



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

EDUARDO ANTÔNIO DIAS CRISTINO

**A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E OS CUSTOS DOS DIREITOS NO BRASIL:
REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE**

FORTALEZA

2019

EDUARDO ANTÔNIO DIAS CRISTINO

**A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E OS CUSTOS DOS DIREITOS NO BRASIL:
REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof.^a. Dr.^a Gretha Leite Maia.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C951c Cristino, Eduardo Antônio Dias.
A Constituição econômica e os custos dos direitos no Brasil : reflexões sobre a crise do constitucionalismo dirigente. / Eduardo Antônio Dias Cristino. – 2019.
57 f. : il. color.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia.
1. Constituição dirigente. 2. Ordem econômica. 3. Direitos fundamentais. 4. Custos dos direitos. 5. Gastos públicos. I. Título.

CDD 340

EDUARDO ANTÔNIO DIAS CRISTINO

**A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E OS CUSTOS DOS DIREITOS NO BRASIL:
REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Gretha Leite Maia (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Dr.^a Lígia Maria Silva Melo de Casimiro
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Ao meu pai, Gerardo, por me inspirar tanto ao
colocar tudo de si naquilo que faz.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Gerardo, por ser exemplo de força, trabalho e amor a causas engrandecedoras, e por iluminar nossos dias com sua presença e humanidade. À minha mãe, Ivone, cuja sabedoria e sensibilidade dão o justo equilíbrio para enfrentar os desafios do cotidiano, sempre me confortando com suas palavras e orações. Se tive méritos, foi por ser arrastado pelo exemplo de vocês ao longo da vida. À minha segunda mãe, Lúcia, pelo amor em sua forma mais pura.

À minha irmã, Eva, pelo companheirismo, dedicação, espírito leve e por me inspirar, tanto na vida acadêmica quanto pessoal. E falando em inspiração, ao Alex, pela amizade, disponibilidade e pelas conversas sempre instigantes. Sou muito feliz e grato por tê-los comigo. A vocês, todo o afeto e reconhecimento.

À Jamine, por ser minha companheira de luta, de sonhos e de fé, e em quem deposito um amor tão grande. A que esteve mais perto de mim nessa caminhada, ouvindo minhas angústias, e compartilhando as grandes felicidades. Obrigado pela inspiração diária, pela serenidade e pelo sentimento gigantesco que você carrega no peito, só comparável com o tamanho de sua força.

Ao meu primo Dante, pela irmandade construída há tantos anos, e pelo apoio em meus anos de graduação. Você tornou a caminhada mais leve, me proporcionando momentos de grande felicidade.

Ao João, tia Glorinha, João Filho e Yasmine, pela torcida, pela acolhida sempre calorosa na casa que considero meu segundo lar e pelos ensinamentos que levarei para toda a vida. Saber que estão ao meu lado tem um valor inestimável.

Aos amigos que fiz nesses cinco anos de graduação, com quem compartilhei aprendizados, alegrias e, até hoje, sei que posso contar. Obrigado, Ana Sabrina, Mayara, Débora, Raquel, Tailândia, Clóvis e Ivens. Faço um agradecimento especial à Geórgia Oliveira, a quem devo meus primeiros passos no mundo da pesquisa acadêmica, e que se tornou uma amiga leal para todas as horas. E também ao Alex Nogueira pela confiança, parceria e por me inspirar com sua humanidade e força de caráter.

A todos que fizeram e fazem parte do Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária - NAJUC, projeto de extensão que tornou “meu delírio a experiência com coisas reais”. Não há palavras que possam descrever como sou grato pelo aprendizado que tive ao lado de pessoas

tão valorosas e aguerridas. Obrigado pelo anos vividos, Carol, Gláucia Maria, Ívina, Alberto, Camila, Gláucia Sayuri, Thaís e Lara. Agradeço também aos novos membros que me deram o prazer de conhecê-los, ainda que nossa convivência tenha sido tão breve. Obrigado, Isabella, João Vito, Eric, Ruth, Victor Ariel, Layessa e Sarah. Levarei todos em meu coração.

A todos que constroem a Defensoria Pública da União, instituição admirável e que presta um papel tão importante na promoção dos direitos fundamentais. Agradeço especialmente aos membros do Ofício Regional de Direitos Humanos, na pessoa da defensora Lídia Nóbrega e das assessoras Raquel Neiva e Roberta Castro. Ademais, agradeço ao defensor Carlos Henrique pelo rico aprendizado no campo previdenciário e aos servidores Isac e Karulina pelo apoio nas tardes de atendimento ao público. Obrigado, Ana Karla e Joyce, pela ajuda de todas as horas e pelos momentos de diversão, e, por fim, agradeço a todos os colegas estagiários com quem convivi e aprendi tanto.

Ao Professor Fernando Basto Ferraz, com quem tive a oportunidade de trabalhar como monitor na disciplina de Ciência Política e Teoria do Estado, no ano de 2015. Ao seu lado, descobri a paixão pela docência que me anima até os dias de hoje.

Aos Professores Raul Nepomuceno e Lígia Melo, que tão gentilmente aceitaram compor esta banca de monografia e contribuir com seu conhecimento, honestidade intelectual e competência no que fazem. São profissionais como vocês que nos enchem de esperança em uma nova docência.

À Professora Gretha Leite, pela tão esmerada orientação desde meu segundo semestre como graduando. Seu conhecimento diferenciado, disponibilidade e, mais uma vez, honestidade intelectual ainda despertam em mim importantes reflexões e o desejo de continuar me debruçando sobre as grandes questões de nosso tempo. É com grande alegria, então, que encerro este ciclo sabendo que estive ao lado dos melhores.

Por fim, agradeço a todos os funcionários que trabalham para tornar a Faculdade de Direito um ambiente melhor, e possibilitam o desenvolvimento das atividades de nossa graduação. E aqui, faço um agradecimento especial ao Moisés Souza (Xuxu) pela ajuda de todos os momentos e ao Caio de Lima pela amizade que ultrapassou os muros da faculdade.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar o fenômeno da Constituição econômica, enquanto expressão de um processo de conformação jurídica do sistema capitalista, que remonta ao nascimento do Estado moderno. Busca compreender os fatores que levaram à previsão de uma ordem econômica nas Constituições dos Estados Liberal e Social, a relação entre Constituição econômica e dirigente, e como se deu a construção da Ordem Econômica constitucional de 1988. Na esteira dessa análise, o trabalho define a Constituição de 1988 como uma Constituição dirigente, dotada de uma Constituição econômica que consagra um modelo de bem-estar. Mas a partir da problemática da escassez de recursos públicos que se agrava no Brasil nos últimos anos, o trabalho questiona a preservação do caráter dirigente da Constituição, ao confrontar a Emenda Constitucional nº 95/2016 com os fundamentos e objetivos estabelecidos na Constituição econômica. Para tanto, utiliza a teoria dos custos dos direitos de modo a fundamentar a ideia de que medidas tendentes a reduzir o investimento público em áreas sociais têm o condão de inviabilizar a concretização dos direitos fundamentais. Não obstante os direitos sociais serem os mais impactados por essas medidas, o trabalho defende que todos os direitos demandam prestações públicas, inclusive os direitos individuais, e essa compreensão permite analisar com mais rigor como se baseiam as escolhas tomadas pelos poderes públicos em um contexto de escassez de recursos. Por fim, conclui pelo esvaziamento da Constituição dirigente de 1988 diante de reformas fiscais, como a estabelecida pela Emenda Constitucional nº 95/2016, a qual é representativa da tensão entre o novo modelo de acumulação capitalista no século XXI e o paradigma da Constituição dirigente.

Palavras-chave: Constituição econômica. Capitalismo. Direitos fundamentais. Custos.

ABSTRACT

The present work aims to investigate the economic Constitution as an expression of the juridical conformation of the capitalism. It intends to understand the emergence of an economic order in the Constitutions of the Liberal and Social States, the relation between the economic and the leader Constitutions, and how was built the Economic Order in Brazilian Constitution of 1988. In this sense, the work defines the Brazilian Constitution of 1988 as a leader Constitution, which has an economic Constitution that provides a welfare state. But in the recent years, the scarcity of public resources in Brazil has got worse, and the choices taken by State to overcome the crisis led the work to question the preservation of the leader character of the Constitution. As an example, the work identifies a conflict between the Constitutional Amendment No. 95/2016 and the objectives of the welfare state guaranteed by the economic Constitution. Also, it was used the theory of the costs of rights to support the idea that public measures aimed to reduce investment in social areas have the power to prevent the realization of fundamental rights. Although social rights are the most affected by these tragic choices, the work argues that all rights require public resources, including individual ones. This understanding allows a more rigorous analysis of the choices made by public authorities in a context of resource scarcity. Finally, the work concludes by the fading of the leader Constitution of 1988 in the face of fiscal reforms, such as the promoted by Constitutional Amendment No. 95/2016, which composes the rules of the new pattern of capitalist accumulation.

Keywords: Economic Constitution. Capitalism. Fundamental Rights. Costs.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ECONÔMICA DE 1988: A CONSTRUÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	11
2.1 Da Constituição Liberal à Teoria da Constituição Dirigente	11
2.2 A Constituição Econômica de 1988 e a legitimação do modo de produção capitalista	15
2.3 Os princípios da Ordem Econômica em debate na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88.....	20
3 A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: REFLEXÕES SOBRE A ESCASSEZ DE RECURSOS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.1 Ainda é necessário falar sobre direitos fundamentais: algumas premissas importantes.....	27
3.2 Escassez de recursos, escolhas trágicas e a conformação jurídica desses fenômenos.	30
3.3 “Todos os direitos são positivos”: a teoria dos custos dos direitos e suas implicações para o pensamento jurídico nacional.	35
4 A EMENDA DOS GASTOS PÚBLICOS E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE INVERTIDA	42
4.1 A emenda dos gastos públicos sob a ótica da teoria dos custos dos direitos.....	42
4.2 A Constituição dirigente invertida: um fenômeno da periferia do capitalismo.	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

As décadas que se seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988 foram marcadas por mudanças de expectativa. Do otimismo em relação a um texto constitucional democrático e declaradamente comprometido com os direitos fundamentais, passou-se a um desencantamento em torno das promessas dos constituintes. Estes elaboraram um documento que, além de dispor sobre direitos e garantias, estabelece objetivos a serem perseguidos pelas gerações futuras. Objetivos relacionados à erradicação da pobreza, ao desenvolvimento nacional e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Em suma, se consagrou um modelo de bem-estar.

Esse conjunto de preceitos insere a Constituição de 1988 na tradição das Constituições dirigentes que marcaram o Estado Social no século XX. Não por acaso, uma das características de tal modelo era a intervenção do Estado no domínio econômico, de modo a criar as condições necessárias para a realização das finalidades constitucionais. No entanto, após trinta anos de intensa adesão ao discurso constitucionalista, o Brasil vive um período de esgotamento da capacidade do Estado de cumprir os mandamentos da Carta de 1988, fenômeno que é agravado por reformas fiscais tendentes a reduzir o investimento público em áreas sociais.

A partir dessas considerações, questiona-se: de que forma o sistema econômico influencia na concretização dos objetivos de uma Constituição dirigente? Como, historicamente, a ordem econômica foi tratada pelas Constituições dos Estados Liberal e Social, e pela Constituição brasileira de 1988? Em que medida a ausência de recursos públicos afeta a realização dos direitos fundamentais? Todos os direitos implicam em custos para o Estado? Os preceitos da Constituição econômica ainda norteiam a atuação dos legisladores ou há um progressivo esvaziamento da Constituição dirigente?

Diante das questões apresentadas, o presente trabalho buscou investigar a conformação jurídica da economia feita pelas Constituições modernas, de modo a identificar os fatores que levaram à construção da ordem econômica constitucional brasileira. Ademais, pretendeu examinar como a escassez de recursos públicos pode afetar a concretização dos direitos fundamentais, enfocando no aspecto dos custos como essencial à caracterização desses direitos.

A metodologia utilizada foi a de análise bibliográfica, por meio do estudo da literatura envolvendo os temas abordados, sendo feito, também, um resgate das discussões havidas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 sobre os princípios da Ordem

Econômica. Foram utilizados como referenciais teóricos os estudos em torno dos conceitos de Constituição econômica e dirigente, bem como o desenvolvimento da teoria dos custos dos direitos enquanto nova abordagem sobre o problema da efetividade dos direitos fundamentais.

No primeiro capítulo, buscou-se analisar o fenômeno das Constituições dirigentes e econômicas no contexto do Estado Liberal e Social, e a relação histórica entre o modo de produção capitalista e a ordem jurídica moderna. Demonstrou-se, também, como a Constituição brasileira se insere nos conceitos apresentados, e como se deu a construção da ordem econômica constitucional de 1988. Nesse momento do estudo, foram expostas algumas das discussões da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 que culminaram na definição dos princípios da Ordem Econômica, constantes no art. 170 da CF/88.

No segundo capítulo, foi trabalhada a dimensão econômica dos direitos e garantias fundamentais, sendo feito, inicialmente, um breve panorama da teoria dos direitos fundamentais predominante no Brasil, com destaque para a classificação entre direitos positivos e negativos. Em seguida, se situou a problemática da escassez de recursos nas sociedades e como o Direito, geralmente, recepciona esse fenômeno. Ao final, foi apresentada a teoria dos custos dos direitos, e como ela pode contribuir para se compreender o conflito entre escassez de recursos e a necessidade de efetivar direitos.

Por fim, no último capítulo foi analisada a Emenda Constitucional nº 95/2016, e o possível esvaziamento da Constituição dirigente e econômica de 1988. A exposição dos dois capítulos anteriores buscou fornecer os elementos necessário para se chegar a essa discussão, pois tanto se fez a leitura da EC nº 95/2016 à luz da teoria dos custos dos direitos, como se investigou a preservação do caráter dirigente da Constituição Federal.

2 A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ECONÔMICA DE 1988: A CONSTRUÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Este capítulo tem por objetivo analisar a Constituição de 1988 a partir do referencial das teorias do constitucionalismo dirigente e da Constituição econômica, identificando suas principais características e processos históricos de formação. Para tanto, será feito um resgate da evolução do constitucionalismo moderno até a formulação da teoria da Constituição dirigente e sua relação com o conceito de Constituição econômica. Em seguida, se justificará como a Constituição de 1988 se insere nos conceitos apresentados, em especial a Ordem Econômica constitucional. Ademais, será feito um estudo das discussões ocorridas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 que levaram à definição dos princípios da Ordem Econômica.

2.1 Da Constituição Liberal à Teoria da Constituição Dirigente

A promulgação da Constituição Federal de 1988 marca uma importante mudança no constitucionalismo nacional. Até meados do século XX, predominava a ideia de que as Constituições não eram normas jurídicas, mas proclamações políticas, que se destinavam a inspirar a atuação do legislador, sem incidir diretamente sobre as relações sociais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

No Brasil, essa mudança de perspectiva tem ocorrido de forma tardia, no que muito se deve ao histórico de autoritarismo que permeia a elaboração de nossas Constituições, cujo distanciamento da realidade acabava por levar à descrença da sociedade em relação ao caráter prescritivo desses documentos.

Como exemplo, basta lembrar que a Constituição de 1824 falava em igualdade, mas a principal instituição do país era a escravidão; a de 1891 instituía o sufrágio universal, mas as eleições eram comumente fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas, enquanto ela vigorou, o Congresso esteve fechado e o presidente legislava por decretos; a Carta de 1967/69 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas o *habeas corpus* havia sido suspenso em relação aos crimes políticos, e as prisões ilegais e desaparecimentos forçados campeavam nos porões do regime militar.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 foi responsável por coroar a transição de um regime autoritário e violento para um novo, que reivindica a promoção dos direitos fundamentais e a defesa da democracia. Para tanto, se fez necessária a adesão a um modelo de

constitucionalismo que reconhece a feição normativa das Constituições, e é fortemente influenciado pelo ideário do Estado Social. Tomou forma, no Brasil, uma autêntica *Constituição dirigente*.

Contudo, após 30 anos de sua promulgação, pergunta-se se a Constituição de 1988 foi, de fato, capaz de operar mudanças na relação entre Estado e sociedade a ponto de poder ser encarada como um texto de caráter prescritivo. Responder a essa provocação demanda que se investigue o cumprimento das promessas constitucionais e, inevitavelmente, leva ao questionamento do próprio adjetivo dirigente que é atribuído à nossa Constituição. Ainda há uma Constituição dirigente no Brasil?

Mas antes de se aprofundar sobre a experiência nacional desse fenômeno, se faz necessário expor, em linhas gerais, que fatores determinaram a elaboração de uma teoria da Constituição dirigente e no que ela consiste.

Sabe-se que o constitucionalismo é um produto da modernidade, e sua primeira expressão foi como um movimento político de base liberal, que, inspirado nas revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, objetivava o estabelecimento de mecanismos que limitassem o exercício do poder político, impedindo o arbítrio dos governantes. As Constituições surgiram para cumprir esse papel, e, para isso, deveriam possuir normas com dois conteúdos: a instituição de direitos individuais e a organização do Estado de acordo com a separação de poderes.

Portanto, até o início do século XX, a teoria da Constituição entendia que os documentos normativos que não tratassem dessas matérias não podiam ser considerados constitucionais, sendo desenvolvido um verdadeiro conceito ideal ou material de Constituição.

Todavia, com o fim da Primeira Guerra Mundial, as Constituições passaram a contar com algumas características em comum, como a “declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais ou direitos de prestação, ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos” (BERCOVICI, 2005, p. 11).

Essas Constituições se afastaram da matriz liberal, inspiradora do constitucionalismo clássico, e inauguraram um novo movimento conhecido como “constitucionalismo social”, que se estabelece em boa parte dos estados europeus e em alguns estados americanos. Com a pluralidade de temas que passam a ser versados pelos textos constitucionais, ocorre uma reformulação das próprias funções do Estado, o qual avoca para si

o cumprimento de programas e objetivos a serem executados para e com a sociedade, daí surgindo as chamadas Constituições dirigentes.

Pode-se afirmar que “o núcleo da ideia de Constituição dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional” (BERCOVICI, 2005, p. 35). Em outras palavras, as Constituições devem conter não só normas que determinam limites e processos para a atividade política, mas também normas definidoras de finalidades políticas e econômicas. Portanto, o objetivo de uma teoria da Constituição dirigente é investigar a vinculação do Estado e da sociedade a esse tipo de programa constitucional transformador.

Um dos autores que mais contribuiu para a formulação dessa teoria foi o português José Joaquim Gomes Canotilho, cuja obra “A Constituição dirigente e a vinculação do legislador” influenciou a própria elaboração da Constituição brasileira de 1988. Segundo Canotilho (2001, pp. 169-170):

a Teoria da Constituição assume-se como teoria da constituição dirigente enquanto problematiza a tendência das leis fundamentais para: (1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (2) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direção) do processo político-social.

Neste sentido, a Constituição de 1988 é, claramente, uma Constituição dirigente, como se pode perceber da fixação dos objetivos da República no seu art. 3º (BRASIL, 1988):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses princípios fundamentais, segundo Bercovici (2005, p. 36), “têm a função de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado, que o individualiza, pois esta diz respeito ao tipo de Estado, ao regime político, aos valores inspiradores do ordenamento, aos fins do Estado, etc.”

Uma vez fixados esses pontos, cumpre trazer uma questão que permanece latente para a teoria da Constituição dirigente que é, exatamente, identificar em que medida o conteúdo fixado no programa constitucional determina a atividade legislativa, ou o teor das decisões políticas tomadas pelas gerações futuras. E esse questionamento leva à pergunta feita acima: após 30 anos da promulgação Constituição de 1988, ainda se pode considerar que há uma Constituição dirigente no Brasil?

Para saber até que ponto o dirigismo constitucional brasileiro foi capaz de alcançar seus objetivos, se faz necessário investigar como a própria Constituição tratou os mecanismos essenciais à concretização de suas promessas. Assim, o campo escolhido para análise foi o da ordem econômica constitucional, pois, como será demonstrado, há uma íntima vinculação entre os conceitos de Constituição dirigente e Constituição econômica.

Ademais, como destaca Eros Grau (2012, p. 19), o Estado moderno nasce “sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado”. Entende-se como essencial, portanto, uma análise das características da Constituição econômica de 1988 para que se possa saber se, atualmente, esses preceitos ainda norteiam a atuação dos legisladores ou se há um progressivo esvaziamento da Constituição dirigente.

Isso porque não basta se apoiar no dirigismo constitucional para que os problemas estruturais do Brasil sejam solucionados. É fundamental compreender as determinações históricas, políticas e econômicas que levaram, tanto à caracterização da Constituição de 1988, como às suas modificações posteriores. Nesse sentido, concordamos com as considerações de Bercovici (2005, pp. 40 e 41) acerca dos problemas em torno do chamado instrumentalismo constitucional:

Para resistir às críticas e às tentativas de enfraquecimento e desfiguração da Constituição de 1988 é necessário sair do instrumentalismo constitucional a que fomos jogados pela adoção exageradamente acrítica da Teoria da Constituição Dirigente, que é uma teoria da Constituição autocentrada em si mesma. Ela é uma, teoria "auto-suficiente" da Constituição. Ou seja, criou-se uma Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado.

Essa reflexão se reveste de importância na medida em que conclui que, nem a Constituição, nem qualquer outra lei, pode ser encarada como a panaceia para nossas problemáticas. Assim, embora sua juridicidade seja essencial, a Constituição precisa ser compreendida em interação com outros elementos, e, no presente trabalho, o destaque será dado aos aspectos econômicos que atravessam seu texto. Soma-se a isso a contribuição que a teoria dos custos dos direitos pode fornecer para uma análise minimamente comprometida com as interferências do econômico no processo de construção do Direito.

Além disso, importa destacar que as discussões acerca da relação entre a Constituição dirigente e seu perfil econômico repercutem diretamente nos debates acerca da efetivação dos próprios direitos fundamentais, os quais, como já mencionado, representam uma das principais marcas da atual Constituição brasileira.

Por fim, como bem destaca Maia (2016, p. 196), “é apenas na arena da política que se pode compreender o âmago das questões ligadas a direitos e privilégios, à efetivação e à resistência, à universalização de direitos e à restrição ou exclusão de direitos”. É com base nesses referenciais que passamos para uma análise da Constituição econômica de 1988 e da ordem econômica que ela estabelece.

2.2 A Constituição Econômica de 1988 e a legitimação do modo de produção capitalista

Conforme já referido, o Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Em sendo o constitucionalismo também um produto da modernidade, para que se possa compreender a importância da análise da ordem econômica constitucional que será feita, é necessário expor as íntimas relações entre a construção do direito moderno e o surgimento do modo de produção capitalista.

Primeiramente, o mercado deve ser compreendido como uma criação histórica da humanidade, surgido a partir de determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas. Nesse sentido, tanto o Estado como o mercado são espaços ocupados por formas distintas do poder social.

Por outro lado, o mercado também é uma *ordem*, pois seu funcionamento demanda a obediência de determinadas condutas pelos agentes que nele atuam. E tal regularidade só pode ser assegurada a partir do estabelecimento de padrões objetivos de comportamento, cujo desvio sujeita-se à imposição de sanções politicamente organizadas. Daí porque a exigência de um sistema de normas jurídicas integrado em relação a determinado território é essencial para o funcionamento e desenvolvimento dos mercados.

Em outras palavras, o modo de produção capitalista exige, para a satisfação de seus interesses, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral, e, assim, coloca o direito positivo a seu serviço. Direito este que é racional porque permite a instalação de um horizonte de previsibilidade em relação aos comportamentos humanos, o que não seria possível enquanto as decisões do príncipe ou monarca fossem subjetivamente tomadas, ainda que com fundamento na equidade (GRAU, 2012).

No direito moderno, o fundamento passa a ser a lei, cuja abstração e generalidade garantem o indivíduo contra a arbitrariedade estatal e conferem uma mínima previsibilidade no comportamento dos agentes econômicos. Essa dupla garantia demandada pelo capitalismo – contra o Estado e a favor do mercado – assume as vestes, não por acaso, na doutrina do liberalismo político e econômico, respectivamente.

Em suma:

a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos (GRAU, 2012, p. 35).

É possível, a partir de então, identificar o elo entre a racionalidade jurídica do direito moderno e a afirmação da primazia das autonomias individuais, que envolveu as declarações de direitos, o movimento do constitucionalismo liberal, e os princípios da separação dos poderes e da legalidade. Essa relação já era identificada pelos teóricos do século XIX, com destaque para o pensamento marxiano¹ e a tradição marxista do século XX. Nesse sentido, em sua “Teoria geral do direito e marxismo”, Pachukanis (2017, p. 83) já afirmava que “o homem se transforma em sujeito de direito por força daquela mesma necessidade em virtude da qual o produto natural se transforma em mercadoria dotada de enigmática qualidade de valor”. Fixados esses pontos, em especial a afirmação de o mercado ser uma instituição jurídica constituída pelo Direito Positivo, passemos à análise da Constituição econômica.

Segundo Bercovici (2005, p. 13), “as Constituições Econômicas caracterizam-se pela presença do econômico no texto constitucional, integrado na ideologia constitucional”, a partir da qual se elaboraria a política econômica do Estado. Também podem ser conceituadas como “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia” (MOREIRA, 1974, p. 35).

¹ Por pensamento marxiano faço alusão aos próprios escritos de Karl Marx. No debate aqui travado, é de grande destaque a obra “Sobre a questão judaica”, de 1843, na qual Marx já revela o caráter ideológico subjacente às declarações de direitos do século XVIII. Segundo ele, “a *constituição do Estado político* e a dissolução da sociedade burguesa nos *indivíduos* independentes – cuja relação é baseada no direito, assim como a relação do homem que vivia no estamento e na guilda era baseada no privilégio – se efetiva *em um só e mesmo ato*” (MARX, 2010, p. 53).

Não obstante ter ganhado evidência durante o constitucionalismo social, o fenômeno da Constituição econômica esteve presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX. Durante esse período, predominava a crença na existência de uma ordem econômica natural, fora das esferas jurídica e política, que não precisaria ser garantida pela Constituição. Apesar disso, todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos que garantiam os fundamentos daquele sistema, como a liberdade de comércio e indústria, a liberdade contratual e, principalmente, o direito de propriedade.

Com o advento do constitucionalismo social no século XX, as Constituições passaram a conter uma expressão formal da Constituição econômica, cujas disposições foram sistematizadas em um capítulo próprio, em geral chamado “Da Ordem Econômica”. Como exemplo, podemos citar a Constituição Mexicana, de 1917, que “deu amplo destaque aos direitos dos trabalhadores, pela primeira vez positivados em nível constitucional, e, em virtude das reivindicações da Revolução Mexicana, (...) deteve-se com muita atenção sobre a função social da propriedade e a reforma agrária” (BERCOVICI, 2005, p. 14).

Contudo, a mais célebre dessas novas Constituições foi a Constituição alemã de Weimar, de 1919, que era dividida em duas partes: uma sobre a “Organização do Estado” e outra sobre os “Direitos e Deveres dos Alemães”. Nesta segunda parte estavam prescritos, ao lado dos direitos individuais, os direitos sociais, com seções dedicadas à educação e cultura, e à vida econômica.

Mas a principal diferença que surge a partir do constitucionalismo social do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição econômica, é o fato de que essas novas Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. São positivadas tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social no intuito de se atingir certos objetivos, daí surgindo o conceito já trabalhado de Constituição dirigente.

E esse fenômeno ganha força quando a estrutura econômica se revela problemática, caindo a crença na harmonia estabelecida pela autorregulação do mercado. Assim, a característica essencial da atual Constituição econômica, uma vez que as disposições econômicas sempre existiram nos textos constitucionais, é “a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva no interior de uma Constituição Dirigente” (BERCOVICI, 2005, p. 34).

No entanto, não podemos perder de vista que as mudanças pelas quais passou o movimento constitucionalista, e que culminaram na reformulação do perfil das Constituições econômicas, são reflexos de mudanças e adaptações reclamadas pelo próprio modo de produção capitalista. Conforme o liberalismo mostrava suas imperfeições, na passagem do século XIX para o século XX, e os mercados se mostravam cada vez mais incapazes de se autorregular, eram atribuídas novas funções ao Estado. Nas palavras de Eros Grau (2012, pp. 26 e 27):

[a extensão dessas funções] manifesta-se como exigência do processo de acumulação de capital, redobrada quando a realização do desenvolvimento é erigida à condição de ideal social. Em um quadro no qual por um lado a força de trabalho /mercadoria é o único bem que constitui propriedade de largas parcelas da população e, por outro, era imperiosa a necessidade de formação de poupanças para a reprodução do capital, por força se havia de convocar o Estado para suprir as insuficiências do sistema.

No desempenho do seu novo papel de agente promotor de políticas públicas, o Estado enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Assim, conclui-se que tal atuação “não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição (...) que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico” (GRAU, 2012 p. 43), e uma das formas de fazê-lo é através da introdução, a nível constitucional, de um conjunto de normas definidoras de um determinado modo de produção. É essa a parcela da ordem jurídica conhecida como *ordem econômica*.

Feitas essas considerações, já é possível afirmar que a Constituição de 1988 tem, claramente, uma Constituição econômica, no interior de uma Constituição dirigente. Além disso, seguindo a tradição do constitucionalismo social, ela destina expressamente seu Título VII para a Ordem Econômica e Financeira, a qual é dividida em quatro capítulos: dos Princípios Gerais da Atividade Econômica; da Política Urbana; da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária e do Sistema Financeiro Nacional, sendo que este último teve quase todas as suas disposições revogadas pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003, passando a matéria a ser regulada por leis complementares.

Embora tais temas não estejam restritos ao Título VII do texto constitucional, é nele que estão os principais dispositivos relativos à configuração jurídica da economia e à atuação do Estado no domínio econômico, com destaque para o art. 170, que elenca os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira (BRASIL, 1988):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Como bem adverte Grau (2012), em sendo o enunciado do art. 170 da Constituição claramente normativo, assim ele deverá ser lido: as relações econômicas — ou a atividade econômica — deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...

Ao declarar que a valorização do trabalho e a livre iniciativa devem nortear a ordem econômica, a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Mas, segundo Silva (2003, p. 764):

embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. I a, IV).

Além disso, a Constituição enuncia, no mesmo artigo, nove princípios que funcionam como verdadeiros preceitos condicionadores da atividade econômica. Enquanto alguns estabelecem objetivos a serem perseguidos, como a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais, outros reforçam fundamentos da própria República, como a soberania nacional, que, do ponto de vista econômico, sinaliza o desejo do constituinte de que o Brasil promova “a ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos” (SILVA, 2003, p. 768).

A partir dessas considerações, já é possível concluir que a Constituição Federal de 1988 define um modelo econômico de bem-estar (GRAU, 2012). Todavia, para a análise que se pretende fazer, não basta se limitar aos enunciados do texto constitucional, e, tampouco, é nosso objetivo comentá-los. O que importa é expor os princípios básicos da ordem econômica constitucional, que, ao final serão confrontados com medidas estatais tendentes a esvaziá-los, como a Emenda Constitucional nº 95/2016.

Mas, além disso, é importante ressaltar que o próprio processo de elaboração da Ordem Econômica na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 foi um espaço de embates

políticos entre as forças que compuseram suas comissões e subcomissões. Sendo a Constituição o documento que reúne as tentativas de consenso entre seus elaboradores sobre os temas nela tratados, é de se esperar que os mais variados projetos para uma ordem econômica tenham sido trazidos para a discussão naquele momento, tanto conservadores como progressistas.

Assim, com o objetivo de demonstrar que a ordem econômica constitucional foi, desde sua elaboração, uma importante arena de disputa, será feito um breve resgate dos debates travados ao longo da Assembleia Nacional Constituinte em torno desse tema, com destaque para as mudanças que o art. 170 sofreu até atingir seu formato final.

2.3 Os princípios da Ordem Econômica em debate na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88

De início, cabe destacar que o movimento que resultou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 nasceu no contexto da crise do regime militar e de sua lenta transição rumo à democracia. Esse processo não foi liderado pelos setores mais radicais da sociedade, mas por uma união entre as forças moderadas que davam suporte ao governo militar e que se opunham a ele. Tratou-se de modelo conhecido como “transição com transação”, no qual as mudanças foram negociadas, não resultando de rupturas violentas.

Em 1985, com a eleição ainda indireta de Tancredo Neves e José Sarney, um líder moderado da oposição e uma antiga liderança civil do regime militar, respectivamente, dá-se mais um passo para a convocação da Constituinte. Essa promessa de campanha não foi adiada nem com o falecimento precoce de Tancredo, e em julho de 1985, Sarney enviou ao Legislativo a Proposta de Emenda Constitucional nº 43, prevendo a atribuição de poderes constituintes ao Congresso Nacional, que se reuniria em 1º de fevereiro de 1987, e seria composto, em sua maioria, por parlamentares eleitos no pleito de 1986².

Além disso, Sarney nomeou uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco, que ficou encarregada de elaborar um anteprojeto de Constituição. A Comissão Afonso Arinos, também conhecida como “comissão dos notáveis”, elaborou um texto extenso, de 436 artigos no corpo permanente e outros 32 nas

² À época, a adoção de uma Assembleia Constituinte congressual foi alvo de muitas críticas pelos setores mais progressistas da sociedade, “que preferiam a convocação de uma Assembleia Constituinte exclusiva, (...) que se dissolvesse assim que concluída sua obra” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 157). Além disso, criticou-se a presença dos senadores empossados em 1982, que não haviam sido eleitos diretamente pelo povo, e cujos mandatos expirariam em 1990. No entanto, a PEC nº 43 foi aprovada e convertida na Emenda Constitucional nº 26, prevalecendo a proposta de Sarney de uma Assembleia Constituinte congressual que cumulou suas funções com aquelas ordinárias do Poder Legislativo Federal.

disposições transitórias, mas de teor avançado e democrático, que adotava o regime parlamentarista de governo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

O Título III do Anteprojeto foi destinado à Ordem Econômica e seu art. 316 estabelecia que ela “fundamenta-se na justiça social e no desenvolvimento, devendo assegurar a todos uma existência digna” (BRASIL, 1986). Já o parágrafo único do mesmo artigo enuncia que a ordenação da atividade econômica terá os seguintes princípios: a valorização do trabalho; a liberdade de iniciativa; a função social da propriedade e da empresa; a harmonia entre as categorias sociais de produção; o pleno emprego; a redução das desigualdades sociais e regionais; o fortalecimento da empresa nacional; e o estímulo às tecnologias inovadoras e adequadas ao desenvolvimento nacional (BRASIL, 1986).

Diferentemente do atual art. 170 da Constituição de 1988, o Anteprojeto de Constituição da Comissão Afonso Arinos eleva a justiça social e o desenvolvimento a fundamentos da ordem econômica, colocando a valorização do trabalho e a livre iniciativa como seus princípios, ao lado da declarada função social da propriedade e da empresa. Além disso, é interessante destacar que o Anteprojeto subordina o exercício da atividade econômica ao interesse nacional (art. 317), estabelece que a lei disciplinará os investimentos de capital estrangeiro (art. 321), devendo observar o princípio da função supletiva desse capital (art. 322, I), e define a empresa nacional como aquela cujo controle de capital pertença a brasileiros, e que, constituída e com sede no País, nele tenha o centro de suas decisões (art. 323).

O esboço da Constituição elaborado pela “comissão dos notáveis” desagradou os setores mais conservadores, principalmente o presidente Sarney, “que decidiu não enviá-lo à Constituinte para que servisse de base para seus trabalhos, encaminhando-a ao Ministério da Justiça, onde foi arquivado” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, pp. 157 e 158). No entanto, seu texto recebera ampla divulgação, e despertou intensos debates ao longo da elaboração da Constituição de 1988.

No que diz respeito ao tratamento dado à ordem econômica pelo Anteprojeto Afonso Arinos, segue trecho de um discurso proferido pelo constituinte Roberto Campos, ex-Ministro do Planejamento do governo Castelo Branco:

O Projeto Afonso Arinos é um receptáculo de utopias, sem nenhuma condição de exequibilidade. O Projeto é contraditório, totalmente irrealista (...) sanciona um deslavado intervencionismo estatal; está em completo desacordo com a tendência mundial, hoje, que é de diminuição dos poderes e da intervenção do Estado. Ao contrário do que disseram aqui os nobres representantes da esquerda, a tendência mundial não é aquela que os progressistas brasileiros dizem ser. Eles são retrógrados e estão propondo um aumento da intervenção estatal. A corrente progressista, no

mundo todo, é a corrente não liberal, neoliberal, quer dizer, que advoga precisamente uma contração da função do Estado, por motivos variados (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987-1988a, p. 49).

De todo modo, a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu em 1º de fevereiro de 1987 e, após a eleição de Ulysses Guimarães como seu presidente e a definição de um Regimento Interno, os trabalhos se iniciaram com a criação de 24 subcomissões temáticas, que elaborariam textos sobre os temas de sua competência e os entregariam a oito comissões temáticas.

À Comissão de Ordem Econômica estavam ligadas a Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, a Subcomissão da Questão Urbana e Transporte e a Subcomissão de Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária. Em virtude do recorte da presente pesquisa, restringiremos nossa análise aos trabalhos da primeira.

A Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica era presidida por Delfim Netto, deputado federal filiado ao Partido Democrático Social – PDS (antiga ARENA) e ex-ministro de quase todos os governos militares. A relatoria do anteprojeto coube ao deputado Virgildásio de Senna, membro da ala mais progressista do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB.

Após debates sobre a matéria constitucional e a realização de audiências públicas, o relator apresentou o primeiro anteprojeto da Subcomissão, que dispunha que “a ordem econômica deve fundamentar-se no trabalho e ser organizada conforme os princípios do desenvolvimento harmônico das forças produtivas, com o objetivo de assegurar a todos justiça social e uma vida saudável e digna” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, s/d). Mas foi no rol dos princípios regentes da ordem econômica que se percebe a influência do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos sobre o anteprojeto apresentado pelo deputado Virgildásio de Senna.

Assim como naquele, neste figuram a valorização do trabalho, a função social da propriedade e da empresa, a busca de tecnologias inovadoras, a redução das desigualdades sociais e regionais e a defesa e fortalecimento da empresa nacional. Além disso, foi no primeiro anteprojeto da Subcomissão de Princípios Gerais que a defesa do consumidor e do meio ambiente foram incluídos entre os princípios da ordem econômica, e lá permaneceram até a promulgação do texto final da Constituição

Sobre o regime de propriedade, o anteprojeto da subcomissão tanto garantiu o direito à propriedade e à sucessão hereditária na forma da lei, como estabeleceu, de modo inovador, que a propriedade é pública ou privada, e os bens de uso comum do povo merecem a tutela constitucional. Ademais, definiu a empresa nacional como aquela constituída e com sede no País, cujo controle decisório e de capital pertença a brasileiros, em mais uma clara inspiração do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos.

No entanto, se o esboço da comissão dos notáveis causou incômodo nos setores políticos conservadores, era de se esperar que o anteprojeto apresentado pelo constituinte Virgildásio de Senna surtisse o mesmo efeito entre os integrantes da Subcomissão de Princípios Gerais. Assim, foram apresentadas 357 emendas ao anteprojeto do relator, o qual sofreu profundas mudanças, com destaque para as seguintes.

O primeiro artigo passou a contar com a seguinte redação (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b):

Art. 1o. A ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e os seguintes princípios:

I - propriedade privada dos meios de produção;

II - livre concorrência;

III - igualdade de oportunidades

IV - função social da propriedade;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente.

Vê-se que sua estrutura já se assemelha com a do atual art. 170 da Constituição, e foi elaborado com base em emenda apresentada pelo constituinte Rubem Medina, do Partido da Frente Liberal - PFL, diferindo do anteprojeto do relator “por não definir o trabalho como fundamento da ordem econômica e nem aceitar o desenvolvimento harmônico das forças produtivas como princípio a ser obedecido em sua organização” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, s/d)

Além disso, a propriedade privada e a livre concorrência foram elevadas à condição de princípios da ordem econômica, em detrimento da função social da empresa, da redução das desigualdades sociais e regionais e da defesa e fortalecimento da empresa nacional, deixando claro o viés liberal que se fez presente na redação final do anteprojeto da Subcomissão de Princípios Gerais. Do mesmo modo, a emenda apresentada pelo deputado Jalles Fontoura, do PDS, manteve o direito de propriedade e a sucessão hereditária, já previstos no anteprojeto do relator, mas excluiu seu disciplinamento pela legislação ordinária. Essa emenda, ainda,

suprimiu a norma que conferia proteção constitucional aos bens de uso comum do povo e que reconhecia as formas pública e privada de propriedade.

Ainda, cabe destacar que, por força de emenda apresentada pelo deputado Afif Domingos, do Partido Liberal, a empresa nacional passou a ser considerada como aquela constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua administração sediada no País. Tal mudança também marca a tendência liberalizante do anteprojeto final da Subcomissão, tendo os constituintes debatido longamente a respeito das implicações da definição adotada, pois esta admite que toda e qualquer empresa, ainda que sob total controle de capital externo, seja considerada empresa nacional, bastando, para tanto, que seja constituída no País e aqui tenha a sua administração.

Sobre o tema, cabe transcrever uma parte da fala do constituinte Fernando Santana, do Partido Comunista do Brasil - PCB:

Estamos muito preocupados com a tendência desnacionalizadora que vai permeando a ordem econômica que está sendo instituída nesta Constituição. Tivemos, dentro da Comissão temática da Ordem Econômica, na Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, a derrota total do anteprojeto do Relator, Constituinte Virgildásio de Senna. E no lugar da proposta de S. Ex.^a, o Sr. Relator, foi aprovado um substitutivo que definia a empresa nacional como aquela organizada no País. Chamo a atenção desta Casa para este fato gravíssimo: empresa nacional organizada segundo as leis do País é qualquer uma que aqui queira se estabelecer. As multinacionais seriam imediatamente consideradas como empresas nacionais se prevalecesse a definição proposta na Subcomissão A da Ordem Econômica (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987-1988b, p. 694).

Concluídos os trabalhos da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, o anteprojeto foi remetido para a Comissão da Ordem Econômica, onde também sofreu alterações, sendo as mais marcantes a inclusão da soberania nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais entre os princípios da ordem econômica, e uma nova definição de empresa nacional (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a).

Depois, passou-se à fase da Comissão de Sistematização, que tinha o objetivo de, a partir dos trabalhos das comissões temáticas, elaborar o novo projeto a ser submetido ao Plenário da Constituinte. O relator da Comissão de Sistematização foi o deputado Bernardo Cabral, do PMDB, que, em agosto de 1987, após a apresentação do primeiro projeto de Constituição e da análise de suas respectivas emendas, elaborou seu 1º Substitutivo, que ficou conhecido como “Cabral 1”. Esse documento, de 305 artigos no corpo permanente e outros 69 nas disposições transitórias, continha diversas alterações em relação aos textos oriundos das

comissões temáticas e assim dispôs sobre a ordem econômica (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987c):

Art. 225 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - pleno emprego; e
- IX - tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte;

Como se vê, em comparação ao anteprojeto da Comissão da Ordem Econômica, o 1º Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização incluiu o pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte entre os princípios da ordem econômica, sendo essa configuração mantida ao longo das próximas fases do processo constituinte. Bernardo Cabral ainda apresentou um 2º Substitutivo, que após também ser alterado e votado, foi encaminhado para o Plenário da Assembleia Nacional, palco de mais reviravoltas, com destaque para a reforma do Regimento Interno patrocinada pelo bloco interpartidário conhecido como “Centrão” em defesa de pautas conservadoras.

É claro que as normas que compõem o Título da Ordem Econômica também foram afetadas por esses fatos, no entanto, o artigo que definiu seus princípios gerais manteve a estrutura apresentada no “Cabral 1” até se transformar no art. 170 da Constituição.

Com isso, o presente trabalho busca demonstrar como a definição das linhas mestras da ordem econômica foi alvo de disputas entre as forças que compunham a Assembleia Nacional Constituinte. Forças estas que, não obstante terem elaborado uma Constituição comumente tachada de “progressista”, possuíam uma identificação bem maior com posições políticas conservadoras, e isso se fez perceber no anteprojeto elaborado pela Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica.

Por fim, cabe destacar que a análise da ordem econômica importa na medida em que revela como o constituinte de 1988 pensou o sistema econômico brasileiro para atender os anseios de uma Constituição Dirigente, fortemente comprometida com os direitos fundamentais. Assim, no próximo capítulo, será apresentada a teoria dos custos dos direitos e

como ela pode contribuir para compreender as interferências do econômico no processo de efetivação dos direitos fundamentais.

3 A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: REFLEXÕES SOBRE A ESCASSEZ DE RECURSOS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior, foram apresentados os elementos que caracterizam a Constituição Federal de 1988 como uma Constituição dirigente e voltada para a construção de um modelo econômico e social de bem-estar. Nesse sentido, também foi apresentada a Constituição econômica existente no interior do texto constitucional, que, ao mesmo tempo que instaura uma Ordem Econômica comprometida com os ditames da justiça social, exerce uma importante função de renovação e legitimação do sistema capitalista.

No presente capítulo, será trabalhada a dimensão econômica de outra marca das Constituições dirigentes: os direitos e garantias fundamentais. Para tanto, será feito um breve panorama da teoria dos direitos fundamentais predominante no Brasil, com destaque para a classificação entre direitos positivos e negativos, e as principais consequências dessa partição. Em seguida, será situada a problemática da escassez de recursos nas sociedades e como o Direito, geralmente, recepciona esse fenômeno. Ao final, será apresentada a teoria dos custos dos direitos, e como ela pode contribuir para se entender o conflito entre escassez de recursos e a necessidade de efetivar direitos.

3.1 Ainda é necessário falar sobre direitos fundamentais: algumas premissas importantes

Pensar nos compromissos firmados pela Constituição de 1988 leva, inevitavelmente, a uma reflexão acerca da efetivação dos direitos fundamentais nela estabelecidos. É certo que, ao longo de mais de 30 anos, diversos estudos foram feitos no Brasil acerca dessa temática, o que muito se deve à mudança de paradigma que a atual Constituição promoveu, ao conferir normatividade às suas disposições.

A consolidação desse novo referencial – a força normativa da Constituição – traz importantes repercussões para os direitos fundamentais, sendo uma das principais o maior protagonismo dado ao Poder Judiciário na missão de concretizá-los. No entanto, não se pode esquecer as interferências que os elementos políticos e econômicos exercem nesse processo, podendo determinar a maior ou menor possibilidade de esses direitos serem efetivamente promovidos.

Como será demonstrado adiante, a própria Constituição carrega tais elementos em seu texto, daí surgindo o questionamento feito no início do presente trabalho acerca de um esvaziamento da Constituição dirigente. Será que isso pode ocorrer através de seus próprios termos? Ainda não é possível responder a essa indagação. Antes, é necessário fazer uma

reflexão mais aprofundada sobre a configuração dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, tomando, desde já, o cuidado de lembrar que refletir sobre esses direitos é refletir sobre o Estado que os estabeleceu e sobre as condições econômicas e políticas para sua concretização.

De início, cabe esclarecer que, ao nos referirmos a “direitos”, estamos nos remetendo aos direitos fundamentais como direitos subjetivos³. Segundo lição de Dimoulis e Martins (2018, p. 52), os direitos fundamentais são “direitos públicos subjetivos de pessoas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

Esse conceito, de clara inspiração liberal, não nos é inteiramente satisfatório, pois, como será desenvolvido adiante, a finalidade dos direitos fundamentais há muito tempo deixou de ser apenas limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. A própria exposição feita no capítulo anterior a respeito da incorporação dos direitos sociais nas Constituições do século XX já evidencia o surgimento de diferentes expressões dos direitos fundamentais, com finalidades diversas, o que, inclusive, já foi exaustivamente trabalhado pela doutrina brasileira através do debate sobre as “gerações” ou “dimensões” desses direitos⁴.

E os autores citados têm essa percepção, tanto que em outro momento afirmam que “a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual” (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 61). Nesse trecho, tanto a finalidade dos direitos fundamentais é expandida, como, mais uma vez, eles são caracterizados como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento jurídico e dotadas de exigibilidade em face do Estado.

Uma vez feita essa definição, cumpre apresentar uma importante classificação que norteará boa parte do presente trabalho: a que diferencia direitos negativos e direitos positivos.

³ Busca-se evitar confusões com os outros dois principais significados que a doutrina comumente aponta para o termo “direito”, quais sejam: a disciplina teórica ou a ciência jurídica; e o conjunto de normas jurídicas, positivadas ou não, que compõem um dado ordenamento, e são estudadas por aquela ciência. Nesse sentido, vide Reale (2012), Dimoulis (2011), Ferraz Jr. (2015) e Galdino (2005).

⁴ O presente trabalho não tem a finalidade de expor novamente a tradicional divisão dos direitos fundamentais em gerações/dimensões. Acredita-se que, tanto o tema se esgotou, como é criticável sua utilização para explicar o processo de aquisição de direitos no Brasil. Além disso, a ausência de uniformidade quanto ao número de dimensões e ao conteúdo de cada uma delas também é problemática.

Os direitos de *status* negativos protegem a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado. A essência desses direitos está na proibição de interferência do ente estatal, que deve abster-se de intervir na esfera da liberdade garantida pela Constituição. Como exemplo, pode-se citar que o Estado não pode tomar a propriedade dos indivíduos, salvo em situações excepcionais e mediante indenização; não pode interferir nas opções religiosas dos cidadãos ou impedir seus cultos e crenças; deve respeitar a liberdade contratual, e assim por diante.

Já os direitos de *status* positivos, comumente identificados com os direitos sociais e econômicos, permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício das liberdades. O Estado deve agir no sentido indicado pela Constituição, e, de forma simétrica, o indivíduo tem o direito de receber um determinado bem, seja material ou imaterial. A expressão “direitos sociais”, portanto, se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, através de políticas públicas, como a construção de hospitais, remuneração de professores, fornecimento de merenda escolar, compra de medicamentos, etc.

Vê-se, então, que o critério em que se baseia a citada classificação é fundado no pressuposto de que existem direitos cuja efetivação independe completamente da atuação do Estado, e, supostamente, não geram custos para os cofres públicos, daí serem chamados de direitos negativos. Por outro lado, as prestações relativas aos direitos positivos importam em um agir por parte do ente estatal e, portanto, ocasionam despesas para ele.

Essa abordagem está longe de ser recente na teoria jurídica, sendo possível, inclusive, que a história seja contada através da lente da positividade dos direitos. Nessa perspectiva, o Estado Liberal, ao assumir uma postura de abstenção, tutelou, predominantemente, os direitos negativos, enquanto o Estado Social foi marcado por chamar para si a função de tutelar direitos positivos (GALDINO, 2005).

No entanto, o debate em torno da necessidade ou não de prestação estatal para a consecução de direitos ganhou força há algumas décadas no Brasil, principalmente em virtude das mudanças operadas pela Constituição de 1988 no que respeita à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Sobre esse ponto, cabe destacar uma norma de particular importância: o art. 5º, § 1º, da CF, segundo o qual todos os direitos e garantias fundamentais são direta e imediatamente vinculantes.

Nas palavras de Dimoulis e Martins (2018, pp. 113 e 114):

A referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. Se o legislador for omissivo em regulamentar ou limitar um direito, esse poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de violação.

Através do § 1º do art. 5º, da CF/88, fica claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia limitada ou contida⁵. Em suma, todas as normas da Constituição que são relacionadas a direitos e garantias fundamentais vinculam o Estado de forma direta e imediata.

Uma das principais repercussões dessa norma foi um aumento da atuação do Poder Judiciário na missão de efetivar os direitos fundamentais, em especial os sociais, de indivíduos, ou coletividades, em face do poder público. E isso se deu porque o efeito imediato dos direitos fundamentais não se manifesta plenamente no caso dos direitos sociais, como estabelece a Constituição, e, segundo a concepção majoritária, dependem de políticas públicas para serem exercidos (DIMOULIS; MARTINS, 2018).

Portanto, a partir da tensão entre a aplicabilidade imediata desses direitos e as limitações financeiras enfrentadas pelo Estado, ganha força o debate sobre o impacto que os direitos fundamentais trazem em um cenário de escassez de recursos. É esse debate que guiará o presente capítulo.

3.2 Escassez de recursos, escolhas trágicas e a conformação jurídica desses fenômenos.

De início, é necessário destacar que uma abordagem preocupada com os custos dos direitos parte da premissa de que os recursos e bens existentes em uma dada sociedade são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas. Essa é, inclusive, uma das noções basilares da ciência econômica (GALDINO, 2005), a qual se dedica precipuamente à questão de como produzir o máximo de bens econômicos a partir de um cenário de escassez.

Sem prejuízo de eventuais questionamentos ideológicos a respeito dessa premissa, fato é que o Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico, conforme

⁵ Aqui se faz menção à tradicional classificação proposta por José Afonso da Silva em seu livro “Aplicabilidade das normas constitucionais”. Segundo Silva (1998), as normas constitucionais podem ter eficácia plena, contida ou limitada a depender da necessidade de regulamentação infraconstitucional para que elas produzam efeitos. Enquanto as normas de eficácia plena podem produzir efeitos de imediato, as normas de eficácia limitada necessitam da referida regulamentação para tanto. Essa teoria, formulada nos anos 60, ainda é aceita por parte da doutrina brasileira, mas também é criticada por mitigar o caráter vinculante de certas normas, transformando-as nas conhecidas normas programáticas.

salientado no capítulo anterior. E isso ocorre tanto através de uma postura absenteísta e conformadora do modo de produção capitalista, como por meio da intervenção do Estado nos processos econômicos, também visando a manutenção daquele sistema. De toda forma, em qualquer um desses casos, o ente estatal atua no sentido de direcionar os bens produzidos na sociedade para satisfazer as mais diversas finalidades ou interesses.

Pode-se afirmar que a experiência capitalista no século XXI está sendo marcada não só pela permanência de um cenário de escassez de recursos, mas pelo seu agravamento, o que impõe aos Estados, cada vez mais, a difícil questão de como direcionar os bens econômicos existentes. No contexto brasileiro, esse questionamento ganha ainda mais força quando a Ordem Econômica prevista na Constituição, que tem por fim assegurar a todos existência digna, é confrontada com os problemas na geração e distribuição de riquezas, típicos dos países da periferia do capitalismo.

De toda sorte, havendo escassez de bens, surge um conflito, que pode ser observado de diferentes perspectivas. Segundo Galdino (2005, p. 158), “enquanto para o estudioso do Direito a alocação de recursos normalmente envolve uma colisão de normas jurídicas a ser solvida através da ponderação dos princípios envolvidos, para o agente político envolve uma opção”. E aqui, cabe a observação de que as normas enunciadoras de direitos fundamentais possuem a estrutura de *princípios*, conforme a definição proposta por Dworkin, em sua obra “Levando os direitos a sério”, e por Alexy em sua “Teoria dos direitos fundamentais”⁶.

Segundo esse referencial, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes em um caso concreto (SILVA, 2003). Por isso, são eles chamados de mandamentos de otimização, e a colisão entre princípios é resolvida através da técnica do sopesamento. Em sendo as normas enunciadoras de direitos fundamentais normas com estrutura de princípio, pode-se afirmar que a colisão entre direitos fundamentais é, também, solucionada por meio daquela técnica. Ainda com base nessas considerações, é possível concluir que a existência de um direito fundamental subjetivo depende das possibilidades jurídicas e fáticas existentes no momento de solução do problema em questão (GALDINO, 2005).

Pois bem, voltando aos conflitos oriundos da escassez de recursos, imagine-se a seguinte situação: se, numa determinada comunidade, uma parte dela postula a instalação de

⁶ Para essa exposição, nos baseamos do trabalho de Virgílio Afonso da Silva denominado “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”.

uma escola de formação técnica, e outra parte postula a instalação de um posto de saúde, inexistindo provisão de fundos suficientes para atender a ambas as demandas, surge um conflito entre direitos fundamentais.

Qualquer que seja a solução encontrada juridicamente, sob o prisma político, ela envolve uma opção, e, por conseguinte, implica o sacrifício, em alguma medida, do direito preterido. Nas palavras de Galdino (2005, p. 159), “em muitas situações, seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma *opção trágica*”.

Esse termo foi cunhado por Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978) que, a partir da retórica da tragédia, sustentam que a escassez de recursos econômicos impede a realização de todos os objetivos sociais, de modo que a realização de alguns desses relevantes objetivos impõe necessária e inevitavelmente o sacrifício de outros, por mais imprescindíveis que também sejam. Se não há recursos públicos para prestar educação, lazer, infraestrutura básica e saúde em uma dada sociedade, será necessário optar por um ou por alguns deles. São as escolhas trágicas...

No entanto, esses elementos nem sempre foram devidamente considerados pelo Direito, o qual passou por uma longa evolução até se atingir uma determinada compreensão acerca da escassez de recursos. A análise jurídica predominante na realidade brasileira, por exemplo, considera esse fenômeno, mas sustenta que ele só criará colisões de direitos quando se tratar de direitos fundamentais sociais, nunca quando se tratar de direitos de liberdade. Isso porque, conforme explicado acima, os direitos de liberdade são vistos como direitos negativos, pois, supostamente, não demandam a prestação estatal para serem concretizados, enquanto os direitos sociais exigem essa prestação, e, portanto, estão sujeitos às escolhas trágicas.

Segundo Galdino (2005, p. 163),

Esta é a distinção fundamental entre direitos positivos e negativos. Os primeiros são objeto de colisão por força da escassez de recursos, ao passo que os segundos são indiferentes à escassez. Esta talvez seja, realmente, a mais importante classificação dos direitos fundamentais, senão sob o aspecto dogmático, pelo aspecto prático (de sua utilidade), sob a ótica da efetividade e, mais importante ainda, por orientar as escolhas sociais.

Contudo, tal distinção é relativamente recente na dogmática jurídica, não tendo sido reconhecida, por exemplo, no tempo das revoluções burguesas do século XVIII. A produção teórica desse período não esboçava considerações acerca da necessidade de prestações estatais positivas para efetivação de direitos públicos subjetivos, ou sobre a relevância do conteúdo

econômico dos direitos individuais, de modo que a intervenção estatal no domínio econômico era não apenas evitada, mas repudiada.

Somente no século XX, com o advento do Estado Social, reconhece-se a algumas situações jurídicas, que demandam mais ostensivamente a prestação do Estado, a categoria de direitos subjetivos, surgindo, então, os direitos fundamentais sociais. Assim, é possível dizer que este é o momento em que se remarca conceitualmente a diferença entre os direitos fundamentais positivos e negativos.

Posteriormente, à medida que ganha força o movimento constitucionalista do pós-Segunda Guerra, que culminou em uma verdadeira reformulação do papel das Constituições nas sociedades, surge a tese de que a diferença entre os direitos fundamentais sociais e individuais é meramente ideológica. Ao mesmo tempo, passa a vigor entre os juristas a crença de que as soluções para os diversos problemas sociais podem ser encontradas no plano normativo.

Esse modelo teórico, chamado por Galdino (2005) de utópico, vê os custos financeiros como absolutamente externos ao conceito de direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às suas possibilidades de concretização. Com efeito, afastada qualquer barreira, inclusive econômica, para a efetivação dos direitos fundamentais, não há diferença, senão ideológica, entre os direitos sociais e individuais, que podem ser igualmente acionáveis pela via judicial.

Pode-se afirmar que esse modelo teórico prosperou nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição brasileira de 1988, o que muito se deve àqueles aspectos do texto constitucional trabalhados anteriormente, como a cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Em outras palavras, ao enunciar que não deve haver condicionantes para a aplicação desses direitos, a Constituição parece não se preocupar com os pressupostos de natureza econômica de suas disposições, e, de certo modo, considera que os recursos públicos são inesgotáveis.

Os anos passam e, conforme a Constituição é consumida por uma realidade repleta de demandas, volta-se a atribuir importância à distinção entre direitos negativos e positivos, diante da inescapável constatação de que os recursos financeiros são limitados. Todavia, nesse novo modelo teórico, os custos parecem assumir uma feição meramente limitativa à concretização dos direitos sociais, ganhando força teses como a da “reserva do possível”.

E isso se deve, mais uma vez, à referida crença de que os direitos individuais não são atingidos pelas limitações econômicas, pois representam condutas de pura abstenção do Estado, independentemente de seus recursos. Assim, na medida em que a abstenção supostamente não “custa nada”, a proteção e a tutela dos direitos de liberdade não encontram limites econômicos ou financeiros na reserva do possível.

Portanto, na atual fase do pensamento e da *praxis* jurídica brasileira, o argumento da reserva do possível é largamente utilizado como critério para limitar os deveres estatais de prestação. No entanto, a reserva do possível tanto difere da perspectiva dos custos dos direitos, que será trabalhada adiante, como não pode ser utilizada no ordenamento nacional pelas seguintes razões, apresentadas por Dimoulis e Martins (2018).

Em primeiro lugar, o “possível” não é uma grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado. Uma reflexão simples mostra que este pode utilizar amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação, a exemplo da reorganização das prioridades orçamentárias, da racionalização das despesas e do aumento da arrecadação. Portanto, a possibilidade, em tese, de o ente estatal recorrer a tais medidas demonstra que o “possível” é, de fato, um conceito fluido e carece de justificação mais apropriada.

Segundo, o Judiciário só pode declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais Poderes se houver critério para tanto. O critério racional consiste na verificação do correto estabelecimento de prioridades pelos demais Poderes. Contudo, não há na Constituição hierarquia de valor ou relevância entre direitos fundamentais, e, portanto, falta base normativa para comparações em relação à prioridade de certo direito. Isso mostra que o Judiciário, em regra, não possui fundamentos para realizar comparações entre as políticas públicas ou aferir se a realização de certo direito é “possível”.

Por fim, a impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social, tanto no plano geral, quanto individual. De fato, a Constituição atribui competência ao Poder Judiciário para, verificando a procedência de um pedido fundado em um direito social, condenar o Estado à prestação específica, independentemente de alegações sobre a impossibilidade dessa prestação.

Em outras palavras, não cabe à autoridade jurisdicional mensurar as capacidades financeiras e prioridades políticas estabelecidas pelos demais Poderes para atender demandas baseadas em direito fundamental social. Só lhe cabe verificar a inconstitucionalidade da

eventual omissão, o que independe do grau de intensidade da omissão estatal e dos recursos financeiros efetivamente disponíveis em certo momento.

Esse é o entendimento mais condizente com uma interpretação literal e sistemática da Constituição de 1988, não havendo espaço para a validação de teses, como a da reserva do possível, que mitiguem suas normas, ou atribua-lhes um caráter programático. E ao mencionarmos “normas”, leia-se, principalmente, as definidoras de direitos sociais, ou “direitos positivos”.

No entanto, afirmar que uma determinada interpretação da Constituição é a mais acertada não a isenta de problemas, nem de questionamentos acerca da possibilidade de concretização do texto constitucional em determinadas condições ou contextos. Por exemplo, de fato, não cabe ao Judiciário precisar o que vem a ser “possível” ou não, do ponto de vista financeiro, mas, ao mesmo tempo, a alocação de recursos públicos para atender às demandas judiciais não torna esses recursos ilimitados. Como resolver esse impasse?

São problemas que estão dados na realidade concreta, e a partir dessas considerações, será desenvolvida a teoria dos “custos dos direitos”, cujo entendimento sobre o fenômeno jurídico traz importantes repercussões a nível político e econômico, e pode dar algumas respostas a essas questões.

3.3 “Todos os direitos são positivos”: a teoria dos custos dos direitos e suas implicações para o pensamento jurídico nacional.

Esse momento do estudo é dedicado a analisar a obra de Cass Sunstein e Stephen Holmes, “The cost of rights: why liberty depends on taxes”, e seu impacto sobre as tradicionais concepções acerca da natureza dos direitos. O título da obra já é expressivo de seu objeto: a questão dos custos dos direitos, em especial a relação existente entre o custo de implementação de um direito e sua significação social.

Tal abordagem não é inédita na teoria jurídica. O constitucionalista alemão Carl Schmitt já distinguia, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, uma categoria de disposições constitucionais que a doutrina posterior denominou “garantias de organização”, cujo objetivo é criar e manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2018). Escrevendo nas primeiras décadas do século XX, o autor deixou claro que a tutela dos direitos individuais, ou de liberdade, pressupõe a atuação de

instituições estatais, e grande parte do orçamento público é voltado para garantir o exercício desses direitos.

Mas é inegável que a teoria dos custos dos direitos foi sistematizada e difundida mais amplamente com a obra de Sunstein e Holmes, publicada em 1999. Na verdade, pode-se considerar a abordagem dos custos como um novo modelo teórico sobre a natureza dos direitos fundamentais, sendo seu principal correspondente, no Brasil, o estudo desenvolvido por Flávio Galdino, intitulado “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores”. No entanto, essa abordagem ainda não foi incorporada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e as razões disso serão analisadas também. Mas antes, passemos à exposição da obra.

O livro se inicia com um relato feito pelos autores de um grande incêndio, ocorrido em 1995, em Westhampton, área nobre localizada no extremo oeste de Long Island. O incêndio foi o maior registrado em Nova York nos últimos cinquenta anos, mas, em tempo recorde, foi controlado, sem deixar vítimas, por equipes das esferas municipal, estadual e federal, custando aos cofres públicos americanos quase 3 milhões de dólares.

Esse caso, segundo Sunstein e Holmes (1999), representa uma situação comum no cotidiano estadunidense, mas pouco considerada por diversos setores da sociedade: o fato de os direitos individuais dos americanos serem frequentemente salvaguardados pela ação pública. O que significaria a arregimentação de uma grande rede de salvação, e um gasto de quase 3 milhões de dólares se não o esforço do governo para proteger a propriedade de alguns membros da elite nova iorquina?

Tal fato demonstra, ainda, que não existem direitos ou liberdades puramente privadas, e o exercício de todo e qualquer direito depende fundamentalmente de vigorosa ação estatal, através de suas instituições. Assim, pode-se concluir que os direitos custam e não podem ser protegidos sem o financiamento público, o que vale tanto para os direitos sociais, quanto para o direito à propriedade privada; tanto para direito à liberdade contratual quanto para o direito à saúde; tanto para a liberdade de expressão quanto para o direito à moradia (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

Essa é uma das principais teses da obra, e para desenvolvê-la, os autores optam por uma abordagem *descritiva* do fenômeno jurídico. Com isso, afastam a perspectiva moral, que busca justificar os direitos através da associação com princípios morais superiores. A abordagem utilizada pelos autores é mais interessada em explicar como os sistemas legais

realmente funcionam. Assim, ao invés de se debruçar sobre quais direitos são mais importantes, em uma perspectiva filosófica, pretende investigar quais direitos são, de fato, protegidos em uma determinada sociedade política organizada (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

Nas palavras de Galdino (2005, p. 203):

uma questão é a de saber de onde derivam os direitos (ou seja, qual o seu fundamento de validade - o que responde a saber se são direitos ou não). Outra questão, diversa, é a de saber como determinadas situações jurídicas, caracterizadas como direitos - seja lá de onde for que promanam - são operacionalizadas.

Assim, segundo essa visão, um certo interesse é qualificado como jurídico quando um determinado ordenamento o trata como tal, e isso se dá através da utilização de recursos públicos para defendê-lo. Em outros termos, as normas jurídicas se tornam mais do que meras declarações quando conferem poder a determinados órgãos para fazer valer suas decisões. Pode-se ver, portanto, que a teoria dos custos dos direitos é, por excelência, uma questão de cunho descritivo, e não moral.

Os autores, então, usam a metáfora de que uma proposição jurídica tem dentes, enquanto uma proposição moral não possui (“legal rights have teeth”). Com isso, destacam o momento da *sanção* como caracterizador da norma jurídica, na esteira da tradição positivista⁷, ou seja, toda norma jurídica contém não apenas a imposição de uma conduta, mas também a previsão de uma sanção para o caso de seu descumprimento.

É aí que Sunstein e Holmes (1999) afirmam que os indivíduos que vivem sob um governo incapaz de fornecer os meios necessários para sanar a violação a um direito não possuem direitos, e estes só existem na medida em que há um fluxo orçamentário que permita concretizá-los. Nas palavras dos autores, a própria liberdade tem pouco valor se faltam recursos àqueles que a possuem para efetivar direitos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

A essa altura da exposição, já se pode extrair uma consequência importante da tese levantada pelos autores: uma vez que os custos são essenciais à caracterização dos direitos, pois qualquer um deles demanda algum tipo de prestação pública para ser concretizado, todos os direitos se tornam positivos.

Buscando comprovar sua tese, Sunstein e Holmes enveredam para um tema historicamente caro à sociedade americana, utilizando como exemplo o direito à propriedade privada. Para eles, um sistema liberal não apenas protege a propriedade privada, mas também

⁷ Os próprios Sunstein e Holmes (1999, p. 16) citam autores como Jeremy Bentham, Hans Kelsen e H. L. A. Hart.

a define. Sem uma legislação e um sistema jurisdicional, o direito à propriedade seria absolutamente esvaziado, pois o Estado cria suas regras, especificando quem possui o que, como indivíduos adquirem os direitos de proprietário, e quais obrigações estes devem observar (HOLMES, SUNSTEIN, 1999).

Tal posição vai ao encontro do discutido no capítulo anterior acerca da importância de um sistema de normas jurídicas para o funcionamento e desenvolvimento do modo de produção capitalista. Afinal, é do Estado que se origina a lei garantidora dos comportamentos dos agentes econômicos e que limita o próprio arbítrio estatal. Outro exemplo pode ser visto nas legislações penal e civil, que, ao aplicar penas ou determinar a reparação de danos, orientam uma verdadeira guerra, financiada com recursos públicos, contra aqueles que ofendem os direitos à propriedade privada.

Portanto, os autores demonstram que um dos mais básicos direitos de liberdade, e no qual se baseia todo o sistema político moderno, também depende da ação estatal para ser usufruído. Todavia, afirmar que todos os direitos são positivos, além de abalar a tradicional concepção de que os direitos de liberdade seriam puramente negativos, enfrenta uma série de resistências de grande parte dos segmentos políticos e sociais.

De um lado, conservadores parecem ignorar, convenientemente, essa questão de modo a encobrir os debates sobre as opções políticas e econômicas tomadas pelos poderes públicos. Afinal, acreditar que determinados direitos nada custam permite a consagração de um modelo de proteção máxima aos direitos ligados à liberdade e à propriedade privada, em detrimento dos direitos sociais (GALDINO, 2005).

Por outro lado, liberais⁸ também preferem deixar essa discussão de lado, devido ao receio de que a análise dos custos seja instrumentalizada por poderosos interesses privados, diminuindo ainda mais o comprometimento do Estado com os direitos fundamentais. E esse receio tem sua razão de ser, principalmente em cenários nos quais a pauta da redução de gastos e o combate à ineficiência estatal ganham força. Contudo, deixando de lado esses receios, é necessário verificar as implicações que a abordagem dos custos dos direitos realmente traz.

Se há uma conclusão que pode ser retirada de toda essa exposição é que os direitos custam, em especial os fundamentais. E custam não apenas porque demandam a existência de políticas públicas que permita seu livre exercício. Custam porque a mera possibilidade de serem

⁸ Expressão que aqui identifica os setores progressistas da sociedade, em geral comprometidos com a promoção dos direitos fundamentais.

violados já é custosa. Custam porque os remédios jurisdicionais são custosos. E ao falarmos de remédios, estamos nos referindo a quaisquer meios postos à disposição dos cidadãos para exigir o cumprimento de seus direitos, e não apenas aos que a doutrina brasileira convencionou chamar de remédios constitucionais.

Segundo, Galdino (2005, p. 209), isso ocorre porque:

os remédios jurisdicionais demandam a criação e manutenção de uma complexa estrutura pública (embora não necessariamente governamental, como a judiciária) de modo a assegurar o acesso dos indivíduos a uma esfera própria para tutela dos direitos, o que não pode se dar (...) em uma situação de vácuo orçamentário (*budgetary vacuum*). Os direitos - todos eles - custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos.

Além disso, entender que os direitos individuais também dependem de recursos públicos para serem efetivados é entender que eles também devem integrar as escolhas trágicas de uma sociedade. No fim das contas, essas escolhas vão indicar a valoração que o Estado atribui a tais ou quais direitos, pois enquanto recursos são alocados para a proteção de alguns, outros restarão desprotegidos. Talvez, essa seja principal contribuição da abordagem dos custos dos direitos: questionar como os escassos recursos públicos são direcionados para a proteção dos direitos fundamentais.

Assim, defendemos que tal abordagem precisa ser compreendida pelo pensamento jurídico nacional, se não por outras razões, pelo menos porque não é mais possível ignorar a afirmação de Sunstein e Holmes de que todos os direitos fundamentais são positivos. No entanto, sabe-se que a importação de ideias e institutos pressupõe uma análise prévia de sua compatibilidade com o sistema jurídico que se quer integrar. No presente caso, a teoria dos custos dos direitos não foi incorporada pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e acredita-se que dificilmente isso venha a ocorrer, pelas seguintes razões.

Ao final de sua obra, Sunstein e Holmes sugerem uma verdadeira reformulação do conceito de direito fundamental, de modo a nele incluir, previamente, a perspectiva dos custos. Os direitos fundamentais passariam, então, a representar “situações valoradas positivamente pelo ordenamento jurídico, dotadas de exigibilidade em face do Estado, consoante as limitações reais, notadamente as econômicas” (GALDINO, 2005, p. 343). Em outras palavras, só se reconhecerá um determinado direito subjetivo como fundamental quando, dentre outras condições, houver a possibilidade real de tomá-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos e benefícios autorizar o reconhecimento do direito em questão.

Em que pese a importância da teoria dos custos dos direitos, não concordamos com esse conceito *pragmático* de direito subjetivo, conforme a definição de Galdino, (2005). Ademais, o próprio sistema constitucional brasileiro não é receptivo a sua adoção, com destaque para a já trabalhada cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, prevista no art. 5º, § 1º da CF/88.

É claro que a aplicação dos direitos fundamentais está sempre sujeita à análise de circunstâncias fáticas ou jurídicas, podendo, inclusive, a presença de um direito servir como fundamento para o afastamento de outro, em um caso concreto. Lembre-se que a própria estrutura de *princípio* que as normas de direito fundamental possuem permite operacionalizar essas circunstâncias, através da técnica do sopesamento.

No entanto, para a teoria dos direitos fundamentais predominante no Brasil, direitos não deixam de ser fundamentais porque foram afastados em um caso concreto. No plano abstrato, eles continuam a coexistir harmonicamente e, em condições fáticas e jurídicas ideais, busca-se dar a eles a máxima eficácia. Portanto, não é possível estabelecer abstratamente uma condição para que um direito fundamental seja assim reconhecido, conforme propõem Sunstein e Holmes, ao incluir os custos na definição de direito subjetivo fundamental.

Mas o fato de não concordarmos com a proposta dos autores, não nos impede de reconhecermos os problemas da concepção sobre direitos vigente no Brasil, sendo o principal deles a afirmação de direitos irrealizáveis que, de fato, não cumpre nenhuma função emancipatória, mas sim ideológica (GALDINO, 2005). Além disso, no contexto de um Estado ineficiente, essas promessas irrealizáveis podem levar ao descrédito do próprio discurso dos direitos fundamentais e das instituições que devem promovê-los. E aqui retomamos a crítica à ideia de que a Constituição, por si só, é capaz de resolver todos os problemas da sociedade. Não é. E levar os direitos a sério é levar a sério essa realidade.

Nesse ponto, consideramos que a teoria dos custos dos direitos pode contribuir para um amadurecimento da doutrina brasileira, cujos autores continuam a servir-se da diferenciação entre direitos positivos e negativos, e dela tiram importantes consequências teóricas e práticas. A mais relevante delas é justamente a que estabelece diferentes graus de importância e de exigibilidade entre os direitos sociais e individuais, considerando que estes – pelo fato de serem “negativos” – têm preferência sobre os primeiros, ou ainda, que não são alcançados pela exaustão orçamentária.

No entanto, se lançarmos mão de uma leitura adequada da teoria dos custos, podemos concluir que não é propriamente a exaustão da capacidade orçamentária que impede a realização de um determinado direito fundamental, mas sim a opção política de não se gastar dinheiro com esse mesmo direito (GALDINO, 2005). É com base nesses referenciais que no próximo capítulo será analisada a Emenda Constitucional nº 95/16, a qual figura como exemplo de uma medida tendente a esvaziar o compromisso do Estado com os direitos fundamentais.

4 A EMENDA DOS GASTOS PÚBLICOS E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE INVERTIDA

A teoria dos custos dos direitos é responsável por jogar uma nova luz sobre a problemática da efetivação dos direitos fundamentais e, não obstante discordarmos de sua proposta de reformulação do conceito de direito subjetivo, consideramos de grande importância as reflexões acerca da “positividade dos direitos”. Ora, se todos eles implicam em custos para o Estado, torna-se possível verificar com mais rigor como são orientadas as escolhas trágicas e que direitos recebem maior ou menor proteção em determinados contextos.

Uma vez estabelecidos esses fundamentos, neste último capítulo será analisada a Emenda Constitucional nº 95/2016, e o possível esvaziamento da Constituição Dirigente de 1988. A exposição dos dois capítulos anteriores buscou fornecer os elementos necessário para se chegar a essa discussão, pois tanto se fará a leitura da EC nº 95/16 à luz da teoria dos custos dos direitos, como será questionada a preservação do caráter dirigente da Constituição Federal.

4.1 A emenda dos gastos públicos sob a ótica da teoria dos custos dos direitos

A Emenda Constitucional nº 95/2016, também chamada de “emenda dos gastos públicos”, incluiu nove artigos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), instituindo um Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. Cabe destacar que os orçamentos são disciplinados pelos artigos 165 a 169 da CF/88⁹, e a seguridade social compreende um conjunto de ações dos poderes públicos e da sociedade voltados a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Ademais, conforme o art. 106 do ADCT, o novo regime vigorará por 20 exercícios financeiros, que, no Brasil, corresponde a 20 anos.

A principal medida da EC nº 95/2016 vem exposta no art. 107, *caput*, do ADCT (BRASIL, 2016):

Art. 107. Ficam estabelecidos limites individualizados para as despesas primárias:
I - do Poder Executivo;
II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;

⁹ No artigo 165 da Constituição Federal são previstas três leis orçamentárias distintas: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária anual, que compreende o Orçamento Fiscal, o Orçamento das Empresas Estatais e o Orçamento da Seguridade Social.

- III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;
- IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público;
- e
- V - da Defensoria Pública da União.

Segundo o texto da emenda, esses limites individualizados equivalerão ao valor do limite do ano anterior, com a correção dada pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. Em outras palavras, o que a EC nº 95/2016 estabelece é um teto para as despesas primárias de cada poder, que terá sua base fixada no valor das despesas pagas no ano anterior, corrigidas pela respectiva inflação, ao longo de duas décadas.

Esclareça-se que as despesas primárias representam os principais gastos do governo com as áreas comuns da sociedade, como saúde, educação, transporte, cultura, assistência social, dentre outros. Todavia, nessas despesas não está incluído o pagamento de juros da dívida pública, portanto, esses gastos não foram limitados pela emenda em discussão.

Outro ponto que merece destaque são as sanções previstas no art. 109 do ADCT para o caso de descumprimento do limite imposto pelo Novo Regime Fiscal. Como exemplo, podemos citar as seguintes vedações: concessão de vantagem, aumento ou reajuste de remuneração de membros do poder ou órgão atingido pela emenda; criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa; alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; realização de concurso público não destinado à reposição de cargos efetivos ou vitalícios vagos, dentre outras.

Cabe, ainda, mencionar as exceções à regra geral. O art. 107, § 6º do ADCT prevê hipóteses em que não será preciso respeitar os limites impostos pela emenda, a exemplo das despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes¹⁰. Nesse caso, a União pode transferir recursos de seu orçamento para aumentar o capital social dessas empresas sem ser atingida pelo teto de gastos.

Como se vê, a EC nº 95/2016 é uma medida de austeridade continuada, que busca reduzir sistematicamente a participação do Estado na economia e, conseqüentemente, no crescimento econômico (DWECK; ROSSI, 2016). Sua aprovação fez parte de uma agenda do

¹⁰ As empresas estatais não dependentes não integram o Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União e, ao contrário das dependentes, dispõem de recursos próprios para pagar suas despesas. Contudo, os gastos dessas estatais com aumento de participação acionária e de capital são pagos com recursos do Tesouro Nacional. Segundo o Boletim de Empresas Estatais Federais, elaborado pelo Ministério do Planejamento e Gestão para o primeiro trimestre de 2018, das 144 empresas estatais federais, 126 são não dependentes. Os principais exemplos são a Caixa Econômica Federal, o Banco Nacional do Desenvolvimento, a Eletrobras, a Petrobras e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

governo de Michel Temer para combater a despesa pública, a qual era identificada como a principal causa do desequilíbrio fiscal que ainda assola o Brasil. Nesse contexto, a emenda encontrou justificção como instrumento essencial para a retomada do crescimento econômico.

Contudo, é necessário pontuar que medidas de austeridade já vinham sendo adotadas desde o governo de Dilma Roussef, que, segundo Carvalho (2016, p. 117):

elevou o superávit primário em cerca de 1% do PIB em 2013, e reduziu investimentos públicos nos primeiros anos. Além disso, em 2013 e 2014, a expansão fiscal se deu sobretudo pela via da redução das receitas, tendo o governo concedido desonerações tributárias como forma de estímulo aos investimentos, que por sua vez não reagiram, dada a falta de demanda doméstica e externa. Considerando o fracasso da expansão fiscal pela via da redução de impostos, seria surpreendente que o governo tentasse corrigir o erro com um ainda maior: o ajuste fiscal pela via do corte de gastos e de investimentos.

Desse modo, não podemos deixar de expor a compreensão de que medidas de redução de gastos, a exemplo da EC nº 95/2016, tem, na verdade, um potencial de agravar os problemas que busca solucionar. E isso porque, com o corte do gasto público, pode sobrevir uma queda do crescimento, que provoca novas quedas de arrecadação, e exige novos cortes de gastos, em um verdadeiro círculo vicioso da austeridade (DWECK; ROSSI, 2016).

Há uma série de outras questões que podem ser abordadas a partir da EC nº 95/2016. No entanto, para os fins a que se propõe o presente trabalho, nos limitaremos a tratar sobre os impactos da limitação de gastos públicos para os direitos fundamentais. De pronto, cite-se o tratamento dado pela emenda à saúde e à educação.

No Brasil, o mínimo para os gastos com educação, segundo o art. 212 da Constituição Federal, é de 18% da Receita Líquida de Impostos (RLI). Já o mínimo para a saúde foi modificado pela Emenda Constitucional nº 86/2015, que estabelece um percentual da Receita Corrente Líquida (RCL) de forma escalonada: 13,2% da RCL em 2016, 13,7% em 2017, 14,2% em 2018, 14,7% em 2019 e 15% a partir de 2020.

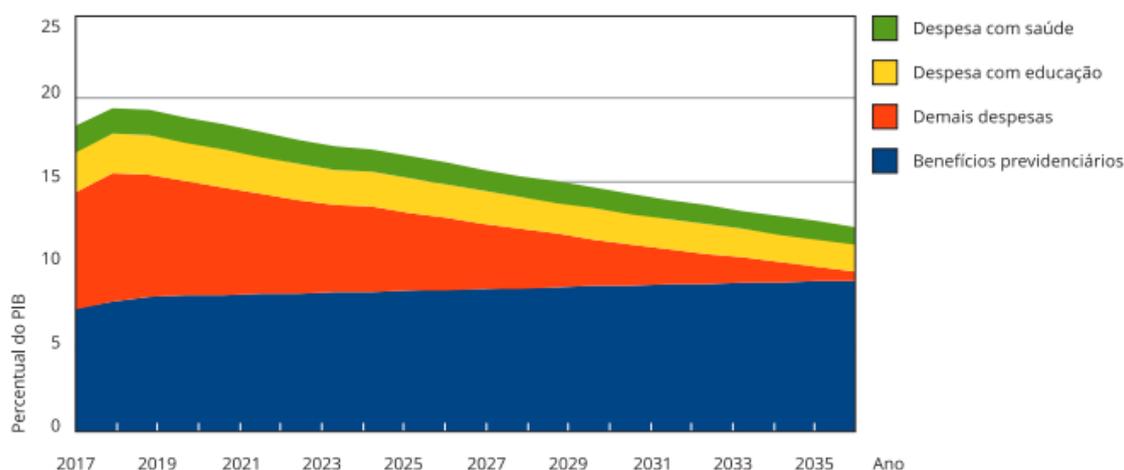
Com a aprovação da EC nº 95/2016, ficou estabelecido que, no ano de 2017, o gasto com educação será 18% da RLI, o gasto com saúde será 15% da RCL e, a partir de 2018, ambos terão como piso o gasto do ano anterior reajustado pela inflação, nos termos da regra geral da emenda. Ou seja, o gasto federal real mínimo com saúde e educação foi congelado no patamar de 2017.

Segundo Dweck e Rossi (2016), esse é o único motivo para o Novo Regime Fiscal ter sido constitucionalizado, pois não seria possível viabilizar suas regras sem a desvinculação das receitas destinadas à saúde e à educação. Isto é, o Novo Regime Fiscal, em tese, não

precisaria ser aprovado como emenda constitucional, o que necessitou de mudança constitucional foi a desvinculação das receitas para aquelas áreas.

A título de ilustração, o documento “Austeridade e Retrocesso: Finanças Públicas e Política Fiscal no Brasil” apresentou uma projeção dos gastos públicos do Governo Federal na vigência da EC nº 95/2016. Como se vê no gráfico abaixo, o gasto primário total do governo cairá paulatinamente ao longo dos próximos vinte anos, passando de 19,6% do PIB em 2017, para 15,8% em 2026, e 12% em 2036¹¹ (DWECK; ROSSI, 2016). E aqui cabe salientar que, apesar de a previdência social não ter sido atingida pela emenda, atualmente está em discussão no Congresso Nacional uma grande reforma no setor, que deve repercutir profundamente na redução dos gastos públicos com benefícios previdenciários.

Figura 1 - Simulação das despesas públicas sob o Novo Regime Fiscal, 2017-2036



Fonte: documento “Austeridade e Retrocesso: Análise das Finanças Públicas e da Política Fiscal no Brasil”.

Uma vez estabelecido esse panorama, é possível fazer uma leitura da EC nº 95/2016 à luz da teoria dos custos dos direitos. Como visto no capítulo anterior, uma das principais contribuições dessa teoria foi sinalizar que todos os direitos implicam em custos para o Estado, daí a máxima de Cass Sunstein e Stephen Holmes que “todos os direitos são positivos”, tanto os ligados à liberdade e à propriedade, como os sociais e econômicos.

Tal compreensão permite analisar com mais rigor como se pautam as escolhas trágicas tomadas pelos poderes públicos, o que não seria possível na vigência de um discurso que diferencia os direitos fundamentais entre positivos e negativos, e, conseqüentemente,

¹¹ A simulação considera um cenário bastante otimista de retomada do crescimento econômico a 2,5% ao ano a partir de 2018, ainda que inferior à média de crescimento do PIB dos últimos 20 anos, próxima de 3%. Além disso, a simulação considera uma evolução conservadora para o gasto com benefícios previdenciários.

desconsidera o impacto econômico destes últimos. Assim, em um cenário de escassez de recursos, as escolhas trágicas recairiam apenas sobre os direitos sociais.

No entanto, se considerarmos que os direitos individuais também importam em custos para o Estado, assumimos que eles também devem integrar as escolhas trágicas de uma sociedade. No fim das contas, a principal contribuição da teoria dos custos dos direitos é questionar como os escassos recursos públicos são direcionados para as mais diversas finalidades sociais.

No caso da EC nº 95/2016, talvez cause estranhamento a utilização do termo “escolha” para defini-la, tendo em vista que não se está diante de uma opção tomada por um administrador público no âmbito de sua discricionariedade, mas de um ato normativo aprovado pelo Poder Legislativo. Entretanto, não é razoável considerar que as “escolhas trágicas” se limitam aos atos do Poder Executivo, pois diversos atos do Legislativo definem os rumos da alocação de recursos que serão utilizados pela Administração Pública. Daí porque consideramos a possibilidade de encarar a EC nº 95/2016 como uma autêntica escolha trágica tomada pelo ente estatal.

Como já mencionado, ela é representativa de um aprofundamento da escassez de recursos na sociedade brasileira, e sua aprovação se justificou como alternativa à crise fiscal que assola o País. Mas o caminho estabelecido pela emenda para superar a crise foi o da austeridade, apostando na paralisação das despesas primárias dos três poderes federais.

Esse é o ponto que mais evidencia a opção tomada pelos poderes públicos. Diante de um cenário em que o Estado brasileiro se vê comprometido financeiramente, adota-se uma medida tendente a limitar os investimentos em áreas estratégicas, como saúde, educação, cultura e infraestrutura. E aqui a utilização do termo “opção” ganha relevância, ainda mais quando comparamos os gastos que foram atingidos pela emenda com os que não foram.

Lembre-se que, ao paralisar as despesas primárias, a EC nº 95/2016 não incide sobre os gastos com o pagamento da dívida pública. Ademais, a própria emenda excepciona algumas hipóteses dos limites estabelecidos pelo Novo Regime Fiscal, a exemplo dos gastos com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

Por outro lado, pode-se afirmar que os direitos sociais são os mais comprometidos pelo Novo Regime. Utilizando um exemplo relacionado ao direito à saúde, segundo estudo de Benevides e Vieira (2016), caso a EC nº 95/2016 estivesse em vigor desde 2003, o investimento

no Sistema Único de Saúde – SUS teria sido 42,1% inferior, o que equivaleria a uma perda de mais de 257 bilhões de reais.

Ademais, em uma perspectiva demográfica, o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira, que, em vinte anos, aumentará e envelhecerá de forma acelerada, ampliando a demanda e os custos do SUS (BENEVIDES; VIEIRA, 2016).

E não se pode desconsiderar os problemas de subfinanciamento que os direitos sociais historicamente enfrentam no Brasil, o que torna ainda mais grave os efeitos da EC nº 95/2016. Em outras palavras, congelar os gastos públicos parte do pressuposto de que os recursos para as áreas sociais já estão em níveis adequados, e que a melhoria nesses setores se resolveria a partir de ganhos de eficiência na aplicação dos recursos existentes. Nada mais enganoso, portanto.

Assim, lançando mão da teoria dos custos dos direitos, podemos concluir que as despesas primárias atingidas pela EC nº 95/2016 não são tão valoradas pelo governo quanto deveriam. Não se desconhece o problema da queda da arrecadação e da crise econômica, contudo, a proposta de um ajuste fiscal focado nas despesas primárias, por vinte anos, afeta particularmente as políticas sociais e ignora o efeito de tal medida para o desenvolvimento econômico e social brasileiro.

Por fim, consideramos que a emenda dos gastos públicos não é apenas uma medida que impacta negativamente a concretização dos direitos fundamentais, mas faz parte de um processo bem mais amplo de esvaziamento da Constituição dirigente de 1988. Processo este que já vem ganhando força há anos e pretende inviabilizar o caráter dirigente da CF/88 de dentro para fora, ou seja, através de suas próprias disposições. É isso que será analisado a seguir.

4.2 A Constituição dirigente invertida: um fenômeno da periferia do capitalismo.

No primeiro capítulo desse trabalho, foram desenvolvidos os conceitos de Constituição dirigente e econômica, e a expressão desses fenômenos em uma fase do desenvolvimento do capitalismo na qual o Estado avoca para si o cumprimento de programas e objetivos junto à sociedade.

Enquanto as Constituições dirigentes preveem as normas definidoras dessas finalidades, as Constituições econômicas do Estado Social são responsáveis por positivar as

tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico de modo a atingir os objetivos estatuídos pela Constituição dirigente.

Viu-se, também, que a Constituição de 1988 contém, claramente, uma Constituição econômica no interior de uma Constituição dirigente, tendo-se analisado seu art. 170 que, ao estabelecer os princípios e fundamentos da Ordem Econômica, consagra um modelo de bem-estar. No entanto, a exposição feita sobre a EC nº 95/2016, e a paralisação das despesas primárias por ela promovida, demonstra que esse modelo pode ser seriamente comprometido, o que nos faz retomar uma questão fundamental levantada no primeiro capítulo: os preceitos da Constituição Econômica ainda norteiam a atuação dos legisladores ou há um progressivo esvaziamento da Constituição dirigente?

Para responder a essa questão, é necessário situar a emenda dos gastos públicos como parte de um processo mais amplo de desarticulação das ordens financeiras e econômicas nas Constituições. Esse fenômeno ganhou força nas últimas décadas do século XX e reflete a tensão entre o novo padrão de acumulação capitalista e o paradigma da Constituição dirigente.

Segundo Bercovici e Massoneto (2006), o constitucionalismo do último século evoluiu a partir da estruturação de uma ordem econômico-financeira integrada. Nessa perspectiva, a evolução do direito financeiro se relaciona diretamente com o protagonismo do Estado na organização do capitalismo após a Segunda Guerra, promovendo a integração entre a economia e as finanças públicas e legitimando a participação ativa do Estado no domínio econômico.

Em outras palavras, os orçamentos do chamado Estado Social tinham a característica de garantir direitos e serviços públicos para a maioria da população, assegurando a reprodução da força de trabalho. No entanto, as mudanças no processo de acumulação de capital, iniciadas na década de 1970, alteraram profundamente a função dos orçamentos no sistema capitalista.

A partir desse período, o padrão de financiamento público da economia passou a ser contestado, juntamente com o arcabouço constitucional que sustentara o Estado Social. A reboque desse processo, ressurgem questões que pareciam superadas, como a separação entre a economia e as finanças públicas, a não intervenção do Estado no domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira defendida pelos setores econômicos liberais.

Como consequência, os orçamentos públicos deixaram de servir, preponderantemente, para assegurar a reprodução da força de trabalho, por meio de direitos

sociais e serviços públicos, passando a ser disputados com o objetivo de garantir a remuneração do próprio capital. “O que se viu, então, foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o ocaso da constituição econômica” (BERCOVICI; MASSONETO, 2006).

No Brasil, a Constituição de 1988 é elaborada em um contexto de busca por maior controle dos gastos públicos, e reflete bem a tensão entre suas ordens econômica e financeira. O problema é que, aparentemente, a recomposição da capacidade de intervenção estatal se esgotou nessa tentativa de controle dos gastos públicos. Em suma, a Constituição financeira de 1988, que deveria dar suporte para a implementação da Constituição econômica, falhou nessa tarefa.

Para Bercovici e Massoneto (2006), um dos motivos disso foi a separação que a doutrina e a prática constitucionais pós-1988 promoveram entre a Constituição financeira e a Constituição econômica, como se uma não tivesse relação com a outra, e não fizessem parte da mesma Constituição de 1988. A Constituição financeira, então, passou a ser interpretada e aplicada como se fosse neutra, com diretrizes e lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, inviabilizando a capacidade de intervenção do Estado na economia.

A EC nº 95/2016 representa um aprofundamento dessa separação pois, ao paralisar as despesas primárias por vinte anos, parece desconsiderar qualquer relação existente entre os instrumentos financeiros e os objetivos da ordem econômica constitucional. Para implementar tais objetivos, é necessário se contentar com as sobras orçamentárias do Estado. Assim, a Constituição financeira é blindada, surgindo o fenômeno da Constituição dirigente invertida.

É esse o cenário que justifica o crescente esvaziamento da Constituição dirigente de 1988 e a colonização do sistema jurídico pelo sistema econômico. Um cenário em que o direito financeiro, desarticulando-se do direito econômico, ganha centralidade na organização do capitalismo, impondo a rigidez dos instrumentos financeiro às boas intenções do constitucionalismo social.

Por outras palavras: a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da “ingovernabilidade”; a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada (BERCOVICI; MASSONETO, 2006, p. 73).

Em última instância, o resultado de tal fenômeno é a absoluta ausência de concretização normativa do texto constitucional, uma marca comum nas legislações e Constituições da modernidade periférica¹².

Segundo Neves (2011), as Constituições podem ser compreendidas como resultado da diferenciação funcional entre os sistemas político e jurídico de uma sociedade. No entanto, para que as Constituição consigam cumprir os fins a que se destinam, é necessário haver uma mínima autonomia recíproca entre aqueles sistemas. E é esse o problema estrutural da modernidade periférica desde seu surgimento: a falta de suficiente autonomia entre os sistemas jurídico e político, os quais são constantemente comprometidos pela interferência de outros sistemas, em especial o econômico (NEVES, 2011).

Na verdade, pode-se afirmar que as mudanças no processo de acumulação do capital ocorrido nas últimas décadas culminaram no surgimento de um verdadeiro estado de exceção econômico a que está submetida a periferia do capitalismo (BERCOVICI, 2006). Estado de exceção marcado não pela hipertrofia dos poderes de exceção dos governantes, mas pelo convívio permanente do decisionismo de emergência para salvar os mercados.

Nesse contexto, as reformas constitucionais assumem papel importante, a exemplo do que se deu com a EC nº 95/2016. Através delas, o direito é adaptado às necessidades do capital financeiro, que exige cada vez mais a adoção pelos Estados de políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais. Em suma, a razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado.

¹² Lembre-se que o surgimento da sociedade moderna está intimamente ligado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional, sendo pertinente, portanto, a distinção entre o centro e a periferia do capitalismo mundial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história moderna dos direitos fundamentais se confunde com a história do constitucionalismo e da disputa para se reconhecer determinados interesses no seio das Constituições. Nesse sentido, é possível afirmar que o rol de direitos previsto nos textos constitucionais narra o resultado dessa disputa sob a ótica de seus vencedores. Como exemplo, cite-se o fato de os direitos individuais serem reconhecidos com preponderância nas Constituições liberais do século XVIII, enquanto os direitos sociais e econômicos só obtiveram mais espaço nas Constituições do século XX, oriundas da luta dos trabalhadores pela melhoria de suas condições materiais.

Mas além do reconhecimento de direitos, as Constituições modernas também se preocupavam em instituir uma determinada forma de organização da economia, daí surgindo as chamadas Constituições econômicas. O presente trabalho buscou investigar exatamente de que forma o “econômico” se faz presente nas Constituições, e as influências recíprocas entre esses sistemas.

Enquanto no Estado liberal as Constituições econômicas se limitavam a receber e preservar o modo de produção capitalista, à medida que este foi mostrando suas imperfeições, elas passaram a buscar a regulação e a transformação dos mercados. Assim, a Constituição econômica do Estado Social se caracterizou pela previsão de uma ordem econômica programática ou dirigente.

Foi o paradigma da Constituição dirigente que inspirou a elaboração da Constituição brasileira de 1988, a qual estabelece tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social de modo a se atingir determinados objetivos. Há, portanto, uma íntima relação entre a Constituição econômica de 1988 e os objetivos assumidos pela Constituição política como um todo, sendo um dos mais relevantes a efetivação dos direitos fundamentais.

No entanto, após três décadas de sua promulgação, é possível que haja um processo de esvaziamento da Constituição dirigente de 1988, refletido na crescente dificuldade de o Estado brasileiro concretizar direitos. O exemplo utilizado para demonstrar essa hipótese foi a Emenda Constitucional nº 95/2016, que paralisou as despesas primárias federais por vinte anos. Na verdade, a emenda dos gastos públicos é uma expressão nacional de um processo global de desarticulação das ordens financeira e econômica das Constituições dos países periféricos. Esse processo teve início a partir da crise do Estado Social na década de 1970, e é marcado pela

tensão entre os objetivos da Constituição dirigente e as regras do novo padrão de acumulação capitalista.

Ao dirigismo constitucional foi imputada a responsabilidade maior pela ingovernabilidade e pelo endividamento estatal. Assim, as Constituições passaram a ser reformadas com vistas a aprovar medidas de austeridade, que implicam na redução do investimento público em áreas sociais. Em última instância, medidas como a EC nº 95/2016 tem o potencial de inviabilizar os objetivos da Constituição dirigente, em especial as disposições relacionadas à efetivação de direitos.

Sabe-se que diversas circunstâncias podem levar a essa não efetivação, sendo o tema dos limites dos direitos fundamentais largamente debatido pela doutrina e jurisprudência pátrias. No entanto, não se fala com a devida profundidade sobre a importância dos recursos públicos para que os direitos fundamentais sejam concretizados. Quando muito, as discussões se limitam ao conflito entre a reserva do possível e o mínimo existencial, nos casos em que o Estado é demandado judicialmente para concretizar um direito. Ademais, a teoria jurídica predominante no Brasil considera que a escassez de recursos só trará repercussões para os direitos sociais, nunca para os direitos de liberdade, que são vistos como direitos negativos, pois, supostamente, não demandam investimentos estatais para serem efetivados.

Desse modo, o presente trabalho se utilizou da teoria americana dos custos dos direitos como forma de aprofundar o tema e refutar a divisão entre direitos positivos e negativos. Com base nessa teoria, afirmamos que tanto os direitos individuais como os sociais custam e, portanto, não podem ser protegidos sem o financiamento público. E custam não apenas porque demandam a existência de políticas públicas para serem usufruídos. Custam porque a mera possibilidade de serem violados já é custosa, não sendo possível conceber um ordenamento que reconheça um determinado interesse como jurídico sem fornecer os mecanismos necessários para reparar a sua violação.

Além disso, entender que os direitos individuais também dependem de recursos públicos é entender que eles também devem integrar as escolhas trágicas de uma sociedade. No fim das contas, essas escolhas vão indicar a valoração que o Estado atribui a tais ou quais direitos, pois enquanto recursos são alocados para a proteção de alguns, outros restarão desprotegidos. Talvez, essa seja principal contribuição da abordagem dos custos dos direitos: questionar como os escassos recursos públicos são direcionados para a proteção dos direitos fundamentais.

Utilizando a EC nº 95/2016 como exemplo, podemos concluir que ela indica o valor que o Estado atribuiu às despesas primárias que foram paralisadas. Assim, tendo em vista a importância do aspecto dos custos para a concretização dos direitos, afirmamos que essa paralisação tem o potencial de agravar os problemas de financiamento que os direitos fundamentais historicamente sofrem no Brasil, mitigando o caráter dirigente da Constituição de 1988, e aumentando sua função simbólica¹³ diante da sociedade. E essa função precisa ser combatida, assim como a crença instrumentalista nos efeitos da lei e da própria Constituição.

Por meio da crença instrumentalista, atribui-se aos diplomas normativos o encargo de resolver os problemas da sociedade, enquanto os governantes se utilizam de uma referência retórica à Constituição para criar a imagem de um Estado comprometido com os valores constitucionais, apesar da ausência de concretização das respectivas normas constitucionais. “Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos” (NEVES, 2011, p. 38).

É necessário, então, colocar o fenômeno jurídico em interação com essas variáveis, que, a exemplo das medidas estatais que extraem e realocam recursos públicos, podem afetar decisivamente o valor, a finalidade e a eficácia dos direitos. Do contrário, imaginar que a lei ou a Constituição são imunes às interferências econômicas pode apenas nos cegar para a realidade que atravessa o sistema jurídico.

¹³ Aqui, remetemos aos estudos de Neves (2011) a respeito do fenômeno da constitucionalização simbólica. Segundo ele, quando o legislador se restringe a produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a sua eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indícios de legislação simbólica, a qual é caracterizada por ser normativamente ineficaz.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE; Comissão da Ordem Econômica. **Anteprojeto da Comissão**. Volume 164. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, junho de 1987 (1987a).

_____; Comissão da Ordem Econômica. Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. **Atas das Reuniões**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte – (Suplemento), 1987-1988a.

_____; Comissão da Ordem Econômica. Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. **Anteprojeto da Subcomissão**. Volume 171. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, maio de 1987 (1987b).

_____; Comissão da Ordem Econômica. Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, **Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão**. Volume 168. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, avulso sem data.

_____; Comissão da Ordem Econômica. Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. **Relatório-Anteprojeto da Subcomissão**. Volume 165. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, avulso sem data.

_____; Comissão de Sistematização – **Atas das Reuniões**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1987-1988b.

_____; Comissão de Sistematização. Projeto de Constituição. **Primeiro Substitutivo do Relator**. Volume 235. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, agosto de 1987 (1987c).

BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Nota Técnica n. 28: Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. **IPEA**, Brasília, setembro 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589>. Acesso em 14 mai. 2019

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, 2006.

_____; MASSONETO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006.

BRASIL, Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Brasília: **DOU Diário Oficial da União**. Publicado no D.O.U. de 26 de setembro de 1986.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 mar. 2019

_____; **Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm#art1>. Acesso em 13 mai. 2019.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic Choices**: The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York/London: W. W. Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

_____; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DWECK, Esther; ROSSI, Pedro. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FÓRUM 21; FUNDAÇÃO FRIEDRICH EBERT STIFTUNG; GT DE MACRO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA POLÍTICA; E PLATAFORMA POLÍTICA SOCIAL. **Austeridade e Retrocesso: Finanças Públicas e Política Fiscal no Brasil**. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/12834.pdf>>. Acesso em 14 mai. 2019

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos Não Nascem Em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of the rights**: why liberty depend on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

LIMA. George Marmelstein, **Curso de Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAIA, Gretha Leite. A Resistência à Efetivação dos Direitos Fundamentais no Brasil. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 12, n. 68, p.190-204, mar./abr. 2016.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. **Boletim de Ciências Económicas**, XVII. Coimbra, Faculdade de Direito, 1974.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PACHUKANIS, Evguiéni B., **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.