICO, Marcelo F. *Introducción a la Economía Social de Mercado*. Edición Latinoamericana. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- ROSSI, Emanuele. “La Sostenibilità del Welfare al Tempo della Crisi. Una Proposta”. *Diritto e Società*. Serie III, 1 (2014) 1-18.
- SALAS, Minor E. “Vade Retro, Fortuna: o de la expulsión de ‘Satanás – el Azar – del mundo de las Ciencias Sociales (con especial énfasis en la ‘ciencia’ jurídica)”. *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 27 (2004) 377-391.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHAUER, Frederick. “Transparency in three dimensions”. *University of Illinois Law Review*. 4 (2011) 1339-1358.
- SCHMITT, Carl. “La Tiranía de los Valores”. *Revista de Estudios Políticos*. 115 (enero/febrero 1961) 65-82. Trad. Anima Schmitt de Otero.
- SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo, org. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Introd. Leonardo Martins; trad. Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Viviane Galdes Ferreira. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Trad. Dinis Pires; reimpr. Lisboa: Bertrand, 2014.
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. 1.^a ed.; 1.^a reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Trad. Fernando Santos. São

- Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SILVA, Suzana Tavares da. “Considerações introdutórias”. In In Suzana Tavares da SILVA; Maria de Fátima RIBEIRO. *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, 2014.
- *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.
- TOLSTÓI, Leon Nikolaevich. *Ana Karênina*. Vol. I. Trad. Manuel Siqueira Paranhos. São Paulo: Nova Cultural, 1995.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy. Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Pref. Manoel T. Berlinck; trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18.^a ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

TRIBUTAÇÃO E REDUÇÃO DA DESIGUALDADE

AINDA UM CAMINHO POSSÍVEL?

Raquel Gonçalves Mota

Resumo: O aumento da produção de rendimentos e riqueza no mundo nas últimas décadas não tem gerado uma maior igualdade entre todas as pessoas. A “elite do 1%” detém a maior parcela dos recursos produzidos em nível global, enquanto a restante população é afetada pelo “fosso” de desigualdade que se acentua cada vez mais. A questão tem sido objeto de diversas análises, sob diversos prismas. Considerando-se o enfoque da tributação, faz-se necessário investigar em que medida a atual configuração dos sistemas fiscais nacionais tem contribuído para essa grave situação, e se a via fiscal ainda é um caminho viável para a construção de uma sociedade mais igual.

Palavras-chave: acumulação; crise, desigualdade; estado social; globalização; progressividade; sustentabilidade; tributação.

Abstract: The increased production of income and wealth in the world in recent decades has not generated greater equality between all people. The “1% elite” holds the largest share of resources produced at the global level while the rest of the population is affected by the “gap” of inequality that increases more and more. The issue has been the subject of several analyzes under different angles. From the angle of taxation, it is necessary to investigate to what extent the current configuration of national tax systems has contributed to this serious situation, and whether the tax route is still a viable way to build a more equal society.

Keywords: crisis; inequality; welfare state; sustainability; taxation.

1. Introdução

Nos últimos anos, a discussão acerca da **desigualdade** tem tomado uma nova força. Não se trata de um problema recente, mas o aumento da produção de rendimentos e de riqueza no mundo a partir da década de 1970 não se tem traduzido em uma maior **igualdade** entre todos os seus cidadãos. Essa situação paradoxal é preocupante, sendo objeto de análise por diversos prismas¹.

O enfoque que ora propomos é o da **tributação**. Entender a relação entre a atual configuração dos **sistemas fiscais** e a crescente desigualdade parece-nos essencial à busca de novas soluções para as dificuldades que a **redistribuição pela via fiscal** tem enfrentado. Nesse contexto, há que perquirir qual o papel de uma **boa governança fiscal** na construção de uma sociedade mais igual.

De acordo com François Bourguigno², a **desigualdade entre as pessoas** consubstancia-se na diferença de **rendas**, de **patrimônio**, de **despesas de consumo** ou, de forma mais genérica, de **bem-estar econômico**. A oposição entre a parcela de 1% da população detentora da maior parte dos rendimentos e da riqueza globais e os restantes 99% bem ilustra a grave situação em que nos encontramos.

Segundo recente estudo da organização **Oxfam Internacional**³, se a tendência de acumulação continuar no ritmo dos últimos

¹ Destaca CATTANI (2014: 25-26) que as desigualdades são claramente expostas nos estudos de organismos internacionais. Informes elaborados e divulgados a partir do ano 2000 por instituições como a Organização Mundial da Saúde, o Fundo das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação, a Organização Mundial do Trabalho, a OCDE, o FMI e o Banco Mundial apresentam dados estarrecedores referentes à fome no mundo, à degradação da qualidade de vida e ao crescimento quantitativo e relativo da pobreza.

² BOURGUIGNON (2012: 11-12).

³ A **Oxfam International** é uma confederação internacional de 17 organizações que trabalham junto a organizações sociais e comunidades locais em mais de 90 países.

dois anos, em 2016 a “elite do 1%” possuirá mais rendimentos e riqueza que aqueles possuídos pelos outros 99%.⁴

A possibilidade (ou a realidade) de uma desigualdade tão alarmante faz-nos lembrar a ideia de “participação de todos nas vantagens do progresso”⁵. Em 1969, Rogério Ehrhardt Soares já destacava que a sociedade tem um sentimento jurídico que se traduz numa pretensão ao **bem-estar**. O homem médio não espera que o Estado o socorra apenas numa ocasião de infortúnio ou resgate os seus erros ou os das gerações passadas. Esse homem entende que pode exigir do ente público a garantia de um certo padrão de vida, seja a título de prestações concretas dos poderes públicos, através de providências legislativas que constringam outros particulares mais favorecidos, quer ainda pela extração em via judicial das últimas consequências das afirmações constitucionais de direitos fundamentais de carácter positivo⁶.

A percepção do “homem médio” dos nossos dias é a mesma. O papel do **Estado**, de forma mais específica o do **Estado Fiscal Social**, não pode ser desconsiderado, e menos ainda em tempos de crise. A análise da atual configuração dos **sistemas fiscais nacionais** é essencial quando se pretende entender o modo como chegamos a uma sociedade tão desigual.

Iniciaremos nosso percurso com algumas considerações acerca dos desafios ao Estado Social e o papel da tributação em seu “sustento”. Em seguida, trataremos das mudanças impostas pela globalização aos sistemas fiscais nacionais. Não podemos desconsiderar, ainda, os impactos da crise financeira global de 2008 e o conseqüente resgate da ideia de sustentabilidade fiscal. Por fim, analisaremos se a tributação ainda é um caminho possível para a redução da desigualdade.

2. A tributação e os desafios ao Estado Social

O **Estado Social**⁷ tem encontrado dificuldades para arcar com as despesas decorrentes de suas funções cada vez mais

⁴ HARDOON (2015: 2).

⁵ SOARES (2008: 88).

⁶ SOARES (2008: 88-89).

⁷ De acordo com NOVAIS (2006: 188), o sentido de **Estado Social** surge como o conceito mais apto para exprimir, em toda sua extensão,

abrangentes e exigentes. Questiona-se, então, se o modelo está esgotado, ou até em vias de desaparecimento⁸. Não nos parece que esteja em causa a sua **existência**, mas sim a **redefinição de seu papel** e de suas **funções**⁹.

Os motivos¹⁰ que têm sido apontados para a **crise**¹¹ do **Estado Social** são muitos, desde a globalização, a questão demográfica, o envelhecimento da população, o desequilíbrio da relação entre os subsistemas econômico, social e familiar¹², passando pela dificuldade de financiamento e por equívocos na sua própria concepção¹³.

Considerada como um dos fatores de declínio do atual modelo estatal, a questão da incapacidade financeira do **Estado Fiscal** para sustentar o **Estado Social** não tem natureza ideológica. Trata-se, na verdade, da verificação da impossibilidade efetiva de se manter o atual “estado da arte” em matéria de socialidade¹⁴.

Uma breve análise histórica da posição dos impostos no **Estado Liberal** e no **Estado Social** ajuda-nos a compreender

a natureza específica do novo tipo de relações entre Estado, cidadãos e sociedade, no século XX.

⁸ Ver SANTOS (2013).

⁹ Destaca SILVA (2011: 73) que: “[...] neste momento o mais preocupante é a **forma como vamos percorrer o caminho** e os **instrumentos** que irão ser utilizados para o trilhar, porquanto caminhemos para frente, será inevitável que no quotidiano se assista a um retrocesso social, ou a um retrocesso do **bem-estar**”.

¹⁰ Como observa LOUREIRO (2010: 51), podem ser apontadas como algumas das coisas novas que desafiam o Estado Social: a globalização, a “sociedade de risco” e as questões demográfica, econômico-financeira, da pluriformidade, do conhecimento e familiar.

¹¹ NABAIS; SILVA (2010: 80-81) ressaltam que a crise, embora seja mais patente na forma do Estado Social, não deixa, em alguma medida, de afetar o Estado **tout court**.

¹² Segundo PEREIRINHA (1997: 135), as dimensões da crise do Estado-Providência e suas causas traduzem-se, essencialmente, na crescente dificuldade de reestabelecer os subsistemas econômico, social e familiar que caracterizou os 30 gloriosos anos do pós-guerra, ou seja, a ruptura do equilíbrio conseguido entre o econômico, o social e o informal.

¹³ “Para uns falhou o Estado Social, não em si, mas uma determinada concepção de Estado Social assente na ideia de que o Estado teria como missão ou tarefa constitucional a eliminação das “desigualdades sociais”, sabendo-se hoje que esta não pode ser uma “tarefa estadual constitucional”. SILVA (2014: 189).

¹⁴ SILVA (2014: 180).

as dificuldades enfrentadas pelos sistemas fiscais nacionais em tempos de **globalização econômica** e como essas dificuldades se têm refletido na expressiva acumulação dos rendimentos globais nas mãos de uma parcela tão pequena da população - a “elite do 1%”.

A ampla liberdade de ação característica do Estado Liberal¹⁵ não obstava a que o **imposto** se constituísse como a receita típica do liberalismo. A redução do patrimônio estatal, o aumento de importância da riqueza mobiliária no conjunto do rendimento nacional e a generalização do imposto como dever de cidadania podem ser apontados como fatores da relevância então assumida pelos tributos¹⁶.

Tratava-se de uma receita típica, porém, restrita ao mínimo necessário. Pretendendo-se um **estado mínimo**, o Estado Liberal assentava em uma tributação limitada, necessária à satisfação das despesas¹⁷ estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa, a qual deveria ser tão pequena quanto possível¹⁸.

A exigência de neutralidade total¹⁹, ou seja, em relação à repartição do rendimento ou do patrimônio, impunha ao imposto as seguintes características: ser **mínimo, geral, proporcional e exclusivamente fiscal**. Apenas os impostos com essa configuração respeitariam a ordem (racional e justa) e seriam considerados legítimos²⁰.

¹⁵ SANTOS (2013: 42) ressalta que o Estado Liberal também era um Estado intervencionista na economia e na sociedade. Intervinha de muitos modos, especialmente através do protecionismo aduaneiro, do condicionamento na constituição de sociedades anônimas, do controle dos trabalhadores e de suas organizações.

¹⁶ CATARINO (2009: 185).

¹⁷ Como lembra XAVIER (2006: 76), as despesas deveriam ser mínimas, pois o Estado deveria interferir o menos possível na vida econômica e social. O equilíbrio econômico provinha da ordem econômica em si mesma.

¹⁸ NABAIS (2009: 194).

¹⁹ Observa CATARINO (2009: 213) que essa neutralidade do Estado e, em sentido mediato, do imposto, não era totalmente conseguida, devido aos efeitos que os modelos de imposto geravam ao nível de atividade econômica.

²⁰ NABAIS (2009: 227-228).

As mudanças na sociedade ocorridas no início do século passado levaram a uma transformação também do Estado²¹ e, por via de consequência, da configuração do imposto na nova estrutura estatal²². As despesas cresciam em função das novas atribuições assumidas pelo poder público, consistindo na prestação de bens e serviços necessários ao bem-estar de todos.

O aumento do nível de fiscalidade²³ mostrou-se inevitável. O sistema fiscal foi chamado a auxiliar na realização do novo modelo, sendo colocado ao serviço da intervenção econômica e social, contribuindo para moldar a própria comunidade²⁴. Lembre-se que o Estado Social é também um **Estado Fiscal**²⁵, pois tem como sua principal fonte de financiamento os impostos e outras espécies de tributo. Além de fonte de sustento das prestações sociais, o sistema fiscal serve de instrumento de conformação da economia e da sociedade, através das suas funções extrafiscais.

A capacidade de realização dos direitos sociais depende fortemente da capacidade de aceitação de obrigações mútuas²⁶

²¹ Segundo ARIÑO-ORTIZ (2001: 88), as origens do Estado Social remontam à profunda transformação que ocorreu na sociedade e no Estado a partir, aproximadamente, da Primeira Guerra Mundial. SANTOS (2013: 40) distingue três períodos de evolução do Estado Social: o primeiro desde os anos 80 do século XIX até ao início da Primeira Guerra Mundial; um segundo período que abrange as duas guerras; e o terceiro que se estende de 1945 a meados da década de 1970, quando se tornou corrente falar da crise do Estado Social.

²² Quanto às tipologias do Estado-Providência, v. LOUREIRO (2010); e Carreira da SILVA (2013).

²³ O século XX aumentou de forma considerável o peso da fiscalidade, mas o fez ao ritmo do discurso da redistribuição e da justiça. DANIEL (2012: 70).

²⁴ NABAIS (2010: 124).

²⁵ Recorde-se que não se deve identificar o Estado Fiscal com o Estado Liberal. O Estado Fiscal conheceu duas modalidades ou dois tipos ao longo da sua evolução: o Estado Fiscal Liberal, caracterizado pela neutralidade econômica e social, e o Estado Fiscal Social, economicamente interventor e socialmente conformador. NABAIS (2005: 28).

²⁶ Quanto às obrigações mútuas, entende CONTIPELLI (2010: 196-199) que na perspectiva do modelo do Estado Democrático de Direito, o poder público ocupa a posição de titular do direito de exigir o cumprimento do dever de colaboração de pagar tributos pelos membros da comunidade e, concomitantemente, possui o dever correlato de redistribuir adequadamente estas riquezas arrecadadas em consonância com os objeti-

pela sociedade. Tais direitos pressupõem um quadro socioeconômico e de solidariedade que suporte a sua realização individual. Ademais, exigem um quadro institucional que garanta o acesso individual aos bens e serviços que garantam a sua realização²⁷.

Mesmo reconhecendo o papel essencial da economia de mercado, o Estado Social assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica²⁸.

Como alerta José Pereirinha, as bases em que assentam os direitos sociais não são mais aquelas em que assentou a construção do Estado Providência²⁹. É necessário, desta forma, redefinir a **natureza** e o âmbito dos direitos sociais, ou mesmo a inevitabilidade da **emergência de novos direitos**.

Os **custos públicos** que todos os direitos possuem³⁰ devem ser considerados. Os direitos de qualquer natureza não são dádivas divinas, nem frutos da natureza. Não são autorrealizáveis, nem podem ser protegidos por um Estado falido ou incapacitado. No caso dos direitos sociais, os custos³¹ concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que se amplia na exata medida dessas despesas. Essa individualização torna tais custos mais visíveis, tanto do ponto de vista de quem os suporta (Estado e contribuintes), como do ponto de vista de quem deles se beneficia (titulares dos direitos sociais)³².

Segundo J. J. Gomes Canotilho, uma das condições para o Estado Social desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade são **provisões financeiras necessárias e suficientes**

vos constitucionais orientados pela solidariedade social.

²⁷ PEREIRINHA (1997: 133).

²⁸ LOUREIRO (2010: 73).

²⁹ PEREIRINHA (1997: 133).

³⁰ Na lição de HOLMES; SUNSTEIN (2000: 48), “[...] the financing of basic rights through tax revenues help us see clearly that rights are public goods: taxpayer-funded and government-managed social services designed to improve collective and individual well-being. All rights are positive rights”.

³¹ Os modernos Estados-nação afetam quase metade das suas consideráveis receitas fiscais às chamadas despesas sociais, ou seja, aos sistemas de seguridade social, saúde e educação. SILVA (2013: 18)

³² NABAIS (2005: 21-22).

por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coação tributária³³.

A **crise do Estado Social** pode não ser exclusivamente uma crise de seu financiamento³⁴, mas é sobretudo resultado da sua incapacidade financeira³⁵. Quando não há recursos suficientes para assegurar direitos sociais consolidados e alargados³⁶ em um período de abundância, como tem sido vivenciado no período de crise econômico-financeira global, fica patente a insustentabilidade do modelo atual.

A síntese feita por João Nuno Calvão da Silva parece-nos precisa³⁷. A necessidade de refletir sobre a dimensão do papel social e econômico do Estado tem como fundamento, sobretudo, razões concretas de índole econômica e não tanto fatores de ordem ideológica, ligados à crença no mercado como melhor via de promoção do bem-estar da comunidade. São as dificuldades orçamentais que impõem aos governos a redução da amplitude da intervenção da Administração Pública e a readequação do caráter perpétuo de todas as conquistas sociais³⁸.

Tem-se, assim, que o conceito de Estado Social é um conceito intimamente associado à economia e às finanças públicas³⁹. Apenas através do desenvolvimento econômico das nações é possível o sustento de prestações sociais financiado (total ou parcialmente) pelo Estado a partir de impostos⁴⁰.

³³ CANOTILHO (2007: 81).

³⁴ Ressalte-se a posição de SANTOS (2013: 58): “Embora contestemos a tese conservadora de que a questão do Estado Social é essencialmente a questão do seu financiamento, tese sempre avançada pelos seus detratores que pretendem ver nele um ‘luxo acima das nossas possibilidades’”.

³⁵ De acordo com LOUREIRO (2010: 56), em alguns setores, como por exemplo na saúde, o aumento significativo das despesas, num contexto de crise financeira do Estado, obriga a repensar seriamente não apenas a racionalização, mas o racionamento.

³⁶ Como observa MARTINS (2013), a lógica política da expansão continuada do Estado Social esqueceu que tal expansão esbarra em limites de pressão fiscal e de endividamento público.

³⁷ SILVA (2008: 39).

³⁸ SILVA (2008: 39).

³⁹ SANTOS (2013: 41) contrapõe-se a essa perspectiva, por achá-la extramente redutora.

⁴⁰ SILVA (2014: 187-188).

Os sistemas fiscais nacionais, no entanto, têm sofrido consideráveis abalos em decorrência de fatores internos e externos. Tais sistemas foram pensados com base em uma **economia nacional**, em um Estado com finanças simples. A transição para uma **economia mundial**⁴¹ e Estados com finanças cada vez mais complexas impõem a sua **reconstrução**, ou pelo menos a sua **revisão**.

A **crise do Estado Fiscal** não é um tema novo. No início do século XX, Joseph Schumpeter já fizera referência ao fato de que os Estados Fiscais entraram em colapso muitas vezes, sendo frequentemente esperada a sua queda⁴². Segundo o autor, porém, essas quedas nunca levaram ninguém ao desespero.

Para o economista austríaco, a crise do Estado Fiscal não era logicamente inerente a esta forma estatal, mas teria decorrido de fatores externos, ou seja, não teria havido uma falência do Estado que pudesse ser considerada inexorável. Isso não significava, todavia, que não existissem limites ao financiamento por meio de impostos. Tais limites seriam inerentes ao nível de desenvolvimento do país, à sua estrutura social e à natureza das riquezas existentes que condicionavam a sua viabilidade⁴³.

O contínuo crescimento da carga fiscal em decorrência do desenvolvimento e consolidação do Estado Social nos anos sessenta e setenta do século passado levou à reivindicação de limites a esse aumento nas décadas seguintes nos países mais desenvolvidos. Buscou-se, então, uma solução no **plano jurídico**, que resultou na tentativa de introdução de alguns limites à tributação nos textos constitucionais. No **plano político**, defendeu-se uma solução política, a qual foi traduzida na apresentação de programas de candidatos ao governo, propugnando uma redução ou limitação dos impostos⁴⁴.

⁴¹ De acordo com CASSESE (2010; 47), se o Estado continua a ter papel importante, perdeu, todavia, a soberania econômica, porque se antes era detentor de poder absoluto, agora é detentor de poder relativo, e os limites do Estado e da economia não são mais os mesmos.

⁴² SCHUMPETER (2000: 174).

⁴³ SANTOS (2013: 47)

⁴⁴ NABAIS (2011: 30). Por esse caminho seguiram em suas eleições Ronald Reagan nos Estados Unidos da América e Margaret Thatcher no Reino Unido.

Após o **Consenso de Washington**⁴⁵ tem-se uma generalização do modelo denominado “neoliberal”. As políticas neoliberais inspiradas no fundamentalismo de mercado e numa ressurreição do **laissez-faire** do século XIX baseavam-se em um modelo simplista da economia de mercado, o modelo do equilíbrio concorrencial, no qual a “mão invisível” funcionaria na perfeição. Não foi isso, no entanto, o que se observou. Quando a informação é imperfeita e os mercados incompletos, a “mão invisível” funciona mal⁴⁶.

Como destacam José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, o problema do aumento contínuo da carga fiscal, reclamado principalmente por uma certa concretização prática do Estado Social, cujo traço mais visível era o da sua crescente ineficiência, teve uma resposta de significativo êxito no final do século XX⁴⁷. Mas esse tipo de resposta deixou de ser eficaz aquando dos novos desafios trazidos pelo século XXI.

Até finais do século XX, o **problema fiscal** centrava-se na questão do excessivo peso dos impostos, na definição do limite superior da tributação. Hodiernamente, essa questão não é a fundamental, pois soma-se a ela outra mais preocupante: a da **eventual insuficiência das receitas fiscais para o Estado poder desempenhar suas funções**, seja as funções do Estado em geral, seja principalmente as funções mais exigentes do Estado Social⁴⁸.

Segundo Maria Odete Oliveira, os sistemas fiscais tradicionais – em muitos casos – não comportam em si suficiente flexibilidade para se adaptarem de forma a dar respostas às novas exigências, porquanto foram concebidos para lidar com realidades muito distintas com as quais se defrontam⁴⁹.

⁴⁵ No que tange à questão da desigualdade, ressalta STIGLITZ (2004: 122) que as políticas do Consenso de Washington prestaram pouca atenção às questões da distribuição ou da “justiça”. Muitos dos proponentes de tais políticas argumentariam que a melhor maneira de ajudar os pobres é fazer crescer a economia. Através da economia “de conta-gotas”, a seu tempo, os benefícios desse crescimento chegariam aos pobres.

⁴⁶ STIGLITZ (2004: 117-118).

⁴⁷ NABAIS; SILVA (2010: 83).

⁴⁸ NABAIS; SILVA (2010: 87).

⁴⁹ OLIVEIRA (2008: 111-112).

O **modelo de sistema fiscal** construído sob o modelo OCDE⁵⁰ pressupõe um sistema econômico fechado, no qual o rendimento mundial é idêntico à soma dos rendimentos nacionais, com a vantagem de que o alargamento dos mercados traria maior produtividade e riqueza. Tais pressupostos, porém, acabaram por não se verificar⁵¹.

A “economia das desigualdades”⁵² é um dos problemas mais marcantes da atualidade e demonstra que a atuação do Estado como **agente redistribuidor de riqueza e rendimentos** não tem funcionado a contento. Resta-nos investigar que parte desse problema cabe à configuração dos sistemas fiscais em tempos de globalização.

A evolução da concepção de **justiça fiscal** nos dá algumas “pistas”. Os sistemas fiscais típicos do liberalismo assentavam em uma ideia de justiça meramente formal, pois se entendia que para que o sistema fosse justo impunha-se somente que fosse assegurada a **igualdade formal** a cada contribuinte, sendo a tributação mantida a um nível moderado. Não havia, assim, a percepção de que o imposto deveria ter um papel redistribuidor da riqueza⁵³.

Nesse contexto, observa José Luís Saldanha Sanches, a distribuição de rendimentos entre os cidadãos era uma consequência da normal atuação do mercado, sem que o Estado pudesse ou devesse interferir nas suas decisões soberanas⁵⁴. A justiça fiscal era, desta forma, “um conceito com significado unívoco e uma questão ainda de pouca importância, dado o limitado peso da carga fiscal”⁵⁵.

Com a evolução do modelo de Estado e o afastamento da neutralidade, o imposto passa a ser utilizado como instrumento de **redistribuição da riqueza**. É a partir dessa fase que a **justiça**

⁵⁰ Impostos sobre o rendimento pessoal e empresarial, sobre transações, sobre o consumo de alguns produtos especiais e as contribuições para a segurança social. SILVA (2014: 193).

⁵¹ SILVA (2014: 193).

⁵² Questão que tem sido objeto de diversas análises nos últimos anos. Sobre o assunto, ver: BOURGUIGNON (2012); DORLING (2013); DORLING (2014); PIKETTY (2014); STIGLITZ (2014); SKIDELSKY – SKIDELSKY (2013).

⁵³ CATARINO (2009: 185).

⁵⁴ SANCHES (2010: 14).

⁵⁵ SANCHES (2010: 14).

fiscal passa a considerar também as grandes decisões sobre a despesa pública. O modo como o Estado vai gastar os recursos que obtém se torna o outro lado da questão da justiça fiscal. A **justiça na tributação** e a **justiça na distribuição** assumem a mesma importância⁵⁶.

Quando as despesas públicas se tornaram excessivas, passou a ser questionada a própria **sustentabilidade** do Estado Social. A crise desse modelo, salienta António Carlos dos Santos⁵⁷, não está pondo em causa apenas o Estado Providência, mas igualmente a existência de direitos laborais e direitos sociais e das próprias políticas públicas do Estado, em particular as redistributivas e as relativas ao desenvolvimento, e o princípio da progressividade do imposto sobre o rendimento.

A redistribuição pela **via da despesa**, acrescenta o autor português, continua a ser um objetivo político, jurídico e ético a ser atingido em uma sociedade decente, o qual “faz parte do contrato social assente numa maior igualdade dos cidadãos no acesso a bens públicos e na diminuição das desigualdades sociais existentes [...]”⁵⁸.

Um dos principais problemas da **via fiscal**, ressalta Suzana Tavares da Silva, é o fato de essa não conseguir deixar de repousar sobre a **base econômica**⁵⁹. E quando a própria base econômica é geradora de desigualdades, a tentativa de correção por uma **via fiscal tradicional** apenas consegue agravá-las.

A concentração da riqueza mundial em uma pequena fatia da população é questão que antecede a crise econômica-financeira global de 2008. O exemplo dado por Joseph Stiglitz confirma essa afirmação: em 2007, o ano **anterior** à crise, os 0,1% do topo das famílias norte-americanas apresentavam rendimentos 220 vezes superiores à média dos 90% da base⁶⁰.

A crise agravou as desigualdades já existentes de várias maneiras, com o aumento da taxa de desemprego, do número de casas perdidas e dos casos de salários estagnados. Tais efeitos

⁵⁶ SANCHES (2010: 15).

⁵⁷ SANTOS (2013: 43).

⁵⁸ SANTOS (2013: 61).

⁵⁹ SILVA (2014: 194)

⁶⁰ STIGLITZ (2014: 60)

atingiram fortemente os pobres e a classe média, que detinham a maior parte de suas riquezas no setor imobiliário. Os mais ricos tinham mais a perder no mercado de ações, os quais se recuperaram razoavelmente bem e relativamente rápido. Os ganhos da “recuperação” que se seguiu à crise só favoreceram a parcela mais abastada da população⁶¹.

O atual **modelo de desigualdade** é fruto das políticas da década de 1970, que contribuíram para aumentar a “elasticidade da substituição capital/trabalho” quando escolheram assentar a tributação dos rendimentos empresariais exclusivamente no **lucro**, sem observar as unidades de trabalho utilizadas⁶².

Thomas Piketty destaca que o considerável aumento das tributações sobre o trabalho e a diminuição dos impostos sobre o capital contribuíram para o desemprego na Europa a partir da década de 1970⁶³. O custo do trabalho foi, então, aumentado, favorecendo a utilização de mais capital e menos trabalho pelas empresas, ou pelo menos não as incentivando suficientemente a utilizar mais trabalho e comprometendo o desenvolvimento de setores intensivos de trabalho.

O economista francês observa que a **tributação dos rendimentos do capital** coloca problemas consideráveis num mundo onde a poupança e o investimento são internacionalmente móveis e onde os Estados escolhem o nível de redistribuição independentemente uns dos outros, tentando atrair o máximo de investimentos. O mecanismo de concorrência fiscal torna a oferta de capital muito elástica para cada Estado visto de forma isolada, ainda que a verdadeira elasticidade da oferta de capital para todos os países considerados seja fraca⁶⁴.

A questão da desigualdade liga-se, assim, à **erosão das bases fiscais** nacionais acarretadas pela globalização. A capacidade dos Estados em arrecadarem tributos e a distribuição da carga fiscal são afetadas. Há uma sobrecarga da tributação do trabalho,

⁶¹ Para exemplificar, nos Estados Unidos da América os 1% do topo ficaram com 93% dos rendimentos adicionais (em relação a 2009) criados no país em 2010. STIGLITZ (2014: 61).

⁶² SILVA (2014: 194).

⁶³ PIKETTY (2014: 46).

⁶⁴ PIKETTY (2014: 49).

enquanto a volatilidade do capital cria obstáculos à sua tributação. É por essa questão que daremos continuidade à análise.

3. Efeitos da globalização nos sistemas fiscais nacionais

A globalização tem desempenhado um papel significativo no aumento da desigualdade. O crescimento da produção de riqueza no mundo⁶⁵ nas últimas décadas não se refletiu numa efetiva diminuição da diferença de rendimentos entre os **mais ricos** e os **mais pobres**.

Nas palavras contundentes de Tony Judt, a desigualdade é **corrosiva**:

Ela apodrece as sociedades a partir de dentro. A repercussão das diferenças materiais leva algum tempo a mostrar-se: mas a seu tempo aumenta a concorrência pelo estatuto social e bens; as pessoas experimentam uma sensação crescente de superioridade (ou de inferioridade, segundo as suas posses); cristaliza-se o preconceito para com as posições inferiores da escala social; o crime aumenta e as patologias do desfavorecimento social vão-se acentuando cada vez mais. O legado da criação da riqueza não regulada é realmente amargo⁶⁶.

Ressalta François Bourguignon, que **entre países** a globalização permitiu a diminuição da desigualdade, colocando várias centenas de pessoas acima da linha da pobreza. **Dentro dos países**, no entanto, ela contribuiu, direta ou indiretamente, para um aumento da desigualdade⁶⁷. Diretamente, pela diminuição do salário relativo do trabalho pouco qualificado e pelo aumento dos lucros e da remuneração do capital e do trabalho muito qualificado. Indiretamente, através de mudanças estruturais profundas provocadas por uma concorrência cada vez mais aguda entre as nações

⁶⁵ Para FIREBAUGH (2003), a questão desigualdade de renda tem importância porque a pobreza no mundo hoje é um problema de distribuição e não de produção.

⁶⁶ JUDT (2012: 34).

⁶⁷ BOURGUIGNON (2012: 49).

e dentro delas (desindustrialização das economias desenvolvidas, liberalização e desregulamentação econômicas desde o início dos anos 1980). No que respeita ao suporte financeiro dos Estados, os processos de **internacionalização, integração e globalização econômicas** têm posto o Estado Fiscal à prova, gerando situações de desigualdade entre nações – manifesta na concorrência fiscal internacional nociva – e entre os seus próprios cidadãos – patente na desigualdade de distribuição de riqueza e rendimentos.

Segundo Ulrich Beck, o **Estado nacional** baseia seu poder no apego a um lugar concreto, enquanto a **sociedade global** resultante da globalização se ramifica em muitas dimensões – não só econômicas – e se interliga (e ao mesmo tempo relativiza) com aquele, na medida em que existe uma multiplicidade – não vinculada a um lugar – de círculos sociais, redes de comunicações, relações de mercado e modos de vida que transpõem em todas as dimensões as fronteiras territoriais do Estado nacional⁶⁸.

A **soberania fiscal** está ligada ao conceito de controle das atividades econômicas no interior de um território concreto. Esta premissa, todavia, é cada vez mais fictícia. As empresas podem **produzir em um país, pagar impostos em outro e exigir gastos estatais** na forma de infraestruturas em um terceiro país. As pessoas singulares também se tornaram mais móveis. Quando são ricas encontram e exploram subterfúgios ou fissuras nas “redes de arrasto” do Estado nacional. Quando são pobres emigram para onde crêem que vão encontrar um futuro de bem-estar e abundância⁶⁹.

O **poder de tributar**⁷⁰ é essencial à manutenção da estrutura estadual; todavia, não é mais uma questão exclusiva da **política interna**. Em um mundo globalizado, esse poder assume relevo também na **política externa**.

A liberdade de circulação para os capitais, para os bens e até para as pessoas leva a uma verdadeira concorrência entre os

⁶⁸ BECK (2008: 21).

⁶⁹ BECK (2008: 21).

⁷⁰ Uma das manifestações mais claras da soberania dos Estados é a sua capacidade para estabelecer e exigir tributos. É o que convencionalmente se denomina poder tributário. GALÁN SANCHEZ; GARCÍA-HERRERA BLANCO (2010: 461).

Estados, inclusive no domínio da tributação. Como consequência disso, eles têm perdido parte de sua soberania fiscal, não podendo instituir ou manter os impostos que entenderem cobrar, pelo menos **se e na medida** em que pretendam conservar uma economia aberta⁷¹.

A controvérsia acerca dos efeitos positivos e negativos da concorrência fiscal internacional existe há décadas. Em 1956, Charles Tibout ressaltava que a competição entre sistemas fiscais num espaço de liberdade de movimentação dos fatores produtivos leva a resultados eficientes, uma vez que aos diferentes níveis de fiscalidade corresponderiam níveis diversos de fornecimento de bens e serviços públicos⁷².

Para aqueles que são favoráveis a uma estratégia de concorrência fiscal, ela forçaria a disciplina das taxas de tributação, ou seja, seria um elemento de dissuasão relativamente a agravamentos da tributação do capital, aumentaria a influência do público sobre os governos, forçando-os ao combate ao desperdício e à burocracia, a gastar melhor o dinheiro dos contribuintes, a recorrer a políticas de inovação relativamente aos bens e serviços prestados e a melhorar a qualidade de uns e outros⁷³.

Diogo Leite de Campos, tomando por base os Estados europeus⁷⁴, entende perfeitamente legítimo que a concorrência sob o ponto de vista fiscal seja acentuada, **adequada e proporcionalmente**, para atrair investimentos para os seus territórios. Essa seria uma forma de obter uma desejável convergência a todos os níveis, especialmente, a nível do **bem-estar social**.

A ideia de que a competição entre países na seara fiscal é um meio de redução de cargas fiscais excessivas e um fator de compensação de suas desvantagens competitivas, todavia, não se tem mostrado tão eficiente. São os aspectos nocivos da concorrência fiscal internacional que têm dominado as discussões globais sobre o tema. Os esforços de regulação da matéria feitos pela

⁷¹ NABAIS; SILVA (2010: 87).

⁷² NABAIS (2005: 203-204).

⁷³ SANTOS (2013: 98).

⁷⁴ CAMPOS (2006: 27). Podemos afirmar que tal ideia transcende o território europeu, uma vez que a **adequação** e a **proporcionalidade** são elementos de grande relevância na caracterização da existência ou não de prejudicialidade na concorrência fiscal internacional.

OCDE⁷⁵ e pela União Europeia⁷⁶ são exemplos da grande preocupação com os efeitos prejudiciais que a competição fiscal tem gerado nos sistemas fiscais nacionais.

A OCDE⁷⁷ classifica a concorrência fiscal internacional em três tipos de sistemas fiscais: 1) os **low tax system**, quando as alíquotas efetivas são objetivamente inferiores às de outros Estados, mas não se caracterizam como prejudiciais; 2) os **preferential tax systems**, quando as alíquotas são muito reduzidas ou nulas; 3) os **tax havens** (paraísos fiscais⁷⁸) ou países com tributação favorecida propriamente ditos. Os dois últimos tipos são considerados como formas verdadeiramente nocivas de concorrência internacional.

A competição tem sido condenada quando praticada de forma agressiva e até irresponsável por países que, em nome da atração de investimentos, geram erosão nas suas próprias receitas públicas através da concessão de incentivos fiscais desproporcionais. Tem prevalecido o entendimento de que a concorrência fiscal internacional é um fenômeno prejudicial quando estão ausentes critérios de **legitimação** e de **eficiência econômica**, pois impõe um alto ônus aos Estados que conferem auxílios, além de manipular o processo econômico⁷⁹.

Se a competição internacional gera efeitos tão nocivos aos sistemas fiscais nacionais e mesmo assim seu combate ainda encontra muitos obstáculos⁸⁰, resta-nos perquirir quem são os beneficiários da manutenção dessa situação.

Antônio Carlos dos Santos destaca que, em última instância, quem beneficia de uma atitude não cooperativa são os grandes

⁷⁵ Materializados, por exemplo, no “Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Patrimônio” e no “Modelo de Acordo sobre a Troca de Informações em Matéria Fiscal”.

⁷⁶ P. ex., o “Relatório sobre a promoção da boa governança em questões fiscais”, de 2009.

⁷⁷ Essa classificação consta do relatório “Harmful tax competition: an emerging global issue” (OCDE, 1998).

⁷⁸ No “Relatório sobre a boa governança em questões fiscais”, a UNIÃO EUROPEIA (2009: 5) considera que os paraísos fiscais são contrários aos princípios de solidariedade, justiça e redistribuição.

⁷⁹ ELALI (2010: 160).

⁸⁰ O combate à concorrência fiscal ainda encontra obstáculos como a ausência de trocas de informações fiscais efetivas, a existência de áreas **onshore** (como a **City** de Londres) e a ausência de uma “coordenação global” da matéria.

grupos econômicos internacionais e as empresas que dirigem os mercados financeiros⁸¹. Acrescenta o autor que, no plano europeu, a deficiente coordenação fiscal – e a quase inexistente coordenação fiscal internacional – associada a uma harmonização fiscal embrionária no plano da tributação direta das empresas leva a uma erosão das bases tributárias dos Estados. Esses, então, acabam por se lançar, de forma ofensiva, defensiva ou por imitação, numa corrida pela menor tributação das empresas e do capital (fatores móveis da produção), na tentativa de, a qualquer custo, atrair empresas e capitais⁸² ou evitar o êxodo dos que já estão em seu território⁸³.

A nova configuração mundial afeta tanto a **capacidade dos países em arrecadar impostos** como a **distribuição da carga fiscal**. Embora os países arrecadem mais do que há três décadas, vários fatores contribuem para o desgaste dos sistemas tributários nacionais. De acordo com Vito Tanzi, as “térmites fiscais”⁸⁴ corroem os cimentos do sistema tributário e fazem parte da evolução do “ecossistema” da globalização⁸⁵.

O impacto que a globalização tem produzido nas políticas fiscais nacionais não pode ser desconsiderado. A mobilidade dos fatores econômicos (capital, investimento, consumo e trabalho) conduz a concorrência fiscal internacional a um novo patamar. Benefícios como a **eficiência econômica** e a **responsabilidade dos governos com o gasto público** não constituem mais os seus

⁸¹ SANTOS (2013: 58).

⁸² Inclui-se também a tentativa de atrair artistas, reformados, não residentes com altos rendimentos, entre outros. SANTOS (2013: 58).

⁸³ SANTOS (2013: 58).

⁸⁴ TANZI (2001: 34) elenca oito térmites fiscais: comércio eletrônico; uso de dinheiro eletrônico; paraísos fiscais; comércio dentro de uma mesma companhia (preços de transferência); instrumentos derivados e fundos especulativos de cobertura; impossibilidade de gravar o capital financeiro e o ingresso de pessoas com capacidades laborais de alto valor de mercado; crescente atividade de pessoas altamente qualificadas fora do país de residência; compras no exterior.

⁸⁵ SANTOS (2010: 265-266) observa que nem todas as térmites fiscais têm as mesmas características. Algumas derivam de inovações tecnológicas que tenderão a se desenvolver. Outras resultam da crescente mobilidade dos agentes econômicos. E há as que derivam da própria estrutura das empresas, de natureza transnacional.

aspectos principais. A tributação migra de bases mais voláteis – como o capital – para bases menos voláteis – como o trabalho.

A insuficiência da receita fiscal decorrente da competição entre os Estados é hoje um problema crítico, pois a concorrência sem regras nem limites põe em causa a **sustentabilidade financeira** do Estado e não resolve o problema da excessiva carga fiscal, especialmente sobre os rendimentos do trabalho⁸⁶.

É pertinente a observação de André Elali no sentido de que, diante da competição, os sistemas tributários acabam se tornando cada vez mais semelhantes⁸⁷, devido à necessidade de serem competitivos na atração de atividades econômicas. A concessão de incentivos em busca de investimentos internacionais leva à degradação fiscal de uma grande parte dos países que os concedem e, conseqüentemente, ao empobrecimento dos Estados.

A necessidade de coordenação de políticas fiscais, no entanto, não parece se traduzir na semelhança, a qual conduz a uma mais feroz competitividade, em que os contribuintes, nomeadamente as empresas⁸⁸, acabam por “manipular” os Estados, a fim de melhor escolher a tributação a que se querem submeter.

João Carlos Loureiro faz um relevante alerta: a desvalorização, especialmente em certos países, do dever fundamental de pagar impostos agrava mais as condições de financiamento de um conjunto de bens públicos⁸⁹. Em sociedades como a portuguesa e outras do Sul da Europa, a fuga aos impostos e certas fraudes que lesam o Estado não são, tradicionalmente, objeto de censura

⁸⁶ NABAIS; SILVA (2010: 87).

⁸⁷ ELALI (2010: 169). Tal aspecto também é destacado por FARIA (2003: 99-100): “[...] o ajustamento dos sistemas fiscais mais pela redução das taxas de tributação, tendo por finalidade reduzir ou eliminar os diferenciais de carga fiscal que originam desvios de capitais, de investimentos ou de rendimentos tributáveis, rivalizando na concorrência fiscal global, podem ter conseqüências nefastas pela perda de receitas necessárias ao equilíbrio orçamental.”

⁸⁸ Segundo AVI-YONAH (2000: 1675), em um mundo em que o capital pode circular livremente através das fronteiras nacionais e as empresas multinacionais são livres para escolher entre muitos locais de investimento, a capacidade de tributar o capital é severamente limitada.

⁸⁹ LOUREIRO (2010: 21).

social grave, quando não são mesmo objeto de aprovação social por parte significativa da população⁹⁰.

Ocorre, todavia, que nem todos os contribuintes conseguem “fugir” aos impostos. Como bem coloca José Casalta Nabais, tal situação provoca um **apartheid fiscal**, ao desonerar os “fugitivos” fiscais e sobrecarregar os demais contribuintes que, ao não poderem fugir aos impostos, tornam-se verdadeiros reféns ou cativos do Fisco por impostos alheios⁹¹.

Não nos parece haver dúvida de que a “fuga” é mais “fácil” para aquelas pessoas que possuem maiores níveis de rendimentos e riqueza. Perpetua-se, assim, a desigualdade⁹² entre os que detêm o quase “monopólio” dos rendimentos mundiais e a restante população mundial. A concorrência fiscal internacional⁹³, além de levar à erosão das bases fiscais nacionais, também possibilita uma maior acumulação de riqueza e rendimentos no “top 1%”.

Aqui é necessário ressaltar a advertência, feita por Joseph Stiglitz, de que a globalização, se for gerida em prol do 1% do topo, providencia um mecanismo que simultaneamente facilita a evasão fiscal e impõe pressões que dão às elites ricas a vantagem de negociar tanto numa empresa como na política⁹⁴.

No outro extremo da “pirâmide”, os outros 99% da população se encontram em situação bem menos favorável, não

⁹⁰ LOUREIRO (2010: 22).

⁹¹ NABAIS (2005: 71).

⁹² Uma das consequências da fraude e da evasão fiscais apontada por Freitas PEREIRA (2010: 443-444) é a não concretização do princípio da igualdade, quer na sua componente horizontal, quer na sua componente vertical. Segundo o autor, “[...] a evasão e a fraude não podem diminuir o montante total de receitas de que o Estado necessita e, então, para o obter sobrecarregam-se os contribuintes cumpridores – os “tansos” do sistema fiscal – para compensar o que não é possível obter dos não cumpridores. E como taxas mais elevadas são elas próprias fomentadoras de evasão e fraude, entra-se num ciclo vicioso em autêntica espiral.”

⁹³ De acordo com SANCHES (2010: 67), a concorrência não existe apenas entre sistemas fiscais. A obtenção da justiça fiscal e a possibilidade de redução da carga tributária tem que ser considerada na perspectiva mais vasta da **concorrência entre diversos modelos de sociedade**, com maior ou menor intervenção do Estado, maior ou menor fornecimento de bens públicos, e maior ou menor carga fiscal.

⁹⁴ STIGLITZ (2014: 213).

possuindo sequer rendimentos e riquezas suficientes para se situarem no âmbito de incidência de altos impostos.

Reuven S. Avi-Yonah, no ano 2000, já alertava para o fato de que uma concorrência fiscal desenfreada põe em causa a “rede de proteção” da segurança social nos países desenvolvidos, em um momento de grave crise fiscal⁹⁵. Esse tipo de competição, de forma geral, também não seria favorável aos países em desenvolvimento.

Políticas fiscais (legislativas ou administrativas) erradas, mal concebidas ou mal executadas, destaca Antônio Carlos dos Santos, podem se transformar em fatores de erosão fiscal, em diminuição de receitas arrecadadas, sem que daí decorra qualquer vantagem para a generalidade dos cidadãos⁹⁶. Uma política fiscal injustificada ou errônea pode ser apontada como um dos fatores da degradação fiscal. A crise pode não ter sido provocada por razões fiscais, mas certos tipos de regimes fiscais podem ter contribuído para um maior endividamento de empresas e famílias⁹⁷.

Considerando o contexto de **crise global**, a preocupação com o combate à concorrência fiscal internacional recrudescer. Em um mundo cada vez mais rico e paradoxalmente mais desigual, busca-se, ou pelo menos deve-se buscar, a promoção de uma **boa governança** na área fiscal, essencial à manutenção da **sustentabilidade fiscal** dos Estados.

4. Crise econômico-financeira global e sustentabilidade fiscal

A **crise econômico-financeira global** que se faz presente há alguns anos é objeto de muitas análises e questionamentos. Diversos, também, são os fatores apontados como essenciais à sua gênese e ao seu desenvolvimento. Ainda não se sabe qual a real extensão das suas consequências, mas se tem pelo menos uma certeza: nada será como antes.

⁹⁵ AVI-YONAH (2000: 1675).

⁹⁶ SANTOS (2013: 61).

⁹⁷ Por exemplo, os regimes que privilegiam o recurso ao crédito em vez do autofinanciamento das empresas e os que facilitam o desenvolvimento de produtos derivados. SANTOS (2013: 63).

Crises econômicas não são uma novidade na história mundial. A crise global de 2008, todavia, é “a maior crise de que há suficiente memória viva”⁹⁸. As “catastróficas” implicações que ela produziu, e ainda produz, no cotidiano dos Estados e dos cidadãos levam a algumas necessárias reflexões.

Como observa Carla Guapo Costa, as modificações nas relações econômicas internacionais e a instabilidade dos sistemas financeiros das economias de mercado globalizadas contribuíram substancialmente para a ocorrência sistemática das crises financeiras ao longo do século XX, evidenciando que as soluções definidas em determinado momento histórico deixam de ser operativas com as transformações naturais da economia mundial, em um contexto de globalização⁹⁹.

Com finanças **transnacionais** e operações financeiras cada vez mais **globais**, as **normas nacionais** já não se revelam capazes de submeter e enquadrar os agentes econômicos, nem de oferecer um conjunto unitário de respostas dotadas de um mínimo de racionalidade lógica e de coerência programática¹⁰⁰.

Para além de uma crise de natureza econômico-financeira¹⁰¹, a crise global é também uma **crise de valores**. Vítor Bento bem ressalta que na ausência de “âncoras” valorativas¹⁰², a moralidade social foi se dissipando num relativismo que tem conduzido a uma **moralidade de direitos sem obrigações** e que tem feito emergir, como valores dominantes, os associados à maximização do bem material individual imediato. Desta forma, dá-se prevalência ao

⁹⁸ BENTO (2011: 89). Segundo Adriano Moreira (2014, 33), “[...] nesta evolução que entra no milénio com uma crise económica e financeira sem precedentes de nível global, os factos demonstram que os poderes identificados, como o G-20, não têm cobertura legal, e que os poderes efetivos, que comandam a crise financeira, não estão nem regulados, nem identificados, nem sancionados.”

⁹⁹ COSTA (2010: 17).

¹⁰⁰ FARIA (2011: 36-37).

¹⁰¹ Segundo MERUSI (2013: 64), a crise atual é diferente da crise dos anos 1930, uma vez que não se trata de uma crise econômica, mas de uma **crise financeira**. Crise financeira causada pelo uso descontrolado e excessivo da securitização do risco de crédito.

¹⁰² Como, por exemplo, referências religiosas. BENTO (2011: 95-96).

material sobre o intangível, ao presente sobre o futuro, ao individual sobre o comum.

A crise estava inicialmente confinada aos Estados Unidos da América, à semelhança das muitas outras que a precederam nas últimas décadas. No entanto, diferentemente das anteriores, expandiu-se rapidamente pelo mundo inteiro, tomando proporções globais¹⁰³.

Ressalta François Bourguignon que, em uma certa medida, pode-se pensar que a crise econômico-financeira nascida nos EUA em 2008 tem sua origem na explosão das desigualdades nesse país¹⁰⁴. Essa interpretação é, todavia, parcial, pois a crise foi facilitada por outros fatores, tais como: o fluxo de capitais asiáticos para os EUA, uma política monetária muito “frouxa” após os atentados de 11 de setembro de 2001, a crise de valores da Internet de 2002 e, principalmente, a desregulação do setor financeiro dominado pela securitização, pelo **subprime** e por outros **credit default swaps**¹⁰⁵.

Em uma breve síntese da análise de Joseph Stiglitz, a economia global necessitava de um consumo cada vez maior para crescer¹⁰⁶. Os americanos, mesmo com a renda estagnada, buscaram uma nova forma de consumir: **tomar emprestado**. Assim, taxas de juros baixas e regulações frouxas alimentaram a formação da “bolha imobiliária”¹⁰⁷. Os proprietários garantiam os empréstimos com suas casas, sendo aqueles utilizados para diversos fins¹⁰⁸.

¹⁰³ STIGLITZ (2010: 35).

¹⁰⁴ BOURGUIGNON (2012: 71) A questão é objeto da análise de KUNHOF; RANCIÈRE (2010: 3): “[...] The crisis is the ultimate result, after a period of decades, of a shock to the relative bargaining powers over income of two groups of households, investors who account for 5% of the population, and whose bargaining power increases, and workers who account for 95% of the population.”

¹⁰⁵ BOURGUIGNON (2012: 72)

¹⁰⁶ STIGLITZ (2010: 36-37).

¹⁰⁷ Ainda de acordo com Vítor BENTO (2011: 90), a criação de uma bolha especulativa é um processo típico de “loucura coletiva”, desencadeado quando um período de prosperidade gera a falsa convicção de que a valorização dos ativos (financeiros e reais, como o imobiliário) é imparável. Essa convicção vai atraindo cada vez mais gente, alimentando um **boom** que muitos acreditam ser infundável e que vai gerando incensurável riqueza artificial, até que não haja mais ninguém para entrar no jogo e alimentar o **boom**.

¹⁰⁸ P. ex., comprar um carro novo e ainda ficar com alguns fundos para a aposentadoria. STIGLITZ (2010: 37).

As hipotecas **subprime**¹⁰⁹ eram feitas para pessoas de baixa renda e foram as primeiras atingidas pelo estouro da “bolha”, que logo passou a afetar todo o setor residencial¹¹⁰.

Acrescenta o economista americano que não surpreende que a crise tenha se tornado global, porquanto quase um quarto das hipotecas dos EUA foi para o exterior. Além disso, a economia americana ainda é a maior do mundo, sendo inevitável que uma retração dessa magnitude não produzisse um efeito global. Ademais, os mercados financeiros internacionais se tornaram intensamente interligados¹¹¹. Ficou claro, assim, que “o mundo está demasiado interligado: uma recessão nos Estados Unidos não pode deixar de levar a uma desaceleração global”¹¹².

Enquanto a crise americana começou no setor financeiro e depois se expandiu para o resto da economia, em muitos países em desenvolvimento, inclusive em lugares com uma regulação mais forte do setor financeiro do que nos EUA, os problemas da “economia real” eram tão grandes que acabaram por afetar o setor financeiro¹¹³.

¹⁰⁹ Sobre a questão, vale a pena ressaltar a síntese de COSTA (2010: 63-64): “[...] As famílias que pretendem adquirir uma habitação, procuram o sistema financeiro que, rapidamente, lhes proporciona os meios necessários para realizar o seu desejo, gerando uma hipoteca, que seria vendida a outros investidores. Inicialmente, estes créditos eram apenas concedidos às famílias solváveis, e que faziam prova disso. [...] Aos compradores eram concedidos empréstimos que não requeriam qualquer pagamento inicial, com contas mensais muito acima do seu potencial de solvência, ou que assim se tornariam quando as taxas de juro subissem. Muitos destes empréstimos duvidosos receberam o nome de **subprime**, mas o processo, como se veio a verificar, era muito abrangente, e, naturalmente, mais perigoso para a estabilidade do sistema financeiro no seu conjunto e para a própria atividade económica.”

¹¹⁰ STIGLITZ (2010: 36-37)

¹¹¹ “[...] o que é evidenciado pelo fato de que dois dos três maiores beneficiários do resgate que o governo dos Estados Unidos deu à AIG eram bancos estrangeiros.” STIGLITZ (2010: 61).

¹¹² STIGLITZ (2010: 61-62)

¹¹³ STIGLITZ (2010: 65). E o Autor acrescenta: “[...] A crise se espalhou com grande rapidez, em parte por causa das políticas adotadas – sobretudo as relativas à liberalização dos mercados financeiros e de capital – por imposição do FMI e do Tesouro dos Estados Unidos a esses países, com base na mesma ideologia do mercado livre que levou os Estados Unidos à crise. Mas uma vez que mesmo os Estados Unidos encontram

Na Europa, além dos problemas vindos do outro lado do Atlântico, dificuldades internas também contribuíram para a grande dimensão que a crise de 2008 tomou. Em alguns países¹¹⁴ há uma componente específico para a crise, a **união monetária**¹¹⁵. O aumento das dívidas públicas nacionais e a concorrência fiscal¹¹⁶ dentro da própria União Europeia também podem ser apontados como aspectos que contribuíram para o agravamento da situação em território europeu¹¹⁷.

O respeito por rigorosos limites ao déficit público e à dívida pública¹¹⁸ estabelecidos pelo **Pacto de Estabilidade e Crescimento**, em uma situação de crise econômico-financeira, depara-se com obstáculos maiores. Os Estados europeus estão desprovidos dos instrumentos de política monetária, que agora é monopoliza-

dificuldade em disponibilizar os trilhões de dólares destinados a resgate e a estímulos, ações correspondentes nos países mais pobres ficam simplesmente muito além da sua capacidade.”

¹¹⁴ P. ex., Espanha, Itália e Grécia.

¹¹⁵ MERUSI (2013: 30). STIGLITZ (2014: 22-23) sintetiza bem o problema ao tratar especificamente do caso da Espanha. A diminuição do PIB e o aumento do desemprego levam à redução das receitas fiscais e ao aumento dos gastos em programas de proteção social. O déficit aumenta e os instrumentos normalmente utilizados para tornar a economia nacional mais competitiva, como a diminuição das taxas de câmbio e das taxas de juros, não estão disponíveis aos Estados da zona Euro. Por outro lado, a zona Euro não oferece novos instrumentos políticos para substituir os mecanismos de ajustamento tradicionais.

¹¹⁶ No **Relatório sobre a promoção da boa governança em questões fiscais**, a proposta de resolução do Parlamento Europeu destaca que: “[...] Considerando que há indícios de que a força motriz da crise financeira foram, em parte, os novos tipos de instrumentos derivados colocados, em grande medida, em fundos domiciliados em jurisdições em que vigora o sigilo, que os paraísos fiscais acolhem, por exemplo, produtos financeiros complexos que provocam instabilidade financeira e que muitas instituições financeiras tinham passivos fora de balanço que estavam localizados em paraísos fiscais, considerando que, de um modo geral, a crise financeira veio mostrar a uma nova luz as consequências da falta de uma boa governação fiscal, revelando os riscos que estão associados a jurisdições opacas, [...]”. UNIÃO EUROPEIA (2009: 6).

¹¹⁷ Outros aspectos de problemas criados pelos próprios países europeus: “bolha imobiliária” na Espanha e no Reino Unido; a “corrida para o fundo” na **City** de Londres; as políticas de excessiva liberalização na Islândia. STIGLITZ (2010: 63)

¹¹⁸ Respectivamente 3% e 60% do PIB.

da pelo Banco Central Europeu e estritamente orientada para a estabilidade dos preços. Tais países também estão fortemente limitados nos instrumentos de política orçamental e têm como única via o **aumento das receitas** e a **diminuição das despesas**, que são largamente impraticáveis. A primeira, em virtude de a carga fiscal dos países mais afetados pela crise estar muito próxima do insustentável. A segunda via, considerando que uma parte significativa das despesas públicas se revela muito rígida¹¹⁹.

Devemos, desta forma, questionar se os Estados são realmente capazes de manter sua atuação regular e, concomitantemente, a sua própria solvabilidade¹²⁰ diante de uma situação de gravidade peculiar como a crise global.

Quando os Estados se encontram em situações de escassez de recursos financeiros que comprometem ou tendem a comprometer a capacidade de cumprir suas obrigações, tem-se uma **situação anormal**. A existência de um perigo iminente e atual para o interesse da comunidade, causado por circunstâncias excepcionais e fatores externos à vontade do Estado, reclamam uma atuação rápida para evitar a verificação do resultado lesivo e para permitir a recuperação da normalidade. Isso é o mesmo que dizer que estão presentes todos os pressupostos de uma situação de **estado de necessidade**¹²¹ **econômico-financeira**¹²².

¹¹⁹ NABAIS (2011: 32).

¹²⁰ Vale a pena ressaltar o alerta feito por MERUSI (2013: 51), no sentido de que em um mercado globalizado, os **fundos soberanos** também assumem uma feição financeira. A combinação entre **dívida pública** e **securitização do risco de crédito**, com a garantia de que “os Estados não falham nunca”, pode levar a efeitos ainda mais nocivos para a economia real.

¹²¹ Para uma melhor compreensão do **estado de necessidade** a que se faz referência, vale, ainda destacar: “Em suma, existindo uma situação reconduzível a um **estado de necessidade**, as medidas adoptadas nesse contexto pautam-se por critérios especiais quanto à sua conformidade com o ordenamento jurídico-legal, podendo justificar uma eliminação da ilicitude e/ou da culpa se estivermos perante uma actuação que origine responsabilidade, ou mesmo uma redução significativa dos montantes das compensações atendendo ao acréscimo de situações reconduzíveis a **‘custos próprios da vida em sociedade’**. Isto significa, portanto, que o ordenamento jurídico acolhe um **direito da necessidade**, reconhecendo que **o direito também constitui um parâmetro de actuação em situações de anormalidade**. [...]”. SILVA (2011: 68-69).

¹²² SILVA (2011: 69-70). A Constituição da República Portuguesa

A **consagração constitucional** de um limite ao endividamento público pode ter um papel relevante enquanto parâmetro supralegal para legitimar a adoção de **medidas de natureza excepcional**, em situações de estado de necessidade econômico-financeiro. Esse tipo de abertura constitucional situar-se-ia entre o excepcionalíssimo “estado de necessidade constitucional” (estado de sítio ou estado de emergência) e o ordinário “estado de necessidade administrativo”¹²³.

De acordo com João Carlos Loureiro, “mesmo sem a especial urgência de um estado de emergência econômico-financeira, certos graus de concretização dos direitos revelaram-se não apenas insustentáveis a médio e a longo prazo, mas claramente violadores de uma justiça intergeracional”¹²⁴.

A crise de 2008 teve como consequência direta e imediata um esforço adicional e muito intenso sobre os sistemas de segurança social, em razão do acréscimo de prestações sociais. Nesse contexto, assume nova relevância o problema da **sustentabilidade** desse sistema de proteção social¹²⁵, que ainda não se havia

(artigo 19.º) faz uma diferenciação de acordo com a gravidade da ameaça, entre **estado de emergência** (menos grave) e **estado de sítio** (mais grave). A Constituição Federal Brasileira (artigos 136.º a 141.º) faz a mesma distinção, usando as denominações **estado de defesa** e **estado de sítio**. Nenhuma das duas, porém, traz disposições expressas a respeito do enfrentamento de crises econômicas. LEAL (2011: 120)

¹²³ NABAIS (2011, 33)

¹²⁴ LOUREIRO (2013: 125).

¹²⁵ “Assim, o caminho a trilhar para a **sustentabilidade** dos sistemas públicos tem sido muito diverso, com alguns países a optar pela simples privatização dos sistemas “empurrando” as novas gerações para a busca dos esquemas privados de prestações (Inglaterra), outros a adotar um sistema de “capitalização virtual”, que consiste, por exemplo, na aplicação de uma nova forma de cálculo actuarial (contas nacionais) para as prestações a receber, bastante penalizadora dos mais jovens (Itália, Noruega, Polónia e Suécia), outros ainda acrescentaram também um estabilizador das contribuições não apenas no momento do cálculo da prestação a receber, mas igualmente no momento do cálculo das respectivas actualizações (Alemanha), e outros adoptam sistemas de aumento de receitas baseados quer no montante das contribuições (Japão) quer em outros tributos (impostos) para o financiamento do sistema, incluindo a exigência de contribuições aos beneficiários do sistema (Brasil) ou então na possibilidade de redução das contribuições dos beneficiários em situações de crise financeira (Espanha)”. SILVA (2013b: 15).

recuperado totalmente dos desequilíbrios estruturais decorrentes sobretudo do aumento da esperança média de vida¹²⁶.

O “saque” sobre o futuro é também consequência da **insustentabilidade** de um modo de vida coletivo assente em um nível de bem-estar superior aos recursos contemporâneos disponíveis. De forma mais sintética, é consequência da **crise de valores** a que já se fez referência. Esta situação impõe um forçado reajustamento do **contrato intergeracional**, obrigando as atuais gerações a trabalhar e poupar mais para manterem a expectativa de riqueza futura¹²⁷.

Como ressalta J. J. Gomes Canotilho, a sustentabilidade exige **transversalidade**:

“A justiça intergeracional e a justiça na imposição de encargos anda a par com políticas sociais, políticas de família, políticas orçamentais e financeiras. Basta olhar para as chamadas tendências insustentáveis para verificar que elas são indissociáveis da falta de um conceito integrativo de sustentabilidade. As mudanças climáticas, o efeito estufa, o esgotamento de recursos naturais, a perda de biodiversidade - [...] – não acontecem num vácuo absoluto sem a presença humana. Discutir estes temas sem discutir a pobreza, a exclusão social, a saúde pública, as fontes de energia, a gestão do território, os modelos de produção e de consumo equivale a desenhar uma linha tragada a todo momento pelos **tsunamis** humanos à escala global. A **insustentabilidade da sustentabilidade** está mesmo legada a um dos problemas que sempre marcaram a criação das instituições democrático-parlamentares. Referimo-nos à **sustentabilidade orçamental**. [...]”

Orçamento e sustentabilidade não mais podem compreender-se como problemas separados: a dívida pública transfere os encargos financeiros para o futuro, reduzindo o espaço de actuação financeira das gerações futuras.¹²⁸

¹²⁶ SILVA (2013b: 14).

¹²⁷ BENTO (2011: 97).

¹²⁸ CANOTILHO (2012: 9-10).

De fato, independentemente da decretação de um estado de necessidade ou emergência, a dificuldade que os Estados têm encontrado em arcar com as elevadas despesas decorrentes da concretização de direitos, especialmente os sociais, é uma realidade que demanda a busca por novas soluções.

Desconhecemos para já o mundo que nos espera à chegada, nas palavras de Suzana Tavares da Silva, mas a economia que modela a sociedade terá de ser reestruturada para que a existência coletiva se torne sustentável, o que significa que também a sociedade terá que se transformar para se acomodar à mudança econômica¹²⁹.

Superada a “situação anormal” característica da crise global, é inevitável, ou pelo menos deveria ser, que se inicie uma nova fase, com a adoção de “medidas de **reestruturação econômico-financeira** tendente à implementação da sustentabilidade”¹³⁰.

No primeiro tópico do desenvolvimento do presente trabalho, falámos da questão da eventual insuficiência das receitas fiscais para o desempenho das funções sociais do Estado. A crise de 2008 não foi causada por razões puramente fiscais, mas as dificuldades de financiamento enfrentadas pelos países colocaram em destaque a questão da **sustentabilidade fiscal** ou, vista por outro prisma, da **insustentabilidade fiscal** do Estado.

Na sequência da crise, a ideia de **sustentabilidade** é “resgatada” ou “reinventada”, sendo para muitos até erigida em **princípio fundamental**¹³¹. Nem todos, porém, estão dispostos a acolhê-la, uma vez que ela aponta para soluções difíceis de aceitar pelo homem médio ocidental, inspirado por um século de “conquistas” de bem-estar e pela fé no progresso contínuo, medido quase

¹²⁹ SILVA (2011: 72-73)

¹³⁰ SILVA (2011: 80)

¹³¹ Segundo CANOTILHO (2012: 5-6), em termos mais jurídico-constitucionais, o princípio da sustentabilidade comporta três dimensões básicas: i) a **sustentabilidade interestatal**, impondo equidade entre países pobres e países ricos; ii) a **sustentabilidade geracional**, que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração; iii) a **sustentabilidade intergeracional**, que impõe equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que ainda nascerão.

exclusivamente pelo indicador do PIB e sem atentar para os dados do endividamento¹³².

Para tornar a evolução do Estado Social mais sustentável, é necessário algo que na vida política é praticamente impossível de obter em tempos normais: **a análise racional da capacidade de suporte econômico dessa despesa**¹³³.

Segundo José Casalta Nabais, o problema da **sustentabilidade do Estado Fiscal** “enquadra-se em quadro mais amplo, o da sustentabilidade dos países, numa economia de mercado, na tríplice vertente económica, ecológica e social que seja compatível com a manutenção de um Estado social”¹³⁴.

A realização dos direitos económicos, sociais e culturais num **Estado Fiscal Social**, como são os países desenvolvidos, passa pelas **receitas e despesas estaduais**. Mesmo que a realização de parte desses direitos, no que se refere à maior parte das pessoas, tenha por suporte o funcionamento da economia de mercado, quando este não assegure o gozo dos direitos sociais, cabe ao Estado assegurar um nível mínimo desses direitos que permita salvaguardar a dignidade humana, no específico quadro económico-financeiro¹³⁵.

Aqui se coloca mais um paradoxo, a crise aumenta as exigências de intervenção do Estado, em relação a recursos para a proteção dos riscos sociais, e exige uma maior ação redistributiva, em virtude dos efeitos mais gravosos que tem sobre aqueles que possuem menos rendimento. Por outro lado, ela reduz a base económica de sustentação das funções sociais do Estado¹³⁶, afetando, conseqüentemente, a tributação sobre essas mesmas bases.

¹³² NABAIS; SILVA (2014: 747).

¹³³ MARTINS (2013: 76).

¹³⁴ NABAIS (2011: 24).

¹³⁵ NABAIS (2011: 26)

¹³⁶ Tomando por base a realidade portuguesa, PEREIRINHA (2014: 969) acrescenta que medidas de austeridade, centradas no aumento das receitas fiscais e na redução dos salários e das pensões, diminuem os recursos destinados à proteção dos riscos sociais e, ademais, atuam negativamente sobre o rendimento da classe média, reduzindo o potencial redistributivo característico do Estado Social.

Na sua Agenda Fiscal de 2012, a OCDE alertou para o fato de que a recuperação da “frágil economia global” torna a **sustentabilidade fiscal imperativa** e que as reformas fiscais estruturais são essenciais para promover o **crecimento sustentável** e a **redução da pobreza**¹³⁷.

Ressalte-se que a sustentabilidade de que ora tratamos não se confunde, necessariamente, com o aumento de receitas. Uma arrecadação maior não significa que o Estado Fiscal Social cumprirá suas funções com maior qualidade. A sustentabilidade fiscal que se busca através de reformas estruturais só será alcançada através de **sistemas fiscais eficazes**. E eficácia significa a capacidade de alcançar objetivos propostos com a utilização dos meios disponíveis¹³⁸.

Deve-se ter em conta, ademais, que mesmo antes da crise o processo de globalização já passava por alguns desafios significativos. Apesar de as condições econômicas globais serem extremamente favoráveis, nem todos os cidadãos, países ou regiões beneficiaram das vantagens do livre comércio ou da liberalização dos movimentos de capital e trabalho¹³⁹.

A crise global e a insustentabilidade fiscal dos Estados deixaram (mais) à mostra o problema da desigualdade na distribuição de rendimentos. Como já se fez referência, o aumento da riqueza mundial nas últimas décadas não tem se manifestado em uma redistribuição mais justa e eficaz; conseqüentemente, não tem contribuído para um mundo menos desigual. A reestruturação dos sistemas fiscais pode (ou deve) ter uma importante função nesse cenário.

5. Tributação e redução da desigualdade: ainda um caminho possível?

Ao tratar da confiança que os empreendimentos coletivos exigem, Tony Judt toma como exemplo a **tributação**¹⁴⁰. Segundo o historiador britânico, quando pagamos impostos há uma série de

¹³⁷ OCDE (2012: 143).

¹³⁸ SILVA (2010: 3).

¹³⁹ COSTA (2010: 15).

¹⁴⁰ JUDT (2012: 72-73).

suposições que fazemos sobre nossos concidadãos. Em primeiro lugar, partimos do princípio que **eles também pagarão seus impostos**, ou então nos sentiríamos injustamente sobrecarregados e a certa altura nos recusaríamos a contribuir. Em segundo lugar, confiamos que aqueles a quem conferimos temporariamente autoridade sobre nós **irão coletar e empregar responsabilmente esse dinheiro**. Em terceiro lugar, a maior parte da coleta fiscal vai para o **pagamento de dívidas contraídas ou para investimento em despesas futuras**. Há, desta forma, uma relação implícita de confiança e mutualidade entre os contribuintes de ontem e os beneficiários de hoje, entre os contribuintes de hoje e os receptores passados e futuros, por fim, entre os contribuintes futuros que irão cobrir o encargo das nossas despesas atuais.

Essas considerações traduzem alguns aspectos fundamentais para o funcionamento equilibrado dos sistemas fiscais nacionais: a **igualdade**, a **eficácia**¹⁴¹ e a **sustentabilidade**. Não há maiores dificuldades em concluir que para se ter uma boa governança fiscal são necessárias (e até urgentes) grandes reformas estruturais. Mas isso é realmente possível?

A questão é vasta, complexa e desafiadora. A análise que ora propomos parte de um aspecto específico desse contexto, qual seja, saber se a **redistribuição pela via fiscal** ainda é um bom caminho para uma sociedade menos desigual, em outras palavras, se é um instrumento efetivo para a reversão da desmedida acumulação de rendimentos global no “top 1%”.

Tenha-se em conta que o problema da desigualdade não consiste em haver uma parte da população que esteja no “topo da pirâmide”, o que causa preocupação é a excessiva acumulação de rendimentos e riqueza nessa pequena parcela de pessoas e o “fosso da desigualdade” que isso gera em relação aos outros 99%. Como ressalta Danny Dorling, desigualdade e “elite do 1%” não são o mesmo fenômeno, não são sequer a mesma coisa medida de maneiras diferentes. Sempre haverá o “top 1 por cento”, mas pode haver maior ou menor desigualdade¹⁴².

¹⁴¹ Segundo CARLOS (2005: 164), “a eficácia de um sistema fiscal é a sua capacidade de alcançar os fins que lhe são legalmente atribuídos”.

¹⁴² DORLING (2014: 14). Destaque-se que a desigualdade é mais

Após a crise de 2008, verificou-se um significativo aumento da lacuna entre os mais ricos e o restante da população. Joseph Stiglitz, com base na realidade norte-americana, afirma que os ricos estão ficando cada vez mais ricos, os pobres estão ficando cada vez mais pobres e numerosos e a classe média está sendo destruída. “Os rendimentos da classe média estão estagnados ou a decrescer e a diferença entre ela e os verdadeiramente pobres está cada vez mais diminuta”¹⁴³.

Enquanto a diferença entre o 1% e o resto é cada vez mais acentuada, os 99% estão cada vez mais **iguais**. Quando a divisão entre essas parcelas da população se ampliou, os países tornaram-se mais pobres e, em geral, as consequências foram terríveis. A elite, porém, necessita do apoio da **classe média alta** para governar, para eleger os seus políticos preferidos, para controlar a opinião pública, enfim, para permanecer no topo. Todavia, quando os membros da classe média alta percebem que têm mais em comum com os que estão abaixo de si do que com a “elite do 1%”, uma nova solidariedade se desenvolve¹⁴⁴.

As sociedades muito desiguais não funcionam com **eficiência** e as suas economias não são **estáveis** e **sustentáveis** a longo prazo. Quando os mais ricos usam o seu poder político para beneficiar demasiadamente os seus próprios negócios, as receitas são desviadas para os bolsos de poucos, ao invés de beneficiarem a sociedade em geral. Essa elite, no entanto, necessita de uma sociedade em funcionamento à sua volta, para preservar a sua posição e produzir rendimentos com os ativos que detêm. Os ricos resistem aos impostos, mas são esses que permitem que a sociedade faça investimentos que preservam o crescimento do país¹⁴⁵.

A relação entre a **eficiência econômica** e a **desigualdade** há que ser considerada. Como lembra François Bourguignon, a desigualdade pode, por si só, ter efeitos adversos sobre a eficiência

do que econômica, é também uma questão cultural, que divide e torna a mobilidade social tão difícil, tanto para os que descem as escalas de renda e riqueza, quanto para aqueles que sobem (**ibid.**: 24).

¹⁴³ STIGLITZ (2014: 66).

¹⁴⁴ DORLING (2014: 21).

¹⁴⁵ STIGLITZ (2014: 152-153).

econômica¹⁴⁶. A partir de certo estado, o excesso daquela pode dificultar o funcionamento da economia. Podemos dizer que, de uma forma geral, todos os tipos de imperfeições do mercado são responsáveis pelas desigualdades e, ao mesmo tempo, contribuem para uma ineficácia da economia. Corrigir essas imperfeições pode permitir o progresso simultâneo da igualdade e da eficácia¹⁴⁷.

Acrescenta o autor francês que uma das formas de se ajustar o conflito distributivo é através do **sistema fiscal e de transferências**. No entanto, também aqui podem ocorrer consequências negativas para a eficácia econômica. Por exemplo, uma sociedade democrática onde o “jogo dos mercados” cria uma distribuição de renda muito desigual é uma sociedade na qual a maioria dos cidadãos é a favor de uma redistribuição forte. Mas se essa redistribuição levar a distorções no “jogo dos mercados”, como sugere a teoria econômica, a **desigualdade inicial** – aquela de rendas primárias antes da tributação e das transferências – cria a ineficácia. Isso ocorre porque há uma maior desigualdade inicial do que uma grande redistribuição a ser exigida pela maioria dos cidadãos, conduzindo-se, no final, a uma economia menos eficaz ou de lento crescimento¹⁴⁸.

É importante refletir, como propõem José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, no que deve ser hoje uma **política sustentável de estímulo** e qual o **papel do Estado na economia**¹⁴⁹. Segundo os professores portugueses, a situação constituída se apresenta de duvidosa sustentabilidade também no **plano jurídico**¹⁵⁰. As cláusulas de estabilidade contratual e as interpretações veiculadas em matéria de proteção da confiança possuem um grande déficit de razoabilidade e racionalidade, o que tem sido reconhecido por alguma jurisprudência europeia¹⁵¹. Sem a **atualização** destes institutos jurídicos, de modo a serem entendidos à luz do novo

¹⁴⁶ BOURGUIGNON (2012: 70).

¹⁴⁷ BOURGUIGNON (2012: 70-72).

¹⁴⁸ BOURGUIGNON (2012: 75).

¹⁴⁹ NABAIS; SILVA (2014: 750).

¹⁵⁰ Faz-se, aqui, referência ao plano micro-jurídico das soluções legais. NABAIS; SILVA (2014: 751).

¹⁵¹ Como a espanhola e a italiana. NABAIS; SILVA (2014: 751).

modelo econômico-social, tem-se como resultado uma distorção alarmante da redistribuição¹⁵².

Vale, aqui, lembrar quais são as **missões da fiscalidade: alocação, redistribuição e estabilização**. Quanto à primeira função, o Estado deve intervir na alocação de recursos para atingir objetivos julgados econômica e socialmente mais satisfatórios do que os que resultam do mercado. Através da função de redistribuição, o Estado procura em geral corrigir a repartição inicial de rendimentos a fim de reduzir as desigualdades. A função de estabilização consiste em o Estado ter como objetivo assegurar um crescimento econômico equilibrado¹⁵³.

A redistribuição dos rendimentos é uma **segunda distribuição**, ou seja, não resulta já do jogo aberto do processo de mercado e tem que ser realizada através de transferências daqueles que obtenham tais rendimentos para os que se considerem dever ser, segundo critérios estabelecidos, os seus beneficiários. Cabe ao Estado, fazendo uso de seus poderes de império, realizar essa redistribuição¹⁵⁴.

Deve-se ter em conta que a redistribuição de rendimentos é um instrumento necessário para a melhoria do **bem-estar social**. As duas vias essenciais através das quais o setor público processa essa função são o **sistema fiscal** e as **prestações do sistema de segurança social**¹⁵⁵.

Sob uma perspectiva econômica, Thomas Piketty ressalta que a **redistribuição fiscal** é superior à redistribuição **direta**¹⁵⁶ no contexto de uma economia de mercado em que há possibilidades de substituição entre capital trabalho, seja qual for a amplitude redistributiva desejada. Acrescenta o autor que nem todas as redistribuições baseadas em tributações e transferências se assemelham:

¹⁵² NABAIS; SILVA (2014: 751-752).

¹⁵³ DANIEL (2012: 71).

¹⁵⁴ CATARINO (2008: 50).

¹⁵⁵ PEREIRA **et al.** (2009: 26).

¹⁵⁶ Esclarece PIKETTY (2014: 43) que “[...] a redistribuição direta exige que as empresas contribuam para a redistribuição na proporção do número de trabalhadores que empregam, enquanto no caso da redistribuição fiscal, a contribuição exigida às empresas depende apenas do seu nível de lucro, quaisquer que tenham sido as quantidades de capital e de trabalho que utilizaram para produzir esse lucro.”

não podemos apenas considerar quem paga uma dada tributação para daí deduzir as consequências da redistribuição operada. É necessário estudar também a incidência fiscal da tributação. Nem todos os impostos pagos pelas empresas produzem os mesmos efeitos em termos de redistribuição efetiva. Para que a incidência final de uma tributação tenha realmente peso sobre o **capital**, é preciso que o seu montante dependa do nível de capital utilizado ou de rendimentos que passam para o capital¹⁵⁷.

Uma “reestruturação dos sistemas fiscais para uma maior igualdade” passa pela melhoria da **forma de arrecadar** e da **forma de redistribuir**. Como já se fez referência, porém, são vários os obstáculos com os quais os sistemas fiscais nacionais têm se deparado na atualidade (os efeitos da globalização, a crise econômico-financeira, as prestações cada vez mais abrangentes do Estado Social, etc.) e que afetam tanto a capacidade dos países em arrecadar como a distribuição da carga fiscal.

A boa governança fiscal¹⁵⁸, e por consequência a redução da desigualdade, passa também por uma maior **eficiência** na cobrança, ou seja, ter um **melhor resultado**, como um **menor dispendio** de recursos. A **eficiência fiscal** é aferida pela comparação entre as receitas fiscais arrecadadas e os objetivos extrafiscais pretendidos, por um lado; e a totalidade dos custos (financeiros e não financeiros) suportados para esse efeito, por outro¹⁵⁹.

Em sistemas fiscais nacionais com nível de complexidade cada vez mais elevado, tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento, a ideia de **eficiência na tributação** é uma realidade distante. O excesso de legislação, normas com redação confusa, as dificuldades enfrentadas pela própria administração fiscal na aplicação das leis impositivas, o excesso de obrigações acessórias,

¹⁵⁷ PIKETTY (2014: 43-44).

¹⁵⁸ É do **princípio da eficiência** que decorre para a administração em geral e, portanto, para a administração tributária em particular, um dever de boa administração – CARLOS (2005: 177). Destaca SILVA (2010: 521-522) que a “**eficiência** tem sido entendida sobretudo como um critério ou parâmetro de actuação e de decisão das entidades administrativas, controlado no quadro da dimensão informadora da racionalidade global do agir administrativo.”

¹⁵⁹ CARLOS (2005: 176).

as pressões de “grupos de interesse” são algumas das dificuldades em que esbarra a concretização de uma tributação eficiente.

Simplificar, como bem destaca José Casalta Nabais, é a palavra de ordem quando se fala em reforma dos sistemas fiscais¹⁶⁰. A simplificação¹⁶¹ da **tributação das empresas** possibilita que elas paguem menos e de uma maneira mais fácil. A concorrência econômica em escala global não se compadece com sistemas “ultracomplexos” como são os atuais¹⁶².

No âmbito da **tributação do rendimento pessoal**, a simplificação também se faz necessária. A complexidade dessa forma de tributação está intimamente ligada à sua **personalização**. Segundo o professor português, não há razão “para uma complexidade do sistema fiscal própria da personalização deste, quando essa personalização se reporta hoje em dia, ao fim e ao cabo, apenas à tributação do rendimento dos trabalhadores por conta de outrem”¹⁶³.

O projeto “BEPS”, desenvolvido pela OCDE em conjunto com o G20, tem por foco a questão da tributação dos rendimentos sob o prisma do combate à erosão das bases tributárias e à transferência de lucros. Resta clara a preocupação dessas instituições com a perda de rendimentos globais, todavia, sem levar em consideração a questão da **desigualdade de rendimentos e riquezas entre as pessoas**.

As ações do projeto “BEPS” priorizam o combate a práticas fiscais nocivas, através de novas regras que reduzam a incerteza e ofereçam um ambiente fiscal saudável e equitativo para empresas e investidores. Sem afastar a relevância do projeto, parece-nos que a redução da desigualdade também deveria constar como um dos objetivos a alcançar.

Recorrendo uma vez mais a José Casalta Nabais e Suzana Tavares da Silva, há que ter em conta que a redistribuição, numa

¹⁶⁰ NABAIS (2010: 134).

¹⁶¹ Ressalta Freitas PEREIRA (2010: 77) que a simplicidade do sistema fiscal é um dos meios mais eficazes de luta contra a evasão fiscal, pois existe evidência demonstrativa de que esta aumenta na razão direta do acréscimo de complexidade do sistema.

¹⁶² NABAIS (2010: 135).

¹⁶³ NABAIS (2010: 135).

economia aberta, não deve ter por base a **tributação do rendimento pessoal** para financiar os grandes serviços públicos, como ocorrera no pós-guerra¹⁶⁴. A construção do modelo social inclusivo, atualmente, deve partir de uma tributação corretiva da procura, que ajude a orientar os comportamentos dos principais agentes económicos (ou consumidores), os quais, por sua vez, a partir das necessidades que revelam no mercado, ajustam as empresas e a produção¹⁶⁵.

Chegamos, assim, à questão da **progressividade da tributação dos rendimentos**. É fato que a tendência moderna do imposto progressivo se impôs¹⁶⁶, com o argumento de que a progressividade era forma de melhor densificar o conceito de capacidade contributiva e de contribuir para a redistribuição do rendimento e da riqueza¹⁶⁷.

Segundo José Luís Saldanha Sanches, o principal argumento a favor de uma **taxa progressiva** foi fornecido pela teoria da utilidade marginal decrescente do rendimento: se as primeiras frações do rendimento proporcionam uma utilidade maior do que as últimas, se a utilidade de cada dose adicional decresce, então o princípio da igualdade de sacrifício conduz às taxas progressivas¹⁶⁸. Todavia, se esse princípio for levado às últimas consequências, chegar-se-ia a uma nivelção total dos rendimentos, criando uma espécie de rendimento máximo acima do qual a taxa seria de 100%, o que caracterizaria confisco fiscal, incompatível com o Estado de Direito e com a economia de mercado.

A questão central da tributação progressiva dos rendimentos é a **legitimação da desigualdade**. Acrescenta o autor português que a desigualdade tem como imediata consequência prática ser ela mesma um **limite** para a progressividade. Mesmo em uma situação de emergência financeira, como em tempos de crise global, existe um consenso em torno da ideia de que o imposto sobre

¹⁶⁴ NABAIS; SILVA (2014, 752).

¹⁶⁵ NABAIS; SILVA (2014, 752).

¹⁶⁶ Sobre a evolução do conceito de capacidade contributiva enquanto proporcionalidade para o conceito de capacidade contributiva enquanto progressividade, v. CATARINO (2008).

¹⁶⁷ CATARINO (2008: 53-54).

¹⁶⁸ SANCHES (2010: 33-34).

rendimentos não pode ultrapassar 50% dos rendimentos efetivamente recebidos pelo contribuinte¹⁶⁹.

Autores como Joseph Stiglitz e Thomas Piketty¹⁷⁰ propõem uma tributação mais progressiva sobre rendimentos empresariais e pessoais como solução para os problemas acarretados pela “economia das desigualdades”.

O economista americano propõe como um dos **caminhos para um outro mundo possível**, “criar um sistema tributário mais progressivo sobre os rendimentos individuais e os lucros das sociedades – com menos lacunas jurídicas”¹⁷¹. Com base na realidade norte-americana, o sistema tributário, embora nominalmente progressivo, é muito menos progressivo, pois está repleto de lacunas jurídicas, isenções, exceções e preferências¹⁷².

A **tributação sobre o rendimento pessoal** enfrenta grandes problemas hoje em dia. De acordo com José Casalta Nabais, a tributação progressiva do rendimento pessoal é praticamente uma

¹⁶⁹ SANCHES (2010: 36).

¹⁷⁰ STIGLITZ (2014); PIKETTY (2014). O economista francês ressalta que: “Com efeito, muitas observações sugeriram que o aumento considerável das tributações sobre o trabalho (sobretudo, as contribuições sociais) e a diminuição dos impostos sobre o capital (redução do imposto sobre os rendimentos, isenção de numerosos rendimentos do capital das famílias) contribuíram para o aumento do desemprego na Europa a partir dos anos 70, ao elevarem o custo do trabalho e, portanto, favorecendo a utilização de mais capital e menos trabalho pelas empresas, ou pelo menos não as incentivando suficientemente a utilizar mais trabalho e penalizando o desenvolvimento dos sectores intensivos em um trabalho. Daí as propostas que consistem em transferir uma parte dos impostos sobre o trabalho para o capital. [...] A pertinência prática destas propostas depende totalmente da importância quantitativa da substituíbilidade capital/trabalho. Se a elasticidade de substituição capital/trabalho for elevada, essas propostas podem permitir realmente financiar as mesmas despesas sociais enquanto criam empregos, e obter assim uma redistribuição mais eficaz. No entanto, se esta elasticidade for baixa, as propostas de reformas fiscais são ilusórias. E se quisermos realmente que o capital pague mais, porquê, então, não aumentar os salários, o que, de qualquer modo, em nada alteraria o volume de emprego, já que este é fixo, em vez de inventar novos impostos para substituírem as contribuições sociais?”. PIKETTY (2014: 46-47).

¹⁷¹ STIGLITZ (2014: 363).

¹⁷² STIGLITZ (2014: 363).

tributação progressiva apenas do rendimento dos trabalhadores por conta de outrem¹⁷³. Ainda segundo o autor:

“Na verdade, aquela ideia, que se foi consolidando no estado fiscal social, de tributar o rendimento global, proveniente do trabalho e do capital, e de tributar o rendimento de todos os residentes, com taxas ou alíquotas altas e progressivas, de modo a obter uma forte redistribuição do rendimento, não é mais do que uma piedosa intenção, uma verdadeira ficção. Na verdade, pretender tributar os juros, os royalties, os dividendos e outros rendimentos provenientes do capital com taxas ou alíquotas progressivas, é convidar à deslocalização dos capitais. É o mesmo vale, a seu modo, para os trabalhadores e profissionais altamente qualificados, os quais se podem deslocalizar facilmente. É que, tanto num caso como no outro, estamos justamente perante um verdadeiro mercado mundial.”¹⁷⁴

Uma **tributação mais progressiva dos rendimentos pessoais** não nos parece, assim, o melhor caminho a ser seguido¹⁷⁵, tanto mais quanto se tem em conta a específica questão da desigualdade acentuada pela acumulação de rendimentos na “elite do 1%”. Não se pretende, aqui, afastar a progressividade, mas sim defender que ela tem que nortear **todo o sistema fiscal**.

¹⁷³ Voltamos aqui à ideia do **apartheid fiscal**, que, em uma escala global, separa os detentores de fatores de produção ou suportes de atividades com elevada mobilidade, por um lado, e aqueles outros que proporcionam fatores de produção ou se dedicam a atividades com nula ou muito escassa mobilidade. Os “fugitivos” fiscais praticamente não pagam impostos, enquanto os “cativos” fiscais acabam por arcar com os seus impostos e os dos outros, sendo esses, basicamente, os trabalhadores por conta de outrem. NABAIS (2010: 133).

¹⁷⁴ NABAIS (2010: 133).

¹⁷⁵ Como destaca SILVA (2014: 194), “[...] o problema está também, na transformação do ‘emprego’, que deixa a forma de trabalho dependente para as remunerações mais baixas (à exceção dos directores de empresas multinacionais, da banca, dos seguros, das **utilities**, que pelo reduzido número não podem sustentar teoricamente um modelo fiscal baseado na progressividade do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares), transmutando em rendimentos empresariais e de capitais os ganhos mais significativos. [...]”

A situação que observamos hoje com espanto e preocupação, qual seja, a iminente concentração de 99% da renda e da riqueza mundial nas mãos de 1% da população do planeta, teve sua gênese e desenvolvimento na vigência de sistemas fiscais que, de forma preponderante, adotam tributos progressivos sobre os rendimentos pessoais. Esse fato mostra-se relevante em um momento de procura por novas soluções. O aumento da progressividade dessa forma de tributação, por si só, não tem conduzido a uma redistribuição mais eficiente.

Uma das possibilidades que se apresenta é a **tributação do consumo**. A evolução de um modelo assente na tributação do rendimento (o que cada um produz) para um assente na tributação sobre o consumo (o que cada um consome), mais fácil de controlar, parece ter a vantagem acrescida de uma maior visibilidade dos impostos efetivamente suportados por cada um, eliminando as técnicas de dissimulação frequentemente utilizadas de impostos já integrados no preço¹⁷⁶.

Olhar novamente com simpatia essa forma de tributação, tradicionalmente mal vista por seu caráter regressivo, pode ser uma alternativa viável. Se os **muito ricos** ou mesmo os **ricos** escapam facilmente à tributação do rendimento, não pagando pelo que ganham, pelo menos paguem pelo que consomem, sendo certo que consomem mais do que os pobres¹⁷⁷.

Há, aqui, que ressaltar o alerta feito por João Ricardo Catarino, no sentido de que mesmo diante de razões de equidade e eficiência que dão sentido a uma tributação do sujeito por aquilo que ele consome, os sistemas fiscais se mantêm **multifacetados**, uma vez que são complexos e os fatos suscetíveis de tributação são intrincados¹⁷⁸. Assim, dificilmente um só imposto satisfaria todos os paradigmas da tributação. Não existem modelos de impostos perfeitos e seria arriscado concentrar num só tipo as bases da receita pública.

Neste contexto, aliada a uma “redescoberta” da tributação sobre o consumo, outra possibilidade se mostra interessante.

¹⁷⁶ CATARINO (2008: 586).

¹⁷⁷ NABAIS (2010: 133-134).

¹⁷⁸ CATARINO (2008: 588-589).

Trata-se da proposta da **2020 Tax Commission**¹⁷⁹ de um **imposto único sobre a renda**. O modelo de reforma fiscal proposto pela referida comissão, considerando a realidade da Grã-Bretanha, leva em conta a necessidade de os impostos se tornarem mais **baixos, simples e transparentes**¹⁸⁰.

A complexidade que pode decorrer da tentativa de tornar o sistema fiscal mais progressivo, por exemplo através do incremento da legislação, é contraproducente. Os ricos podem fazer um uso sistemático de “brechas” para tornarem-se “invisíveis” aos impostos, enquanto os mais pobres fazem uso de métodos mais simples de sonegação. Uma **maior complexidade** torna o sistema **menos progressivo**¹⁸¹.

Através do **imposto único sobre a renda** pretende-se alcançar um sistema fiscal **justo, eficiente, simples e honesto**, que tribute os fluxos de renda uma só vez. Ainda segundo a comissão, uma reforma tributária séria é parte essencial de qualquer plano significativo para o crescimento, que por sua vez é a única forma de responder à crise fiscal e evitar um período indefinido de austeridade¹⁸².

Resta claro, assim, que uma profunda reestruturação dos sistemas fiscais para modelos mais **igualitários, eficazes, sustentáveis e eficientes** (ainda) é um importante caminho para se alcançar uma sociedade menos desigual.

6. Considerações finais

Os sistemas fiscais nacionais encontram-se hoje “acuada” pelas exigências cada vez maiores do Estado Social, pela erosão das bases fiscais, decorrente da globalização, e por uma crise econômico-financeira global sem precedentes na história. A acumulação de rendimentos globais no “top 1%” e a enorme desigualdade que dela decorre ilustram as dificuldades que a **via**

¹⁷⁹ A **2020 Tax Commission** é um projeto articulado entre a **The Taxpayer’s Alliance** e o **Institute of Directors**.

¹⁸⁰ 2020 TAX COMMISSION (2012: 24).

¹⁸¹ 2020 TAX COMMISSION (2012: 29).

¹⁸² 2020 TAX COMMISSION (2012: 382).

fiscal tem encontrado para cumprir de forma efetiva a sua função redistributiva.

Para que o poder público possa desempenhar a contento suas tarefas é essencial que disponha de **recursos financeiros necessários e suficientes**. Os custos públicos que todos os direitos possuem, associados a um alargamento das prestações sociais, levam a uma premente **redefinição do papel social e econômico do Estado**.

A transição de uma “economia nacional” e um “Estado com finanças simples” para uma “economia mundial” e “Estados com finanças complexas” abala as estruturas tradicionais dos sistemas fiscais. A globalização afeta tanto a capacidade de arrecadar dos países, como a própria distribuição da carga fiscal.

A tributação repousa sobre **bases econômicas**. Quando essas são geradoras de desigualdade, a tentativa de correção através de instrumentos fiscais **tradicionais** produz o efeito oposto: tende a agravá-la. A crise de 2008 deixou essa fragilidade mais exposta do que nunca. Como arrecadar, sem ter sobre o que tributar? Sobrecarrega-se o trabalho, afetado pelo aumento do desemprego, e deixa-se o capital livre para procurar melhores “paragens”.

A desigualdade sempre existiu, mas não há como negar que a crise a acentuou. Os seus efeitos foram e são devastadores na vida de milhões de pessoas em todo o planeta. A questão da solvabilidade dos Estados diante de uma situação de gravidade tão peculiar leva a um resgate da ideia de **sustentabilidade fiscal**, bem como traz à discussão a necessidade de **medidas de reestruturação econômico-financeiras**.

A construção de sistemas fiscais mais **igualitários, eficazes, sustentáveis e eficientes** passa, assim, por inevitáveis reformas. A **tributação progressiva dos rendimentos pessoais**, apontada por muitos e há muito tempo como a solução para redução da desigualdade, não tem gerado o resultado esperado, uma vez que praticamente só afeta aqueles que trabalham por conta de outrem.

A **progressividade** não pode se limitar a um tipo de imposição fiscal; ao contrário, ela tem que nortear **todo o sistema**.

Mas quais são as possibilidades que se apresentam diante dessa nova perspectiva?

A **tributação do consumo**, tradicionalmente mal vista por seu caráter regressivo, pode ser uma alternativa. Os membros da “elite do 1%” consomem mais do que o restante da população. Já que conseguem “fugir” com mais facilidade da tributação de seus rendimentos, podem, ao menos, pagar pelo que consomem. A facilidade de controle também é uma vantagem acrescida dessa forma de tributação, uma vez que dá maior visibilidade aos impostos realmente suportados por cada um.

O **imposto único sobre a renda** proposto pela **2020 Tax Commission** também merece destaque. Através dele o fluxo de renda seria tributado apenas uma vez. Trata-se de uma sugestão de reforma fiscal que – levando em conta a necessidade de os impostos serem mais **baixos, simples e transparentes** – resume bem o que se busca para o futuro da tributação.

Reconhecemos que a questão é complexa, mas entendemos que a solução passa pela **simplicificação**. Simplificar os sistemas fiscais, através de uma profunda reestruturação, permitirá a construção de novos modelos que sejam capazes de contribuir para uma efetiva redução da desigualdade entre todas as pessoas.

Bibliografia Citada

- 2020 TAX COMMISSION (2012), **The Single Income Tax – final report of the 2020 Tax Commission**, London: The Taxpayer’s Alliance.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de (2009), **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.
- ARIÑO-ORTIZ, Gaspar (2001), **Principios de Derecho Público Económico**, 2.^a ed., Granada: Comares.
- AVI-YONAH, Reuven S. (2000), “Globalization, Tax Competition, and Fiscal Crisis of the Welfare State”, **Harvard Law Review**, 113/7: 1573-1676.
- BECK, Ulrich (2008), **¿Qué es la globalización?**, Barcelona: Paidós.
- BELFIELD, Chris et al. (2014), **Living Standards, Poverty and Inequality in the UK: 2014**, London: Institute for Fiscal Studies.
- BENTO, Vítor (2011), **Economia, Moral e Política**, Lisboa: Fundação

Francisco Manuel dos Santos.

- BOURGUIGNON, François (2012), **La Mondialisation de L'inégalité**, Paris: Éditions du Seuil.
- CALDERÓN PATIER, Carmen (2004), “El Nuevo Estado del Bienestar en el Marco de la Globalización Económica: El Papel de la Política Fiscal”, **Tribuna de Economía – ICE**, 219: 229-238.
- CAMPOS, Diogo Leite (2010), “A Erosão das Bases Tributárias”, in Eduardo Paz FERREIRA, et al., org., **Crise, Justiça Social e Finanças Públicas**, IDEFF, Coimbra: Almedina, 257-261.
- (2006), **O Sistema Tributário no Estado dos Cidadãos**, Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (2012), “Sustentabilidade – Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática”, **Boletim da Faculdade de Direito**, 88/1: 1-11.
- (2010), **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.^a ed.; 8.^a reimpr., Coimbra: Almedina.
- (2007), “O Direito Constitucional como Ciência de Direção – O Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta de Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da “Contribuição Social””, **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, 2/4: 73-95.
- CARLOS, Américo Brás (2005), “Os princípios da eficácia e da eficiência fiscais”, **Ciência e Técnica Fiscal**, Lisboa, 416: 163-181.
- CASSESE, Sabino (2010), **A Crise do Estado**, Campinas: Saberes.
- CATARINO, João Ricardo (2009), **Para uma Teoria Política do Tributo**, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais.
- (2008), **Redistribuição Tributária – Estado Social e Escolha Individual**, Coimbra: Almedina.
- CATTANI, Antonio David (2014), **A Riqueza Desmistificada**, 2.^a ed.; 1.^a reimpr., Porto Alegre: Marcavisual.
- CONTIPELLI, Ernani (2010), **Solidariedade Social Tributária**, Coimbra: Almedina.
- COSTA, Carla Guapo (2010), **Crises Financeiras na Economia Mundial – Algumas Reflexões sobre a História Recente**, Coimbra: Almedina.
- DANIEL, Jean-Marc (2012), **8 Lições de História Económica- Crescimento, Crise Financeira, Reforma Fiscal, Despesa Pública**, Coimbra: Actual Editora.
- DORLING, Daniel (2013), **Injustice – Why social inequality persists**, 1.^a reimpr., Bristol: Policy Press.

- DORLING, Danny (2014), **Inequality and the 1%**, London/New York: Verso.
- ELALI, André (2010), **Incentivos Fiscais Internacionais – concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**, São Paulo: Quartier Latin.
- FARIA, José Eduardo (2011), **O Estado e o Direito Depois da Crise**, São Paulo: Saraiva.
- FARIA, Maria Teresa Barbot Veiga de (2003), “Paraísos Fiscais: formas de utilização e medidas de combate à evasão fiscal”, **Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos**, 409-410: 88-115.
- FERREIRA, Eduardo Paz (2008), “O inverno do nosso descontentamento”, **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, 1/12/8: 69-79.
- FIREBAUGH, Glenn (2003), **The New Geography of Global Income Inequality**, Cambridge/London: Harvard University Press.
- GALÁN SANCHEZ, Rosa; GARCÍA-HERRERA BLANCO, Cristina (2009), “La tributación de las inversiones extranjeras: entre la Tasa Tobin, los paraísos fiscales y los Tratados internacionales de doble imposición”, In Santiago MUÑOZ MACHADO, dir., **Derecho de la Regulación Económica – Vol VIII**, Madrid: Iustel, 449-476.
- GONÇALVES, Maria Eduarda; PATO, João; SANTOS, António Carlos dos (2013), “Debater o Estado: Bens públicos, Direitos fundamentais e qualidade da democracia”, **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, 6/ 4/13: 13-46.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass (2000), **The Cost of Rights**, New York/London: W.W. Norton.
- JUDT, Tony (2012), **Um Tratado Sobre os Nossos Actuais Descontentamentos**, Lisboa: Edições 70.
- HARDOON, Deborah (2015), “Wealth: having it all and wanting more”, Oxford: Oxfam GB, [consultado em 15.06.2015], disponível em <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/ib-wealth-having-more-190115-en.pdf>.
- KUNHOF, Michael; RANCIÈRE, Romain (2010), “Inequality, Leverage and Crises”, **IMF Working Paper**, 10/268.
- LEAL, Gabriel Prado (2011), “Exceção Económica e Governo de Crise nas Democracias”, in José Casalta NABAIS; Suzana Tavares da SILVA, coord., **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**, Almedina: Coimbra, 93-128.
- LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María (2010), **Principios Básicos de Fiscalidade Internacional**, Madrid: Marcial Pons.
- LOUREIRO, João Carlos (2013), “A “Porta da Memória”: (Pós?) Constitucionalismo, Estado (Pós?) Social, (Pós?) Democracia e (Pós?)

- Capitalismo. Contributos para uma “Dogmática da Escassez””, **Estudos do Século XX – Separatas**, 13: 109-126.
- (2010), **Adeus ao Estado Social?**, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINS, António (2013), “Estado social: uma perspectiva económico-fiscal”, **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, 6/1/13, 67-82.
- MERUSI, Fabio (2013), **Il Sogno di Diocleziano - Il diritto nelle crisi economiche**, Torino: Giappichelli.
- MOREIRA, Adriano (2014), “Crise: O Estado, a Nação, e o Globalismo”, in Eduardo Paz FERREIRA, coord., **A Austeridade Cura? A Austeridade Mata?**, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 29-36.
- MOTA, Raquel Gonçalves (2012), **Cooperação Transnacional: a troca de informações entre administrações fiscais**, Curitiba: CRV.
- (2012a), “Aspectos Relevantes da Concorrência Fiscal Internacional”, **Revista da PGFN**, 2/2: 45-70
- NABAIS, José Casalta (2011), “Da Sustentabilidade do Estado Fiscal”, in IDEM; Suzana Tavares da SILVA, coord., **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**, Almedina: Coimbra, 11-59.
- (2010), **Estudos de Direito Fiscal – Por um Estado Fiscal Sustentável – Volume III**, Coimbra: Almedina.
- (2009), **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**, reimpressão, Coimbra: Almedina.
- (2008), **Estudos de Direito Fiscal – Por um Estado Fiscal Sustentável – Volume II**, Coimbra: Almedina.
- (2005), **Estudos de Direito Fiscal – Por um Estado Fiscal Sustentável**, Coimbra: Almedina.
- (2010), “O Estado Pós-Moderno e a Figura dos Tributos”, **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, 140/3965: 80-104.
- ; SILVA, Suzana Tavares da (2014), “Pensar a Austeridade no século XXI”, in Eduardo Paz FERREIRA, coord., **A Austeridade Cura? A Austeridade Mata?**, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 741-757.
- NOVAIS, Jorge Reis (2006), **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**, Coimbra: Almedina.
- OCDE (2014), “Exposé des actions 2014”, **Project OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfiques**, [consultado em 17.06.2015], disponível em <www.oecd.org/fr/ctp/beps-expose-des-actions-2014.pdf>.
- (2012), “OECD's current tax agenda”, [consultado em 22.06.2015], disponível em <www.oecd.org/tax/OECDCurrentTaxAgenda2012.pdf>.

- (1998), “Harmful tax competition: an emerging global issue”, [consultado em 22.06.2015], disponível em <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>.
- OLIVEIRA, Maria Odete (2008), “A Troca Internacional de Informação Tributária – Funções e operacionalização”, **Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – Micelâneas**, 5: 110-135.
- PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas (2010), **Fiscalidade**, 3.^a ed.; 1.^a reimpr., Coimbra: Almedina.
- PEREIRA, Paulo Trigo et al. (2009), **Economia e Finanças Públicas**, 3.^a ed., Lisboa: Escolar.
- PEREIRINHA, José (2014), “Crise, austeridade e cidadania: os desafios a um Estado Social frágil”, in Eduardo Paz FERREIRA, coord., **A Austeridade Cura? A Austeridade Mata?**, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 955-969.
- (1997), “A (Re)Definição dos Direitos Sociais face à Crise do Estado-Providência e ao Fenómeno da Exclusão Social”, **Intervenção Social**, 15/16: 131-142.
- PIKETTY, Thomas (2014), **A Economia das Desigualdades**, Lisboa: Conjuntura Actual.
- SANCHES, Saldanha (2010), **Justiça Fiscal**, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- SANTOS, António Carlos dos (2013), “Vida, Morte e Ressurreição do Estado Social? ”, **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, Ano VI, Número 1: 35-65.
- (2010), “Térmitas Fiscais e Centros Financeiros Offshore & Onshore: A leste dos paraísos”, In Eduardo Paz FERREIRA, et al., org., **Crise, Justiça Social e Finança Públicas**, IDEFF, Coimbra: Almedina, 263-279.
- (2003), **Auxílios de Estado e Fiscalidade**, Coimbra: Almedina.
- SCHUMPETER, Joseph A. (2000), “La Crisis del Estado Fiscal”, **Revista Española de Control Externo**, 2/5: 141-192.
- SILVA, Filipe Carreira da (2013), **O Futuro do Estado Social**, Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- SILVA, João Nuno Calvão da (2008), **Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral**, Coimbra: Almedina.
- SILVA, Suzana Tavares da (2014), **Direitos Fundamentais na Arena Global**, 2.^a ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- (2013a), **Direito Fiscal – Teoria Geral**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- (2013b), “O problema da **justiça intergeracional** em jeito de comen-

- tário ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/2013”, **Cadernos de Justiça Tributária**, 0: 6-18.
- (2012), “Regulação económica e Estado Fiscal: o estranho caso de uma relação difícil entre “felicidade” e garantia do bem-estar”, **Scientia Iuridica**, 61/238: 113-140.
- (2011), “Sustentabilidade e Solidariedade em Tempos de Crise”, in José Casalta NABAIS; Suzana Tavares da SILVA, coord., **Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise**, Almedina: Coimbra, 61-92.
- (2010), “O princípio (fundamental) da eficiência”, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, número especial: 519-544.
- SKIDELSKY, Robert; SKIDELSKY, Edward (2013), **How Much Is Enough? – Money and the Good Life**, London: Penguin Books.
- SOARES, Rogério Ehrhardt (2008), **Direito Público e Sociedade Técnica**, Coimbra: Tenacitas.
- STIGLITZ, Joseph E. (2014), **O preço da desigualdade**, Lisboa: Bertrand.
- (2010), **O Mundo em Queda Livre**, São Paulo: Companhia das Letras.
- (2004), **Globalização: a grande desilusão**, 3.^a ed., Lisboa: Terramar.
- TANZI, Vito (2001), “La Globalización y la Acción de las Térmitas Fiscales”, **Finanzas y Desarrollo**, 38: 34-37.
- TEIXEIRA, Glória (2013), “Políticas Fiscais no Século XXI: as especificidades dos países periféricos”, **Cadernos de Justiça Tributária**, 1: 4-9.
- TORRES, Ricardo Lobo (2008), “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, in Ingo Wolfgang SARLET; Luciano Benetti TIMM, org., **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 69-86.
- UNIÃO EUROPEIA (2009), “Relatório sobre a promoção da boa governança em questões fiscais”, Bruxelas: Comissão de Assuntos Económicos e Monetários.
- XAVIER, Cecília (2006), **A Proibição da Aplicação Analógica da Lei Fiscal no Âmbito do Estado Social de Direito – Reflexões**, Coimbra: Almedina.

ÍNDICE

SUSTENTABILIDADE NÃO É AUSTERIDADE: CONSTITUCIONALISMOS EM TEMPOS DE CRISE.....	11
--	----

Miguel Calmon Dantas

1. Da Era dos Direitos para a Era da Austeridade.....	13
2. Tempos de crise, escassez e constitucionalismo	20
2.1. A Crise econômica contemporânea	27
2.2. Os constitucionalismos e o enfrentamento da crise e das medidas de austeridade	39
3. A Sustentabilidade não legitima a Austeridade nos quadros dos constitucionalismos	58
4. Conclusão.....	63

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1923, DE 2015.....	71
---	----

Paulo Modesto

1. A ADI 1923: sua relevância para além do imediato.....	72
2. Organização Social: conceito jurídico ambíguo	80
3. Exigências para a obtenção do título de organização social da Lei Federal n.º 9.637/98.....	87
4. Função dos títulos jurídicos conferidos a entidades privadas sem fins lucrativos	98
5. Cautelas e condicionamentos adotados pelo título de organização social	103
6. A ADI 1923: argumentos de ataque à lei das organizações sociais e tramitação da ação	108
7. As conclusões da ADI 1923	115
7.1. Premissa geral: Estado social não é redutível a fórmulas estáticas	115
7.2. Aos serviços públicos sociais não se aplica o Art. 175 da CF e sim o fomento	118
7.3. A qualificação das organizações sociais: discricionariedade estreitada	120
7.4. O regime jurídico do contrato de gestão entre o Poder Público e a organização social	123

7.5. Os procedimentos objetivos de compras das entidades fomentadas	125
7.6. O sistema de controle sobre as organizações sociais	128
8. Conclusão	129

DIREITOS SOCIAIS PARA ALÉM DA ESTRITA NORMATIVIDADE OU COMO NÃO SE PRENDER AO VAZIO POLÍTICO DOS TEXTOS LEGAIS. O DILEMA DA SUSTENTABILIDADE POLÍTICA NO ESTADO SOCIAL	139
--	-----

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

1. Introdução	141
2. Sustentabilidade Política como Conceito da Hipermodernidade	142
3. Sustentabilidade Política e Constitucionalização do Direito	151
4. Sustentabilidade Política e Tentação das Minorias	164
5. Direitos Sociais, Intervenção Legislativa e Atuação Judicial	183
6. Considerações Finais	209

TRIBUTAÇÃO E REDUÇÃO DA DESIGUALDADE. AINDA UM CAMINHO POSSÍVEL?	217
---	-----

Raquel Gonçalves Mota

1. Introdução	219
2. A tributação e os desafios ao Estado Social	220
3. Efeitos da globalização nos sistemas fiscais nacionais	230
4. Crise econômico-financeira global e sustentabilidade fiscal	238
5. Tributação e redução da desigualdade: ainda um caminho possível?	248
6. Considerações finais	258

(Página deixada propositadamente em branco)

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA



Grupo de investigação do IJ

Crise, Sustentabilidade e Cidadanias

• U



C •

