

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Jéssica Razia

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de direitos humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de direitos humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

M41 Maués, Antonio Moreira

O desenho constitucional da desigualdade / Antonio Moreira
Maués. - 1.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2023.

208 p.

ISBN: 978-65-5908-529-3

1. Constituição de 1988. 2. Conflito distributivo. 3.
Política social. I. Título.

CDU: 342

Bibliotecária responsável: Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI: 10.53071/boo-2023-04-26-64498a4537697

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/10/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Antonio Moreira Maués

O DESENHO CONSTITUCIONAL DA DESIGUALDADE



**tirant
lo blanch**

CAPÍTULO 2

CONSTITUIÇÃO E CONFLITO

Devido à contínua influência do pensamento liberal sobre o constitucionalismo, parte significativa dos estudos sobre direito constitucional é voltada para a teorização e análise dos limites que as Constituições impõem ao poder do Estado. Nesse campo, o desenvolvimento de conceitos como estado de direito, separação de poderes e direitos individuais corresponde à ideia de que o Estado Constitucional se caracteriza pela presença de normas jurídicas que restringem o exercício das competências das autoridades públicas. A partir do sec. XX, o surgimento de regimes democráticos tornou necessário justificar porque os limites estabelecidos pela Constituição devem ser respeitados mesmo quando se opõem à vontade da maioria. Para as teorias constitucionais liberais-democráticas, a solução dessa “tensão” entre constitucionalismo e democracia requer o funcionamento de instituições que garantam a realização de eleições livres e justas e o respeito, pelos governantes eleitos, das normas constitucionais que asseguram a continuidade do regime democrático, dentre as quais se incluem os direitos individuais e a separação de poderes³².

A inegável importância dessas teorias para o direito constitucional pode obscurecer, no entanto, outras funções que as Constituições exercem nas sociedades modernas. Ao estruturarem os conflitos políticos, as Constituições não apenas limitam, mas também atribuem poder, tanto para as instituições estatais quanto para as classes e outros grupos que compõem a sociedade.

1. CONSTITUIÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DE CONFLITOS

A política nas sociedades capitalistas modernas – caracterizadas pela divisão do trabalho, pela estrutura de classes e pelo plu-

ralismo – é marcada por conflitos sociais que se transformam em conflitos políticos. Os indivíduos que integram essas sociedades se organizam de diferentes maneiras para exigir do poder público ações que lhes beneficiem, especialmente no que se refere à distribuição de renda e de outros recursos. Várias dessas reivindicações não podem ser atendidas de modo equânime ou sem afetar os interesses de outros grupos, o que faz com que novas demandas sejam constantemente dirigidas ao sistema político³³.

A continuidade dessa dinâmica leva os atores sociais a buscarem recursos de poder na arena política, a fim de obter políticas favoráveis de parte do Estado ou para se proteger de suas ações. Sob esse prisma, a primeira função das Constituições é *constituir* a comunidade política (*polity*), estabelecendo normas que canalizem as lutas pelo poder para as instituições públicas e evitem que os conflitos sociais irrompam de modo violento ou levem a insurreições ou à guerra civil (Balkin, 2020, p. 38-39).

Para ter êxito, a constituição da comunidade política deve possibilitar que diferentes classes e grupos sociais busquem a proteção dos bens e interesses que consideram valiosos por meio da ordem constitucional. O cumprimento dessa tarefa não requer que a Constituição seja neutra em relação aos interesses em jogo, nem que todas as partes em conflito na sociedade recebam alguma proteção da Constituição. A continuidade da ordem constitucional depende de que os principais atores políticos e as classes e grupos sociais que eles representam acatem as normas que a Constituição estabelece para gerir os conflitos políticos, o que, por sua vez, está sujeito ao tipo e intensidade desses conflitos.

Dentre os conflitos sociais mais relevantes, uma parte significativa é composta por disputas em torno de bens desigualmente distribuídos na sociedade, como renda, riqueza e conhecimento. Como

³³ Santos (2017) observa que essa “geração de descontentes” ocorre mesmo em períodos de aumento na produção de riquezas e caracteriza as democracias no capitalismo maduro, no qual a universalização do voto e a liberdade de organização possibilitam que diferentes grupos exerçam pressão sobre o sistema político. Isso não elimina o desequilíbrio existente, quanto à capacidade de defesa de seus interesses, entre grupos capitalistas e segmentos subalternos, uma vez que os últimos enfrentam maiores dificuldades para organizar suas ações coletivas.

³² Para duas versões atuais dessa teoria, ver Ginsburg e Huq (2018, p. 9-15) e Schepelle (2018, p. 557-560).

veremos, a regulação de tais conflitos distributivos ocupa um papel central na ordem constitucional, inclusive no Brasil. No entanto, as demandas por ações do poder público também incidem sobre temas relacionados a valores culturais, que dizem respeito ao modo de vida adotado pelas pessoas em áreas como religião e sexualidade. Nesse campo, os conflitos políticos se desenvolvem em torno de tentativas de restringir ou ampliar os modos de vida que contam com a proteção do Estado.

Independentemente de seu conteúdo, a possibilidade de resolver pacificamente os conflitos políticos depende da divisibilidade dos bens em conflito. De acordo com Hirschman (1995), conflitos divisíveis são aqueles que podem ser resolvidos atendendo parte das reivindicações dos envolvidos, mesmo que essa solução não os satisfaça integralmente. Já os conflitos não-divisíveis se caracterizam pelo caráter inegociável dos interesses em jogo, o que faz com que apenas um dos lados da disputa tenha êxito em suas demandas. Ainda segundo o autor, exemplos típicos de conflitos divisíveis são aqueles que dizem respeito à distribuição da riqueza social entre diferentes classes, setores e regiões, enquanto as rivalidades de ordem étnica, linguística ou religiosa exemplificam os conflitos indivisíveis³⁴.

Para gerir os conflitos políticos, as Constituições se baseiam no monopólio estatal dos meios de coerção e buscam organizar as instituições para lidar com a conflituosidade social existente. Segundo Przeworski (2019, p. 150-159), as instituições públicas gerem conflitos por meio de sua estruturação, absorção e regulação. As instituições estruturam os conflitos ao definirem os cursos de ação que podem ser adotados pelos atores na busca de seus interesses, ao fornecerem incentivos para que os atores sigam esses cursos de ação e

34 Com base no conceito de preferências, Przeworski (2019, p. 146-150) indica que os conflitos políticos se acentuam quando soluções intermediárias são consideradas inaceitáveis pelas partes envolvidas, pois a intensidade de suas preferências as coloca em campos diametralmente opostos. Em questões de imigração, por exemplo, a sociedade pode estar dividida entre aqueles que defendem que todos os imigrantes, inclusive os ilegais, possam ter acesso à cidadania e aqueles que defendem a deportação de imigrantes ilegais. Assim, uma solução que legalizasse a situação dos pais de crianças nascidas no país seria rejeitada por ambos os grupos, por não aceitarem nenhum desvio de suas preferências ideais. Quando os mesmos grupos de pessoas, segundo critérios como religião, renda ou educação, posicionam-se em lados opostos sobre diversas questões relevantes, torna-se ainda mais difícil a solução de seus conflitos.

ao condicionarem os resultados de suas disputas. O sistema eleitoral, por exemplo, organiza a competição política e influencia o número de partidos e os interesses que eles representam, bem como os resultados eleitorais. A absorção de conflitos ocorre quando as instituições logram incentivar as forças políticas a buscarem a proteção de seus interesses dentro do marco institucional, evitando o uso de violência ou de outros meios ilegais para alcançar seus objetivos. Nessas circunstâncias, as forças políticas esperam ter ganhos ao canalizarem suas disputas para as instituições, razão pela qual o poder que os atores possuem dentro do marco institucional não pode divergir muito dos recursos que eles detêm para alcançar seus objetivos fora das instituições. Finalmente, as instituições demonstram sua capacidade de regular os conflitos quando os perdedores aceitam os resultados das disputas institucionais e evitam mobilizar suas forças para alterar esses resultados. No caso de disputas eleitorais, a gestão dos conflitos é facilitada quando há possibilidade de os perdedores de hoje serem vitoriosos amanhã, ou quando as perdas resultantes de uma derrota eleitoral são limitadas e a oposição dispõe de oportunidades para influenciar as decisões políticas entre uma eleição e outra (Przeworski, 2019, p. 164-171).

A Constituição cumpre um papel central na gestão de conflitos, especialmente no que se refere a sua estruturação. Normas constitucionais são responsáveis tanto pela definição das competências e procedimentos das instituições estatais, quanto por conferir proteção a determinados bens e interesses. Em ambos os casos, a Constituição define os cursos de ação que podem ser adotados pelos atores políticos, seja estabelecendo de que modo as instituições estatais exercerão seu poder, seja excluindo objetos do alcance dos conflitos políticos ordinários. Essa exclusão não significa que os bens e interesses protegidos pela Constituição deixem de ser contestados pelos atores políticos, mas que eles só poderão ser afetados por ações do governo caso as normas constitucionais sejam modificadas. Quando há resistências ao modo como os conflitos estão estruturados pelas instituições, os atores políticos buscarão alterar os marcos existentes para o processamento de suas disputas, defendendo mudanças nas normas constitucionais sobre competências, procedimentos, bens

ou interesses. Nesses casos, os conflitos podem ter um caráter *intra-constitucional*, quando se canalizam por meio das regras vigentes de reforma constitucional, ou um caráter *extraconstitucional*, quando os atores propugnam por uma nova Constituição ou uma revisão completa do documento constitucional existente.

Constituições são especialmente úteis na estruturação de conflitos por criarem pontos de veto no sistema político, que habilitam os atores a bloquearem decisões por meio do exercício de suas competências constitucionais e dificultam a mudança das regras que canalizam as disputas entre eles. A rigidez constitucional cria um procedimento agravado para a aprovação de mudanças na Constituição e, mesmo em um regime democrático, pode impedir que a maioria política promova essas reformas. Em alguns casos, como na Constituição de 1988 (art. 60, § 4º), haverá inclusive regras constitucionais perenes, que não podem ser objeto de mudança³⁵. Por sua vez, a divisão de poderes que caracteriza o constitucionalismo liberal oferece instrumentos para que um poder do Estado impeça outro poder de ultrapassar os limites constitucionais. Tanto as exigências para a aprovação de reformas constitucionais, quanto o funcionamento de controles recíprocos entre os poderes criam pontos de veto nas instituições, os quais oferecem aos opositores oportunidades para impedir mudanças (Huber e Stephens, 2012, p. 39-40; Immergut, 1992, p. 24-29).

Dadas essas características, as Constituições oferecem instrumentos hábeis para os atores políticos que pretendem proteger seus interesses e tornar duradouras determinadas formas de estruturação de conflitos. Por meio do desenho constitucional, tais interesses podem ser entrincheirados, limitando a possibilidade de mudanças nas relações sociais. Em trabalho recente, Starr (2019) define entrincheiramento como o processo por meio do qual determinadas instituições e outras formações sociais tornam-se resistentes a pressões por mudanças, seja por dificultarem a reversão de desenvolvimentos ou decisões anteriores, seja por conduzirem as modificações que sejam inevitáveis em uma determinada direção. O conceito de entrinchei-

ramento, portanto, não é oposto ao conceito de mudança, mas indica que as instituições conseguem resistir a pressões, mantendo as regras e práticas que as definem, mesmo diante de testes de stress, como crises econômicas, protestos sociais, alterações no governo ou derrotas militares.

Dentre as diferentes formas de entrincheiramento analisadas por Starr, destacamos o entrincheiramento estratégico (*strategic entrenchment*), que resulta da ação deliberada e intencional de grupos e indivíduos que buscam proteger as posições que conquistaram na sociedade, o que pode ser obtido tanto por meio de ações unilaterais quanto por meio de acordos entre as partes em conflito. Nas sociedades modernas, a principal fonte de entrincheiramento estratégico é a escolha das regras de desenho institucional, especialmente daquelas que definem como podem ser feitas mudanças nas instituições e quais são seus limites.

Quando essas normas estão contidas na Constituição, ela se torna um veículo privilegiado de entrincheiramento estratégico³⁶. A estruturação constitucional dos conflitos resulta, em grande parte, das estratégias de atores políticos que buscam desenhar as instituições de modo a limitar as possibilidades de mudança que afetem seus interesses. O entrincheiramento constitucional protege esses interesses das disputas ordinárias e torna mais difíceis alterações no *status quo*, tenha ele um caráter democrático ou autoritário.

2. CONSTITUIÇÃO E RECURSOS DE PODER

Para estruturar os conflitos políticos, a Constituição distribui recursos de poder. Segundo a conhecida definição de Max Weber (1994, p. 33), poder é a “probabilidade de impor a própria vontade em uma relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”. Baseada no critério da intencionalidade, essa definição caracteriza as relações de poder como aquelas em que A obtém ou pode obter uma conduta desejada da parte de B, o qual age ou deixa de agir de acordo com as intenções de A.

³⁵ Conhecidas no Brasil como “cláusulas pétreas”, tais regras estão presentes em diferentes ordenamentos jurídicos (Suteu, 2021).

³⁶ Barber (2016) analisa as diferentes formas de entrincheiramento constitucional.

Além disso, ela permite identificar o poder de A tanto por seu exercício efetivo (poder manifesto) quanto pela possibilidade de exercê-lo (poder latente).

Embora simples, a definição weberiana abrange um conjunto de relações sociais que são relevantes para o direito constitucional. As relações de poder se baseiam no controle de recursos que levam outros atores a se comportarem de determinada maneira. Tais recursos de poder assumem várias formas, como o uso de violência física ou psíquica para obrigar outrem a seguir determinada conduta, ou a posse de bens materiais e simbólicos que servem para recompensar a conduta que se adapta aos interesses daqueles que exercem o poder. Além de atribuir recursos de poder ao Estado, a Constituição também distribui recursos no âmbito da sociedade e altera suas relações de poder.

A análise da organização do poder feita pelas Constituições costuma ter como objeto as instituições estatais. Porém, o estudo do papel da ordem constitucional na estruturação dos conflitos políticos nos permite desenvolver uma análise mais abrangente, que inclui os recursos de poder atribuídos diretamente pela Constituição às classes e outros grupos que compõem a sociedade. Essa abordagem pode ser traçada já nas Constituições liberais do sec. XIX, que, ao protegerem o direito de propriedade, permitiam o exercício do poder econômico pela classe capitalista. Tais Constituições, ao conferirem direitos políticos, também condicionavam as disputas pelo governo, restringindo a cidadania a uma parcela minoritária da sociedade, especialmente por meio da utilização de critérios censitários e de gênero.

No decorrer do sec. XX, o constitucionalismo social ampliou a distribuição de recursos de poder operada pela Constituição, com a inclusão de normas sobre a ordem econômica e social que possibilitavam a redistribuição de renda e riqueza. Tais normas reconheciam direitos aos trabalhadores, inclusive à organização sindical e à greve, e direitos sociais que fundamentavam a adoção de políticas públicas, além de fortalecerem o papel do Estado na

economia, por meio da criação de monopólios públicos e instrumentos de regulação³⁷.

Assim, o direito constitucional contemporâneo é responsável tanto por organizar o poder do Estado, que se vale de meios de coerção e incentivo para estimular os atores sociais a canalizarem seus conflitos para as instituições estatais, quanto por distribuir recursos materiais e simbólicos que podem ser utilizados como base para o exercício de poder nas relações sociais. A Constituição se torna uma arena de disputas pelo poder do Estado, na qual os diferentes atores buscam colocá-lo a favor de seus interesses, e também uma arena de disputas por recursos de poder que esses atores buscam apropriar por meio do Estado³⁸. Em ambos os campos, normas constitucionais são utilizadas como meios para entrincheirar interesses.

Tendo em vista a posição central ocupada pela Constituição, mudanças na distribuição constitucional de recursos de poder levam a mudanças na estruturação dos conflitos políticos. Para compreender essa dinâmica, propomos analisar a estruturação constitucional dos conflitos em dois campos: o das instituições estatais e o das relações sociais.

³⁷ Segundo Graber (2018), o segundo pós-guerra consolida o paradigma do constitucionalismo transformador, caracterizado pela expansão das liberdades políticas e do direito de voto; pelo fornecimento de bens sociais básicos pelo Estado, como saúde e educação; e pela proibição de discriminações baseadas em raça, etnia, religião e orientação sexual. Na América Latina, novas Constituições promulgadas desde o final do séc. XX incorporaram um extenso rol de direitos fundamentais, incluindo direitos de minorias (Gargarella, 2018), ensejando o debate sobre o "novo constitucionalismo latino-americano" (Dalmau, 2018; Alterio, 2021).

³⁸ Estudos da Constituição baseados na análise de relações de poder têm sido desenvolvidos por diferentes autores do direito constitucional norte-americano. Dentre outros trabalhos recentes, Levinson (2016) redefine o conceito de poder no direito público para examinar o controle exercido pelos atores políticos sobre os processos de tomada de decisão, e Sitaraman (2017) analisa os impactos da divisão da sociedade em classes sobre a Constituição.

Figura 1. Estruturação constitucional dos conflitos políticos



No primeiro deles, a Constituição estabelece as normas sobre competências das instituições e os procedimentos que elas devem observar em seu exercício. Essa regulação opera por meio de regras que conferem poderes, sejam eles de caráter obrigatório ou de caráter facultativo, e por normas proibitivas, que limitam o exercício do poder estatal.

Em uma Constituição liberal-democrática, as competências das autoridades públicas estão sujeitas a uma série de restrições, que limitam o modo pelo qual os recursos a elas atribuídos podem ser utilizados. Além das técnicas constitucionais da divisão de poderes e do federalismo, que exigem a participação de diferentes entes estatais para o exercício de determinadas competências, os recursos de poder atribuídos pela Constituição ao Estado também são limitados por normas que proíbem que a regulação estatal incida sobre determinadas matérias ou utilize determinados instrumentos legais. A Constituição de 1988, por exemplo, contém um conjunto de vedações ao poder de tributar do Estado, que inclui a exigência de lei em sentido formal para a criação ou majoração da maior parte dos tributos (art. 150).

No segundo campo, a Constituição estabelece normas sobre a proteção de bens e interesses valiosos para as classes e grupos que compõem a sociedade. Essa regulação opera por meio da consagra-

ção de direitos fundamentais, que podem assumir tanto a forma de direitos de defesa, quanto de direitos a prestações. Os direitos de defesa impõem obrigações de não-fazer ao Estado, que deve se abster de interferir no exercício dessas prerrogativas por seus titulares. Os direitos a prestações impõem obrigações de fazer ao Estado, que deve atuar para fornecer a seus titulares os meios para exercer esses direitos³⁹. Em ambos os casos, os direitos fundamentais limitam os objetos dos conflitos políticos, ao mesmo tempo em distribuem recursos de poder⁴⁰.

Alguns exemplos desse segundo campo podem ser encontrados na Constituição de 1988. O direito fundamental de propriedade proíbe a desapropriação de bens pelo Estado fora das hipóteses e condições previstas na Constituição, protegendo a distribuição de riqueza vigente na sociedade (art. 5º, XXIV). Conseqüentemente, a norma constitucional retira do objeto dos conflitos políticos ordinários determinados tipos de propriedade, uma vez que limita as ações do governo voltadas para sua redistribuição. Em relação aos direitos a prestações, os sistemas públicos de seguridade social (art. 194 e ss.) e de educação (art. 205 e ss.) impõem ao Estado garantir níveis mínimos de renda e prestações sociais para a população, buscando também preservá-los dos conflitos políticos, o que é reforçado pela vinculação constitucional de recursos orçamentários destinados a essas políticas.

A proteção de bens e interesses pela Constituição também aparece, no âmbito das relações entre capital e trabalho, no rol dos direitos dos trabalhadores (art. 7º) e no papel reconhecido aos sindicatos para atuarem em sua defesa (art. 8º). Sobre essa base, as relações de poder entre empregados e empregadores são alteradas pelas normas constitucionais que estruturam seus conflitos. Em outra es-

³⁹ Na literatura brasileira, a distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações foi desenvolvida sobretudo por Sarlet (2009, p. 168-207), a partir da teoria dos direitos fundamentais de Alexy. A definição de direitos a prestações aqui adotada corresponde aos direitos a prestações em sentido estrito, na classificação de Sarlet.

⁴⁰ No âmbito das teorias dos direitos fundamentais, o conceito de "eficácia horizontal" ou "eficácia contra terceiros" busca compreender de que modo esses direitos se aplicam nas relações entre particulares (Sarmiento, 2004). Nossa análise, contudo, não se limita a essa dimensão, uma vez que tem como foco as relações de poder estabelecidas com base nos direitos fundamentais.

fera, a Constituição assegura o monopólio da representação política aos partidos políticos (art. 14, § 3º, IV) e lhes confere o direito de utilizar recursos públicos para o desenvolvimento de suas atividades (art. 17, § 3º), o que incentiva os atores políticos a buscarem se organizar partidariamente para usufruir dessas vantagens institucionais em suas disputas políticas.

Em cada um desses campos, observamos disputas específicas em torno da estruturação constitucional dos conflitos políticos. No âmbito das instituições estatais, essas disputas são travadas por atores políticos que, de um lado, defendem a manutenção ou ampliação dos poderes conferidos ao Estado para regular a sociedade e, do outro lado, pretendem manter ou ampliar as vedações constitucionais que limitam o poder público. Além das disputas entre regulamentação e desregulamentação, as instituições estatais também são cenário de confrontos entre os atores que buscam obrigar o Estado a exercer suas competências em determinado sentido e aqueles que, embora admitam a competência do poder público sobre determinadas matérias, defendem que seu exercício seja facultativo e discricionário⁴¹.

Assim, tal como veremos nos capítulos posteriores em relação aos conflitos distributivos da sociedade brasileira, mudanças nas competências estatais implicam aumentar ou reduzir os recursos de poder com que as instituições públicas contam para gerir conflitos, definindo os cursos de ação que podem ser adotados pelos atores políticos e condicionando os resultados de suas disputas.

Por sua vez, as disputas sobre a estruturação constitucional dos conflitos no campo das relações sociais se concentram em torno da manutenção ou inclusão de bens e interesses no âmbito da proteção constitucional contra a exclusão de determinados bens e interesses dessa proteção, o que significa devolvê-los à arena dos conflitos políticos admitidos pelas normas constitucionais em vigor.

⁴¹ Santos (1994, p. 66-72) observa que, quando o grau de interferência regulatória do Estado nos conflitos distributivos é alto, como no Brasil, as interações governo-sociedade podem assumir um padrão predatório ou de *rent-seeking*, em que grupos buscam transferir renda para si por meio de normas que criam privilégios, benefícios setoriais e barreiras à entrada de competidores.

Ao proteger determinados bens e interesses como direitos, a Constituição não apenas limita as ações dos atores que pretendam disputá-los, mas também atribui recursos de poder a determinados atores. Seguindo os exemplos acima, o direito de propriedade permite que os proprietários se aproveitem de sua vantagem econômica para exercer poder sobre os não-proprietários; a liberdade sindical possibilita que os trabalhadores disponham de recursos organizacionais para se contrapor ao poder exercido pelos capitalistas⁴²; a constitucionalização dos partidos políticos lhes atribui recursos públicos, tais como o fundo partidário e o direito de antena, que, embora de modo assimétrico, lhes garante uma posição de vantagem na competição política. Em todos esses casos, os resultados dos conflitos políticos estão condicionados pela distribuição de recursos de poder feita pela Constituição.

Considerando que várias Constituições contemporâneas são pródigas na inclusão de normas que estruturam os conflitos políticos nos dois campos apresentados acima, deve-se cogitar que essas Constituições serão continuamente objeto de conflitos intraconstitucionais e extraconstitucionais. Em outras palavras, quanto maior for a incidência das normas constitucionais sobre os conflitos políticos, maior será a probabilidade de que a própria regulação constitucional se torne objeto de conflito, e que os principais atores políticos busquem continuamente reformar a Constituição ou substituí-la para atender a seus interesses.

Esse diagnóstico nos leva a indagar sobre os instrumentos que a ordem constitucional confere aos atores políticos para defender a distribuição vigente de recursos de poder. Diante de testes de stress que visam modificar a estruturação constitucional dos conflitos, o grau de entrenchamento da Constituição é posto à prova, seja para resistir a mudanças, seja para permitir alterações limitadas e sob controle.

Em uma Constituição liberal-democrática, a conquista do governo por uma nova maioria política pode representar um dos

⁴² Desenvolvida por Huber e Stephens (2012), a "power resources theory" também analisa a propriedade e a organização sindical como recursos de poder político, cuja configuração ajuda a explicar os níveis de desigualdade e de redistribuição no capitalismo avançado e na América Latina.

mais importantes testes de stress. Nesse cenário, o programa político dos novos governantes demanda reformas constitucionais para ser implementado e atender às expectativas da população. No entanto, a vontade da maioria pode ser obstaculizada pelas próprias regras constitucionais que conferem poderes, as quais, além de definirem o processo por meio do qual a Constituição pode ser reformada, criam outros pontos de veto no sistema político.

3. REGRAS QUE CONFEREM PODERES

Os vários tipos de normas que compõem o repertório do direito constitucional são as ferramentas de que a Constituição dispõe para estruturar conflitos. No que se refere ao campo das instituições estatais, cabe aprofundar o exame das regras que conferem poderes, com o objetivo de avançar na compreensão das disputas em torno da atribuição de recursos ao Estado e dos pontos de veto do sistema constitucional.

O conceito de regras que conferem poderes é uma das peças-chave da teoria do direito de Hart (1986). Para o autor, o sistema jurídico moderno se caracteriza pela união de regras primárias, que impõem deveres, e regras secundárias, que conferem poderes, públicos ou privados. Por meio desses poderes, as regras secundárias possibilitam criar, extinguir e modificar regras primárias, ou ainda determinar sua incidência e fiscalizar sua aplicação⁴³. Hart identifica ainda três tipos de regras secundárias: a regra de reconhecimento (*recognition rule*), as regras de alteração (*rules of change*) e as regras de julgamento (*rules of adjudication*).

Apesar de sua riqueza, a conceituação de Hart não esclarece de modo suficiente as situações em que as regras secundárias também impõem deveres às autoridades públicas. No caso das regras de julgamento, por exemplo, os poderes atribuídos aos tribunais para, mediante suas decisões, criar obrigações para as partes, ao mesmo

43 Em sua obra, Hart apresenta mais um critério de distinção entre regras primárias e secundárias, segundo o qual as regras primárias se referem a ações que provocam movimentos ou mudanças no mundo físico, enquanto as regras secundárias, além de tornarem possíveis esses movimentos, criam ou modificam obrigações legais.

tempo impõem aos juízes o dever de decidir litígios. De modo similar, no âmbito das regras de alteração, encontraremos vários exemplos de competências atribuídas aos poderes legislativo e executivo, com vistas à criação de regras primárias, cujo exercício é de caráter obrigatório⁴⁴.

Para superar essa limitação do conceito original de regras que conferem poderes, cabe aprofundar seu estudo de um ponto de vista funcional⁴⁵. Ao atribuírem competências às autoridades públicas, bem como os procedimentos para seu exercício, essas regras criam possibilidades de conduta na ordem constitucional, dotando as instituições estatais de meios para gerir os conflitos políticos⁴⁶. Tais poderes também são necessários para que o Estado possa garantir a proteção de bens e interesses prevista na Constituição.

Assim, as regras que conferem poderes são responsáveis por definir quais atos praticados pelas autoridades públicas podem ser considerados válidos de acordo com a Constituição, delimitando as condutas que elas podem seguir. A estruturação constitucional dos conflitos requer, em primeiro lugar, que essas regras atribuam competência aos órgãos estatais sobre determinadas matérias, o que implica distribuir recursos de poder para o Estado e eliminar ou limitar a possibilidade de criação de obrigações pelos agentes privados. Na Constituição de 1988, por exemplo, a atribuição de poderes regulatórios ao Estado (art. 174) restringe a auto-regulação da atividade econômica pelo mercado, assim como as competências do poder público em matéria ambiental (art. 225) podem limitar ou até mesmo proibir determinadas formas de uso dos recursos naturais pelos agentes privados.

44 Na Constituição de 1988, podemos citar como exemplos a legislação orçamentária e a legislação sobre a seguridade social.

45 Segundo o próprio Hart (1986, p. 34-50), ao contrário das regras que impõem deveres, as quais visam impedir que certas condutas sejam praticadas, sob a ameaça de sanção, as regras que conferem poderes cumprem a função de possibilitar que os agentes privados e as autoridades públicas criem direitos e deveres na ordem jurídica. Em trabalho recente, Kramer (2021) também destaca a importância dessa função das regras que conferem poderes na teoria de Hart.

46 Deve-se a Searle, no âmbito da filosofia da linguagem, a distinção entre "regras constitutivas", que criam ou definem novas formas de conduta, e "regras regulativas", que incidem sobre formas de conduta pré-existentes (Maués, 1999, p. 54-59).

Porém, a gestão dos conflitos políticos pelas instituições estatais também se baseia nas normas constitucionais que definem os meios que podem ser utilizados pelas autoridades públicas para exercer suas competências, bem como os limites substantivos desse exercício, que tanto podem proibir quanto obrigar o poder público a incluir determinados conteúdos na legislação. Mesmo que não haja disputas sobre as competências atribuídas ao Estado pela Constituição, os atores políticos podem divergir sobre esses dois pontos, tendo em vista seu impacto sobre a proteção de bens e interesses. No direito constitucional brasileiro, são exemplos dessas disputas, respectivamente, a aprovação da Emenda Constitucional nº 32/01, que restringiu o uso de medidas provisórias sobre determinadas matérias, e os debates constituintes sobre as competências do poder público na ordem econômica (ver cap. 3). Além disso, as normas constitucionais estabelecem o caráter obrigatório ou facultativo do exercício das competências estatais, uma vez que a maioria política pode estar ou não obrigada a seguir as possibilidades de conduta criadas pela Constituição.

A importância dessas disputas sobre as competências estatais mostra que as regras que conferem poderes podem estar associadas a regras que impõem deveres às autoridades públicas⁴⁷. Essa compreensão nos fornece mais instrumentos para analisar o funcionamento dos pontos de veto do sistema constitucional.

Em primeiro lugar, devemos observar de que modo a Constituição atribui competências legislativas. De acordo com Dixon e Ginsburg (2011), ao optarem por não tomar decisões sobre determinadas matérias, os constituintes podem incluí-las na Constituição e prever expressamente que elas sejam reguladas pelos legisladores no futuro. No direito constitucional brasileiro, tais disposições costumam conter expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “a lei disporá”, dentre outras, e abundam na Constituição de 1988. Essa “delegação” do poder constituinte ao poder legislativo pode assumir as seguintes formas, segundo o nível de discricionariedade que é atribuído ao legislador:

47 No campo do direito administrativo, o conceito de “poder-dever” também contém a ideia de que a autoridade pública está obrigada ao exercício de suas funções.

a) delegação forte: disposições constitucionais que facultam ao legislador a regulação de determinadas matérias, a quem caberá decidir sobre o exercício dessa competência;

b) delegação fraca: disposições constitucionais que obrigam o legislador a regular determinadas matérias, impondo-lhe o exercício dessa competência;

c) delegação ampla: disposições constitucionais que conferem discricionariedade ao legislador para decidir sobre como regular determinada matéria;

d) delegação estrita: disposições constitucionais que estabelecem limites substantivos e processuais sobre como o legislador deverá regular determinada matéria.

A tipologia de Dixon e Ginsburg demonstra que as regras que conferem poderes de caráter legislativo podem impor diferentes deveres ao poder público. Quanto mais proibições e obrigações a Constituição criar nesse campo e, portanto, quanto mais reduzida for a discricionariedade legislativa, tanto mais as normas constitucionais condicionarão os resultados das disputas políticas e maior será o grau de estruturação dos conflitos operada pela Constituição.

Essa dinâmica ocorre porque a divisão de poderes cria os pontos de veto que fornecerão aos atores políticos as oportunidades de utilizar o arcabouço constitucional para impedir ou limitar a implementação de decisões legislativas que contrariem seus interesses. Tais pontos de veto se somam às oportunidades de bloqueio da aprovação de leis conferidas pelas regras do processo legislativo à minoria parlamentar, tal como a exigência de maioria absoluta ou qualificada. Em um sistema dorado de justiça constitucional, o uso de delegações de tipo fraco e/ou estrito pela Constituição amplia as possibilidades de controle judicial da constitucionalidade das ações e omissões do legislador. Os atores podem recorrer ao judiciário tanto para fazer com que o órgão legislativo cumpra seu dever de legislar, quanto para questionar o respeito aos limites substantivos e processuais da legislação impostos pela Constituição.

Tal como veremos, a Constituição de 1988 se valeu extensamente de delegações fracas e estritas ao definir matérias de compe-

tência do Congresso Nacional, possibilitando que o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, assumisse um importante papel como ponto de veto no sistema constitucional. Além da criação da ação direta de inconstitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e do reforço dos instrumentos de controle difuso de constitucionalidade, a Constituição ainda inclui o controle das omissões do legislador, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, casos em que o STF pode ser acionado para impedir que o legislador decida não decidir sobre determinadas matérias. A consagração de direitos fundamentais, por sua vez, também fortalece o papel do judiciário, pois, além de impor obrigações de fazer e não-fazer ao Estado, a Constituição adotou um amplo leque de instrumentos processuais para buscar a proteção de bens e interesses pela via judicial.

Cabe acrescentar ainda que, dada a rigidez constitucional, o poder judiciário dispõe de competência para bloquear reformas constitucionais. Nesse campo, o ponto de veto de maior impacto na estruturação dos conflitos é representado pela existência de cláusulas pétreas, que possibilitam o controle material da constitucionalidade das emendas constitucionais.

Por outro lado, a existência de delegações fortes e/ou amplas restringe a atuação do controle de constitucionalidade às hipóteses em que não foram respeitadas as regras gerais do processo legislativo, incluindo, nos Estados Federais, as regras que definem as competências dos diferentes entes federativos. Nesse caso, sob o regime da Constituição de 1988, o mais importante ponto de veto às decisões do Congresso Nacional se localiza no poder executivo, uma vez que o presidente da República dispõe de uma ampla competência para rejeitar, com base no interesse público e na inconstitucionalidade, projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional.

Quadro 1. Pontos de veto ao Poder Legislativo

Tipo de delegação	Ponto de veto
Forte e ampla	Executivo
Fraca e estrita	Judiciário

A existência de pontos de veto no sistema constitucional oferece às partes em conflito diferentes oportunidades para promover seus interesses, uma vez que as normas e instituições constitucionais protegem esses interesses de maneira assimétrica. Assim, ao organizar os poderes do Estado, a Constituição determina os cursos de ação que podem ser adotados pelos atores políticos para pressionar por decisões que atendam a seus objetivos, ao mesmo tempo em que cria barreiras institucionais que podem impedir que decisões sejam tomadas, tornando incerta a aprovação de propostas pela maioria política (Immergut, 1992, p. 27).

Em qualquer campo em que operem, os pontos de veto criados pela Constituição impedem ou limitam a adoção de decisões políticas. O impedimento ocorre quando a oposição evita que o governo obtenha os votos necessários para a aprovação de uma proposta legislativa ou quando a decisão tomada por um dos poderes do Estado é invalidada por outro poder, integral ou parcialmente, tal como nos casos de veto do executivo a projeto de lei aprovado pelo legislativo ou da declaração de inconstitucionalidade feita pelo judiciário sobre normas editadas pelo legislativo ou pelo executivo.

Pontos de veto também podem limitar a adoção de decisões quando retardam sua implementação ou aumentam seu custo. Nesses casos, trata-se especialmente de decisões judiciais ou de outros órgãos de controle, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, que impõem o atendimento de determinados requisitos para que a decisão política seja implementada, os quais dizem respeito à correção dos procedimentos adotados para sua aprovação, como o devido processo legal, ou à revisão do ônus financeiro do poder público.

Ao criarem para o Estado o dever de prover bens e serviços para os cidadãos, os direitos a prestações cumprem, na estruturação constitucional dos conflitos, uma função similar àquela das regras que conferem poderes de exercício obrigatório. Nas Constituições contemporâneas, os direitos sociais fundamentais deixaram de ser compreendidos como normas programáticas, desprovidas de exigi-

bilidade, e passaram a ser acompanhados de regras que definam as competências do poder público para garanti-los.

No entanto, permanece válida a distinção entre as duas categorias. Os direitos a prestações possuem caráter subjetivo e podem fundamentar demandas contra o Estado, mesmo na ausência de lei que regulamente esses direitos, quando se compreende que eles são dotados de aplicabilidade imediata. Essa característica amplia as possibilidades de judicialização, tal como se verifica com o direito à saúde no Brasil.

No caso das regras que conferem poderes, embora elas também fundamentem demandas judiciais para obrigar o poder público a cumprir com seus deveres legislativos ou implementar políticas, a Constituição não confere diretamente direitos, o que limita a judicialização da matéria. Assim, o Estado está obrigado a implantar o sistema único de saúde e também garantir a saúde como direito de todos.

4. RECURSOS DE PODER E IGUALDADE

O modo como a Constituição estrutura os conflitos políticos e distribui recursos de poder terá um impacto decisivo sobre os instrumentos de que o Estado dispõe para reduzir a desigualdade. Embora a legislação e as políticas públicas possam incidir sobre todos os mecanismos identificados no capítulo anterior, a Constituição opera de maneira mais direta em dois campos: o da inclusão e o da redistribuição.

Tal como vimos, mecanismos de inclusão visam eliminar os obstáculos que impedem a participação de determinados grupos na vida social, especialmente por meio da expansão de direitos e da proibição de práticas discriminatórias. Para que o Estado atue nessa direção, a Constituição deve, primeiramente, eliminar as barreiras legais que criam exclusão, por meio da consagração da igualdade perante a lei como um direito fundamental, o qual sustenta a invalidação de normas que impedem o acesso de grupos de pessoas a determinados bens e posições. Na Constituição de 1988, além da consagração do direito à igualdade perante a lei no *caput* do art.

5º, são exemplos desses mecanismos as disposições que preveem a igualdade entre homens e mulheres (art. 5ª, I); estabelecem direitos iguais para trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º); estendem aos analfabetos o direito de voto (art. 14, § 1º, a); suprimem distinções entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, § 2º); e proíbem discriminações entre crianças nascidas fora e dentro do matrimônio, ou adotadas (art. 227, § 7º).

O direito à igualdade perante a lei se caracteriza como um direito de defesa, que proíbe o Estado de tratar desigualmente as pessoas e busca impedir que sua exclusão legal seja objeto de conflitos políticos ordinários. No entanto, os limites impostos por esse direito nem sempre são evidentes, uma vez que o legislador constantemente produz normas que contêm diferenças de tratamento em relação a pessoas e situações. Sem o estabelecimento de critérios que permitam analisar a constitucionalidade dessas diferenças, o direito à igualdade não impede que o legislador crie as discriminações que ele achar convenientes, pois exige apenas que as normas sejam aplicadas igualmente aos casos que elas visam regular⁴⁸.

Para discernir as hipóteses em que a igualdade perante a lei admite diferenciações, a teoria jurídica se vale da ideia de que a Constituição somente proíbe o legislador de fazer discriminações *arbitrárias*. No Brasil, essa abordagem é bem representada por Bandeira de Mello (1999), que reconhece que o legislador pode legitimamente utilizar diversos critérios como base de discriminações legais, inclusive características pessoais como raça e sexo. Assim, para decidir se a norma é ou não constitucional, o intérprete deve examinar se existe “correlação lógica” ou “justificativa racional” entre o critério de discriminação e a diferença de tratamento criada pela lei, além de verificar se essa correlação está de acordo com os interesses e finalidades reconhecidos pela Constituição⁴⁹.

48 Kelsen, por exemplo, observa que a igualdade perante a lei pode subsistir mesmo que a lei não prescreva um tratamento igualitário, mas um tratamento desigual: “A chamada igualdade perante a lei é respeitada (...) sempre que o órgão aplicador do direito considera como relevantes apenas aquelas desigualdades que a lei manda ter em conta” (Kelsen, 1993, p. 60). Essas limitações tampouco podem ser resolvidas com o recurso à concepção aristotélica de justiça, pois a ideia de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” não contém os critérios para definir o que deve ser considerado “igual” e o que deve ser considerado “desigual” (Arnardóttir, 2003, p. 8-10).

49 “Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a dife-

Essa concepção do direito à igualdade, contudo, pode ser insuficiente para sustentar a adoção de instrumentos jurídicos de inclusão social em sociedade como a brasileira, em que determinados grupos se encontram em uma situação estrutural de desvantagem⁵⁰. No constitucionalismo contemporâneo, bem como no direito internacional dos direitos humanos, uma outra dimensão da igualdade é composta pelo direito à não discriminação, segundo o qual critérios como raça, sexo e cor não podem ser utilizados pelo legislador em detrimento dos grupos que são historicamente discriminados com base nessas categorias. Tendo em vista seu caráter mais substantivo, o reconhecimento constitucional do direito à não discriminação amplia as possibilidades de ação do Estado para o enfrentamento dos mecanismos de exclusão. O art. 3º, IV da CRFB, sintetiza os princípios que regem o direito à não discriminação ao declarar, como um dos objetivos do Estado Brasileiro, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Além disso, a Constituição de 1988 garante direitos específicos para mulheres (art. 7º, XX), pessoas com deficiência (art. 37, § 8º), crianças, adolescentes e jovens (art. 227), idosos (art. 230), povos indígenas (art. 231) e descendentes de quilombos (art. 68 – ADCT).

Ao buscar a proteção dos grupos vulnerabilizados da sociedade, o direito à não discriminação permite identificar situações concretas que geram exclusão e subsidiar iniciativas do poder público para sua reversão. A discriminação legal pode assumir tanto um caráter ativo (discriminação por ação) quanto um caráter passivo (discriminação por omissão)⁵¹. As formas de discriminação legal por ação resultam da utilização pelo poder público de critérios vedados para a prática de seus atos, seja ela aberta, quando o critério de discriminação se encontra expresso na lei ou medida, seja ela oculta,

renciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição. Só a conjunção dos três aspectos é que permite análise correta do problema” (Bandeira de Mello, 1999, p. 22).

50) No direito brasileiro, Rios (2008) e Moreira (2020) também apontam os limites dessa abordagem procedimental diante da existência de grupos discriminados na sociedade.

51) Utilizamos aqui, com adaptações, os conceitos propostos por Arnardóttir (2003, p. 92-126).

quando a discriminação decorre do impacto prejudicial da aplicação da lei ou medida sobre determinados grupos. A discriminação por ação também pode ocorrer quando uma mesma lei ou medida não é aplicada de modo uniforme a todos os casos. A história dos direitos políticos nos fornece exemplos dessas formas de discriminação: o critério de gênero excluiu expressamente as mulheres do direito de voto, enquanto as exigências de alfabetização e renda foram usadas para excluir de maneira implícita as pessoas pobres⁵².

Por sua vez, as formas de discriminação legal por omissão ocorrem quando o Estado deixa de cumprir com seus deveres positivos de garantir o direito à não discriminação. Elas decorrem da inação do poder público diante de suas obrigações de produzir e implementar leis ou medidas que sancionem a discriminação e estabeleçam políticas de enfrentamento às condições que a causam ou mantêm⁵³. Na ausência dessas políticas dirigidas aos grupos discriminados, a exclusão tende a permanecer mesmo quando a Constituição prevê a igualdade perante a lei, como exemplifica a condição subordinada das mulheres em muitos países (Heymann; Sprague; Raub, 2020, p. 45-70) ou o racismo estrutural (Almeida, 2020).

Embora o direito à não discriminação possa ter uma dimensão prestacional, é importante analisar de que modo a Constituição atribui poderes ao Estado para garanti-lo. O caráter estrutural da exclusão em sociedades como a brasileira torna necessário que o poder público disponha de competências constitucionais específicas para promover políticas de inclusão, a fim de que suas obrigações jurídicas nesse campo não estejam sujeitas às maiorias legislativas. Para atender a esse objetivo, as normas constitucionais devem se valer de delegações de tipo fraco ao legislador, impondo-lhe a produção de leis que favoreçam a efetivação de mecanismos de inclusão.

52) O uso dessas formas de discriminação na história brasileira é objeto da análise de Carvalho (2014) e Holston (2013).

53) Os conceitos de discriminação aqui adotados não se confundem com a distinção entre discriminação direta e indireta, segunda a qual a primeira se caracteriza pela intencionalidade, enquanto a segunda resulta de medidas não intencionais (Moreira, 2020, p. 387-408; Rios, 2008, p. 21-22). Tanto a discriminação por ação, quanto a discriminação por omissão, podem assumir formas diretas e indiretas.

Assim, a Constituição deve prever competências de exercício obrigatório pelo Estado para a edição de leis antidiscriminação e a implementação de ações que derrubem as barreiras que excluem o acesso de grupos discriminados a bens e posições valiosas na sociedade, tais como as ações afirmativas. Além de limitar a discricionariedade do legislador, essa previsão constitucional estrutura os conflitos sociais de modo a que os grupos excluídos possam buscar a proteção de seus interesses nas instituições estatais, inclusive por meio do poder judiciário, em caso de omissão inconstitucional.

A importância de conferir poderes cujo exercício é obrigatório pode ser exemplificada com alguns julgados relevantes do STF sobre o direito à igualdade. Assim, quanto são adotadas políticas sem expressa ou insuficiente previsão constitucional, há maior probabilidade de que as iniciativas do legislativo e do executivo sejam questionadas junto ao judiciário. Isso ocorreu, por exemplo, com a adoção de cotas nas universidades públicas (ADPF nº 186), com o Estatuto da Igualdade Racial (ADC nº 41), e com a política de reconhecimento de territórios quilombolas (ADI nº 3.239). Nos dois primeiros casos, os argumentos contrários às políticas de inclusão se baseavam no direito à igualdade perante a lei para alegar que não cabia ao legislador criar discriminações baseadas em raça e cor, uma vez que essas hipóteses estariam ausentes da Constituição. No último, os autores afirmavam que o art. 68 do ADCT⁵⁴ não continha elementos suficientes para autorizar o presidente da República a emitir decreto sobre sua regulamentação, a qual caberia ao Congresso Nacional, mediante lei.

A judicialização dessas políticas mostra como a ausência de previsão constitucional expressa sobre políticas de inclusão pode converter o poder judiciário em um ponto de veto nessa matéria. Por outro lado, a previsão de cotas para pessoas com deficiência nos cargos e empregos públicos⁵⁵ não foi objeto de semelhante questionamento,

54 "Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos".

55 "Art. 37, VIII. A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão".

amento, tendo avançado paulatinamente nas instituições públicas até alcançar o próprio poder judiciário.

As decisões favoráveis às políticas de inclusão, tomadas pelo STF nesses casos, mostram que a jurisprudência constitucional pós-88 não se limitou a garantir o direito à igualdade perante a lei e reconheceu a dimensão substantiva do direito à igualdade na ordem constitucional brasileira. Nos acórdãos dessas ações, o STF indica que o princípio da igualdade material autoriza o Estado a "lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares" (ADPF nº 186); que as ações afirmativas fundam-se "na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente" (ADC nº 41); e que o art. 3º, I e III, da CRFB, conduz "à convergência das dimensões da luta pelo reconhecimento – expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural – e da demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo – compreendida no fator de medição e demarcação das terras" (ADI nº 3.239)⁵⁶.

O impacto da constitucionalização do direito à não discriminação no Brasil também pode ser verificado na edição de leis que visam dar cumprimento às obrigações do Estado nesse campo, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), o Estatuto da Igualdade

56 Nessa ação, o STF ainda concluiu que o art. 68 do ADCT conferia um direito fundamental, dotado de eficácia plena e aplicabilidade imediata ao "grupo étnico-racial minoritário", uma vez que, nesse dispositivo, estavam definidos "o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos)", mostrando-se apto a produzir todos seus efeitos, independentemente de integração legislativa.

Racial (Lei nº 12.288/10) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15)⁵⁷. Nesses diplomas, além de vedar tratamentos discriminatórios⁵⁸, o legislador estabelece um conjunto de políticas públicas para garantir os direitos fundamentais desses grupos, criando instrumentos de acesso a bens e posições valiosas na sociedade⁵⁹.

O outro campo em que constituições democráticas podem atuar de maneira direta é o da redistribuição. Tal como vimos, os mecanismos de redistribuição se baseiam na oferta de serviços públicos e em políticas de transferência de renda, financiadas por meio de tributos, que têm como objetivo reduzir a desigualdade de recursos⁶⁰. Embora o êxito de políticas de inclusão possa diminuir a distância entre grupos sociais no âmbito das relações de mercado, por exemplo, entre homens e mulheres ou entre brancos e negros, a desigualdade de recursos pode continuar em geral elevada em uma dada sociedade. Isso também decorre do fato de que, nas sociedades capitalistas, mecanismos de exploração econômica estão muitas vezes protegidos pelo ordenamento jurídico, o que impacta os níveis de desigualdade social em todos os campos.

57 Cabe acrescentar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, bem como o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, foram aprovados pelo Congresso Nacional conforme o procedimento do art. 5º, § 3º da CRFB, tornando-os equivalentes às emendas constitucionais.

58 Ver, especialmente, os arts. 3º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o art. 4º do Estatuto do Idoso, os arts. 1º e 4º do Estatuto da Igualdade Racial e os arts. 4º e 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

59 No campo do direito à não discriminação, a maior omissão do Congresso Nacional diz respeito aos povos indígenas, que ainda são regidos por normas do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), aprovado durante a ditadura militar. A Constituição de 1988 reconheceu a esses povos os direitos à sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e às terras tradicionalmente por eles ocupadas, além de lhes atribuir legitimidade processual para a defesa de seus interesses (arts. 231 e 232). Apesar desses avanços, a ausência de regulamentação legal compatível com as normas constitucionais tem limitado a implementação de políticas públicas baseadas nesses direitos e contribuído para manter formas de discriminação por ação e omissão contra os indígenas por parte do Estado Brasileiro. Um exemplo é o desrespeito à consulta prévia, livre e informada, que encontra assento no art. 231, § 3º da CRFB e na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 2002. Tendo em vista o caráter etnicamente diferenciado dos povos indígenas (Beltrão e Oliveira, 2014), o reconhecimento de direitos lhes confere recursos de poder que favorecem sua organização política autônoma e fortalecem suas posições nos conflitos sociais. Esse raciocínio também se aplica às comunidades quilombolas (Held, 2018), mas quais, embora também tenha havido omissão do Congresso Nacional, a regulamentação do art. 68 do ADCT pelo poder executivo supriu em parte essa lacuna, tal como vimos.

(60) O debate atual sobre o Estado de bem-estar tem indicado também a importância da adoção de políticas pré-distributivas, por meio das quais o poder público promove a repartição de ativos econômicos, buscando democratizar o capital (Kerstentzky, 2022).

Para promover políticas redistributivas, a Constituição parte da consagração de direitos sociais fundamentais, baseados na cidadania. Embora os direitos sociais também possuam caráter de direitos de defesa, proibindo o Estado de interferir na fruição dos bens a eles associados, seu caráter prestacional é a dimensão mais relevante para a criação de mecanismos de redistribuição. Ao reconhecer saúde, educação e outros bens sociais como direitos, a Constituição obriga o poder público a garanti-los para toda a população, mesmo que em patamares mínimos, e busca retirar esses bens do alcance dos conflitos políticos ordinários.

No entanto, o caráter fundamental dos direitos sociais não elimina as dúvidas sobre sua eficácia e aplicabilidade. Ainda que as normas de direitos sociais sejam interpretadas de modo a possibilitar sua exigibilidade judicial, seria um equívoco imaginar que o poder judiciário seja capaz de organizar o conjunto demasiadamente complexo de políticas redistributivas. Assim, mesmo que os direitos sociais tenham o caráter de direito subjetivo a prestações, tal como reconhece grande parte da doutrina (Sarlet, 2009; Souza Neto e Sarmiento, 2008) o impacto redistributivo das decisões judiciais pode ser bastante limitado⁶¹.

De modo similar ao que expusemos acima sobre os mecanismos de inclusão, a análise do papel cumprido pela Constituição no campo da redistribuição deve ter como foco as competências que ela atribui ao Estado para organizar os sistemas públicos de seguridade social, educação e outras políticas sociais. De particular importância será a maneira pela qual a Constituição organiza o financiamento dessas políticas, cujos efeitos redistributivos dependem tanto dos gastos quanto da origem dos recursos que a elas são destinados. Embora seja inevitável a atribuição de competências ao legislador para a formulação de políticas sociais, a Constituição pode se valer de delegações de

61 Na experiência brasileira de judicialização dos direitos sociais, um dos aspectos mais importantes a ser destacado é o caráter individual das demandas (Hoffmann, 2008). Diversos estudos na área da saúde comprovam que os beneficiados em litígios judiciais não integram as camadas mais pobres da sociedade, o que pode até mesmo gerar maior desigualdade na distribuição de prestações sociais (Silva e Terrazas, 2011; Wang, 2021). Por outro lado, as dificuldades inerentes à execução de decisões judiciais em demandas coletivas têm levado parte da doutrina a propor abordagens baseadas no "diálogo institucional" (Silva, 2016), em que compete ao judiciário, mais do que determinar a adoção de medidas particulares pelo executivo, supervisionar o cumprimento de metas das políticas públicas e promover a colaboração entre as partes.

tipo fraco e estrito para obrigá-lo à edição da legislação social e para estabelecer os objetivos que devem ser buscados por essas políticas.

Segundo os critérios adotados para a definição de seus beneficiários, podemos distinguir dois tipos de políticas sociais: universais e focalizadas. Políticas universais são aquelas cujas prestações constituem direitos dos cidadãos, obrigando o Estado a garanti-las para todos. Já nas políticas focalizadas, têm direitos a prestações somente as pessoas que demonstram estar em situação de necessidade, atendendo a requisitos estabelecidos pelo Estado para o recebimento de benefícios. No âmbito das políticas universais, podemos distinguir ainda entre programas de caráter contributivo, em que há participação dos beneficiários em seu financiamento, e programas de caráter não-contributivo, em que as prestações são efetivadas sem custeio dos beneficiários.

Os efeitos redistributivos das políticas sociais dependem, além da ampliação de sua cobertura, de uma adequada combinação entre políticas universais e focalizadas. À primeira vista, privilegiar a população mais pobre poderia gerar maior redistribuição, uma vez que os recursos públicos seriam destinados às camadas de menor renda. No entanto, diversos estudos indicam que critérios universais tendem a aumentar o orçamento destinado às políticas sociais, alcançando melhores resultados na redução tanto da pobreza quanto da desigualdade. Um dos fatores que explica esse efeito é o apoio que políticas universais conseguem obter da sociedade, incluindo as classes médias, o que ajuda a sustentar os níveis de tributação necessários para a expansão dos gastos sociais (Atkinson, 2015, p. 65-68; Huber e Stephens, 2012, p. 53-60; Korpi e Palmer, 1998).

Sem embargo, políticas universais podem não ser suficientes para atender às necessidades da população mais vulnerável. Nesse caso, programas adicionais devem ser implementados para garantir o acesso dessa população aos serviços públicos, como exemplificam, na área educacional, a adoção de políticas de transporte e alimentação. Particularmente na América Latina, onde vários setores estão fora do mercado formal de trabalho, em uma situação permanente de risco social, políticas focalizadas incorporam grupos que até então

não eram beneficiados pelas ações do governo (Franzoni e Sánchez-Ancochea, 2012; Huber e Stephens, 2012, p. 66-70).

Pela primeira vez em nossa história, a Constituição de 1988 incluiu um conjunto de direitos sociais no rol dos direitos fundamentais (art. 6º). Dentre outras consequências no plano normativo, como sua inclusão no rol das cláusulas pétreas, esse reconhecimento impunha ao legislador a obrigação de regulamentar os direitos sociais, porém, a Constituição fez mais que isso. Em seu Título VIII – Da Ordem Social, o texto constitucional regula vários desses direitos, estabelecendo os objetivos das políticas sociais, criando as instituições responsáveis por sua implementação e definindo sua forma de financiamento. Esse corpo normativo, que obteve amplo apoio na Constituinte (ver cap. 4), constrói os alicerces do Estado de bem-estar social no Brasil, buscando fornecer condições mínimas de existência para toda a população. Assim, os conflitos distributivos da sociedade brasileira passaram a ser estruturados em torno da constitucionalização das políticas sociais, que, ao limitar a discricionariedade legislativa no que se refere à garantia dos direitos sociais, objetiva protegê-los das disputas políticas ordinárias.

Os poderes que a Constituição confere ao Estado nessa área subsidiam tanto a implementação de políticas universais, quanto de políticas focalizadas. Dentre as mais importantes dessas políticas, a seguridade social compreende as ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194). A saúde é definida como direitos de todos e garantida pelo Sistema Único de Saúde, no qual participam todos os entes da federação (arts. 196-200). A União organiza o sistema de previdência social, de caráter contributivo (arts. 201-202), cujos benefícios não podem ter valor inferior ao salário mínimo (art. 201, § 2º). Além disso, a Constituição estabelece normas para o regime previdenciário dos servidores públicos (art. 40). Finalmente, a assistência social é devida a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, dirigindo-se aos grupos mais vulneráveis, como as pessoas idosas e as pessoas com deficiência (arts. 203-204). Na área da educação, a Constituição define as obrigações que correspondem a cada esfera de governo para garantir a oferta de ensino público gratuito em todos

os níveis. O período de escolaridade obrigatória é de 14 anos e os deveres do poder público com a educação também compreendem a oferta de educação infantil, o atendimento especializado às pessoas com deficiência e programas complementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (arts. 205-214). Essas normas constitucionais não tardaram a ser regulamentadas, destacando-se a Lei nº 8.080/90 (saúde), as Leis nº 8.212/91 e 8.213/91 (previdência social), a Lei nº 8.742/93 (assistência social) e a Lei nº 9.394/96 (educação). Em menos de uma década, o Estado brasileiro dotou-se do arcabouço institucional necessário para implementar políticas de redução da desigualdade, passando a canalizar as demandas dos atores favoráveis e contrários às ações redistributivas⁶². Ao lado desse elenco de direitos sociais, a reforma agrária foi outra importante política pública adotada pela Constituição de 1988 para reduzir a desigualdade, por meio da redistribuição da propriedade fundiária no Brasil.

Tanto o direito à não discriminação quanto as políticas sociais são necessários para dotar o Estado de instrumentos de redução da desigualdade. O modo como essas normas se articulam cria diferentes marcos constitucionais de promoção da igualdade em um determinado país.

Quadro 2. Marcos constitucionais de redução da desigualdade

		Direito à Não Discriminação	
		sim	não
Políticas Sociais	sim	Inclusão Redistribuição	Redistribuição
	não	Inclusão	Nenhum

Esse quadro demonstra que o marco mais abrangente de redução da desigualdade resulta da combinação do direito à não discriminação e das políticas sociais, que conferem ao Estado os instrumen-

⁶² Embora a regulação constitucional desses direitos sociais esteja mais detalhada na Constituição de 1988, outros direitos, como a cultura, também são objeto de normas específicas, as quais definem deveres e competências do Estado em relação a eles.

tos jurídicos para implementar políticas de inclusão e redistribuição. O direito à não discriminação elimina as barreiras legais que restringem o acesso de certos grupos a bens e posições valiosas e autoriza o Estado a implementar ações de combate às formas de discriminação por ação e por omissão. Por sua vez, as políticas sociais atribuem ao poder público competências para distribuir de modo mais igualitário a renda e a riqueza da sociedade.

Em países com altos níveis de desigualdade resultante de mecanismos de exclusão e exploração, as ações do Estado devem incidir em ambas as áreas, para gerar mudanças estruturais. O direito à não discriminação possibilita o desenvolvimento de ações de proteção dos grupos vulneráveis pelo poder público, porém, esses mesmos grupos costumam estar posicionados nos estratos inferiores da distribuição de renda e riqueza na sociedade, o que também responde pela condição desigual em que vivem. Assim, é necessário que o Estado adote políticas redistributivas que, ao beneficiar as camadas de menor renda da sociedade, possam diminuir a distância que as separa dos estratos superiores.

Por sua vez, políticas universais são necessárias para garantir a todos os cidadãos o gozo de seus direitos sociais e ampliar os efeitos redistributivos das ações do Estado. Porém, essas políticas nem sempre alcançam plenamente os grupos excluídos, uma vez que diferentes formas de discriminação podem restringir ou dificultar seu acesso aos serviços públicos. Assim, o direito à não discriminação possibilita que o poder público ajuste as políticas sociais às necessidades desses grupos, por meio da adoção de medidas específicas em seu favor. Na área da saúde, programas de atenção à mulher e aos povos indígenas são indispensáveis para que o sistema público seja dotado de recursos humanos e materiais adequados às demandas dessas populações, como nos casos que envolvem os direitos reprodutivos da mulher e o uso da medicina tradicional indígena. Em outro exemplo, o direito à não discriminação possibilita harmonizar as políticas universais de educação com ações afirmativas que ampliem as oportunidades de estudo para as pessoas negras.

O amplo elenco de disposições aqui citadas demonstra que a Constituição de 1988 contém um conjunto hábil de instrumentos

jurídicos para a redução da desigualdade, que favorecem a sinergia entre políticas de inclusão e de redistribuição. A regulação constitucional dessas matérias coloca o direito à não discriminação e os direitos sociais acima dos conflitos políticos ordinários e confere ao Estado competências para efetivá-los. Além disso, a discricionariedade legislativa sobre esses direitos é limitada, uma vez que a Constituição obriga o legislador a regulamentá-los e estabelece os conteúdos mínimos que essa legislação deve conter. Essas características da Constituição de 1988 demonstram que o impulso transformador, que esteve na origem do processo constituinte, provocou mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro

Sabemos, no entanto, que a desigualdade persiste na sociedade brasileira, apesar de avanços que ocorreram nas três últimas décadas. Segundo o nível de renda *per capita*, o Brasil é classificado como um país de renda média, o que poderia limitar as políticas de combate à desigualdade em razão do patamar insuficiente da riqueza nacional, que privaria o Estado de recursos para promover uma ampla redistribuição de renda na sociedade. No entanto, quando comparado a outros países com níveis de renda similar, o Brasil apresenta pior IDH⁶³.

Analisar a dinâmica dos conflitos distributivos em nosso país pode ser um caminho mais promissor para compreender os obstáculos ao desenvolvimento de políticas de inclusão e redistribuição e suas consequências negativas para a democracia no Brasil. Essa dinâmica inclui a resistência de classes e grupos sociais à implementação de políticas de igualdade, a qual encontra suporte na própria Constituição de 1988, cujas normas de proteção do *status quo* também criam pontos de veto no sistema constitucional e se confrontam com as normas que buscam garantir a igualdade.

No campo da redistribuição, que será objeto de nossa atenção no restante do trabalho, as disposições constitucionais sobre políti-

63 Limitando-nos à América Latina, o Brasil pode ser comparado com Chile, Argentina e México. Na classificação IDH de 2019, esses países ocupavam, respectivamente, as posições 43, 46 e 74, enquanto o Brasil encontrava-se na 84ª posição, abaixo inclusive de países na região com renda *per capita* bastante inferior, como Cuba (70º) e Peru (79º).

cas sociais se chocam com outras normas constitucionais sobre política fiscal, as quais irão constrirem os gastos sociais. A interação entre política fiscal e social é particularmente relevante em sociedades altamente desiguais como a brasileira, que demandam um aumento significativo de receitas para expandir e aprimorar os programas do Estado de bem-estar. Nesse contexto, o sistema tributário cumpre um papel essencial para garantir tanto um nível apropriado de gastos quanto seus efeitos redistributivos, o que o torna alvo, ao mesmo tempo, de pressões favoráveis à expansão das políticas sociais e de pressões contrárias ao aumento da carga tributária (Fairfield e Garay, 2017).

Após a 2ª Guerra Mundial, na Europa e nos EUA, um dos principais fatores de redução na desigualdade foi a criação de um sistema de tributação progressiva sobre as rendas e os patrimônios mais elevados, o qual, além de contribuir para o aumento das receitas que financiaram a expansão do Estado de bem-estar, diminuíram a concentração de renda na sociedade (Piketty, p. 398-412). Na contramão dessa trajetória, o Brasil apresenta um sistema tributário regressivo baseado em tributação indireta⁶⁴, o que reduz os efeitos redistributivos da política fiscal, tal como ocorre em outros países latino-americanos (Clifton, Fuentes e Revuelta, 2017; Cornia, 2010; Hanni e Martner, 2017; Jiménez, 2017; Lustig *et al*, 2011; Rossignolo, 2012). Vários estudos demonstram que o valor pago em tributos pelas camadas mais pobres do país é proporcionalmente maior em relação à sua renda, e pode até mesmo superar o valor das transferências governamentais que essas camadas recebem (Higgins e Pereira, 2013; Zockun, 2017). A constitucionalização do sistema tributário, juntamente com outras dimensões da política fiscal, exercerá um grande impacto sobre a implementação das políticas redistributivas no Brasil.

O choque entre política fiscal e social não é o único setor em que verificamos que as disputas em torno da manutenção ou

64 Nas últimas décadas do século XX, a diminuição da progressividade tributária fez com que a tributação indireta sobre o consumo se tornasse mais relevante para o financiamento das políticas sociais nos Estados-membros da OCDE (Kato, 2003; Beramendi e Rueda, 2007).

reforma do *status quo* ocorrem dentro da ordem constitucional. A Constituição de 1988 definiu a reforma agrária como uma política pública que impõe deveres ao Estado, baseados na função social da propriedade, e estabeleceu os instrumentos para sua concretização, como o pagamento de indenizações em títulos da dívida agrária. Ao mesmo tempo, a Constituição protege a estrutura fundiária ao adotar um conjunto de limites substantivos e processuais à desapropriação de imóveis rurais, como o critério da “justa indenização” e a imunização da propriedade produtiva, dificultando a redistribuição da terra no Brasil.

Essas disputas demonstram que os conflitos distributivos estão estruturados constitucionalmente no Brasil, o que significa que as demandas pró e contra a redistribuição serão canalizadas por meio de normas constitucionais, tornando a Constituição o *locus* onde esses conflitos serão processados. No capítulo seguinte, veremos como os conflitos distributivos foram objeto central de disputas desde o processo constituinte e continuam presentes nas emendas aprovadas à Constituição de 1988.

CAPÍTULO 3

CONFLITOS DISTRIBUTIVOS E REFORMA CONSTITUCIONAL

A história da Constituição de 1988 é também a história de suas reformas. Desde 1992, em todos os anos houve aprovação de emendas constitucionais, à exceção de 2018, quando foi decretada a intervenção federal no Rio de Janeiro. Muitas dessas emendas trouxeram mudanças relevantes ao texto constitucional, no que foi caracterizado como uma “dinâmica constituinte permanente” (Couto e Arantes, 2006, p. 43).

A extensão da Constituição de 1988 pode ser considerada uma das responsáveis por essas constantes reformas⁶⁵. É fácil imaginar que, quanto maior o número de disposições constitucionais, mais frequente será a necessidade de modificar a Constituição para adaptá-la às mudanças sociais. Essa explicação seria suficiente caso as emendas incidissem de modo uniforme sobre o conjunto do texto constitucional. Porém, em estudo sobre as emendas constitucionais promulgadas até 2007, Arantes e Couto (2010) concluíram que 63,2% dos dispositivos aprovados diziam respeito a políticas públicas (*policy*). Posteriormente, Arantes (2021) examinou os 860 dispositivos acrescentados à Constituição de 1988, entre 1992 e 2017, e classificou 79,4% deles como dispositivos de *policy*. Esses dados indicam que, para compreender o alto número de emendas à Constituição de 1988, devemos investigar quais conflitos políticos levam à aprovação de reformas constitucionais.

O estudo que propomos começa pelo próprio processo constituinte, a fim de identificar como foram compostos os interesses que

65 Segundo o cálculo de Elkins, Ginsburg e Melton (2009, p. 105), o texto original da Constituição de 1988 continha 65 mil palavras, bem acima da média de 14 mil palavras por Constituição, apresentado em seu estudo.