

## A Resistência à Efetivação dos Direitos Fundamentais no Brasil

**GRETHA LEITE MAIA**

Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Submissão: 07.05.2015

Decisão Editorial: 07.12.2015

Comunicação ao Autor: 07.12.2015

**RESUMO:** O presente artigo busca identificar as causas da resistência à efetivação de direitos fundamentais no Brasil. Objetiva realçar aspectos que têm sido secundarizados nos estudos jurídicos dos direitos fundamentais. Inicialmente se propõe a um resgate das interpretações do Brasil, numa tarefa voltada para a compreensão da formação da sociedade brasileira. Em seguida, examina a contribuição do dirigismo enquanto proposta de condução das questões entre o Estado e a ordem econômica e financeira. Tem como principais referências bibliográficas os estudos dos intérpretes do Brasil e de Bercovici e Massonetto. O estudo tem, assim, um viés sociológico e um viés político, que são suportes imprescindíveis para a compreensão jurídica dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; efetivação; obstáculos.

**ABSTRACT:** This article seeks to identify the causes of resistance to the effectiveness of fundamental rights in Brazil. It aims to highlight aspects that have been overlooked in legal studies of fundamental rights. Initially it proposes a research of sociological interpretations of Brazil, attempting to understand the Brazilian society formation. After, it examines the economic dirigisme as a contribution to equalize conflicts between the State and the economic and financial order. Its main references are the sociological interpretations of Brazil and also Bercovici and Massonetto law and economics studies. This article has a sociological and political approach, which are the essential supports to the legal understanding of the fundamental rights.

**KEYWORDS:** Fundamental rights; effectiveness; obstruction.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direitos fundamentais: o que significa a fundamentalidade de um direito?; 2 O desafio da efetivação dos direitos fundamentais no Brasil em múltiplas perspectivas: do olhar sociológico à justificação econômica; Conclusões; Referências.

### INTRODUÇÃO

Questões de definição e efetividade dos direitos fundamentais ocupam a agenda de pesquisas jurídicas de maneira prevalente, no Brasil, nas últimas décadas. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, inicialmente nos programas de pós-graduação, a teoria dos direitos fundamentais e a hermenêutica constitucional são conteúdos obrigatórios, e alguns estudos já se referem às

falhas e omissões de algumas abordagens, denunciando o limite que, às vezes, têm as teorias diante de uma resistência (velha ou nova) à efetivação dos direitos fundamentais<sup>1</sup>. Segundo Streck (2011, p. 81), a Constituição Federal de 1988, rica em direitos fundamentais, não encontrou, no pensamento jurídico brasileiro, uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico, por isso “essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Consequentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico [...]”.

O objetivo deste estudo é propor algumas questões para revisitar o tema dos direitos fundamentais e especificamente apontar algumas destas discussões ausentes. A compreensão do tema “resistência à efetivação de direitos fundamentais” somente é possível na perspectiva ampliada das teorias políticas. É inviável pensar sobre direitos fundamentais sem uma compreensão de como se relacionam Estado e sociedade no Brasil. Inicialmente, foram buscados os estudos sociológicos sobre a formação do Brasil contemporâneo, resgatando a contribuição dos assim chamados “intérpretes do Brasil”. Em seguida, foi feita uma investigação na proposta do dirigismo, ou constituição dirigente, orientada para equacionar as relações entre Estado e sistema econômico (e sistema financeiro), por meio de um pacto constitucional. Com isso, foram realçados aspectos que, por vezes, são secundarizados nas discussões sobre efetivação de direitos fundamentais no Brasil.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O QUE SIGNIFICA A FUNDAMENTALIDADE DE UM DIREITO?

A compreensão do significado da adjetivação de fundamental a um direito requer que se examinem noções radicais, construídas na modernidade para definir as relações entre Estado e indivíduo/sociedade. A própria noção de indivíduo, assim como a consolidação do Estado, é resultado de um processo histórico complexo e multifacetado, sendo a “era do indivíduo”, de acordo com Goyard-Favre (1999, p. 78), “bem sintomática do pensamento moderno”. Para fins deste trabalho, por Estado designa-se a organização burocrática de uma estrutura que avoca para si o poder de mando, superando outros núcleos de poder como a Igreja, a nobreza, a realeza e as cidades<sup>2</sup>. A impessoalidade garante a esse corpo burocrático a sua permanência, sua longa duração.

No estudo do Direito, o estudo do Estado sempre envolve a dicção de seus três elementos constitutivos: o povo, o território e o governo<sup>3</sup>. O aspecto

1 Cf. GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes* – A interpretação/aplicação do direito e dos princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

2 Cf. CREVELD, Martin Van. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

3 Cf. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

da territorialidade, identificado na marcação da fronteirização entre espaços físicos, terá menos relevância para este trabalho. Importa ressaltar a existência de um poder centralizado e com pretensões de legitimação (governo) e de um povo, ou elemento humano, componente da relação de hierarquização definidora de uma estrutura de poder. Na busca de definir o que significa a fundamentalidade de um direito, não bastaria, portanto, defini-lo como um direito de natureza essencialmente política porque regulador das relações entre Estado e indivíduo. É preciso reafirmar que a consolidação do Estado demandou o reconhecimento de que a estabilidade das relações de poder era o objetivo das sociedades politicamente organizadas, construindo-se um discurso legitimador do poder do Estado. Há muitas teorias que exploram essa origem do Estado, destacando-se aquelas que se referem à necessidade do modo de produção capitalista de estabilizar a ordem social e política para garantir o funcionamento de um determinado modo de produção e circulação de riquezas. Igualmente existem aquelas que se referem à necessidade da garantia à liberdade religiosa, especialmente na Europa após a reforma luterana do século XVI. O fato é que o mundo no qual vivemos não pode prescindir de considerar a existência do Estado como o fenômeno político de maior relevância e impacto quando das considerações sobre as formas humanas de convivência. Ressalte-se que, ao se adotar neste estudo a proposta de Creveld (2004) quanto a uma ascensão do Estado, também se reconhece que o Estado ainda não superou plenamente outras formas de poder que lhe são concorrentes. As religiões exercidas de forma burocrática e hierarquizada e as grandes corporações e oligopólios financeiros são (ainda e talvez sempre) centros de poder capazes de rivalizar com o Estado democrático, laico e burocrático.

Considerando que este estudo é em parte uma busca de respostas para a questão da resistência à efetivação de direitos fundamentais, seria razoável não perder de vista a questão de quem resiste à efetivação de direitos fundamentais e quem pretende efetivá-los. Por isso é bom lembrar que mesmo o Estado mais bem intencionado do ponto de vista interno (relações governo-povo), do ponto de vista externo esse mesmo Estado poderá enfrentar interesses que atravessam a geopolítica mundial, nas relações entre Estados, entre Estados e corporações internacionais e entre Estados e organizações religiosas que possuem profunda influência no comportamento de seus rebanhos. Do ponto de vista interno, ademais, é nas relações constituídas entre o Estado e o indivíduo (povo) que se radica a questão da efetivação dos direitos fundamentais. Quem resiste à efetivação de direitos fundamentais do ponto de vista interno? No embate político dos grupos sociais que formam a sociedade brasileira, quem tem conseguido fazer prevalecer seus interesses?

A razão de ressaltar a importância de entender o Estado como o maior fenômeno de exercício de poder é que, sem tal dimensionamento, resta im-

possível entender a importância da afirmação de existência de direitos ditos *fundamentais*. Mas não lhe assegura ainda a compreensão completa. Há um entrelaçamento de outras formas para constituir o que somos enquanto sociedade moderna (ou pós-moderna). Duas dessas formas são as noções de indivíduo e de direito tal como as conhecemos hoje, estando ou não o vocábulo direito acompanhado de adjetivações como *subjetivo* ou *fundamental*.

O indivíduo é a unidade apartada do todo. A vida comunitária que caracterizou a Europa medieval, cristã, feudal e agrária é estraçalhada em múltiplas unidades, que terão a capacidade de se identificar por si mesmo, numa “multidão de átomos individuais” (Goyard-Favre, 1999, p. 79). Os indivíduos relacionam-se entre si e esses vínculos passaram a ter um caráter novo: são vínculos jurídicos, isto é, garantidos por este novo e vitorioso centro de poder, o Estado. São formuladas categorias do Direito moderno, como os conceitos de fato *jurídico*, ato *jurídico*, relação *jurídica* e negócio *jurídico*, especialmente na doutrina civilista alemã do século XIX, objetivando descrever o direito como vínculo entre partes iguais. A noção de direito subjetivo e de sujeito de direito, desconhecidas até o final da idade média, são fórmulas na e para a modernidade jurídica: a ideia de indivíduo, no discurso jurídico, assume a noção de sujeito de direito. Simultaneamente, o indivíduo adquire também a capacidade de se relacionar com este ente igualmente recém-consolidado, o Estado. Estado e indivíduo podem relacionar-se sem mediadores. Do ponto de vista teórico, a definição de direitos fundamentais parte, primeiro, da noção de direito como uma situação particular da pessoa em relação ao ordenamento jurídico, que o faz titular de uma pretensão de exigir de outra uma determinada conduta, independente de sua adesão. E o que torna possível a adjetivação de fundamental a um direito?

Muitos teóricos debruçaram-se sobre a locução direito fundamental. Como ressaltam Miranda (1993) e Dimoulis e Martins (2012), são muitas as expressões correspondentes. Dos últimos autores, tome-se a seguinte (2012, p. 40): direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (física ou jurídica) 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. Analisando esse conceito, tem-se como peças centrais a ideia de direito público-subjetivo, ou seja, constituída na relação indivíduo-Estado, e a ideia de Constituição como a sede da sua anunciação, ou seja, a sua contenção em dispositivos constitucionais torna a Constituição o documento que sela esse pacto político-jurídico entre Estado e indivíduos (que se constituem enquanto povo). A partir daí, a própria conceituação de constituição pode ser a de documento que sedia os direitos fundamentais. A ideia de um caráter normativo supremo determina sua natureza prescritiva, que estabelece um dever de observação e efetivação. Por

fim, também é peça central do conceito a nota distintiva de sua finalidade na ideia de limite do exercício do poder estatal em face da liberdade individual. Assim são, teoricamente, dois valores em tensão: a necessidade de reconhecer a existência de um poder estatal e, com isso, uma relação de hierarquização legítima (poder como dominação consentida) e o reconhecimento da liberdade individual.

Destacados os núcleos desse conceito, tem-se duas unidades (opostas): limite (para o exercício do poder pelo Estado) e liberdade (para os indivíduos). Até aqui, destacou-se a teoria dita liberal dos direitos fundamentais, de forma alguma menos ou mais importante do que a teoria social dos direitos fundamentais. Não há razão para compará-las em termos de importância e não há utilidade alguma em hierarquizá-las, assim como a distinção direito de liberdade e direito de prestação talvez também não tenha sentido. Direitos são garantidos. O que importa é verificar as possibilidades do conceito para uma definição do que é um direito fundamental social: ou o conceito é insuficiente ou os direitos sociais não são direitos fundamentais. Em todo caso, é examinado o modo como historicamente se estabeleceram as relações Estado-indivíduo/sociedade que uma resposta pode ser formulada.

A condição de fundamentalidade dos direitos sociais, sua constitucionalização, sua inserção junto ao rol de compromissos do Estado brasileiro, faz parte das lutas políticas do século XX. Convém lembrar que foram nas lutas políticas que os direitos sociais se *efetivaram* ou não, embora enunciados constitucionalmente. A questão tem matizes de paradoxo: esses bens da vida são objeto de políticas de Estado ou políticas de governo no Brasil? Se forem considerados como políticas de Estado, não importaria qual o grupo político no governo, pois o compromisso é constitucional, e tal situação levaria a um esvaziamento do campo político. Seria o fim da história? Mas, se forem políticas de governo, a importância da escolha do grupo político que governará e que, portanto, será o gestor de verbas e políticas públicas torna-se primordial, reconfigurando a importância do campo político.

Resgatar a dimensão política da efetivação de direitos é a questão central da discussão sobre direitos fundamentais, individuais ou sociais. Em ambos os casos, é possível falar de uma resistência à efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. Mas essa resistência somente pode ser entendida por meio de uma imersão na construção da relação indivíduo-Estado e sociedade-Estado no Brasil, uma vez que a fundamentalidade de um direito diz respeito à relação política fundadora do próprio Estado e à construção das categorias indivíduo e sociedade no Brasil.

Antes de iniciar esse estudo específico, convém ressaltar que o conceito de Direito, durante quase todo o século XX no Brasil, foi apresentado aos estu-

dantes por meio de um discurso apologético, ligado a valores como Justiça, e, portanto acima de críticas e desconstruções. Essa forma de conceber o Direito impedia a compreensão de que havia resistência à efetivação de um direito. 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 preciso lembrar sempre que o Direito é um produto, resultado de um jogo de interesses que se dá no campo das lutas políticas e que faz prevalecer interesses de parte do grande conjunto de grupos sociais que compõem uma sociedade política. Desse mosaico de interesses prevalecerão, sob a forma de mandamentos jurídicos, aqueles que favorecerem os grupos que melhor se articularem no campo das lutas políticas.

As grandes revoluções modernas anunciavam a transformação de uma era de privilégios em uma era de direitos. O sucesso ou insucesso dos direitos fundamentais são, portanto, determinados pela construção das relações indivíduo-Estado-sociedade, e também pela forma como essa mesma sociedade se estratifica, se estrutura, se organiza, se entende. E aqui se chega ao Brasil e seus muitos problemas.

## **2 O DESAFIO DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL EM MÚLTIPLAS PERSPECTIVAS: DO OLHAR SOCIOLÓGICO À JUSTIFICAÇÃO ECONÔMICA**

Uma discussão acerca da velha e da nova resistência à efetivação dos direitos fundamentais no Brasil admite múltiplas perspectivas. Sob o olhar sociológico, o que dizem de nós os nossos intérpretes? Como o discurso econômico justifica a concessão de direitos a uns e a outros não? Essas são as duas questões para as quais se buscam respostas.

Os intérpretes do Brasil notabilizaram-se em certo período da história do Brasil, entre a proclamação da República e o desenvolvimento mais pleno da Universidade, a partir da década de 30 do século XX. Antes da proclamação da República, pode-se dizer que o Império foi o período no qual se *inventou* o Brasil, por meio da criação de referências nacionais. A partir dos anos 30, a universidade vai mudar o padrão de reflexão sobre o país, fazendo desaparecer uma historiografia romântica do nosso passado para trazer estudos mais rigorosos. Nessa passagem, estão os ensaístas, cujo pensamento se fez marcante nesse intervalo de tempo. Destacam-se quatro entre os mais referenciados: Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior e Raymundo Faoro.

Inicialmente, ressalte-se que pensadores como Oliveira Vianna já constatavam que, desde o Império, havia uma aceitação quanto à “realidade das coisas” na tensão entre liberais e conservadores. O Estado brasileiro, durante o Império, não desejava controlar os potentados locais, o que permitiria criar uma ordem burguesa: “O realismo dos conservadores vincula-se à sua aceitação da

ordem social então existente, na qual a escravidão era o fato dominante”, enquanto “os liberais, mesmo quando bastante avançados, eram incapazes de realmente questionar as bases da sociedade imperial”, restando ausente uma necessária crítica radical ao trabalho servil (Ricupero, 2008, p. 40). Ademais, mesmo entre os grupos de homens livres, o ideal liberal de direitos entre iguais não prevalecia, pois essas classes preferiam relacionar-se por meio do favor, numa ordem na qual se preferia à exceção à universalidade e o privilégio à igualdade. A facilidade com que as teorias raciais se instalaram no discurso da intelectualidade brasileira nas décadas seguintes à emancipação da mão de obra escrava demonstram que o preconceito racial esteve utilitariamente posto para evitar a ascensão social dos mestiços, conforme assinalam Schwarcz (1993) e Sevcenko (1985).

Gilberto Freyre e Sérgio Buarque de Holanda certamente merecem estar na lista dos autores que nos fizeram entender o Brasil. *Casa grande e senzala*, de Freyre, é um dos livros que mais teve influência na formação da autoimagem do brasileiro. Freyre (2005) empreende uma tentativa de abandonar o conceito de raça (já fortemente inoculado no pensamento brasileiro) pelo conceito de cultura em sua análise sobre a família patriarcal brasileira. A técnica do uso de pares antagônicos (que em Freyre não chegam a se tocar) caiu no gosto do brasileiro, que prefere se ver como uma democracia social, uma “zona de confraternização entre vencedores e vencidos” (Ricupero, 2008, p. 84). Segundo Mota (2010, p. 183), Freyre foi um autor que “defendeu a possibilidade de conciliação entre etnias diversas e mesmo antagônicas, e também entre capital e trabalho”. Essa tese tem sido denunciada por esvaziar as contradições e manter os conflitos encobertos, deixando assim senhores e escravos permanecerem nos seus lugares. A comunicação entre esses mundos se fez por meio do compadrio, da proteção patriarcal, numa sociedade que se aproxima mais da estrutura de clientes da Roma antiga do que as sociedades de classes burguesas, de onde emanam os direitos subjetivos, incluindo os direitos fundamentais. Mas Freyre também contribui para denunciar a impossibilidade da elite brasileira de ser a protagonista das mudanças sociais, o que determina, em boa parte, o papel do Estado brasileiro como o agente propulsor responsável por essas intervenções.

Em *Raízes do Brasil*, um dos aspectos ressaltados por Holanda (1995) é a cultura da personalidade, um sentimento da própria dignidade de cada homem. Entretanto, o historiador e crítico literário apressa-se em explicar que esse legado da cultura ibérica é antes uma ética de fidalgos em relação a vilões, na qual cada homem considerava-se superior ao outro e não como seu igual. Somando-se a ausência de uma ética ligada ao trabalho, são os valores de uma aristocracia que se instalam na nascente sociedade brasileira. A “mentalidade cordial” identificada por Holanda em seu ensaio é denunciada como “uma sociabilidade apenas aparente”, como ressalta Cândido (1995, p. 17), que, na ver-

dade, “não se impõe ao indivíduo e não exerce efeito positivo na estruturação de uma ordem coletiva”.

Caio prado Jr. é um intelectual com uma atuação política igualmente destacada. Suas teses ressaltam o atraso histórico do Brasil, uma vez que restava ainda incompleta a passagem de colônia à nação. Segundo Prado Jr. (2007, p. 12), “os problemas brasileiros de hoje, os fundamentais, já estavam definidos e postos em equação há 150 anos atrás”. Para entender o Brasil de hoje, Prado Jr., em seu *Formação do Brasil contemporâneo*, destaca a colonização de exploração – em oposição à colonização de povoamento – para explicar a ausência de uma ética do trabalho na colonização e na sociedade brasileira. Prevalece um pessimismo que denuncia a ausência inclusive de uma sociedade ordenada, denunciando uma permanente instabilidade e corrupção entre dirigentes leigos e eclesiásticos, na qual o trabalho é considerado uma atividade pejorativa e desabonadora. Segundo Ricupero (2008), para Caio Prado Jr., a estrutura social, a organização política e as formas culturais, todas, se subordinariam à grande exploração.

Raymundo Faoro é um dos últimos intérpretes do Brasil. *Os donos do Poder*, de Faoro (2005), contribuiu com o conceito de estamento burocrático. Por meio desse conceito, identifica-se a ocupação das instituições burocráticas do Estado brasileiro e seu funcionamento sob a lógica do patriarcalismo, com o estabelecimento de monopólios e privilégios. Para Faoro (2005, p. 107), o estamento configura o governo de uma minoria: “Poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos”. O estamento burocrático, como resalta Recupero (2008, p. 163), é o proprietário da própria soberania: “O aparecimento do estamento burocrático, no interior do patrimonialismo, seria o principal veículo para que se realizasse a cisão entre Estado e nação”. Essa categoria foi importante referência na identificação do Estado patrimonialista brasileiro e “seus mecanismos de cooptação, conciliação, debilidade político-ideológica dos partidos e, como resultado, a corrupção como modo de vida” (Mota, 2010, p. 143). É no estamento que se processa a mistura do público e do privado, tantas vezes denunciada pelos intérpretes do Brasil.

São, portanto, o legado dessas grandes narrativas de explicação do Brasil o argumento da subordinação colonial, da mistura de raças, do padrão lusitano, do patrimonialismo. Uma oposição entre iberismo e americanismo, entre o cristianismo católico e o cristianismo dos protestantes. Do fato de termos sido o único reino das Américas e nosso gosto por reverências e distinções (privilégios?). O peso da duração secular da forma de mão de obra escrava da população africana, distinguíveis por padrões étnicos. A denúncia da ausência de um pensamento político brasileiro, decorrente da condição e não-autonomia do país. Até mesmo os valores do liberalismo político, no Brasil, seriam, portanto, ideias fora do lugar. Assim, fala-se de que quando se fala de direitos no Brasil?

Em que momento histórico esse povo substituiu o discurso dos privilégios pelo discurso dos direitos (universais)? Qual é o evento simbólico dessa tomada de decisão? A lição do olhar sociológico, portanto, é a compreensão de uma sociedade estratificada (não uma sociedade de classes), em que cada segmento está (e deve continuar) no seu lugar, com leis específicas para reger cada conjunto desses cidadãos. Leis penais para quem? Garantias processuais para quando quem estiver em juízo? Leis para proteger a propriedade para quem tem. E quem não tem? Como efetivar direitos trabalhistas em um país no qual a mão de obra escrava perdeu por três séculos, cristalizando uma mentalidade quanto aos lugares ocupados na relação de produção?

O Estado brasileiro, segundo Carvalho (2003), sempre foi visto pelas elites, especialmente as decaídas, como um empregador generoso e como o aparelho repressor suficiente para assegurar as suas conquistas. Assim, sob o ponto de vista sociológico, há uma resistência à efetivação dos direitos fundamentais porque a sua afirmação e implementação exigem *certa* vinculação Estado-indivíduo e demandam uma universalização que a própria sociedade brasileira ainda não entende como constitutiva e radical. É possível até mesmo questionar se este legado, isto é, a identificação dessas condições específicas na constituição da sociedade brasileira, não terminou por contribuir para a formação de uma autoimagem. O modo como aprendemos a nos conceber autoriza a manutenção de um padrão ou incentiva a ruptura com esse ciclo, que se movimenta por meio de elementos como o favor, o compadrio, o jeitinho, a corrupção, os atalhos, as ilegalidades? No tocante aos direitos fundamentais individuais, portanto, a ausência de uma ordem social fundada entre iguais perante um Estado limitado em suas funções sustenta as disfunções no que se refere à efetivação de direitos no Brasil.

Por outro lado, o discurso econômico é utilizado com mais frequência ao se investigar a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Não que a efetivação dos direitos individuais não tenha um custo. Mas, de forma equivocada, tradicionalmente eles se identificam com garantias de não intervenção, ou de liberdade, e geralmente não são imputados como direitos cujos custos comprometam sua efetivação. É no discurso sobre os direitos fundamentais “de prestação” que os aspectos econômicos são mais realçados. E, de fato, os direitos sociais exigem uma concepção de solidariedade social, pois imprimem custos coletivos. Universalizar o acesso a direitos como moradia, educação e saúde realmente tem um custo. Somente por meio de um pacto social e político o Estado brasileiro poderia finalmente fazer cumprir uma meta de universalização. Para completar essa análise, será examinada a relação entre a Constituição, a ordem econômica e a ordem financeira, conforme as lições de Bercovici e Massonetto (2006).

Bercovici e Massonetto (2006) identificam, dentro do que seria uma constituição total, a constituição política, a constituição econômica e a constituição financeira. Os autores denunciam a indiferença entre o direito constitucional e o direito financeiro como resultado de uma ação deliberada, decorrente da hegemonia das tendências neoliberais, resultando no que os autores chamam de constituição dirigente *invertida*. Tomando como base a afirmação da expansão financeira do capital no sistema mundial, afirmam também a retomada do arcabouço jurídico liberal do século XIX. Assim, “o direito financeiro, desarticulando-se do direito econômico, ganha centralidade na organização do capitalismo, impondo a rigidez dos instrumentos financeiros às boas intenções do constitucionalismo econômico do século XX” (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 4). É no direito financeiro que se incorporam as tensões e as contradições da relação entre o poder do Estado e a sociedade na organização do sistema capitalista. Para Bercovici e Massonetto, o constitucionalismo do século XX evoluiu a partir da estruturação de uma ordem econômico-financeira integrada, tendo no planejamento o principal instrumento da organização estatal do modo de produção capitalista. Ocorre que, a partir das últimas décadas do século XX, o modelo de financiamento público da economia do segundo pós-guerra, ainda segundo os autores, passou a ser contestado, dando início à retomada do liberalismo e ao desmonte institucional do Sistema de Bretton Woods. Desde então, o paradigma constitucional que sustentara o Estado Social passou a ser “frontalmente atacado, trazendo à tona questões que já pareciam superadas – a cisão entre a economia e as finanças públicas, a abstenção do Estado no domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira” (Bercovici; Massonetto, 2006, p. 5).

Como pensar a ordem econômica e financeira posta na CF/1988 em relação à ordem econômica e financeira mundial? Inicialmente seria necessária uma imersão na Constituição de 1946 e na de 1967, bem como na legislação financeira dos anos 70 e 80, para dar a real dimensão da repercussão da ordem econômica e financeira mundial no Brasil do século XX, o que não caberia neste estudo. O fato é que, após a promulgação da Constituição de 1988, a questão de ser ou não o Brasil um Estado social se pôs para toda uma geração de pensadores. As respostas variavam de um posicionamento mais tímido, identificando o Brasil como um Estado social conservador, no qual as intervenções da ordem econômica e social seriam objeto de normas constitucionais meramente programáticas (dependentes do legislador ordinário), conservando a herança institucional básica do Estado liberal e capitalista, e, portanto, sem transformações estruturais. Mas havia posicionamentos mais incisivos. Para Matias (2013), a ordem jurídica brasileira pós-88 é marcada por uma característica essencial, qual seja, a busca da transformação social pelo Direito. Para Sarlet (2001, p. 65), apesar da ausência de norma expressa na CF/1988 qualificando a nossa

República como um Estado social e democrático de Direito, “não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso da doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição”.

O fato é que os primeiros estudos pós-88 são muito contraditórios: falava-se em modelo de bem-estar, no qual os princípios de participação e soberania popular apontavam ou tendiam ao Estado social (Grau, 1991, p. 286). No meio termo, a afirmação de que a CF/1988 é uma Constituição do Estado, tipicamente liberal, mas é também, em grande parte, uma Constituição Social (Martins, 2012), ou seja, há dispositivos constitucionais inseridos em seu texto que autorizam a sua identificação como uma Constituição da Sociedade, como aqueles referentes à ordem econômica (Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – arts. 170 a 192).

No que se refere à ordem financeira, para Bercovici e Massonetto (2006, p. 09), a Constituição Financeira inscrita no Texto Constitucional de 1988 é elaborada no contexto de busca de maior controle e equilíbrio dos gastos públicos. Com o objetivo de ampliar a participação do Poder Legislativo na elaboração, aprovação e execução do orçamento e de aumentar a transparência dos gastos públicos, a Constituição de 1988 consagra a unificação orçamentária. No art. 165, são previstas três leis orçamentárias distintas: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (o Orçamento Geral da União, que engloba o Orçamento Fiscal, o Orçamento Monetário, o Orçamento das Empresas Estatais e o Orçamento da Previdência Social). É compatível um sistema tão rigoroso de controle dos gastos públicos em uma constituição social? Todo esse sistema concentra e esgota a atuação do Estado na tentativa de *controle* sobre os gastos públicos, desnaturando a constituição econômica. Por isso a tese dos autores de que a constituição financeira blindou a constituição econômica, que agoniza, uma vez que a implementação da ordem econômica e da ordem social da Constituição de 1988 ficaram restritas, assim, às sobras orçamentárias e financeiras do Estado. Para Bercovici e Massonetto (2006, p. 17), ordem econômica intervencionista e dirigente da Constituição de 1988 é “isolada de seus instrumentos financeiros, cuja efetividade é medida em si mesma, sem qualquer relação com os objetivos da política econômica estatal ou da ordem econômica constitucional”.

Passadas quase três décadas de promulgação da CF/1988, ou seja, superada sua fase celebrativa, é preciso questionar o que se configurou em termos de transformação social e econômica estrutural no Brasil. A estabilização monetária é apontada como a maior conquista do governo brasileiro para o século XXI, acompanhada de uma ordem jurídica mais típica do Estado liberal, como a legislação punitiva aos crimes contra a dignidade sexual e contra o tráfico de

drogas. Para o bem da economia capitalista baseada no consumo, instalou-se uma rede de transferência de renda em programas assistenciais de governo. Não há uma política de Estado na CF/1988 que vincule os governos a uma atuação transformadora da relação capital-trabalho.

Na história constitucional brasileira do século XX, existiram cinco Constituições. A primeira foi a Constituição de 1934, que surge em um cenário histórico de consolidação da classe operária em um país fortemente marcado pela economia agrária. Do ponto de vista formal, inspirava-se na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Republicana espanhola de 1931, com reflexos do movimento integralista brasileiro. Como experiência histórica, a Constituição de 1934 foi, em três anos, substituída pela Constituição de 1937, de conteúdo ditatorial. A terceira Constituição do século XX foi a Constituição de 1946, cuja principal função foi resgatar formalmente a ordem democrática, pondo fim ao Estado Novo getulista, mantendo o Brasil como Estado liberal, preservando a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, de 1943, como a principal referência no campo da intervenção regulatória da relação capital-trabalho. A Constituição de 1946 conciliava liberdade de iniciativa com valorização do trabalho humano. Foi substituída pela Constituição de 1967, também ditatorial, que continha em seu texto a valorização do trabalho humano e o princípio da solidariedade entre os fatores de produção. “Justiça social” é uma expressão que está no texto das constituições brasileiras desde 1946, incluindo a de 1967.

Finalmente, a quinta Constituição é a atual, de 1988, a qual também cumpria o processo de superação do governo militar, reiniciando formalmente a democracia. O *status* de direitos fundamentais foi atribuído aos dispositivos regulamentadores da relação trabalhista, em boa parte já asseguradas pelas leis trabalhistas. O que se segue na história recente do Brasil é um conturbado período de instabilidade política e econômica, até que se inicia, com a estabilização monetária, na passagem do milênio, a construção de uma rede, uma preestruturura de amparo aos indivíduos, com foco no acesso ao consumo.

O atual Estado brasileiro, fundado pela CF/1988, antes parece um estado “securitário”, de capitalismo gerenciado pelo Estado. E não se trata de uma escolha de modelo econômico, ou modelo de desenvolvimento, pensado para o Brasil, mas um fenômeno de observação mundial enquanto política de crescimento econômico para países em desenvolvimento, conforme Rajan (2012). A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988 adotou o modelo de atividade econômica fundada na livre iniciativa, com exploração direta de atividade econômica pelo Estado apenas em casos excepcionais (art. 173 da CF/1988), estabeleceu que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º, da CF/1988) e definiu o Estado como agente normativo

e regulador da atividade econômica (art. 174 da CF/1988), sendo a atividade de planejamento indicativa para o setor privado. O poder de polícia, no Estado brasileiro, continua a serviço dos valores de manutenção do *statu quo*.

Bercovici e Massonetto (2006, p. 19) concluem que

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.

Assim, uma razão para a resistência à efetivação de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, é a desconstituição do padrão regulatório no campo econômico, de um lado, e, de outro, a mudança de proposta de um direito financeiro, antes voltado à organização do financiamento público da economia capitalista e à promoção de políticas de bem-estar social, a partir do paradigma keynesiano, e agora transformado em um complexo normativo voltado à organização da expansão financeira do processo sistêmico de acumulação de capital.

## CONCLUSÕES

Diante do que foi sistematizado, é possível afirmar que há uma persistente e histórica resistência à efetivação de direitos fundamentais no Brasil, e mesmo uma sistemática violação. Podem ser apontadas como causas, por um lado, a permanência das condições de instalação e manutenção de uma sociedade desigual, apegada a privilégios e distinções. Por outro lado, as imposições do sistema financeiro mundial às ordens nacionais econômicas supostamente soberanas, invertendo as prioridades de políticas públicas, especialmente aquelas ligadas à universalização do acesso a direitos fundamentais, como acesso à saúde, moradia, educação e mobilidade urbana, em proveito da concentração de capitais.

Por fim, é dentro do próprio Direito e de seu discurso que se invisibilizam essas questões. O modo como os conceitos, as formas e as “verdades” jurídicas são construídas ao longo da formação básica, ou seja, junto aos cursos de graduação em Direito, contribuem para afastar o profissional do Direito das formas sociais e políticas que o cercam, e que se refletem nas formas jurídicas. Além da confusão metodológica, já denunciada por estudos recentes, o discurso jurídico foi terreno fértil para ideias como “conceitos jurídicos vagos”, “conceitos

fluidos”, denúncias da vagueza e da imprecisão da linguagem. A distinção entre princípios e regras foi perseguida durante duas décadas e foram sistematizadas distinções que pouco contribuíram para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que as causas dos entraves a sua efetivação são extrajurídicas. São obstáculos mais da ordem social, cultural e da ordem econômica e financeira, como se procurou demonstrar.

## REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. *A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas, 2006.
- CÂNDIDO, Antônio. Os significados de *Raízes do Brasil*. In: HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro das sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CREVELD, Martin Van. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DIMOULIS, Dimitrij; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal*. 50. ed. rev. São Paulo: Global, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 88: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Porque tenho medo dos juízes – A interpretação/aplicação do direito e dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GOYARD-FAVRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MATIAS, João Luís Nogueira. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária; a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luís Nogueira (Coord.). *Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais – IV*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOTA, Carlos Guilherme. *História e contra-história: perfis e contrapontos*. São Paulo: Globo, 2010.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

RAJAN, Raghuram G. *Linhas de falhas: como rachaduras ocultas ainda ameaçam a economia mundial*. Trad. Zsuzsanna Spiry. São Paulo: BEÏ Comunicações, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARCZ, Lilian Moritz. *O espetáculo das raças – Cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SEVCENKO, Nicolau. *Literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na Primeira República*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RICUPERO, Bernardo. *Sete lições sobre a interpretação do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Alameda, 2008.