

DANIEL WEI LIANG WANG
Organizador

CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA NA DEMOCRACIA:
APROXIMAÇÕES ENTRE
DIREITO E CIÊNCIA POLÍTICA

ANDREI KOERNER
ARGELINA CHEIBUB FIGUEIREDO
CLÁUDIO G. COUTO
DANIEL WEI LIANG WANG
ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA
LUÍS GUSTAVO BAMBINI
LUCIANA GROSS CUNHA
MARCOS PAULO VERÍSSIMO
OCTAVIO LUIZ MOTTA FERRAZ
ROGÉRIO B. ARANTES
VANESSA E. OLIVEIRA
VITOR MARCHETTI

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

342(81)
C775
DES

meSA

Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política
Andrei Koerner / Argelina Cheibub Figueiredo / Cláudio G. Couto / Daniel Wei Liang Wang
Eloísa Machado de Almeida / Luís Gustavo Bambini / Luciana Gross Cunha / Marcos Paulo
Veríssimo / Octavio Luiz Motta Ferraz / Rogério B. Arantes / Vanessa E. Oliveira
Vitor Marchetti

Organização
Daniel Wei Liang Wang

65811/14

Capa
Nacho Pons

Preparação e revisão
Ida Gouveia

Editoração eletrônica
Oficina das Letras®

Impressão e acabamento
Gráfica Vida & Consciência



12/09/2014

Todos os direitos reservados.
Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil

Constituição e política na democracia : aproximações entre direito e ciência política / Daniel Wei Liang Wang, organizador. -- São Paulo : Marcial Pons, 2013.

Vários autores.

ISBN 978-85-66722-06-2

1. Ciência política 2. Democracia 3. Direito e política 4. Direito constitucional I. Wang, Daniel Wei Liang.

13-07765

CDU-342

Índices para catálogo sistemático: 1. Ciências políticas e direito : Direito público 342

© Daniel Wei Liang Wang (Organizador)

© MARCIAL PONS
EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, conj. 64/5, Torre Sul,
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil [07-2013]

CONSTITUIÇÃO, GOVERNO E GOVERNABILIDADE¹

ROGÉRIO B. ARANTES e
CLÁUDIO G. COUTO

A questão da governabilidade marcou o debate da transição democrática no Brasil e ocupou lugar central na reflexão dos cientistas políticos sobre o sistema político adotado pela Constituição de 1988. Nossa pesquisa sobre as relações entre governo e constituição iniciou-se naquele contexto de grande preocupação em torno dos efeitos do texto constitucional sobre a governabilidade democrática.

O presente capítulo está dividido em três partes: na primeira, tratamos dos pressupostos teóricos da Metodologia de Análise Constitucional e das primeiras aplicações que fizemos dessa metodologia. Essa primeira parte é bastante importante, pois, como cientistas políticos, nós não nos obrigamos a olhar para a Constituição como algo «sagrado». Desconfiamos das coisas que os constituintes fazem e não as idealizamos. Não é porque elas se tornam constituições que elas devem atingir necessariamente a sagração, a ponto de não poderem ser olhadas de outra forma e, no limite, questionadas. O mesmo vale para legisladores ordinários, executivos e juízes. Na segunda parte, nós

¹ Este capítulo retoma diversos de nossos trabalhos anteriores sobre o tema (COUTO e ARANTES, no prelo; COUTO e ARANTES, 2010, 2006 e 2003; ARANTES e COUTO, 2009 e 2008) e apresenta alguns resultados inéditos de pesquisa sobre a Constituição de 1988 e o emendamento constitucional no Brasil.

apresentamos os principais resultados da aplicação da metodologia à análise da Constituição de 1988 e fazemos comparações com alguns outros textos. Na terceira e última, nós discutimos a relação entre Constituição e Governo, o tema central deste capítulo, e a relação com a governabilidade. De que modo fazemos isso? Observando principalmente o fenômeno do emendamento constitucional no Brasil. Apresentaremos dados sobre emendamento e algumas ideias que temos a respeito.

PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DE UMA METODOLOGIA DE ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Como surgiu nosso interesse pelas relações entre governo e constituição? Nós passamos a considerar o problema constitucional brasileiro a partir da observação do processo decisório governamental no Brasil pós-1988, em grande medida marcado pelo frequente e contínuo emendamento constitucional. Notamos que a Constituição de 1988 não descansou, no sentido de adquirir um patamar de estabilidade que se espera das constituições quando são promulgadas, governando a partir desse ponto o país e suas instituições. O fato bastante conhecido, mas pouco explicado, é que a nossa constituição seguiu sendo objeto de emendamento constante desde 1988.

Em um dos primeiros textos escritos sobre esse problema, Couto (2000) desenvolveu a ideia de «agenda constituinte» para caracterizar o fato de que a agenda política do país, a despeito da promulgação da constituição, não se desenrolou no nível infraconstitucional e uma grande quantidade de medidas governamentais foi implementada em pleno marco constitucional, mediante sucessivas investidas sobre o texto promulgado em 1988.

Um das observações feitas por Couto à época é que vivíamos um período de intensas reformas econômicas e de modelo de Estado. Porém, ao olharmos para o continente latino-americano, países que enfrentavam o mesmo tipo de agenda não necessariamente mexiam nas suas constituições para realizar essas reformas. No caso brasileiro, havia essa coincidência: a reforma econômica vinha acompanhada de reformas constitucionais.

Isso despertou o interesse em investigar o motivo pelo qual esses processos estavam ocorrendo conjuntamente no caso brasileiro. De lá para cá, o resultado global de 20 anos de vida constitucional se expressa nas 73 emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso, totalizando nada menos do que 1042 dispositivos (explicamos adiante o que são dispositivos). Em média, estamos falando de 57 dispositivos por ano que, somados aos 1.855 dispositivos da constituição original (incluído o ADCT) conformam nada menos que 2.898 dispositivos constitucionais criados desde 1988. Costumamos dizer que temos 2.898 aspectos da realidade social, política, econômica, cultural, familiar, esportiva, religiosa, artística etc. da vida brasileira constitucionalizados. A última emenda que contabilizamos para o presente

estudo é de dezembro de 2010 – mas esse é um tipo de dado que deve ser atualizado quase semanalmente no Brasil.

Um exemplo da ordem da caricatura, porém real, é o art. 42 do ADCT, cuja versão original dizia que durante 15 anos a União aplicaria 20% dos recursos destinados à irrigação na região centro-oeste e 50% na região nordeste, preferencialmente no semiárido. A Constituição tivera a pretensão de criar uma política pública para combater a seca nessas regiões. Como a seca não acabou em 15 anos, a Constituição precisou ser atualizada e um novo prazo lhe foi concedido: a Emenda Constitucional 43 tratou de mudar de 15 para 25 anos o prazo de duração da política, contados desde 1988. Mas é provável que assim que a constituição completar 25 anos o artigo terá que ser revisto novamente. A questão, obviamente, não é de prazo, mas a seguinte: o que uma política pública (de tipo orçamentário) de combate à seca está fazendo na Constituição?

Desde o início, suspeitamos que a Constituição de 1988 tinha a peculiaridade de abrigar elementos que nós poderíamos classificar como não propriamente constitucionais. Para poder avançar com essa ideia, precisávamos desenvolver um modelo de análise constitucional que não dispúnhamos nem no direito nem na ciência política, por razões que escapam aos limites desta apresentação. O fato é que não dispúnhamos de um modelo de análise constitucional com aplicabilidade prática para a contagem de dispositivos constitucionais que nos permitisse distinguir esses dispositivos de uma maneira sistemática. Portanto, uma nova metodologia precisava ser criada.

Quadro I. Natureza das dimensões ideais do processo político democrático

Dimensão	Natureza	Denominação	Característica Formal	Característica Substantiva
Normatividade Constitucional	Parâmetros Gerais do Jogo Político (Estrutura)	<i>Polity</i>	Pacto entre os diversos atores políticos	Generalidade, relativa neutralidade
Embates e Coalizões Políticas	Jogo Político	<i>Politics</i>	Relacionamento dinâmico entre os atores	Conflito e/ou Cooperação
Normatividade Governamental	Resultados do Jogo Político (Conjuntura)	<i>Policy</i>	Vitória/Derrota de diferentes atores políticos	Especificidade, controvérsia

O quadro I apresenta os fundamentos de nossa metodologia de análise de textos constitucionais. O modelo tem como intuito inferir as consequências de um determinado tipo de texto constitucional para seu próprio emendamento e no processo de formulação de agendas legislativas e de governo, subsequentes à edição da própria constituição.

Fizemos uma divisão do processo político e tudo aquilo que pode ser considerado como parte de uma política em torno da Constituição, distinguindo três dimensões desse processo.

Em razão da inexistência de palavras específicas em português capazes de dar conta dessas dimensões de modo econômico, adotamos três nomes em inglês que nos pareceram bastante apropriados: *polity*, *politics* e *policy*. A dimensão intermediária é a da *politics*, aquela que normalmente descrevemos como relacionamento dinâmico entre os atores políticos, e que pode variar do conflito à cooperação entre eles.

Acima e abaixo da *politics* existem duas dimensões do processo político democrático que são normativas, isto é, representam a geração de normas. Uma no plano propriamente constitucional, que definimos como normatividade constitucional, conformada pelos parâmetros gerais do jogo e da estrutura do processo político, que formalmente pode ser descrito como tendendo a se assemelhar a um pacto entre os atores, importando menos se formal ou informal. De qualquer modo, a referência principal é a existência de certo grau de consenso entre eles. E como decorrência desse princípio, uma vez que é pouco provável encontrar um consenso capaz de abarcar todos os detalhes da vida em uma sociedade, espera-se que esse nível da normatividade democrática seja marcado por relativa neutralidade e uma certa generalidade. A neutralidade é relativa, pois mesmo quando se faz um pacto se é obrigado a aceitar certas condições e promover certos acordos. A título de exemplo, um ator comunista pode ser levado a aceitar a constitucionalização do direito de propriedade como parte do jogo que estabelecerá um regime democrático, em que pese capitalista. Ainda que ele pretenda mudar isso no longo prazo, no curto prazo o estabelecimento de uma ordem democrática pode ser mais prioritário para ele mesmo. Ou seja, jogar o jogo e participar das eleições implica aceitação do direito de propriedade – e isso confere relativa neutralidade às normas gerais.

Há um nível mais básico dessa normatividade que definimos como normatividade governamental, ou seja, as normas que tendem a ser geradas pelo processo de governo propriamente dito. Entendamos esse processo em seu sentido mais amplo, na relação entre Executivo e Legislativo, nas produções de políticas públicas pelo Parlamento etc. Definimos essa dimensão do processo político democrático como *policy*, isto é, os resultados do jogo político que se definem conjunturalmente.

Embora essas dimensões não sejam estanques no processo democrático e até convirjam em algum grau e em diversas situações, buscamos separá-las analiticamente a fim de obter uma visão sistêmica mais acurada. Distinguímos analiticamente cada um dos subsistemas, mas sabemos que no mundo concreto eles estão em conexão. São comuns as situações que não podem ser reduzidas claramente a um único campo.

Embora os dois planos normativos possam ser pensados como um contínuo, fronteiras analíticas entre eles precisam ser definidas de alguma forma. Do ponto de vista do processo político democrático, entendemos que a produção de políticas públicas na dinâmica governamental deve ser balizada pela normatividade constitucional. Esse processo é em grande medida dialético: produzem-se políticas públicas que alteram a realidade circundante e isso pode afetar a própria normatividade constitucional no longo prazo. E isso mesmo se a tomarmos no sentido puro que estabelecemos: normas consensuais que operam no sentido de um pacto e fornecem as estruturas do sistema.

Por outro lado, quando falamos de política pública falamos de algo que corresponde à vitória ou derrota entre atores políticos. Isso não quer dizer que não existam políticas públicas consensuais, que se perenizam e, ao se perenizarem, criam o que a literatura chama de regime de políticas públicas. Mas mesmo regimes de políticas públicas não têm o mesmo estatuto de normas constitucionais, eles são passíveis de mudança mais fácil e estão sujeitos à alternância de governos e aos fatores intervenientes da conjuntura. Eles podem mudar por legislação infraconstitucional, mas são vistos pelos atores como algo que, mesmo mudando, não altera as condições estruturais do jogo democrático e da competição política. Se é objeto de vitória ou derrota e não afeta a estrutura constitucional, pode muito bem ser específico e até mesmo controverso: o que um partido entende como correto não é necessariamente o que o outro entende como correto, mas ambos não estão disputando uma regra fundamental do jogo democrático. No processo político cotidiano, o objeto principal do embate entre os atores diz respeito à direção da *policy* e não à reformulação da *polity*.

Adiantando uma importante consequência desse quadro, o que nos parece evidente é que se uma constituição reflete de fato a primeira dessas três dimensões, ou seja, se ela caracteriza a referida estrutura do regime e ela contém normas que são marcadas pela generalidade e relativa neutralidade, esses são os ingredientes que nos permitem vislumbrar que uma constituição deve durar muito tempo. Ou seja, porque ela tem essas características é que ela deve durar. Não se espera de constituições que contenham elementos conjunturais ou que constitucionalizaram políticas públicas (que são por natureza específicas e controversas) que durem no tempo e deixem de ser objeto de disputa entre os atores somente porque são formalmente constituições. Assim, essa imagem de que constituições são feitas para durar depende muito de como essas vieram ao mundo e quais são suas características principais.

Os dispositivos constitucionais que estão no nível da *polity* estabelecem a estrutura do regime democrático, operam no âmbito do acordo entre os atores, colocam limiares e limites para aquilo que deve ou pode ser feito pela política ordinária. Falamos em limiares (*thresholds*) e limites porque em geral o marco constitucional contém igualmente parâmetros do mínimo que deve

ser assegurado a todos e do máximo que não deve ser ultrapassado por ações de legisladores e governantes em geral. Tais normas definem a soberania do Estado ao mesmo tempo que seu controle.

A partir desse modelo teórico, a análise de textos constitucionais requer o estabelecimento de critérios que nos permitam identificar e contabilizar seus dispositivos. O quadro II apresenta os critérios, substantivos e operacionais, utilizados para discernir os aspectos que devem ser considerados propriamente constitucionais ou integrantes da *polity* democrática.

Quadro II. Critérios de distinção de matérias constitucionais e não-constitucionais

	Minimalista (liberal clássico)	Maximalista (social)
Critérios substantivos	Definições de Estado e Nação	Definições de Estado e Nação
	2. Direitos individuais fundamentais	2. Direitos individuais fundamentais
	3. Regras do Jogo	3. Regras do Jogo
		4. Direitos materiais e funções estatais correlatas
Critérios formais/ operacionais	5. Generalidade	5. Generalidade
	6. Controvérsia	6. Controvérsia

Tendo em vista os fins desta análise, para uma norma ser classificada como propriamente constitucional ela deve expressar um dos quatro critérios substantivos apresentados no quadro II. Ela deve definir algum aspecto fundamental do Estado-Nação, ou então algo relacionado a direitos individuais de liberdade e de participação política, ou estipular regras do jogo, ou estipular direitos materiais e funções estatais correlatas, sobretudo direitos sociais.

Consideramos que esses elementos expressam bem a natureza das constituições modernas e contemporâneas. Os três primeiros cobrem a experiência das constituições liberais do século XIX e o quarto elemento representa as constituições que no século XX adentraram o campo dos direitos sociais, na esteira do *welfare*. Estabelecemos uma distinção entre modelos minimalistas e maximalistas de constituições, mas é importante destacar que quando absorvemos a ideia de direitos sociais constitucionais não estamos nos referindo a políticas públicas constitucionalizadas. Para serem constitucionais, os direitos materiais ou sociais devem ser básicos e de feição geral, não devem conter políticas específicas que visem sua implementação, por mais bem intencionadas que sejam.

Em resumo e a título de exemplo, não adotamos a constituição americana como um modelo a ser seguido para definir o que é constitucional, embora os americanos estejam acostumados a fazer isso. Seu minimalismo não é mais a regra há muito tempo. Entre as constituições existentes no mundo contemporâneo, a americana é uma absoluta exceção. Direitos sociais e funções estatais correlatas têm de ser considerados na análise dos textos existentes atualmente.

É preciso enfrentar algumas questões adicionais. Citamos no início desta exposição o exemplo da constitucionalização da política orçamentária relativa aos programas de combate à seca. Outro exemplo que poderia ser lembrado é o dispositivo constitucional que obriga os entes a um gasto mínimo da receita tributária com educação: 25% para Estados e Municípios e 18% para a União. Não cabe dúvida de que elevar o direito à Educação ao plano constitucional reflete bem a ideia de que direitos materiais devem ser constitucionalizados, mas a forma detalhada de fazê-lo – fixando percentuais – pré-define parte significativa da política orçamentária. Trata-se de algo que tem evidentemente a ver com um direito social e funções estatais correlatas. Porém, ao especificar o percentual de recursos a serem gastos, o dispositivo acaba transgredindo um critério formal de generalidade e, portanto, é possível que ela gere também controvérsia em diferentes governos. Se ocorrer a algum governo municipal a desnecessidade de gastar 25% em educação, por achar que 20% é suficiente e que deve alocar o restante em saúde, cultura ou segurança, ele terá que pedir primeiro que emendem a Constituição Federal. Ou seja, ao definirmos um critério orçamentário para garantir o direito social, engessamos a administração do governo e aumentamos o custo de transição de uma política a outra.

É importante considerar esses dois lados da questão. O dispositivo que trata do mínimo de recursos a serem aplicados em educação remete a um direito social, mas justamente pelo fato de não ser genérico e de ser potencialmente controverso nos leva a considerar que se trata não de um direito fundamental, mas de uma política pública constitucionalizada. Não entramos no mérito se ela é boa ou má, mas ela é uma política pública.

Passemos agora à forma pela qual contabilizamos dispositivos constitucionais. Nosso método se distingue bastante do utilizado pela literatura que estuda constituições e emendamento constitucional na ciência política.

Nós levamos em conta a organização formal do texto, que no caso da Constituição brasileira se divide em artigo, parágrafo, alínea, item etc., mas na leitura verificamos como a combinação desses elementos forma de fato um dispositivo com integridade própria. Assim, se o *caput* de um artigo qualquer encerra em si mesmo um dispositivo completo, nós o contabilizamos como um dispositivo. Se, todavia, ele requer o parágrafo que vem em seguida para se completar, então unimos essas duas partes até formar um dispositivo; e se o parágrafo requer a alínea, e assim por diante, vamos seguindo até formar um dispositivo pleno de sentido. Em outras palavras, a dimensão formal orienta

nossa primeira leitura, mas ela não é suficiente para definirmos a unidade básica que compõe o texto constitucional. Nossa contabilidade não é simplesmente somar artigos ou parágrafos. Ela passa por uma interpretação.

Por essa razão, nosso método mostrou-se bastante original em comparação com o que foi feito por outros cientistas políticos que estudam textos constitucionais, que medem o tamanho das constituições pelo número de palavras.

E o argumento que oferecemos para criticar esse método é que as culturas variam. A própria língua varia, de forma que algumas são mais assertivas enquanto outras são mais rebuscadas e isso se reflete diretamente no estilo literário das cartas constitucionais. Desse modo, contar palavras e dar tratamento estatístico e comparativo a elas pode enviesar por completo a análise. Para completar o rol de imprecisões, as mesmas análises que medem constituições pelo número de palavras não o fazem da mesma forma quando examinam emendamento constitucional. Em geral, essas análises tomam emendas como unidades e criam taxas de emendamento na forma de número de emendas por ano. Seria mais correto se, ao fazer essa contagem, essas análises contassem emendas também por seu número de palavras. Ou seja, deveriam comparar as mesmas coisas dos dois lados.

Ao aplicar nossa metodologia, os 245 artigos do texto principal de 1988 se desdobraram em 1.627 dispositivos constitucionais. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias têm 70 artigos que se desdobram em 228 dispositivos. Somados os dois textos e seus 315 artigos, temos 1.855 dispositivos constitucionais.

Quando tomamos uma Constituição como a brasileira, organizada em parágrafos, incisos, alíneas etc. é muito mais fácil do que uma constituição como a argentina ou americana que são de texto corrido. Nesses casos somos obrigados a criar algum critério de divisão. Um deles é a pontuação. Quando se consegue fazer isso pela pontuação, e normalmente os redatores constitucionais são cuidadosos com isso, chega-se facilmente a uma norma distinta da próxima. A pontuação normalmente indica que se fechou uma norma. Todavia, quando se observa um parágrafo muito longo, por exemplo, tem-se a necessidade de se fazer essa repartição do texto constitucional usando algum critério minimamente objetivo, ao lado da pontuação. Do contrário, ficaria totalmente arbitrário. Esse critério seria a identificação de uma norma individualizável e distinguível das demais que, eventualmente, estão contidas num mesmo parágrafo.

Encerramos aqui a apresentação da primeira parte do projeto que chamamos de pressupostos teóricos de uma metodologia de análise constitucional. Antes de passarmos à parte seguinte, vale consolidar alguns pontos que podem parecer controversos: assumimos como pressuposto teórico que

a democracia funciona com base numa normatividade institucional geral, que se distingue da normatividade governamental. Ela é necessariamente mais suscetível a mudança e transformação, por isso as políticas públicas, ao passo que a normatividade constitucional deve durar mais tempo, porque dotada de generalidade, baixo grau de controvérsia e relativa à estrutura do jogo político.

Vale destacar nessa mesma linha que não fazemos uma análise histórica de como determinada norma constitucional foi gerada – a análise é textual. Portanto, não buscamos na história se houve ou não um consenso para formular aquela regra, mas se aquela regra tem as características de uma norma que opera segundo princípios consensuais. Veja o caso, por exemplo, do direito de portar armas nos EUA. Quando aquele direito é instituído no final século XVIII, ele está ligado ao direito de rebelião. Esse era o seu fundamento. Os indivíduos tinham o direito de portar armas para eventualmente se defender da tirania do Estado. Já em pleno século XXI, embora muita gente recorra àquele argumento para manter o direito de portar armas, podemos dizer que essa norma se tornou fundamentalmente um problema de segurança pública. Um problema muito mais de política pública do que um problema fundamental vinculado à questão da soberania popular e ao direito de rebelião. Sendo essa norma hoje muito mais uma *policy*, é bastante provável que ela chame o emendamento constitucional. Então, a própria história que explica por que essa norma foi *polity* no passado deixa de ser útil na nossa análise. Se estivéssemos analisando a chance de essa norma ser emendada no final do século XVIII ou XIX, diríamos ser baixíssima. Porque naquele contexto ela era claramente uma norma do tipo regra do jogo, de regra geral, de direito fundamental e, portanto, ela refletia algo minimamente consensual na sociedade, nos termos que definimos consenso. Hoje, a mesma norma careceria desse entendimento.

Além da dimensão histórica, há uma propriamente política da investigação que é considerar ou assumir que uma constituição pode ser a qualquer momento abandonada pelos atores. Não há motivos razoáveis para que atores políticos organizados permaneçam sob a constituição indefinidamente. Nosso pressuposto é que as constituições só sobrevivem se, de fato, forem marcadas por isso que chamamos de consenso, mas que poderíamos chamar de um arranjo institucional que impõe custos e benefícios aos atores de modo a produzir uma situação de equilíbrio em que qualquer solução fora desse equilíbrio é pior para eles. Nesse caso a constituição pode durar. Do contrário, cai como qualquer outra coisa que perde sustentação diante da força da gravidade.

Se, como argumentamos, uma constituição desce ao detalhe de distribuir ou redistribuir recursos para políticas, que é algo que faz parte do cotidiano da luta entre partidos ou da disputa no interior da própria sociedade, o mesmo não parece ocorrer, por exemplo, com o arranjo federativo. O arranjo federativo é um tipo de acordo que se faz para presidir o jogo político entre os

atores no futuro. Entra-se em acordo com relação a uma regra do jogo, mas não se pré-definem os resultados desse jogo. Se no interior do arranjo federativo estabelecem-se percentuais para políticas específicas, compromete-se a generalidade da regra e chamam-se os atores o tempo todo a se digladiarem em torno dela porque esse não é um acordo para durar, mas para ser revisto de tempos em tempos. Logo, colocá-lo na constituição é chamar os atores ao permanente jogo de uma política constitucional, de uma política ordinária alçada ao nível da *polity*.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 À LUZ DA METODOLOGIA DE ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Contabilizamos 1.627 dispositivos do texto principal da Constituição de 1988 e encontramos 496 dispositivos de *policy*, ou seja, 30,5%. Em termos absolutos, podemos dizer que se trata de um valor bastante elevado. Mas em termos relativos, comparativamente a outras constituições, o que esse número poderia significar? Passamos então a analisar as constituições brasileiras anteriores a 1988 e textos constitucionais de outros países, ampliando nosso desafio de contextualizar comparativamente o resultado encontrado.

Tabela 1. Distribuição comparativa de *polity* e *policy* e taxa anual de emendamento constitucional em Constituições selecionadas²

Pais	<i>Polity</i> (%)	<i>Policy</i> (%)	Quantidade de dispositivos <i>policy</i>
Brasil (1988)	69,5	30,5	496
México (1917)	83,0	17,0	103
Venezuela (1999)	91,6	8,4	93
Portugal (1976)	95,5	4,5	42
Argentina (1860)	98,3	1,7	4
Alemanha (1949)	99,2	0,8	4
Itália (1948)	99,5	0,5	2
Espanha (1978)	99,7	0,3	2
Estados Unidos (1787)	99,2%	0,8	1
Rússia (1993)	100,0%	0,0	0

Na tabela 1, observa-se inicialmente o número absoluto de dispositivo *policy*, porque não é só o percentual que importa. Em termos percentuais a segunda colocada no ranking é a constituição mexicana, que chega a dispor de

² Contamos com Lincoln Narcélio Noronha para a classificação das constituições estrangeiras, no âmbito do Projeto Constitucionalismo e Democracia em Perspectiva Comparada.

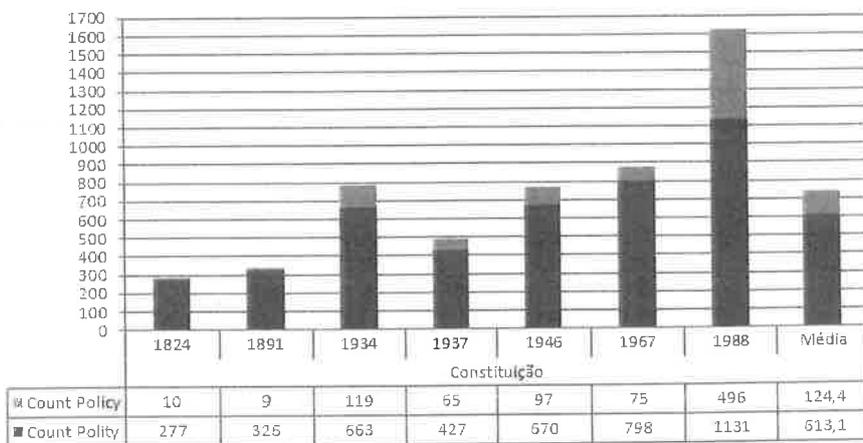
17% de dispositivos *policy*, enquanto a nossa tem 30,5%. Entretanto, a nossa constituição tem 5 vezes mais políticas públicas do que a do México.

Além da distinção *polity* e *policy*, a comparação com outras constituições mostrou-se também interessante por nos permitir verificar a existência de diferentes gerações de textos constitucionais. A Constituição americana é, como diz a literatura, enxuta e constituída quase exclusivamente de *polity*. As constituições do pós-guerra – Alemanha e Itália – que inauguram o constitucionalismo democrático não chegam a ser socialmente programáticas. Elas contêm muito poucas políticas públicas e não se notabilizaram por isso. Mas quando se observa o tamanho dessas cartas, nota-se que elas já são bem maiores do que o padrão liberal anterior. Nelas já se encontra uma preocupação em detalhar mais o edifício constitucional democrático, em regular mais o funcionamento dos Poderes. Na Alemanha, que é um país federativo, há uma preocupação maior em regular a relação entre os entes da federação, por exemplo.

Quando observamos as constituições dos anos 1970 – a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978 – notamos que são cartas muito extensas, mas na comparação *polity/policy*, os percentuais encontrados não se comparam à brasileira de 1988 (e é interessante lembrar que muitos analistas consideram a Constituição brasileira tributária da Constituição de Portugal).

Curiosamente, a constituição que mais se aproxima da brasileira é a mexicana de 1917, por razões que escapam à sequência mais conhecida dessas gerações de constituições: liberais no séc. XIX, mais democráticas em meados do séc. XX, e social-democratas ao fim do séc. XX. A mexicana, na verdade, contém vários dispositivos de políticas públicas por sua inspiração socialista. É uma Constituição bastante original para o seu tempo.

Gráfico 1. Constituições brasileiras comparadas (1824-1988)



Fizemos também uma comparação das constituições brasileiras anteriores a 1988, conforme mostra o gráfico 1. Também é notável como nossas cartas variam em função de seu tempo, tanto as liberais democráticas quanto as autoritárias instituídas por regimes de força. As do séc. XIX – seja a primeira imperial da independência, seja a republicana – são pequenas, com pouco mais de 300 dispositivos e pouquíssimas políticas públicas. A de 1934 é a nossa primeira constituição liberal democrática, inaugurando um novo tempo. É interessante notar que ela vai a quase 800 dispositivos. Inaugura, de certo modo, essa prática de constitucionalizar *policies*, mas quando ela é substituída, três anos depois, o novo marco constitucional cai a quase metade do número de dispositivos, de cerca de 800 a 500.

Poderia ser argumentado que, na medida em que o tempo passa, as funções do estado tornam-se necessariamente mais complexas e quem legisla se ocupa dessa complexidade produzindo mais dispositivos. Porém, não foi isso o que aconteceu de 1934 a 1937, e a simples passagem do tempo não explica a variação constitucional negativa que houve naquela época. Fosse assim, deveria ter-se observado um crescimento e não uma diminuição na passagem de um regime a outro. Isso levanta um problema interessante: será que isso tem a ver com a natureza do regime? Será que regimes iniciados democraticamente ou que visem a iniciar democracias produzem constituições diferentes de regimes que introduzem constituições em situação autoritária?

Observe-se pelo gráfico que a constituição de 1946 volta ao patamar da carta de 1934, tanto no tamanho, quanto na proporção, aproximadamente. A de 1967 mereceria considerações também específicas. Ela herda toda a complexidade do regime de 46, embora obviamente não no caráter democrático, pois era uma constituição autoritária. Entretanto, sem dúvida se assemelha à sua antecessora na tarefa de organizar o Estado, a federação e mesmo as relações entre os poderes que foram mantidos em funcionamento pelo regime autoritário.

O gráfico 1 também ajuda a perceber a peculiaridade da constituição de 1988, que não se assemelha a nenhuma das anteriores. Ela é bem maior do que todas elas – foi a mais de 1.600 dispositivos – e encerra uma incomparável proporção entre *polity* e *policy*. Comparada com experiências anteriores, ela se distingue muito da média do constitucionalismo brasileiro.

Realizamos um cruzamento estatístico dos dispositivos introduzidos por assembleias ou congressos constituintes, genericamente denominados de democráticos, com dispositivos introduzidos por constituições outorgadas. O que se observa é que a proporção de *policy* para *polity* nas constituições democráticas é muito maior do que nas constituições outorgadas ou impostas pelo Executivo. O teste estatístico revela que essa correlação é significativa. As constituições democráticas introduzem mais *policies* do que as constituições autoritárias. Claro que esse resultado é afetado pelo tamanho do texto de 1988 e

por isso talvez não deva ser generalizado. Se utilizarmos uma amostra comparativa maior, capaz de confirmar esse resultado, a seguinte questão poderia ser suscitada: por que regimes autoritários se ocupariam menos em constitucionalizar o mundo futuro, em comparação com regimes democráticos?

O ponto que interessa ao cientista político aqui é o seguinte: a assembleia que introduz uma constituição democrática constitucionaliza mais o mundo porque ela é mais inclusiva e participativa, enquanto a autoritária – porque elaborada por poucas ou apenas uma cabeça – resulta mais enxuta? Ou, na verdade, é uma decisão *pro tempore*, isto é, voltada para o futuro: justamente porque é uma assembleia democrática, sem ter a certeza de quem será a maioria governista futura, preocupa-se mais em constitucionalizar o futuro do que as introduzidas autoritariamente? Essas são perguntas que a pesquisa nessa área deveria tentar responder.

GOVERNANDO COM A CONSTITUIÇÃO

Passemos agora à terceira parte do capítulo, relativa ao emendamento constitucional pós-1988 ou o que chamamos «governando com a constituição» – parodiando um texto de Stone-Sweet (2000) intitulado «governando com juízes». Como o sistema político se relaciona com a constituição e em que medida ela afeta a dinâmica política?

Em geral, quando uma constituição é modificada, atribui-se as causas dessa modificação ao mundo exterior a ela, ao fato de que as circunstâncias e vontades mudaram, afetando a constituição. Ou então que os políticos são malvados, não gostam da constituição e ficam modificando seu conteúdo sempre que podem. A constituição, em si, nunca é tomada como causa ou fonte ela mesma do emendamento constitucional que ela suscita.

O autor que primeiramente inverteu esse modo de pensar a constituição e o emendamento constitucional foi Donald Lutz (1994), que formulou quatro proposições que tomam a constituição como, usando a linguagem da ciência política, variável independente no processo de emendamento.

Ele formulou hipóteses para a mudança que residem no interior da constituição – dizem respeito a características do próprio texto constitucional. A primeira proposição é: quanto mais longa é uma constituição, maior será sua taxa de emendamento. Quanto mais curta a constituição, menor será a sua taxa de emendamento. A explicação é simples: a constituição será alvo de emendamento por conta dos muitos detalhes e estes são suscetíveis à mudança.

A segunda proposição: quanto mais difícil o processo de emendamento, menor a taxa de emendamento; quanto mais fácil o processo, maior a taxa de emendamento. As constituições guardam cláusulas de emendamento e elas podem impor maiores ou menores dificuldades em termos do tipo de maioria

exigida (se simples ou qualificada), prazos, procedimentos e número de atores institucionais envolvidos. Um exemplo de constituição pouco suscetível a emendamento é a dos Estados Unidos, tida como uma das constituições mais difíceis de emendar por conta das exigências que a constituição faz para que uma emenda constitucional seja aprovada. Por outro lado, há países nos quais as constituições são mais flexíveis e o processo de emendamento é mais fácil.

Em terceiro, quanto mais funções governamentais tratadas pela constituição, maior ela será e maior a taxa de emendamento. Talvez este seja o ponto que mais se aproxima da nossa investigação aqui, porque ele chega a falar em funções governamentais. Ele aponta para a ideia de que se uma constituição traz para si políticas governamentais, ela, então, estaria atraindo o processo de emendamento. Ele, contudo, não aprofunda esse ponto e aproxima, na verdade, a terceira proposição da primeira: quanto mais coisas incorporadas à constituição maior ela será, e quanto maior, como vimos, maior a chance de ser emendada. Em suma, ele reduz tudo a uma questão de quantidade: quanto mais coisas na constituição, mais suscetível ela é à mudança. Não há, todavia, uma distinção qualitativa entre dispositivos, como fizemos em nossa metodologia.

A quarta e última proposição assume que quanto mais distante da taxa média de emendamento, seja numa direção ou noutra (isto é, baixo ou excessivo emendamento), maior a probabilidade de uma constituição ser inteiramente substituída e mais curta será a sua duração. Quanto mais próxima dessa média ideal de emendamento, menor a probabilidade de uma constituição ser substituída por outra e mais longa tenderá a ser sua vida útil.

Recentemente deparamo-nos com um trabalho muito próximo ao que estamos buscando realizar a partir da experiência brasileira. Trata-se da pesquisa de Hammons (1999) sobre as constituições estaduais americanas. Utilizando uma abordagem bastante similar à nossa, este autor chegou a três importantes conclusões: 1) quanto maiores as constituições estaduais nos EUA, mais elas duram; 2) quanto maiores, mais políticas públicas elas têm e mais emendadas elas tendem a ser; 3) quanto mais políticas públicas elas tendem a ter, mais emendadas elas tendem a ser, e mais elas duram, pelo menos até certo ponto. Fala-se em «até certo ponto» porque há um limiar superior da taxa de emendamento a partir do qual as constituições começam a ser substituídas por novas.

Uma possível explicação para esses resultados é a seguinte: quando constituições são muito detalhadas e emendadas, elas acabam durando mais porque os atores percebem que podem mudar as coisas sem a necessidade de uma carta nova. Portanto, não se precisa criar uma constituição nova. Por outro lado, quando elas são excessivamente rígidas, a tendência se inverte: os atores querem mudá-la, mas não conseguem e partem, então, para uma nova, ao seu feitio. Porém, quando um texto mais flexível é excessivamente modificado,

atingindo aquele nível superior da taxa de emendamento, os atores podem ser igualmente levados a consolidar as tantas alterações numa nova carta.

O nível ótimo de emendamento parece indicar um patamar de acomodação das preferências dos atores, que vão se ajustando ao longo do tempo e das necessidades conjunturais, desde que a constituição seja suficientemente flexível para incorporá-las. Isso é o que o estudo de Hammons sobre as constituições americanas estaduais revelou.

Há um outro trabalho, de Elkins, Ginsburg e Melton (2009), que constitui hoje a principal referência desse campo de estudos. Eles fizeram um trabalho hercúleo ao compor um banco de dados com todas as constituições de todos os países do mundo existentes desde 1787. Trata-se, portanto, de um censo constitucional.

O que esses autores demonstram vai muito ao encontro dos achados de Hammons (1999): constituições que são maiores duram mais. Por quê? A hipótese é a seguinte: mesmo que bastante modificada, a constituição tende a durar mais justamente porque é capaz de absorver mudanças. Enquanto isso, constituições pouco propensas à mudança tendem a ser substituídas por completo. Em conclusão, a tendência é que uma constituição que muda pouco, dura pouco; uma constituição que muda muito, dura muito, pelo menos até não ultrapassar um limite muito elevado, quando também tenderá a ser substituída por uma nova.

Voltamos, assim, a considerar o modelo da constituição federal americana como algo atípico, de uma carta que raramente é emendada, mantendo-se bastante enxuta, mas de longuíssima longevidade. Embora ela seja tomada, inclusive no debate americano, como modelo para os estados, o que esses estudos demonstram é que as constituições – estaduais americanas ou de outros países – que duram mais são justamente as menos enxutas e mais flexíveis.

Elkins e colaboradores fazem, inclusive, uma loa à constituição brasileira em seu estudo comparativo. Ela reuniria os principais atributos da teoria desses autores sobre a longevidade constitucional: é detalhada, flexível e inclusiva. Realmente, para os padrões democráticos brasileiros, ela já durou razoavelmente, não deixa de ser emendada e, pelo menos por enquanto, não parece ter atingido aquele patamar superior de emendamento que enseja a substituição por uma nova. Vale destacar que o censo constitucional elaborado por Elkins *et alii* revelou que a mediana de vida das constituições é 19 anos. Merece atenção também o fato de a constituição brasileira já ter ultrapassado os 20 anos e estar, portanto, acima da mediana de vigência das constituições. Seguindo o mesmo raciocínio, deve ser considerado positivo também o fato de que ela é muito emendada. Isso é, de acordo com a literatura da análise comparada ora discutida, um fator de durabilidade.

Neste ponto, há uma crítica metodológica importante a registrar. O estudo pioneiro de Lutz, no qual muitos outros se apoiam, apresenta um problema

grave. Ele aplicou suas proposições às constituições estaduais nos EUA e depois estendeu a análise a outras constituições nacionais. Na primeira etapa do estudo, ele encontrou uma taxa média de emendamento constitucional das cartas estaduais. De fato, quanto Lutz compara as extremidades da distribuição dessas taxas, ele percebe que aquelas constituições muito pouco emendadas e aquelas muito emendadas eram igualmente suscetíveis a serem substituídas completamente de tempos em tempos. Ao passo que aquelas que estavam em torno da média, ou seja, não pareciam rígidas demais e nem foram submetidas a muito emendamento, duravam mais no tempo (a taxa ideal girava em torno de 0,70 a 0,80 emendas por ano). Qual o problema do estudo de Lutz, que legou um tremendo equívoco à literatura? É que das taxas de emendamento ele derivou o grau de dificuldade das regras de emendamento constitucional que as presidiram, elaborando a partir daí uma tabela de pesos e medidas que passou a ser utilizada amplamente pelos pesquisadores. Ou seja, tomando a causa pela consequência, Lutz concluiu que uma regra de emendamento impunha mais dificuldade do que outra com base na taxa de emendamento gerada por ela mesma, desconsiderando por completo outros fatores que podem influenciar esse mesmo emendamento. E os estudos comparativos seguintes passaram a utilizar largamente essa tabela sem, contudo, produzir resultados consistentes que fossem capazes de manter a relação de causalidade entre regras e taxas de emendamento. Por regras, referimo-nos aqui às exigências relativas ao tamanho da maioria parlamentar necessária para aprovar uma emenda (se de 2/3, 3/5 etc.), em várias votações consecutivas, se há Senado e Câmara como instâncias legislativas, se há intervalo entre uma legislatura e outra para confirmar e ratificar uma emenda, se o povo tem a oportunidade de intervir no processo por meio de plebiscitos e referendos etc. Ora, quando se fala em maiorias de 2/3 ou de 3/5, até podemos ordená-las segundo o grau de dificuldade que impõem, mas um referendo seria necessariamente mais difícil do que a aprovação por duas legislaturas? Alguém chegaria a uma conclusão acerca de qual é mais ou menos difícil para a aprovação de uma emenda? Como Lutz resolveu essa questão? Ele tomou as taxas de emendamento constitucional nos estados americanos e delas inferiu graus de dificuldades das regras, estendendo depois a aplicação do método a outras constituições nacionais, mas neste caso usando aquelas regras pré-classificadas como causas da maior ou menor taxa de emendamento encontrada.

Ainda hoje, pesquisadores desavisados tomam a tabela de Lutz como ponto de partida de suas análises, inclusive para exame do caso brasileiro. Além do problema metodológico apontado acima, a estratégia comparativa de Lutz desconsidera uma série de outros elementos externos à regra como, por exemplo, a do perfil do sistema partidário que atua sob a regra de emendamento. Sistemas bipartidários ou multipartidários funcionarão de modo diferente para formar maiorias qualificadas de 2/3 ou 3/5 e aprovar uma emenda constitucional. O grau de polarização do sistema partidário também importará, assim como o grau de predominância do Executivo no processo legislativo.

Caso se esteja diante de um presidente institucionalmente forte, com capacidade de influenciar o processo de emendamento constitucional, isso deverá ter impacto relevante. Em suma, olhar apenas para a regra e atribuir-lhe um peso que derivou do resultado previamente encontrado é um erro metodológico básico que precisa ser corrigido.

Diferentemente de autores como Elkins *et alii*, Hammons e Lutz, preocupados com o quanto o emendamento contribui para a longevidade constitucional, nossa preocupação sempre residiu muito mais na questão do custo que uma constituição que requer emendamento frequente acarreta para o processo político e judicial. A questão não é tanto sobre a governabilidade do presidencialismo de coalizão no Brasil, mas sim a que custo esse sistema político opera³. Qual é o tamanho da coalizão que se precisa formar para aprovar emendas constitucionais e que tipo de dinâmica política o processo de emendamento engendra na relação entre partidos e destes com o governo?

Voltemos, então, ao nosso modelo de análise constitucional. Para nós, a relevância de um dado dispositivo constitucional que encerra uma política pública é justamente o custo da alteração com que o sistema político terá de arcar para a sua modificação. O ponto é que o custo de alteração, em regra, é muito maior do que seria se aquele dispositivo estivesse presente numa lei ordinária. Por essa razão, nossa discussão aqui tem muito a ver com o tema da governabilidade.

Para fazê-la avançar, precisamos considerar a constituição como variável independente do processo político, isto é, como causa ela mesma da dinâmica política que se instala para a formulação e implementação de políticas públicas. Como vimos, Lutz foi pioneiro em tomar a constituição como ponto de partida, e suas características intrínsecas como causas importantes de sua duração e da taxa de emendamento a que é sujeita. Todavia, e esse é o nosso ponto, essa teoria não dispõe de uma explicação sobre o motivo que leva políticos a emendarem a constituição. Falar apenas em tamanho da constituição e dificuldade da regra de emendamento não resolve esse problema. Não há uma explicação de por que em determinados Estados americanos ou em determinados países constituições são objeto de disputa política e políticos se interessam em modificá-las.

Nossa hipótese é a de que a constitucionalização de políticas públicas (*policies*) é efetivamente um ponto de partida muito forte para explicar por que políticos se engajam em reformas constitucionais, sobretudo em países que não estão conflagrados do ponto de vista estrutural. Não é uma questão estrutural que está sendo discutida e disputada entre os atores, mas são políticas públicas.

³ Sobre a governabilidade do presidencialismo de coalizão, ver o capítulo de Argelina Cheibub Figueiredo, neste volume, à p. 177.

Nossas proposições são as seguintes:

Cartas constitucionais que contêm um grande número de políticas públicas para além de princípios fundamentais, que normalmente são sua razão de ser, encerram um permanente processo de emendamento constitucional.

Legislaturas ordinárias são incentivadas a promover mudanças na constituição, não apenas por razões exógenas, mas endógenas ao arcabouço constitucional.

A constitucionalização da agenda governamental leva os governos a atuar no marco constitucional.

Governar por meio de mudanças constitucionais não seria sinal de permanente modificação estrutural da *polity* democrática, mas decorrência do fato de que a constituição atraiu para seu bojo a política governamental.

Se as nossas proposições estiverem corretas, podemos antever certos fenômenos ou tendências no mundo empírico, inclusive contrárias àquelas previstas pela literatura sobre reformas no Brasil contemporâneo. Para essa literatura, ou pelo menos uma parte dela, o grande número de emendas constitucionais aprovadas no Brasil nos anos 1990 seria resultado de um contexto específico, particularmente do governo FHC, que liderou um processo de reforma do Estado e de modelo econômico. Facilitada pela regra relativamente fácil de emendamento da Constituição de 1988 – apenas 3/5 das duas casas legislativas, por duas votações consecutivas – a coalizão governista sob FHC teria inclusive desfigurado a carta cidadã.

Segundo alguns analistas, graças a essa regra relativamente fácil e a um contexto favorável a mudanças, tivemos um amplo número de emendas constitucionais aprovadas. Com a mudança de governo, incluindo uma alternância ideológica – de FHC a Lula – a expectativa desses analistas é que a taxa de emendamento cairia significativamente, seja porque o contexto mudou, seja porque a nova administração não tinha entre seus compromissos modificar a constituição. Não haveria mais incentivos para mexer no texto constitucional.

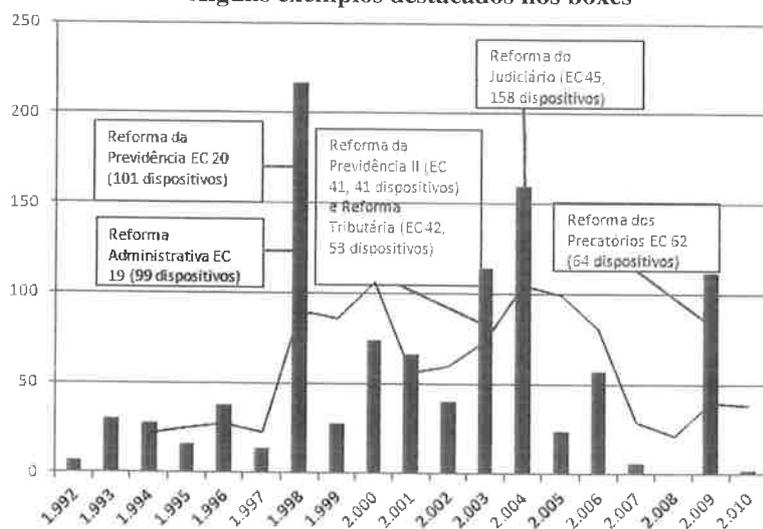
A nossa teoria sugeria o contrário: ao constitucionalizar políticas públicas, a carta de 1988 levaria quaisquer governos, seja de esquerda, de direita ou de centro, a mexer e a ter que governar com a constituição. Antes de apresentar os dados que confirmam nossas proposições, cabe discutir como trabalhamos teoricamente a questão do emendamento. Consideramos que a taxa de emendamento constitucional variará em função de três elementos principais e um quarto interveniente: 1) o grau de rigidez constitucional (tomado pelo peso que a regra de emendamento tem, e guardada a controvérsia que existe sobre essa metodologia), 2) a existência e extensão da revisão judicial ou controle constitucional das leis; 3) o grau de constitucionalização de políticas públicas no texto e 4) de natureza interveniente, o número de *veto players* e ao grau de fragmentação do sistema partidário.

Já discutimos o primeiro elemento e apontamos, inclusive, a necessidade de uma revisão metodológica em torno de sua composição. Quanto ao segundo, vale dizer que a literatura já o incorporou razoavelmente bem, sobretudo a partir e em função da experiência americana. Afirmamos anteriormente, com base em Elkins *et alii*, que de fato a constituição dos EUA não é um bom exemplo, a despeito de sua longevidade. Por qualquer critério que se examine, não deveria durar tanto tempo. Uma das explicações para sua durabilidade é a presença de uma forte revisão constitucional nos EUA. Ou seja, especialmente nos momentos mais cruciais da história constitucional americana a Suprema Corte se encarregou de dar interpretação e sobrevida ao texto, garantindo sua continuidade.

Como pensamos o problema do emendamento constitucional levando em conta o sistema político mais amplo, o número de veto *players* e o grau de fragmentação do sistema partidário constituem uma variável interveniente inescapável à análise. Ou seja, as regras de emendamento não operam no vazio político. É necessário considerar a configuração do sistema político para verificar o impacto que determinadas regras podem ter, e dessa combinação de elementos, avaliar seus resultados.

A ideia de que o emendamento constitucional no Brasil seria resultado de uma época ou de um único governo reformista cai por terra quando se vê, pelo gráfico 2, que a alternância no governo presidencial em 2002 e a substituição de uma agenda política por outra bastante diferente do ponto de vista da orientação ideológica, das políticas de governo e da sua relação com a constituição, não significaram um declínio do emendamento constitucional no Brasil.

Gráfico 2. Dispositivos de emendas constitucionais por ano (1992/2010).
Alguns exemplos destacados nos boxes

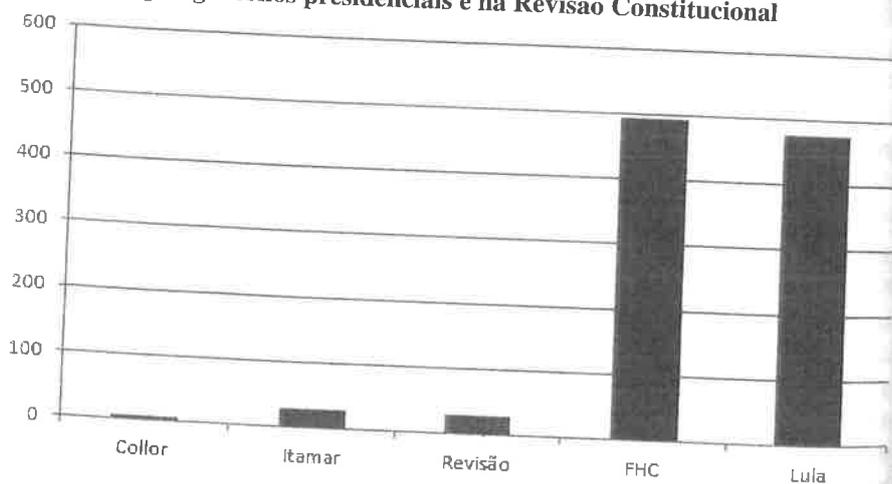


O gráfico 2 é igualmente útil para mostrar o efeito de uma contabilidade por número de dispositivos e não simplesmente por número de emendas/ano. Observem os exemplos destacados nos boxes, de emendas que chegaram a 100 dispositivos ou mais. Se tomássemos apenas o número de emendas naquele ano, teríamos uma imagem bem mais modesta e, portanto, distorcida do processo de mudança constitucional no Brasil pós-1988.

A distinção entre *polity* e *policy* também se aplica para os dispositivos de emendas. Pode-se encontrar, por exemplo, a Emenda 32, relativa ao uso de medidas provisórias, que só lidou com regras do jogo e na qual não há nenhum dispositivo de *policy*. Igualmente, pode-se verificar que a emenda da reforma do Judiciário, a maior de todas as emendas, foi majoritariamente composta de regras do jogo e de princípios fundamentais de organização do Estado – pela própria natureza da reforma de um poder de Estado –, mas que incluiu também muitos dispositivos que desceram a tal nível de especificidade que foram classificados como *policy*. Vale citar, ainda, o exemplo da Emenda 62 – relativa aos precatórios – com mais de 60 dispositivos, todos eles classificados como política pública.

Se compararmos o emendamento constitucional por governos presidenciais, como faz o gráfico 3, verificamos que há um empate técnico entre os governos FHC e Lula, deitando por terra a tese de que governar por meio de emendas era uma especificidade do primeiro destes dois governos e de seu contexto.

Gráfico 3. Dispositivos de emendas constitucionais por governos presidenciais e na Revisão Constitucional



Testamos também a outra hipótese relacionada com a origem do projeto: se o emendamento constitucional ocorre em função das *policies* constitucionalizadas, ele deverá incidir mais sobre *policy* do que *polity* no texto original.

E foi isso o que nós encontramos como resultado final. Também supúnhamos que haveria uma variação em função da origem da PEC, considerando seus proponentes institucionais: Câmara dos Deputados, Senado Federal ou Executivo. Ao comparamos as ECs por seus proponentes institucionais, verificamos que a proporção, quando a emenda é sugerida pelo Executivo, é 3,4 *policies* para cada *polity*, enquanto para a Câmara essa proporção é de 1,12 e para o Senado é de 1,87. Nesse último caso, a proporção *policy/polity* viu-se inflacionada pela emenda dos precatórios, que teve origem no Senado e era composta integralmente de dispositivos de *policy*. Não fosse ela, a relação *policy/polity* para emendas propostas pelos senadores seria inversa à encontrada.

Esses resultados confirmam nossa hipótese. São políticas públicas constitucionalizadas que chamam à atividade constitucional o Poder Executivo, mais do que as casas legislativas do Congresso Nacional. É o Presidente o maior interessado em modificar o *status quo* das políticas públicas e ele sabe que esse *status quo* está definido constitucionalmente. Para que ele possa operar políticas, precisa mudar a constituição.

Diante desse quadro, poder-se-ia perguntar se a melhor estratégia para o próprio Executivo não seria investir na desconstitucionalização dessas políticas, diminuindo o custo futuro de governabilidade? Idealmente sim. O problema é a viabilidade disso.

A teoria diz o seguinte: a grande vantagem – se há alguma vantagem em uma constituição como essa – é a flexibilidade da mudança por emendamento constitucional. Ou seja, ela não acarreta uma crise de paralisia decisória e de governabilidade para os atores. Todavia, chamá-los a um processo amplo de desconstitucionalização é abrir por demais o jogo político em torno da constituição e os atores têm receio em jogar esse tipo de jogo. Pode-se até se dispor a entrar em um jogo parlamentar para decidir o que fazer com os precatórios, por exemplo. Mas chamar os atores a uma revisão geral do pacto constitucional para desconstitucionalizar dispositivos significa introduzi-los num grau de insegurança política a que poucos estão dispostos. Essa proposta de desconstitucionalização aparece de tempos em tempos nos jornais, mas morre tão rápido quanto apareceu. Por outro lado, não podemos desconsiderar o achado da literatura sobre durabilidade das constituições ao qual já fizemos referência: se com o passar do tempo o emendamento constitucional chega a um grau muito elevado, não podemos descartar a hipótese de uma revisão constitucional para, no mínimo, consolidar a constituição e suas tantas emendas. Todavia, enquanto não se chegar esse ponto de exaustão é muito difícil reunir os atores políticos, sobretudo em um sistema como o brasileiro, em torno dessa ideia. O custo e o risco de fazê-lo são muito grandes.

É notável como somente uma das 63 emendas, a emenda 40 de 2003 (que acabou com o tabelamento dos 12% dos juros, dentre outras alterações), mais tirou do que acrescentou dispositivos à carta. Todas as outras emendas

fizeram o oposto. Esse fato parece estar associado ao processo de negociação de emendas que tem curso no parlamento, cujo resultado de equilíbrio depende da possibilidade de incluir no texto as demandas de atores específicos necessários para formar a maioria qualificada.

Outra objeção frequentemente levantada é a de que políticas públicas constitucionalizadas podem, na verdade, assegurar a governabilidade e não o contrário, como argumentamos. Mais precisamente, um governo poderia não ser capaz de sustentar determinada política justamente se ela não estivesse constitucionalizada. Portanto, constitucionaliza-se uma política para que uma maioria ordinária não seja capaz de removê-la. O problema desse argumento é que quando um novo governo herda essa política, ele precisará construir uma maioria qualificada de 3/5, que muito provavelmente distorcerá os termos da competição eleitoral que levou aquele mesmo governo ao poder.

O presidencialismo de coalizão brasileiro sempre requer 70% ou mais do parlamento brasileiro, caso o contrário não se tem garantidos os 60% dos votos requeridos para emendar a constituição. Isso significa o seguinte: aumenta-se o custo de partilha de cargos no governo e de concessão de benefícios para a base parlamentar. O custo de formulação de uma coalizão no Brasil é maior do que o custo em lugares onde é necessária a chamada coalizão mínima – 50% mais 1. No nosso caso, são necessários mais 10 pontos percentuais de saída. É por essa razão que a coalizão governista que emerge das urnas nunca é a mesma do primeiro dia de mandato presidencial, embora os eleitores não sejam consultados entre um momento e outro.

Embora nossa regra de emendamento seja razoavelmente flexível, não devemos desprezar os custos impostos à formação da maioria necessária para operar com ela. Corrupção, ineficiência do gasto público e politização da burocracia são medidas aproximadas do que estamos considerando aqui por «custos». O próprio *logrolling* em torno do emendamento constitucional pode acarretar custos de tempo, de inconsistência jurídica do marco constitucional e de substituição da constituição como um todo num futuro não muito longínquo.

Até lá, pelo menos o que se pode dizer é que a constituição contém o germe do seu próprio crescimento. O balanço final de dispositivos que retiram e que acrescentam elementos à carta é flagrantemente positivo: a constituição brasileira é 33% maior hoje do que era em 1988. E 70,5% desse crescimento diz respeito a políticas públicas constitucionalizadas.

Uma boa parte desse crescimento se dá no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o que é muito interessante. Se uma constituição cresce tanto e, sobretudo no que é transitório, mas o que é transitório incide sobre partes não transitórias do texto principal, passado um tempo aquela norma cai e o texto volta a vigorar na sua fórmula original, obrigando o legislador a uma

nova rodada de emendamento constitucional. Tome-se o exemplo da Desvinculação de Receitas da União (DRU), que libera receitas vinculadas pelo texto principal, mas o faz apenas por um determinado período de vigência. Ou seja, na realidade estamos fazendo política pública transitória e conjuntural em pleno marco constitucional. O mesmo vale para a CPMF e outras emendas que incidiram sobre o ADCT. A tendência é que isso continue enquanto governos precisarem manejar orçamentos, aumentando suas receitas e fazendo outras coisas *pro tempore*.

Para uma constituição que já foi adjetivada de tantas coisas – por exemplo, «constituição cidadã», na célebre formulação de Ulysses Guimarães – nós trazemos mais um adjetivo: aos poucos, ela parece se converter numa espécie de grande lei ordinária do país ou numa lei geral das políticas públicas constitucionalizadas.

Em conclusão, nossa crítica a esse modelo constitucional é que ele compromete a eficiência do sistema político e eleva os custos de transação e da eficácia governamental, na medida em que também representa uma dificuldade de implementação de políticas públicas. O aspecto normativo central de nossa crítica reside na ideia de que a maioria política eleita não é a que governa efetivamente. Essa é manufaturada por partidos, Presidência e Congresso, e o controle mínimo exercido pelas eleições se perde até a posse e durante o novo governo. É curioso concluir que a maioria politicamente eleita não é aquela que governa no Brasil e isso se dá graças à Constituição. A Constituição exige que a maioria politicamente eleita se transforme, no Congresso, em uma outra maioria superior a ela, qualificada de outro modo, cujo modo de construção foge ao eleitor e se dá no interior do sistema político, onde predominam os mecanismos do presidencialismo de coalizão.

BIBLIOGRAFIA

- ARANTES, R. B. e COUTO, C. G. «Constitutionalizing policy: The Brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance», in Detlef NOLTE e Almut SCHILLING-VACAFLOR (orgs.). *New Constitutionalism of Latin America: Towards Good Governance?*. Ashgate, no prelo.
- _____, 2008: «A constituição sem fim», in S. DINIZ e S. PRAÇA (orgs.). *Vinte anos de constituição*, São Paulo: Paulus.
- _____, 2009: «Uma constituição incomum», in M.A.R. CARVALHO, C. ARAUJO e J.A. Simões (orgs.). *A Constituição de 1988. Passado e futuro*, São Paulo: Hucitec, Anpocs.
- COUTO, C. G. e ARANTES, R. B., 2006: «Constituição, governo e democracia no Brasil». *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 21 (61), 41-62.
- _____, 2003: «¿Constitución o políticas públicas? Una evaluación de los años FHC», in V. PALERMO (Ed.). *Política brasileña contemporánea: de Collor a Lula en años de transformación*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

- _____, 2008: «Constitution, Government and Democracy in Brazil». *World Political Science Review*, 4 (2), Article 3, 2008.
- COUTO, Cláudio G., 1997: «A agenda constituinte e a difícil governabilidade». *Lua Nova: revista de cultura e política*, 39: 33-52.
- _____, 2000: «Os mecanismos do ajuste: instituições e agendas na política econômica». *Estudios Sociales (Santa Fe)*, Santa Fe – Argentina, vol. X, n. 19, p. 169-195.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James, 2009: *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HAMMONS, Christopher W., 1999: «Was James Madison wrong? Rethinking the American preference for short, framework-oriented constitutions». *The American Political Science Review*, vol. 93, n. 4, p. 837-49.
- LUTZ, Donald, 1994: «Toward a theory of constitutional amendment». *The American Political Science Review*, vol. 88, n. 2, p. 355-370, jun. 1994.
- STONE-SWEET A., 2000: *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford, UK: Oxford Univ. Press, 2000.