

DIREITOS SOCIAIS, ESTADO DE MAL ESTAR SOCIAL E MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA: impactos da emenda constitucional nº 95/2016

Pablo Fonseca de Souza⁶²
Hector Cury Soares⁶³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta alguns impactos da Emenda Constitucional nº 95/2016 na efetividade dos Direitos Sociais ora positivados na Constituição de 1988, os quais acompanham a pretensa inauguração de um modelo de Estado de Bem-estar Social no Brasil. Para tanto, parte-se de um breve estudo de aspectos relevantes das discussões sobre a relação entre Direito, Estado e Capitalismo, destacando-se o entendimento de que o Direito é mero instrumento do Capital, cuja superação, portanto, passa também pela superação do próprio Direito, mas por outro lado, o Direito não precisa ser assim entendido apenas como um produto burguês de um Estado burguês, havendo sim no Direito um potencial socialmente emancipador e, conseqüentemente, conduzindo a inferência de que o Direito pode também ser um produto na forma e interesse das classes e grupos oprimidos. Isto é, há Direito fora do Capitalismo.

A partir dessa discussão são examinados brevemente as figuras do Estado de Bem-estar Social e dos Direitos Sociais no contexto do Modo de Produção Capitalista, trata-se aí da relação de ambivalência existente entre esses elementos, visto que institutos tais como os Direitos Sociais conflitam em termos de pressupostos com o Capitalismo, mas ao mesmo tempo lhe são úteis e por vezes necessários. Assim, considera-se que, a despeito dessa ambivalência, os Direitos Sociais e o Estado de Bem-estar Social resguardam a sua importância no sentido de que também tendem a garantir mínimas condições materiais das classes oprimidas, sendo, por vezes, o único esteio disponível, embora não sejam, necessariamente, um efetivo passo de movimento real no sentido de rompimento da lógica opressora e espoliatória do Capital.

Finalmente, através de uma análise por um paradigma econômico, examina-se a essencialidade do papel do Estado para solução das falhas de mercado, as quais são inerentes ao regular funcionamento do Capitalismo, mas que lhe são simultaneamente prejudiciais. Apresentados alguns conceitos e examinadas algumas conseqüências dessas incumbências

⁶² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

⁶³ Mestre e Doutor em Direito. Professor da Universidade Federal do Rio Grande (FURG) de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, nos cursos de graduação e mestrado em Direito e Justiça Social. Pesquisa a precarização das relações de trabalho no Brasil.

atribuídas ao Ente Público pelo Capital, aborda-se na parte final a figura da Emenda Constitucional 95/2016, buscando-se entendimento acerca do que essa normativa representa em termos de função/utilidade do Estado e dos reflexos na efetividade dos Direitos Sociais e na representação do Estado de Bem-estar Social.

A conclusão é de que o Novo Regime Fiscal inviabiliza materialmente a efetivação dos Direitos Sociais, eis que o teto dos gastos públicos implica inicialmente num congelamento e, sucessivamente, num encolhimento do orçamento e da atuação estatal identificada como típica de um Estado de Bem-estar Social, especialmente, os serviços públicos de saúde e de educação. Além disso, os argumentos que embasaram a suposta necessidade de instituição da Emenda Constitucional 95/2016 têm majoritariamente um viés econômico que prevalece em detrimento de valores jurídicos de cunho social constitucionalmente instituídos. Em suma, tem-se que a dessa medida financeira se define como mais um exemplar de sujeição do Direito e do Estado a lógica capitalista, eis que expressa uma preocupação que se ocupa muito mais com uma realização de mercado do que com criada a realização dos Direitos Sociais e, por conseguinte, do ideário do Estado de Bem-estar Social.

OS DIREITOS SOCIAIS NO MODO DE PRODUÇÃO CAPITALISTA

Direito, Estado e Capitalismo

Os Direitos Sociais e o Estado-social são fenômenos que, independentemente de serem ou não tipicamente capitalistas, são construções que foram construídos e desenvolvidos no bojo do Modo de Produção Capitalista, de forma que, do ponto de vista de “momento histórico” fica difícil dissociá-los. Frente a isso e à proposta da presente reflexão, é importante analisar brevemente as discussões e críticas constituídas a partir de Marx e de sua tradição acerca do próprio Direito (enquanto fenômeno social), através do que se sustentará a análise dos Direitos Sociais no Capitalismo.

Embora Marx não tenha se debruçado de forma específica sobre a questão do Direito no Capitalismo, a sua obra contém elementos que, ao menos de modo reflexo, constituem contribuições deixadas pelo pensador sobre a questão que possibilitam a detida análise do fenômeno jurídico e da sociabilidade do Capital. (LYRA FILHO, 1983). Mas a partir da leitura da sua obra, notadamente no aspecto que tem como objeto central o Modo de Produção Capitalista, promoveram-se estudos e reflexões acerca da questão, construindo-se, a partir de leituras marxianas, teorias que se apropriam das questões do sentido e do lugar do Direito frente

ao Capital. Dentre essas leituras, parte-se aqui da noção de Direito construída a partir da tradição de Pasukanis (principalmente) e Stucka. (BATISTA, 2013).

O pensamento jus filosófico acerca da relação entre Direito e Capitalismo desenvolvido a partir da contribuição de Pasukanis tem como pressuposto uma identificação entre capitalismo e legalidade, de sorte que o direito é entendido como um fenômeno tipicamente capitalista e, portanto, inexistente, enquanto tal, nas sociabilidades pré-capitalistas. O próprio surgimento do Estado moderno e, a partir disso, o desenvolvimento da forma jurídica são tidos como uma demanda da lógica capitalista, sendo marcada, inicialmente, pela criação de uma aparente noção de igualdade jurídica. (MASCARO, 2008). Na sequência, assistiu-se a passagem do Estado Moderno para o Estado contemporâneo, podendo ser considerados como marcos de ruptura as revoluções liberais, momento em que há consagração jurídica da ideia de liberdade, principalmente pelo seu viés negocial. (MASCARO, 2008).

Em suma, temos que o desenvolvimento da forma estatal e do direito dela derivada (direito estatal) coincide com o desenvolvimento e a reprodução do próprio Modo de Produção Capitalista, sendo possível concluir a partir disso que, realmente, o direito é forma jurídica do capitalismo. No entanto, essa ideia acaba contendo essencialmente a premissa de que é direito apenas o direito estatal, não sendo possível que a forma jurídica exista a partir de outros moldes que não por meio da norma e do Estado, o que parece problemático, uma vez que relega ao direito um caráter basicamente instrumental e desprovido de qualquer autonomia, e cujo conteúdo e objeto se resumem apenas a norma. (BATISTA, 2013). Outra decorrência problemática desse raciocínio é a de que, sendo o direito (estatal) imagem e semelhança (jurídica) do Capitalismo, assim também o será qualquer manifestação jurídica, relegando-as todas a essa condição de instrumentalidade compromissada com o Capital, aí incluídos, portanto, institutos tais como os Direitos Sociais.

A primeira vista o conceito dado por Stucka denota uma solução, tendo em vista que o conceito de direito talhado por ele busca contemplar o direito capitalista e o direito proletário, já admitindo que o direito possivelmente não está diretamente identificado com o capitalismo. Em apertada síntese, afirma-se que Stucka define direito como sendo o resultado da luta de classes sancionado pelo Estado, ostentando o Ente Público uma espécie de neutralidade frente à luta de classes (o que não deixa de corresponder aos moldes da própria lógica jurídica burguesa). Essa definição expressa também uma identificação entre direito e a existência de luta de classes, que por sua vez pressupõe a própria existência de uma sociedade em classes sociais e, por derradeiro, do capitalismo. (BATISTA, 2013).

[...] ele assimila o direito ao resultado da luta de classes sancionado pelo Estado. É obrigado a admitir, neste esteio, que em qualquer sociedade em que houve luta de classes haverá direito, e que a ditadura do proletariado a ser instalada pela revolução socialista haverá também de implantar um direito próprio, um direito proletário, [...], abolidas as classes, serão abolidos igualmente a luta de classes e, em consequência, o direito. (BATISTA, 2013, p. 160).

Todavia, o conceito de Stucka, embora não qualifique o direito como forma jurídica do capital, acaba por ter o Modo de Produção Capitalista como pressuposto de existência do próprio direito, eis que a identificação conceitual se dá com o conflito de classes, fenômeno esse que é tipicamente capitalista. Diante disso, não há necessariamente uma definição de direito que seja autônoma em relação ao Modo de Produção Capitalista, mas sim uma que é dele dependente, acabando por se constituir como uma forma de reprodução da sua lógica ante a inexistência de um rompimento que seria necessário para superação da sociabilidade do capital e da forma jurídica que lhe é característica. (BATISTA, 2013).

Outra questão interessante a ser destacada na definição de Stucka o já indicado fato de que há colocação do Estado numa posição alheia a própria luta de classes, numa posição de suposta neutralidade que jamais foi verdadeira. Sendo o direito fruto da luta de classes sancionado pelo Estado, bastaria que o Estado fosse diretamente controlado por uma ou outra classe para o direito assumisse uma ou outra forma. Contudo, escapa a questão de o próprio Estado se organiza na forma dos interesses da classe burguesa independente da ingerência direta e imediata desta, o que já dá conta também da conclusão de que o próprio ente estatal não existe/atua de forma neutra em relação aos conflitos da sociabilidade do Capital, situação que já foi problematizada, inclusive, pelo próprio Marx, no seu *18 Brumário de Luis Bonaparte*. Nessa obra, Marx nos apresenta que a dinâmica Estatal assume facetas bastante distintas, por vezes até denotando algum conflito com essa ou aquela classe ou, ainda, permeando conflitos existentes, ainda que permaneça a orientação em favor da “ordem burguesa” (MARX, 2011):

Na condição de Poder Executivo que se tornou independente, Bonaparte sente-se chamado a assegurar a “ordem burguesa”. Todavia, o segmento forte dessa ordem burguesa é a classe média. Por conseguinte, ele se percebe como representante da classe média e promulga decretos nesse sentido. Contudo, ele só é algo por ter quebrado e por continuar quebrando diariamente o poder político dessa camada intermediária. Consequentemente, ele está ciente de que é adversário do poder político e literário da classe média. Contudo, protegendo o seu poder material, ele provoca o ressurgimento do seu poder político. Por essa razão, a causa deve ser mantida com vida, mas o efeito deve ser eliminado da face da terra onde quer que se manifeste. Não é possível fazer isso sem provocar leves confusões entre causa e efeito, já que, em sua inter-relação, ambas perdem as suas características distintivas. Novos decretos que tornam difusa a linha limítrofe. Bonaparte está igualmente ciente de ser, frente à burguesia, o representante dos camponeses e do povo em geral, aquele que, dentro da sociedade burguesa, quer agradar as classes mais baixas da população. Novos decretos que logram de antemão os “verdadeiros socialistas” em sua sabedoria de governo. Porém, Bonaparte está ciente sobretudo de ser o chefe da Sociedade 10 de Dezembro,

de ser o representante do lumpemproletariado, do qual fazem parte ele próprio, a sua *entourage* [entorno, cortejo], o seu governo e o seu exército, e que está interessado antes de tudo em passar bem e tirar prêmios californianos do tesouro estatal. E ele se confirma como chefe da Sociedade 10 de Dezembro com decretos, sem decretos e apesar dos decretos. (MARX, 2011, p. 150-151).

Já na linha de pensamento construída a partir da leitura de Pasukanis, temos que o direito é tomado enquanto pura forma jurídica do capital, cujos papeis precípuos são a criação da igualdade jurídica, da liberdade (especialmente a negocial), da segurança das relações jurídicas (especialmente no aspecto comercial) e da “sujeição pelo Direito”. (MASCARO, 2008). A construção de Pasukanis tem por premissa o paralelo construído pelo autor entre a forma Mercadoria, no conceito de Marx, e o elemento sujeito de direito, colocando o primeiro como sendo a figura atomizada do Capital e o segundo como sendo a figura atomizada do Direito, construindo-se tal pensamento jurídico mediante a identificação das correspondências entre as categorias jurídica (sujeito de direito) e econômica (mercadoria), atentando-se para o processo de fetichização da forma sujeito de direito nos moldes do que ocorre com a forma mercadoria. (BATISTA, 2013).

Para além desses elementos, essa lógica pode ser estendida também a própria noção de Estado Social, colocando-o, a partir de seus elementos estruturantes, como fenômeno também tipicamente capitalista, porque serve ao capital e é por ele e a partir dele aparelhado, o que se verifica, no aspecto jurídico, também através das suas formas e espécies de direitos sociais. (BOSCHETTI, 2018). Com base nas linhas até aqui expostas, tem-se que há um condicionamento da forma jurídica segundo a condição de forma do capital, cuja superação efetiva desse Modo de Produção só ocorreria com a superação da própria forma jurídica e, consequentemente, do próprio Direito em si. (MASCARO, 2008).

Todavia, o paralelo proposto entre a forma mercadoria e a forma sujeito de direito aparenta não contemplar o fato de que a mercadoria não é uma forma em si mesma, mas muito mais um estado do valor no processo capitalista. Nesse sentido, é importante referir que a construção marxiana no aspecto econômico discorre sobre o processo de expansão do capital, dos elementos segundo os quais este processo se baseia e lastreia o seu desenvolvimento, colocando a figura da mercadoria com um determinado sentido a depender do momento em que se encontra no fluxo capitalista. Isto é, não há aqui confusão entre mercadoria, capital e valor, mas sim a afirmação de que a forma mercadoria não é simples (pode ser força de trabalho, meios de produção etc.) tampouco estática, pois assumirá uma dinâmica específica a depender de onde/quando ela está no “valor em movimento”. (HARVEY, 2018).

Essa questão já dá conta de direcionar para a problemática que se origina a partir da tentativa de subsunção dos conceitos jurídicos aos seus equivalentes no pensamento econômico de Marx. Nesse momento fundamental retomar a proposição de que não há na obra de Marx uma teoria formada e completa do Direito e/ou uma teoria formada e completa do Estado. (LYRA FILHO, 1983). Isso já denota o quanto é fundamental ter presente que a contribuição de Marx para a questão jurídica não está constituída enquanto um conjunto de ideias articuladas numa teoria geral, de sorte que qualquer teoria que derive do pensamento merece análise quanto a eventual ocorrência de algum remanejamento de dizeres do próprio Marx, o que eventualmente implica no estabelecimento de premissas, embora pareça, não têm necessária correspondência com o pensamento do pensador. (LYRA FILHO, 1983).

[...] em parte alguma, e tampouco no conjunto, se acha uma teoria ou doutrina do Direito. Há, sim, enunciados, ora cognitivos, ora preceptivos, concernentes ao Direito, mas não existe meio de reduzi-los à unidade e muito menos de considerar a soma deles uma doutrina constituída, dispensando a integração e necessitando apenas explicitações e repetição ortodoxa. (LYRA FILHO, 1983, p. 12).

A partir dessa leitura, vemos que não é uma conclusão necessária a de que o Direito é, em essência, um fenômeno tipicamente capitalista, o que é possível inferir da leitura direta dos textos do próprio Marx, a despeito de eventuais inferências que neles se baseiam. Nesse ponto, importante lembrar o conselho dado por Engels, voltando o exame acerca da questão ao patamar dos dizeres do próprio Marx, buscando as informações “diretamente da fonte”. (LYRA FILHO, 1983).

Com efeito, analisando a obra do próprio Marx, é possível estabelecer que, de fato constatamos a existência de um Direito, de modo geral, à serviço do Capitalismo, ou, pelo menos, não comprometido com a superação da sociabilidade do capital (se é que isso seja possível pela via jurídica), embora não pareça adequada a afirmação de que se vislumbre uma perpetuação dessa “condição de garantidor do Capital” atribuída ao direito, tampouco de que não há espaço para existência de algum potencial emancipatório no fenômeno jurídico. Na verdade, mesmo nas passagens em que Marx se posicionava contrariamente a forma jurídica, está ali subsumido que o tal Direito que Marx pretendia destruir é o Direito burguês, havendo, ademais, referências a possibilidade de existência de um Direito proletário, o que nos afasta da conclusão de que o Direito é pura e simples forma jurídica do Capital. (LYRA FILHO, 1983).

É verdade que, na primeira fase e de modo geral (mas não exclusivo) predomina um tiro de “iurisnaturalismo progressista”, mas ali mesmo se prelude uma negação do Direito – na Questão Judaica, por exemplo –, que ascenderá, eventualmente à generalização programática, no limiar da segunda etapa. Também não é menos certo de que o desenvolvimento deste programa jamais se consuma inteiramente, pois na 2ª fase, com reduzir o Direito ao “reconhecimento oficial do fato” de dominação, o que

confere a todo o período uma nota predominante (mas de novo, não exclusiva) de positivismo jurídico, reaparecem os direitos dos dominados e o direito subsistente na própria sociedade comunista – com a apresentação e Estatutos da 1ª Internacional, por exemplo, a que Marx acrescenta, a pedido, mas consciente e conscientemente – a referência à Justiça, escoimada de equívocos que o faziam evitar o termo, a fim de que não fosse confundida com a sua imagem ideológica e sim com o seu perfil real. A compenetração das fases é tão íntima que Marx, em carta a Lincoln (1864) celebra (corretamente) como avanço histórico, a seu tempo a declaração burguesa dos Direitos do Homem, que antes e na Questão Judaica, demolira, na perspectiva (também correta) do socialismo (1844), apenas aí incorrendo no equívoco, depois corrigido, de, com tal (justa) crítica, deixar a suposição de que a superação subsequente, cancelaria o valor histórico, de declaração burguesa, que foi vanguarda noutro tempo e, assim, um momento do progresso, e não um puro engodo de capitalistas safados. (LYRA FILHO, 1983, p. 67-68).

Finalmente, acatando o bom conselho dado por Engels (LYRA FILHO, 1983; MARX; ENGELS, 2011), vemos na “Crítica do Programa de Gotha” que Marx, ao examinar tal programa, parágrafo a parágrafo (em alguns momentos, excerto a excerto), questiona e problematiza questões com direta relevância jurídica e, em certa medida, até mesmo problematiza a questão da Justiça. (MARX, 2012). Neste último aspecto, cabe destaque ao trecho em que o autor questiona o emprego de forma vaga do termo “distribuição justa” insculpido no item de número 03 (três) do Programa, referindo:

O que é distribuição justa?
Os burgueses não consideram que a atual distribuição é “justa”? E não é ela a única distribuição “justa” tendo como base o atual modo de produção? As relações econômicas são reguladas por conceitos jurídicos ou, ao contrário, são as relações jurídicas que derivam das relações econômicas? Os sectários socialistas não têm eles também as mais diferentes concepções de distribuição “justa”? (MARX, 2012, p. 27)

Posto isso, considerando a leitura do próprio Marx, possivelmente a forma jurídica não seja essencialmente uma decorrência que tem por ascendente necessário o Modo de Produção Capitalista, embora a experiência eventualmente nos revele que esteja ainda hoje assim constituída. Veja-se na passagem colacionada que o próprio Marx já examinava a questão considerando um universo mais “ampliativo”, por assim dizer, da forma jurídica e da forma justiça, não estando adstrito à lógica do próprio capitalismo (essa sim, que se quer superar).

Na verdade, a questão talvez não deva estar centrada numa busca pela superação do próprio Direito, o que traz como premissa uma concepção normativista e Estatal do fenômeno jurídico, mas sim na superação dos seus elementos opressores e espoliatórios, com inserção e ampliação das análises jurídicas por um olhar materialista histórico, lembrando a célebre frase de Marx na sua carta a Bracke “Cada passo do movimento real é mais importante do que uma dúzia de programas”. (MARX, 2012, p. 20). Em relação aos Direitos Sociais, resta saber, portanto, se a proposta empregada para sua defesa, invocação e aplicação se constitui como uma previsão abstrata e propositiva ou como um efetivo passo de movimento real.

Os Direitos Sociais e a sua Relação Ambivalente com o Capitalismo

A relação entre os Direitos Sociais e o Modo de Produção Capitalista denota a existência de uma ambivalência entre esses fenômenos, uma vez que os Direitos Sociais são, até certo ponto, úteis e necessários ao Capitalismo, além de terem historicamente se desenvolvido sob a sua hegemonia, e por outro lado, os Direitos Sociais e o Estado-Social expressam objetivos que são contrários a lógica de reprodução do próprio capitalismo. A Constituição de 1988 também expressa essa contradição, pois embora seja vista como uma “Constituição Cidadã”, que inaugura o dito Estado de Bem-Estar Social no Brasil, ela própria contém mecanismos que preveem o capitalismo como Modo de Produção adotado nesse mesmo modelo de Estado.

Exemplo disso é o texto do Art. 170 da Constituição, onde estão enumerados os princípios da Ordem Econômica, onde se vê como princípio a propriedade privada (inciso II) imediatamente sucedido pela função social da propriedade (inciso III), a livre concorrência (inciso IV) e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII). Observe-se que é essa mesma Constituição que tem, lá nos seus artigos iniciais, a dignidade da pessoa humana e a cidadania como Princípios Fundamentais, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como Objetivos Fundamentais da República. Assim, esse a construção do Estado de Bem-estar Social denotada a partir do Texto de 1988 busca, em tese, justamente a conciliação desses conflitos, mas sem necessariamente implicar em rupturas com as lógicas que justamente alimentam essas contradições. (BEHRING, 2018).

De fato, o funcionamento e a reprodução do Modo de Produção Capitalista, ainda que coexista com institutos Sociais, trava esse conflito lógico, porque acabam por divergir quanto aos pressupostos de um (sociabilidade do capital) e de outro (Estado Social/Direitos Sociais). No entanto, é importante esclarecer que não se pretende estabelecer uma lógica de antagonismo/oposição diametral entre um e outro, eis que tais conceitos não compõem mesma unidade de opostos. A questão é simplesmente estabelecer a premissa de que os Direitos Sociais e o seu desenvolvimento, notadamente em termos jurídico-positivos nos moldes atuais, ocorreu no contexto do desenvolvimento de um sistema de produção que, em termo práticos, tem a desigualdade social por pressuposto de existência e reprodução. Frente a isso, é necessário examinar os lados da ambivalência da relação entre os interesses do capital e a efetividade dos Direitos Sociais.

Considerando-os a partir de uma perspectiva enquanto normas constitucionalmente estabelecidas que visam promover e assegurar a providência de condições mínimas de dignidade as pessoas, percebemos que os Direitos Sociais têm nítido caráter distributivo e, eventualmente, até socioeconomicamente emancipatório, uma vez que com essa “garantia do mínimo” se fortalecem as condições para o pleno exercício da cidadania. Sem um mínimo existencial, a ideia de respeito a direitos civis e exercício de direitos políticos pode não fazer tanto sentido (CARVALHO, 2015), independentemente da sequência em que se conquistam esses direitos. Convém registrar que essa definição de cidadania constituída a partir do pensamento de T. H. Marshall também carrega um conflito em relação ao caráter emancipatório (material e político) dessa cidadania ali descrita, uma vez que ela própria também não busca um rompimento com a lógica capitalista, consistindo em mera tentativa de conciliação. (BOSCHETTI, 2018).

Enfim, os Direitos Sociais se mostram como a positivação de institutos jurídicos cujo delineamento se dá a partir de uma determinada forma de Estado, qual seja, de um Estado Social, que, por definição, assume o compromisso de combater as desigualdades sociais, como é o caso do Brasil (ao menos em teoria). A partir disso temos a noção de que o próprio Estado Social é um fenômeno do Capitalismo (isto é, historicamente interno ao capitalismo), mas, ao mesmo tempo, os seus Direitos Sociais acabam sendo elementos fundamentais para assegurar o mínimo existencial a uma significativa parcela da população, bem como para instituir alguma forma de garantir (juridicamente, ao menos) que o Estado e o Direito não cedam completamente à lógica e conveniência do Capitalismo, funcionando também, portanto, como um limite, ou, pelo menos, oferecendo alguma resistência jurídica às incursões do mercado. (BOSCHETTI, 2018).

Esse Estado Social, que é estruturalmente determinante do capitalismo, é permeado por relações contraditórias. Por um lado, se mostrou historicamente imprescindível na criação de condições objetivas de reprodução e integração da força de trabalho e reprodução ampliada do capital, ou seja, como um elemento indispensável na manutenção das relações de produção capitalista. Por outro, a ampliação de direitos trabalhistas e sociais decorrente da luta da classe trabalhadora assegurou a essa o acesso a bens e serviços antes inexistentes, como aposentadorias, seguro saúde, seguro desemprego, educação, moradia, transporte. Em algumas situações específicas e temporalmente determinadas do capitalismo central logrou reduzir a desigualdade de rendimento e acesso a bens e serviços públicos, sem, contudo, superar a estrutural concentração da propriedade privada. (BOSCHETTI, 2018, p. 79).

Por outro lado, o próprio Marx já refletia acerca da importância da figura do Estado para a manutenção e perpetuação do Modo de Produção Capitalista, dizendo sobre a sua essencialidade ao capitalismo, indicando-o, a certa altura como a instituição responsável por

gerenciar os interesses da burguesia. (MARX, 2011). Quanto a alegação de que o Estado seria o grande mediador, equidistante de todos e defensor da igualdade, tem-se que nunca houve de fato uma neutralidade do Estado frente a luta de classes, até porque tal situação não seria possível. (MASCARO, 2008). O que se verifica é um comprometimento da forma jurídico-política da instituição bem definido, independentemente da roupagem que lhe seja atribuída. Nesse raciocínio, mesmo o Estado Social não deixa de ser Estado, isto é, não há aí uma “virada” tão significativa do sentido e do seu papel institucional no contexto capitalista, de forma que, mesmo diante dos ajustes e reconfigurações da sua forma e institutos jurídicos, a sua relevância e utilidade para o Capitalismo acaba remanescendo.

Na perspectiva de delinear balizas teóricas para o debate, partimos da perspectiva de Engels (2012), segundo a qual o Estado precede o capitalismo, e nasce a partir das disputas em torno do controle das classes sobre o sobreproduto social ou excedente, na medida em que a humanidade se afasta das barreiras naturais e supera a escassez que marcava as sociedades primitivas sem classes e sem Estado, ou comunismo primitivo. Dentro disso, tem-se a instituição da propriedade privada e a constituição do Estado com seus mecanismos de poder, jurídicos e de uso da força - monopólio da violência - para sua manutenção. O Estado é, portanto, um mecanismo de dominação de classe tendo em vista a apropriação privada do sobreproduto social/excedente e/ou dominação de sua produção e distribuição em qualquer tempo, em que pese os trânsitos dos modos de produção - do feudalismo para o capitalismo, por exemplo - ou as formas de exercício do poder político e institucionais - da monarquia para república ou do Estado Absoluto para o Estado Democrático de Direito. Altera-se, evidentemente, a forma do exercício da dominação de classe em cada modo de produção e formação social, e contexto político-econômico, ao longo da história. (BEHRING, 2018, p. 40-41).

No contraponto à perspectiva liberal, a tradição marxista interpreta o Estado como processo social e histórico. O Estado é um elemento central na dinâmica da totalidade concreta, a sociedade burguesa, sacudida pelas contradições ao longo da história - da luta de classes -, e ao longo dos ciclos do capitalismo. A tradição do materialismo histórico e dialético aborda o Estado não a partir de uma definição genérica, seja como mal necessário (Smith), como árbitro, garantidor do bem comum (contratualistas) ou a encarnação do espírito absoluto (Hegel), mas buscando seu modo de ser no processo histórico. E se é história, falamos em luta de classes. [...]. (BEHRING, 2018, p. 42).

O próprio Modo de Produção Capitalista não se sustenta sem que seja alcançado às classes exploradas o mínimo para que se reproduzam e garantam a realização do Capital, notadamente através do consumo e endividamento, o que toma forma a partir de um Direito instrumentalizado que assegure estritamente esse “mínimo existencial” mas sem viabilizar uma efetiva emancipação, tampouco romper com a própria lógica de exploração e acumulação. (BOSCHETTI, 2018).

O uso do termo Estado Social intenciona explicar esse fenômeno social como uma categoria própria da sociabilidade capitalista e não como um conceito abstrato. Um conceito é comumente entendido como caracterização, concepção, ou definição de algo. Assume a propriedade de definir e/ou reivindicar as características gerais e específicas de um fenômeno. Destina-se a explicar, descrever, demonstrar e

caracterizar um fenômeno da realidade. Os conceitos tendem a ser formulações abstratas, no campo das representações que buscam definir um fenômeno a partir de sua compreensão, que pode ou não partir de observações empíricas. Considera-se que expressões como Welfare State, Etat Providence e Estado de Bem-Estar Social, na maioria das vezes apontam os limites e possibilidades das políticas sociais, indicam sua abrangência, descrevem suas dimensões, configurações, financiamento e impacto na redução das desigualdades, mas poucos desenvolvem explicações sobre a verdadeira essência ou natureza capitalista do Estado Social. Em outras palavras, tratados como conceitos em si mesmos, essas expressões explicam o surgimento e o desenvolvimento das políticas sociais, trazendo em sua designação um sentido já definido aprioristicamente e conceitualmente de “bem-estar” social sem desmistificar qual é a natureza do Estado que a engendram. Ou seja, traz em si a representação que a regulação econômico-social estatal capitalista estabeleceu um Estado que é, inquestionavelmente, de bem-estar social. Essa caracterização não é desprovida de intencionalidade e, sob o manto do bem-estar, omite a verdadeira natureza das ações sociais do Estado capitalista. (BOSCHETTI, 2018, p. 76).

Com efeito, tem-se que o Estado Social consiste na institucionalização de uma forma jurídico-política de Estado protetor e provedor, mas que acaba por também servir ao Capital, consistindo no “máximo de reforma possível no mundo do capital, ou máxima combinação entre acumulação capitalista, democracia e igualdade de direitos, [...] na contramão do liberalismo mais exacerbado e sob a condução hegemônica da social-democracia”, eis que faz questão de viabilizar a preservação da obrigatoriedade de venda da força de trabalho posta às pessoas da classe proletária, que são as que tipicamente fruem, ainda que dificultosamente no mais das vezes, dos Direitos Sociais - providências do Estado Social. (BOSCHETTI, 2018, p. 45).

Posto isso, não há como afirmar que a defesa do Estado Social e dos Direitos Sociais são o caminho efetivo no sentido de rompimento com a lógica de exploração e acumulação, bem como do aumento da desigualdade social que é característica do Modo de Produção Capitalista. Em resposta ao problema posto pelo velho Marx, na passagem da sua Crítica ao Programa de Gotha já referida, a conclusão é de que a defesa do Estado Social é, em última análise, a defesa do Capitalismo, não consistindo em um passo de movimento real no sentido da sua superação. Por outro lado, tem-se também que talvez sejam apressadas as conclusões que refutam essas soluções de caráter social-democrata.

Afinal, todos esses aparatos jurídico-políticos não mantêm somente as condições de reprodução da classe trabalhadora para manutenção de sua exploração e do processo de realização do ciclo do capital etc. Paralelamente a isso, os Direitos Sociais constituem a garantia do mínimo para que, mesmo frente as dificuldades, haja a partir daí também uma forma de manutenção da classe trabalhadora para que consiga se erguer e enfrentar o sistema. O Estado Social não é a solução última, mas, diante das circunstâncias imediatas, é uma opção disponível, e útil também à transformação social no sentido de superação do Modo de Produção Capitalista.

OS DIREITOS SOCIAIS E A EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016

As Incumbências do Estado a partir Direito Econômico

Conforme desenvolvido, o Capitalismo é um Modo de Produção que, dados os seus pressupostos, tende a ser conflitante com a noção de emancipação socioeconômica e distribuição e acesso a recursos de forma verdadeiramente democrática. Nesse contexto, estabeleceu-se que os Direitos Sociais se relacionam com o Modo de Produção Capitalista de forma ambivalente, uma vez que, por um lado, conflitam com o sistema ante o direcionamento da atuação do Direito e do Estado às demandas sociais, notadamente as relacionadas à desigualdade social estabelecida pelo próprio Capitalismo, mas por outro lado, acabam funcionando como instrumentos apaziguadores dos conflitos sociais e garantidores da continuidade do ciclo do capital.

Considerando que a pretensão aqui é uma reflexão sobre Emenda Constitucional 95/2016 e seus impactos, e que o Novo Regime Fiscal está diretamente relacionado a questões fundamentalmente econômicas, é importante discorrer acerca da disposição do Estado frente ao mercado, segundo a missão que é atribuída ao Ente Público segundo a lógica do Capitalismo. Nesse ponto é importante estabelecer que com a mudança de perspectiva, eventualmente haverá também uma mudança de sentido em determinados termos, que não necessariamente se identifica com noções críticas, notadamente de ordem marxiana, dessas definições - por agora é imprescindível que a leitura se dê sob o 'lugar de fala' do capitalista.

A análise do capitalismo segundo uma abordagem baseada na própria formulação teórica desse sistema produtivo revela que o funcionamento regular do mercado possui problemas que lhe são intrínsecos, significa dizer, são consequências naturais do regular funcionamento do mercado, assim denominadas falhas de mercado, as quais podem ser divididas em cinco espécies. (NUSDEO, 2014). Dentre essas falhas, para a reflexão aqui proposta, aborda-se muito brevemente a falha da mobilidade e a falha de sinalização, por serem as que, a princípio, estão mais diretamente relacionadas as estruturas de Estado Social e Direitos Sociais e suas respectivas funções nas engrenagens do Capital.⁶⁴

⁶⁴ As outras três falhas do mercado são a chamada falha de transparência, a falha analítica e institucional e a falha de estrutura. Em síntese, a falha de transparência consiste numa insuficiência de informações acessíveis a todos os operadores do mercado sobre as características dos produtos negociados, tanto *players* quanto consumidores. (NUSDEO, 2014). Logo, está muito mais relacionada a situações de tomada de decisões mercantis pelos agentes econômicos do que com discussões afetas a Direitos Sociais propriamente ditos. A falha

A falha de mobilidade se define como aquela decorrente da rigidez dos fatores econômicos, isto é, pela inexistência de liquidez ou capacidade material suficiente para que o agente econômico tome decisões de efeito imediato, de forma a atuar/reagir mais prontamente quanto for possível as mudanças de paradigmas ou circunstâncias do mercado. Tal rigidez é uma decorrência natural mais visível no funcionamento de empreendimentos com maior imobilização de patrimônio e maior emprego de mão-de-obra, de forma que essa impossibilidade de se posicionar e reposicionar com maior agilidade contribui diretamente para a causação de crises econômicas nos setores envolvidos, eis que, por sua inércia, ficam sujeitos aos movimentos de alta e baixa e, conseqüentemente, aos prejuízos daí decorrentes. (NUSDEO, 2014).

A erradicação de cafeeiros e a sua substituição por outras culturas tem sido em grande número de casos estimulada ou facilitada pelos governos, mediante financiamento ou assistência técnica, como se deu no fim da década de 30 em São Paulo, quando houve um maciço suporte tecnológico por parte da Secretaria da Agricultura para a introdução da cultura do algodão em terras antigamente ocupadas com o café. Medidas outras foram adotadas como a compra pelo governo de excedentes, e, desde começos dos anos 20, a regularização dos embarques nos portos exportadores (Regulamento de Embarques), a instituição de preços mínimos e preços de registro, até que toda a atividade passou a ser regulamentada primeiramente pelo Departamento Nacional do Café e, a partir da década de 50, pelo Instituto Brasileiro do Café - IBC, depois extinto. O que se passou com o café deu-se de forma análoga com outros produtos agrícolas, como o cacau, o arroz, as madeiras. O quadro acima descrito pode ocorrer com qualquer outro produto, inclusive industrial, muito embora a indústria tenha melhores condições de controlar a sua produção. Porém, é preciso não esquecer que uma grande unidade fabril pode também levar dois, três ou mais anos para ser instalada, e a sua conversão para linhas diferentes de produção é também custosa, demorada e, às vezes, inviável. (NUSDEO, 2014, p. 144).

Já a falha de sinalização se consubstancia pela existência das chamadas externalidades, que por sua vez se definem enquanto fenômenos ou efeitos que decorrem de determinada atividade econômica, atingindo/refletindo em elementos que não compõe de forma imediata a relação econômica (em sentido restritivo) estabelecida. Assim um determinado negócio ou empreendimento respinga suas conseqüências em pessoas e bens que lhe são estranhos, e estranhos até mesmo ao próprio mercado, sendo que essas conseqüências podem ser positivas,

analítica e institucional diz respeito ao “custo burocrático” que acaba sendo suportado pelos operadores, as quais embora impliquem em ônus financeiro, têm importância para fins de conferir estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica nas relações, sobretudo nas de caráter negocial. (NUSDEO, 2014). Igualmente, não têm, ao que parece, uma relação imediata com discussões afetas realização de Direitos Sociais, porque não demandam uma atuação ou disponibilidade imediata do Poder Público para a sua correção. Finalmente, temos a falha da estrutura, que corresponde a natural tendência do mercado em constituir monopólios e/ou oligopólios, demandando alguma ingerência estatal sobre a concorrência ou mesmo em termos de fomento a determinados setores. Embora esta última falha demande atuação Estatal inclusive em termos de capital, este tem importância secundária, em detrimento de atuação administrativa de controle de concorrência, edição de leis de fomento e controle, não estando diretamente relacionada à problemática relativa aos impactos da EC n.º 95/16 nos Direitos Sociais.

definindo-se como externalidades positivas, ou negativas, definindo-se como externalidades negativas, cuja aferição, em qualquer dos casos, deve se dar do ponto de vista negocial/monetizado. (NUSDEO, 2014).

[...] ele decorre do fato de, numa atividade econômica, nem sempre, ou raramente, todos os custos e os respectivos benefícios recaírem sobre a unidade responsável pela sua condução, como seria pressuposto. Tal fato representa um sério entrave ao funcionamento do sistema, pois, se assim é, boa parte de todo o cálculo econômico realizado pelos centros decisórios descentralizados passa a ser viciado por não poder incorporar todas as informações relevantes, transmitidas via sistema de preços.⁶⁵ (NUSDEO, 2014, p. 155).

Com efeito, será oportuno lembrar o fundamento institucional básico do sistema descentralizado: a propriedade privada de todos os bens econômicos, quer de produção, quer de consumo, a qual engendra toda de trocas própria do mercado com a imputação dos respectivos preços. Como se vê, a propriedade, em última análise, embasa os preços. Ora, como já analisado, as externalidades correspondem a custos ou benefícios não compensados pecuniariamente, isto é, transferidos sem preço. Logo, aí está a causa última a se confundir com a própria natureza do fenômeno. A escassez impõe uma contenção no uso do bem escasso. Mas esta contenção somente é obtida pela imposição de um preço, o que, na ausência de propriedade, não se torna possível. E, assim, a comunidade serve-se de bens escassos como se livres fossem, exaurindo-os ou deteriorando-os em sua qualidade. Aí a raiz da disfunção do sistema. (NUSDEO, 2014, p. 160).

As externalidades positivas, justamente por constituírem alguma espécie de ganho ao meio em que se inserem, em geral não demandam atuação estatal, ao menos não no sentido de atenuação dos seus efeitos, justamente por implicarem positivamente de modo geral. Todavia, as externalidades negativas demandam a atividade estatal para que sejam atenuadas e compensadas as implicações dessa falha de mercado, o que se dá tanto na atividade de produção, interpretação e aplicação do direito, como na atuação ativa com a disposição de recursos e pessoal do Estado para a sua solução.

A redução de mão de obra determinada por diversas empresas, ao se automatizarem e se informatizarem, acarreta um **custo social** para a comunidade, representado pelo desconforto de um grande número de desempregados e possível elevação dos índices de criminalidade. A concentração de anúncios em determinadas vias, além da poluição visual, pode aumentar o risco de acidentes, pois, supostamente, estão lá para chamar atenção dos motoristas. A loja ou bar instalado numa zona residencial desfiguram-na, causando custos aos seus habitantes. O mesmo quanto a um edifício de dez ou vinte andares erigido em meio a um conjunto de casas, por aumentar o movimento da rua e reduzir a insolação da área. Os programas de televisão são vistos popularmente como algo oferecido gratuitamente aos espectadores. No entanto, é claro não haver um custo, não pecuniário, a eles imposto, pela perda de tempo e, em muitos casos, pelo

⁶⁵ Aqui se tem um exemplo interessante de diferença conceitual em relação a teoria de Marx, uma vez que, segundo o que nos explica o professor Fábio Nusdeo na obra citada, o preço constitui um sinal do nível de escassez de determinado produto ou bem. Ou seja, preço e escassez se definem como grandezas inversamente proporcionais. Assim, o preço funciona também como um indicador da disponibilidade desse produto ou bem, de forma que a sua utilização “gratuita” (isto é, sem preço) pode gerar inconsistências entre o que constitui conjectura e o que expressa o real quantitativo de escassez.

emburrecimento causados pela reiteração a curtos intervalos de propaganda comercial. (NUSDEO, 2014, p. 158, grifo nosso).

Constatadas essas falhas intrínsecas ao regular funcionamento do Modo de Produção Capitalista, o Estado é chamado a resolvê-las ou, quando não for possível, orientar sua atuação no sentido de amenizar os efeitos negativos de determinadas circunstâncias de mercado, renovando-se o interesse pelo próprio sistema econômico na participação direta do Ente Público. (NUSDEO, 2014). Em relação a cada uma dessas falhas o Estado foi requisitado a perpetrar medidas com fito de corrigi-las, havendo aí uma reversão da postura de rejeição da participação do Ente Público postulada pelo liberalismo clássico, “acoplando [gradualmente] ao processo decisório do mercado um aparelho controlador de caráter burocrático, destinado a impedir as consequências mais indesejáveis do seu funcionamento”. (NUSDEO, 2014, p. 170).

Curiosamente, Marx já denunciava esse caráter servil manifestado pelo Estado segundo a sua formação burguesa (se é que é possível haver outra), chamando-o de instituição gestora dos negócios da burguesia (MARX, 2011), o que denota até um certo consenso entre as abordagens críticas e as abordagens tradicionais da sociabilidade capitalista, ao menos em linhas gerais. Ao que tudo indica a divergência reside da legitimação ou não do exercício dessa função pelo Ente Público, bem como em qual sentido deva se dar essa participação, o que traz implicações a vários outros segmentos conexos, tais como a própria noção do Direito (enquanto derivado da atividade Estatal).

Começa-se, assim, a falar na *intervenção do Estado na economia*, no domínio econômico, e aceitá-la, desde que cercada das indispensáveis cautelas para limitá-la ao estritamente necessário, a fim de suprir as disfunções do sistema. No entanto, o debate em torno dessas imperfeições, aceso no período entre as duas guerras mundiais e mesmo depois, ao invés de inquirir definitivamente o mercado como base para a organização econômica e decretar sua falência, concluiu por mantê-lo, ao reconhecer os seus indiscutíveis méritos. Levou, porém, ao surgimento de outro centro decisório paralelo: o Estado. Este, até então visto como um mero interventor, passa a ter sua presença reclamada como um agente habitual. (NUSDEO, 2014, p. 170-171).

A primeira dessas duas motivações pode ser vista como de caráter negativo, por ter como finalidade reparar um mau funcionamento operacional. A segunda já se apresenta com uma motivação positiva, almejando implantar novos resultados, melhores ou mais desejáveis, do que seria de se esperar do desempenho *normal* do sistema, ainda quando corrigidas as suas inoperacionalidades maiores. Assim, a presença do poder público na economia deixa de ter apenas por justificação as falhas do mercado. [...] Decorre das preferências políticas quanto ao desempenho *tout court* do sistema, levando o Estado não apenas a complementá-la, mas a direcioná-la deliberadamente em função de fins específicos. (NUSDEO, 2014, p. 171).

Com as análises jurídicas baseadas numa leitura estritamente normativa, alheia a evidência do mundo concreto, há discursos que empregam como jargão que a Constituição de 1988 é “Cidadã”, mas concretamente prevalece um pragmatismo baseado em discussões

fundadas em premissas monetizadas, que, dentre outras ‘externalidades negativas’, culmina na relativização do que se teria de ‘externalidades positivas’ no Estado de Bem-estar Social. Não se pretende aqui menosprezar ou criticar a ciência econômica enquanto tal, visto que a abordagem pelo viés marxiano se estabelece, em certa medida, como um diálogo entre Direito e Economia, ante o fato de o Modo de Produção constituir também um modelo econômico que, enquanto tal, reflete nos demais segmentos da sociabilidade, inclusive no Direito. (LYRA FILHO, 1983). A questão da análise econômica do direito se torna problemática na medida em que não examina adequadamente os seus pressupostos e opções fundamentais em função da busca de um resultado visto como “ótimo” mas que está identificado muito mais com a resolução dos problemas do próprio capital do que com problemas sociais, ou seja, os “fins específicos” acabam sendo restringidos àqueles úteis e necessários ao mercado.

Não se trata aqui, portanto, de pôr em discussão a essencialidade dos direitos sociais para a sociedade. Não se trata igualmente de questionar a sua importância. Mas se trata sim de buscar a melhor maneira de fazê-lo, ou seja, de haver maior eficiência (no jargão econômico). Nota-se inclusive que eficiência não é apenas um valor para economistas ou para o mercado, mas obriga o próprio Estado. (art. 37 da Constituição Federal).

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o meio número de necessidades pessoais com o mesmo recurso. (TIMM, 2013, p. 52).

A partir dessa leitura do direito se promovem reflexões acerca de eventuais limitações dos direitos sociais a serem defendidas em detrimento de outras “limitações materiais” postas pela “realidade econômica”, a exemplo da questão orçamentária, que se identifica com a grande premissa econômica da noção de escassez. Com isso, sustenta-se “eficiência [econômica] e direitos fundamentais à melhor ponderação” (TIMM, 2013), com base na alegada escassez de recursos suportada pelo Estado que o compele a ponderar sobre quais direitos se pode atender e quais não, independente do “custo social” concretamente implicado.

A ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Sem tradução exata para o português, podemos dizer que a alocação de recursos escassos envolve, simultaneamente, a escolha *do que atender e do que não atender*. Preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis. Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico [...]. (AMARAL; MELO, 2013, p. 92).

Confrontando essa conjuntura com a problemática do Estado de Bem-estar Social e dos Direitos Sociais, é forçoso esperar que medidas como a erradicação da pobreza, combate às desigualdades, busca do pleno emprego, acesso democrático ao poder (ou mesmo um

rompimento com essa lógica) e a recursos mínimos de saúde e educação, sejam efetivamente perseguidas, dada a determinação dada ao Estado pelo Capital para que o seu fim institucional permaneça voltado para correção das falhas do mercado e defesa do seu regular funcionamento. Discussões e argumentos de cunho econômico (pró-capital) acabam se colocando como obstáculos “materiais” a plena efetivação dos Direitos Sociais, isto é, a realização do caráter emancipatório que possuem (a despeito da sua ambiguidade em relação ao capitalismo).

As noções de Estado de Bem-Estar Social e de Constituição Cidadã que, a princípio, possuem algum ideal distributivo e de justiça social sofrem mitigações e relativizações em razão de análises econômicas e financeiristas do Direito. De fato, o pragmatismo da interpretação normativa é também baseado em argumentos de razão econômica (HARVEY, 2018) que, também dotados desse pragmatismo, fazem prescrições deixando de enfrentar as questões estruturais que estão diretamente vinculadas aos institutos de Direitos Sociais: as desigualdades que são estruturais e estruturantes da sociabilidade (im)posta. (MASCARO, 2008).

Assim, por mais que haja o delineamento de um Estado que traga essas medidas como objetivos fundamentais da sua existência e atuação político-jurídica, bem como que invoque princípios que determinam a sua atuação no mesmo sentido e de igual modo devem orientar as produções, interpretações e aplicações de suas normas jurídicas, como é o caso do Brasil, é necessário que seja revisto o próprio papel institucional do Ente Público, seja com reformas estruturais, de caráter revolucionário ou não, seja com a efetiva libertação da mentalidade gestora da lógica desenvolvimentista, o que talvez só seja possível com a retirada do poder político e jurídico das mãos da burguesia. (MARX, 2017).

O Teto dos Gastos Públicos

A Emenda Constitucional 95/2016 ficou popularmente conhecida durante o processo legislativo como “PEC do Teto dos Gastos Públicos”, ou mesmo “PEC do Fim do Mundo”, tendo sido uma das primeiras reformas de cunho mais estrutural empreendidas pelo então recém iniciado governo de Michel Temer (MDB), ex-Vice-Presidente no governo da Presidenta Dilma Rousseff (PT), afastada do cargo por um golpe institucional articulado por vários segmentos da elite nacional. O golpe perpetrado encontrou ambiente favorável frente a crise econômica que eclodira naquele momento, sendo as causas dessa crise imputadas também, em parte, aos modelos de gestão dos governos anteriores. (ANANIAS; NOLASCO, 2018).

Insta registrar que a atual crise eclodiu em decorrência de uma série de fatores econômicos internos e externos, observando, inclusive, que as políticas públicas

econômicas e fiscais adotadas pelas gestões passadas, entre o final da década de noventa até meados de 2014, contribuíram para ocorrência de instabilidades econômicas.

Trata-se da concessão de incentivos fiscais visando ao aquecimento da economia interna e o aumento e redução indiscriminados da taxa de juros, com o fim, em tese, de atrair investidores para consequente ampliação das oportunidades no mercado de trabalho, bem como as políticas públicas de distribuição de renda, dentre outros programas sociais.

Em que pese tais medidas terem, por um lado, tornado possível a efetivação de uma gama de direitos fundamentais, importando, como reflexo, na concretização de objetivos fundamentais da República, especialmente aquele consignado no artigo 3º, inciso III, da CRFB/88, no que tange a redução da pobreza e das desigualdades sociais, é não só possível como provável que estas tenham desencadeado um processo de evolução reacionária, em outras palavras, o retrocesso social de uma nação. (ANANIAS; NOLASCO, 2018, p. 87-88).

Como se verificou, as justificações mais difundidas baseiam-se quase que completamente em argumentos econômicos, relegando, pois, às discussões jurídicas o mero papel coadjuvante no processo decisório de formatação da proposta, adstrito a questões técnicas, bem aos moldes da pretensa neutralidade da atividade e do pensamento jurídico, acompanhada do pragmatismo que lhe é peculiar, típicos do Direito burguês.

Na mensagem ao texto da antiga PEC 241, observa-se que a sua justificativa residia em um déficit público gerado supostamente pelo governo anterior, que teria gastado demais, gerando a necessidade de um ajuste fiscal, cuja opção foi tomada por meio do corte e limite dos gastos públicos como uma das medidas, ao lado das privatizações, para se atingir o chamado superávit primário. A atual EC 95/2016 é, por conseguinte, uma medida de ajuste fiscal que atende a lógica imposta pelo consenso neoliberal para as nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, que pode ser sintetizada no tripé “superávit primário, meta inflacionária e câmbio flutuante”, cujo resultado já se sabe: aprofundamento da desigualdade social e da recessão econômica e geração de lucros exclusivos e exorbitantes para muito poucos. (MARIANO, 2017, p. 267).

A Emenda Constitucional n.º 95/2016 incluiu os artigos 106 a 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, cuja vigência será de 20 (vinte) exercícios financeiros – tendo iniciado a partir do exercício de 2017 (primeiro exercício) e se encerrará no exercício de 2036 (vigésimo exercício), de acordo com o Art. 106 do ADCT. Na sequência o Art. 107 estabelece a abrangência do Novo Regime Fiscal como sendo os órgãos da União Federal, trazendo no seu §1º a fixação do teto orçamentário propriamente dito relativo as despesas primárias⁶⁶, o que corresponderá para o exercício de 2017 ao valor do orçamento de

⁶⁶ Despesas primárias corresponde ao montante da despesa pública apurado/orçado sem a inclusão dos valores afetos ao pagamento da dívida pública e seus juros. “Superávit primário nada mais é do que o dinheiro que o governo consegue economizar, ou seja, é aquilo que ele gasta (em despesas que não são financeiras) e menos do que arrecada, destinando ao saldo remanescente para pagar os juros ou amortizações da dívida pública”. (MARIANO, 2017, p. 267).

2016 reajustado em 7% e, nos exercícios seguintes, o mesmo orçamento reajustado, ano a ano, segundo o INPC⁶⁷ apurado relativamente ao exercício anterior.

Adiante e a redação do Art. 108 coloca a possibilidade de alteração do método de correção do inciso II do §1º do Art. 107 a partir do 10º (décimo) exercício de vigência do Novo Regime Fiscal, por proposta de iniciativa do Presidente da República, limitada a uma proposta por mandato, conforme o Parágrafo Único do Art. 108. Embora existente, essa possibilidade de afrouxamento dos limites orçamentários só estará disponível após dez anos do início da sua vigência, condicionada a propositura de Projeto de Lei Complementar pelo Executivo Federal (e a respectiva aprovação no Congresso Nacional), demandando a superação das dificuldades típicas de um processo legislativo, especialmente de uma Lei Complementar, a exemplo do quórum diferenciado de aprovação.

Assim, mesmo havendo vontade política de fazê-lo, com a mobilização do Executivo para propor o projeto e a mobilização do Legislativo para sua aprovação, a alteração em questão é limitada ao método de correção dos limites previstos pelo NRF (reajuste ano a ano segundo o INPC apurado no exercício anterior). Portanto, não há, de fato, a possibilidade de desfazimento do regime por tal via, restando apenas a possibilidade através de protocolo de PEC revocatória, o que requer ainda maior mobilização política dos Poderes Executivo e Legislativo federais, além de toda essa possibilidade coexistir com um possível agravamento das limitações instituídas pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

O lapso temporal do regime, os limites financeiros, e a dificuldade político-jurídica da sua superação/desfazimento são aspectos que trazem consequências que influem diretamente na questão da efetividade dos Direitos Sociais e na realização dos Objetivos Fundamentais da República. Esses elementos, ao lado de outros que também integram o Novo Regime Fiscal, se caracterizam como uma notória violação de Direitos Fundamentais, especialmente de Direitos Sociais, ante a manifesta e substancial redução, limitação e relativização (ANANIAS; NOLASCO, 2018) e a explícita subordinação do Estado brasileiro aos interesses do mercado (MARIANO, 2017) em detrimento da inviabilização material de efetivação dos Direitos Sociais.

Fica subsumida nos dispositivos da Emenda a razão econômica de que o orçamento dedicado para o ano de 2017 foi suficiente para atender as demandas relativas aos serviços de saúde e educação públicas daquele exercício, uma vez que, conforme o novel Art. 110, o NRF

⁶⁷ O Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) é um índice de correção monetária que tem por objetivo a correção do poder de compra dos salários, através da mensuração das variações de preços da cesta de consumo da população assalariada com mais baixo rendimento. (BRASIL, 2019).

prevê a sua manutenção com o reajuste anual pelo IPCA apurado no exercício anterior, nos moldes do inciso II do §1º do Art. 107. Desse modo, não é possível a ampliação ou qualquer adequação que gere aumento da despesa de tais serviços, cujo acesso se constitui como realização de Direitos Sociais que são centrais tanto a Justiça Social, como ao exercício de alguma verdadeira cidadania e, ainda, ao próprio cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República. (MARIANO, 2017).

As regras do novo regime não permitem, assim, o crescimento das despesas totais e reais do governo acima da inflação, nem mesmo se a economia estiver bem, o que diferencia o caso brasileiro de outras experiências estrangeiras que adotaram o teto de gastos públicos. Somente será possível aumentar os investimentos em uma área desde que sejam feitos cortes em outras. As novas regras desconsideram portanto, as taxas de crescimento econômico, como também as demográficas pelos próximos 20 (vinte anos), o que (e aqui já antecipando a nossa crítica a respeito), poderá levar ao sucateamento das políticas sociais, especialmente nas áreas da saúde e educação, pondo em risco por completo a qualidade de vida da população brasileira. (MARIANO, 2017, p. 261).

É um dado de realidade que tais serviços públicos não eram de acesso pleno e universal naquele ano, cuja constatação não se atém a mera aferição da sua prestação mais ou menos “satisfatória”. Não havia pleno acesso a saúde pública por todos e todas, não havia vagas públicas, gratuitas e universais em creches, escolas e universidades, situações que bastam para constatar que esses direitos “de todos e dever do Estado”, como determinam os artigos 6º, 196 e 205 da Constituição da República, não estavam sendo cumpridos. Tampouco foram nos anos que se seguiram, tendo em vista que houve a restrição de um elemento essencial a efetivação dos Direitos Sociais (especialmente no bojo do Modo de Produção Capitalista), qual seja, a disponibilidade orçamentária.

[...] é preciso que se diga que se a sociedade brasileira deseja o Estado de Bem Estar Social projetado pela Constituição de 1988, isso requer investimento público. Não se alcança pela lógica do senso comum de se fazer muito com pouco ou de substituir o investimento público pelo investimento privado, como defendem as teorias econômicas clássicas. Isso não ocorre nem nos países paradigmáticos das economias de livre mercado, que gastam até mais do que o Brasil. Conforme projeção de alguns economistas de escol, como François Bourguignon, ex-Vice-presidente do Banco Mundial, o teto dos gastos públicos brasileiros, em médio prazo, deve reduzir as despesas do Estado em torno de 13% do Produto Interno Bruto (PIB), o que é nível, segundo ele, de países africanos. Países desenvolvidos gastam em torno de 3 (três) vezes mais para assegurar serviços públicos de qualidade, inclusive as economias de livre mercado. Nos países europeus, onde impera o Estado de Bem Estar Social, a média gira em torno de 49,9% do PIB. A França gasta 57%, a Alemanha 44,1% e a Finlândia, líder no ranking, 58,1%, e é um dos maiores destaques em educação pública de qualidade. No Estados Unidos, gasta-se 38,8%. Ou seja, até mesmo em uma economia onde o Estado tem um peso menor do que na Europa, há um modelo de compromisso mínimo com a população, nem que seja limitado por lá à educação, à defesa e outros serviços essenciais. (MARIANO, 2017, p. 268).

Dessa forma, o que se verifica em relação a Emenda Constitucional 95/2016 é um claro movimento de retrocesso em termos de efetivação de Direitos Sociais, com vistas a satisfazer interesses inerentes ao Capitalismo. Em termos de determinação do Estado, o que se vê é um encolhimento da atuação do Ente Público para cumprimento do papel social precipuamente atribuído pela Constituição de 1988, em detrimento da sua colocação em disponibilidade jurídica, política e financeira (essa última principalmente) para solucionar problemas de mercado, assegurando, assim, a manutenção do ciclo do capital.

[...] Quando ela proibiu “aos outros” essas liberdades ou lhes permitiu gozá-las sob condições que implicavam outras tantas armadilhas policiais, isso sempre ocorreu apenas no interesse da “*segurança pública*”, isto é, da segurança da burguesia, como prescreve a Constituição. Em consequência, ambos os lados se reportam, posteriormente e com toda a razão, à Constituição, tanto os amigos da ordem que suprimiram todas aquelas liberdades quanto os democratas que exigiram o seu cumprimento. Isso se deve ao fato de que cada parágrafo da Constituição contém a sua própria antítese, a sua câmara superior e a sua câmara inferior, a saber, na sentença universal, a liberdade e, na nora marginal, a revogação da liberdade. Portanto, enquanto a *denominação* da liberdade foi respeitada e somente a execução efetiva desta foi impedida – pela via legal, bem entendido – a existência constitucional da liberdade permaneceu incólume, intocada, por mais que a sua existência *ordinária* tenha sido suprimida. (MARX, 2011 p. 42-43).

A fim de perseguir o superavit primário das despesas públicas, garantindo, portanto, o adimplemento da dívida pública (que tem como principais credores agentes do mercado financeiro), promoveu-se um verdadeiro esvaziamento das normas de Direitos Sociais e da própria noção precípua de Estado de Bem-estar Social, os quais tiveram aí decretada a sua inviabilização. Assim, é possível até falar numa verdadeira ressignificação do papel do Estado outrora delineado pela Constituição de 1988, uma vez que, ao menos do ponto de vista concreto, demonstra não ser mais um Estado de Bem-estar Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Regime Fiscal implicou na inviabilização material dos Direitos Sociais, que se agravará ano após ano no País, tudo isso em função de recompor/garantir a solvência da União em relação a dívida pública e seus juros, bem como em relação a sua disponibilidade para atuação em frentes que acabam por importar apenas ao Capital. Os argumentos econômicos, em geral alinhados ao modelo capitalista e associados a um pragmatismo que nele também está baseado, tendem a prevalecer sobre qualquer argumento ou ponderação jurídica, relativizando a obrigatoriedade e força normativa de institutos jurídicos que dão forma ao Estado de Bem-estar Social

A dinâmica de construção, interpretação e aplicação do direito é falha na proteção jurídica e concretização de direitos, pois a legalidade hoje constituída não é emancipada do Modo de Produção Capitalista, de forma que os movimentos mais democratizadores em termos de distribuição de recursos e poder conseguiram, no máximo, mitigar tanto quanto possível a influência do Capitalismo na sua formatação, a exemplo da construção do Estado de Bem-estar Social, ainda que se constitua como fenômeno ambivalente. Tais elementos demonstram a formatação e interpretação aburguesadas do Direito e do Estado (mesmo o Estado de Bem-estar Social) implicam na impossibilidade de que sejam assentados valores e direitos de forma a libertá-los da sua sujeição a interesses de mercado.

Com isso, o que se verifica com a Emenda Constitucional n.º 95/2016, notadamente a partir dos seus impactos radicalmente negativos na efetividade dos Direitos Sociais, é que mais uma vez o Estado e o Direito foram chamados a resolver as falhas do mercado. E, ao que parece, mais uma vez exerceram a sua função a contento, a despeito de qualquer custo social que isso venha a acarretar. A técnica jurídica, fundada em argumentos econômicos invocados a partir do capitalismo, garantiu a promulgação de uma norma que mas esvaziou o sentido do Estado de Bem-estar Social precipuamente instaurado no Brasil.

O direito, entendido como a expressão de um fenômeno social, é, pois, influenciado pela sociabilidade que o instituiu, a qual se relaciona diretamente com o Modo de Produção hegemônico, hoje, o capitalismo. Mas isso não significa dizer que o Direito é a imagem e semelhança do Capital, ou mesmo que o Direito serve e expressa todas as vezes os interesses voltados realização capitalista. A existência de movimentos que reivindicam sua emancipação é também influenciadora da formação do Direito, até porque esses movimentos são também integrantes da sociabilidade, embora relativamente a Emenda Constitucional n.º 95/2016 os que a ela se opunham foram voto vencido.

Quanto aos Direitos Sociais, apesar da sua relação ambivalente com o Capitalismo, a preocupação em perfectibilizar a sua equivalente revogação com a Emenda Constitucional n.º 95/2016 revela que existe aí um potencial “entrave” ao ideal capitalista. Sendo ou não necessários ou suficientes (ou ambos, ou nenhum) para a realização de um ideal de justiça e igualdade social para além dos limites colocados pelo Modo de Produção Capitalista, a defesa e persecução da realização dos Direitos Sociais é, sem dúvida, a opção imediatamente disponível que tende a se aproximar do momento de ruptura com esse sistema produtivo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, G.; MELO, D. Há direitos acima dos orçamentos? *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. p. 79-99. 2. ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ANANIAS, R. A. R.; NOLASCO, L. G. **Análise da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, sob a perspectiva de violação de direitos fundamentais**. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ*, Dourados/MS, v. 6, n. 1, p. 86-112, mar./jun, 2018.

BATISTA, F. R. **Crítica da Tecnologia dos Diretos Sociais**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

BEHRING, E. R. Estado no Capitalismo: notas para uma leitura crítica do Brasil recente. *In*: BOSCHETTI, I.; BEHRING, E.; LIMA, R. L.. (Org.). **Marxismo, política social e direitos**. p. 39-72. São Paulo: Cortez, 2018.

BOSCHETTI, I. **Crítica Marxista do Estado Social e dos Direitos no Capitalismo Contemporâneo**. *In*: BOSCHETTI, I.; BEHRING, E.; LIMA, R. L. (Org.). **Marxismo, política social e direitos**, p. 73-88. São Paulo: Cortez, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?t=o-que-e>. Acesso em: 03 out. 2019.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

HARVEY, D. **A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI**. São Paulo: Boitempo, 2018.

LYRA FILHO, R. **Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983

MARIANO, C. M. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *In*: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr.2017.

MARX, K **Crítica do Programa de Gotha**. São Paulo: Boitempo, 2012.

MARX, K. **O 18 Brumário de Luis Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, K. ENGELS, F. **A Sagrada Família**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto Comunista**. São Paulo: Boitempo, 2017.

MASCARO, A. L. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUSDEO, F. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TIMM, L. B. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. p. 51-62. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.