

CAPÍTULO 1
UMA CONSTITUIÇÃO INCOMUM

ROGÉRIO BASTOS ARANTES
CLÁUDIO GONÇALVES COUTO¹

“Art. 42. (Original) Durante **quinze anos**, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação: I — vinte por cento na Região Centro-Oeste; II — cinquenta por cento na Região Nordeste, preferencialmente no semiárido.

“Art. 42. (Emenda Constitucional 43, de 15-4-2004) Durante **25 (vinte e cinco) anos**, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação: I — vinte por cento na Região Centro-Oeste; II — cinquenta por cento na Região Nordeste, preferencialmente no semiárido.”

(Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Constituição de 1988)

É lugar-comum no debate público brasileiro atribuir à Constituição de 1988 o marco divisor de águas do nosso processo de redemocratização, conferindo-lhe o caráter de refundação do Estado, de nosso arcabouço institucional e do conjunto de direitos fundamentais da cidadania. Em formulação recente — inspirada na filosofia política e esta materializada em certa corrente do direito constitucional autointitulada *constitucionalismo democrático*² — Lessa afirmou que “a Constituição reveste-se de uma aura emancipatória que pretende representar a vontade geral e definir o

horizonte de sua felicidade pública”. Nessa perspectiva, o direito constitucional — especialmente na vertente mencionada atrás — seria um “operador privilegiado de decantações” provenientes de princípios democráticos os mais alargados, certamente não minimalistas ou utilitaristas, aproximando a “elaboração constitucional de uma atividade de fabricação de mundos” (Lessa, 2008, pp. 373, 375 e 390). De fato, como atesta a epígrafe deste texto, a Constituição de 1988 quis operar como condão de um sem-número de grandes transformações e até o fim da seca no Nordeste compôs o imaginário de seu desejo. Passados quinze anos da edição daquele dispositivo, o mundo idealizado não decantou, a precipitação pluvial no semiárido seguiu sendo a mesma e a realidade da seca na região passou a exigir da Constituição uma extensão do prazo dos programas de irrigação, o que foi concedido em 2004 pelo voto de pelo menos 3/5 dos senadores e deputados reunidos num total de quatro votações consecutivas nas duas Casas legislativas (quórum necessário ao emendamento constitucional). Todavia, do sonho à realidade, a dúvida metódica impõe-se neste caso: entre os pontos fixados no horizonte do desejo constitucional poderia figurar o fim da seca do Nordeste? É verdade que constituições e seca têm algo em comum — a previsão é de que podem durar por anos e anos — mas neste caso a seca venceu a Constituição e é bastante provável que, ao completar 25 anos, aquele dispositivo reformado terá de ajustar contas novamente com a realidade.

Na verdade, as relações entre constitucionalismo liberal, democracia e processo decisório governamental são controversas e alimentadas por tendências contraditórias. Como ensinava Bobbio, “o problema das relações entre eles [liberalismo e democracia] é extremamente complexo e tudo menos linear” (Bobbio, 1988, p. 7). Nos primórdios do Estado moderno, eram termos antitéticos e apenas de modo lento e gradual passaram a se combinar positivamente, no sentido de que os direitos de liberdade se tornaram imprescindíveis para o bom jogo democrático e a democracia se tornou a melhor forma de proteger aquelas mesmas liberdades.

Por essas razões, democracias constitucionais caracterizam-se pela existência de mecanismos de limitação ao exercício do poder político. O principal deles é o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que limita o exercício do poder pelos diversos agentes institucionais do Estado. Na forma clássica como foram pensados pelos Federalistas norte-americanos, inaugurando o constitucionalismo moderno, os freios e contrapesos de uma “república composta” seriam inscritos nas regras do jogo das relações entre os poderes de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e nos dois níveis territoriais de governo (União e Estados). Nos regimes contemporâneos, além da operação dos três poderes e dos entes federativos territoriais, também os partidos políticos e outras — novas — formas de divisão, limitação e *accountability* do poder estão em funcionamento. Boa parte deles constitui *pontos de veto* ao processo decisório governamental ordinário, capazes de limitar as mudanças de políticas públicas.

O problema das relações entre democracia, constitucionalismo e processo decisório apresenta-se, portanto, de forma triangular. Como diz Elster (1999), enquanto a primeira se baseia no governo pela maioria, o segundo cuida de estabelecer limites de variados tipos às decisões majoritárias. O processo decisório assumirá o formato e os limites definidos pela combinação daqueles dois elementos. Esquemáticamente, na democracia constitucional, o princípio democrático estaria materializado na assembleia, o constitucionalismo no tribunal supremo e o executivo representaria a necessidade de ação, que ocorrerá em ambiente pressionado pela vontade popular e pelos limites autoimpostos da Constituição.

O tema da auto-obrigação ou pré-compromisso constitucional é clássico. Por que uma sociedade desejaria limitar seu próprio poder soberano? Que direito tem a geração constituinte de definir os limites da vontade majoritária das gerações seguintes? Que direito têm os mortos de governarem os vivos? Por que uma assembleia abdicaria de sua plena soberania, auto-obrigando-se a uma Constituição escrita? Por que juízes de um tribunal constitucional

estariam autorizados a rever judicialmente decisões legislativas tomadas por representantes da soberania popular, controlando sua *constitucionalidade*? Ao refletir sobre esse conjunto de paradoxos, Holmes (1999) concede que a auto-obrigação ou o pré-compromisso não constituem uma atitude insana, mas representam uma engenhosa forma de assegurar a continuidade da própria democracia no longo prazo. Uma Constituição, nesse sentido, não significa apenas um obstáculo a governos arbitrários, mas preserva a liberdade das gerações futuras, oferece continência a expectativas diversas, minimiza problemas de coordenação, estabiliza a democracia e reduz os riscos decorrentes da falibilidade de uma suposta vontade geral. Nas palavras finais de Holmes (1999, p. 262), “os mortos não devem governar os vivos, mas podem facilitar que os vivos governem-se a si mesmos”.

Nesse sentido, desde as origens do constitucionalismo moderno as Declarações de Direitos têm procurado impor limitações *de conteúdo* às ações preconizadas pelas autoridades públicas. Ao instituir certos direitos como fundamentais, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) e as Constituições de modo geral retiram dessas autoridades a possibilidade de implementar decisões que comprometam a vigência daqueles. Portanto, a constitucionalização de direitos estabelece *pontos de veto*, embora não gere automaticamente um *ator de veto* (*veto player*), pois a vedação a que determinadas decisões sejam implementadas não decorre *diretamente* da ação de qualquer ator político, mas sim da interdição constitucional formal a que determinadas coisas sejam feitas.³ Em sistemas políticos que contam com algum sistema de controle constitucional das leis, por exemplo, o *veto point* da constitucionalização dos direitos ganha efetividade por meio dos tribunais constitucionais que exercem o controle de constitucionalidade da produção legislativa, constituindo-se assim em espaço para atuação de *veto players* (Taylor, 2008).

Todavia, quando se trata de constitucionalização de matérias, importa saber igualmente qual o efeito que se obtém, sobre a

consecução da agenda governamental, quando assuntos que não dizem respeito apenas a questões de ordem procedimental, mas se referem a conteúdos de ações concretas de governo, são constitucionalizados. Em outras palavras, quando o *constitucionalismo democrático* faz decantar políticas públicas concretas ou, por outro ângulo, confere *status* constitucional a questões de política governamental, que efeitos isso tem sobre o processo decisório e o funcionamento da própria democracia no longo prazo? É sob este prisma e orientados pela hipótese da constitucionalização de políticas públicas que examinaremos neste capítulo a Constituição de 1988 e seus efeitos em vinte anos de vigência.

Constituição e governo no Brasil democrático

A controvérsia em torno da qualidade da Constituição de 1988 remonta ao dia seguinte à sua promulgação. Comemorada por muitos como a “Constituição Cidadã” — graças aos direitos de liberdade, de participação política e de acesso ao bem-estar social que assegurou —, a carta foi atacada logo cedo por outros que a consideraram um verdadeiro obstáculo à modernização econômica e à própria governabilidade política do país.

Não cabe nos limites deste capítulo reproduzir os apelos e críticas de lado a lado. Do ponto de vista substantivo, muito já se disse a respeito de como a Constituição assegurou avanços na ordem social ao mesmo tempo que foi refratária a reformas econômicas e pareceu provisória ou incompleta no que diz respeito ao arcabouço político institucional. Um exame mais detalhado dos efeitos práticos da Constituição teria de expor os novos marcos legais, institucionais e de políticas públicas produzidos a partir dos impulsos de 1988. Do meio ambiente aos direitos do consumidor, das populações indígenas às crianças e adolescentes, dos direitos de minorias à saúde e educação, dos quilombos à proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural, várias foram as perspectivas de novos direitos abertas pela carta de 1988. Do ponto de

vista institucional, exame semelhante poderia destacar as continuidades relativas ao nosso sistema político presidencialista e multipartidário assim como as mudanças no arranjo federativo ou inovações significativas no campo da Justiça.⁴ Entretanto, nosso argumento no presente texto está endereçado à dimensão formal da Constituição e não a seus aspectos substantivos. Interessa-nos analisá-la sob a ótica de um documento dotado de superioridade jurídica e por isso mesmo capaz de vincular o funcionamento da *polity*, das relações entre poderes e entes governamentais e, no limite, a própria produção de políticas públicas.

Nesse aspecto — da Constituição como conjunto de regras do jogo da *polity* democrática — predominaram desde o início fortes críticas dos que tiveram de governar sob seu comando, isto é, os chefes do Executivo que materializaram a necessidade de ação em meio aos princípios da vontade popular e das limitações ao poder de governar. O primeiro presidente eleito após a promulgação da nova carta — Collor de Mello — não esperou o terceiro aniversário da Constituição para propor, em 1990, um conjunto de reformas constitucionais que ficou conhecido como “emenda”. O pacote continha propostas majoritariamente voltadas a questões econômicas que haviam sido constitucionalizadas em 1988. Segundo o presidente, as mudanças eram necessárias para permitir o combate à crise econômica e a retomada do desenvolvimento em novas bases.⁵ A crise de governabilidade que abateu o governo Collor, agravada pelos escândalos de corrupção, impediu que a proposta de reforma fosse levada adiante e o *impeachment* do próprio presidente teve o efeito de obscurecer, naqueles anos, o debate em torno da pertinência ou não das alterações constitucionais sugeridas. Revisitando o tema, a propósito do último aniversário da Constituição, Collor afirmaria que o elevado número de emendas constitucionais aprovadas desde a sua promulgação “denota um evidente excesso de disposições que deveriam ser de natureza infraconstitucional” e buscando uma explicação para o colapso de seu governo, argumentou que “o regime

presidencialista, aliado ao modelo de nosso sistema eleitoral e partidário, gera o chamado «presidencialismo de coalizão» que, desde a redemocratização de 1946, carrega o estigma do fisiologismo político. Meu governo, por não aderir a tal prática, conviveu com todas as dificuldades e desvantagens advindas desse modelo” (Mello, 2008).

Antes de Collor, Sarney já havia feito críticas severas à Constituição, cuja elaboração marcou de maneira bastante tumultuada o seu mandato. Também por ocasião do aniversário de vinte anos, Sarney lembraria que “eu e todos os governantes seguintes fomos obrigados a elevar a carga fiscal para viabilizar a Constituição, que transferiu recursos aos estados e municípios sem delegar encargos. O Brasil parou nestes vinte anos e só agora recomeça a caminhar. Quem pagou? O povo. Até hoje o impasse criado pela Constituição está aí. Ela é o grande problema a resolver” (Sarney, 2008).

Primeiro a reunir condições políticas para iniciar uma longa sequência de reformas constitucionais, Fernando Henrique Cardoso foi acusado, juntamente com sua maioria congressual, de desfigurar a carta em prol da implementação de políticas neoliberais. Independentemente da coloração ideológica desse debate, o fato é que, ao se pronunciar sobre a Constituição, vinte anos depois, FHC afirmou: “Em suma, dá para governar com a Constituição, mas suas virtudes democráticas, garantias dos inalienáveis direitos, e a consecução de seus ideais de justiça social requerem capacidade administrativa, bom senso e, sobretudo, coragem para, sem deixar de gabar o que há de bom no texto constitucional, continuar a modificá-lo para melhorá-lo: preço que pagamos por termos escolhido fazer uma Constituição tão detalhista quanto principista”. Ainda segundo FHC, “pagamos o preço de demoradas e difíceis reformas constitucionais para dar dinamismo à economia. Reformas tão necessárias que o governo, do partido que mais se opôs a elas, não só se aproveita de suas boas consequências, como ensaia lhes dar continuidade” (Cardoso, 2008).

De fato, Lula, seu sucessor, deu prosseguimento a reformas na Constituição, a despeito de seu partido ter liderado oposição radical a este tipo de mudança no período anterior. Também em seu depoimento encontramos eco do argumento crítico, mesclado à defesa que o PT passou a fazer tempos depois à carta cuja aprovação final recusara apoio em outubro de 1988: “ela pode ser considerada muito detalhista nos seus dispositivos e complicada na relação entre os Poderes, mas não há dúvida de que, na essência, estabeleceu compromissos profundos e radicais com a democracia e os direitos individuais de todos os cidadãos” (Lula da Silva, 2008).

O que explicaria o fato de presidentes de origens partidárias e com agendas políticas tão distintas encontrarem na Constituição mais um obstáculo do que um guia para o bom governo? Por que razões ela parece impor um preço tão alto que, segundo um deles, paralisou o país por vinte anos; segundo outro, exige coragem dos governantes para mudá-la sempre; enquanto um terceiro alega que não teve a chance de fazê-lo porque não se dispôs a praticar o “presidencialismo de coalizão”? Se a Constituição de 1988 é considerada “programática”, podemos nos perguntar por que razão os sucessivos presidentes não se reconheceram em grande parte deste programa e, para implementar os seus próprios, reivindicaram (e alguns de fato lograram) realizar mudanças constitucionais?

Nosso argumento é que a Constituição de 1988 constitucionalizou boa parte da agenda governamental de políticas públicas, restringindo o campo decisório aberto ao legislador ordinário e obrigando os sucessivos governos a recorrerem ao emendamento constitucional como forma de implementar sua agenda e evitar a invalidação, pelo Judiciário, de políticas que, a despeito de seu conteúdo ordinário, poderiam ser consideradas inconstitucionais justamente por terem sido içadas ao marco constitucional.

Em trabalhos anteriores (Arantes & Couto, 2008; Couto & Arantes, 2006, 2003), desenvolvemos uma Metodologia de Aná-

lise Constitucional (MAC) capaz de distinguir, no interior dos textos constitucionais, dispositivos fundamentais (denominados *Polity*) de dispositivos veiculadores de políticas públicas (denominados *Policy*). A distinção teórica entre *Polity* e *Policy* por nós formulada buscou ultrapassar o argumento formalista de que tudo o que está na Constituição deve ser considerado constitucional. A partir desse ponto, desdobramos as definições de *Polity* e *Policy* em critérios específicos que têm nos permitido distinguir princípios constitucionais fundamentais de dispositivos veiculadores de políticas públicas. Não cabe reproduzir aqui a discussão teórica que fizemos naqueles trabalhos, mas vale dizer que partimos de uma definição de *Polity* democrática como aquela que contém pelo menos quatro dimensões ou pilares.⁶

1. A *Polity* democrática requer a existência de um *Estado* e de uma *nação*. Assim, cabe a uma constituição definir a estrutura básica do Estado e os contornos da nação (incluídas as subdivisões regionais, étnicas, culturais ou outras, quando houver por bem reconhecê-las), seu território e o regime político a ser adotado.

2. A *Polity* democrática requer e opera por meio de direitos individuais fundamentais, que definem a cidadania e os termos básicos de sua relação com o Estado. Nessa dimensão, cabe a uma Constituição definir os direitos de liberdade e os direitos de participação política, por meio dos quais os indivíduos se protegem e também podem exercer influência nas ações do Estado e nos destinos da própria sociedade.

3. A *Polity* democrática requer um conjunto de *regras do jogo*, isto é, procedimentos que organizem os diversos tipos de operação que têm lugar em seu interior: eleições e outras formas de preenchimento dos cargos públicos, relações entre órgãos e níveis de governo, normas de funcionamento da burocracia e regras para os processos decisórios (administrativos, legislativos e judiciais).

4. A *Polity* democrática requer que certos direitos materiais e de acesso ao bem-estar sejam assegurados, como forma de promover a adesão de todos ao pacto democrático. Tais direitos materiais podem ter origem mais liberal — como os direitos à propriedade e à segurança — ou mais social — como os direitos à educação ou a serviços públicos voltados à promoção da equidade, constituindo aquilo que hoje se conveniou chamar de Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista o modelo definido a partir da identificação dessas dimensões, é de se esperar que a constituição formal de uma *Polity* democrática contenha, em resumo, (1) Definições de Estado e Nação; (2) Direitos individuais de liberdade e de participação política; (3) Regras do Jogo e (4) Direitos materiais orientados para o bem-estar e a igualdade.

Estabelecidos os termos básicos da *Polity*, nosso modelo pôde avançar na identificação dos dispositivos constitucionais que não expressam nenhum daqueles pilares básicos, mas antes dizem respeito a um plano normativo inferior: o governamental. Na sua maioria, esses dispositivos caracterizam-se por conter políticas públicas elevadas ao plano constitucional, por razões que apenas um exame empírico detalhado do processo constituinte poderia revelar. Conseqüentemente, a elaboração e implementação de tais políticas públicas deixam de ser prerrogativas normais dos governantes e das maiorias parlamentares ordinárias que lhes dão sustentação, passando a depender das maiorias políticas especiais (ou supermaiorias), usualmente requeridas para processos de emendamento constitucional. A tendência *top-down* de constitucionalização de políticas públicas tem sérios efeitos sobre o funcionamento da *Polity* democrática, e entender as razões desse fenômeno é algo que tem desafiado os analistas. Em trabalho anterior (Arantes & Couto, 2008), no qual comparamos o grau de constitucionalização de políticas públicas nas constituições brasileiras, desenvolvemos a hipótese de que “constituições elaboradas em contextos

institucionais democráticos ou que visam inaugurar democracias têm mais propensão à constitucionalização de políticas públicas do que textos elaborados em contextos autoritários ou que visam institucionalizar o autoritarismo”. Por que isso ocorre ainda é algo a ser explicado, mas o fato é que, fazendo desse modo, constituintes democráticas impõem custos altos de mudança do *statu quo* às lideranças futuras, comprometendo o próprio funcionamento da democracia que visam preservar.

Aplicada à Constituição de 1988, a MAC revelou que 69,5% dos 1.627 dispositivos que compõem o texto principal promulgado em 1988 diziam respeito a normas de caráter efetivamente constitucional ao passo que 30,5% diziam respeito a políticas públicas.

Este resultado foi comparado a outras constituições de países selecionados (Estados Unidos, 1787; Argentina, 1860; México, 1917; Itália, 1948; Alemanha, 1949; Portugal, 1976; Espanha, 1978; e Venezuela, 1999) e nenhuma delas apresentou perfil semelhante à brasileira de 1988. Os textos do século XIX (Estados Unidos e Argentina) são de fato liberais e minimalistas; neles praticamente não encontramos *policies* constitucionalizadas. As constituições do imediato pós-Segunda Guerra duplicaram de tamanho em relação às novecentistas, mas seus dispositivos permaneceram vinculados a definições de *polity* numa taxa de 99% (Alemanha e Itália). Mesmo as “constituições dirigentes” inauguradas nos anos 1970 continham um número reduzido de políticas públicas (Portugal e Espanha) e parece-nos um grande equívoco vincular a carta brasileira de 1988 à portuguesa de 1976. Esta dispunha de apenas 4,5% de *policies* em seu texto, entre outras razões porque a constituição dirigente recebe essa denominação não porque antecipa políticas governamentais concretas — como sói acontecer com a carta de 1988 —, mas porque fixa metas gerais e conclama legisladores e governantes a produzirem leis e políticas públicas que lhes deem concretude. A constituição que mais se aproximou da brasileira foi a mexicana de 1917 (assim mesmo com apenas 17% de *policies*), um caso excepcional de constitucionalismo social, anterior a

Weimar e cujo texto tratava de reforma agrária, ensino público e regulação do trabalho, dentre outras ideias inspiradas na efervescência da revolução mexicana.

Também comparamos o perfil da Constituição de 1988 com as cartas brasileiras anteriores, do Império e do período republicano. Os resultados, já discutidos em Arantes & Couto (2008), confirmam as características incomuns do texto atual: ele é duas vezes maior do que a média das constituições brasileiras em número de dispositivos e contém uma proporção de *policies* que não pode ser encontrada em nenhuma das Cartas anteriores. O resultado mais significativo da comparação foi perceber que as constituições elaboradas e promulgadas por Assembleias Constituintes contiveram proporcionalmente mais *policies* do que as cartas outorgadas ou impostas pelo Poder Executivo. Tal diferença se explica por dois fatores principais: (1) o ambiente político e as regras institucionais que promovem a participação, a negociação e a deliberação no caso das constituições pluralistas ou “multilaterais”⁷ (Pozas-Loyo, 2005), em comparação com as instituídas monocraticamente ou de forma “unilateral”, e (2) a incerteza quanto ao futuro, potencializada pela própria dinâmica do regime democrático-competitivo, que leva a tentativas de antecipação de resultados e de congelamento das vantagens obtidas pelos atores individuais ao longo do processo constituinte (Knight, 2001).

Todavia, o paradoxo das consequências de 1988 é que a constitucionalização de políticas públicas não teve o efeito esperado de congelar o quadro de preferências e interesses vigentes à época, mas fez com que o marco constitucional permanecesse sob intervenção frequente dos governos, cujas agendas governamentais ordinárias foram confundidas com agendas constituintes apenas porque tais governos foram obrigados a operar por meio de supermaiorias de 3/5 nas duas Casas legislativas. Na verdade, é o elevado percentual de *policies* constitucionalizadas que está na raiz dos processos de emendamento constitucional no pós-88, conforme veremos a seguir.

Que mundo fabricamos?

Governando no marco constitucional

O que nossa pesquisa tem demonstrado é que quanto mais uma Constituição tende a lidar com políticas públicas, maior ela é. Quanto maior ela é, mais ela obriga governos a governarem por meio de emendamentos constitucionais. E quanto mais emendada uma Constituição for, maior ela fica, tendendo a ser ainda mais emendada. Esta seria uma descrição acurada do processo pelo qual passa a Constituição brasileira desde 1988. Nossa carta é originalmente longa, não apresenta exigências excessivas para processos de emendamento e contém elevado número de *policies* a desafiar a prática governamental.

Nesta seção, analisamos o processo de emendamento constitucional no Brasil desde 1992, ano de aprovação da primeira emenda constitucional à carta de 1988. Em perspectiva comparada, os estudos sobre mudanças constitucionais dão atenção a três variáveis principais: (1) o grau de dificuldade de emendamento constitucional imposto por regras institucionais (Lutz, 1995; Lorenz, 2005); o tamanho da constituição (Lutz, 1995); e (3) a existência ou não do controle constitucional das leis — a cargo do Judiciário ou de tribunais constitucionais — e o grau em que é praticado pelos órgãos responsáveis (Lijphart, 2003). Nosso modelo de análise propõe a inclusão de uma quarta variável, que, juntamente com as demais, parece determinar a medida em que os atores políticos eletivos se ocuparão de processos de emendamento constitucional na implementação das agendas de governo: (4) a taxa de *policies* na Constituição. A consideração dessas quatro variáveis nos permite compreender de que forma constituições afetam o processo decisório e são por este afetadas quando agendas governamentais de políticas públicas requerem processos de emendamento constitucional.⁸

Das 63 emendas constitucionais aprovadas desde 1988, apenas duas datam do período Collor: a EC 1, de 31-3-1992, que

estabeleceu novas regras para salários de deputados estaduais e vereadores e a EC 2, 25-8-1992 que, no calor da crise que levaria ao *impeachment* do presidente, tratou de antecipar para abril de 1993 a realização do plebiscito sobre forma e sistema de governo, originalmente marcado para setembro daquele ano.

O curto mandato de Itamar Franco foi marcado pela tentativa bem-sucedida de planejar e executar um novo plano de combate à inflação e de estabilização econômica, o Real. Na dimensão constitucional, o sucesso da iniciativa dependeu em grande parte da criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) e da desvinculação das receitas tributárias entre os entes federativos (Fundo Social de Emergência), medidas estas introduzidas pela EC 3, de 17-3-1993. É interessante notar que esta mesma emenda criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante das decisões do tribunal sobre as instâncias inferiores do Judiciário e órgãos do Poder Executivo. Temia-se que a criação do novo imposto e as demais medidas econômicas levassem a uma avalanche de ações judiciais questionando a *constitucionalidade* da própria emenda *constitucional*, e a ADC poderia ajudar o governo a abreviar a controvérsia jurídica por meio de recurso direto ao STF. De fato, o confronto entre medidas de combate à inflação e dispositivos constitucionais marcaria definitivamente o período e todos os planos econômicos adotados desde Sarney tiveram sua constitucionalidade questionada nos tribunais. A inclusão da ADC na mesma emenda constitucional que tratava da implementação de políticas públicas ilustra como a constitucionalização dessas políticas pode ensejar, por vezes, mudanças nas regras do jogo pelas quais opera a própria *Polity*.

O período Itamar Franco também foi marcado pela realização da Revisão Constitucional. Programada pela própria carta de 1988 para ocorrer cinco anos após a sua promulgação (no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a Revisão foi iniciada sem que houvesse limites prévios ao alcance de suas decisões:

todo o texto constitucional poderia ser objeto de mudanças, por meio de maioria simples. Entretanto, um conjunto de fatores impediu que a Revisão de 1993-1994 chegasse a realizar muitas mudanças no texto (Melo, 2002). Dentre as seis Emendas Constitucionais de Revisão aprovadas, as mais importantes foram a ECR 1, de 1.º-3-1994, que constitucionalizou o Fundo Social de Emergência, “com objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica”, e a ECR 5, de 7-6-1994, que alterou o mandato presidencial de cinco para quatro anos.

Se a realização de reformas abrangentes e sistemáticas na carta de 1988 foi impedida pela instabilidade política do período 1990-1994 e pela trajetória errática dos presidentes na obtenção e manutenção de maiorias consistentes no Legislativo, os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998, 1999-2002) tiveram maior êxito nesse sentido. Das 63 intervenções sofridas pela carta de 1988, 35 ocorreram no período FHC. Não cabe recapitular aqui o amplo processo de reformas econômicas e do Estado desencadeado na “Era FHC” (Lamounier & Figueiredo, 2002), mas o fato é que significativas mudanças foram operadas por meio de intervenções no marco constitucional.

Por meio de emendas constitucionais, deu-se novo tratamento à concessão dos serviços estaduais de distribuição de gás canalizado (EC 5, 15-8-1995); eliminou-se a distinção entre empresas nacionais e estrangeiras, permitindo até mesmo a exploração do subsolo por quaisquer empresas com sede no país (EC 6, 15-8-1995); permitiu-se a navegação de cabotagem a embarcações estrangeiras (EC 7, 15-8-1995); abriram-se os serviços de telecomunicações à exploração das empresas privadas (EC 8, 15-8-1995) e pôs-se fim ao monopólio estatal do petróleo (EC 9, 9-9-1995); o Fundo Social de Emergência, criado pela EC 3, foi prorrogado por três vezes consecutivas, embora sob diferentes denominações (Fundo de Estabilização Fiscal pela EC 10, de 4-3-1996, e pela EC 17 de 22-9-1997; Desvinculação de Arrecadação de Impostos e Contribuições Sociais da União, pela EC 27, de 21-3-2000); também o

IPMF da EC 3 teve seus sucedâneos: a CPMF, criada pela EC 12, de 16-8-1996 e prorrogada, com alterações, pelas EC 21, de 18-3-1999, EC 29, de 13-9-2000 e pela EC 37, de 12-6-2002. Também por meio de emendas constitucionais foram criados fundos importantes como o Fundef — Fundo de Desenvolvimento da Educação Fundamental — pela EC 14, de 12-9-2006, e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, pela EC 31, de 14-12-2000. Duas amplas reformas foram realizadas por meio de emendamento constitucional nesse período: a Reforma Administrativa, por meio da EC 19, de 4-6-1998, e a Reforma Previdenciária, pela EC 20, de 15-12-1998. Ao lado destas, outras emendas incidiram sobre as regras de funcionamento do sistema político e sobre a organização do aparato estatal: a EC 15, de 12-9-1996 estabeleceu condições para a criação de novos municípios; a EC 16, de 4-6-1997, permitiu a reeleição consecutiva dos chefes do Poder Executivo nos três níveis da federação; as EC 22, de 18-3-1999, e a EC 24, de 9-12-1999, realizaram mudanças nas justiças federal e trabalhista, respectivamente; a EC 18, de 5-2-1998, alterou o regime constitucional dos militares e a EC 23, de 2-9-1999, criou o Ministério da Defesa; a EC 32, de 11-9-2001, alterou o regime de tramitação das Medidas Provisórias e a EC 35, de 20-12-2001, redefiniu as condições de imunidade parlamentar. Por fim, emendas constitucionais bastante específicas definiram condições de contratação de servidores públicos da área da Saúde (EC 34, de 13-12-2001), permitiram a participação de pessoas jurídicas no capital social das empresas jornalísticas, de rádio e TV (EC 36, de 28-5-2002), incorporaram os policiais militares do extinto território de Rondônia aos quadros da União (EC 38, de 12-6-2002) e, por fim, ao apagar das luzes do governo FHC, instituíram a taxa de iluminação pública nos municípios e Distrito Federal (EC 39, de 19-12-2002).

As 35 emendas constitucionais aprovadas durante os oito anos de mandato de FHC foram cercadas de intensa controvérsia, justamente porque a maior parte delas estava associada às reformas

econômica e do Estado patrocinadas pelo presidente. Os partidos de oposição, com o PT na dianteira, denunciaram tais reformas por degradarem o texto constitucional, o mesmo texto constitucional que o partido não havia aprovado em 1988, ao término da Constituinte, mas que aprendera a admirar anos mais tarde. De qualquer modo, o que parece distinguir o período FHC em relação aos presidentes anteriores e mesmo em relação à Revisão Constitucional de 1993-1994 é que desta feita havia um claro e forte *policy advocate* — o Poder Executivo — com razoável base de apoio no Legislativo para implementar tais reformas.

O fato de a agenda *governamental* do país ter se desenrolado durante estes anos no plano *constitucional* foi tomado como sinal da profundidade das reformas que estavam em curso. Em outras palavras, as mudanças eram *constitucionais* porque supostamente atingiam a estrutura da *Polity* brasileira e não se cogitou a hipótese *top-down*: a constitucionalização de políticas públicas como causa de uma agenda governamental baseada em reformas constitucionais. Mediante a aceitação tácita da “reforma estrutural”, não se procedeu a exame detalhado das emendas constitucionais nem se elaborou modelo de análise mais sofisticado para atestar aquela conclusão.

Esse argumento convencional seria submetido a teste importante com a alternância no poder ocorrida em 2002, com a eleição de Lula (PT) à Presidência e a conquista do governo pela oposição. Estivesse correta a tese substantiva sobre a agenda governamental de reformas constitucionais motivada por processos estruturais, a chegada ao poder dos defensores do *statu quo* constitucional deveria estancar os processos de emendamento constitucional.

Em cinco anos de mandato (2003-2007), o governo Lula assistiu e colaborou para a implementação de dezessete emendas constitucionais. Isso ocorreu sem que duas condições presentes no governo FHC se mantivessem no de seu sucessor: em primeiro lugar, o programa de Lula não era tão endereçado a reformas estruturais como o de seu antecessor; em segundo lugar, ainda que o

governo liderado pelo PT considerasse tais reformas necessárias, elas já haviam sido em boa medida realizadas durante a gestão precedente, continuando em vigor e, conseqüentemente, tornando desnecessárias novas emendas sobre os mesmos assuntos. Vale observar que essa repetição desnecessária não se aplica às emendas aprovadas durante os anos FHC que tinham prazo para terminar (como as prorrogações da CPMF e da DRU) ou, como notou igualmente Souza (2008), são datadas para “retornar ao debate nacional e ao conflito político periodicamente”. Nesse sentido, o governo Lula apresentou propostas de renovação das mudanças constitucionais inicialmente promovidas por Fernando Henrique, empenhando-se por sua aprovação.

Na verdade, o compromisso de governar prioritariamente para os mais pobres e de buscar a redução da pobreza e da desigualdade social foi assumido por Lula como um “agir com criatividade e determinação na área social”.⁹ Nenhuma palavra sobre a necessidade de mudar a Constituição foi mencionada nesse “compromisso” com a nação. Verdade seja dita, o programa de governo do PT estabelecia em 2002 a necessidade de cinco reformas: Tributária, Previdenciária, Agrária, Trabalhista e Política. Mas nenhuma delas estabeleceu explicitamente a necessidade de reformas constitucionais, embora se saiba que a normatização sobre tais temas é, em grande medida, definida constitucionalmente no Brasil. A única menção à Constituição na proposta de reforma tributária referia-se à regulamentação do dispositivo que prevê a cobrança de imposto sobre grandes fortunas, já presente na carta. Quanto à reforma previdenciária, a menção não se deu no sentido de reformar os princípios constitucionais preexistentes — tais como a gestão quadripartite da Previdência Social entre governo, empregadores, trabalhadores da ativa e aposentados; e o princípio da contribuição obrigatória — mas de reforçá-los. A única menção à Constituição, quando o tema da reforma agrária é retomado pelo programa de governo, refere-se à ideia de “desapropriação por interesse social”, algo já contemplado por ela. Finalmente, nenhuma

menção à Constituição aparece nos itens dedicados às reformas trabalhista e política.

A ausência de referências à Constituição no programa de governo do PT em 2002 condiz com sua oposição ao reformismo constitucional patrocinado pelo governo anterior, mas contrasta com a quantidade de emendas constitucionais aprovadas durante a gestão petista à frente da Presidência da República. A continuidade do reformismo constitucional não podia ter sido mais emblemática: a primeira proposta de emenda constitucional aprovada em 2003 era remanescente do período anterior. Apresentada por José Serra (PSDB-SP) em 1997, essa PEC suprimia boa parte do art. 192 da Constituição, relativo ao sistema financeiro nacional. Com a sua aprovação, em 29-5-2003, nada menos do que treze dispositivos foram retirados da carta, algo que nenhuma emenda constitucional anterior havia feito.

Entretanto, a desconstitucionalização representada pela EC 40 não teria seqüência nas reformas seguintes, que retornaram ao padrão constitucionalizante das anteriores. A reforma previdenciária do governo Lula foi feita por intermédio da EC 41, de 19-12-2003, que atingiu e modificou vários dos dispositivos que haviam sido alterados ou introduzidos pela EC 20, do período FHC. Dois anos depois da EC 41, a questão previdenciária seria mais uma vez objeto de reforma constitucional por meio da EC 47 de 5-7-2005. Na área tributária, embora as mudanças não tenham atingido o patamar de uma ampla reforma, estas foram introduzidas pela EC 42, de 19-12-2003. De grande envergadura, neste período, foi a Reforma do Judiciário, aprovada por meio da EC 45, de 30-12-2004, a maior das emendas constitucionais em número de dispositivos e que tramitava pelo Congresso Nacional desde 1992. Outra reforma de relativa abrangência foi feita pela EC 53, de 19-12-2006, que estabeleceu mudanças no sistema educacional e criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação — Fundeb.

O período Lula, de 2003 a 2007, também foi marcado por reformas constitucionais pontuais. A EC 44, de 30-6-2004, tratou da redistribuição da contribuição de intervenção no domínio econômico — Cide — entre União e Estados. A EC 46, de 6-5-2005, tratou de modificar a relação de bens da União, retirando-lhe as ilhas oceânicas e costeiras que forem sedes de municípios. A EC 48, de 10-8-2005, constitucionalizou o “Plano Nacional de Cultura”. A EC 49, de 8-2-2006, tratou da comercialização e utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais. A EC 50, de 14-2-2006, redefiniu o período de funcionamento normal do Congresso Nacional e estabeleceu novos procedimentos para sua convocação extraordinária. A EC 51, de 14-2-2006, tratou de procedimentos excepcionais para contratação de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. Por fim, como vimos no início deste artigo, a mais emblemática de uma agenda governamental constitucionalizada foi a EC 43, de 15-4-2004, que determinou o prazo de 25 anos para o funcionamento do programa de irrigação no Centro-Oeste e no Nordeste. A Constituição de 1988, inadvertidamente, estabeleceu o programa por apenas quinze anos, mas, como se sabe, esse prazo não foi suficiente para acabar com a seca nessas regiões e outros dez anos tiveram de ser acrescentados ao programa.

Vale destacar que pelo menos uma das emendas constitucionais do período recente diz respeito a uma reação do Legislativo à intromissão do Judiciário no jogo político, algo que se tornou bastante frequente na política brasileira recente.¹⁰ Trata-se da EC 52, de 8-3-2006, que ampliou a liberdade de organização partidária, incluindo a prerrogativa de definir coligações sem obedecer ao princípio da “verticalização” que havia sido imposto pelo Judiciário nas eleições de 2002.

Antes de encerrar o ano de 2007, o governo Lula enfrentou uma última e dupla batalha nessa agenda governamental constitucionalizada: a votação da emenda constitucional que prorrogava a vigência da CPMF e a desvinculação de receitas da União.

Perdeu a primeira e teve a segunda aprovada por meio da EC 56, de 20-12-2007.

O ano de 2008 quase se encerrou sem nenhuma emenda aprovada pelo Congresso Nacional. Seria a primeira vez desde que iniciamos o reformismo constitucional em 1992, mas às vésperas do último Natal, a EC 57 (18-12-2008) veio convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios, cuja lei tivesse sido publicada até 31 de dezembro de 2006.

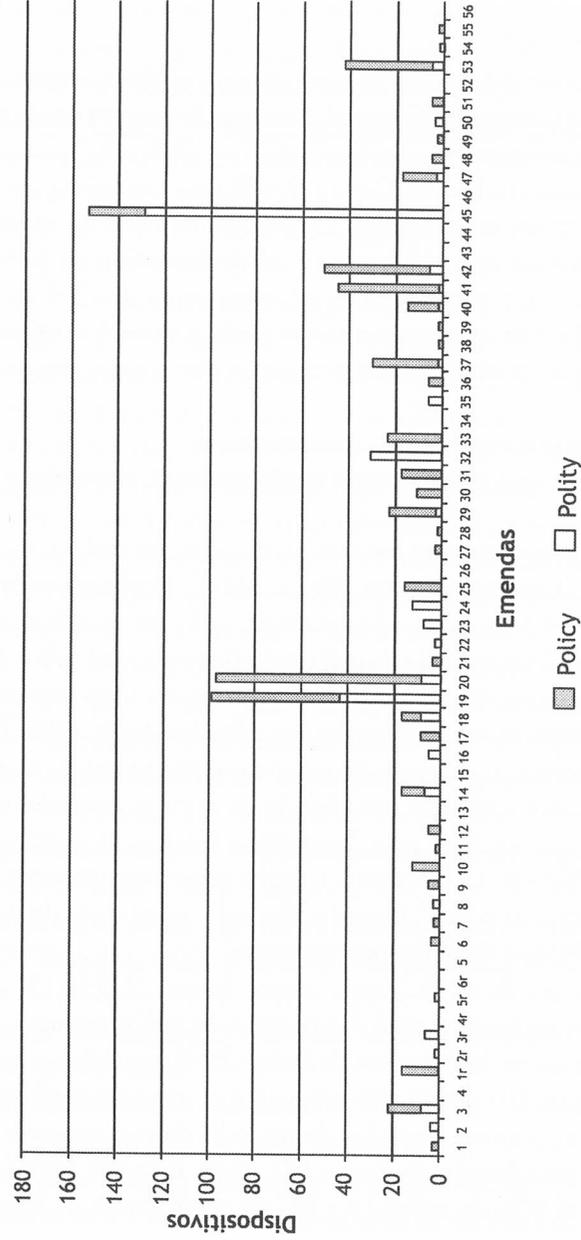
Mas o que tem impedido a Constituição de 1988 de vigorar inalterada? Por que muda e como muda a nossa Constituição? A seção seguinte oferece mais elementos para pensar tais questões.

Decantações do texto constitucional, ou por que muda e como muda a nossa Constituição?

Decompostas com base na MAC, as 62 emendas constitucionais (EC) aprovadas entre 1992 e 2007¹¹ totalizam nada menos do que 919 dispositivos,¹² uma média de 57 por ano. Somados aos 1.855 da Constituição original (incluído neste total o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), temos nada menos do que 2.774 dispositivos constitucionais editados desde 1988. Em termos relativos, o processo de emendamento produziu no período pós-promulgação uma quantidade de normas equivalente à metade do que foi feito pela Assembleia Nacional Constituinte em seus trabalhos. O Gráfico 1 (página seguinte) apresenta, em linhas gerais, as 62 EC identificadas pela quantidade de dispositivos de *Polity* e de *Policy* que encerram.

Do total de 62 EC, nada menos do que 22 delas (35,5%) encerraram **exclusivamente** dispositivos de *Policy*, enquanto apenas 16 trataram exclusivamente da *Polity* (25%). Somadas, as primeiras totalizaram 107 dispositivos enquanto as segundas totalizaram 80. Dentre as maiores emendas do período, destacaram-se a EC 19, da Reforma Administrativa, a EC 20, da Reforma Previdenciária (esta com 90% de *policies*) e a EC 45, da Reforma do Judiciário.

Gráfico 1. Emendas constitucionais (1992-2007)



Total de 62 emendas constitucionais, perfazendo 895 dispositivos constitucionais. Foram excluídos os dispositivos de emendas com finalidade meramente renumeradora. Fonte: Base de Dados, Pesquisa Constitucionalismo e Democracia.

Em termos percentuais, a proporção de *Policies* por emenda é, no conjunto do emendamento constitucional pós-88, superior à proporção de dispositivos de *Polity* por emenda. O resultado mais significativo é este: **63,2% dos 895 dispositivos de emendas examinados são *Policy* e apenas 36,8% dizem respeito a *Polity*.**

Quando examinamos a distribuição de dispositivos *Polity* e *Policy* de emendas constitucionais ao longo dos sucessivos governos presidenciais, bem como na Revisão Constitucional de 1993-1994, verificamos que as emendas constitucionais do período FHC somam mais da metade desse total (em dispositivos). Todavia, considerado o tempo de duração de cada governo e da Revisão Constitucional, em meses, tem-se que no período Collor a taxa de emendamento¹³ foi de um dispositivo a cada 4,4 meses; no governo Itamar essa relação passou a ser de um dispositivo por mês; durante a Revisão Constitucional a proporção subiu para três dispositivos/mês e durante os mandatos de FHC (96 meses) e Lula (67, até julho de 2008) as emendas aprovadas chegaram, em ambos os casos, a uma média de cinco dispositivos/mês. A diferença entre FHC e Lula é que no primeiro caso a taxa de *policies* foi de 68,8% e no segundo foi de 54,5%.

Fazendo-se a contagem do emendamento com base nos dispositivos, em vez das emendas constitucionais, notamos que são problemáticos ou pelo menos prematuros os diagnósticos de perda de ativismo constitucional no governo Lula (em relação ao de seu antecessor), como afirma Melo (2007), ou de que o “ciclo das reformas constitucionais já está arrefecido”, como nos diz Souza (2008, p. 805). Na realidade, o menor número de *emendas* oculta um maior número de *dispositivos* na média mensal, mostrando que não se pode constatar uma redução do ativismo constitucional desse período apenas com base no primeiro indicador. Todavia, o contraste entre os governos FHC e Lula mostra que as questões de ordem propriamente constitucional (*polity*) passaram a ocupar espaço maior na agenda constituinte durante a administração do segundo presidente. Duas razões se somaram para isso. A primeira,

já anteriormente aludida neste texto, é que parte considerável das políticas públicas constitucionalizadas que seriam alvo das agendas governamentais nesta quadratura histórica foi alterada no período FHC. Portanto, como se manteve o mesmo ambiente que induziu as reformas já feitas por FHC, não haveria motivos para refazê-las no governo Lula. A segunda razão é que Lula contou com um apoio congressional mais frágil do que seu antecessor, sobretudo no Senado, onde sofreu até mesmo uma derrota importante em votação constitucional: a extinção da CPMF.

Ao examinarmos a distribuição de dispositivos *Polity* e *Policy* em função do ator político proponente, o resultado reforça significativamente o nosso argumento em torno da constitucionalização da agenda governamental. Conforme mostra a Tabela 1, mais da metade dos dispositivos de emendas aprovadas foram propostos originalmente pelo Poder Executivo (51,5%).¹⁴

Tabela 1. *Polity* e *Policy* segundo a origem da PEC (1992-2007)

	Polity (A)	Policy (B)	Total	(B/A)
Executivo	100	340	440	3,4
Câmara dos Deputados	175	169	344	0,9
Senado Federal	46	24	70	0,5
Total	321	533	854	1,6

Fonte: Base de Dados, Pesquisa Constitucionalismo e Democracia.

No total, desconsideradas as Emendas de Revisão do período 1993-94, a proporção de dispositivos *Policy* para dispositivos *Polity* foi de 1,6. Impressiona o fato de que as emendas propostas originalmente pelo Executivo apresentam o dobro dessa taxa, chegando a 3,4 *Policies* por cada *Polity*. Entre as emendas propostas pelo Legislativo, essa taxa é de 0,9 para PECs oriundas da Câmara dos Deputados e 0,5 para PECs oriundas do Senado. Afora o fato de que algumas propostas de emendas constitucionais originárias do Legislativo respondem a interesses do Executivo e apenas um mapeamento mais cuidadoso seja capaz de revelar a extensão dessa

prática, uma conclusão dos dados da Tabela 1 se impõe: enquanto o Executivo conduz sua agenda governamental por meio de mudanças das *Policies* constitucionalizadas, a Câmara dos Deputados e sobretudo o Senado Federal constituem pontos de partida para propostas endereçadas à *Polity*, mais do que às *Policies*.

Uma comparação entre os governos FHC e Lula sugere, todavia, que o primeiro encabeçou mais do que o segundo a proposição de emendas constitucionais. Das 35 PECs aprovadas no período FHC, dezessete tiveram origem no Executivo e dezoito no Legislativo. Das dezessete PECs aprovadas no período Lula, cinco foram de iniciativa direta do presidente e doze partiram da Câmara dos Deputados ou do Senado. Em número de dispositivos, a distinção entre FHC e Lula fica ainda maior: 69% dos dispositivos aprovados no período FHC constavam de PECs originadas do Executivo ao passo que no governo Lula esse percentual foi de apenas 28%. Entretanto, esses resultados devem ser vistos com algumas cautelas: quatro das doze emendas que tiveram origem no Legislativo durante o período Lula (um terço) foram propostas por seu próprio partido, o que pode denotar uma estratégia mais partidarizada desse governo na iniciativa de reformas constitucionais; no período FHC essa proporção foi menor: o PSDB foi responsável por quatro das dezoito propostas que tiveram origem no Legislativo (um quinto). Lula herdou de seu antecessor uma agenda já parcialmente encaminhada de reformas constitucionais e o fato de haver propostas preexistentes registradas na Câmara ou no Senado tornou desnecessária a iniciativa do presidente: oito das doze propostas oriundas do Legislativo haviam sido apresentadas em legislaturas anteriores à instalada em 2003.

Qual o impacto *quantitativo* de tais emendas sobre o texto constitucional? A Tabela 2 (página seguinte) apresenta respostas a essa pergunta.

Do total de 917 dispositivos examinados, mais da metade veio acrescentar novos aspectos à Carta de 1988 (51,3%), o dobro dos que vieram apenas para modificar dispositivos do texto original

Tabela 2. Dispositivos de emendas constitucionais (1992-2007)

	Frequência	%
Aglutinador	470	51,3
Modificador	222	24,2
Aglutinador de dispositivo paraconstitucional	94	10,3
Dispositivo de segunda rodada	76	8,3
Revogador	29	3,2
Renumerador	21	2,3
Dispositivo de terceira rodada	5	0,5
Total	917	100,0

Fonte: Base de Dados, Pesquisa Constitucionalismo e Democracia.

(24,2%). Uma descoberta notável diz respeito a 10,3% de dispositivos de emendas que, na falta de nome melhor, chamamos por ora de “paraconstitucionais”. Tais dispositivos, num total de 94, estão presentes nas emendas, estabelecem regulação sobre diversos aspectos, muitas vezes ajudam a organizar a própria emenda da qual fazem parte, outras vezes estabelecem mecanismos de transição entre o *statu quo* e a mudança introduzida pelo emendamento, mas nenhum deles é incorporado pelo texto consolidado da Constituição formalmente em vigor. Se procurados por lá, não serão encontrados. Todavia, têm *status* de constituição, pois foram introduzidos no ordenamento jurídico por meio de emenda constitucional. Em poucas palavras, habitam um mundo paralelo que chamamos aqui de paraconstitucional. Esse mundo corresponde hoje a 10,3% do processo de emendamento ao qual foi submetida a Constituição de 1988.

Outra revelação notável e que reforça nosso argumento em torno da agenda governamental constitucionalizada diz respeito aos quase 9% de dispositivos de emendas que já se encontram na segunda ou terceira rodada. São dispositivos que modificam dispositivos aglutinados ou modificados por emendas anteriores. Há dezesseis casos de dispositivos paraconstitucionais reformando dispositivos paraconstitucionais anteriores e há cinco casos de dispositivos que já estão na sua terceira rodada: *modificadores de modificadores* (3) ou de *aglutinadores* (2). Tais exemplos

sugerem de modo ainda mais expressivo que uma parte da agenda governamental no Brasil transcorre no marco constitucional e que a nossa Constituição, apesar de sua condição formal de lei maior, aproxima-se efetivamente de uma espécie de grande lei ordinária do país.

Cabe registrar finalmente que, ao contrário do que algumas análises apontam,¹⁵ as reformas constitucionais não vêm retirar dispositivos da carta: apenas 3,2% dos dispositivos de emendas tiveram finalidade revogadora. É claro que nossa análise deve considerar que os dispositivos de emendas que revogam podem atingir mais de um dispositivo do texto constitucional, às vezes artigos inteiros, compostos de vários deles. Como contabilizamos dispositivos de emendas, resta saber qual é o saldo dos acréscimos e dos cortes realizados por elas no texto principal. Examinamos o impacto dos 470 dispositivos aglutinadores e dos 29 revogadores e o resultado final foi que 78 dispositivos foram retirados do texto original, ao passo que 599 foram a ele acrescentados, sendo 115 destes no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O saldo geral, positivo em 521 dispositivos, nos permite afirmar que a Constituição de 1988 chegou ao seu vigésimo aniversário com tamanho 28% superior ao que apresentava quando foi promulgada e, no que diz respeito especificamente ao ADCT, é como se a própria transição constitucional não tivesse se encerrado ainda.

Em que dimensão esse crescimento tem se verificado com maior vigor? A *Polity* brasileira vem se ampliando por meio das sucessivas intervenções legislativas no marco constitucional, fabricando novos mundos na linha do constitucionalismo democrático, ou estamos diante de uma crescente constitucionalização de políticas públicas de caráter ordinário? Examinados os dispositivos aglutinadores e revogadores no tocante a *Polity* e *Policy*, o que se revela é uma movimentação bem mais intensa do constituinte derivado acerca da segunda, comparativamente à primeira. Enquanto vinte dispositivos originais de *Polity* foram retirados por emendas, quase o triplo em *Policies* (58) foi retirado da carta de

1988. Por outro lado, enquanto os dispositivos aglutinadores resultaram em 173 novos dispositivos de *Polity*, nada menos do que 426 novas normas relativas a *policies* foram introduzidas no texto constitucional de 1988. Em poucas palavras, se a Constituição cresceu 28% desde a sua promulgação, 70% desse crescimento diz respeito a maior constitucionalização de políticas públicas, o que significa a criação de um pesado legado decisório para as gerações futuras, que permanecerão sob o signo da reforma constitucional permanente.

Considerações finais

Os resultados aqui examinados nos permitem reforçar os argumentos que vimos desenvolvendo desde estudos anteriores. O fato de quase 1/3 da Constituição de 1988 ser formado por *Policies* constitucionalizadas repercutiu fortemente sobre as agendas governamentais dos presidentes que a sucederam. O movimento *top-down* realizado pela Constituição em direção ao terreno das políticas públicas obrigou governos a atuarem no plano constitucional. Nesse sentido, pensando em “causalidade”, como propõe Souza (2008), a variável independente específica à nossa metodologia de análise, que explica a taxa de emendamento constitucional, é o grau de constitucionalização de políticas públicas no texto da Carta. Concordamos com a autora que mudanças na conjuntura e ciclos eleitorais podem fornecer estímulos adicionais à variação da taxa de emendamento e que esta será afetada pelo tipo de coalizão que cada governo lograr construir com os partidos que lhe darão sustentação no Legislativo. Todavia, afirmamos, com base em nossa variável independente, que diferentes governos, vivendo diferentes circunstâncias, estarão fadados a governar no marco constitucional e a enfrentar a necessidade dos 3/5 dos votos nas duas Casas do Congresso.

Uma segunda variável importante, mas que não é aferida diretamente pela MAC, é o grau de dificuldade de emendamento

constitucional. As exigências estabelecidas no Brasil podem ser consideradas, em termos comparativos, de grau médio-baixo: 3/5 dos votos, nas duas Casas do Congresso, em duas votações, pode ser considerado procedimento relativamente simples quando comparado aos adotados por outros países, que apresentam constituições bem mais rígidas.¹⁶ Todavia, essa relativa facilidade deve ser matizada com base no alto grau de fragmentação partidária no Legislativo brasileiro ao longo de todo o período examinado. As dificuldades de montagem e de sustentação de coalizões majoritárias — especialmente as que precisam atingir os 3/5 — são bastante conhecidas¹⁷ e não parece descabido inferir que o tamanho considerável a que chegaram certas emendas constitucionais, o número de *Policies* nelas contidas e o impacto de crescimento que tiveram sobre o texto constitucional, decorram dos processos de *logrolling* inerentes a um cenário de alta fragmentação partidária.

O problema constitucional aqui exposto contém outro *iceberg* do qual conhecemos apenas a ponta: o volume de processos em tramitação no Poder Judiciário, caracterizados por litígios em torno de políticas públicas constitucionalizadas. Uma constituição que regulamenta uma quantidade significativamente grande de políticas públicas — objetos por excelência das ações dos governos — tende a reter em sua malha estreita muitas decisões que passariam incólumes num contexto constitucional menos restritivo. Assim, o Judiciário pode ser instado a tomar decisões sobre matérias que foram tornadas constitucionais por sua inscrição no texto constitucional, mas cuja natureza não é percebida como tal pelos atores políticos relevantes, que não têm nenhum prurido de modificar a Carta (e suas emendas) ao sabor das fluidas conjunturas da agenda governamental e da controvérsia partidária. O que muda são os custos com que os atores arcam para modificar essas normas e o volume de questões com que o Judiciário tem de lidar em sua instância de adjudicação constitucional.

Mais do que isso, temos assistido a um crescente ativismo judicial dos tribunais superiores no Brasil (Marchetti, 2008), que

têm proferido decisões que ultrapassam o ordenamento jurídico vigente e criam novas normas, a partir de interpretações voluntaristas do texto constitucional. É pela via desse ativismo judicial que o eixo das relações entre poderes no Brasil deslocou-se recentemente das controvérsias entre Executivo e Judiciário para quedas de braço entre este último e o Legislativo. Com o ativismo judicial em voga, é provável que o processo de emendamento ganhe novo incentivo no Brasil contemporâneo — como reação do Legislativo a decisões judiciais baseadas em novas interpretações da Constituição —, ao lado da necessidade aqui já exposta de governar por meio de reformas constitucionais permanentes. De qualquer forma, neste último caso, tenderíamos a ver um avanço do emendamento no campo da *polity* — notadamente no que concerne à dimensão das regras do jogo.

Em conclusão, não cabe dúvida de que a Constituição de 1988 requalificou a democracia brasileira e redimensionou os espaços de cidadania e de participação. Chegou mesmo a produzir certo deslocamento do sistema decisório em direção às instituições judiciais, incorporando-as mais decisivamente à tarefa de assegurar efetividade aos direitos constitucionais. Todavia, cabe lembrar que a inscrição de direitos e valores no texto constitucional visa potencializar o jogo democrático e não tolher ou antecipar seus resultados contingentes, que devem ser produzidos pela via da aplicação da regra majoritária sobre temas e problemas da agenda política ordinária — ao menos se estivermos de acordo com o *princípio da soberania popular*, que embasa a democracia representativa.

Parafraseando Waldron (1999), seriam necessárias boa dose de desconfiança em relação à política representativa e alta dose de confiança nos intérpretes judiciais não eleitos da Constituição para delegar aos últimos a guarda de um texto repleto de políticas públicas substantivas, enquanto se reserva aos políticos eleitos a pecha de “governos contraconstitucionais”, que promoveriam uma “simples usurpação do poder constituinte originário” por operarem por intermédio de “maiorias parlamentares suficientemente grandes

para proceder à reforma constitucional, baseadas nos mecanismos clássicos de atração e cooptação governamental” (Lessa, 2008, p. 395 e nota 52). Honestamente, não temos tanta desconfiança assim dos vivos, nem confiamos tão cegamente em nossos mortos, ou nos que se apresentam como seus intérpretes privilegiados.

Notas

¹ Agradecemos aos alunos de iniciação científica que colaboraram ao longo dos últimos anos para o êxito da pesquisa na qual se baseia o presente artigo: Bruna Soares Angotti, Frederico Elias, Lincoln Noronha, Bruno Martins Pessoa, Camyla Fonseca, José Carlos dos Santos e Heliatrice Marques.

² Para uma análise do *constitucionalismo democrático*, ver Cittadino (1999, 2002).

³ Em desacordo com a posição de Stephen Holmes, afirma Jeremy Waldron, um crítico da constitucionalização de direitos: “Corporificar um direito num entrincheirado documento constitucional é adotar certa atitude em diante de seus concidadãos. Essa atitude pode ser sintetizada como uma combinação de autoconfiança (*self-assurance*) e desconfiança (*mistrust*). Autoconfiança na convicção do proponente de que o que ele está levando adiante realmente é uma questão de direito fundamental e que ele a concebeu adequadamente na formulação particular que propõe; e desconfiança, implícita na sua visão de que qualquer concepção alternativa que possa ser elaborada por legisladores eleitos no próximo ano, ou no prazo de dez anos, é tão propensa a ser malpensada ou desvirtuada que a sua própria formulação deve ser elevada imediatamente para além do alcance da revisão legislativa ordinária” (Waldron, 1999, p. 222; tradução dos autores).

⁴ Duas coletâneas recentes reuniram esforços com o objetivo de avaliar algumas destas áreas sob o prisma dos vinte anos da Constituição: Praça & Diniz (2008) e Oliven, Ridenti & Brandão (2008).

⁵ O “emendão” tratava da abertura ao capital externo por meio da supressão da diferença entre empresa nacional e estrangeira e da alteração das regras para investimento externo e remessa de lucros, quebrava o monopólio estatal do petróleo e da área de telecomunicações, abria a exploração mineral ao capital internacional, propunha o fim da estabilidade do funcionário público e extinguiu a aposentadoria integral.

⁶ Os próximos parágrafos recorrem inevitavelmente a apresentações anteriores de nosso modelo, realizadas em outros trabalhos (Arantes & Couto, 2008; Couto & Arantes, 2006, 2003).

⁷ Quanto ao número de atores políticos necessários ao processo de decisão constitucional. Constituições multilaterais requereriam a participação de diversos atores na aprovação dos dispositivos constitucionais.

⁸ Numa versão mais aplicada do modelo, com vistas a testes empíricos efetivos, devemos incluir como variável interveniente o grau de fragmentação do sistema partidário, no âmbito do qual dar-se-á a deliberação sobre emendamento. O grau de dificuldade de obtenção de supermaiorias exigidas em tais processos varia de acordo com a configuração do sistema partidário, como atesta o caso brasileiro.

⁹ <<http://www.pt.org.br/portaltpt/images/stories/arquivos/compromissocomamudanca.pdf>>. Acessado em 11-8-2009.

¹⁰ Sobre as decisões judiciais que têm afetado as regras do jogo político nos últimos anos, ver Marchetti (2008).

¹¹ A última EC, de número 57, não foi incluída ainda em nosso banco de dados. A presente análise baseia-se nas 62 emendas promulgadas até 2007.

¹² Chamamos de “dispositivo” a unidade básica que compõe o texto constitucional. Examinamos artigos, parágrafos, incisos e letras que formam a Constituição, decompondo-os e algumas vezes agrupando-os até que seja possível circunscrever o elemento constitucional que está sendo veiculado. Do nosso ponto de vista, consideramos a contabilidade constitucional por meio de dispositivos uma estratégia mais acurada do que a contagem por meio de artigos (Anckar & Karvonen, 2002), palavras (Lutz, 1995) ou linhas (Lorenz, 2005), muito frequentes entre os autores que se dedicam ao tema. A contagem de artigos pode ser traída pelos subitens neles contidos e a de palavras ou linhas compromete a comparação entre constituições, uma vez que a diversidade de línguas e de culturas jurídicas pode ensejar diferentes estilos literários de redação de textos constitucionais, alguns mais dissertativos e outros mais enxutos.

¹³ Nossa “taxa de emendamento” baseia-se em número de dispositivos (ver nota 12 supra) por mês, diferindo da formulada por Lutz (1995), e aplicada ao Brasil por Souza (2008), que se baseia em número de emendas aprovadas por ano.

¹⁴ Aqui, mais uma vez, a diferença de estratégia contábil altera os resultados gerais. Souza (2008, 809), contabilizando número de emendas,

encontrou 37,5% de iniciativa do Executivo, 41,1% da Câmara e 17,8% do Senado (com 3,6%, ou duas emendas, sem informação).

¹⁵ Segundo Melo (2007, p. 249), por exemplo, “As emendas se caracterizaram, sobretudo no governo Fernando Henrique Cardoso, pela estratégia de desconstitucionalização. Ou seja, de retirar dispositivos da Constituição e não apenas de mudar seu conteúdo substantivo”.

¹⁶ Ver Lutz (1995), Lijphart (2003), Lorenz (2005) e Anckar & Karvonen (2002).

¹⁷ Por outro lado, é bastante conhecido o argumento de Figueiredo & Limongi (1999) sobre a capacidade que tem o Poder Executivo para construir uma coalizão disciplinada no Congresso.

Referências

- ANCKAR, Dag & KARVONEN, Lauri (2002) “Constitutional Amendment Methods in the Democracies of the World”, trabalho apresentado no “XIIIth Nordic Political Science Congress”, Aalborg, Dinamarca, 15 a 17 de agosto.
- ARANTES, Rogério B. & COUTO, Cláudio G. (2008) A Constituição sem fim. In: PRAÇA, Sergio & DINIZ, Simone (orgs.). *Vinte anos de Constituição*. São Paulo: Paulus.
- BOBBIO, Norberto (1988) *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense.
- CARDOSO, Fernando Henrique (2008) Governar é possível. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Especial “20 anos de Constituição”, 2-10-2008, p. 21.
- CITTADINO, Gisele (1999) *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- . (2002) Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Editora UFMG-IUPERJ-FAPERJ.
- COUTO, Cláudio Gonçalves & ARANTES, Rogério Bastos. Constitución o políticas públicas? una evaluación de los años FHC. In: PALERMO, Vicente (org.). *Política brasileña contemporánea*. Siglo XXI-Instituto Di Tella, 2003, pp. 95-154.
- . Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 21, n.º 61, pp. 41-62, 2006.

- ELSTER, Jon (1999) Introduccion. In: ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (eds.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FIGUEIREDO, Argelina & LIMONGI, Fernando (1999) *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV.
- HOLMES, Stephen (1999) El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (eds.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- KNIGHT, Jack (2001) Institutionalizing Constitutional Interpretation. In: FERREJOHN, J.; RAKOVE, J. & RILEY, J. (eds.). *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge University Press.
- LAMOUNIER, Bolívar & FIGUEIREDO, Rubens (orgs.) (2002) *A era FHC: um balanço*. São Paulo: Cultura.
- LESSA, Renato (2008) A Constituição brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In: OLIVEN, Ruben G.; RIDENTI, Marcelo & BRANDÃO, Gildo M. (orgs.) (2008). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild-Anpocs.
- LIJPHART, Arend (2003) *Modelos de democracia. Desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- LORENZ, Astrid (2005) How to Measure Constitutional Rigidity: Four Concepts and Two Alternatives. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 17, pp. 339-61.
- LULA DA SILVA, Luiz Inácio (2008) Alicerce da democracia ampla. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Especial “20 anos de Constituição”, 2-10-2008, p. 20.
- LUTZ, Donald S. (1995). Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford (ed.). *Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton: Princeton University Press.
- MARCHETTI, Vitor (2008) *Poder Judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais*. Doutorado. São Paulo: PUC-SP.
- MELLO, Fernando Collor (2008) “Presidencialismo de coalizão” gera o fisiologismo político. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Especial “20 anos de Constituição”, 2-10-2008, p. 23.
- MELO, Marcus A. (2002). *Reformas constitucionais no Brasil. Instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro-Brasília: Revan-Ministério da Cultura.

- (2007) Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mito e realidade. In: MELO, Carlos Ranulfo & SÁEZ, Manuel Alcântara (orgs.). *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG-Humanitas.
- OLIVEN, Ruben G.; RIDENTI, Marcelo e BRANDÃO, Gildo M. (orgs.) (2008) *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild-Anpocs.
- POZAS-LOYO (2005) “When and Why Constitutions Work? «Unilateral and Multilateral Constitutions» as an Explanatory Device”. Trabalho apresentado no *workshop* “Constitutions and Constitutionalism”, na Universidade de Buenos Aires, novembro de 2005.
- PRAÇA, Sergio & DINIZ, Simone (orgs.) (2008) *Vinte anos de Constituição*. São Paulo: Paulus.
- SARNEY, José (2008) Voo sem instrumento. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Especial “20 anos de Constituição”, 2-10-2008, p. 24.
- SOUZA, Celina (2008) Regras e contexto: as reformas da Constituição de 1988. *Dados, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 51, n.º 4, pp. 791-823.
- TAYLOR, Matthew M. (2008) *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press.
- WALDRON, Jeremy (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press.