

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**DA EXTRAVAGÂNCIA AO RECATO: QUAL O PONTO ÓTIMO DA**  
**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

**BEATRIZ SCAMILLA JARDIM DE MORAES OLIVEIRA**

RIO DE JANEIRO

2019.2

RIO DE JANEIRO

2019/2º SEMESTRE

BEATRIZ SCAMILLA JARDIM DE MORAES OLIVEIRA

**DA EXTRAVAGÂNCIA AO RECATO: QUAL O PONTO ÓTIMO DA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

**Rio de Janeiro**  
**2019/2º SEMESTRE**

**CIP - Catalogação na Publicação**

0283e	<p>Oliveira, Beatriz Scamilla Jardim de Moraes Da extravagância ao recato: qual o ponto ótimo da constitucionalização do Direito / Beatriz Scamilla Jardim de Moraes Oliveira. -- Rio de Janeiro, 2019. 65 f.</p> <p>Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.</p> <p>Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2019.</p> <p>1. Constitucionalismo. 2. Democracia. 3. CRFB/88. 4. Teoria do Estado Administrativo. 5. Filtragem constitucional. I. Bolonha, Carlos Alberto Pereira das Neves, orient. II. Título.</p>
-------	---

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos  
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.



**BEATRIZ SCAMILLA JARDIM DE MORAES OLIVEIRA**

**DA EXTRAVAGÂNCIA AO RECATO: QUAL O PONTO ÓTIMO DA  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

*“A vida é tão preciosa e surpreendente que o que deve importar mais para nós é aproveitar esse bem supremo, e aproveitar esse bem supremo nos tornando mais humanos e ao mesmo tempo mais divinos. O atributo divino da humanidade é a nossa transcendência. Nós somos maiores do que as circunstâncias que nos encontramos. Nós somos o infinito, presos dentro do finito. É isso que tem que ser cultivado porque à medida que afirmamos esse atributo de superação, de construção do novo, de imaginação, nós aumentamos a nossa cota na qualidade divina da transcendência. É para isso que precisamos romper as estruturas e reinventá-las. Para isso é preciso apostar no país, apostar nessa sua capacidade de afirmação original, romper com o colonialismo mental, o maior impedimento à construção do país. E para o indivíduo, disposição para o sacrifício, porque nada no mundo é fecundo, nada deixa legado se não há a disposição para sacrificar-se, se colocar no lugar de vulnerabilidade à derrota, ao ridículo, ao malogro daquilo que tentamos empreender, e nós temos que aceitar esse sacrifício, porque ele é a condição não apenas da mudança, mas de estar vivo”.*

Mangabeira Unger

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço imensamente:

Aos meus pais, que alimentam diariamente a ambição da alma e a coragem para transformação. Carrego com muita admiração seus exemplos de perseverança. Sou eternamente grata pela sorte da doçura de seus colos.

Aos meus irmãos Daniel e Rodrigo pelo carinho que acompanha, aos meus avós Cida, Jairo e Jardim pelos ensinamentos de humildade e pelo prazer da alegria que é tê-los por perto, aos familiares que ganhei no Rio, Carlos Eduardo, Norma Lúcia, Emmanuel e tantos outros da família Souza e Mello que jamais caberiam nesta página.

Ao meu orientador e amigo, Carlos Bolonha, por dar braços, asas e olhos às energias das pessoas, pelo exemplo de valores, de sonhos, de projetos. Jamais conseguiria colocar em palavras tamanha admiração. Agradeço enormemente a oportunidade que foi ter a sua companhia desde o primeiro período da faculdade.

A todos os membros do Letaci, que transformam aquela pequena sala em um universo de infinita criatividade e amizade, pela oportunidade de debate e crescimento acadêmico que conquistamos todos juntos. Com humildade, disciplina e determinação todo sonho é pequeno.

Ao Grupo de Estado Administrativo, pelas cativantes e calorosas trocas acadêmicas. As Adm-feiras são só o começo de muita mudança que temos para concretizar.

A Luciana Silveira e Daniel Mitidieri, que incansavelmente contribuíram para esse projeto, pela disposição e paciência. Admiro-os enormemente.

Aos amigos da Nacional, que levo para vida com muito carinho, pelo calor trocado, alegrias compartilhadas e companheirismo todo esse tempo.

A Faculdade Nacional de Direito, berço dos sonhos incoercíveis de transfigurar a realidade dentro dessa incapacidade de aceitá-la tal como é.

A todos os professores, técnicos e servidores que fazem com que diariamente tudo isso seja possível!

## RESUMO

Este trabalho busca compreender aprofundadamente o fenômeno da constitucionalização do Direito e avaliar em que medida o crescimento exponencial do seu texto normativo não reverbera custos de transação excessivos às relações que se travam a partir da Constituição. O tema é analisado em duas partes distintas, relativas às perspectivas democráticas e institucionais. No primeiro caso, pretendeu-se verificar em que medida a Constituição adentra em questões típicas de política ordinária ou política pública e, no segundo caso, avaliar, a partir de parâmetros comparativos instrumentalizados pela análise de capacidades institucionais, se esse tipo de decisão política não seria melhor alocada em outras instituições, aqui entendidas como regras do jogo. Para responder a esta pergunta, foram elencadas prioridades democráticas como pluralismo, deliberação, transparência e prestação de contas.

**palavras chave:** Constitucionalismo; Democracia; CRFB/88; Teoria do Estado Administrativo; Filtragem Constitucional.



## **ABSTRACT**

The present paper aims to deeply understand the phenomenon of the constitutionalization of Law and evaluate to what extent its normative text's exponential growth reverberates as excessive transaction costs in Constitution-originated relations. The topic is analyzed in two distinct parts, concerning the democratic and institutional perspectives. In the first case it was intended the verification to what extent the Constitution discusses either political or policy matters while in the second case it intends to evaluate from comparative parameters instrumentalized by the institutional capacity analysis if this type of political decision would not be better allocated in other institutions, here understood as game rules. To answer this question democratic priorities such as pluralism, deliberation, transparency and accountability were listed.

**Keywords:** Constitutionalism; Democracy; CRFB/88; Administrative State Theory; Constitutional Filtering.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I - UBIQUIDADE CONSTITUCIONAL</b>	<b>12</b>
1.1. CRFB/88 e o compromisso maximizador	14
1.1.2. Constitucionalização de políticas públicas	18
1.2. A alocação da tomada de decisão: Trade off Constitucionalismo x Democracia	22
1.2.1. Arranjo institucional adotado pelo constituinte e as emendas constitucionais	23
1.2.2. Jurisdição constitucional e judicialização	26
1.3. Auto-contenção e retorno às normas materialmente constitucionais	30
<b>CAPÍTULO II - DA EXTRAVAGÂNCIA AO RECATO</b>	<b>32</b>
2.1. Teoria de second best enquanto ponto ótimo da constitucionalização do direito	34
2.2. Recato x paternalismo	38
2.2.1. Dos custos de transação associados à robustez do texto constitucional	42
2.2.2. Necessidade de fortalecimento das regras informais de conduta	44
2.3. Modelos de compatibilização e filtragem constitucional	47
<b>CAPÍTULO III - DO PONTO ÓTIMO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO</b>	<b>48</b>
3.1. Democracia e Desenho Institucional	51
<b>CONCLUSÕES</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

Nesses 31 anos de Constituição sob o Estado Democrático de Direito, muitas vitórias devem ser ressaltadas. A Constituição de 1988, que marca o período mais longo de estabilidade democrática da história brasileira, soube absorver crises dentro da institucionalidade, consolidou a democracia do país, fortaleceu canais de interação social, ganhou aderência nas comunicações políticas, econômicas e sociais, dentre muitas outras coisas. Hodiernamente, raros são os temas midiáticos e jurídicos que não envolvem a Carta política, o que, se por um lado reflete o sentimento constitucional construído em torno do seu significado, por outro pode demonstrar a sua banalização.

Redimensionando a análise na perspectiva da efetividade constitucional, a tendência possivelmente seja mais pela banalização do que enaltecimento da gramática constitucional. Partindo do pressuposto de que o valor de uma constituição normativa está na sua capacidade de conformação situacional, venho propor uma análise dos custos da vitória retratada anteriormente a partir do problema que passo a tratar.

Para esse fim, foram elencadas três características do constitucionalismo brasileiro que saltam aos olhos: (i) a tentativa de constitucionalização de aspectos do regime democrático que foram valorizados em certo momento, (ii) salvaguarda de valores pela rigidez constitucional e (iii) caráter nacional da normatividade produzida. Pelos motivos que este trabalho procurará expor, a ausência de um projeto comum, tanto na Assembléia Nacional Constituinte como nas consecutivas emendas constitucionais, permitiu e reforçou, respectivamente, a ubiquidade constitucional.

A proposta desse projeto é analisar os motivos que levaram ao que considero hodiernamente como Constituição ubíqua, analisar causas e efeitos dos problemas derivados desse fenômeno e apontar possíveis tratativas sob a perspectiva de valores democráticos. Essa é uma aposta que julgo ser capacitadora do projeto nacional porque investe em políticas de empoderamento no lugar da praxe institucional contemporânea de políticas compensatórias de desigualdades regionais, dos entes federativos. O projeto que ganha corpo com a proposta de desenho constitucional terá a problemática abordada no primeiro capítulo, que explicará as

razões para o modelo constitucional inflado ser um problema, combinando ao final o realismo dos primeiros apontamentos com um impulso profético imaginado através de valores democráticos deliberativos, que dará o sentido do rumo para os outros capítulos.

No segundo capítulo apresento a proposta de Estado Administrativo como modelo de segunda ordem cujas propostas estão alinhadas com o enxugamento constitucional e dinamismo estatal. A escolha por essa teoria é justificada pelo argumento de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos aplicada em oposição ao constitucionalismo dirigente, que apesar de não ser conceitualmente forte hodiernamente, exerce fortes influências na prática institucional de emendamento constitucional. Dessa forma, acredita-se que os custos de manutenção dessa praxe, elaborados ao longo do capítulo, podem indicar o benefício que a guinada de investimento, de normativo para valorativo, pode perfazer.

Por fim, o último capítulo contribui com a proposta de desconstitucionalização em três matérias específicas do texto constitucional brasileiro: (i) atinentes à política ordinária, especialmente políticas públicas; (ii) atinentes à interesses de grupo, sob o qual não há acordo plural democrático; e (iii) detalhamentos excessivos restritivos da tomada de decisão futura. Entende-se que, do ponto de vista constitucional, está a se tratar de primeiros passos em direção à otimização de um modelo efetivo de Estado Administrativo brasileiro.

A principal motivação para tanto é a necessidade de que a Constituição deixe de ser fonte de disputas ordinárias e passe a ser possibilitadora do confronto de forças concretizantes das finalidades constitucionais, que por sua vez deve proceder a nível infraconstitucional. Isso porque acredita-se ser relevante que a Constituição se caracterize como âmbito de salvaguarda de acordos fundamentais, ao passo que a política ordinária deve se concretizar nas instâncias políticas majoritárias passíveis de revisão dinâmica, dialogando com as necessidades comunitárias.

## CAPÍTULO I - UBIQUIDADE CONSTITUCIONAL

O fenômeno mundial da constitucionalização do Direito impôs o equacionamento de conflitos a partir do paradigma constitucional. O Estado constitucional de Direito, que se desenvolveu a partir do término da Segunda Guerra Mundial, tem por característica central a subordinação da legalidade a uma constituição rígida, de modo que a validade das leis não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a constituição não apenas impõe limites ao legislador e administrador, mas lhes determina poderes de atuação. Nesse sentido, a ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos poderes públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais se incluem a competência ampla para invalidar atos e para interpretar as normas jurídicas à luz da constituição<sup>1</sup>.

Atualmente, é quase inimaginável travar um debate jurídico sem adentrar em matéria constitucional. Com efeito, o Direito Constitucional brasileiro vem percorrendo nos últimos tempos uma firme trajetória ascendente, que o alçou de uma posição de relativa desimportância, ocupada no regime pretérito, para o centro da ordem jurídica<sup>2</sup>. No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, coroou esse processo, marcando a redemocratização e a passagem para um contexto de ampliação do elenco de direitos fundamentais através do fortalecimento dos seus mecanismos institucionais de proteção.

Ocorre que, esse projeto de constitucionalização do Direito, no Brasil, conforme se buscará demonstrar, não teve fim com a Assembléia Nacional Constituinte, motivo pelo qual a presente pesquisa busca apresentar o outro lado de uma perspectiva importante, qual seja, os perigos que uma “panconstitucionalização” do Direito podem encerrar. A forte relação que a Carta de 1988 possui com o seu passado marcadamente autoritário fez com que a sua proclamação viesse acompanhada de um símbolo de união perante as divergências

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Editora Lumen Juris. 2007. p. 203.

<sup>2</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Editora Lumen Juris, 2007.

anteriormente estabelecidas, influente, mais que o próprio conteúdo da constituição, no fenômeno da constitucionalização do Direito<sup>3</sup>.

No entanto, cabe ressaltar a inexistência de relação necessária entre esse sentimento e um ideal garantista. Isso porque a análise dos dispositivos constitucionais, conforme será tratado de forma aprofundada nos capítulos seguintes, é conclusiva na constatação de que o seu traço central é a regulação de posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais, o que pode ser mensurado através da classificação qualitativa entre diversos tipos de dispositivos constitucionais segundo as características que apresentam.

A partir destas inferências que serão feitas ao longo de todo o projeto, objetiva-se defender uma metodologia comprometida com os objetivos humanistas da Carta, parametrizada a partir de paradigmas concretos e realistas, afinal, a defesa do Estado Democrático de Direito requer mais que a centralização do debate em torno dos valores do constitucionalismo.

Considerando isso, discutir-se-á no presente capítulo os motivos que levaram ao estabelecimento da conjuntura retratada, apresentada no tópico 1.1 a partir da abordagem do conjunto de expectativas que recaíram sob a constituinte, desencadeando percepções abrangentes e inclusivas sobre suas tratativas. Em seguida, o subtópico 1.1.2 abordará os efeitos do problema colocado sob a perspectiva da constitucionalização de políticas públicas. Ato contínuo, no tópico 1.2 serão apresentadas as razões pelas quais o modelo constitucional ubíquo é um problema sob o ponto de vista da alocação de poder decisório. Essa forma de alocação, por sua vez, será analisada sob duas perspectivas: entrincheiramento de pautas perante estados e municípios, uma vez que a constitucionalização afasta o debate do ponto de vista do federalismo (tópico 1.2.2); e jurisdição constitucional, que cresceu tanto em poderes como em competências, sendo chamada a tomar decisões políticas fundamentais a todo momento (tópico 1.2.3).

---

<sup>3</sup> Por governabilidade entende-se a capacidade de gerenciamento de alianças no contexto de presidencialismo de coalizão, ou seja, a possibilidade de articulação política capaz de gerar uma base estável.

## 1.1. CRFB/88 e o compromisso maximizador

A crença que a sociedade e a Constituição de 1988 depositaram no Direito tem raízes no seu recente passado político.<sup>4</sup> Reativos ao regime militar ditatorial, marcado por arbitrariedades políticas, irracionalidade fiscal e abuso de poder, os constituintes buscaram ao máximo estabelecer no pacto constitucional o bom diálogo com os mais heterogêneos setores da sociedade brasileira e fortalecer o poder político consensual. A intenção era romper com o ambiente de desconfiança que pairava entre os grupos que integraram o processo de transição democrática, de modo a proteger ambições e interesses através do entrincheiramento constitucional.

A valorização do diálogo decorre, fundamentalmente, da expectativa bem-sucedida dos grupos de interesse sociais e econômicos em resguardar no texto constitucional os temas que lhes eram caros. Do ponto de vista estrutural, buscou-se assegurar que o exercício do poder político fosse mais consensual. Na própria constituinte, muitos dos avanços na agenda social decorreram da introdução de mecanismos de democracia direta, com destaque para as emendas populares, apresentadas em número superior a 72.000.<sup>5</sup>

No tocante ao fortalecimento do poder político consensual, apostou-se principalmente na maior exigência de coalizão para governança, aqui considerando fundamentalmente a estrutura do presidencialismo brasileiro encabeçado pela Constituinte de 1988. A nova Carta Política trouxe elementos de mediação entre os poderes, ao contrário do modelo original de

---

<sup>4</sup> ROSILHO, André. *A constituição de 1988 e suas políticas em quatro anos*. In: Direito da Regulação e políticas públicas. 2014. p. 19. “Como se sabe, em 1.4.1964, com a derrubada do Presidente João Goulart, instalou-se no Brasil o regime militar, de cunho autoritário, que perdurou até 15.3.1985. Durou, portanto, pouco mais de 20 anos, durante os quais ocuparam o cargo de Presidente da República Humberto Castelo Branco, Arthur da Costa e Silva, Emílio Garrastazu Médici, Ernesto Geisel e João Batista Figueiredo.”

<sup>5</sup> JORNAL DA CONSTITUINTE. Exposição “**A Participação Popular nos 25 anos da Constituição Cidadã**”. Brasília, de 29 de outubro a 8 de novembro de 2013. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 propiciou uma oportunidade inédita de participação política ao povo brasileiro. Em nenhuma das constituições brasileiras anteriores houve a participação da sociedade como na elaboração da Constituição de 1988. O Senado Federal, antecipando-se à própria instalação da Constituinte, criou, em 1986, o projeto Constituição – a voz do cidadão, que procurou mobilizar a sociedade, os grupos sociais e os indivíduos, colocando à disposição, nas agências dos correios de todos os municípios do Brasil, formulários para envio de sugestões aos constituintes. Foram recebidas mais de 72.000 cartas. Por sua vez, o regimento aprovado pelos constituintes propiciou vários meios e momentos diferentes de participação da sociedade, com destaque para as emendas populares, a serem apresentadas ao primeiro esboço da nova Constituição.

presidencialismo de coalizão (1945 a 1964)<sup>6</sup>. O constituinte de 1988 se preocupou em equipar a Carta política com mecanismos de contenção de crises dentro do próprio modelo político-organizacional criado, fortalecendo o diálogo institucional e a dinâmica de freios e contrapesos. Essa característica marca a intenção de perenização da democracia e resiliência do texto constitucional.

A forma de organização político-partidária na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) também foi determinante para o desenho constitucional brasileiro, contribuindo especialmente para o alto grau de dispositivos particularistas e controversos. O tempo dispensado aos trabalhos constituintes, o tamanho e aspectos substantivos da Constituição de 1988 foram fortemente influenciados pela maneira como a organização dos trabalhos legislativos e do processo de votação foi estruturado pelos Regimentos Internos<sup>7</sup>.

Estudos realizados pela pesquisadora Sandra Gomes<sup>8</sup> apontam que em diversos aspectos, como parlamentarismo e voto distrital, a decisão final institucional foi conclusiva em sentido oposto às intenções da maioria dos constituintes. Essa constatação pode ser melhor explicada sob a lógica institucionalista de que a tomada de decisão não é resultante do conjunto de manifestação de preferências individuais, devendo-se agregar à conta os fatores circunstanciadores da tomada de decisão, como o são as regras e procedimentos deliberativos, indicando que atores políticos também levam em consideração a escolha do quadro institucional que maximiza a realização de seus interesses.

Sob coordenação do primeiro Regimento Interno da ANC, os trabalhos legislativos procederam de forma descentralizada, em comissões e subcomissões, ao passo que o processo de votação se dava em uma única comissão, que por sua vez não representava a maioria do plenário. O resultado dessa estruturação foi extensividade e substantividade do conteúdo normativo do Primeiro Projeto de Constituição, que abarcou diversas pautas que não tinham uma base sólida de apoio dos constituintes.

A fase seguinte seria a votação em plenário, contudo, havia limitações para modificação do texto impostas pelo regimento interno da ANC, de modo que outros grupos de interesse, marcadamente conservadores, não atuantes nas mencionadas comissões temáticas, teriam

---

<sup>6</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro*. Companhia das letras, 2018.

<sup>7</sup> GOMES, Sandra. *O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: Um Estudo de Caso da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988)*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 2006. p. 193 a 224.

<sup>8</sup> *Idem*.



pouca ingerência sobre o projeto final da Constituição. Nesse momento, sob a liderança do então Presidente da República, José Sarney (1985-1990), articulou-se uma coalizão suprapartidária a fim de que o quadro fosse revertido.

Essa coalizão, que ficou conhecida por “centrão”, tinha o intuito de alterar o regimento interno da constituinte de modo a permitir a apresentação de emendas e modificações do texto em plenário, alterando o projeto inicial de constituição, aprovado pela comissão de sistematização sob o Primeiro Regimento. Essa foi a resposta encontrada pelas forças políticas descontentes com aspectos substantivos do Projeto. Ocorre que os altos custos de aprovação do novo projeto sob o Segundo Regimento da ANC, consequência do seu praticamente recomeço do zero, levou os constituintes a formularem uma saída, qual seja, a centralização do processo constituinte ao redor de líderes partidários<sup>9</sup>.

Nesse sentido, os arranjos institucionais da ANC foram definitivos para a constitucionalização formal de diversos dispositivos que apresentam, na verdade, características de políticas governamentais. Foram introduzidos no texto constitucional diversos dispositivos de cunho particularista na medida das suas representações por grupos de pressão na ANC ou na bancada parlamentar, que concomitantemente não ferissem os interesses da maioria congressual<sup>10</sup>, tendo em vista que aprovação de textos se dava por maioria simples.

O nível de detalhamento constitucional se mostra então consequencial ao contexto<sup>11</sup>. Não havia uma confiança social sólida na atuação política, de modo que os cidadãos, em situações de excepcionalidade, não vislumbravam a possibilidade de se chegar a uma solução razoável se ela não tivesse previsão normativa expressa, motivo pelo qual buscaram garantir na maior medida possível salvaguarda de direitos no âmbito constitucional<sup>12</sup>, marcando o que

---

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, governo e democracia no Brasil**. RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21, 2006. p. 43 e 44.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Revista de Direito do Estado, 2006. “Do ponto de vista histórico são compreensíveis as razões que levaram à adoção deste modelo constitucional inflado. As forças políticas presentes na Assembléia Constituinte desejavam assegurar, já naquele momento, os seus interesses e bandeiras. Calejadas por sucessivas decepções, elas não confiavam no legislador futuro, nem tampouco em como as cortes judiciais poderiam interpretar, mais à frente, afirmações principiológicas vagas que o constituinte viesse a estabelecer. Queriam, portanto, ver estampado no texto, da forma mais clara e minuciosa possível, a garantia do direito ou interesse por que lutavam. A pressão que exercitaram, combinada com uma certa dose de imaturidade política dos constituintes, é responsável, em boa dose, pelo texto excessivamente detalhista da Carta de 88.”

<sup>12</sup> BJORNSKOV, Christian; VOIGT, Stefan. **Constitutional verbosity and social trust**. Springer Science + Business Media, New York, 2013.

vem a se caracterizar como estratégia maximizadora<sup>13</sup>, qual seja, a representação constitucional de amplas e difusas pautas a fim de garantir estabilidade ao texto e refreamento dos ânimos de grupos sociais organizados. Nas palavras de Daniel Sarmento, o resultado de uma Constituição ambiciosa, ubíqua e detalhista é fruto desse arranjo.

Neste contexto, a luta pela efetivação constitucional tornou-se ferramenta útil nas batalhas pela afirmação de direitos<sup>14</sup>. É dessa forma que a estratégia maximizadora consagra o apreço e fidelidade pela normatividade constitucional, garantindo que os conflitos futuros fossem solucionados pelo paradigma constitucional. No entanto, do ponto de vista governamental, o efeito prático que esse desenho institucional trouxe foi o entrincheiramento na constituição de um ambicioso conjunto de políticas públicas, que obrigou governos posteriores a 1988 a desenvolver parte substancial de sua produção normativa no plano constitucional.

Os problemas que se colocam prospectivamente são, portanto, de três ordens: (i) A necessidade de modificação constitucional a fim de viabilizar a implementação de projetos de governo, (ii) imprescindibilidade de construção de amplas maiorias legislativas para superar o engessamento da agenda constitucional e (iii) acionamento do Poder Judiciário com frequência para realização de controle de constitucionalidade de matérias próprias de políticas públicas.

### **1.1.2. Constitucionalização de políticas públicas**

O desenho institucional consagrado pela Constituição de 1988, em decorrência não apenas das forças políticas atuantes no momento da sua formação, mas também da própria estrutura da Assembleia Nacional Constituinte, tornou o texto constitucional recheado de dispositivos que mais se assemelham às políticas públicas. Essa prodigalidade na consagração

---

<sup>13</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. (2018). *A batalha dos poderes*. Sao Paulo: Companhia das Letras. p. 24. “(...) No que se refere ao arbitramento dos conflitos distributivos, a Constituição conjuga direitos sociais de viés progressista com inúmeros mecanismos regressivos que favorecem a concentração de riqueza nas mãos de alguns setores. Esse compromisso maximizador funcionou como uma espécie de “seguro” no decorrer do processo de transição e consolidação da democracia, possibilitando que as diversas classes sociais, correntes políticas e ideológicas e grupos de interesse se dispusessem a coordenar os seus conflitos por intermédio das regras estabelecidas pela Constituição.”

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do Estado, 2006. p.13.

de valores materiais tem fortes implicações para o modus operandi do sistema político brasileiro.

Argumenta-se aqui que o papel desempenhado pela Constituição deve ser, fundamentalmente, assegurar os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia através de dispositivos típicos de *polity*<sup>15</sup> e não *policy*<sup>16</sup>. Trata-se de incumbência constitucional determinar a estrutura do Estado, instituir os Poderes, definindo-lhes a competência, fixando os direitos fundamentais do indivíduo e traçando os fins públicos a serem alcançados.

Em suma, *polity* corresponde às normas constitucionais clássicas estabelecidas de parâmetros gerais do jogo político, ao qual supõe-se deve ser a mais consensual possível entre os atores, e *policy*, às políticas públicas, ao resultado do jogo disputado de acordo com as regras vigentes, normas estas comumente alocadas a nível legislativo. De acordo com estudos qualitativos dos dispositivos constitucionais da CRFB/88, realizados por Cláudio Couto e Rogério Arantes<sup>17</sup>, 30,5% dos dispositivos constitucionais originários poderiam ser classificados como *policy*, e 69,5% *polity*, vide tabela 1.

---

<sup>15</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, governo e democracia no Brasil**. RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21, 2006. p. 49. “É da natureza do próprio jogo democrático o perde-ganha político; ora um grupo obtém o controle sobre os postos capazes de processar decisões governamentais, ora outro. As oscilações decorrentes desse processo refletem-se diretamente sobre a formulação e a implementação das *policies*, que são objetos da avaliação do eleitorado o qual – com base num juízo sobre o desempenho do governo – premia ou pune seus representantes nas eleições subsequentes, por meio de escolhas eleitorais. Se a alternância de grupos (partidos) no governo é uma condição do regime democrático, a variação das políticas públicas (*policies*) é uma consequência prática inevitável (e desejável) desse princípio. A possibilidade de que tal variação de *policies* ocorra é, portanto, pré-requisito a que a alternância de grupos (partidos) no governo tenha efeitos práticos. Daí as menores exigências das regras decisórias referentes à produção de *policies*, se comparadas àquelas necessárias para o emendamento constitucional.”

<sup>16</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, governo e democracia no Brasil**. RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21, 2006. p. 48. “Dada a função estruturante da *polity*, as normas constitucionais têm caráter soberano, razão pela qual não estão em princípio sujeitas à discussão democrática cotidiana, à qual balizam, resguardando direitos fundamentais e assegurando que a política transcorra segundo parâmetros previsíveis e estáveis. Normativamente, correspondem a um momento inaugural, no qual se fundaria a *polity* e se iniciaria o jogo político (Ackerman, 1988). Em virtude disso, são protegidas contra modificações frequentes, sendo as regras para sua alteração bem mais exigentes do que as necessárias para alterar *policies*: quoruns ampliados de votação, prazos deliberativos dilatados, poder de veto conferido a diversos atores institucionais, consultas populares obrigatórias e, no limite, vedação total a quaisquer mudanças por emendas constitucionais pela legislatura ordinária, requerendo-se nesse caso a realização de uma nova Assembleia Constituinte. Noutras palavras, o grau de consenso necessário a decisões constitucionais é muito mais amplo do que aquele aplicável às decisões da política “normal”, isto é, da política governamental (*Idem*).”

<sup>17</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, governo e democracia no Brasil**. RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21, 2006. p. 53.

**Tabela 1**  
**Constituição: *polity* ou *policy*?**

	Freq.	%
<i>Polity</i>	1.131	69,5
<i>Policy</i>	496	30,5
TOTAL	1.627	100

**Tabela 2**  
**Tipos de *Polity***

	Freq.	%
1. Definições de Estado e Nação	74	6,5
2. Direitos individuais	92	8,1
3. Regras do jogo	625	55,3
4. Direitos materiais	65	5,7
DISPOSITIVOS COM MAIS DE UM SENTIDO		
Definição de Estado e Nação +		
Regras do Jogo	160	14,1
Direitos individuais + Regras do Jogo	48	4,2
Outros dispositivos duplos	58	5,1
Outros dispositivos triplos	8	0,8
Dispositivo quádruplo	1	0,1
TOTAL	1.131	100

Fonte: Base de dados elaborada por Cláudio Couto e Rogério Arantes na produção do artigo: ***Constituição, governo e democracia no Brasil***. RBCS Vol. 21 n. 61. junho/2006.

Analisando os dados levantados, observa-se que dentre os dispositivos classificados como *polity*, mais da metade diz respeito às regras do jogo, ou seja, estabelecem a divisão de prerrogativas e funções entre os atores institucionais, mecanismos operacionais do processo decisório governamental e prazos que balizam tais processos. Já os componentes sociais, civis e políticos da cidadania perfazem pouco mais de 13% do texto constitucional originário (vide tabela 2). Ao comparar essas duas classificações de dispositivos constitucionais, percebe-se um certo comedimento do constituinte na salvaguarda de expectativas sociais<sup>18</sup>.

Dessa forma se consolida a perspectiva da Constituição como arena de disputas política e jurídica<sup>19</sup>. Foi atribuída ao Poder Legislativo a tarefa de editar 341 leis ordinárias e

<sup>18</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. ***Constituição, governo e democracia no Brasil***. RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21, 2006. p. 55. Uma primeira conclusão a extrair desse resultado é que, se a Constituição brasileira pode ser considerada muito extensa, seu tamanho reflete o nível de detalhamento atingido pela Constituinte na definição dos procedimentos que deveriam presidir o funcionamento da democracia vindoura, algo que certamente pode ser explicado pelas preocupações da época em torno da liberalização e da redemocratização do regime político. Por outro lado, se Ulysses Guimarães alcunhou o texto como “Constituição Cidadã”, o adjetivo perde força aos verificarmos que, quantitativamente, os componentes sociais, civis e políticos da cidadania são incomparavelmente inferiores à dimensão das regras do jogo: apenas 5,7% dos dispositivos constitucionais dizem respeito a direitos materiais de bem-estar e igualdade social, ao passo que somente 8,1% concernem a direitos individuais de liberdade e de participação política. Somados, os dispositivos “cidadãos” perfazem pouco mais de 13% da Carta de 1988.

<sup>19</sup> ROSILHO, André. ***A constituição de 1988 e suas políticas em quatro anos***. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). ***Direito da Regulação e políticas públicas***. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

56 complementares, tornando, portanto, a efetivação do texto constitucional demasiadamente dependente dos atores institucionais futuros, que passaram a elaborar, no interior do seu próprio mundo (academias e os Tribunais), soluções jurídicas para problemas administrativos, econômicos, sociais e de organização política, com relativa autonomia frente à ordem legal editada pelo Poder Legislativo<sup>20</sup>.

Por sua vez, do caráter programático da Carta se desenvolve um outro problema: o estado perpétuo de revisão constitucional. A média nacional de emendas no Brasil, é de aproximadamente 3 (três) por ano<sup>21</sup>, valor bastante elevado comparado aos padrões internacionais. Isso porque, a cada mudança social significativa, novas emendas são editadas. Desde a promulgação da CRFB/88, 106 Emendas Constitucionais foram editadas, somando as de revisão e as ordinárias (valor atualizado até novembro de 2019), com a promulgação de ao menos uma emenda por ano, com exceção de 2018, quando esteve em curso uma intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro.

A partir desta abordagem, dois principais pontos serão tratados no presente trabalho: (i) judicialização de políticas públicas constitucionalizadas; e (ii) operacionalização do modelo de presidencialismo de coalizão. Entende-se que ambos os campos produzem uma permanente e acirrada *política constitucional*, entendida<sup>22</sup> como toda atividade do sistema político que tem a Constituição como objeto, seja por emendamento formal, seja por interpretação judicial dos tribunais. O desenvolvimento da pesquisa se dará no sentido de identificar em que medida a Constituição contém dispositivos enquadrados tipicamente como política ordinária ou princípios fundamentais, dado que expectativas de comportamentos

---

<sup>20</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. **Controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e políticas públicas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. “É uma força maior do fenômeno constitucional brasileiro que levou nossa literatura e jurisprudência a ter um caráter muito mais constitutivo, originário, criativo, do que seria de esperar ante uma Constituição tão analítica. A Constituição vale mais pela aura que por seus preceitos: os homens do direito a sacralizam e, como sacerdotes, assumiram sozinhos o poder de revelá-la.” p. 102.

<sup>21</sup> LEVINSON, SANFORD (Ed.). *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. In: SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Revista de Direito do Estado, 2006. “Num interessante artigo sobre o poder de emenda à Constituição no Direito Comparado, Donald Lutz, a partir de ampla coleta de dados empíricos em dezenas de países e em todos os Estados norte-americanos, delineou as principais variáveis que influenciam na frequência das emendas constitucionais, e uma delas é a extensão do texto constitucional – quanto maior o texto, maior a frequência das emendas. Com base em diversos elementos, ele chegou a conclusão de que um índice saudável de emendas por ano seria algo próximo a 1,0, sendo que a média entre os países por ele estudados foi 1,48.”

<sup>22</sup> conceito trazido por Rogério Arantes e Cláudio Couto no artigo: ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. **1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente**. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

institucionais distintos recaem sobre eles, especialmente no que se refere à questão anterior de alocação decisória, avaliada a partir da análise de capacidades.

## 1.2. A alocação da tomada de decisão: *Trade off* Constitucionalismo x Democracia

A conjugação de ambos os conceitos, democracia e constitucionalismo, traz à tona conflitos de diversas ordens. Se a democracia é concebida classicamente como a teoria do governo absoluto e o constitucionalismo, a teoria do governo limitado<sup>23</sup>, então somente com um balanço de perspectivas não anulatórias poderiam tais paradigmas ser maximizados sem que houvesse (i) sub representação de minorias e risco à própria empreitada democrática, bem como, (ii) sufocamento da vontade popular e da autonomia do cidadão de tomar decisões para o destino coletivo.

A constituição se auto impõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando ambos. Assim, a conjunção entre constitucionalismo e democracia remete a outra, que está na sua base, qual seja, entre soberania e poder constituinte.<sup>24</sup> Neste sentido, um irremediável *trade-off*<sup>25</sup> se faz necessário para que nenhuma máxima possa prosperar. Isso significa que a resolução deste conflito envolve um custo em termos de oportunidade renunciada, tendo em vista a existência de mais de um resultado desejável ou satisfatório a partir da ponderação.

Neste seguimento, constitucionalismo deve ser concebido ao mesmo tempo como condição e limite para o exercício dos direitos e para a ação política, com o poder constituinte se assemelhando à um impulso fundante<sup>26</sup> que, na própria constituição, permanece em tensão com os poderes constituídos. Dessa forma, a constituição passa a interagir com a vida social em uma relação de influências recíprocas, que levam à determinação do conteúdo constitucional.

---

<sup>23</sup> CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte*. Revista Direito FGV, São Paulo, 2010.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Por *trade-off*, entende-se a situação marcada pelo conflito de escolhas disponíveis, que se caracteriza em uma ação econômica que visa solucionar um problema de oportunidade renunciada, ou seja, aquele em que há custos e benefícios para qualquer opção adotada, devendo este custo, portanto, ser sopesado e considerado na tomada de decisão racional.

<sup>26</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. *Constitucionalismo e democracia - soberania e poder constituinte*. Revista Direito GV, São Paulo. p. 165. Jan-Jun 2010.

Na Constituição de 1988, tanto pelo contexto político social como pela atuação de grupos de interesse e arranjos da ANC, de acordo com Daniel Sarmento<sup>27</sup>, abundam normas casuísticas, editadas para a proteção de interesses corporativos - policiais, antigos membros do Ministério Público, donos de cartório, etc. Em certas áreas, como Previdência Social, regime dos servidores públicos e sistema tributário, o nível de detalhamento chega às raias do absurdo. Ocorre que como muitas pautas foram constitucionalizadas<sup>28</sup>, acredita-se que a perpetuação dos altos níveis de constitucionalização possa estar relacionada a um custo de governabilidade, que tornaria imprescindível a constitucionalização frequente para implementação de projetos de Estado e de Governo.

Nesse sentido, governos democraticamente eleitos seriam obrigados a arcar com os custos de governar por meio de maiorias qualificadas para aprovar emendas constitucionais condizentes com seus compromissos eleitorais, produzindo o efeito contrário à esperada adesão ao acordo constitucional ao sujeitar a própria Carta à instabilidade das mudanças frequentes. Ademais, se a cada alteração social significativa novas emendas devem ser editadas, o custo da governabilidade é incrementado de forma substancial na medida em que impõe a necessidade de apoio de ⅔ do Congresso Nacional para implementação de programas de governo.

### **1.2.1. Arranjo institucional adotado pelo constituinte e as emendas constitucionais**

A Constituição, que completa aniversário de 31 anos este ano, é 44% maior do que quando foi promulgada<sup>29</sup>, tendo sido emendada, até o presente momento, 109 vezes (somadas as quatro emendas constitucionais de revisão). Indaga-se se o arranjo institucional adotado pelo constituinte, e aprofundado por emendas posteriores, caracterizado pelo crescimento

---

<sup>27</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. Revista de Direito do Estado, 2006.

<sup>28</sup> Rogério Arantes e Cláudio Couto denominam a nossa constituição atual como “*policy oriented*”, levando em consideração especialmente a grande quantidade de normas classificadas pelos autores como típicas de políticas públicas contidas no texto constitucional. Nesse sentido, indicam os autores que as normas decorrentes do constituinte foram um impulso para essa forma de produção normativa centrada na constituição. Ver: ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. **1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente**. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). **A Carta: para entender a constituição brasileira**. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

<sup>29</sup> ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. **1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente**. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). **A Carta: para entender a constituição brasileira**. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

estrutural e complexização normativa, não agrava certas disfunções crônicas do processo político brasileiro, em especial a falta de estabilidade da cultura constitucional.

No mais abrangente estudo sobre o tamanho da constituição nacional e os seus reflexos para o contexto político, Rogério Arantes e Cláudio Couto denominam o nosso tipo de texto constitucional *policy oriented*<sup>30</sup>, entendido como aquele que desce ao plano governamental e constitucionaliza políticas públicas. Conforme analisado pelos autores até 2018, os 105 emendamentos constitucionais resultaram no saldo de 159 dispositivos classificados como *polity*<sup>31</sup>, e 656 dispositivos classificados como *policy*, de modo que 80,5% do crescimento do texto constitucional decorre de novas políticas públicas constitucionalizadas.

Os autores apontam ainda que em matéria de direitos civis e políticos, o acréscimo de texto se deu na porcentagem de 1,1% e, com relação aos direitos materiais, o acréscimo foi de 4,1%. Por essa razão, argumenta-se a constituição brasileira é uma das maiores do mundo não por motivos de cidadania, ainda que a Carta tenha incorporado aspectos relevantes nesse sentido. Segundo o estudo elaborado por Zachary Elkins, James Melton, e Tom Ginsburg<sup>32</sup>, o Brasil ocupa o quarto lugar no quesito tamanho de constituição, comparativamente às outras constituições ao redor do mundo, porém, no que se refere ao número de direitos, ocupa o septuagésimo nono lugar.

Nesse sentido, constata-se que a própria Carta com seus dispositivos originários impulsionou a política constitucional<sup>33</sup> a tal ponto que nenhum governo pós 1988 deixasse de emendar a constituição, independentemente da sua colocação no contexto político partidário, trazendo então a atividade política governamental para o âmbito constitucional. Ocorre que a

---

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> Esse saldo positivo corresponde ao balanço entre dispositivos acrescentadores e revogadores de texto, relevante para a análise matemática do crescimento da Constituição.

<sup>32</sup> Banco de dados “*Number of Rights*” elaborado por Elkins, Ginsburg, Melton. Cambridge University Press, 2009. Disponível em: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>, estudo mencionado no artigo de Arantes e Couto, de 2019.

<sup>33</sup> ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019. “Esse arranjo institucional produz uma permanente e acirrada política constitucional. Por política constitucional, entendemos toda atividade do sistema político que tem a Constituição como objeto e particularmente aquela que resulta em alterações constitucionais, seja por emendamento formal, seja por interpretação judicial dos tribunais. A existência de muitas políticas públicas no texto da Constituição exacerba a política constitucional, tornando corriqueiro em nosso caso o que seria excepcional noutros contextos - nos quais a Constituição apenas contém normas materialmente (ou seja, propriamente) constitucionais.



sustentação dessa forma de interação se dá através de altos custos de coalizão, especialmente no contexto de multipartidarismo fragmentado, como é o brasileiro.

A necessidade de emendamento pelo governo federal para implementação de projetos políticos impõe o bom relacionamento do Presidente da República com ao menos  $\frac{3}{5}$  do Congresso Nacional, coalizão suficiente para aprovação de emendas. Desse modo, como a governabilidade depende da boa relação entre executivo e legislativo, dificultada no contexto de multipartidarismo, o alto grau de divergência política (refletida no número de partidos políticos) é acomodado no arranjo de presidencialismo de coalizão, procedimentalizado através da troca de favores políticos, como distribuição de cargos e ministérios a partidos dispostos a formar a base governista e, conseqüentemente ter poder para influenciar a alocação de recursos e definição de políticas públicas.

Contudo, cabe esclarecer que não é o arranjo constitucional que impõe a relação de troca de favores, mas o comportamento de seus agentes, de modo que o problema apontado é de índole sociológica, e não intrinsecamente institucional. No entanto, como essa é uma prática reiterada pelos agentes políticos, os seus comportamentos passam a influenciar também o desenho institucional, que se retroalimenta da política constitucional.

Essa forma de arranjo centrada na constituição acaba também por concentrar poder e recursos em Brasília, de modo que os deputados federais, para conseguirem implementar projetos, ainda que locais ou regionais, têm que recorrer ao governo federal, tendo em vista que os governos estaduais e municipais carecem de recursos próprios de forma suficiente a sustentar suas autonomias. Esse é um problema do federalismo, que traz muitos efeitos negativos como a distribuição de recursos baseada não em prioridades ou programas estratégicos, mas barganha política<sup>34</sup>.

Em grande medida acredita-se que a opção pelo crescimento ininterrupto do texto constitucional, em um ciclo que se retroalimenta, seja também decorrência do interesse de uma determinada maioria limitar as possibilidades de veto de outros atores institucionais, como o controle constitucional pelo Poder Judiciário e o Federalismo. Isso porque a política constitucional impõe o alinhamento de diretrizes das unidades subnacionais e diminui as chances de tais políticas serem questionadas no Judiciário.

---

<sup>34</sup> ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro*. Companhia das letras, 2018.

Já do ponto de vista do federalismo fiscal, as regras de transferências vigentes no Brasil produzem desigualdade uma vez que os seus efeitos não são redistributivos. Segundo Marta Arretche, a novidade de 1988 consistiu em tornar os percentuais dos impostos federais a serem transferidos aos governos subnacionais os mais elevados da história fiscal, de modo que o conjunto de regras orientadas a reduzir a desigualdade de capacidade de gasto dos governos subnacionais acabam por produzir apenas uma compensação limitada para as desigualdades de capacidade de arrecadação, estando longe de privilegiar as unidades que concentram maior necessidade.<sup>35</sup>

Do ponto de vista do controle constitucional pelo Poder Judiciário, cabe esclarecer que emendas constitucionais somente são passíveis de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e no caso de ofenderem as cláusulas pétreas da Constituição<sup>36</sup>. Nesse sentido, a constitucionalização afeta o âmbito de liberdade da interpretação judicial, que passa a ter que observar pressupostos metodológicos e finalísticos do princípio da interpretação conforme a Constituição, sem adentrar no mérito da escolha do constituinte. Por outro lado, políticas ordinárias não constitucionalizadas podem ser impugnadas judicialmente de forma mais ampla tanto do ponto de vista material como procedimental, uma vez que as matérias alegadas para impugnação não se limitam aos dispositivos do Art. 60, § 4º da CRFB e a quantidade de legitimados para proposição de ações também é muito maior.

Pelo exposto, acredita-se que a opção pelo emendamento constitucional possa ser uma estratégia de blindagem em relação a políticas que por vezes não encontram muita adesão, de modo que da constitucionalização resulte o entrincheiramento dessas pautas. Nesse sentido, as deliberações majoritárias e o questionamento judicial se limitam à pautas marginais da política proposta, considerando que políticas mais resilientes talvez utilizem outros meios, que não a constitucionalização, para se manterem<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Vide ARRETICHE, Marta. *Transferências fiscais no Brasil*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

<sup>36</sup> De acordo com o Art. 60, § 4º da CRFB, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>37</sup> ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. **1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente**. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019. p. 50. “O caso da assistência social (...) ilustra bem esse trade-off. Como nessa área a policy não foi constitucionalizada em 1988, salvo pela adoção de princípios gerais, os formuladores da política - que tiveram êxito de concebê-la em larga escala - não defenderam sua constitucionalização, apostando em sua própria capacidade hegemônica e preferindo não dividir decisões sobre seu desenho em troca da estabilidade constitucional.”

## 1.2.2. Jurisdição constitucional e judicialização

Se por um lado a constitucionalização blinda a interferência do Poder Judiciário em questões centrais, por outro, nas questões marginais, a demanda por interpretação e efetivação de direitos via judicial é bastante encorpada. Uma constituição que regulamenta uma quantidade significativamente grande de políticas públicas – objetos por excelência das ações dos governos – chama o Judiciário a tomar decisões sobre matérias que se tornaram constitucionais apenas por sua inscrição no texto constitucional<sup>38</sup>, mas cujas deliberações possuem caráter eminente político<sup>39</sup>.

Esse fenômeno, judicialização da política, pode ser compreendido, nas palavras de Rodrigo Brandão, como o processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, como nunca, questões políticas importantes. Citem-se as decisões acerca do controle judicial do processo de impeachment de dois presidentes da República, da constitucionalidade de emendas constitucionais e o julgamento de ação penal em face de relevantes atores políticos (“mensalão” e “lava jato”)<sup>40</sup>.

Inúmeros são os fatores que fomentam a judicialização da política atualmente, contudo, para este trabalho, me atentarei a três: fracionamento de poder, incerteza eleitoral e constitucionalização abrangente. Essas abordagens foram selecionadas dentre aquelas

---

<sup>38</sup> ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *Por que muda e como muda a Constituição? Problemas de controle sobre a agenda governamental*. 32º Encontro Anual da ANPOCS, 2008.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. RDA - Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005. Em seu artigo, Barroso cita alguns exemplos relevantes em que o Supremo Tribunal Federal é chamado a tomar decisões políticas em diversas áreas: “(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal; (iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas. a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.”

<sup>40</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2013.

estabelecidas no trabalho do Rodrigo Brandão<sup>41</sup>, dada a estreita relação que apresentam com o próprio fenômeno constitucional, conforme se demonstrará.

Por fracionamento de poder entende-se a consequência do desenho institucional adotado pelo constituinte no tocante ao sistema político brasileiro. A escolha pela adoção dos modelos presidencialista de governo, de Estado federativo, de sistema proporcional de votos e, posteriormente, pela criação de agências reguladoras, marca um arranjo institucional de fracionamento do exercício do poder político. A judicialização, neste caso, decorre dos conflitos derivados da coordenação desses poderes, de modo que o Poder Judiciário é chamado, com frequência, para definir fronteiras que demarcam a competência desses poderes.

Por incerteza eleitoral entende-se a motivação para o entrincheiramento constitucional dos grupos de interesse, que vislumbram na constituição uma espécie de seguro contra os riscos de uma derrota eleitoral, pois tende a garantir-lhes que as regras básicas do processo democrático e um núcleo mínimo de sua “proposta política” não serão alterados em favor do grupo majoritário<sup>42</sup>. A judicialização, neste caso, decorre da garantia de efetividade da normatividade constitucional.

Por constitucionalização abrangente entende-se a característica da constituição brasileira de possuir um conteúdo muito amplo, tanto em decorrência do processo decisório estipulado na Assembleia Constituinte (conforme abordagem do tópico 1.1.), como pela prosperidade das emendas constitucionais pós 1988. A judicialização, neste caso, decorre do controle de constitucionalidade das atividades legislativa e administrativa e possibilidade de imposição de deveres de agir aos demais poderes.

Efeito do contexto descrito é o dado de que entre a promulgação da Constituição, em 1988, e novembro de 2019 foram ajuizadas 6.198 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 67 ações declaratórias de constitucionalidade e 619 arguições de descumprimento de preceito fundamental<sup>43</sup>, evidenciando o alto grau de conflituosidade da gramática constitucional brasileira. Repise-se, compete somente a um Poder dar a palavra final sobre adequação à Constituição de atos de qualquer dos Poderes - este Poder é o Poder Judiciário, e não o poder como um todo, mas seu órgão máximo, que no caso brasileiro é o STF.

---

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> *Idem.* p. 184.

<sup>43</sup> Estatísticas do STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Disponíveis no endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp>

Neste caso, a influência do desenho institucional traçado na constituinte tem também grande contribuição para a crescente judicialização. O constituinte de 1988, certo de que a ameaça aos direitos fundamentais poderia originar-se dos atos legislativos, robusteceu o sistema brasileiro de jurisdição constitucional<sup>44</sup> e conferiu aos órgãos de justiça amplos poderes para interpretar e garantir efetividade das normas constitucionais<sup>45</sup>. Nesse sentido, a ampliação de direitos e mecanismos de reivindicação em juízo também impulsionou a ascensão institucional do Poder Judiciário.

No entanto, argumenta-se que o relevo político das matérias submetidas à Corte é mais importante que o aspecto quantitativo dos pleitos atendidos pelo Supremo, inclusive porque uma forma de inviabilizar o funcionamento da Suprema Corte é dotá-la de um rol de atribuições inexequível e de reduzida importância.<sup>46</sup> A filtragem constitucional se coloca, portanto, do ponto de vista jurisdicional, como proposta de concentração de esforços na garantia do que apresenta relação estreita com as finalidades democráticas, o que envolve a valorização de dispositivos com caráter público e geral, e não segmentado, como o são políticas públicas.<sup>47</sup>

A existência de uma jurisdição constitucional parece ter se tornado um requisito de legitimação e credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos.<sup>48</sup> Ocorre que o Poder Judiciário não pode ser o centro gravitacional da democracia brasileira, de modo que, conjuntamente à aplicação do filtro sobre a gramática constitucional, deve-se trabalhar pelo diálogo institucional na resolução de controvérsias, de modo a contribuir para que o exercício da democracia se dê de forma sistêmica, com a legitimidade reconhecida para tanto dos diversos atores institucionais.

Nesse sentido, acredita-se que alguma desconstitucionalização combinada com fracionamento de poder pode ser substancialmente benéfica para a redução das altas taxas de judicialização, considerando a possibilidade de outras instituições darem a última palavra em

---

<sup>44</sup> SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do Estado, 2006.

<sup>45</sup> *Idem*. “No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.”

<sup>46</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2013. p. 199.

<sup>47</sup> Alguns atuais e ex Ministros do Supremo Tribunal Federal, como Dias Toffoli, Cezar Peluso, Carlos Velloso e Nelson Jobim vem defendendo a redução da Constituição Federal a fim de tratar dos problemas descritos.

<sup>48</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014. p. 8.

contextos que se mostrarem mais capacitadas a fazê-lo, como por exemplo agências reguladoras, prefeituras, etc. De igual modo, acredita-se que a desconstitucionalização com fracionamento de poder é favorável à democratização de garantias, em oposição ao que faço referência como entrincheiramento constitucional. Essa aposta leva em consideração especialmente os custos que a pulverização da disputa por interesses acrescenta.

Contudo, cabe ressaltar que essas propostas serão desenvolvidas propriamente no terceiro capítulo, momento em que redimensiono a perspectiva de desconstitucionalização no contexto de Estado Administrativo, escolha justificada pela abordagem de custos feita no segundo capítulo. Por fim, é importante ainda mencionar que o que se propõe não é a retirada massiva de poderes do Judiciário, mas o compartilhamento de últimas palavras com outras instituições em matérias não tipicamente constitucionais.

### **1.3. Auto-contenção e retorno às normas materialmente constitucionais**

O arranjo institucional adotado pelo constituinte de 1988 alargou em grande medida as responsabilidades constitucionais e consagrou um ideal de constitucionalização enquanto locus de proteção, fortalecido tanto pelo sentimento constituinte como pelo reforço retórico dos poderes legislativo e judiciário. Conforme buscou-se demonstrar, é de suma importância perceber o símbolo da Constituição Democrática para compreender o seu apreço social, que muito corrobora para a perpetuação do modelo de entrincheiramento, pelo qual corporações e grupos econômicos fortalecidos são auto interessados.

Nesses 31 anos de constituinte institucional os efeitos da ubiquidade constitucional puderam ser sentidos de diversas formas, tais como alta exigência de coalizão política, que estabeleceu a barganha como condição de governabilidade, bem como no afastamento de muitas pautas políticas do alcance da maioria. Tanto do ponto de vista federal como jurisdicional, a constitucionalização do debate afasta dos seus atores a participação no processo de construção da aplicação da normatividade. Por essas razões, defende-se a realização de uma filtragem constitucional que descarte trivialidades do espectro de proteção do constitucionalismo de forma a reforçar os seus valores mais caros.

Trata-se de uma faceta mais virtuosa do processo de constitucionalização do direito que busca resguardar os princípios e valores mais fundamentais. A busca pelo fortalecimento

do seu espectro de proteção considera ser relevante não apenas as matérias a serem resguardadas, mas, principalmente, as descartadas, que merecem tratamento pela normatividade infraconstitucional, e portanto, sob o debate majoritário, com influência dos entes federados, processo de interpretação judicial e administração pública. É a partir do ideal regulador da igualdade que se trava a proposição. De um lado, deve-se assegurar a todos os cidadãos a possibilidade de participação no processo de decisão de assuntos comunitários, e, do outro, resguardar as condições e capacidades de sua atuação (o que se concretiza a partir da igualdade substancial, que é material) a partir da constitucionalização e proteção de liberdades moralmente importantes, que, por sua vez, devem ser estabelecidas sob consenso comunitário visando uma razão pública, adotada no sentido rawlseano<sup>49</sup>.

Nesse sentido, o modelo de compatibilização objetiva uma constituição mais enxuta mas não menos social, que em primeiro plano leva em consideração as capacidades institucionais dos atores do jogo democrático para o estabelecimento do seu plano de atuação, além de impor, prospectivamente, o *accountability* da metodologia de raciocínio, de modo a tornar o seu comportamento controlável intersubjetivamente. Em segundo, a própria redução da normatividade constitucional se relacionaria com uma melhor compreensão dos agentes sobre suas competências, possibilitando, portanto, um diálogo institucional maior e respeito às decisões adotadas pelos demais poderes.

Seguindo essas recomendações de não mistificação das capacidades institucionais, a Constituição deixa de ser vista como fonte de resposta para todas as questões jurídicas e passa a ser possibilitadora do confronto de forças concretizantes das finalidades constitucionais. Para tanto, é imperioso trabalhar no sentido da estruturação de standards abstratos para ponderações de interesse e fortalecimento da cultura constitucional, entendida, de forma realista, como aquela que dialoga com as necessidades comunitárias. Ao contrário, no atual estágio, como os interesses em negociação na arena constitucional são conflitantes e sujeitos a contestações frequentes, é de se esperar que a Carta se converta em um campo de disputa

---

<sup>49</sup> Razão pública formulada por John Rawls é pautada na ideia de que os cidadãos devem razoavelmente acreditar que todos os cidadãos podem razoavelmente aceitar a aplicação de um conjunto específico de leis básicas. Não é razoável que os cidadãos tentem impor o que vêem como toda a verdade sobre os outros - o poder político deve ser usado de maneira que todos os cidadãos possam razoavelmente apoiar. Com sua doutrina da razão pública, Rawls estende esse requisito de reciprocidade para aplicar diretamente à maneira como os cidadãos explicam suas decisões políticas uns aos outros. Em essência, a razão pública exige que os cidadãos sejam capazes de justificar suas decisões políticas entre si usando valores e padrões publicamente disponíveis. (tradução livre obtida a partir de publicação em [Stanford Encyclopedia of Philosophy - John Rawls](https://plato.stanford.edu/entries/rawls), 2017. Disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/rawls> ).

política constante, mudando não porque é flexível e aberta, mas principalmente porque é capturada e questionável.<sup>50</sup>

## CAPÍTULO II - DA EXTRAVAGÂNCIA AO RECATO

No primeiro capítulo deste trabalho busquei explicitar os fatores que tornaram a Constituição de 1988 ambiciosa, ubíqua e detalhista. A partir de então, estando delimitado o problema de pesquisa, neste tópico do trabalho passarei a tratar do seu objeto especificamente, qual seja, a exploração do que trato como extravagante na gramática constitucional, considerando ser este o contexto mais próximo ao constitucionalismo brasileiro, motivo pelo qual defenderei o recato enquanto hipótese. Por fim, pretendo contribuir com algumas especulações acerca de possíveis modelos de compatibilização e filtragem constitucional.

O principal argumento trazido neste capítulo é o das capacidades institucionais. A partir do questionamento “por que deve a Constituição, levando em consideração seus méritos e limitações específicas, e não outras instituições<sup>51</sup>, enfrentar determinadas questões”,<sup>52</sup> levantarei perspectivas interinstitucionais para tratar da temática, o que impõe um ônus empírico inevitável na análise de consequências. Para tanto, coloco o objeto de pesquisa em debate com a teoria do constitucionalismo dirigente, principalmente no tocante aos custos de transação envolvidos na perpetuação da lógica estruturada por este modelo.

Em primeiro lugar, é importante destacar o meu ponto de partida, que é a resignação ao paradigma do constitucionalismo dirigente. Esclareço que a crítica se dirige às práticas institucionais replicadoras dessa lógica e não à teoria em si, dado que os próprios autores que podem ser considerados referenciais teóricos na matéria vem criticando e revendo seus

---

<sup>50</sup> ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019. p. 50.

<sup>51</sup> Neste ponto abordo o conceito de instituições como regras do jogo, no sentido estipulado por Douglas North em seu livro “*Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*”. Parte-se desse paradigma para que, posteriormente, possa-se relacionar a questão dos custos de transação a partir das instituições estabelecidas. Ver: NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*; tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

<sup>52</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 28, 2002.



posicionamentos<sup>53</sup> sobre o tema, refletindo sobre os problemas da aplicação desta teoria. No entanto, apesar do seu desgaste teórico, o fato de a concepção dirigente ter sido adotada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987 - 1988<sup>54</sup> fez com que as produções constitucionais seguintes (emendas) reproduzissem essa lógica, motivo pelo qual passo a explicá-lo.

Esse modelo dirigista busca contrapor a ideia de Constituição enquanto instrumento de governo a partir do entendimento de que organizar e racionalizar poderes pressupõe alguma medida material para o seu exercício<sup>55</sup>. Nas palavras de Gilberto Bercovici<sup>56</sup>, a constitucionalização de tarefas torna mais importante a legitimação material, embora não substitua (e nem deveria) a luta política, desencadeando assim a dinamização da constituição. Isso porque, de acordo com essa linha de argumentação, a definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política conjuntural dos governos, dado que merecem alocação constitucional.

Ocorre que a operacionalização desse ideal se perfaz com uma Constituição programa que impõe um quadro de políticas públicas e atuação em larga escala do Poder Executivo e Legislativo alinhada às finalidades estabelecidas no texto constitucional. Dessa forma, conforme se buscará demonstrar, esse modelo de Constituição totalizante tolhe a liberdade do legislador e a discricionariedade do governo, sendo, portanto, um empecilho à renovação da direção política e confrontação partidária, se mostrando então incondizente com um Estado eficiente. Ele condiz em grande medida com um Estado centralizado, o que, por sua vez, pode se mostrar inoperante e estagnado, inconsistente portanto com pressupostos fundamentais de cidadania e participação.

Muitas das vezes esse modelo de constitucionalismo acaba ficando imune à críticas pelos fundamentos que se apresentam para sua configuração, em especial no tocante ao ideal garantista. No entanto, um diálogo sério deve perpassar a dicotomia simplória entre (i) Constituição tipicamente liberal, como instrumento de governo, definidora de competências e

---

<sup>53</sup> Os próprios autores que são referenciais teóricos do constitucionalismo dirigente, como José Gomes Canotilho, vêm criticando a teoria há algum tempo. Veja-se, sobre o tema, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. 2011.

<sup>54</sup> BERCOVICI, Gilberto. *O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. São Paulo: Editora Lua Nova, 2013. p. 319.

<sup>55</sup> BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999.

<sup>56</sup> *Idem*.

reguladora de procedimentos; e (ii) Constituição transformadora da realidade social, que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade; vez que esta última finalidade não tem subsunção necessária com nenhuma teoria pré definida. O que se pretende, portanto, é defender um modelo realista, comprometido com as finalidades constitucionais nos setores econômico, social e cultural, que não se limite à mera restrição da discricionariedade ou liberdade de conformação do legislador quanto aos seus fins.

Nesse sentido, defende-se um modelo de desenvolvimento pautado no fortalecimento do Estado a partir da complexização de sua burocracia, que se perfaz com a atuação de diversos atores institucionais, que agem de forma integrada na persecução de finalidades constitucionais. Para esse fim, toma-se por parâmetro a Teoria do Estado Administrativo na perspectiva de Adrian Vermeule<sup>57</sup>. Por esse motivo, considera-se a possibilidade de estruturação de mecanismos de participação uma variável importante para avaliação do lugar mais adequado para a tomada de decisão, uma vez que uma autêntica democracia de escolhas deve ser permeável à decisões sobre as formas de se executar os projetos de Estado, em consonância com os interesses reais da sociedade.

## **2.1. Teoria de *second best* enquanto ponto ótimo da constitucionalização do direito**

A perenização do processo constituinte ao longo da história da Constituição de 1988<sup>58</sup>, as lutas políticas em torno dos seus termos e o seu símbolo para o imaginário brasileiro fizeram da Constituição não apenas o lugar de respaldo de decisões fundamentais, tradicionalmente compreendidas como estabelecimento das regras do jogo, dos direitos individuais e materiais e definições de Estado e Nação. Hodiernamente o constitucionalismo abrange políticas de governo, fenômeno que, por sua vez, não tem nenhuma relação necessária com uma maior preocupação em ver conformada a realidade.

---

<sup>57</sup> VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation*. Harvard University Press, 2016.

<sup>58</sup> Conforme abordado no capítulo anterior (vide tópico 1.2.2), a Constituição de 2018 é 44% maior em relação ao seu texto original, pós promulgação, e 80,5% do seu crescimento decorre constitucionalização de novas políticas públicas. Para mais informações, ver estudo: ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

Essa configuração, resultante do longo processo de valorização do constitucionalismo dirigente, foi muito além da definição dos fins do Estado em sentido material. Essa é uma dicotomia simplória que reduz o debate aprofundado. Isso porque os problemas desencadeados pela perpetuação do dirigismo perpassam a questão da previsão material de direitos e garantias. Neste diapasão, a proposta de enxugamento do texto constitucional não tem por vista a eliminação de objetivos constitucionais ou dos seus recursos de efetivação, quando atinentes a objetivos comuns da sociedade. O que se pretende é justamente que os fins do Estado não derivem da vontade política conjuntural de grupos segmentados, o que se assemelha, em grande medida, à premissa usada por Bercovici para defesa do dirigismo constitucional.

Desse modo, tendo em vista que as premissas são próximas, somente a análise consequential é capaz de respaldar a forma como uma ou outra teoria dialoga com a realidade. Por esse motivo foram levantados<sup>59</sup>, no capítulo anterior, estudos que tratam do impacto da normatividade bem sucedida dos processos de emenda constitucional pós 1988. A análise desses dados é conclusiva quanto à crescente constitucionalização de políticas públicas, ou seja, normas que atendem à demandas específicas. Isso significa que, a *contrario sensu* do esperado, mais constitucionalização não implica necessariamente maiores garantias ou direitos sociais, podendo, ao revés, implicar mais entrincheiramento de privilégios<sup>60</sup>.

O segundo argumento que respalda a noção de que o dirigismo constitucional pode não ser o modelo ideal para, de forma comprometida com aspectos democratizantes<sup>61</sup>, perseguir as finalidades constitucionais, é o de que uma constituição inchada não possui objetivos claros. A persecução do objetivo de transformar a realidade exige concentração de esforços, o que por sua vez, é inconciliável com a vastidão de pautas abarcadas no texto

---

<sup>59</sup> Nesse sentido: ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. **1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente**. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). **A Carta: para entender a constituição brasileira**. São Paulo: Editora Todavia, 2019. no que se refere à originalidade da normatividade Constitucional e COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, governo e democracia no Brasil**. RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21, 2006. ou ROSILHO, André. **A constituição de 1988 e suas políticas em quatro anos**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e políticas públicas**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. no tocante à constitucionalização de matérias após a promulgação da Constituição de 1988.

<sup>60</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 143. "Por décadas o direito público tem sido o objeto da maior parte das ações judiciais do dia a dia, com larga predominância de dois temas: os tributários e as vantagens funcionais dos servidores públicos."

<sup>61</sup> Aspectos democratizantes aqui tratados como aqueles interessados no desenvolvimento conjunto, da sociedade como um todo, ou seja, atinentes à objetivos gerais e amplos, e não setorizados/ segmentados.

constitucional brasileiro. A condução e incentivo do processo social deve contar com metas bem delimitadas, tornando imperioso o abandono de políticas públicas da gramática constitucional.

Argumenta-se ainda que o contexto de ubiquidade constitucional tolhe a liberdade do legislador e a discricionariedade do governo na medida em que assume o lugar de decisor dos termos de efetivação das previsões constitucionais. Se por um lado é importante que a normatividade constitucional tenha aderência ao seu campo de proteção, sendo eficaz nos valores humanísticos que postula, por outro não é desejável que ela seja ubíqua e determine todas consequências dos atos e relações na vida social, sob o risco de prejudicar a renovação da direção política confrontação partidária. Nesse sentido, a lógica totalizante condiz com um Estado centralizado, e não mais democrático, que preza pela participação da sociedade na resolução dos problemas. Isso porque, institucionalmente, o constitucionalismo não é capaz de dialogar com a sociedade na construção da normatividade.

Desse modo, seguindo a linha do que foi abordado no capítulo anterior, questiona-se o por quê de a Constituição, com seus empecilhos de captação da vontade popular no tempo, rigidez para alteração, com as restrições que impõe à deliberação majoritária e vinculação que acarreta para todos os outros ramos de normatividade, e não outras instituições, enfrentar questões de desenho de políticas conjunturais. Essa pergunta norteará todo o capítulo e não tem uma resposta definitiva. O objetivo desta pesquisa é agregar em reflexões quanto à possibilidade e viabilidade de um modelo alternativo mais do que oferecer respostas fechadas quanto à pergunta que se coloca.

Nesse sentido, a Teoria do Estado Administrativo assume o papel da escolha de segunda ordem. Isso significa que, diante da discrepância entre o plano ideal e a realidade em que a norma vai operar, opta-se pelo repúdio às tentativas de aproximação das condições de idealidade pressupostas pela teoria de primeira ordem, neste caso, a teoria da constituição dirigente<sup>62</sup>. Em seguida, depois de apresentada a necessidade de adequação de posturas institucionais e métodos de alocação decisória, defender-se-á um modelo de desenvolvimento pautado no fortalecimento do Estado a partir da complexização de sua burocracia, que se

---

<sup>62</sup> WERNECK, Diego; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 38. p. 6 a 50. jan/jun 2011.

perfaz com a atuação de diversos atores institucionais, que devem agir de forma integrada na persecução de finalidades constitucionais.

Essa proposta diverge da teoria de primeira ordem quanto à estratégia. O dirigismo constitucional é pautado na centralização de poder decisório, alocado, em grande medida, no texto constitucional, que por sua vez possui um rígido processo de alteração, ao passo que a Teoria do Estado Administrativo aposta na descentralização de competências decisórias a partir do critério da especialização funcional. Nesse sentido, diversas instituições, a depender dos seus envolvimento com as pautas e conhecimento de causa, estariam mais aptas a tomar determinadas decisões. Essa perspectiva é relevante para superação da lógica binária de alocação decisória (Lei x Constituição) e contribui com uma perspectiva que compreende as realidades subnacionais pelas suas especificidades, apostando no melhor gerenciamento das dificuldades de se adaptar os problemas à contextos distintos a partir da diversificação da competência.

Cabe esclarecer que o argumento de capacidades institucionais é usado por ser viável, do ponto de vista do direito positivo, que as políticas públicas sejam tratadas tanto no plano constitucional como infraconstitucional, sem que a alocação em uma outra instituição acarrete restrições a outros objetivos relevantes, além daqueles que estão em debate. Nesse sentido, a análise interinstitucional tem bastante a contribuir para o redimensionamento do paradigma valorativo na medida em que se apresentam instrumentos normativos e capacidades reais diferentes das do Constitucionalismo.

A Teoria de Estado Administrativo, vislumbrada na presente pesquisa, trabalha com a ideia de que o olhar a partir da expertise ressalta virtudes importantes que devem ser consideradas nas decisões que o Estado deve tomar, impactando na representatividade e efetividade dos seus resultados. Isso por considerar que essas outras instituições, que passariam a ter um papel mais ativo nas escolhas estatais, tais como agências reguladoras e Congresso, têm desenhos institucionais mais adequados para exercer determinadas funções de forma mais integrada e alinhada às diversas realidades. Para tanto, não se deve desconsiderar a incerteza na determinação da condição das escolhas institucionais para promover, no futuro, determinados fins relevantes, o que torna imperioso lidar com a possibilidade de erro por atores institucionais com capacidades limitadas.

Contudo, deve-se ter em mente a relevância do erro. Isso porque a classificação funcional também conta com a variável da capacidade de recepção de *feedbacks*, ou seja, analisa que instituições teriam melhores condições de lidar com esse erro, tanto pelas vias institucionais<sup>63</sup>, como pela reação social à medida<sup>64</sup>. Defende-se, portanto, o direito de errar por último da instituição mais capacitada para lidar com a matéria em pauta, dada a inevitabilidade de incertezas na persecução de fins comuns. Espera-se assim caminhar para o fortalecimento da tomada de decisão fundamentada na opinião popular, dos administrados ou governados, o que implica, em certa medida, abandonar o modelo altamente paternalista a partir da concessão de espaços de decisão.

## 2.2. Recato x paternalismo

O constitucionalismo brasileiro, apesar de estruturado sob o repertório da descentralização, se mostrou, ao longo do tempo, muito avesso ao seu próprio paradigma. Especialmente no que se refere à concentração de pautas no texto constitucional, constata-se, sob três principais pontos de vista, uma tentativa de imunizar o debate e, conseqüentemente, as estruturas da sociedade. Em primeiro lugar do ponto de vista da democracia, já que as questões não entram na agenda de deliberação social; em segundo sob a perspectiva do federalismo, tendo em vista a completude de assuntos tratados na constituição, que retiram a liberdade de conformação dos governos subnacionais às diferenciações locais e regionais; e, por fim, em relação à administração pública, que têm papel importante na realização e conformação da norma.

Este desenho tende a assumir uma postura fortemente paternalista pelos motivos que serão explicitados a seguir. Contudo, em primeiro lugar, cabe destacar a sua importância para

---

<sup>63</sup> Por exemplo: através da proposição de projetos de decreto legislativo impugnando atos normativos editados pelas agências, ou Ação Direta de Inconstitucionalidade da produção infralegal, etc.

<sup>64</sup> Através da participação popular nos mecanismos de deliberação (consultas e audiências públicas), seja no judiciário, seja nas instâncias administrativas, ou através de crowdlaw, que significa união de esforços para elaboração coletiva das leis que regem a sociedade, o que ocorre com a ajuda da tecnologia. Neste último caso há um repertório crescente de casos em todo o mundo onde os parlamentos, câmaras municipais e instituições públicas estão incentivando o envolvimento dos cidadãos na criação de novas leis, alavancadas por novas tecnologias (para mais informações ver catálogo CrowdLaw em GovLAB - Disponível através do endereço eletrônico: <https://catalog.crowd.law/index.html>)

o direcionamento de escolhas. As instituições ou seus agentes, a todo momento, fazem escolhas que afetam o comportamento de outras pessoas e isso, em si, é desejável em ampla medida, de modo que, independentemente do ponto de partida da pesquisa, o paternalismo deverá ser considerado. Isso por se tratar, a princípio, de um esforço em direção às escolhas mais favoráveis ao bem-estar comum e, portanto, benéfico que instituições públicas o incorporem. Ocorre que, a depender do ímpeto desse âmbito de proteção, algumas decisões acabam sendo afastadas de atores importantes.

Nesse sentido, a estratégia constitucional maximizadora<sup>65</sup> tomou para si um vasto campo decisório, adentrando, de forma detalhada, na determinação de diretrizes, mais se assemelhando, em algumas passagens, a instruções normativas<sup>66</sup>. Conforme destacado no capítulo anterior, a pressão que os grupos de interesse exerceram na Assembleia Nacional Constituinte, combinada com certa dose de imaturidade política dos constituintes, é responsável, em boa dose, pelo texto excessivamente detalhista da Carta de 1988<sup>67</sup>. No entanto, problema que se coloca é que o processo de constitucionalização não teve fim com a Assembleia Nacional Constituinte<sup>68</sup>, de modo que crescentes interesses foram sendo entrincheirados, afastados da deliberação das maioria e de outros atores institucionais, na ausência de mobilizações sobre os seus termos.

Tendo em vista que esse crescimento decorre, fundamentalmente, de constitucionalização de políticas públicas, temas dotados dos atributos da generalidade e controvérsia político partidária ou cuja retirada da Constituição não poria em risco os

---

<sup>65</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

<sup>66</sup> Por exemplo: disposição sobre a manutenção do Colégio D. Pedro II na órbita federal (art. 242, §2º; CRFB/88); Detalhamento excessivo em áreas como previdência social, regime dos servidores públicos e sistema tributário; Disposições sobre a quem deve pertencer os cartórios (arts. 31 e 32; ADCT), etc.

<sup>67</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*, 2006. *“Do ponto de vista histórico são compreensíveis as razões que levaram à adoção deste modelo constitucional inflado. As forças políticas presentes na Assembléia Constituinte desejavam assegurar, já naquele momento, os seus interesses e bandeiras. Calejadas por sucessivas decepções, elas não confiavam no legislador futuro, nem tampouco em como as cortes judiciais poderiam interpretar, mais à frente, afirmações principiológicas vagas que o constituinte viesse a estabelecer. Queriam, portanto, ver estampado no texto, da forma mais clara e minuciosa possível, a garantia do direito ou interesse por que lutavam. A pressão que exercitaram, combinada com uma certa dose de imaturidade política dos constituintes, é responsável, em boa dose, pelo texto excessivamente detalhista da Carta de 88”*

<sup>68</sup> Conforme trabalhado no capítulo anterior, a Constituição hoje é 44% maior do que quando foi publicada e, 80,5% do seu crescimento decorre de novas políticas públicas constitucionalizadas. Ver: ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

princípios fundamentais a que estão associados<sup>69</sup>, a criação de limites para a deliberação política majoritária é moralmente injustificável. Presume-se aqui que a constituição não pode ser fonte de todas as questões jurídicas já que essa configuração não possibilita o debate e o confronto entre os portadores de projetos alternativos para a concretização dos objetivos constitucionais. Dessa forma, o que se aborda como paternalismo demais é a antecipação desses conflitos a partir de respostas já dispostas na constituição, instituição<sup>70</sup> mais rígida e estável.

Nesse sentido, apresenta-se o paternalismo libertário<sup>71</sup> como alternativa a essa resposta constitucional uníssona, dado que se considera relevante a participação de diversos atores na construção de questões conjunturais. Essa forma de paternalismo é considerada branda por não vedar ou impedir as escolhas nas quais pretende influenciar o resultado. Nessa perspectiva os planejadores públicos não partem da antecipação de escolhas dos agentes futuros, mas, conscientemente, optam por direcioná-los às opções alinhadas com os objetivos fundamentais. Assim, com a intenção de proteger a manutenção dos valores constitucionais, deve-se encorajar instituições públicas e privadas na condução dos agentes a uma direção de promoção de virtudes, ao invés de concentrar esforços na performance do dirigismo.

A saída desse direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, perpassa pela valorização da eficácia reflexiva da norma, que deve assumir o papel de diretriz indireta da atuação da pluralidade de atores que entram em cena na conformação normativa. A centralização decisória nas arenas federais é o cerne do problema da concentração. Do ponto de vista do federalismo, a indução de escolhas dos governos subnacionais é alavancada tanto a partir da determinação de comportamentos específicos do governo como pelo controle de recursos fiscais. Nesse sentido, torna-se urgente a adoção de mecanismos de proteção institucional para evitar que a União exproprie receitas ou assumam para si a autoridade sobre impostos e políticas de competência dos governos subnacionais.

Assim, maiores oportunidades institucionais de veto serão dadas às unidades constituintes nas arenas decisórias centrais e suas autonomias para decidir políticas próprias

---

<sup>69</sup> Isso porque o detalhamento excessivo em matérias fundamentais também pode ser descartado, por refletir uma determinação restrita das manifestações do direito em questão.

<sup>70</sup> Especialmente neste aspecto, retomo a abordagem de instituição enquanto regra do jogo, na perspectiva de Douglas North.

<sup>71</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. *O paternalismo libertário não é uma contradição em termos*. Trad. Fernanda Cohen. Civilistica.com. Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015.



serão fortalecidas. Já no que se refere à Administração Pública, o problema é a centralização regulatória. Neste caso, os efeitos centrífugos decorrem do alinhamento entre os instrumentos de regulação federal e o modo de execução local. As vastas disposições constitucionais em termos de programas, fundamentalmente políticas públicas, interferem no modo de condução do gestor na implementação de programas. Ocorre que, neste caminho da regulação federal até a conformação local, muitos aspectos situacionais deveriam ter sido considerados. O gestor público exerce papel fundamental na condução de programas, dada sua enorme interação com a realidade objeto da norma.

Neste ponto, é central reconhecer que, inevitavelmente, haverá grande discricionariedade deste agente no momento de implementação dos projetos, dada peculiaridades que se apresentam durante o seu perfazimento. O que resta analisar, portanto, é a capacidade de adequação da norma a essa realidade, ou seja, se essa ampla normatividade condiz com as possibilidades reais de implementação da regulação federal. Caso contrário, a distância entre o projeto regulatório e a política efetivamente implementada será tão grande a ponto de não dialogarem. Resta, portanto, decidir, em termos administrativos, que tipo de normatividade é mais desejável.

Caso se preze por um diálogo pragmático maior, deve-se optar por regulamentos mais enxutos, capazes de delegar aos administradores futuros certas decisões importantes. Mesmo porque, sob os dois pontos de vista aqui tratados, vislumbram-se maiores possibilidades de recepção de interação social, tanto no planejamento da política, como na sua implementação e conclusão. Retoma-se, portanto, o argumento de que governos subnacionais e a administração pública descentralizada têm melhores instrumentos e condições de lidar com as manifestações e reações sociais aos programas de menor amplitude.

Nesse sentido, defende-se o recato do constitucionalismo, vislumbrado pela perspectiva de Estado Administrativo, a fim de valorizar as soluções de pequena escala, capazes de estabelecer um diálogo mais fidedigno com a realidade. Isso, por sua vez, atrai maiores competências e responsabilidades para atores institucionais diversos, que passarão a ter mais discricionariedade nas suas atuações. É exatamente neste ponto que se vislumbra a saída do paternalismo, qual seja, a partir da confiança de que esses outros agentes serão igualmente capazes de tomar boas decisões, fundamentadas pragmaticamente. Nos subtópicos

a seguir (2.2.1 e 2.2.2) serão apresentados os dois principais argumentos para a defesa do que se propõe.

### **2.2.1. Dos custos de transação associados à robustez do texto constitucional**

O primeiro argumento pela defesa do enxugamento constitucional é o de que a extensividade do texto constitucional impõe altos custos de transação para a tomada de decisão dos agentes e das instituições. Decidir o tamanho e nível de detalhamento da constituição impõe um *trade-off* entre minimizar o risco de que futuros agentes tomem decisões objetivamente erradas e custosas, que somente beneficiam interesses limitados, e minimizar o risco do aumento da incerteza decorrente da necessidade de “renegociar” regras básicas. Essa conta deve estar balanceada a fim de que se minimize os custos de alcançar decisões políticas e institucionais, bem como de implementá-las.

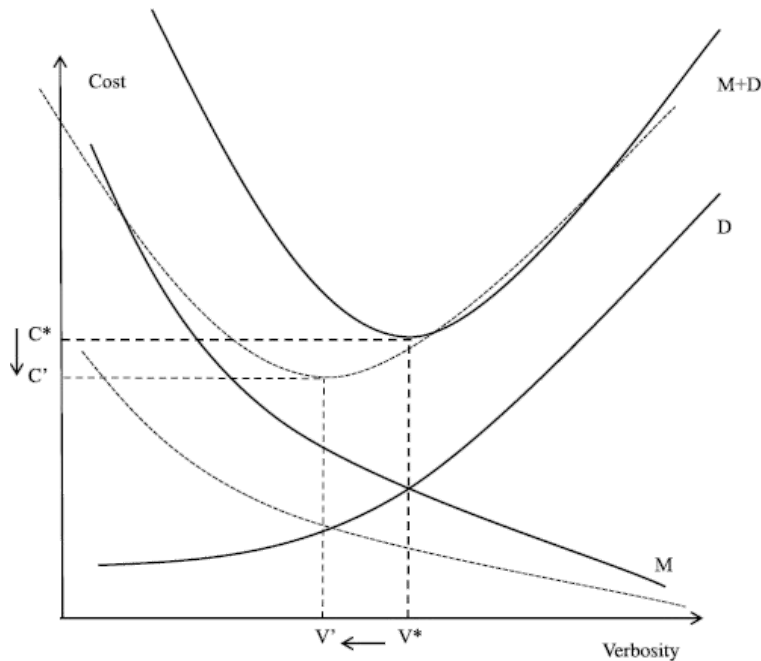
Estudos de análise comparativa<sup>72</sup> sugerem que os níveis de confiança nacional são de fato associados robusta e negativamente com o tamanho das constituições dos Estados. Dois são os custos envolvidos no debate constitucional: (i) custos de decisão e implementação decorrentes das limitações comportamentais impostas pela burocracia estatal; e (ii) custos de má conduta associados à necessidade de renegociação constitucional. Isso porque, de um lado, o mesmo custo de transação que pretende constranger o agente futuro também pode implicar na impossibilidade de esse mesmo agente encontrar soluções improvisadas de melhoria no bem estar dentro dos limites constitucionais.

Do outro lado, no tocante aos custos de má conduta, ocorre que limites muito estreitos podem ser impraticáveis a ponto de impor a necessidade de renegociação do texto constitucional, seja por emenda, reinterpretações ou substituição da Constituição por outra. Todos os casos conduzem a uma incerteza institucional a respeito da correta interpretação do desenho institucional futuro. Argumenta-se, portanto, que o ponto ótimo do desenho constitucional envolve necessários mas não excessivos limites que visem a constranger a

---

<sup>72</sup> BJORNSKOV, Christian; VOIGT, Stefan. Constitutional verbiosity and social trust. Springer Science + Business Media, New York, 2013.

futura potencial má conduta dos atores institucionais. Christian Bjornskov e Stefan Voigt, em seus estudos sobre a relação entre verbosidade do texto constitucional e a confiança social<sup>73</sup>, criaram um gráfico para ilustrar a equação envolvida no momento denominado “ponto ótimo”, contemplada na Fig. 1:



Fonte: BJORNSKOV, Christian; VOIGT, Stefan. Constitutional verbosity and social trust. Springer Science + Business Media, New York, 2013.

**Fig. 1.** Ponto ótimo da verbosidade constitucional. Notas: M se refere aos custos associados à má conduta (*misconduct*); D refere aos custos associados à implementação e decisão (*decision and implementation costs*); linha pontilhada representa os custos totais em sociedades com altos níveis de confiança; M + D representa o total de custos associados tanto à má conduta como implementação e decisão; C\* e V\* referem-se aos custos de transação e verbosidade constitucional observáveis em sociedades com baixo nível de confiança e C' e V' nas sociedades com alto nível de confiança.

<sup>73</sup> *Idem.*

Nota-se o nível de má conduta é decrescente em relação ao nível de robustez constitucional (M de linha contínua) e que o potencial desses custos é substancialmente menor em sociedades com níveis maiores de confiança social (M de linha pontilhada). Já os custos de implementação e decisão são crescentes em relação ao tamanho da constituição, independentemente do nível de confiança social (D). É relevante, neste gráfico, perceber a variação de custos em relação à garantia constitucional contra riscos, com picos nas relações de muito baixa ou muito alta produção constitucional, tendo um ponto central como ótimo diferente em sociedades com alta ( $C^*$ ;  $V^*$ ) e baixa ( $C^*$ ;  $V^*$ ) confiança social.

É quanto a este ponto que se pretende chamar atenção na pretensão de se argumentar que existe um momento de esgotamento normativo para conformação situacional, a partir do qual deve-se retroceder em dispositivos e investir na confiança. Em primeiro lugar porque baixos níveis de confiança também podem estar associados a uma menor qualidade da produção legal e burocracia estatal. Em segundo porque o redimensionamento de custo-benefício para o problema indica que, a partir de determinado momento, a precisão constitucional não incrementa em qualidade os resultados, mas apenas aumenta os custos de transação.

Neste sentido, a economia nos custos de transação comercial e político pode fazer valer a pena pensar-se em constituições menores, o que, por sua vez, não implica perder de vista os valores constitucionais. Ao contrário, a intenção é justamente fortalecê-los pela perspectiva integrada a partir da coordenação de vários atores. Julga-se de suma importância a construção de uma efetiva cultura constitucional, motivo pelo qual se trabalhará no próximo tópico a necessidade de fortalecimento das regras de conduta formais e informais.

### **2.2.2. Necessidade de fortalecimento das regras informais de conduta**

Instituições informais e confiança social tem efeitos importantes nas instituições formais, neste caso, constituições. Isso porque as tradições e os costumes compartilhados em uma sociedade constituem um forte fator cultural capaz de moldar comportamentos, permitir a convivência de partidos políticos adversários e viabilizar o bom diálogo institucional, tais

como pretendem as normas positivadas. Nas palavras de Daniel Ziblatt e Steven Levitsky<sup>74</sup>, dois fatores são fundamentais para assegurar a democracia em um país: a reserva institucional e a tolerância mútua, critérios esses que não contam, e nem poderiam, com previsão normativa estrita.

Nos seus estudos, esses autores apontaram que o retrocesso democrático atual em diversos países é decorrente especialmente de erosões das regras não escritas que regem o sistema político, o que foi por eles intitulado “as grades de proteção da democracia”. A existência e permanência dessas grades demanda fundamentalmente a tolerância mútua dos atores institucionais para com o desenvolvimento do jogo político, quando de acordo com as regras, bem como a reserva institucional, ou seja, o comedimento dos jogadores, ainda quando houver permissão legal, de modo a evitar o jogo duro constitucional<sup>75</sup>.

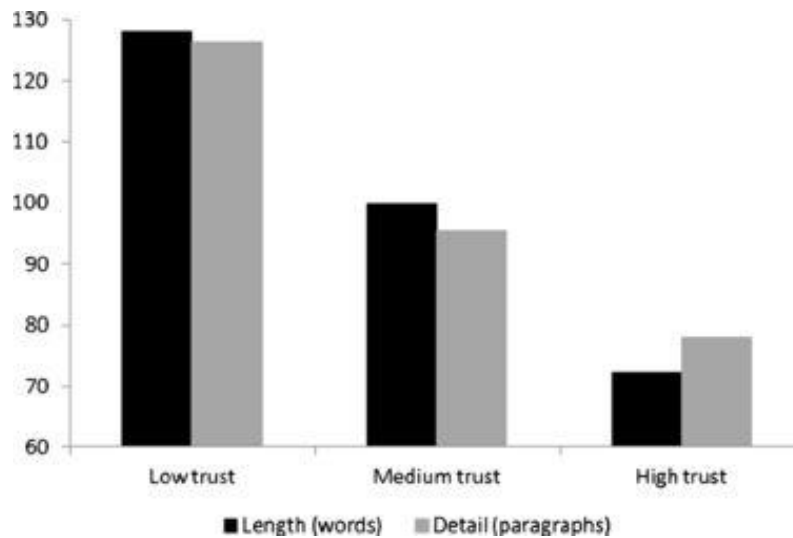
Percebe-se que as regras informais possuem enorme relevância para a continuidade do jogo democrático e criação, ou manutenção, de consensos mínimos, de modo a garantir a própria sobrevivência do regime constitucional. Essa constatação reflete diretamente no tamanho da constituição na medida da proporcionalidade entre a viabilidade de se estabelecer medidas de consenso mínimo e a confiança dos atores sociais, institucionais e políticos de que, em situações adversas não reguladas, um não irá explorar o outro. Ou seja, é diretamente proporcional a relação entre a confiança desses atores com a possibilidade de consenso.

Não é coincidência, portanto, que em países de democracia mais sólida, em que os níveis de confiança são maiores, as constituições tendam a ser mais enxutas (ver Figura 2). A análise gráfica evidencia uma discrepância muito significativa entre o encorpamento da gramática constitucional em sociedades com alto e baixo nível de confiança. É curioso ainda perceber que, em sociedades com níveis de confiança elevado, há uma preocupação maior com o detalhamento da norma em relação ao seu próprio tamanho.

---

<sup>74</sup> LEVITISKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

<sup>75</sup> *Jogo duro constitucional* é o termo usado pelos autores Daniel Ziblatt e Steven Levitsky para definir a disputa política em contextos radicalizados. Trata-se do uso das prerrogativas legais, constitucionais ou institucionais enquanto arma política.



**Fonte:** BJORNSKOV, Christian; VOIGT, Stefan. Constitutional verbosity and social trust. Springer Science + Business Media, New York, 2013.

**Fig. 2.** em preto, o tamanho, contabilizado em palavras, das constituições e, em cinza, o detalhamento, contabilizado pela quantidade de parágrafos existentes no texto constitucional. No primeiro grupo, à direita, as variáveis foram contabilizadas nas sociedades caracterizadas como de nível baixo de confiança; no grupo do centro, de média confiança e, à esquerda, de alta confiança.

Bjornskov e Voigt destacam inclusive uma possível relação entre a confiança social e o nível de aceitação dos eleitores à comportamentos políticos ilegais. Isso porque sociedades com alto nível de confiança são mais propensas a disciplinar ou descartar políticos desonestos, o que efetivamente constrange comportamentos políticos discricionários. Já sociedades com baixo nível de confiança social, níveis similares de conformação do comportamento político somente devem ser alcançados através da implementação de regras mais estritas ou menos flexíveis. Essas constatações preconizam a força das regras informais para a o atingimento de uma boa ou correta decisão.

Advoga-se, portanto, em prol do fortalecimento das regras informais de conduta por entender que o seu perfazimento fortalece e pereniza os valores contidos nas regras formais de conduta. Ocorre que costumes, tradições e valores não são imutáveis, motivo pelo qual não seria desejável constitucionaliza-los a fim de viabilizar a sua aderência aos contextos futuros.

Nesse sentido, entende-se que a compatibilização do modelo proposto ao retrato atual da CRFB/88 demanda uma filtragem constitucional.

### **2.3. Modelos de compatibilização e filtragem constitucional**

Após ter abordado no capítulo 1 o problema de pesquisa atinente à extravagância da gramática constitucional, com suas motivações históricas e projeções atuais, apresentou-se no capítulo 2 o objeto de pesquisa, qual seja, a passagem do modelo extravagante do constitucionalismo brasileiro para o modelo recatado, pensado a partir da Teoria do Estado Administrativo. A interpretação dos dados empíricos serviu de suporte para os apontamentos feitos, tanto no que se refere aos custos de transação envolvidos na prosperidade do dirigismo constitucional, quanto na relação entre confiança social e verbosidade constitucional.

Por esses fundamentos, apresentou-se a Teoria do Estado Administrativo enquanto modelo compatível com a proposta que se faz de filtragem constitucional. Avalia-se que essa abordagem é em maior medida condizente com uma perspectiva realista de Constituição Garantista, tendo em vista as vantagens que se apresentam acerca da descentralização dos propósitos constitucionais entre múltiplos e plurais agentes institucionais. Acredita-se, com base na análise de *second best*, que o ponto ótimo da verbosidade constitucional condiz com a complexização da burocracia estatal a partir da integração na persecução de finalidades constitucionais. Julga-se mais vantajosa essa proposta por dois principais motivos: diminuição dos custos de transação e fortalecimento das regras informais de conduta.

Isso porque a ausência de detalhamento constitucional quanto à estrutura e exercício dos poderes possibilita interpretação flexível, agregando, portanto, em agilidade e pragmatismo das decisões no caso concreto. Essa perspectiva é mais vantajosa em relação à concentração de esforços em agentes específicos porque (i) diminui a concentração de poder, valorizando órgãos municipais e estaduais de modo a contribuir para a superação da tendência centralizadora histórica que prejudica a solução adequada de problemas específicos; (ii) estimula a celeridade dos processos na medida em que liberam mais tempo e estrutura aos Tribunais para analisar e julgar casos atinentes à proteção dos direitos humanos; (iii) a tomada

de decisão ocorre com a participação da sociedade, contribuindo para a constituição de regulamentações mais transparentes.

Nesse sentido, a abordagem defendida confere destaque à atuação prática das instituições, analisada a partir das regras de deliberação e dos mecanismos de aquisição de informações relevantes. Pretende-se, a partir da comparação entre o desempenho de instituições estatais na persecução das suas funções democráticas e garantias na efetividade dos direitos em um ambiente deliberativo<sup>76</sup>, formatar arranjos institucionais diferentes, considerando seus méritos e limitações específicas. Por essa razão, no próximo capítulo tratar-se-á mais aprofundadamente dos critérios que compõem o projeto legitimatório da democracia no ponto de vista de Adrian Vermeule<sup>77</sup> e a razão para este modelo ser válido, especialmente na perspectiva integrada de Desenho Institucional e construção do consenso.

### **CAPÍTULO III - DO PONTO ÓTIMO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO**

Este último capítulo destina-se especialmente à elaboração do modelo mais enxuto da Constituição brasileira, considerando ser essa a forma de constitucionalismo mais próxima ao ponto ótimo da verbosidade. Para tanto, o paradigma democrático deliberativo será tomado por base, tendo em vista a complexização da composição da legitimidade no Estado burocrático. O modelo democrático na perspectiva deliberativa se justifica pela maior atenção que se pretende dar à forma como as decisões podem ser estruturadas dentro das instituições.

A relevância da deliberação reside na capacidade do procedimento de justificar a decisão na busca de um consenso razoável sobre questões políticas fundamentais, fazendo com que a legitimidade dos resultados democráticos dependa do fundamento oferecido para justificar escolhas coletivas. Nesse sentido, dois argumentos permearão a passagem do modelo extravagante para o recatado: (i) o conjunto das instituições sociais fundamentais são

---

<sup>76</sup> BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*. Revista Direito Estado e Sociedade, 2012.

<sup>77</sup> VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.



o primeiro objeto de uma concepção política de justiça<sup>78</sup>, motivo pelo qual a legitimidade política será alocada dentro das instituições; (ii) a atenção às capacidades institucionais e efeitos sistêmicos na organização de instituições específicas contribui para a construção de modelos plurais de decisão.

O modelo deliberativo se apresenta como contraproposta aos modelos agregativistas da democracia, que concentram esforços em mecanismos formais de agregação de preferências individuais através de votações. Considera-se que, no modelo agregativista, a legislação frequentemente reflete o sucesso da conquista de privilégios e benefícios pela influência política de interesses de grupos bem organizados, mais que os objetivos públicos, motivo pelo qual se aposta, no presente trabalho, em arranjos voltados para a resolução de problemas práticos em pequena escala, cujo valor está nos custos. Há custos insuperáveis de se mudar estruturas de macroescala de uma ordem democrática em andamento, de modo que na maioria das políticas democráticas, os arranjos institucionais básicos não estão mais disponíveis.

Por essa razão, acredita-se que as reformas de pequena escala são capazes de promover grandes mudanças a partir do fortalecimento de valores democráticos dentro do constitucionalismo brasileiro, compreendido de forma dinâmica a partir das tradições e praxes institucionais. Sugere-se, na linha do que argumenta Adrian Vermeule<sup>79</sup>, que mecanismos de democracia, ou seja, arranjos democráticos de pequena escala, podem substituir regras constitucionais que protegem direitos diretamente. Por se tratarem de arranjos institucionais de segunda ordem, pautados na praxe constitucional, conforme se explicará, são capazes de promover os próprios objetivos subjacentes a proteções substantivas, mas com menores custos.

O valor da pragmaticidade consiste na relevância da permeabilidade da política às percepções e participação dos afetados ou interessados no seu resultado. Isso porque essa relação é favorável à estabilização da norma e à busca por uma maior aderência ao contexto em que está inserida, de modo que as instâncias implementadoras das políticas ganham grande destaque. Por esse motivo que a discussão não se limita à esfera legislativa. A

---

<sup>78</sup> BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*. Revista Direito Estado e Sociedade, 2012. p. 81.

<sup>79</sup> VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.

administração pública também possui um importante papel de tornar perfectível a norma, tanto porque está em maior medida inserida na realidade da sua implementação, como porque é bastante capacitada, do ponto de vista de ferramentas institucionais, para estabelecer um diálogo contínuo com a sociedade.

Nesse sentido, este trabalho evoca a delegação de matérias constitucionais não apenas a nível legislativo, mas também administrativo. A relevância da interação entre tomadores de decisão e a sociedade em matérias que não tratam de *polity*, ou seja, que não são tipicamente reconhecidas como matérias constitucionais (atinentes à direitos fundamentais, individuais e materiais, regras do jogo democrático e estrutura de Estado), consiste no melhoramento dos níveis de confiança da sociedade nas instituições, na medida em que se reconhecem.

Estudos recentes<sup>80</sup> mostram que somente 21% da população brasileira confia no governo e que mais de 50% acredita que o presidente, assim como congressistas e oficiais do governo são corruptos. Na esteira do que já foi abordado, acredita-se que esses níveis de confiança social interferem de modo significativo na verbosidade da Constituição brasileira e o seu contínuo processo de emendamento. É visando incrementar a qualidade dessa relação que se aposta em mecanismos de democracia constitucional.

Neste capítulo, a contribuição se dará na soma de questões mais institucionais que substantivas, mas que se relacionam com a tarefa de interpretar e aplicar a constituição. Entendendo que o ponto ótimo perpassa pela abertura de canais mais amplos de comunicação e interação, os próximos tópicos serão dedicados ao desenho institucional voltado para a construção de um consenso, não unânime e tão pouco extenso, mas sob o qual políticas futuras, que envolvem conflito e embate de ideias, tomarão por base no jogo democrático.

### **3.1. Democracia e Desenho Institucional**

Partindo do pressuposto de que instituições importam, este tópico se dedicará à questão da legitimidade no fenômeno democrático através do paradigma deliberativo.

---

<sup>80</sup> Barômetro Global Da Corrupção América Latina e Caribe 2019: Opiniões e Experiências dos Cidadãos relacionadas à Corrupção. Disponível em: <https://Comunidade.Transparenciainternacional.Org.Br>

Vislumbra-se para tanto a construção de uma concepção política de justiça capaz de respaldar a tomada de decisão racional, ou seja, a estruturação de uma base de legitimidade política perfectível a nível institucional. No entanto, cabe primeiramente esclarecer a relação que se estabelece entre instituições e a pretensão de uma concepção política de justiça, o que será feito na perspectiva rawlseana. John Rawls sustenta que, em uma democracia constitucional, a concepção de justiça pode ser entendida de forma política e moral porque se trata de uma questão fundamental anterior às próprias instituições, de modo que o seu condicionamento afeta estruturas básicas da sociedade<sup>81</sup>.

Nesse sentido, a concepção política de justiça é um ponto de vista distante das características e circunstâncias do pano de fundo abrangente, e não distorcida por ele, a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais pode ser estabelecido<sup>82</sup>. Essa concepção de justiça contribui com a análise de cultura e tradições constitucionais que aqui se pretende, porém, a sua abordagem neste trabalho é redimensionada pela perspectiva de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos, de modo não a abandonar princípios de justiça, mas a condicioná-los à perspectiva institucional, compreendida como a instância de efetivação de direitos.

Acompanhando essa virada institucional sem deixar de lado o ideal de justiça, Adrian Vermeule<sup>83</sup> propõe arranjos institucionais otimizadores de mecanismos de democracia, entendidos estes como regras de pequena escala que estruturam o processo pelo qual as leis são formuladas, considerando o contexto da democracia constitucional e objetivando um diálogo que parte do consenso sobre o conceito de justiça em cada sociedade. Esses mecanismos se apresentam como arranjos institucionais de pequena escala dada crença de que a democracia é inerentemente um instrumento de regulação de conflitos marginais.

Isso porque considera-se que, na maioria das vezes, os arranjos constitucionais básicos de uma sociedade, como forma de governo, forma de Estado, sistema de governo, etc. não estão mais disponíveis, além de haver um custo enorme em alterar uma ordem sob a qual toda a sociedade é governada. Portanto, a contribuição da análise micro é a sua capacidade de

---

<sup>81</sup> RAWLS, JOHN. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Editora Lua Nova, São Paulo, 1992.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.

promover valores democráticos internamente, o que não necessariamente possui efeitos proporcionalmente pequenos uma vez que alteram o equilíbrio institucional.

Tendo em vista que esses mecanismos de democracia consideram para sua configuração tanto o contexto de arranjos institucionais de macro escala como regras estruturantes dos resultados institucionais democráticos, Vermeule sustenta que eles são capazes de substituir regras constitucionais que promovem direitos diretamente. Trata-se de um valor na ordem de *second best*, ou seja, que se afasta das condições de idealidade pressupostas por teorias ideais (*first best*) e busca a máxima eficiência em condições reais, a partir de análises de capacidades institucionais<sup>84</sup>, cujo valor buscou-se destacar no capítulo II. Nesse sentido, mecanismos de democracia funcionam como ferramentas para uma democracia estruturada à luz das suas próprias instituições.

A operacionalização da teoria vermeuleana é pautada na estruturação de quatro valores democráticos, entendidos pelo autor como nucleares da democracia constitucional. São eles: imparcialidade, accountability, transparência e deliberação. Esses valores formam algo como denominadores comuns que captam premissas amplamente compartilhadas por diferentes visões democráticas, motivo pelo qual o autor usa concepções sutis desses valores, dada possibilidade de controvérsia acerca de seus exatos termos ou implicações.

O valor da imparcialidade significa que os agentes de governo não devem agir em interesse próprio em relação à comunidade política, considerando que deveriam promover o bem público, de alguma forma definido (ainda que definido em termos de procedimentos muito pequenos, como as escolhas feitas por votação de maiorias democráticas). *Accountability*, por sua vez, que pode ser traduzido como responsabilidade ou prestação de contas, significa que os agentes de governo devem responder pelas suas ações perante outros membros da comunidade política.

Transparência significa que segredos governamentais são presumivelmente ruins em uma democracia que funciona bem, de modo que os cidadãos devem, em geral, ser capazes de observar as tomadas de decisão oficiais de alguma forma, apesar ser possível argumentar que há boas razões democráticas para superar a presunção de transparência em uma variedade de

---

<sup>84</sup> WERNECK, Diego; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 38. p. 6 a 50. jan/jun 2011.

configurações de tomada de decisões, impondo *trade offs* em relação à otimização de outro valor democrático, como por exemplo regras que promovem imparcialidade a partir da privação de informações que os tomadores de decisão precisam para agir de forma auto-interessada.

Deliberação, por sua vez, significa que o processo político deve incluir o intercâmbio de informações, ideias e opiniões por parte dos agentes de governo e da comunidade política. Nesses espaços, os agentes de governo devem decidir com base em considerações de razão pública, ou seja, que se apresentam de forma independente de qualquer doutrina religiosa ou filosófica e pode ser aceita por um indivíduo racional e razoável. A sua relevância consiste na capacidade do procedimento de justificar a decisão na busca de um consenso razoável sobre questões políticas fundamentais, fazendo com que a legitimidade dos resultados democráticos dependa do fundamento oferecido para justificar escolhas coletivas.

Assim, a compreensão da deliberação em um sentido mínimo e amplamente endossado, ou seja, alinhado com uma democracia efetivamente participativa, torna a capacidade deliberativa propriedade de instituições, que devem propiciar e fortalecer a correspondência entre a norma e a percepção social. É desse modo que o aperfeiçoamento deliberativo condiz com desenhos democráticos ótimos, qual seja, na medida da descentralização dos atores envolvidos na tomada de decisão.

Nesse sentido, Vermeule indica um repertório de instrumentos e inovações institucionais de pequena escala capazes de promover valores democráticos em um cenário de instituições de larga escala. A partir de agora, passo a me ater a esses mecanismos, com foco naqueles promotores dos valores imparcialidade e deliberação. Trata-se de dois pontos chave para o constitucionalismo - de um lado a imparcialidade porque pode ser melhor alocada no texto constitucional e de outro a deliberação, requisito imprescindível para políticas ordinárias. Cumpre destacar que os mecanismos aqui propostos não demandam novos projetos de emenda constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 é farta em matéria principiológica.

No tocante à imparcialidade, Vermeule sugere o fortalecimento de mecanismos de incerteza a partir da redução da transparência acerca dos possíveis impactos de determinadas decisões, a fim de restringir o auto interesse do tomador de decisão. Assim, espera-se que a

escassez de informação produza decisões que se aproximam do resultado produzido por um tomador de decisão motivado pela imparcialidade. Para garantir a aplicação desse valor, Vermeule propõe quatro mecanismos que procuram introduzir a incerteza sobre a distribuição de benefícios e prejuízos futuros decorrentes de uma decisão.

O mecanismo da prospectividade é usado para dificultar a identificação, pelos formuladores da norma, dos seus possíveis violadores; da generalidade para garantir que qualquer grupo de interesses seja governado pela mesma decisão corrente; da durabilidade para tornar imprevisíveis os efeitos da norma sob grupos específicos; e efetividade retardada para que a restrição do âmbito de aplicação de uma decisão futura torne imprecisa a relação da norma com o interesse do tomador de decisão.

Essas são estruturas que buscam construir o que Vermeule denomina “*véu da incerteza*”, em um diálogo de oposição ao clássico véu da ignorância rawlseano. Ao contrário de Rawls, a preocupação de Vermeule não é retirar a identidade da política, mas retirar o reconhecimento das suas recompensas. Acredita-se que, ainda que fosse possível direcionar a tomada de decisão de constituintes para um sentido imparcial, a tomada de decisão por legisladores e outros atores dentro do contexto das regras constitucionais, recai sempre no domínio da política ordinária, onde indivíduos auto interessados e facções lutam por vantagens.

Nesse sentido, Vermeule propõe que constituintes sejam constrangidos pela incerteza e tomadores de decisão ordinários por regras de votação, proibições constitucionais substantivas e pela competição constitucional resultante da separação de poderes. Isso porque há melhores condições de se criar políticas de véu nas constituições, visto que sua configuração agrega bem mecanismos de prospectividade, generalidade, durabilidade e efetividade retardada. Por sua vez, instituições legislativas são mais capacitadas para resolver problemas de execução decorrentes da retirada do véu, o que envolve conflitos, portanto, passíveis de tratamento deliberativo majoritário. Nesse sentido são as políticas públicas, por exemplo, que serão balizadas pelos mecanismos constitucionais de democracia.

Cabe ressaltar que há custos envolvidos na regra do véu. Por exemplo, a prospectividade e a generalidade diminuem a informação que pode ser útil para uma decisão, do mesmo modo que o atraso de um provimento diminui a motivação de agir. Por esse

motivo, Vermeule considera graus de imparcialidade adequados a cada decisão, de acordo com a instituição envolvida e com o ganho que se pretende dela. Para os fins deste trabalho, é importante pontuar que a imparcialidade é um valor desejado nas normas constitucionais, dada a generalidade a que esse tipo de norma se propõe, ao contrário de normas políticas ordinárias, que são necessariamente fruto de disputas de grupos com interesses distintos. A democracia pressupõe esse tipo de embate, que, portanto, não deve ser engessado em uma estrutura rígida, tal como é a constitucional.

Considerando isso, argumenta-se pela valorização de modelos dialógicos, que partem do conflito e ganham efetividade a partir da política ordinária. Por essa razão, depois de ter abordado a divisão de matérias e alocação de dispositivos indutores de comportamentos entre constitucionalismo e política ordinária, a partir de agora o foco será a otimização do modelo deliberativo. Nesse momento, retoma-se a discussão acerca da concepção política de justiça, dado que os argumentos que entrarão em debate precisam ter em comum alguma finalidade razoável. As propostas de Vermeule são as de criar incentivos para que os interesses individuais sejam universalizados ou criar barreiras para que o argumento egoístico não prospere.

Três mecanismos de democracia entram em cena a fim de promover melhorias no desempenho Congressional em relação à otimização de valores constitucionais: mudanças nos custos de decisão e benefícios da deliberação no Congresso; mudanças nos custos dos erros constitucionais pelo Congresso; e mudança nos custos de transação do projeto atual para o proposto.

Em relação aos benefícios da deliberação, pode-se pontuar a tendência ao encorajamento da revelação de informação privada, à exposição de pontos de vista extremos e polarizados ao efeito moderador de argumentos diferentes, a legitimação de resultados através do oferecimento de razões de partidos derrotados, além de requerer argumentações pautadas no espírito público para os votos dos legisladores. Embora possam ser levantadas questões sobre a redução da sinceridade, desencadeamento do comportamento de rebanho e silenciamento de opositores, ninguém seriamente questiona que alguma deliberação congressual é melhor que nenhuma, especialmente em matéria de efetividade constitucional.

No entanto, há de se ressaltar os custos de decisão congressional associadas à sua rigidez de agenda, de modo que qualquer proposta de melhoria na qualidade deliberativa deve levar em consideração os custos de oportunidade de fazê-lo. Vermeule sugere alguns mecanismos para incrementar o solucionamento do problema, contudo, julgo que especificamente a criação de Comissões Legislativas capazes de analisar as interpretações constitucionais e conferir opiniões qualificadas a respeito seria mais condizente com o constitucionalismo brasileiro.

Em relação às mudanças nos custos dos erros constitucionais pelo Congresso, que envolvem problemas relacionados à limitação de conhecimento no tocante à magnitude e quantidade de erros cometidos pelo tomador de decisão, a relevância da deliberação reside no estabelecimento de parâmetros de razoabilidade argumentativa. Isso porque o Congresso é uma instituição especializada em alcançar acordos específicos que permitam a todos os partidos preservar seus compromissos abstratos. Vermeule parte de abordagens substantivas que pretendem melhorar a deliberação constitucional garantindo pluralidade de manifestações e os seus embates decorrentes, de modo que a admissibilidade do argumento deva ser razoável para proponentes das mais diferentes visões.

Assim, se a maioria acordar sobre um conjunto de fontes interpretativas, habilidades e resultados, então o erro deliberativo poderia ser definido em comparação com o consenso sobreposto, anteriormente estabelecido a nível constitucional para enfrentar e resolver desacordos fundamentais. As propostas podem, então, ser valoradas por suas tendências a melhorar o uso pelo congresso dessas fontes e habilidades institucionais de deliberação em casos difíceis, enquanto este evita resultados condenáveis por diversos parâmetros de valoração constitucional sustentado por seus membros.

Em relação aos custos de transação envolvidos na passagem do modelo atual para o proposto, por se tratar de reestruturações de pequena escala envolvendo o poder constitucional outorgado a cada casa do Congresso Nacional em determinar as regras dos seus procedimentos, há uma menor propensão de perdas maiores em relação à arranjos de grande escala. Isso porque reestruturações de larga escala carregam um risco maior de consequências prejudiciais não intencionais, de modo que os custos de transação envolvendo a passagem de



um arranjo institucional para outro poderia superar qualquer ganho na redução de custos de decisão e de erro.

Em termos positivos, uma proposta que implique pequenos custos de transação pode cumulativamente produzir mudanças muito benéficas à deliberação constitucional no Congresso e instituições democráticas em geral. Isso significa que tudo que foi falado na perspectiva congressual, imagina-se poder ser estendido para outras instituições, em especial às administrativas. Destaca-se a importância de dividir a tarefa legislativa, especialmente com vista a tornar mais difícil a captura dos atores institucionais, reconhecidos como aqueles que passam a agir, funcionalmente, de forma interessada a partir da representação de grupos de interesse que divergem do interesse público.

Nesse sentido, o custo de tomar decisões complexas pode ser dividido a partir da transferência do ônus final da decisão para outra instituição, como agências reguladoras, idealmente capazes de oferecer melhores respostas para determinados tipos de problemas, no caso, de ordem técnica. Daí a relevância da deliberação, que, ao estimular a criação de uma cultura de maior densidade argumentativa, pode levar, ao longo do tempo, à formulação de melhores soluções para os dilemas constitucionais<sup>85</sup>. Pode-se citar o diálogo institucional que ocorre no caso de projetos de decreto legislativo que objetivam sustar atos normativos das agências reguladoras que extrapolam o poder regulamentar, prerrogativa prevista no art. 49, V; CRFB/88. O efeito epistêmico positivo é o incremento em tradições e cultura constitucional que essa forma de interação é capaz de proporcionar ao longo do tempo, reduzindo os custos de erro associados à tomada de decisão.

Por outro lado, cabe ainda mencionar mecanismos de deliberação, não abarcados pela teoria vermeuleana, que estabelecem o diálogo entre a sociedade civil e a burocracia estatal, tratando-a não no sentido de negação do modelo de representação, mas como incrementadora<sup>86</sup>. Pode-se citar audiências e consultas públicas, ouvidorias e mesas de participação,

---

<sup>85</sup> URBAN, Renan Lucas Dutra; BORGES, Alexandre Walmott. *Decisões técnicas, escolhas morais e democracia: agências reguladoras e deliberação sobre direitos fundamentais*. Revista Eletrônica Direito e Política. 2018.

<sup>86</sup> POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, FABIANO. *Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional*. DADOS - Revista de Ciências Sociais, vol. 54, n. 3, 2011. "Aqueles que endossam o discurso da crise da representação política eventualmente engajam-se na defesa das modalidades participativas e deliberativas de democracia como meio de deslegitimar o Poder Legislativo, colocando em questão a sua real capacidade de expressar a soberania popular. Contudo, o surgimento de novos espaços democráticos, assim como de novos atores envolvidos na gestão da coisa pública,

orçamento participativo, conferências nacionais de políticas públicas, referendo, plebiscito, etc. como bons exemplos de mecanismos de participação direta. A relevância dessas práticas, especialmente para o Brasil, é o ganho em cidadania que a efetivação de direitos com contribuições da participação social pode perceber.

Essas práticas fortalecem a democracia e a cultura constitucional ao ampliar o papel dos indivíduos na gestão da coisa pública e é nessa medida que o aprofundamento da legitimidade coincide com o paradigma deliberativo, qual seja, com a burocracia estatal sendo receptiva às demandas da sociedade civil. A importância de insistir nessa pauta é a qualidade do constitucionalismo que se robustece através de valores, solidificando e estabilizando o próprio jogo democrático na medida em que ele vai sendo jogado de acordo com suas regras, princípios e objetivos.

Neste capítulo, buscou-se elaborar de maneira mais detalhada o que se pretende com a filtragem constitucional e descentralização dos propósitos constitucionais entre múltiplos atores institucionais. Os mecanismos de democracia propostos por Adrian Vermeule lapidam o que se construiu neste trabalho. Ao longo do primeiro capítulo chamou-se a atenção para as causas, consequências e problemas do fenômeno da ubiquidade constitucional, em seguida direcionando, no segundo capítulo, para a hipótese do presente trabalho, qual seja, o recato constitucional, justificado pelos custos de transação e necessidade de fortalecimento de regras informais de conduta.

Este último capítulo, por sua vez, formula proposições já sob a perspectiva de prosperidade do modelo proposto, contribuindo em arranjos otimizadores da credibilidade, confiança social e da aprendizagem compartilhada, proporcionada pela deliberação não apenas com a sociedade, mas também intra e interinstitucionais. Os mecanismos propostos objetivam estimular a criação de oportunidades regulares para reflexões críticas e análises, necessárias na consecução do interesse público, balizado pela concepção de justiça política dentro da lógica de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos.

Nesse sentido, a complexização da burocracia estatal a partir da integração de atores na persecução de finalidades constitucionais, conforme se buscou demonstrar, diminui os

---

*pode, por outro lado, ser encarado como forma de fortalecimento da representação política, e não como um sinal de enfraquecimento das suas instituições.”*

custos tanto de erro como de decisão na interpretação e aplicação dos objetivos constitucionais. Assim, a proposta de formatação de arranjos a serem aplicados na estrutura e atuação das instituições não busca a construção de um modelo institucional ideal para a democracia, mas a otimização do modelo já existente.

Portanto, o ponto ótimo da constitucionalização do direito é avaliado a partir da capacidade de cada conjunto de regras lidar com problemas práticos de sua competência<sup>87</sup>, sendo a legitimidade incrementada pelas suas capacidades de efetivação de direitos fundamentais. Pressupõe-se, contudo, que a deliberação é maximizadora da legitimidade na medida em que aumenta a possibilidade da tomada de decisão razoável, entendida como aquela que dialoga com os fatos reais.

## CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou evidenciar alguns problemas práticos do constitucionalismo brasileiro a partir da correlação empírica entre a constituição e os seus resultados institucionais, sob três principais pontos de vista: (i) entrincheiramento de decisões políticas ordinárias; (ii) custos de transação envolvidos na concretização do modelo constitucional inflado; e (iii) auto reflexo do baixo nível de confiança social, que é causa e consequência do contexto apresentado. As abordagens procuraram dimensionar os problemas para além da questão clássica de alocação decisória (tratada no primeiro capítulo), suscitando ganhos em otimização que um modelo de segunda ordem pode proporcionar através da auto contenção constitucional.

Essa tratativa decorre do enquadramento do modelo vigente como paternalista, dada a frequência com que questões políticas ordinárias são afastadas da deliberação majoritária, motivo pelo qual apresenta-se o recato enquanto hipótese e a proposição de modelos de compatibilização e filtragem constitucional. Vislumbra-se que a Constituição, além de

---

<sup>87</sup> BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*. Revista Direito Estado e Sociedade, 2012. “Portanto, pode-se dizer que o conceito de capacidade institucional e de efeitos dinâmicos são os novos postulados normativos introduzidos pela teoria institucional contemporânea para a construção de modelos constitucionais democráticos.”

estabelecer direitos e as regras do jogo, seja o espaço de estabelecimento de acordos fundamentais, ou seja, que envolvem um amplo consenso social acerca de seus termos, que por sua vez servirão de base para as deliberações e atuações institucionais futuras dentro do jogo democrático; isso porque acredita-se ter a norma uma capacidade de conformação comportamental limitada.

No segundo capítulo deste trabalho, argumentou-se, com base nos gráficos apresentados por Christian Bjornskov e Stefan Voigt<sup>88</sup>, que após o atingimento do ponto ótimo entre verbosidade constitucional e custos de transação, deve-se retroceder em dispositivos e investir na confiança social, entendendo que a partir de então a precisão constitucional não incrementa em qualidade os resultados, mas apenas aumenta os custos de transação.

Por essas razões, acredita-se que a economia nos custos de transação, bem como o incremento em confiança social e legitimidade das decisões tomadas, pode fazer valer a pena pensar-se em constituições menores, o que por sua vez não implica perder de vista os valores constitucionais. Ao contrário, a intenção é justamente fortalecê-los pela perspectiva integrada a partir da coordenação de vários atores, com vistas ao fortalecimento de uma efetiva cultura constitucional pautada não somente em normas e princípios, mas valores compartilhados dentro de uma sociedade plural.

Nesse sentido, a Teoria do Estado Administrativo tem a contribuir na ruptura com o modelo tradicional de separação de poderes madisoniano, redimensionado a partir do modelo de relação interpoderes, entendido como o mais qualificado para tratar de problemas que não possuem respostas predeterminadas pelo legislador ou que, quando possuem, se mostram inadequadas. Assim, a proposta de Estado Administrativo<sup>89</sup> corresponde a uma forma de atuação jurídico-política com sobressaliência do Poder Executivo, dado o entendimento de que o governo assume papel essencialmente regulador através de agências reguladoras e executivas, se consolidando por meio da atuação das instituições básicas da sociedade, compreendidas como aquelas incumbidas de questões de Justiça.

---

<sup>88</sup> BJORNSKOV, Christian; VOIGT, Stefan. *Constitutional verbosity and social trust*. Springer Science + Business Media, New York, 2013.

<sup>89</sup> Parte-se do pressuposto de que não existe no Brasil, efetivamente, um Estado Administrativo propriamente dito. Contudo, cabe ressaltar que o tema é controverso na doutrina.

Tais questões, na perspectiva rawlseana, estão relacionadas aos princípios tidos como anteriores à própria atividade constitucional democrática, contudo, abarcados na normatividade constitucional. Dessa forma, o Estado Administrativo, segundo Vermeule, estrutura a experiência de governo dos cidadãos. Desse modo, vislumbra-se que a integração e interação de agentes têm muito a contribuir na otimização do desenho constitucional.

Por todo o exposto, propõe-se a desconstitucionalização em três matérias específicas do texto constitucional brasileiro: (i) atinentes à política ordinária, especialmente políticas públicas; (ii) atinentes à interesses de grupo, sob o qual não há acordo plural democrático; e (iii) detalhamentos excessivos restritivos da tomada de decisão futura. Entende-se que, do ponto de vista constitucional, está a se tratar de primeiros passos em direção à otimização de um modelo efetivo de Estado Administrativo brasileiro, pelas razões que se apresenta:

No que se refere ao primeiro ponto, acredita-se ser relevante que a Constituição deixe de ser fonte de disputas ordinárias, vislumbrando-se que ela seja possibilitadora do confronto de forças concretizantes das finalidades constitucionais, que por sua vez devem proceder a nível infraconstitucional. A principal motivação para tanto é a necessidade de uma política efetivamente regional, que não se limite a um conjunto de compensações para o atraso relativo e capacidade de atuação dos entes subnacionais, mas que se incline para a organização no país de uma dialética permissiva à inovações e permita a cada região construir novas vantagens comparativas a partir das já existentes.

No que se refere ao segundo ponto, acredita-se ser relevante que a Constituição se caracterize como âmbito de salvaguarda de acordos fundamentais, ao passo que a política ordinária deve se concretizar nas instâncias políticas majoritárias passíveis de revisão dinâmica, dialogando com as necessidades comunitárias. É imperativa a ruptura com o entrenchamento de interesses privados na Constituição, de modo a proporcionar mudanças estruturais no Brasil através do oferecimento de instrumentos dinâmicos. Isso porque vislumbra-se ser papel do Estado propiciar a democratização dessas oportunidades de respaldo político.

No que se refere ao terceiro ponto, acredita-se ser relevante que o constitucionalismo confira ampla margem de liberdade aos agentes institucionais para que estes estipulem mecanismos próprios de pequena escala. Isso significa otimizar o comportamento das

instituições em função de suas próprias especificidades, dado que a viabilidade do modelo estruturado a partir da análise de capacidades institucionais perpassa pela descentralização de competências, característica inerente à proposta de Estado Administrativo.

Por fim, acrescento que esse trabalho se propôs a dar conteúdo a uma tentativa de construção audaciosa acerca de um projeto de inovação institucional, apostando em um modelo capacitador do dinamismo, que rompa com a falsa dialética. A intenção primária deste projeto é redirecionar o Estado para democratização de oportunidades e capacitação. Nesse sentido, a proposta de recato constitucional se apresenta como hipótese possibilitadora da mobilização, acreditando que, em última instância, ela é necessária para a democratização, no sentido incluyente de participação social a nível local, entendendo que o projeto nacional somente será efetivado quando tocar o chão da realidade regional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: Raízes e evolução do modelo político brasileiro*. Companhia das letras, 2018.

\_\_\_\_\_, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 1988.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e políticas públicas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *1988-2018:Trinta anos de constitucionalização permanente*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. *Por que muda e como muda a Constituição? Problemas de controle sobre a agenda governamental*. 32º Encontro Anual da ANPOCS, 2008.

ARRETCHE, Marta. *Transferências fiscais no Brasil*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

Banco de dados “*Number of Rights*” elaborado por Elkins, Ginsburg, Melton. Cambridge University Press, 2009. Disponível em: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>

BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais revisitada*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1994.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. RDA - Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2005.

\_\_\_\_\_. *Trinta anos da Constituição Federal: a República que ainda não foi*. Revista Consultor Jurídico, 6 de outubro de 2018.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. *O Poder Constituinte do Povo no Brasil: Um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte*. São Paulo: Editora Lua Nova, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BJORNSKOV, Christian; VOIGT, Stefan. *Constitutional verbosity and social trust*. Springer Science + Business Media, New York, 2013.

BOLONHA, Carlos; GANEM, Fabrício; ZETTEL, Bernardo. *O modelo democrático-deliberativo: possibilidades institucionais*. Revista Direito Estado e Sociedade, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte*. Revista Direito FGV, São Paulo, 2010.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. *Constituição, governo e democracia no Brasil*. RBCS - Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 21, 2006

GOMES, Sandra. *O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: Um Estudo de Caso da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988)*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 2006.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEVITISKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Rafael Bellem; VASCONCELOS, Natália Pires. *O sistema de justiça brasileiro: Atores, atuação e consequências do arranjo institucional*. In: MENEZES FILHO, Naercio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a constituição brasileira*. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Notas sobre o Estado Administrativo: de Omissis a Hiperativo*. REI - Revista. Estudos Institucionais, volume 3, 2017.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Editora Lumen Juris, 2007.

NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*; tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, FABIANO. *Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional*. DADOS - Revista de Ciências Sociais, vol. 54, n. 3, 2011.

RAWLS, JOHN. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Editora Lua Nova, São Paulo, 1992.



ROSILHO, André. *A constituição de 1988 e suas políticas em quatro anos*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e políticas públicas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do Estado, 2006.

SASAKI, Fábio. *Arquitetura da Constituição*. Revista Pesquisa - Fapesp. Edição 274. Dezembro, 2018. <https://revistapesquisa.fapesp.br/2018/12/14/arquitetura-da-constituicao/>

Stanford Encyclopedia of Philosophy - John Rawls. 2017 (Disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/rawls>)

SUNDFELD, Carlos Ari. *“Direito Administrativo para Céticos”*. Editora Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass.; THALER, Richard H. *O paternalismo libertário não é uma contradição em termos*. Trad. Fernanda Cohen. Civilistica.com - Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015.

\_\_\_\_\_; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 28, 2002.

URBAN, Renan Lucas Dutra; BORGES, Alexandre Walmott. *Decisões técnicas, escolhas morais e democracia: agências reguladoras e deliberação sobre direitos fundamentais*. Revista Eletrônica Direito e Política, 2018.

VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation*. Harvard University Press, 2016.

\_\_\_\_\_, Adrian. *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York: Oxford University Press, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck. *“Direito, democracia e república”*. Publicação feita no jornal “Valor Econômico” em 03/05/2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WERNECK, Diego; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 38. p. 6 a 50. jan/jun 2011.