

ΠΩΝΑ ΗΙΛΣΙΑ

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA
Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do
Estado do Amazonas

UEA 
EDIÇÕES

UEA
UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO
AMAZONAS

**GOVERNO DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Wilson Lima
Governador

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. Cleinaldo de Almeida Costa
Reitor

Prof. Me. Cleto Cavalcante de Souza Leal
Vice-Reitor

Prof. Ma. Kelly Christiane Silsa e Souza
Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Prof. Ma. Samara Barbosa de Menezes
Pró-Reitora de interiorização

Prof. Dra. Maria Paula Gomes Mourão
**Pró-Reitora de pesquisa e pós-
graduação**

Prof. Ma. Márcia Ribeiro Maduro
Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. André Luiz Tannus Dutra
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Me. Orlem Pinheiro de Lima
Pró-Reitoria de Administração

Prof. Dra. Maristela Barbosa Silveira e
Silva
Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Prof. Ma. Taís Batista Fernandes Braga
Coordenadora do curso de Direito

**NOVA HILEIA: REVISTA
ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL
ISSN: 2525-4537**

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho, UEA
Prof. Dr. Mauro A. Ponce de Leão Braga,
UEA

Prof. Dra. Maria Nazareth Vasques
Mota, UEA

Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Prof. Dr. Sandro Nahmias de Melo
Editor Chefe

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Editor Adjunto

Prof. Ma. Carla Cristina Torquato
Prof. Ma. Adriana Almeida Lima
Prof. Ma. Dayla Barbosa Pinto
Prof. Me. Luiz Cláudio Pires Costa
Prof. Me. Ygor Felipe Távora da Silva
Prof. Esp. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso A. P., Fiorillo, FMU-SP
Prof. Dr. César O. de B. Leal, UNIFOR
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP
Prof. Dr. José Helder Benatti, UFPA
Prof. Dr. Fernando A. C. Dantas, UFG-
GO

Prof. Dra. Solange T. da Silva,
Mackenzie - SP
Conselho Editorial

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 1, Jul – Dez 2020.

ISSN: 2525 - 4537

ANAIS DO I CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS: PREPARATIVOS PARA OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AVANÇOS E DESAFIOS.

I CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS: PREPARATIVOS PARA OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AVANÇOS E DESAFIOS

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti Filho, UEA
Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA
Prof. Dr. Túlio Macedo Rosa e Silva, UEA
Prof. Me. Denison Melo de Aguiar, UEA
Prof. Me. Ricardo Albuquerque Tavares, UEA
Comissão Organizadora

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar, UEA
Profª. Ma. Adriana Almeida Lima, UEA
Prof. Me. Ricardo Albuquerque Tavares, UEA
Comissão Científica

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar, UEA
Profª. Ma. Adriana Almeida Lima, UEA
Avaliadores

Brenda Chayná do Nascimento Pereira
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 1, Jul – Dez 2020.

ISSN: 2525 - 4537

ANAIS DO I CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS: PREPARATIVOS PARA OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AVANÇOS E DESAFIOS.

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

AGUIAR, Denison Melo de Aguiar; LIMA, Adriana Almeida Lima e ALBUQUERQUE, Ricardo Tavares (Orgs.). **Anais do I Congresso de Direito Público da Universidade do Estado do Amazonas: Preparativos para os Trinta Anos da Constituição Federal, Avanços e Desafios.** In: Nova Hileia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia / Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Vol.1, n.1 (2020). Manaus: Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2020.

Semestral

ISSN: 2525-4537

1. Direito Ambiental – Periódicos. I. Título

CDU 349.6

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 1, Jul – Dez 2020.

ISSN: 2525 - 4537

ANAIS DO I CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS: PREPARATIVOS PARA OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AVANÇOS E DESAFIOS.



Prefácio

É com muito prazer que apresento os Anais do I Congresso de Direito Público da Universidade do Estado do Amazonas, o qual se realizou com o objetivo de reflexão sobre os trinta anos da Constituição Federal, um olhar para a sociedade a partir desse marco democrático e as reflexões jurídicas sobre o passado e para o futuro.

Mas, principalmente, a pretensão do Congresso também foi de agregar os alunos e docentes dos diversos Cursos de Direito do Amazonas em torno de um ideal – pensar no âmbito acadêmico uma Constituição viva, em uma sociedade que marcadamente ainda não amadureceu seus ideais democráticos, mas que deu o primeiro passo de romper o autoritarismo em 1988.

A Constituição não é dos juristas, ela pertence a todos que buscam uma vida digna em solos brasileiros, assim como os futuros profissionais do Direito devem, em todo o seu caminhar acadêmico, ter a Constituição como um ideal concreto, factível e, por isso, o Congresso buscou focar nos artigos dos acadêmicos.

Em poucos anos de vida, a Universidade do Estado do Amazonas vem contribuindo substancialmente para a cultura jurídica do Estado e, não poderia ser diferente com o presente Congresso, a Universidade nada mais faz que o seu dever de produzir conhecimento, mas também de difundi-lo no ideal democrático de nossa Constituição e de uma Universidade pública para todos.

Agradeço profundamente a todos que se dedicaram a esta missão de realizar o primeiro Congresso, em especial, agradeço todos os docentes, técnicos e discentes da UEA e de outras Universidades que construíram conosco o Congresso. Agradeço também o Tribunal Regional do Trabalho da 11.^a Região que nos agraciou com o seu espaço para que pudéssemos receber a todos. Enfim, o primeiro é a raiz e a publicação destes Anais é a demonstração que a raiz fincou.

Manaus, 23 de junho de 2020.

Prof. Me. Ricardo Tavares de Albuquerque, UEA

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 1, Jul – Dez 2020.

ISSN: 2525 - 4537

ANAIS DO I CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS: PREPARATIVOS PARA OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AVANÇOS E DESAFIOS.



Editorial

A equipe da Comissão da comissão científica do I Congresso de Direito Público da Universidade do Estado do Amazonas: Preparativos para os Trinta Anos da Constituição Federal, Avanços e Desafios, vem ao público acadêmico do Brasil e do mundo, apresentar as produções científicas do Congresso acima. O objetivo geral deste Anais foi publicar as produções científicas das Universidades do Amazonas. Neste sentido, a finalidade deste Anais é ser um instrumento de união das academias nortistas do Brasil, com o fim de congregar e unir pesquisadores e grupos de pesquisa das mais diversas universidades na temática do Direito Público, em especial, ao se tratar de casos concretos no Norte do Brasil e casos concretos Amazônicos, ou ainda, análise de pesquisadores nortistas.

Todos os artigos que compõem este Anais foram submetidos às avaliações formais e de mérito da Comissão científica. Após essa avaliação, houve a apresentação oral destes, bem como, o debate com a banca composta pela Prof. Me. Denison Melo de Aguiar e Profa. Ma. Adriana Almeida Lima durante o evento, onde foram feitas ponderações e complementações para revisão final dos artigos. Por fim, estes foram formatados e diagramados pela equipe da Nova Hileia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia, que compõe o Núcleo Editorial do Mestrado em Direito Ambiental, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

Portanto, a comissão Científica faz voto que estes trabalhos acadêmicos sejam bem utilizados. Bons estudos e boa leitura.

Agradecemos imensamente pela disposição de todas e todos que pensaram, executaram e contribuíram com o I Congresso de Direito Público da Universidade do Estado do Amazonas: Preparativos para os Trinta Anos da Constituição Federal, Avanços e Desafios.

Manaus, Amazonas, 20 de junho de 2020.

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar, UEA
Profa. Ma. Adriana Almeida Lima, UEA

CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE INVERTIDO: CRISE DO DIREITO BRASILEIRO OU RÓTULO A REFORMAS NECESSÁRIAS?

INVERTED DIRECTIVE CONSTITUTIONALISM: CRISIS OF BRAZILIAN LAW OR LABEL TO NECESSARY REFORMS?

Eric Almeida Carro¹
Bruno de Souza Cavalcante²

Resumo: O presente trabalho pretende analisar, a partir da delimitação conceitual do Constitucionalismo Dirigente Invertido, se a suposta blindagem da constituição financeira na concretização das normas programáticas da Carta Política de 1988 é decorrência de entendimento equivocado das cortes brasileiras, uma consequência da realidade fática ou então uma terceira alternativa ainda não trazida à tona na discussão. Observar-se-á não só a construção teórica da Teoria da Constituição contemporânea, mas também os critérios econômicos e consequencialistas utilizados em juízo.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Constitucionalismo Dirigente Invertido. Análise Econômica do Direito.

Abstract: This paper intends to analyze, from the conceptual delimitation of Inverted Directive Constitutionalism, if the supposed shielding of the financial constitution in the accomplishment of the programmatic norms of the Political Charter of 1988 is due to misunderstanding of the Brazilian courts, a consequence of the factual reality or a third alternative not yet brought to the fore in the discussion. It will be observed not only the theoretical construction of the contemporary Constitutional Theory, but also the economic and consequentialist criteria used in courts.

Keywords: Constitutionalism. Inverted Directive Constitutionalism. Economic Analysis of Law.

¹ Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Amazonas, cursando o 6º período. Contato: ericcar@globo.com

² Professor de Direito da Universidade Federal do Amazonas e Mestre em Economia pela Universidade Católica de Brasília. Contato: bruno.cavalcante@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo Dirigente é construção teórica associada ao doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho, bem como a Peter Lerche, e seu conceito é associado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Primeiramente, faz-se necessário delimitar, isto é, definir os conceitos que serão utilizados no presente artigo. O conceito, embora não seja contraditório ao constitucionalismo social, à Constituição Balanço ou à Constituição Programa, é um conceito mais restrito que isso. Trata-se de uma Constituição que, na dicção de Lenza (2015, p. 118), estabelece um plano para dirigir uma evolução política.

Associa-se também a esta noção a de Constituição Fundamento ou Total. Este conceito é vinculado à interpretação da Constituição, cujas normas deveriam não só irradiar efeitos por todos os ramos do Direito, mas também determinar o conteúdo do Direito por completo. Esta noção é voltada à fixação de um plano para a transformação de determinada sociedade. É uma forma de vincular o legislador ao programa preestabelecido no Texto Constitucional. A questão da vinculação ao legislador é uma das principais preocupações teóricas na obra de Canotilho.

A fim de especificar o conceito, cabe trazer o conceito de Novellino (2009, p. 113), segundo o qual “A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total”. Este entendimento destoa da necessidade de tratar Constituição Dirigente e Programática por terminologias separadas. Será analisada mais adiante a apontada divergência.

Em específico, após apresentar os delineamentos do conceito de Constitucionalismo Dirigente, pretendemos abordar sobre as Constituições Financeira e Econômica, contidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traçando apontamentos sobre o fenômeno denominado “Constitucionalismo Dirigente Invertido” que, entre cujas características estaria a separação entre as Constituições Financeira e Econômica, dadas determinadas opções do legislador, revestido do poder constituinte derivado reformador, durante as décadas de vigência do atual Texto Magno.

Além de passar pela análise da suposta separação entre a Constituição Financeira e Econômica, sendo essencial ingressar nos campos do Direito Financeiro e Econômico, respaldados pelo Texto Constitucional, será empregada, para este fim, a metodologia da Análise

Econômica do Direito, pautada pelo individualismo metodológico, pelas noções de escassez, de custo de oportunidade, assimetrias informacionais, dentre outros conceitos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE

Para abordar sobre a origem do Constitucionalismo Dirigente, é necessário tratar primeiramente da contribuição teórica de Peter Lerche para o presente tema. Lerche cunhou o termo em 1961, a fim de classificar constituições que continham caráter de apontar uma direção para a sociedade. José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, foi responsável por aprofundar o conceito, sendo bastante influente na elaboração da Constituição Portuguesa de 1976.

Para fins de classificação conceitual, não se confunde o constitucional social com o constitucionalismo dirigente. Evidentemente, os dois termos são indissociáveis. As Constituições consideradas sociais na atualidade têm aspectos marcadamente dirigente. O primeiro remete à noção de Estado que positiva os Direitos Sociais, impondo deveres de prestação à entidade que exerce o monopólio legítimo da força coercitiva sob determinado território.

No entanto, apenas isso não caracteriza seu caráter dirigente. É plenamente possível uma Constituição possuir tais deveres prestacionais, porém não esboçar um direcionamento à sociedade, descentralizando para os indivíduos, mais especificamente seus cidadãos, os seus rumos, isto é, seus planos e objetivos. O conceito de Constituição Dirigente trata de uma questão mais específica e possivelmente mais profunda quando se lhe analisa à luz das ciências sociais aplicadas, mais especificamente as ciências econômicas.

No que tange aos conceitos de Constituição Balanço e Constituição Programa, a primeira diz respeito ao equilíbrio entre as diversas correntes ideológicas e interesses presentes no mesmo texto constitucional, ou seja, a conciliação de interesses perante o pluralismo da sociedade, enquanto que a última é praticamente um sinônimo de Constituição Dirigente. No entanto, a noção de programa é criticada, uma vez que a prática jurídica costuma utilizar o conceito de normas programáticas para relativizar a força obrigatória dos Direitos Sociais, por exemplo.

O conceito de Constituição Dirigente é o preferível pela doutrina, em virtude de transmitir simbolicamente o caráter obrigatório, muito embora na prática possa ser visto como um sinônimo da Constituição Programática.

2.2 A SUPOSTA MORTE DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Na década de 1990, José Joaquim Gomes Canotilho passava a apontar seu ceticismo quanto à efetividade da Constituição Dirigente. Em artigo denominado *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente*, o doutrinador português passa a assumir a postura do constitucionalismo moralmente reflexivo, influenciado pelos efeitos do meio social, tais como o pessimismo pós-moderno. Não se tratou de um rompimento com a tese defendida pelo professor português. Não obstante, foi uma demonstração de ceticismo.

A indagação de grande repercussão em debates sobre o tema foi e ainda é objeto de estudos na academia jurídica nacional. Propõe-se, inclusive, uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada ao Brasil. Poderia ser considerada uma terceira via. De qualquer modo, a tarefa de induzir e planejar os rumos de determinada sociedade pode se tornar autoritário. É esse autoritarismo que Canotilho aponta no suposto anúncio da morte do Constitucionalismo Dirigente, adotando-se uma perspectiva moralmente reflexiva, ou ainda “contratual”.

Feito este introito, é possível adentrar ao bojo da discussão. No âmbito das conquistas e desafios para o constitucionalismo brasileiro nos próximos anos, antes mesmo de cunhar propostas, provavelmente seja mais interessante analisar as críticas sobre como o Poder Público lida com a Constituição Dirigente brasileira, incluindo a atividade legislativa.

2.3 A TESE DO CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE INVERTIDO

Primeiramente, cumpre frisar que a tese do Constitucionalismo Dirigente Invertido não se trata de uma proposta, mas de uma definição crítica às alterações sofridas pela Constituição Federal de 1988 no decorrer do tempo. Introduzido por Bercovici e Massonetto (2006), o conceito postula que está ocorrendo a blindagem da Constituição Financeira, em nome de uma suposta neutralidade, e esta blindagem decorre de Emendas Constitucionais, Leis Complementares que teria por consequência deixar a Constituição Econômica em situação agonizante.

Isso decorreria da hegemonia das tendências neoliberais, manifestando-se na rigidez dos instrumentos financeiros da Constituição Financeira, deixando em segundo plano as boas intenções do constitucionalismo econômico que obteve seu apogeu no século XX. Esse fenômeno, conforme as premissas mencionadas, causaria a inversão do corolário programático do constitucionalismo dirigente.

Uma das considerações feitas neste debate é de o Brasil ser um país classificado como de “modernidade tardia”. Isso aponta que nosso desenvolvimento socioeconômico é refratário em relação aos demais países que adotam tal modelo. Streck (1999) relaciona essa realidade social e ao pensamento dominante na prática jurídica à noção de “baixa constitucionalidade”. Ou seja, as normas constitucionais no Brasil, ainda que positivadas, estariam em enfraquecido grau de cumprimento.

2.4 APLICAÇÃO DA METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Preliminarmente, a Análise Econômica do Direito, ou *Law and Economics* como também é conhecida, teve sua origem não no uso de ferramentas econômicas para compreender o fenômeno jurídico, como se conhece na contemporaneidade. Antes disso, que se originou de Richard Posner, em sua obra *Economic Analysis of Law* (1973), os principais influenciadores da metodologia eram Frank Knight, Aaron Director, George Stigler, entre outros. Estes enfatizavam os estudos em Direito Econômico, especificamente o Direito Concorrencial. A denominada *old law and economics* tem sua gênese em estudos de Direito Econômico, embora não seja seu sinônimo por se tratar de metodologia e não um ramo do Direito, e inevitavelmente a *new law and economics*, como conhecemos atualmente, é subsídio teórico de grande valia para a compreensão do fenômeno do Direito Financeiro.

Para esta metodologia, é imprescindível o emprego do individualismo metodológico. Este, por sua vez, nem sempre empregado em estudos sobre a regulação econômica e sobre a intervenção e atuação do Estado no domínio econômico, impactando nas estruturas de incentivo de um imaginário modelo de mercado *laissez-faire*. Não significa analisar o comportamento do Estado de maneira suprassocial, como eventualmente se possa alegar. Trata-se de analisar a conduta do mesmo, partindo da premissa de este ser racional, mediante os atos da Administração Pública.

O Direito não se compreende tão somente com as ferramentas da hermenêutica jurídica. Muitas vezes, a sua autonomia como disciplina científica é contestada, optando alguns, entre os quais Gico Júnior (2010, p. 8), por denominá-lo “a arte de regular o comportamento humano”. A economia, nesse diapasão, seria a ciência responsável por estudar a tomada de decisões do ser humano, como este se comporta em um mundo com recursos escassos e as consequências de tais decisões e comportamentos.

O fato de o Estado ter a prerrogativa de poder de império e atuar sob o fundamento da supremacia do interesse público em determinadas relações sociais não são suficientes para

torná-lo alheio a uma análise econômica com o instrumental teórico fornecido pela microeconomia. É nesse sentido que empregaremos a Análise Econômica do Direito, bem como outras valiosas considerações.

2.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

Não se pretende aqui esgotar o tema dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, uma vez que o tema delimitado é do Constitucionalismo Dirigente, bem como a tese de sua versão invertida e suas implicações. Não obstante, é inevitável traçar considerações sobre tais direitos, pois eles são os instrumentos pelos quais a Constituição Dirigente concretiza (ou concretizaria) seus planos.

Cumprir trazer à presente discussão o teor do Art. 2º, item 1 do Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que inevitavelmente influencia boa parte dos países que adotam modelos constitucionais afins ao constitucionalismo dirigente, *in verbis*:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas (PIDESC, 1966).

Nesse sentido podemos inferir uma diferença substancial entre a estrutura própria aos direitos de primeira dimensão, quais sejam, os individuais (associados aos deveres de abstenção) e da estrutura dos direitos de segunda dimensão, quais seja, os sociais, econômicos e culturais. Os deveres de abstenção nos direitos de primeira dimensão, cumpre ressaltar, são a sua finalidade, podendo ter como meio de concretizá-los alguma atuação positiva, o que, porém, não lhe tira tal característica geral. Os direitos sociais implicam deveres de prestação, muito embora o direito à saúde imponha a todas as pessoas o dever de não atentar contra a saúde pública, por exemplo.

O Estado, entidade que na consagrada definição weberiana representa a entidade detentora do monopólio legítimo da força sob determinado território, é o responsável pela realização dos supracitados direitos, sejam individuais ou sociais. Com isso, a doutrina jurídica desenvolveu distinções entre o Estado de Direito e o Estado Social de Direito. O primeiro vinculado à ideia de segurança jurídica e o segundo à noção de justiça social.

Quanto à distinção que se costuma fazer entre o Estado de Direito e o Estado Social de

Direito, cabe a menção a Ávila (2011, p. 212), segundo o qual o princípio do Estado Social de Direito exige que o Estado cumpra a sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças, especialmente por meio da distribuição de riqueza; já o princípio do Estado de Direito funciona como contraponto garantidor de expectativas, impedindo determinadas mudanças.

No caso do projeto de país presente na Carta Magna de 1988, há a coexistência de ambos. A proposta de Estado Democrático de Direito não exclui os elementos do Estado de Direito nem do Estado Social de Direito. Ambos coexistem, podendo colidir em determinadas situações, resultando na prevalência do elemento de um sobre o elemento de outro. Porém, não está no projeto constitucional brasileiro a eliminação nem do Estado em sua manifestação absenteísta nem em sua manifestação prestacional.

Para a concretização de tais objetivos, seja pelos direitos individuais que a priori impõem abstenções mas que para a sua reparação, no caso de violações, exigem determinadas reparações (e.g. julgamento no Tribunal do Júri), seja pelos direitos sociais (educação, saúde, alimentação, moradia, entre outros), é necessário ao texto normativo de maior hierarquia no ordenamento jurídico traçar diretrizes em âmbito de Finanças Públicas e no âmbito da Ordem Econômica.

Ao traçar as diretrizes para o financiamento dos serviços públicos e para o desenvolvimento econômico, é possível visualizar a distinção no teor da Constituição da República Federativa do Brasil, a ser analisado posteriormente.

Em se tratando da Constituição Econômica, é cabível mencionar a lição doutrinária de Bagnoli (2013, p. 64), *in verbis*:

A Constituição Econômica, portanto, deve ser interpretada à luz das demais disposições constitucionais, e não apenas daquelas contidas no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, pois os princípios e objetivos da política econômica estão expressos em outros tópicos da Carta, constituindo todo esse conjunto a Constituição Econômica do Brasil (BAGNOLI, 2013).

Feita esta consideração de cunho introdutório, e considerando que a partir do princípio da unidade da constituição, o mesmo também se aplica à denominada Constituição Financeira. Cabe, dessa forma, ir ao bojo da discussão sobre o suposto divórcio entre as Constituições Financeira e Econômica contidas na unidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.6 CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA E CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

A divisão da Constituição em diversas “constituições” é uma prática comum na doutrina jurídica. O Direito é uno, porém divide-se em ramos para facilitar o seu estudo. Com isso, empregaremos a distinção que se faz da Constituição Financeira e da Constituição Econômica, bem como as suas modificações desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Econômica é fruto de uma época em que se viu necessário maior atuação e intervenção do Estado no domínio econômico. Baseada em grande parte no pensamento econômico declarado heterodoxo até a contemporaneidade, essa parcela da Constituição de um país (marcada por aspectos sociais, dirigentes e programáticos) define diretrizes de como se dará o processo de desenvolvimento econômico. A priori, é importante mencionar que adotaremos a visão de Bercovici (2006) que, em linhas gerais, define como principal projeto da Constituição brasileira a superação do subdesenvolvimento.

É possível obter esta conclusão a partir de uma análise dos objetivos fundamentais (Art. 3º), princípios da ordem econômica (Art. 170), diretrizes sobre ciência e tecnologia (Art. 219), entre outras passagens da Constituição Federal. Os conceitos de desenvolvimento e subdesenvolvimento sofre mutações conforme diversos fatores da vida em sociedade. Em linhas gerais, a concepção de Bercovici é correta, porém não exaure a discussão sobre tais concepções.

Os princípios da Ordem Econômica são, entre os princípios de funcionamento, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, enquanto que os princípios-fins são a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, há interseção direta entre a principiologia da Ordem Econômica brasileira com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, havendo cristalina harmonia entre os textos.

A Constituição Financeira é basicamente o conjunto de normas constitucionais voltadas a traçar diretrizes sobre Direito Financeiro, regulando o orçamento público. Não se confunde com o Sistema Financeira Nacional, embora possa ter conexão se utilizarmos como exemplo o papel dos bancos públicos para o desenvolvimento econômico.

O Direito Constitucional Financeiro traz disposições indispensáveis para o presente objeto de estudo. O Art. 38 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez, possui a seguinte dicção:

Art. 38. Até a promulgação da lei complementar referida no art. 169, a União,

os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão despender com pessoal mais do que sessenta e cinco por cento do valor das respectivas receitas correntes. Parágrafo Único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando a respectiva despesa de pessoal exceder o limite previsto neste artigo, deverão retornar àquele limite, reduzindo o percentual excedente à razão de um quinto por ano (ADCT, 2016).

Este dispositivo, bem como o Art. 169 do Texto Constitucional mencionado, são as bases da denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001). Cumpre ressaltar que este dispositivo é oriundo do Poder Constituinte Originário, e não do Poder Constituinte Derivado Reformador. Não se reconhece, no ordenamento jurídico brasileiro, a tese das normas constitucionais inconstitucionais, atribuída a Otto Bachoff. Cabe ao intérprete tão somente a interpretação da constituição conforme a sua unidade, ou seja, compreendê-la a partir do princípio da unidade da constituição. Ainda que questionada por ações tais como a ADI 2238/DF, não foi declarada a inconstitucionalidade da maior parte do polêmico diploma normativo.

Polêmicas envolvendo o enquadramento de determinado diploma normativa ou emenda constitucional à Constituição são corriqueiras. A temática dos gastos públicos é polêmica em virtude dos diversos interesses envolvidos. Por um lado, o Estado lato sensu é obrigado prestar não só as suas obrigações de cunho programático, como também direcionar a sociedade para determinado caminho, dentro da proposta do constitucionalismo dirigente. Outra temática bastante polêmica envolvendo os limites aos gastos públicos será analisada adiante.

A Emenda Constitucional nº 95/2016 foi uma notória mudança na Constituição Financeira contida na “unidade” da constituição brasileira, promulgada há aproximadamente trinta anos. Trata-se do Projeto de Emenda Constitucional nº 241, que com esta numeração tramitou na Câmara dos Deputados e quando aprovado no Senado Federal, tratava-se da PEC nº 55. Promulgou-se o seu teor pela Emenda Constitucional nº 95/2016. O projeto ficou conhecido como a PEC dos Gastos Públicos.

A sua constitucionalidade foi e ainda é contestada por determinados setores da sociedade brasileira. Na linha de pensamento que aponta o divórcio entre a Constituição Econômica e a Constituição Financeira, que supostamente afeta a unidade da Constituição Federal de 1988, a Emenda Constitucional nº 95, que reforça os limites aos gastos públicos, seria uma forma de cercear a concretização das “promessas da modernidade” e das denominadas conquistas sociais.

Ocorre que é possível encontrar diversas outras manifestações no sentido de que a EC nº 95/2016 encontra-se dentro da moldura constitucional. Esse entendimento é no sentido de

que a flexibilidade que as Constituições Dirigentes adotaram no ocorrer do tempo é corriqueiro. Impõe-se um fazer, por exemplo, construir uma sociedade livre, justa e solidária. Evidentemente, há normas constitucionais que detalham este dispositivo, podendo ser encontradas, *exempli gratia*, no Título VIII da Constituição Federal, que dispõe sobre a Ordem Social. Estando dentro do enquadramento constitucional, e conciliando as imposições das diversas “subconstituições” presentes no todo, na moldura, na unidade da Constituição Cidadã de 1988, não se vislumbra razões para alegar inconstitucionalidade.

É possível, juridicamente, implementar divergentes políticas econômicas e sociais para alcançar tais objetivos, contanto que dentro da moldura constitucional. Dispositivos como o do Art. 219, com a dicção de que “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”, apontam que cabe ao Estado induzir e incentivar a realização de determinado resultado, porém não delimita uma suposta política econômica obrigatória para alcançar o objetivo.

2.7 QUESTÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS E DA DISPERSÃO DO CONHECIMENTO EM SOCIEDADE

Apresentados os aspectos dos direitos sociais, bem como da função planificadora e indutora do Estado sob a perspectiva de uma Lei Fundamental dirigente, cabe traçar algumas considerações econômicas, a fim de reforçar a coesão com a interdisciplinaridade previamente proposta.

Nesse diapasão, é essencial trazer o pensamento de Hayek (1945), no sentido de sua crítica ao planejamento central da economia, sob o fundamento de que o conhecimento em sociedade é disperso. A ideia de um planejador central (o Estado) alocar os recursos necessários para proporcionar bem-estar e prosperidade à sociedade que administra sem o uso, em paralelo, de informações de agentes privados, com menor ou maior grau de liberdade, tende a não prosperar quando posta em prática. Os experimentos socialistas tiveram este resultado. Socialismo aqui é utilizado não no sentido marxista, o socialismo científico que busca a transição do socialismo para o comunismo. O conceito utilizado aqui é de uma teoria política e econômica de organização social que advoga que os meios de produção, distribuição e troca devem ser propriedade, ou devem ser controlados, por um grupo social como um todo, conforme definição do *Oxford Dictionary*, adotada por Lorenzon (2017, p. 20).

Não necessariamente é um conceito associado à ideia de igualdade material. É

precipualemente voltado ao planejamento central, enquanto que a ordem social classificada como liberal tem por predominância a descentralização da tomada de decisões econômicas, que por sua vez influenciam todos os rumos de uma sociedade. Cumpre frisar que se tratam de modelos ideais. Ou seja, não há Estado completamente liberal ou socialista na prática. O que ocorre é predominância do primeiro ou do segundo. Os países que adotam o modelo de Estado de bem-estar social, também denominado Estado Providência, buscam o meio termo. Buscam cumprir seus objetivos na maioria dos casos através de um sistema econômico misto. Estes países, geralmente, são adeptos das constituições diretivas.

No caso das Constituições dirigentes, que adotam um misto entre o Estado liberal e social, visando direcionar a sociedade a determinado plano definido pelo Poder Constituinte Originário não deixa de possuir esta vertente. Um dos grandes marcos do Constitucionalismo Dirigente foi a Constituição Portuguesa de 1976, que objetivava estruturar um futuro Estado socialista. Com o tempo e influência da atual União Europeia, foram realizadas adequações, a fim de não prejudicar por completo a própria funcionalidade do Texto Constitucional.

Ainda na linha de pensamento de Hayek, a centralização da atividade econômica nas mãos de uma entidade centralizadora prejudica o processo de mercado, que formaria preços e alocaria recursos, na linha de pensamento deste economista, de maneira mais eficiente, proporcionando maior bem-estar. O Constitucionalismo Dirigente tem seu caráter centralizador não no sentido de querer controlar a sociedade ou os processos de decisão econômica como um todo. Porém, o caráter impositivo de um projeto ideal de sociedade certamente sofre o impacto da assimetria de informações em relação às demandas do grupo social que essa Constituição regerá, uma vez que tais demandas são mutáveis com o tempo e estão dispersas em sociedade.

É difícil imaginar que os mais de duzentos milhões de habitantes da República Federativa do Brasil, considerando uma perspectiva “contratual” da Constituição brasileira, pensam os rumos da sociedade da mesma maneira estabelecida na Constituição de 1988. Difícil também imaginar que nos próximos trinta anos, caso o presente Texto Constitucional permaneça em vigência, a população continuará adepta das mesmas ideias e objetivos do projeto de Estado e de sociedade desenhado em 1988 para o Brasil.

A Constituição norte-americana, classificada como Constituição Garantia por ser curta e abordar basicamente de organização de poderes, tendo recebido após a sua aprovação a *Bill of Rights* (equivalente próximo ao Art. 5º da Constituição brasileira), não tem por proposta a construção ou reconstrução da sociedade norte-americana. Trata-se de uma tarefa atribuída à sociedade civil. Diferentemente das Constituições Dirigentes, que visam impor determinado

programa não só ao Estado, mas à sociedade, trata-se de uma Constituição em que a tomada de decisões para seu rumo é um papel descentralizado, no qual cada cidadão poderá influenciar.

Isso não exclui determinadas prestações que, nos Estados Unidos, a União, os Estados ou os counties poderão proporcionar mediante prévia arrecadação de tributos. O que ocorre de diferente no modelo constitucional norte-americano é a não-opção por imposições diretivas do Poder Constituinte Originário sobre que rumo uma sociedade deverá adotar.

Em outras, vislumbra-se de grande dificuldade impor um programa com diretrizes estáticas para transformar uma sociedade dinâmica. Além dos mencionados fatores da modernidade tardia do país, bem como a denominada baixa constitucionalidade, atribui-se à turbulência do Constitucionalismo Dirigente o fenômeno da globalização. Apontar a globalização, fenômeno aparentemente irreversível em um futuro próximo, como ameaça à Constituição Dirigente é afirmar tacitamente que esta não é mais adequada ao presente contexto.

Em outras palavras, o ambiente institucional brasileiro e de outros países adeptos da Constituição Diretiva têm um grande desafio em lidar com uma sociedade e economia dinâmicos, haja vista os órgãos e entidades estatais não terem a seu alcance todas as informações necessárias para concretizar o projeto estruturado no Texto Constitucional, dificultando a indução de determinadas atividades, bem como a atuação e intervenção efetivas da Administração Pública.

Com este fenômeno, que também pode ser analisado como uma assimetria informacional jurídico-política, pode-se inferir que o constitucionalismo dirigente lida com um grande problema em compreender as mudanças da sociedade. Ainda que o modelo busque se adequar à realidade brasileira, dificilmente conseguirá realizar as prestações estatais que países com modelos constitucionais correlatos na Europa Ocidental realizam. A busca pela terceira via entre a baixa constitucionalidade e um autoritarismo constitucional, ambos incompatíveis com os propósitos de ordenamento jurídico brasileiro, pode ser no sentido desta construção em torno de uma Teoria da Constituição Dirigente adequada à realidade brasileira. Alerta-se aqui, no entanto, para primeiro se realizar o “diagnóstico” para em seguida propor o “tratamento”.

Em um exemplo simples, desconsiderando os desdobramentos do Direito Financeiro e do orçamento público, se um Estado europeu possui arrecadação tributária per capita de 5X enquanto que o Estado brasileiro arrecada X, há duas possibilidades: para o Estado brasileiro prestar todo o escopo de serviços (ou promessas da modernidade, como frequentemente utilizado em tais discussões) do Estado europeu, ou prestará todos com 1/5 (20%) da qualidade esperada (tendo que alegar, se demandado em juízo, mediante o respectivo órgão de advocacia

pública, o princípio da reserva do possível, que geralmente é posto em dialecticidade com o mínimo existencial), ou gastará um quinhão desproporcional em determinado direito social, deixando outros com dotação insuficiente, acarretando em violação ao princípio da vedação da insuficiência.

Neste exemplo abstrato, apesar de desconsiderar a dotação mínima para determinadas áreas de políticas públicas ligadas ao cumprimento dos direitos sociais, pode-se visualizar a problemática: o Administrador Público encontra-se no dilema de ora prestar todos os serviços com qualidade reduzida ou prestar alguns com qualidade e outros de forma deficiente, caso se utilize como parâmetro de comparação o país europeu abstrato.

Isso acarreta o fenômeno da judicialização das políticas públicas. Afirma-se que o século XIX foi o século do Poder Legislativo, o século XX do Poder Executivo e que o século XXI será o século do Poder Judiciário. Muito embora a função contramajoritária do Poder Judiciário seja essencial para o Direito no atual contexto, corre-se o risco de uma hipertrofia. O deslocamento de poder para um dos três poderes cuja função típica não é definir políticas públicas e definir diretrizes de gestão. O controle jurisdicional, inafastável em clara dicção do Art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, é uma forma de obrigar o Estado a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente impostas.

No entanto, o magistrado ao ser investido na função não apenas jurisdicional, mas de alocador de recursos, lida sempre com o dilema decisório. Para cumprir com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o mesmo não só ocupará um papel que tradicionalmente não lhe é principal (não fosse isso, não haveria ampla produção acadêmica estudando o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas), mas terá a árdua tarefa de alocar recursos escassos, a partir do poder jurisdicional.

Nesse sentido, cabe menção a Holmes e Sunstein (1999), argumentando os autores que “Nenhum direito cuja eficácia pressupõe o gasto seletivo dos recursos do contribuinte pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário, sem a observância das consequências orçamentárias que afetam a competência dos outros Poderes”.

Dessa forma, o Constitucionalismo Dirigente, ao menos em seu sentido originário, impõe não só diretrizes a serem, em tese, fielmente seguidas pelo Administrador Público e pela atividade legiferante, mas também atribui ao Poder Judiciário a árdua função de exercer o poder jurisdicional em âmbitos que a priori não são de sua tradicional competência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram analisados os aspectos essenciais do Constitucionalismo Dirigente, bem como o seu alegado exposto, o Constitucionalismo Dirigente Invertido. A ciência econômica, que se encontra no rol das sociais aplicadas, demonstrou-se indispensável à presente análise. A concepção de um Estado com propósitos não só sociais mas também dirigentes merece um estudo desde a sua gênese, como apresentado.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que se aproxima de seus 30 anos, ainda enfrenta os problemas da modernidade tardia, muito embora teses como a baixa constitucionalidade, no sentido de que os direitos sociais são negligenciados e tratados como meros preceitos normativos programáticos, estejam gradualmente deixando de ser problemas de grande impacto. A judicialização de políticas públicas, que não se confunde com o ativismo judicial, é uma realidade e suas consequências devem ser medidas.

O fato é que o Constitucionalismo Dirigente, que inspira a Constituição de 1988, vincula e delimita a atuação não só da atividade legiferante, como também do administrador público. Quando estes não cumprem o papel determinado pelo Poder Constituinte Originário em suas atividades, a via eleita pelos cidadãos, haja vista a inafastabilidade da jurisdição, é o uso do Poder Judiciário. Este, cada vez mais influente, deve ser alvo de preocupações tal como os outros poderes. A eventual hipertrofia deste Poder, assim como o não adimplemento de obrigações constitucionais pelos Poderes Legislativo e Executivo, devem ser objeto de idêntica preocupação.

Os rumos que a Constituição Econômica e a Constituição Financeira têm adotado no país não consistem em violações às determinações ao Poder Constituinte Originário. Trata-se sobretudo de problemas inerentes a um país em desenvolvimento, com regiões e parcelas da população empobrecidas, que nem sempre terá os meios estatais para a prestação de serviços, nem a instrumental necessário para induzir e planejar mudanças sociais a uma determinada direção.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 1, Jul – Dez 2020.

ISSN: 2525 - 4537

ANAIS DO I CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS: PREPARATIVOS PARA OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AVANÇOS E DESAFIOS.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/824661/mod_folder/content/0/4.O.2%20BERCOVICI%3B%20MASSONETTO.%20A%20Constituicao%20Invertida.pdf?forcedownload=1
Acesso em: 19 set. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

FREITAS, P. S; MENDES, F. S. **Comentários sobre a PEC do Teto dos Gastos Públicos aprovada na Câmara dos Deputados: necessidade e constitucionalidade da medida**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/ 2016 (Boletim Legislativo nº 55, de 2016). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 7 nov. 2016.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Epistemologia e Metodologia da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460>. Acesso em: 19 set. 2017.

HAYEK, Friedrich August von. **The Use of Knowledge in Society**. Volume 35, Issue 4. Pittsburgh: The American Economic Review, 1945. Disponível em: <http://home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/hayek.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 1999.

LANDAU, David. **The reality of social rights enforcement**. Disponível em: http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf. Acesso em: 19 set. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 19ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

LORENZON, Geanluca. **Ciclos Fatais: Socialismo e Direitos Humanos**. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2017.

MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. Disponível em: <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0200-history-of-law-and-economics.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017.

Revista Nova Hileia. Vol. 1. Nº 1, Jul – Dez 2020.

ISSN: 2525 - 4537

ANAIS DO I CONGRESSO DE DIREITO PÚBLICO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS: PREPARATIVOS PARA OS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, AVANÇOS E DESAFIOS.

MAIA, Mário Sérgio Falcão; LEITE, Rodrigo de Almeida. **Elementos para uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia.** Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/6418/4657>. Acesso em: 19 set. 2017.

MIRANDA, Thiago Alves. **Constituição dirigente e sua possível morte, frente ao pensamento de J.J. Canotilho.** Disponível em: <https://www.diritto.it/constituicao-dirigente-e-sua-possivel-morte-frente-ao-pensamento-de-j-j-canotilho/>. Acesso em: 20 set. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3ª edição. São Paulo: Método, 2009.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **O Judiciário como poder político no século XXI.** v. 36, n. 144, p. 91- 100, out./dez. Brasília: Revista de informação legislativa, 1999.

SCHOLZE, Victor. **Emprego da teoria da constituição dirigente adequada à realidade brasileira.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30277/emprego-da-teoria-da-constituicao-dirigente-adequada-a-realidade-brasileira>. Acesso em: 19 de set. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa.** Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1454&context=law_and_economics. Acesso em: 19 set. 2017.