

**RETROCESSOS DA POSITIVAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE: A
INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA
PRETENDIDA PELA PEC 32/2020**

SOME CONTROVERSIAL ASPECTS OF
THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY:
THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE
CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROPOSAL
32/2020

*Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Atua como Procuradora do Município de Sorocaba. Professora de Direito Administrativo da Universidade de Sorocaba - UNISO. E-mail: erika_capella@hotmail.com

Érika Capella Fernandes*
Irene Patrícia Nohara**

** Livre-Docente em Direito Administrativo (2012, USP), Doutora (2006) e Mestre (2002) em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, por onde se graduou (1999) pela área de direito público. Professora-Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). E-mail: irene.nohara@uol.com.br

Como citar: FERNANDES, Érika Capella; NOHARA, Irene Patrícia. Retrocessos da positivação do princípio da subsidiariedade: a inconstitucionalidade da reforma pretendida pela pec 32/2020. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 219-235, dez. 2023. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.219-235. ISSN: 1980-511X

Resumo: O presente trabalho analisa a tentativa de positivação do princípio da subsidiariedade no artigo 37 da Constituição Federal, tal como pretendido pela PEC 32/2020, sendo conhecida como a proposta de Reforma Administrativa. O artigo examina o significado deste princípio, bem como suas implicações concretas em relação ao papel constitucional do Estado brasileiro. Além disso, perquire quais são os argumentos que embasam o discurso ideológico favorável à adoção da subsidiariedade. Após, utiliza como referencial teórico a obra de Mariana Mazzucato, para desconstruir a imagem falsa do Estado inábil e demonstrar a importância de um Estado ativo e empreendedor para o desenvolvimento do País. Finalmente, serão analisados os limites de reforma constitucional, concluindo-se pela possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de reformas que pretendam descaracterizar o papel protagonista do Estado, tendo em vista a preservação e o respeito ao programa constitucional originário.

Palavras-chave: princípio da subsidiariedade; PEC 32/2020; estado social; limites à reforma constitucional.

Abstract: The following research analyzes the inclusion of the principle of subsidiarity in the article 37 of the Constitution

of the Federative Republic of Brazil, as it is intended by the PEC 32/2020. The article examines this principle's meaning, as well as its consequences related to the constitutional role of the Brazilian State. Besides that, it asserts which are the backgrounds that frames the ideological discourse inclined to the subsidiarity enactment. Later on, Mariana Mazzucato's work is used as a theoretical framework to deconstruct the false image of tactless State and to demonstrate the importance of an entrepreneurial and active State in order to develop the country. Finally, the constitutional reform limits will be analyzed, which will lead to the conclusion of the possibility to plead the unconstitutionality of the reforms that pretend to mischaracterize the leading role of the State, taking into consideration the respect to the constitutional program.

Keywords: principle of subsidiarity; PEC 32/2020; welfare state; limits to the constitutional reform.

INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda Constitucional 32/2020 (Brasil, 2020), conhecida como “PEC da Reforma Administrativa”, foi encaminhada ao Congresso Nacional em setembro de 2020. No entanto, devido às conturbações políticas, ela não foi pautada para maiores debates em 2020, ano de intensificação da pandemia e também de alteração na composição da liderança das Casas Legislativas. Dentre as mudanças propostas, inclui-se a ampliação do rol de princípios da Administração Pública. Uma das principais alterações consiste na tentativa de positivação do chamado “princípio da subsidiariedade”.

O presente artigo objetiva analisar em que consiste este princípio e quais as suas implicações em havendo a sua positivação no rol de princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição (Brasil, 1988).

Será visto que parcela da doutrina entende que o princípio da subsidiariedade já estaria previsto no artigo 173 da Constituição (Brasil, 1988), ao estabelecer que a exploração direta de atividade econômica no Brasil cabe aos particulares, atuando o Estado subsidiariamente apenas quando justificado por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Por outro lado, há fortes argumentos no sentido de que a Constituição de 1988 não incorporou o princípio da subsidiariedade, ao contrário das suas predecessoras Cartas Constitucionais, que o fizeram expressamente, como a Carta de 1937 e as Cartas outorgadas pela Ditadura Militar.

Em que pese a controvérsia existente acerca do princípio estar ou não positivado no artigo 173 da Constituição Federal, a proposta de emenda constitucional vai além de estipular uma suposta atuação subsidiária do Estado na ordem econômica, quando da atuação na atividade econômica em sentido estrito, para instituir uma verdadeira “Administração Pública Subsidiária”.

O presente trabalho pretende lançar luzes sobre os efeitos da inserção da subsidiariedade enquanto um princípio constitucional expresso no rol do artigo 37 da Constituição Federal. Passa-se, então, à análise do discurso ideológico favorável à positivação do “princípio da subsidiariedade”, o qual é construído com base na imagem de um Estado caro, ruim e ineficiente. Na própria exposição de motivos da PEC 32/2020 é feita menção a um “Estado que custa muito, mas entrega pouco” (Brasil, 2020). A fim de desconstruir esta imagem, será abordada, como referencial teórico, a obra de Mariana Mazzucato, que desconstrói o mito de que o setor privado seria uma força inovadora e o Estado seria uma força paralisante da economia.

Por fim, o trabalho analisa os limites ao poder de reforma constitucional, para avaliar a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de reformas que pretendam descaracterizar o papel do Estado tal como previsto no programa constitucional originário – como é precisamente o caso da PEC 32/2020. Espera-se alcançar uma visão embasada no projeto constitucional para o Estado, como contribuição para a reflexão crítica sobre a proposta de sua desconstrução, por meio da positivação do mencionado princípio no coração do artigo constitucional concernente à Administração Pública.

1 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 32/2020 E A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A PEC 32/2020 sugere uma nova redação ao artigo 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública, eficiência e **subsidiariedade** e, também, ao seguinte [...] (Brasil, 2020).

Na exposição de motivos da proposta, constam a seguinte justificativas para a alteração do rol de princípios constitucionais expressos:

A modernização da concepção do Estado também está exemplificada por meio do aprimoramento dos princípios que regem a Administração Pública, com a inclusão no texto constitucional dos princípios da imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, subsidiariedade e boa governança pública ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que constam no caput do art. 37 da Carta Magna. [...]

O princípio da subsidiariedade está associado com a valorização do indivíduo e das instâncias mais próximas a ele, prestigiando sua autonomia e sua liberdade. Tal princípio, historicamente consolidado, visa a garantir que as questões sociais sejam sempre resolvidas de maneira mais próxima ao indivíduo-comunidade, e só subsidiariamente pelos entes de maior abrangência, ressaltando, no âmbito da Administração Pública, o caráter do federalismo (Brasil, 2020).

As justificativas apresentadas não parecem ser suficientes para esclarecer todo o significado e as implicações da inserção da subsidiariedade no texto constitucional. É preciso avaliar, portanto, o que não foi dito, mas está subentendido.

Faz-se mister proceder a uma análise atenta da matéria, diante das transformações profundas que esse princípio poderá trazer consigo, na própria concepção do papel do Estado. Assim, é importante neste momento (i) refletir acerca do significado do princípio da subsidiariedade e analisar se corresponde a uma novidade ou se configura mera repetição do artigo 173 da Constituição Federal; (ii) investigar quais são as implicações da inserção da subsidiariedade enquanto um novo princípio expresso no rol do artigo 37 da Constituição.

1.1 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E CONTROVÉRSIAS SOBRE O ARTIGO 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Segundo expõe Gilberto Bercovici (2015), “o princípio da subsidiariedade tem grande

convergência com as propostas liberais e neoliberais, para quem o Estado, para ser legítimo, deve ser subsidiário”.

O princípio da subsidiariedade propaga a primazia da atividade da iniciativa privada em relação à iniciativa estatal, a partir da ideia de que o Estado deve se abster de realizar atividades que os particulares teriam condições de exercer pela iniciativa e com recursos próprios (Nohara, 2016, p. 190). Nessa lógica, caberia ao Estado tão somente deixar que a sociedade civil e o mercado resolvessem seus próprios problemas; somente no caso excepcionalíssimo de a sociedade ou o mercado não conseguirem resolver os seus problemas é que o Estado deve atuar (Gabardo, 2009, p. 6).

Por conseguinte, o princípio da subsidiariedade coloca o Estado em um papel secundário, como mero auxiliar da iniciativa privada, a quem competirá o principal papel na busca pelo desenvolvimento e pela produção de riquezas. Em suma, o princípio da subsidiariedade representa a preponderância do setor privado, de modo que a atuação do Estado passa a ser a exceção e não a regra. O setor privado se torna o protagonista e o Estado é relegado ao papel de mero coadjuvante.

O princípio da subsidiariedade estava previsto expressamente na Carta de 1937, bem como nas cartas outorgadas pela ditadura militar. Durante o regime militar brasileiro, o Estado só poderia explorar diretamente a atividade econômica em caráter subsidiário à iniciativa privada (Bercovici, 2015).

Segundo uma interpretação neoliberal, o princípio da subsidiariedade estaria previsto no artigo 173 da Constituição de 1988, na medida em que impede a exploração direta de atividade econômica pelas empresas estatais, salvo nas hipóteses excepcionais de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (Brasil, 1988). Esta concepção busca limitar o papel do Estado na economia, vinculando a intervenção estatal à ideia de subsidiariedade:

Para certa interpretação neoliberal da Constituição de 1988, o papel do Estado na economia estaria limitado negativamente pela livre iniciativa, princípio constitucional que vincularia “automaticamente” a intervenção estatal à subsidiariedade. O setor privado teria o principal papel na busca do desenvolvimento e da produção de riquezas. O Estado auxiliaria e supriria a iniciativa privada em suas deficiências e carências, só a substituindo excepcionalmente. A atividade econômica do Estado seria a exceção, ela não se autojustificaria, consagrando-se o princípio da subsidiariedade, que estaria previsto no artigo 173 da Constituição de 1988 (Bercovici, 2015).

Todavia, autores como Emerson Gabardo (2009, p. 232) e Gilberto Bercovici (2015) demonstram que a Constituição Federal não previu a atuação subsidiária do Estado na ordem econômica. Pelo contrário, o Constituinte de 1988 rejeitou de maneira proposital a adoção da subsidiariedade, realizando a opção política de não repetir o dispositivo presente na Carta anterior.

A previsão de que a intervenção estatal na economia deve ocorrer mediante uma justificativa atrelada à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo não implica na adoção

da subsidiariedade. A esse respeito, cumpre notar:

Na realidade, a Constituição de 1988 não incorporou, explícita ou implicitamente, o chamado princípio da subsidiariedade. O texto constitucional abriga, inclusive, inúmeros princípios ideologicamente contrapostos ao credo liberal. Por mais que alguns autores desejem, a ordem econômica constitucional brasileira não é liberal, tendo incorporado elementos liberais, sociais, intervencionistas, nacionalistas, desenvolvimentistas e cooperativistas, entre outros. A ideologia e o juízo político contrários ao intervencionismo ou ao Estado não podem ser transformados em uma imposição constitucional simplesmente pela vontade de seus defensores. O Estado não só pode como deve atuar na esfera econômica e social, legitimado por toda uma série de dispositivos constitucionais (Bercovici, 2015).

As mesmas reflexões são trazidas na análise de Emerson Gabardo, para quem a ordem econômica encontrada na Constituição de 1988 não consagrou a subsidiariedade como princípio, apesar de alguns autores identificarem, implicitamente, a sua previsão constitucional:

Fazendo um aparte à questão conceitual, que certamente poderia recair em vários outros desdobramentos, o importante para fins de identificação dos limites interventivos do Estado é saber se as exceções constitucionais do artigo 173 têm como fundamento a subsidiariedade. Concorde-se com José Afonso da Silva quando afirma peremptoriamente que não [...]. Como os pré-requisitos estabelecidos foram o de relevante interesse coletivo e segurança nacional, então o critério adotado foi político. E em assim sendo, a decisão a respeito da intervenção é estabelecida livremente, dentro da discricionariedade decorrente do princípio democrático da representação popular. Parece claro que se os representantes eleitos para deliberarem sobre o preenchimento dos requisitos do artigo 173 assim o fizerem apenas entendendo que tal ou qual atividade econômica é conveniente ou oportuna ao atendimento do interesse público, legitimada está a decisão (desde que não contrarie algum outro comando constitucional, por óbvio). O “relevante interesse coletivo” fruto da deliberação pode ter decorrido de uma consideração de insuficiência da atividade privada em determinada situação concreta, porém este não é, em hipótese alguma, um pré-requisito obrigatório a fundamentar a escolha pública realizada. No caso de segurança nacional, muito mais radicalmente ainda incidirá esta conclusão (Gabardo, 2009, p. 214).

Com efeito, não havendo na Constituição nenhum dispositivo para estabelecer que o Estado só pode atuar na esfera econômica em caso de desinteresse da iniciativa privada, não há como sustentar que o princípio da subsidiariedade se compatibiliza com a ordem constitucional vigente, apesar de haver também abalizadas doutrinas que dão interpretação diversa, a exemplo de Floriano Marques Neto (2003), José Vicente Mendonça e Cláudio Souza Neto (2007).

Há, porém, uma questão fundamental, para a qual não está sendo dada suficiente atenção nos debates que cercam a PEC da Reforma Administrativa. Para os defensores da ideia de que o princípio da subsidiariedade já está positivado no artigo 173 da Constituição, tal argumento implica em uma “atuação subsidiária do Estado na esfera econômica”. Entretanto, e este talvez

seja o ponto fulcral de toda a reforma: a PEC 32/2020 vai muito além, a fim de estabelecer uma verdadeira “Administração Pública Subsidiária” (Brasil, 2020).

1.2 IMPLICAÇÕES DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A pretensa tentativa de positivação do princípio da subsidiariedade no *caput* do artigo 37 da Constituição não corresponde somente à ideia de estipular a preponderância do setor privado na ordem econômica (Brasil, 1988). Pretende-se instituir uma minimização do aparato estatal, ou seja, uma diminuição do Estado em si. Propugna-se pela adoção de um Estado mínimo, débil e esvaziado de suas funções, o qual deixa de ter um papel ativo em tarefas de transformação social, enquanto a iniciativa privada passa a ser protagonista na prestação dos serviços públicos – inclusive dos serviços essenciais.

Destarte, a subsidiariedade, tal como consta na PEC 32/2020, não vem estabelecer uma primazia da iniciativa privada na ordem econômica, mas sim instituir uma Administração Pública que só atua quando não for suficiente a atuação do setor privado, não somente na atividade econômica mas até mesmo na prestação de serviços públicos essenciais, como saúde, educação e segurança. Trata-se da “Administração Pública dos Cupons (*vouchers*)” (Bercovici, 2020).

Segundo expõem Caroline Müller Bitencourt e Emerson Gabardo (2021, p. 32), de tempos em tempos, a subsidiariedade aparece como solução instantânea para os problemas da sociedade, “diante de um cenário de crise política, econômica e social em que vive o Brasil atualmente, eis que reaparecem os defensores da subsidiariedade”.

O artigo 37 da Constituição Federal elenca os princípios basilares à Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo este último sido positivado pela Emenda Constitucional nº 19/1998 (Brasil, 1998). Estes princípios representam a base norteadora, que confere unidade e coerência ao direito administrativo. Portanto, a inclusão de novos princípios neste rol impacta diretamente nas bases em que está constituída a Administração Pública Brasileira.

A inclusão do princípio da subsidiariedade no rol do artigo 37 traz consigo a ideia de instituição de uma verdadeira “Administração Pública Subsidiária”. O que se busca é afastar o protagonismo do Estado de bem-estar social, o qual passa a atuar apenas de forma residual. A atuação do Estado apenas se dará quando o setor privado não tiver interesse ou suficiência.

A inclusão do princípio da subsidiariedade representa a imposição de uma pauta minimalista ao Estado. A gestão das demandas sociais se daria preferencialmente pelo setor privado, em um programa de cupons (*vouchers*), tal como preconizado pelo economista Milton Friedman. Em vez de gastar com caras instalações e servidores públicos para oferecimento dos serviços essenciais à população, o Estado cria um programa de cupons para que os interessados recebam a prestação desejada por meio do setor privado. Em outras palavras, a Administração Pública fica reduzida à gestão de cupons para os necessitados (Bercovici, 2020).

Ocorre que esta proposta é inteiramente incompatível com a Constituição de 1988. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 fez a opção política pelo modelo de um “Estado Social e Democrático de Direito”. A PEC 32/2020 almeja incluir o princípio da subsidiariedade no rol do artigo 37 da Constituição Federal a fim de instituir um Estado mínimo e esvaziado de suas funções. Em oposição ao texto original da Constituição, que optou por um Estado Social com protagonismo na garantia dos serviços públicos, a proposta de emenda constitucional abraça o modelo de um Estado mínimo.

Contudo, um Estado minimalista será incapaz de garantir a devida proteção dos seus cidadãos e lidar com o aumento das desigualdades sociais, exclusão social, precarização das condições de trabalho, proteção do direito das minorias, proteção do meio ambiente etc. A subsidiariedade não contribuirá, em absoluto, no enfrentamento dos graves problemas sociais, políticos e econômicos do país.

Com efeito, o esvaziamento do papel do Estado não irá conduzir rumo a um projeto de realização da democracia material. A presença do Estado é indispensável para cumprir os compromissos constitucionais assumidos em 1988, sobretudo para assegurar a concretização da justiça social e desenvolvimento nacional. É preciso perceber que a orientação favorável à adoção do princípio da subsidiariedade é acompanhada do discurso ideológico de um Estado caro, moroso, ruim e ineficiente.

A produção deste discurso é erigida sob uma imagem de subestimação do setor público, em que o Estado é visto como um verdadeiro estorvo. Todavia, esse discurso de desmoralização do Estado corresponde a uma narrativa falaciosa que merece – de modo premente – ser desconstruída.

2 DESCONSTRUINDO A NARRATIVA POR TRÁS DA PEC 32/2020: O PAPEL ATIVO E EMPREENDEDOR DO ESTADO

Em sua obra “O Estado Empreendedor”, a pesquisadora Mariana Mazzucato colocou em xeque a ideia de que o Estado é desajeitado, burocrático e inábil. O livro é resultado de um relatório apresentado para a DEMOS, instituto de pesquisa do Reino Unido, a respeito do “Estado Empreendedor”. Em síntese, a autora procurou desfazer a imagem falsa de que o setor privado é uma força inovadora, enquanto o Estado é uma força paralisante.

Mazzucato pretendeu desconstruir a imagem vendida pela mídia “de um setor empresarial que ruga e um setor estatal burocrático que ronrona” (Mazzucato, 2014, p. 30). Assim, pretendeu resgatar a importância do papel ativo e arrojado do Estado. O argumento central na obra de Mariana Mazzucato demonstra que o Estado pode ser um agente ativo, empreendedor, que assume investimentos de risco em áreas onde o setor privado se mostra avesso a arriscar.

Segundo a pesquisadora, o Estado tem um papel inovador e dinâmico que precisa ser reconhecido, uma vez que ele está na origem de investimentos empreendedores corajosos, na medida em que assume riscos que as empresas não estão dispostas a assumir, seja pelo alto nível de

incerteza da inovação, seja porque o setor privado está focado apenas no curto prazo.

A autora enfatiza o fato de que este papel visionário e corajoso do Estado tem sido ignorado, enquanto o discurso da mídia mostra “a dicotomia entre um setor privado dinâmico, inovador, competitivo e revolucionário e um setor público preguiçoso, burocrático, inerte e intrometido” (Mazzucato, 2014, p. 42). Percebe-se que muitas tecnologias radicais nos mais diferentes setores tiveram origem a partir do financiamento estatal. O investimento governamental de grande escala e longo prazo foi o motor por trás de muitas tecnologias, tais como a internet, nanotecnologia, *iphone*, energia nuclear (Mazzucato, 2014, p. 36).

O Estado figura na maior parte das vezes como grande e primeiro investidor. Há, portanto, esforço coletivo na fase inicial dos projetos, mas com bônus voltados em sua maior parte para o setor privado, ou seja, neste processo o Estado não é um intruso ou um mero facilitador, mas ele é, em realidade, um parceiro muito mais ousado e disposto a assumir risco do que o setor privado, sendo que enquanto há, em grande parte das parcerias, uma “socialização” dos riscos da inovação, muitos dos “benefícios” são, no final das contas, privatizados, sem que seja estabelecida uma política de funcionalização do ecossistema de inovação.

Mazzucato desmascara o mito de que grandes inovações provêm apenas de um mercado que se “auto-inova” de forma dinâmica, como se os grandes saltos revolucionários tecnológicos tivessem origem em *start-ups*, gênios de fundos de quintal e de uma injeção de capital de risco proveniente da iniciativa privada, sendo que, em realidade:

[...] a maioria das inovações radicais, revolucionárias, que alimentaram a dinâmica do capitalismo – das ferrovias à internet, até a nanotecnologia e farmacêutica modernas – aponta para o Estado na origem dos investimentos ‘empreendedores’ mais corajosos, incipientes e de capital intensivo (Mazzucato, 2014, p. 26).

Evidente que a ousada abordagem de Mazzucato sofreu críticas, a exemplo daquelas dos artigos publicados na *Revista Austríaca de Economia*, como o artigo de Karlson, Sandström e Wennberg (2021, p. 81-95), o escrito de Lucia Pradella (2016, p. 61-69), da revista *Competition & Change*, e também a abordagem de Alberto Mingardi (2015, p. 603), em publicação do *think tank* liberal americano com sede em Washington, D.C, Instituto Cato.

Trata-se de concepção que suscita reações sobretudo daqueles que são contrários à maior intervenção estatal. Contudo, o mito ou inverdade é bastante injusto (Nohara; Ponçoni, 2020, p. 172), à medida que é exatamente o contrário do que é propagado o que ocorre, ou seja, em vez de o Estado ser esse parasita disfuncional, isto é, um estorvo burocrático e lento que em nada contribuiria para inovação, sendo um obstáculo à dinamicidade do mercado, na realidade, o que ocorre é exatamente o contrário: os grandes saltos e revoluções de inovação vieram de pesquisas fomentadas a longo prazo pelo Estado, sendo ele o único que efetivamente tem cacife de investir e de bancar os riscos grandes que derivam da escolha pela inovação.

Infelizmente esse tipo de raciocínio distorcido, que parte de um pressuposto equivocados,

supondo que o Estado, na inovação, mais atrapalha do que ajuda, legitima a retirada arbitrária do Estado, principalmente alavancada por argumentos de ajuste fiscal ortodoxo, provocando então o seu sucateamento, a venda da infraestrutura estatal, a tentativa de mudança do regime das carreiras públicas, como se esse movimento fosse gerar mais dinamicidade e inovação à economia.

Neste cenário, mostra-se premente resgatar a reflexão acerca do papel visionário e inovador do Estado na economia, sobretudo ao notar que em muitas regiões do mundo tem havido uma retirada massiva do Estado:

Vivemos em uma era em que o Estado está sendo podado. Os serviços públicos estão sendo terceirizados, os orçamentos estatais cortados e o medo, em vez da coragem, está determinando muitas estratégias nacionais. Boa parte dessa mudança está sendo feita em nome de mercados mais competitivos, mais dinâmicos. Este livro é um convite aberto para mudarmos a forma como falamos do Estado, de seu papel na economia, e as imagens e ideias que usamos para descrever esse papel. Só então poderemos começar a construir o tipo de sociedade em que queremos viver e queremos que nossos filhos vivam – de uma forma que afaste os falsos mitos a respeito do Estado e reconheça como ele pode, quando imbuído de uma missão e organizado de forma dinâmica, resolver problemas tão complexos quanto o de colocar o homem na Lua e da mudança do clima. E precisamos de coragem para insistir – através de uma visão mas também de instrumentos políticos específicos – para que o crescimento resultante dos investimentos subjacentes seja não apenas “inteligente” mas também “inclusivo” (Mazzucato, 2014, p. 263).

A grave situação causada no cenário mundial pela pandemia decorrente do Covid-19 reforça os argumentos em prol da importância da atuação do Estado. Com efeito, nos momentos de crise econômica e financeira cresce ainda mais a importância da atividade interventiva do Estado, pois só ele pode articular políticas econômicas e medidas aptas em períodos anticíclicos.

A pandemia escancarou a necessidade de o setor público assumir a dianteira para lidar com crises sanitárias e econômicas em nível mundial. Dificilmente seria possível caminhar rumo à superação da pandemia sem a presença do Estado. Ademais, a vacina só pode ser produzida e testada com maior rapidez nas localidades onde já havia investimentos públicos sobretudo na manutenção das pesquisas que foram sendo adaptadas, já em ombros de grandiosos que faziam pesquisa de longo prazo, às demandas específicas do coronavírus enfrentado.

Mediante todo o exposto, decorre logicamente a conclusão de que o princípio da subsidiariedade representa um forte retrocesso, ainda mais em realidades de países “em desenvolvimento”, os quais possuem um fosso de demandas sociais a serem atendidas. Além de representar um grande retrocesso, a proposta da subsidiariedade colide frontalmente com os compromissos constitucionais assumidos em 1988.

3 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PEC 32/2020

3.1 A VIOLAÇÃO AO SISTEMA ESSENCIAL DE VALORES DA CONSTITUIÇÃO ENQUANTO LIMITE DE ATUAÇÃO AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Enquanto o poder constituinte originário inaugura uma nova ordem jurídica, o poder constituinte derivado corresponde à possibilidade de promover reformas no texto constitucional, por meio de um procedimento específico.

Se o poder constituinte originário não sofre limitações da ordem jurídica pré-existente, não se pode afirmar o mesmo raciocínio quanto ao poder constituinte derivado. De fato, o poder de reforma constitucional está sujeito a limitações de ordens e naturezas diversas:

Em síntese: o poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e parâmetros nela estabelecidos. Essa é a prova, aliás, de que o poder constituinte originário, mesmo na sua latência, continua a se fazer presente. Os limites impostos ao poder de emenda ou de revisão da Constituição costumam ser sistematizados pela doutrina em temporais, circunstanciais, formais e materiais (Barroso, 2015, p. 183).

A doutrina constitucional brasileira reconhece a existência de limites ao poder de reforma constitucional, classificando em limites temporais, circunstanciais, materiais e formais. A existência de limitações ao poder de reforma constitucional liga-se diretamente à ideia de que a continuidade e a identidade da Constituição deverão ser preservadas.

As limitações temporais impedem que ocorra reforma constitucional em um determinado período de tempo, a fim de que o seu projeto político possa se consolidar. Consiste na previsão de um prazo durante o qual fica vedada qualquer alteração da Constituição. Um exemplo é o artigo 174 da Constituição Política do Império, que permitia a reforma constitucional somente após o período de quatro anos de sua vigência.

As limitações circunstanciais impedem que a reforma ocorra em períodos de exceção institucional, tais como na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio. Nestas circunstâncias, o Constituinte veda a alteração do texto original, em razão da gravidade e anormalidade institucionais.

As limitações formais ou procedimentais se referem ao processo de aprovação das emendas constitucionais. A Constituição estabelece condições que deverão ser cumpridas, para que uma proposta de emenda seja discutida, analisada e aprovada.

As limitações materiais revelam a preocupação do legislador com um núcleo intangível do texto constitucional, consubstanciado nas chamadas cláusulas pétreas. Assim, são vedadas propostas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e

periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, conforme previstos no art. 60, § 4º, da Constituição.

Em linhas gerais, em que pesem algumas divergências nas classificações propostas pelos autores, esta é a base na qual se assenta a doutrina brasileira quanto às limitações ao poder de reforma constitucional. Diante disso, surge uma dúvida de decorrência lógica: seria então possível afirmar que qualquer proposta de emenda constitucional será necessariamente constitucional, desde que não desrespeite os limites mencionados?

Em outros termos, o rol de limites ao poder de reforma apresentados pela doutrina tem caráter exaustivo? Ou será possível admitir que uma emenda é inconstitucional, mesmo quando respeita as quatro categorias de “limites à reforma”, mas esbarra em decisões políticas fundamentais que descaracterizam a Constituição?

Parte da doutrina constitucionalista brasileira argumenta no sentido de que os limites apresentados não se esgotariam nas quatro categorias acima elencadas. Segundo esta parcela significativa da doutrina, o rol de limites ao poder de reforma não seria exaustivo, sendo preciso também reconhecer a impossibilidade de reformas que violem o sistema essencial de valores da Constituição.

Paulo Bonavides classifica as limitações ao poder de reforma em limitações expressas (incluindo as limitações temporais, circunstanciais e materiais) e limitações tácitas. Estas seriam as limitações que se referem à extensão da reforma e à modificação do próprio processo de revisão. Contudo, mesmo além destes limites enunciados, o autor entende que há outros:

O poder de emenda não se acha tolhido apenas por esses limites que acabamos de enunciar. Há outros não menos importantes e de igual eficácia que decorrem da natureza das instituições e são invioláveis; feri-los importaria suprimir a razão de ser da ordem constitucional e quebrantar o espírito da nossa forma de Estado de Direito abraçado à ideologia das liberdades democráticas (Bonavides, p. 209).

Destarte, na visão do autor, há outros valores constitucionais petrificados com a cláusula de intangibilidade, tal como seria o caso do pluripartidarismo ou da soberania nacional (Bonavides, 2004, p. 209). Embora não constem no rol das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, configuram limites ao Poder Derivado, pois representam a “razão de ser da ordem constitucional” ou “o espírito do Estado de Direito”.

Nesta mesma linha de raciocínio, Alexandre de Moraes reconhece a importância de não se permitir que uma mudança “na” Constituição se converta em uma mudança “da” Constituição. O autor esclarece que existem vedações expressas e implícitas ao poder constituinte originário, pois somente este é hierarquicamente inalcançável, enquanto manifestação da vontade soberana do povo.

Neste aspecto, as emendas constitucionais não podem ser revolucionárias, pois devem estar em harmonia com o corpo do documento. A possibilidade de reforma do texto constitucional não implica na supressão e substituição das decisões políticas fundamentais. Segundo o autor, “a

possibilidade de alterabilidade constitucional, permitida ao Congresso Nacional, não autoriza o inaceitável poder de violar o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário” (Moraes, 2005, p. 588).

Portanto, ainda que sejam alteradas diversas disposições constitucionais, é preciso manter substancialmente idêntico o sistema originário da Constituição. Logo, não é possível admitir uma reforma constitucional que revogue princípios básicos do texto original e abale os alicerces do sistema constitucional vigente.

Ainda neste mesmo sentido, Manoel Jorge e Silva Neto identifica que os limites à reforma não são taxativos ou absolutos:

Efetivamente, não é razoável acreditar que os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, incisos I a V), bem assim os seus objetivos primaciais (art. 3º incisos I a IV), possam vir a ser modificados pelo constituinte derivado, já que, idealmente, o constituinte originário determinou a persecução e concreção de tais finalidades como a razão ontológica da unidade estatal brasileira, necessário, portanto, o recurso à interpretação sistemática do texto constitucional para avistar o seu conteúdo imodificável não incluído nas cláusulas expressas de intocabilidade (Silva Neto, 2004, p. 27).

Nesta visão, propõe-se que o conteúdo imodificável da Constituição seja compreendido com base em uma interpretação sistemática do seu texto – consequentemente, não se limitando às cláusulas pétreas do artigo 60 § 4º. Deste modo, é crucial reconhecer que a possibilidade de emendas constitucionais não concede uma autorização irrestrita para que a própria identidade e a essência da Constituição Federal sejam livremente alteradas.

Na hipótese de alterações constitucionais, o sistema originário da Constituição deverá ser mantido. Afinal, “uma reforma constitucional não é o meio propício para fazer revoluções constitucionais” (Moraes, 2005, p. 588).

Com efeito, a realização de uma reforma na Constituição vigente em um Estado não autoriza que se proceda a uma completa descaracterização do texto constitucional. Reformar consiste em “dar melhor forma a algo”. Assim, reformas pontuais podem ser admitidas para “dar uma melhor forma” ao programa constitucional originário. Através de alterações pontuais, permite-se uma adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais. Porém, estas reformas somente poderão recair sobre disposições particulares e não poderão transformar o espírito da Constituição.

O poder reformador, pela sua própria natureza, está autorizado a “reformular” e não a “substituir” a Constituição. Há uma restrição a propostas de emendas constitucionais que atentem contra as decisões fundamentais do Poder Constituinte Originário.

Ainda que se reconheça que uma emenda constitucional não transponha os limites consagrados pela doutrina, pois não viola limite temporal, nem circunstancial, nem formal ou material, a sua inconstitucionalidade deverá ser reconhecida se constatado que atenta contra a essência e o espírito da Constituição, como é o caso da PEC 32/2020.

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PELA PEC 32/2020

A Constituição Federal de 1988 realizou a opção política pelo modelo de Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que atribuiu distintos papéis ao Estado, tais como o papel de prestador de serviços públicos, regulador da atividade da iniciativa privada, fomentador de atividades. Enquanto o Estado liberal era essencialmente abstencionista¹ e o Estado Social é essencialmente intervencionista, o Estado Social e Democrático de Direito busca aliar as funções do Estado Social com a visão de uma democracia substancial.

A Assembleia Nacional Constituinte positivou no ordenamento jurídico brasileiro este modelo de Estado Social e Democrático de Direito, voltado para a melhoria das condições sociais de vida dos cidadãos. Todavia, há ainda opositores deste modelo, os quais propugnam reduzir o papel do Estado, retirando o seu papel crucial de agente formulador de políticas públicas e impulsionador do crescimento econômico.

É nesse contexto que surge a Proposta de Emenda à Constituição 32/2020 com a inclusão do “princípio da subsidiariedade” e a ideia temerária de alterar radicalmente o papel do Estado tal como definido no programa originário da Constituição Federal.

Porém, cumpre reconhecer que, em seu programa originário, o texto constitucional não estabeleceu um Estado minimalista ou subsidiário. Pelo contrário, o Constituinte fez a opção política por um Estado garantidor de bem-estar aos cidadãos, agente de promoção social e protagonista do desenvolvimento nacional.

Neste âmbito, é preciso destacar que a compreensão da noção de “desenvolvimento” perpassa necessariamente pelo cumprimento de objetivos sociais. Afinal, o desenvolvimento não consiste apenas em modernização e inovação, mas passa pela redução de desigualdades, diminuindo-se as pessoas alijadas do sistema. Se o crescimento econômico não produzir incremento social, não haverá possibilidade de desenvolvimento em um país.

A inclusão do desenvolvimento na Constituição Federal tem implicações quando se tem por objetivo a análise das possibilidades de intervenção do Estado na sociedade atual. Principalmente ao versar sobre a formulação e efetivação das políticas públicas, em busca de promover de maneira efetiva os direitos sociais e o desenvolvimento, como integrante dos direitos fundamentais. O desenvolvimento se realiza pela ação conjunta de fatores responsáveis por transformar as formas de produção e pela procura condicionada pelas forças sociais (Furtado, 2000, p. 106).

Segundo enfatiza Gilberto Bercovici (2005, p. 53), quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização. Modernização pode manter o subdesenvolvimento, agravando a concentração de renda, com a assimilação do progresso técnico das sociedades

¹ Conforme enfatiza Paulo Bonavides, no liberalismo, o valor da liberdade, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal.

desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada, sem contribuir para a melhoria das condições de vida da maioria da população.

A presença do Estado afigura-se essencial a fim de promover a diminuição das desigualdades sociais e alcançar o almejado desenvolvimento nacional. Na medida em que pretende retirar do Estado o seu importante e fundamental papel, a PEC 32/2020 está na contramão do programa originário do texto constitucional. A proposta de emenda colide frontalmente, portanto, com o espírito da Constituição, lesando o papel que o Poder Constituinte Originário atribuiu ao Estado Brasileiro.

A PEC 32/2020 pretende estabelecer um Estado mínimo, somente subsidiário, em que a gestão das demandas sociais se daria apenas pelo setor privado ou pelas forças da iniciativa privada ou da sociedade organizada. Com isto, pretende-se afastar o protagonismo estatal e a capacidade do Estado de impor decisões para o bem-estar dos cidadãos. Portanto, a positivação do princípio da subsidiariedade não se harmoniza, em absoluto, com os objetivos constitucionais almejados.

O princípio da subsidiariedade e o pretendido esvaziamento do papel do Estado colidem frontalmente com os compromissos constitucionais assumidos em 1988. O modelo de Estado de bem-estar social foi fruto da opção política e jurídica da Assembleia Constituinte de 1988. Este modelo corresponde a uma decisão fundamental, portanto não passível de modificação pelo Poder Reformador. Uma vez que atenta contra a própria essência da Constituição Federal de 1988, é imperativo reconhecer a inconstitucionalidade da referida proposta de emenda constitucional.

CONCLUSÃO

A PEC 32/2020, ao propor a inclusão do princípio da subsidiariedade no rol do artigo 37 da Constituição Federal, pretende retirar o papel do Estado enquanto agente de promoção social, formulador de políticas públicas e impulsionador do crescimento econômico.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 fez a opção política pelo modelo de um “Estado Social e Democrático de Direito”, com o qual o princípio da subsidiariedade definitivamente não se coaduna. Em que pese o discurso em favor da adoção do princípio da subsidiariedade, não se deve perder de vista que o Poder Público tem uma indispensável função enquanto protagonista do desenvolvimento.

Hoje, mais do que nunca, é fundamental promover o resgate deste protagonismo do Estado, tal como almejado pelo texto constitucional. A doutrina constitucional brasileira aponta alguns limites ao poder de reforma constitucional: limites temporais, circunstanciais, formais e materiais. Como decorrência lógica, qualquer emenda poderia ser considerada constitucional se não desrespeitasse estes limites.

Porém, parte da doutrina, conforme visto, questiona o caráter exaustivo deste rol de limites ao poder de reforma, entendendo que não se deve admitir reformas constitucionais que violem o sistema essencial de valores da Constituição. As reformas constitucionais não podem

atentar contra a identidade e essência do programa constitucional originário.

Conclui-se, portanto, que a proposta de emenda constitucional 32/2020, ao relegar o Estado a um plano subsidiário, esbarra nas limitações existentes ao poder de reforma constitucional, devendo ser reconhecida a sua inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BERCOVICI, Gilberto. A administração pública dos cupons. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 7 set. 2020.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BITENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. O mito da subsidiariedade e as reformas do estado social: um brainstorm sobre governo e a administração no Brasil atual. *In*: SIQUEIRA NETO, José Francisco; NOHARA, Irene Patrícia; SALGADO, Rodrigo Oliveira (coord.). **Gestão pública, infraestrutura e desenvolvimento: 20 anos do programa de pós-graduação em direito político e econômico da universidade presbiteriana Mackenzie**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004a.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004b.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à constituição n. 32, de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147&filename=PEC+32/2020. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. **Emenda constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do distrito federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009a.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal**: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do estado social. 2009b. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/19053>. Acesso em: 10 jan. 2021.

KARLSON, Nils; SANDSTRÖM, Christian; WENNERBERG, Karl. Bureaucrats or market in innovation policy? a critique of the entrepreneurial state. **The Review of Austrian Economics**, Berlim, v. 34, p. 81-95, abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11138-020-00508-7>

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29074>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações práticas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MINGARDI, Alberto. A critique of Mazzucato's entrepreneurial state. **Cato Journal**, Washington, D.C, v. 35, n. 3, p. 603-625, 2015. Disponível em: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serial...015/9/cj-v35n3-7.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Atlas, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia; PONÇONI, Maykel. Estado, inovação e desenvolvimento: instrumentos do direito administrativo nas transformações do capitalismo. *In*. CRISTÓVAM, José Sergio da Silva; NIEBUHR, Pedro; SOUSA, Thanderson Pereira (org.). **Direito administrativo em perspectiva**: diálogos interdisciplinares. Florianópolis: Habitus, 2020.

PRADELLA, Lucia. The entrepreneurial state by Mariana Mazzucato: a critical engagement. **Competition & Change**, Thousand Oaks, v. 21, n. 1, p. 61-96, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1177/1024529416678084>

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso básico de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 2004.

Recebido em: 14/09/2021

Aceito em: 30/08/2022