

Construção Democrática e Modelos de Constituição*

Rogério Bastos Arantes¹
Cláudio Gonçalves Couto²

¹Professor do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo (USP).

E-mail: rarantes@usp.br

²Professor do Departamento de Gestão Pública da Fundação Getulio Vargas (FGV-SP)

It has been frequently remarked, that it seems to have been reserved to the people of this country, by their conduct and example, to decide the important question, whether the societies of men are really capable or not, of establishing good government from reflection and choice, or whether they are forever destined to depend, for their political constitutions, on accident and force (Hamilton, The Federalist I, 1787)

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende oferecer uma contribuição teórica à análise dos processos de reforma e emendamento constitucionais que têm caracterizado especialmente novas democracias¹. Qual a natureza dessas reformas, de que modo o desenho institucional que preside sua realização influencia o novo perfil constitucional e como este acarreta impactos futuros sobre o processo governamental e a própria estabilidade da Constituição? Essas são algumas das perguntas que orientam a presente reflexão. Nossa hipótese principal sobre a relação entre constituições e processo governamental, que vem sendo desenvolvida desde trabalhos anteriores (Couto e Arantes 2003, 2006; Arantes e

* Agradecemos aos estudantes de graduação e de pós-graduação que têm colaborado no desenvolvimento da presente pesquisa e aos pareceristas de *DADOS*, pelas sugestões feitas. A responsabilidade pelo que remanesceu no papel é inteiramente nossa.

Couto 2008, 2009), é que cartas constitucionais que contêm um grande número de *políticas públicas* – para além de princípios fundamentais que normalmente são a sua razão de ser – encetam um permanente processo de emendamento constitucional. Em outras palavras, legislaturas ordinárias são incentivadas a promover mudanças na Constituição não apenas por razões exógenas, mas fundamentalmente por razões endógenas ao próprio arcabouço constitucional: se a Constituição constitucionalizou a agenda governamental, só resta aos governos – independentemente de sua feição ideológica ou de seu programa de políticas públicas – atuar no marco constitucional. Em resumo, governar por meio de mudanças constitucionais não seria um sinal de permanente transformação estrutural da *polity* democrática, mas decorrência do simples fato de que a Constituição atraiu para seu bojo a própria política governamental.

A hipótese da constitucionalização de políticas públicas e seus efeitos sobre o processo governamental foi desenvolvida principalmente a partir do caso empírico brasileiro. Este artigo dá prosseguimento a esse trabalho de investigação em dois sentidos: primeiro, buscamos ampliar seu alcance por meio do desenvolvimento de um modelo de análise que seja capaz de tipificar padrões de mudança constitucional e estabelecer seus fatores determinantes, em perspectiva comparada; segundo, nossa intenção é demonstrar que diferentes padrões constitucionais – determinados pelo conteúdo das constituições – engendram distintos processos políticos e afetam de forma diversa a agenda política, muitas vezes agravando os custos de produção e implementação de políticas governamentais. Embora façamos referências pontuais a casos e processos concretos, o propósito deste artigo é principalmente teórico. Como parte de um projeto de longo prazo, ele visa estabelecer marcos analíticos proveitosos ao desenvolvimento de pesquisa empírica futura.

DESENHO CONSTITUCIONAL: *POLITY* E *POLICY*

O que as constituições contêm? Existem ao menos duas formas de analisar o problema: uma descritiva, outra prescritiva. Do ponto de vista descritivo, constituições podem conter qualquer coisa que os constituintes desejem inserir nelas. Assim, dependendo do que contenham, as constituições poderão apresentar efeitos diversos sobre o processo de decisão política.

Entre juristas, contudo, é pouco comum que se distinga a natureza dos diferentes dispositivos contemplados pelos textos constitucionais e, conseqüentemente, de seus efeitos para o processo político decisório. Analisando-se o texto apenas do ponto de vista formal e nele mesmo, chega-se quase sempre à conclusão de que tudo o que está na Constituição é, na forma e no mérito, constitucional. Na ausência de um método descritivo baseado em critérios que permitam distinguir, substantivamente, dispositivos fundamentais de dispositivos não fundamentais, análises meramente formais da Constituição serão incapazes de discriminar seus elementos interiores e tudo será considerado constitucional, porque assim determinou o constituinte originário. Mal comparando, por vezes, os juristas justificam a legitimidade *in totum* do texto constitucional assim como Sir Robert Filmer justificava a legitimidade do poder absoluto do monarca: sua origem remontaria a Adão, que recebeu o poder de Deus e o transmitiu a seus sucessores; da mesma forma, a autoridade e a legitimidade do texto constitucional, seja ele de que tipo for, remontaria ao ato de instituição pelo poder constituinte originário. Portanto, poderíamos identificar essa visão jurídico-descritiva como uma espécie de “absolutismo constitucional”.

Já do ponto de vista prescritivo, se tomamos a visão liberal clássica desenvolvida nos séculos XVIII e XIX, constituições são leis maiores que devem conter normas fundamentais de estruturação do Estado, da cidadania e do jogo político competitivo. Todavia, mesmo autores situados fora do campo liberal, como Carl Schmitt (1982), advogaram a tese de que constituições devem conter apenas provisões fundamentais. Entretanto, no século XX, no bojo do desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, tivemos a formulação de perspectivas que passaram a defender que, ao lado daqueles princípios fundamentais, constituições deveriam conter também normas programáticas voltadas à promoção de políticas públicas efetivas. Este foi o caso do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (1994), que exerceu grande influência sobre os constitucionalistas brasileiros, sendo um dos grandes responsáveis pela tese de que constituições devem ser “dirigentes”, isto é, devem apontar para a implantação de programas de governo.

Nossa preocupação aqui não é normativa nem descritiva, no sentido jurídico-formal, mas de ciência política descritiva. Porém, a distinção entre as duas perspectivas normativas – a da Constituição como norma fundamental ou como norma dirigente – nos é útil por apontar um pro-

blema empiricamente relevante: os efeitos que diferentes conteúdos constitucionais podem ter sobre o processo político. *Constituições que contêm apenas normas fundamentais têm sobre o jogo político impacto distinto daquele de constituições que contemplam políticas públicas*. E isso porque políticas públicas são assuntos inerentes ao processo político cotidiano, de modo que, ao se tornarem normas constitucionais, atraem para o plano constitucional o interesse dos atores políticos, que precisam fazer *política constitucional* (Ackerman, 1991), caso queiram levar adiante suas agendas de políticas públicas.

Em parte, isso é assim pela própria natureza das matérias: políticas públicas são, no mais das vezes, produtos políticos de baixa durabilidade, pois, no compasso em que se transformam as condições sociais, econômicas e tecnológicas, altera-se também a efetividade de diferentes políticas públicas. Sendo assim, sua constitucionalização tem o efeito de atrair para o texto constitucional a atenção dos atores políticos mobilizados em transformar o quadro de políticas vigentes. No entanto, além de sua menor perenidade intrínseca, políticas públicas variam de forma mais sensível às preferências programáticas dos partidos. Por isso, além das causas exógenas ao sistema político, também a competição político-partidária e seus consequentes ciclos eleitorais explicam boa parte das pressões para que haja mudanças nas políticas públicas, de modo que a constitucionalização de decisões que figurem no arco de preferências de apenas alguns dos atores políticos relevantes levará os demais a pressionarem por mudanças nessa mesma ordem constitucional. A constitucionalização de políticas públicas de corte nitidamente partidário implica uma vitória, no plano da normatividade constitucional, dos setores cujas preferências foram satisfeitas num determinado momento.

Note-se, portanto, que essa é uma forma específica de afirmar o peso que a conjuntura pode ter sobre o arcabouço constitucional: se este tiver incorrido na constitucionalização de políticas governamentais, qualquer conjuntura há de estimular mudanças constitucionais – bastando para isso a existência de divergências entre as forças políticas relevantes no que diz respeito ao *status quo* das políticas (Couto e Arantes, 2003, 2006; Arantes e Couto, 2008, 2009). Mas se o marco constitucional se restringir a definições estruturais da *polity*, somente conjunturas muito especiais – como transições de regime ou situações de conflagração civil – serão capazes de encetar mudanças constitucionais. Esse tipo de situação tem sido o objeto privilegiado dos trabalhos que

se ocupam primordialmente da durabilidade das constituições. Negretto (2008), por exemplo, mostra não somente que as constituições latino-americanas menos duradouras são aquelas vigentes em sistemas políticos caracterizados por muita concentração de poder no Executivo, mas também que elas tendem a ser substituídas como consequência de rupturas na ordem legal estabelecida, as quais são incentivadas pela baixa competitividade política dentro da estrutura constitucional vigente. Elkins *et alii* (2009:138) argumentam na mesma direção, indicando que a taxa de risco de morte para as constituições aumenta em sociedades heterogêneas, a menos que as cartas constitucionais adotem mecanismos constitucionais inclusivos e promotores do consenso.

Associamo-nos aqui aos autores que buscam analisar o momento constituinte como uma oportunidade excepcional de barganha, envolvendo não apenas interesses imediatos, mas também expectativas futuras (Knight, 2001). As escolhas constitucionais dependerão da interação estratégica dos atores e provavelmente serão influenciadas pelas regras do jogo constituinte, embora levantamento realizado por Ginsburg *et alii* (2009) tenha revelado uma grande diversidade de fórmulas praticadas em 460 casos de *constitution-making*, o que dificulta o estabelecimento de relações universalizáveis de causa e efeito entre regras e resultados. Seja como for, entre autores dedicados ao debate normativo sobre o melhor conjunto de procedimentos com vistas à elaboração constitucional é comum a ideia de que tudo deve ser feito para evitar a prevalência do autointeresse no decorrer – e principalmente quanto aos resultados – do processo constituinte. Todavia, estamos longe de um consenso a respeito de quais regras são capazes de promover a razão e o interesse geral. Para citar dois ilustres estudiosos do tema, enquanto Elster (2009) propõe que a assembleia constituinte ideal tenha curta duração, que desenvolva seus trabalhos numa cidade pequena e distante da capital do país, que os representantes (nem muitos, nem poucos) exerçam mandato livre, que as decisões se deem por votação secreta e maioria qualificada, Arato (1997) defende que a convenção seja pública, que seu arranjo institucional seja de tipo consensual e que o processo de *constitution-making* esteja aberto à reflexão e à crítica.

Independentemente de considerações que se possa fazer sobre a constituinte ideal, nosso argumento é que o predomínio da preferência por certas políticas, da parte de alguns competidores sobre outros (no pla-

no constitucional), introduz uma desigualdade no ciclo competitivo da poliarquia, elevando o *patamar inicial do jogo político* em favor de certas posições. Ao criar assimetrias de saída para a competição política cotidiana, definindo ganhadores e perdedores antes mesmo que a disputa se inicie, tal ordenamento constitucional é propenso à instabilidade, seja porque será frequentemente alterado pelas ocasionais maiorias, seja porque tenderá a ser repudiado por aqueles que, apesar de obter maiorias parlamentares nas urnas, não conseguem transformá-lo e se veem, assim, impedidos de concretizar suas metas no âmbito da política competitiva ordinária.

A primeira possibilidade – a da alteração frequente – tende a acarretar menores efeitos para a institucionalidade democrática, desde que as modificações se concentrem apenas nos dispositivos constitucionais relativos a políticas públicas, sem transbordar para outras provisões constitucionais. Entretanto, se as modificações incidirem também sobre as normas de natureza propriamente constitucional, poderá haver instabilidade político-institucional, já que as regras fundamentais de operação do sistema político e os direitos fundamentais de cidadania estarão sujeitos a constante mudança.

Já a segunda possibilidade – a do repúdio ao ordenamento constitucional – representa a derrocada da institucionalidade poliárquica ou, pelo menos, seu funcionamento precário. Diante da impossibilidade de implementar suas políticas no âmbito do ordenamento constitucional vigente, os atores políticos podem decidir fazê-lo ao seu próprio arrepio. Desse modo, configurar-se-ia uma situação em que o desapareço à ordem constitucional ocorreria em virtude da percepção, pelos atores relevantes, de que ela inviabiliza o mero “fazer política”. A consequência disso é o provável solapamento da democracia pelos atores frustrados.

Nos termos de nossa discussão, um texto constitucional que contém políticas públicas tenderá a apresentar baixa correspondência com as preferências de parcelas significativas dos atores políticos relevantes numa poliarquia, pois refletirá a perenização de vitórias de seus adversários. Com isso, furtará desses relevantes atores políticos a possibilidade de alterar políticas ordinárias mediante o processo político normal, ao exigir-lhes que para tanto mudem a Constituição. Em trabalhos anteriores (Couto e Arantes, 2003; 2006) desenvolvemos um modelo teórico e uma Metodologia de Análise Constitucional (MAC) que nos têm permitido produzir uma análise política descritiva dos diferentes

modelos normativos de Constituição, discriminando, nos textos, dispositivos fundamentais de dispositivos veiculadores de políticas públicas.

Examinando o caso brasileiro por meio dessa metodologia, não só revelamos a existência de um bom número de políticas públicas constitucionalizadas na Carta de 1988 (30% dos seus dispositivos são *policies*), como demonstramos que o processo constante de emendamento constitucional ao qual ela tem sido submetida desde então decorre justamente dessa característica do texto. Decompostas com base em nossa metodologia, as setenta emendas constitucionais (EC) aprovadas entre 1992 e 2010 totalizaram nada menos do que 1.034 dispositivos, uma média de 57 por ano. No conjunto do emendamento constitucional examinado até 2007, 63,2% de 895 dispositivos de emendas analisados diziam respeito a *policy*; e apenas 36,8%, a *polity*. Mais do que isso, impressionou-nos o fato de que as emendas propostas originalmente pelo Executivo (que perfazem 51,5% dos dispositivos de ECs no período estudado) apresentaram uma taxa de 3,4 dispositivos de *Policy* por cada dispositivo de *polity*, enquanto entre as emendas propostas pelo Legislativo, essa taxa foi de 0,9 para PECs (Propostas de Emendas à Constituição) oriundas da Câmara dos Deputados e 0,5 para PECs oriundas do Senado. Em outras palavras, quando se propõe a emendar ou a modificar a Constituição, o Executivo o faz principalmente para alterar *policies* constitucionalizadas. Também notamos que, diferentemente do que argumenta Melo (2007a:249, 260), a direção do emendamento nesse período não foi a da desconstitucionalização de matérias, nem o arrefecimento da taxa de emendamento ocorreu nos termos previstos pelo autor. Na verdade, sob o impacto das ECs, o texto cresceu 33% em relação ao original de 1988 (foram acrescentados 692 novos dispositivos e apenas 80 foram retirados da Carta). A maioria (75%) dos acréscimos versou sobre políticas públicas, e não sobre elementos fundamentais da *polity* democrática. Por fim, mas não menos importante, os períodos FHC e Lula apresentaram a mesma taxa de 57 dispositivos de emendas por ano².

Consideramos que o caso brasileiro pode lançar luz sobre a literatura disponível sobre o tema, que tende a desconsiderar o conteúdo dos textos constitucionais. De um modo geral, parece consensual a noção de que a estabilidade e a mudança de textos constitucionais dependem principalmente do quão difícil é promover alterações na Constituição (Lutz, 1995; Anckar e Karvonen, 2002; Lorenz, 2005; Elkins *et alii*,

2009), o que envolve quase sempre quoruns mais ou menos elevados de votação pelo Legislativo, o envolvimento de outras instâncias de decisão (como no caso de regimes federativos), a consulta direta à população na forma de referendos e plebiscitos, dentre outras exigências³. Mas pouco se sabe sobre os motivos que levam os atores a ter de enfrentar tais dificuldades e a se lançar a propostas de emendamento constitucional. Nossa hipótese sobre a motivação ou necessidade reside no conteúdo da Carta. Versando uma Constituição sobre políticas públicas, e sendo pouco exigentes as tais regras relativas a ECs, então o caminho das mudanças frequentes provavelmente será adotado, tornando o texto mais instável. Se, contudo, tratar-se de uma Constituição rígida, na qual as regras impõem sérias dificuldades ao emendamento, uma situação problemática será criada: quanto mais difícil for realizar mudanças, maiores serão os custos do afazer político cotidiano e, conseqüentemente, maiores também as dificuldades para governar com uma Constituição que for, a um só tempo, rígida e, muito mais do que dirigente, *policy-oriented*.

No caso de constituições com baixo número de políticas públicas constitucionalizadas, não haverá tanto interesse por parte do Executivo de governar por meio de emendamento constitucional; e, sendo essas constituições rígidas, o Executivo não arcará desnecessariamente com o ônus de reunir as condições exigidas para a reforma do texto constitucional. Nesse cenário, existe uma boa probabilidade de que se dê uma abdicação decisória dos políticos eleitos em prol dos tribunais: uma Constituição difícil de ser modificada pelos agentes eleitos pode sê-lo pela intervenção das cortes constitucionais, que, ao mudar suas interpretações sobre o significado das normas constitucionais, alteram a forma como essas são implementadas. Esse é o tipo de problema característico de um país com uma Constituição extremamente difícil de ser alterada, como os Estados Unidos, cuja Carta praticamente não contém dispositivos que poderíamos considerar política pública. Desse modo, a discricionariedade dos juízes se dá sobre um texto bem aberto à interpretação, porém apenas sobre temas propriamente constitucionais. Num caso desses, há poucos obstáculos ao *policy making*, a política pública é implantada no plano infraconstitucional (por lei ou por ato administrativo) e a disputa se volta para seu enquadramento à Constituição por meio da interpretação dos tribunais, que, ao fixarem interpretações sobre o que *realmente quer dizer* o texto, tomam decisões de largo alcance, que balizarão o comportamento futuro de legisladores e governantes (Pickerill, 2004).

Problema mais complicado de equacionar parece ser o de constituições difíceis de modificar e que encerram grande quantidade de políticas públicas. Nesse caso, o impasse da governabilidade que atinge os poderes políticos Executivo e Legislativo pode transbordar para o próprio sistema judicial, e, nesse cenário, mesmo a discricionariedade dos juízes para tomar decisões de largo alcance tenderá a diminuir. Na medida em que as normas constitucionais são detalhadas, como soem ser as que versam sobre políticas públicas, a discricionariedade judicial remanesce significativa apenas para a adjudicação de casos concretos, incapazes de servir como parâmetros gerais de interpretação normativa. O efeito mais provável de modelos como esse, que combinem constituições *policy-oriented* menos flexíveis com sistemas de revisão judicial, é que o tribunal responsável se converta ele também em instância de julgamento de conflitos envolvendo políticas públicas⁴.

Da discussão precedente podemos inferir quão importante é para uma nova democracia a decisão sobre qual marco constitucional adotará, pois este tenderá a afetar seu próprio futuro de forma bem mais sensível do que as análises convencionais são capazes de indicar: constituições afetam as agendas dos futuros governos, limitando mais ou menos o alcance das vontades majoritárias que se alternarão no poder e buscarão alterar o *status quo*. Se nossa hipótese estiver correta, a tradicional classificação dos textos constitucionais a partir de suas “idades” ou de seu pertencimento a “gerações” de constituições – liberais, democráticas, sociais ou dirigentes – poderá sofrer uma revisão importante.

Comparemos aqui Brasil e México, por exemplo. O primeiro adotou uma nova Carta em 1988, nos marcos de um constitucionalismo social e *policy-oriented*. Já o México mantém ainda hoje a sua Carta de 1917, que remonta aos tempos de um constitucionalismo ainda liberal. A despeito de apresentarem, portanto, “idades” bastante distintas, ambas têm em comum o fato de conterem um número significativo de políticas públicas constitucionalizadas, o que nos ajuda a compreender o porquê de terem sido tão emendadas, a primeira desde 1988 e a segunda mesmo durante o longo período de domínio do Partido da Revolução Institucionalizada PRI⁵. Por outro lado, se compararmos Argentina e Espanha, notaremos como constituições de épocas bem distantes entre si (1853 e 1978, respectivamente) e sob a influência de correntes diversas do constitucionalismo moderno – liberal a primeira e dirigente a segunda – sofreram um número bem menor de alterações constitu-

cionais, justamente por apresentarem um reduzidíssimo número de *policies*. Portanto, não há uma relação direta nem necessária entre o período da história mundial em que as cartas foram aprovadas e seu potencial de ensejar constante emendamento constitucional. Este, segundo nossa hipótese, parece estar mais associado ao grau em que tais textos constitucionalizam agendas governamentais. E mais: sequer se pode dizer que a presença de políticas públicas nas cartas tenha a ver com o fato de as democracias serem novas ou antigas, de bem-estar social ou liberais.

Vemos que as cartas de países como Itália, Alemanha e Estados Unidos são similares sob esse ponto de vista: todas contêm um reduzidíssimo número de políticas públicas. Dentre os casos que pudemos analisar mais a fundo (ver Tabela 1), notamos que a tendência predominante não é pela constitucionalização de políticas públicas, mas – pelo contrário – por mantê-las fora do texto constitucional. Na verdade, o grau de constitucionalização de *policies* parece depender mais do arranjo institucional que preside a elaboração e edição da Carta – bem como da dinâmica da *politics* constituinte existente em cada contexto – e menos de uma genérica influência de “gerações” ou “ciclos” nos quais pode ser dividido o constitucionalismo moderno e contemporâneo⁶. Assim, países como Brasil (1988), México (1917), Venezuela (1999) e Portugal (1976) constituem exemplos que desafiam a análise política por apre-

Tabela 1
Distribuição comparativa de *polity* e *policy* e taxa anual de emendamento constitucional em Constituições selecionadas⁷

País	<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 (1853)	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

Fonte: Pesquisa Constitucionalismo e Democracia em Perspectiva Comparada.

sentarem constituições com um bom número de políticas públicas e pela forma como lidam com suas agendas governamentais constitucionalizadas. Na próxima seção, buscaremos oferecer novas hipóteses sobre os impactos políticos de diferentes perfis constitucionais sobre o processo político.

NOVAS DEMOCRACIAS, NOVAS CONSTITUIÇÕES?

Desde os anos 1970, diversos países passaram por transições para a democracia, seja após terem experimentado interrupções autoritárias de democracias anteriormente vigentes, seja para provarem pela primeira vez o gosto dos regimes poliárquicos. Uma vasta literatura se produziu acerca das transições democráticas, e nela a discussão sobre a criação de novos marcos constitucionais sempre figurou com destaque. Isso fica patente inclusive na terminologia (ou mesmo nos títulos) de muitos trabalhos que se referem às novas estruturas institucionais em termos de “nova ordem constitucional”, “mudança constitucional”, “engenharia constitucional” etc. Contudo, é raro que nesses estudos a “Constituição” propriamente dita compareça como objeto específico de análise. Normalmente, ela é mencionada apenas de forma acessória ou como um grande guarda-chuva que abriga outros temas, como o sistema de governo, o sistema eleitoral, o sistema partidário, os arranjos federativos etc., que são definidos constitucionalmente em cada país, ou simplesmente entendidos como sendo de “natureza constitucional” pelo analista, mesmo que não inscritos na Constituição⁸. Aliás, em alguns casos, mesmo quando a definição dessas estruturas institucionais não figura no texto da Constituição, é comum que a elas se faça referência como “características constitucionais”, servindo o termo “constitucional” como um sucedâneo mais específico para o “institucional”, sempre que se deseja fazer referência às instituições formais que balizam o jogo político. A “Constituição” (ainda que não formalmente) seria assim o receptáculo de todas as estruturas institucionais que oferecem incentivos e restrições à ação política.

Não cremos que haja aí nenhum equívoco terminológico. Apenas queremos chamar a atenção para o fato de que o texto constitucional propriamente dito, tomado ele mesmo como uma instituição a ser estudada, pouca atenção recebeu, seja na literatura específica sobre os casos nacionais, seja nas análises comparativas⁹. Uma notável exceção a isso é o trabalho de Elkins *et alii* (2009), no qual os autores analisam todas as constituições até hoje existentes considerando seu conteúdo e as impli-

cações dele para o processo político e, principalmente, para a própria duração das constituições. Há, inclusive, um ponto de proximidade (e aparente contraste) entre a análise desses autores e aquela que realizamos por meio de nossa MAC: eles consideram que uma das variáveis decisivas para a maior durabilidade das constituições é o seu *grau de detalhamento*. Segundo eles, constituições detalhadas resultam de processos constituintes inclusivos, sendo capazes assim de assegurar garantias de preservação dos interesses dos competidores políticos. Dessa forma, esses atores teriam razões para apostar na preservação do texto constitucional, pois esse lhes protege. Cabe ressaltar, entretanto, que o *detalhamento* notado por Elkins *et alii* não se confunde com *policy*; na realidade, embora esses autores não estabeleçam a distinção entre *policy* e *polity*, seu argumento aponta na direção de entender o detalhamento como especificações acerca da *polity*, justamente para criar garantias aos competidores. Trata-se, na verdade, de um ponto de vista muito similar ao anteriormente defendido por Buchanan e Tullock (1999) e, depois destes, por Sartori (1994a, capítulo 8), segundo o qual a preservação de um sistema político dependeria da definição, no marco constitucional, de garantias que protegessem os atores políticos contra perdas significativas no futuro.

De qualquer maneira, o trabalho de Elkins *et alii* (2009) é uma rara exceção de atenção às consequências do conteúdo das constituições para a competição política. Duas razões podem ser aventadas para explicar a desatenção da literatura como um todo até então.

A primeira, histórica, diz respeito ao fato de que, em alguns casos nacionais, a Constituição realmente mereceu pouca atenção no processo de transição de regime, tendo as preocupações dos atores políticos se voltado para outros aspectos. Notadamente, é esse o caso dos países nos quais as transições para novos regimes democráticos não requereram ou não engendraram novas constituições, mas caracterizaram-se pela reforma de cartas vigentes ou mesmo restauração de cartas anteriores. Havendo facilidade para adoção de tais alternativas, não haveria necessidade de sobrecarregar a agenda política transicional com um novo processo constituinte. De fato, esse foi o caso de quase um quarto dos países que passaram por processos transicionais desde os anos 1970¹⁰, os quais mantiveram os textos vigentes, no máximo reformando-lhes de modo a lhes conferir um feitiço propriamente democrático, sem, no entanto, criar novas constituições¹¹.

Outra razão, analítica, concerne à preocupação dos estudiosos. Estes se dedicaram a temas relativos a determinados aspectos das constituições, como o sistema de governo, os direitos políticos e civis, os mecanismos de *accountability* ou mesmo as políticas públicas constitucionalizadas. Ao fazê-lo, levaram em consideração a Constituição apenas na medida em que nela eram definidos os assuntos que realmente lhes interessavam. Novamente, vale insistir, não há nisso um equívoco, mas o fato é que essa opção analítica não foi suficiente para dar às constituições o *status* de objeto de estudo em si mesmas. Até mesmo os processos constituintes, quando estudados, foram-no principalmente para se entender a dinâmica política da transição, mas é raro que se tenha depois analisado seu produto como um tema digno de apreciação específica.

O reconhecimento dessa lacuna levou-nos a iniciar um programa de estudos que toma as constituições como objeto de pesquisa não somente empírico, mas também analítico, na acepção de que elas condicionam o funcionamento dos regimes políticos, especialmente os democráticos, de um modo que vai além dos efeitos das instituições específicas que encerram¹². Ao tomar a Constituição como variável independente, a questão principal passa a ser: em que medida os conteúdos de uma carta constitucional determinam a dinâmica do processo decisório subsequente à sua promulgação? Ou em que medida uma Constituição pode antecipar conteúdos normativos de decisões políticas que, em tese, seriam tomadas posteriormente sob a égide das regras instituídas pela própria Constituição? E, num sentido ainda mais específico: em que medida o texto constitucional pode se converter ele próprio em *objeto* da disputa política cotidiana, ultrapassando a condição mais usual de balizador dessa disputa?

A resposta a essas questões depende de uma análise que leve em conta as seguintes condições:

- 1) O grau de consenso dos atores políticos relevantes acerca das normas constitucionais vigentes;
- 2) O grau de dificuldade para emendar e/ou revisar a Constituição;
- 3) As possíveis externalidades negativas das alterações constitucionais.

No caso da *primeira condição*, o grau de consenso dos atores acerca da normatividade constitucional será considerado baixo em duas situações diferentes, para não dizer opostas:

- 1.a) *Quando a normatividade constitucional não corresponde a um arcabouço normativo minimamente aceitável para a viabilização do convívio político competitivo.* Dessa forma, na medida em que a Constituição não assegura normas minimamente consensuais entre os atores políticos, capazes de protegê-los contra certos resultados intoleráveis da competição política, assim como certos modos inaceitáveis de disputa, ela se torna um motivo de conflagração e, conseqüentemente, alvo de tentativas de mudança. Podemos dizer, sinteticamente, que numa tal situação a Constituição não assegura limites máximos do que é aceitável como resultado do jogo político competitivo, limiares mínimos do que se quer ver resguardado e nem procedimentos competitivos aceitáveis (Couto, 2005). Em poucas palavras, aqueles que se investiram total ou majoritariamente do poder constituinte impuseram uma Constituição que os demais consideram ilegítima. O regime que tal Constituição sustentou possivelmente será chamado por seus detratores de totalitário, autoritário ou oligárquico, e é bastante provável que este texto seja substituído numa eventual transição política.
- 1.b) *Quando a Constituição deixa de fixar apenas o arcabouço geral da poliarquia, avançando sobre assuntos que são objetos da controvérsia política cotidiana dos atores políticos relevantes.* Assim, caso os atores percebam nos assuntos constitucionalizados questões que poderiam ou deveriam estar sujeitas a decisões políticas majoritárias e cotidianas, provavelmente desejarão transformar o marco constitucional, pois, em vez de apenas assegurar a competição política poliárquica, tal Constituição embota essa competição, retirando dos atores a possibilidade de decidir sobre temas que constituem o próprio afazer ordinário da política democrática. O embotamento da competição democrática se deve ao fato de que mudar dispositivos constitucionais é normalmente bem mais difícil do que editar leis comuns. Constituições que se enquadram nessa hipótese são pouco consensuais porque estabelecem de antemão ganhos e perdas entre as forças políticas organizadas. Por isso, tenderão a se tornar objeto de emendamento constante, sem que isso expresse, todavia, uma conflagração de fundo entre os contendores (porque, nesse caso, o conflito democrático não toca necessariamente a estrutura da *polity* democrática).

Se o perfil da Constituição pode ser considerado o ponto de partida para uma teoria do emendamento constitucional, a *segunda condição* diz respeito às dimensões institucionais do sistema político que condi-

cionam modificações na Constituição, com ênfase nas regras que autorizam e organizam os processos de alteração e reforma constitucionais. Essa variável pode ser apresentada de modo simples e evidente: *ceteris paribus* – quanto menos restritivas forem as regras para a mudança constitucional, mais provável é sua ocorrência; e quanto mais restritivas forem essas regras, menos provável essa mudança será (Anckar e Karvonen, 2002; Lorenz, 2005; Lutz, 1995). Isso não acontecerá apenas em três situações (trazendo de volta a complexidade ao argumento):

- 2.a) *Caso os atores políticos sejam absolutamente indiferentes ao que diz o texto constitucional.* Essa situação pode ser considerada bastante improvável, seja em regimes democráticos assentados em textos consensuais, seja em regimes autoritários nos quais constituições tendem a ser figurativas. Afinal, se a Constituição (democrática ou autoritária) apenas fixasse normas às quais os atores são indiferentes, ela seria desnecessária. Um consenso estável não deve ser confundido com indiferença e muito menos sugerir que a Constituição deixou de ser importante para os atores políticos. Ela apenas não está sob fogo cruzado de intenções corriqueiras de mudança. Já constituições de uma ordem autoritária podem apresentar estabilidade não por sua irrelevância, mas por haver interdições à mudança.
- 2.b) *Caso a Constituição – para além do juízo substantivo que os atores políticos façam sobre seus conteúdos – esteja revestida de uma legitimidade tão grande que eles se abstenham de tentar modificá-la, mesmo que ela seja passível de transformação fácil.* Todavia, isto dificilmente ocorreria em novas democracias, pois a aquisição de um elevado grau de legitimação – uma espécie de “santificação” do texto constitucional capaz de conferir-lhe “intocabilidade” – é decorrência provável do tempo. Ou seja, há uma tendência à circularidade no argumento sobre a legitimidade das constituições em geral, que associa antiguidade e intocabilidade: quanto mais antigas, mais imunes à modificação (ou derrogação) elas ficam e, com isso, mais antigas vão se tornando. Portanto, seria necessário muito tempo para que uma Constituição assumisse tal “santidade” conferida pela tradição¹³, de modo a se tornar intangível.
- 2.c) *Caso a Constituição corresponda plenamente à distribuição espacial das preferências dos atores políticos relevantes.* Seguindo com a abordagem weberiana, nesse caso a adesão e o consenso que sustentam a Constituição não repousam na legitimação conferida pela tradi-

ção, mas são de tipo racional-legal. Aqui não haveria fundamento racional para modificar a Carta mesmo diante de regras de emendamento pouco exigentes.

A terceira condição diz respeito às possíveis externalidades negativas das modificações constitucionais ou a efeitos colaterais das transformações do texto. Ou seja, mesmo que uma determinada mudança seja fácil de fazer e permita realizar uma transformação normativa que aproxime o arcabouço constitucional das preferências dos atores políticos relevantes, a ocorrência de efeitos outros e indesejáveis não pode ser descartada. Se for essa a percepção dos atores políticos relevantes, alterações constitucionais tendem a não ocorrer, mesmo que as outras duas condições (perfil da Constituição e regras de emendamento) contem favoravelmente. Poderíamos pensar, por exemplo, numa norma constitucional que acarretasse a um país sanções internacionais. Isso poderia levar os atores políticos relevantes a recuar diante do risco percebido quanto a desdobramentos negativos da adoção daquela norma. Outros exemplos seriam uma alteração na ordem econômica que desencadeasse uma greve de investimentos, ou uma mudança na ordem tributária que acarretasse uma avalanche de processos judiciais. Quando o receio dos riscos externos que se corre ao promover uma alteração constitucional supera a certeza dos ganhos advindos de seus resultados, é mais provável que essa alteração não aconteça.

Portanto, aquilo que os atores políticos lograram excluir ou incluir num determinado texto constitucional pode explicar muito do que virá a ocorrer futuramente em sua interpretação, aplicação e mudança, afetando os comportamentos posteriores de parlamentos, executivos e tribunais. Também a conduta das elites sociais, políticas e econômicas no jogo poliárquico pode ser em boa medida afetada pelos conteúdos da Constituição – desde que, é claro, essa seja percebida pelas elites como merecedora de acatamento.

É importante ressaltar esse último aspecto porque uma Constituição – assim como qualquer outra instituição poliárquica – apenas terá efeitos reais sobre a dinâmica política de uma determinada sociedade caso seja percebida pelas elites relevantes como algo que valha a pena não somente preservar como um formalismo, mas tomar como um condicionante material da vida política. Isso quer dizer que instituições políticas importam desde que as elites com poder para preservá-las ou derogá-las reconheçam que vale a pena mantê-las e submeter-se aos re-

sultados contingentes do jogo político. Isso ocorrerá enquanto o respeito à ordem institucional vigente (mesmo quando considerada insatisfatória) for percebido como vantajoso em relação ao uso de outros expedientes. Se não houver elementos suficientes de *enforcement* da ordem constitucional e setores relevantes das elites considerarem vantajoso recorrer a meios que lhes permitam levar adiante seus projetos políticos por fora das instituições poliárquicas, será irrelevante o conteúdo da Constituição, assim como o de qualquer estrutura institucional condicionadora do exercício do poder. A democracia deixará de ser “*the only game in town*” e, logo, perderá sentido o estudo da Constituição como instituição poliárquica.

Mas o que faz com que as elites percebam como vantajoso o jogo dentro do ordenamento constitucional? O fator fundamental para o acatamento das elites à estrutura institucional é seu funcionamento efetivo: instituições que geram resultados pelo menos aceitáveis obtêm acatamento e tendem a ser preservadas. Já aquelas percebidas como propiciadoras de perdas intoleráveis, ou como obstáculos inúteis ao encaminhamento das agendas políticas, são propensas ao desapeço e, conseqüentemente, a serem solapadas pelo recurso a formas anticonstitucionais de ação política.

Há, portanto, dois níveis de adesão das elites ao ordenamento constitucional. No primeiro, trata-se de saber se um ordenamento constitucional, mesmo que percebido como imperfeito, é, ao menos de imediato, preferível à conflagração extrainstitucional – aqui, o “sistema de segurança mútua” de Dahl (1997), relativo ao cálculo dos custos da tolerância e da repressão entre governo e oposição, é bastante útil ao entendimento do problema. No segundo, é a questão da efetividade do ordenamento constitucional que se coloca: uma vez que se optou por jogar dentro das regras constitucionais, até que ponto isso seguirá valendo a pena? Se os custos da atuação dentro da institucionalidade vigente forem muito elevados em comparação aos resultados obtidos, alguns atores podem passar a apreciar a possibilidade de romper com ela. Assim, pode-se concluir que o resultado mais esperado de uma Constituição é que ela tenha o condão de institucionalizar a competição política e a incerteza quanto aos seus resultados, oferecendo parâmetros ao jogo poliárquico que sejam suficientes para promover a adesão dos atores ao processo democrático. Numa perspectiva racional, essa adesão se dá justamente quando se garante, de antemão, que os resultados possíveis do jogo político estarão limitados a certos tipos de perdas e

ganhos que sejam percebidos pelos atores como razoáveis, isto é, incapazes de comprometer, de modo decisivo, a sobrevivência futura dos contendores e, principalmente, dos eventuais derrotados. Nesse sentido, a constitucionalização de direitos políticos e de liberdades é condição necessária para promover esse tipo de adesão, mas talvez não seja suficiente. A intertemporalidade do conflito político – isto é, a aceitação da derrota hoje mediante a expectativa de que se poderá obter vitórias em futuras oportunidades – deve ser assegurada também por um conjunto de regras constitucionais que terá o papel principal de impedir ganhos crescentes de poder por parte dos governantes ao longo do exercício do mandato, garantindo, assim, que a próxima eleição dar-se-á sob as mesmas condições de igualdade em que se deu a anterior¹⁴. Neste ponto, entram em campo o sistema constitucional de *checks and balances* e os mecanismos de *controle horizontal* responsáveis por impedir o acúmulo de poder por parte dos governantes eleitos.

É importante ter esses elementos em conta para que possamos saber em que situações, nas novas democracias, constituições realmente importam¹⁵. Diversos países já passaram por experiências de implantação de democracias constitucionais, mas essas não sobreviveram muito tempo. O que explicaria isso? Seria o baixo acatamento *per se* das limitações institucionais ao exercício do poder que levaria aos colapsos, ou, como já foi fartamente apontado pela literatura sobre sistemas de governo, teria sido a ineficiência institucional o fator a convencer as elites de que não valeria a pena apostar na preservação da democracia – ao menos nos marcos vigentes¹⁶? Não iremos nos estender aqui sobre as diversas possibilidades que levam novas democracias a não perdurarem, mas nos centraremos na contribuição que ao menos uma delas – o texto constitucional – pode apresentar.

CONSTITUIÇÃO E AGENDAS GOVERNAMENTAIS

Sanford Levinson (1995) aponta que constituições não são perfeitas e, por isso, devem passar por aperfeiçoamentos ao longo do tempo. Os mecanismos para isso são o emendamento e a revisão constitucional, que seriam, nos seus termos, “respostas à imperfeição”. A questão por definir é de que imperfeição se trata. No volume organizado por Levinson, diversos autores se dedicam a analisar as várias formas pelas quais constituições se transformam – focando-se principalmente no caso norte-americano –, de modo a compreender que tipos de respostas são dadas às imperfeições. É interessante que a preocupação da

maior parte dos autores (sobretudo daqueles que se ocupam unicamente da Constituição Norte-Americana) é formal: que mecanismos de modificação constitucional são utilizados, quais são legítimos e quais não.

Um tópico importante da discussão feita para o caso americano é o referente às mudanças constitucionais que ocorreriam por mecanismos outros que não os previstos nos dispositivos constitucionais relativos ao processo de emendamento. Isso diz respeito, na realidade, às mudanças que a Constituição sofreu ao longo dos anos não em seu texto, mas na interpretação que dele faz a Suprema Corte dos Estados Unidos. Ao mudar sua interpretação ao longo do tempo, a Corte norte-americana transforma decisivamente a maneira como a Constituição incide sobre a vida política do país, sem que o texto propriamente dito seja alterado. Um momento importante em que isso ocorreu foi o *New Deal*, célebre plano de recuperação econômica do presidente Franklin Roosevelt. À luz de sua histórica posição contrária a políticas públicas que representassem intervenção estatal no mercado, a Suprema Corte americana tomou várias decisões entre 1935 e 1936 anulando dispositivos legais propostos pelo presidente e aprovados pelo Congresso. Frente à negativa da Corte, uma saída para o problema teria sido o emendamento da Constituição, mas o presidente Roosevelt optou por outro caminho: depois de reeleito por maioria esmagadora em 1936, ameaçou “lotar a Corte” (*pack the Court*), ampliando o número de juízes de nove para 15, o que lhe permitiria indicar um número suficiente de ministros favoráveis ao *New Deal*. Isso fez a Corte recuar e, num movimento que ficou conhecido como “*the switch in time that saved nine*” (Baum, 1987:41), os juízes passaram a votar favoravelmente às medidas de intervenção econômica, alterando em definitivo, a partir daí, a forma como os tribunais passaram a julgar a constitucionalidade de políticas desse tipo (Ackerman, 2000).

Curiosamente, como a Constituição Americana não estabelece o número de juízes da Corte, Roosevelt pôde lançar mão da ameaça de lotar o tribunal com juízes que lhe fossem favoráveis como forma de resolver o problema do veto a suas políticas. Embora nunca antes na história daquele país um presidente tivesse tentado agir daquela forma, a ameaça de lotar a Corte pareceu menos problemática a Roosevelt do que o recurso à emenda constitucional formal, dadas as notórias dificuldades para sua viabilização¹⁷.

O caso do *New Deal* é uma referência importante para nossa discussão porque demonstra que mesmo uma Constituição que não contenha políticas públicas – como a norte-americana – pode se tornar um obstáculo ao encaminhamento delas, caso o sistema institucional conte com um tribunal capaz de revisar e controlar a constitucionalidade das decisões governamentais de tipo legislativo. Os fatores decisivos para isso são: (1) o poder e o grau de discricionariedade que tem o judiciário para julgar a constitucionalidade de políticas públicas; e (2) o grau de dificuldade para o emendamento constitucional. No caso norte-americano, sendo difícil emendar a Constituição, o recurso ao judiciário tornou-se uma alternativa. Não é à toa que a nomeação de cada novo juiz para esse tribunal torna-se um grande tema do debate político nacional, opondo os partidos no Congresso, polarizando posições na opinião pública e mobilizando os mais diversos grupos de interesses. Todos sabem que, dependendo do perfil do novo juiz nomeado, alterações significativas na interpretação da Constituição pela Corte poderão ocorrer, afetando a forma como certos direitos são (ou deixam de ser) assegurados, assim como certas políticas são implementadas.

Mas de que forma poderíamos sintetizar as condições propícias a que uma Constituição seja modificada com maior ou menor intensidade? E quais condições determinarão os meios pelos quais as modificações ocorrerão? Tomando a atuação constitucional das cortes como variável dependente, pode-se afirmar que serão menos passíveis de “transformação judicial” as constituições *cujas alterações formais não sejam extremamente difíceis*, pois nesse caso não serão os tribunais os atores privilegiados da “mudança constitucional de fato”, que provavelmente caberá ao parlamento. Entretanto, tomando a atuação das cortes como variável independente, uma Constituição também é menos passível de emendamento caso o judiciário seja comedido em seu labor interpretativo, pois os atores políticos eletivos terão menor necessidade de alterar o texto constitucional como forma de viabilizar políticas que, de outra forma, poderiam ser declaradas inconstitucionais pelos tribunais. Já a combinação entre uma *Constituição enxuta* e um *judiciário parcimonioso* em seu ativismo judicial (tomados como variáveis independentes) tende a facilitar que os poderes eletivos (legislatura e Executivo) definam livremente as políticas públicas que virão a ser implementadas: a Constituição enxuta, por não subtrair aos políticos a decisão ordinária sobre determinadas matérias; o judiciário parcimonioso, por não adentrar a arena decisória sobre políticas públicas. Noutros termos, tal combinação cria poucos incentivos ao emendamento da Carta,

pois mantêm reduzidos limites constitucionais às agendas de governo, que poderão ser levadas a cabo por meio da normatividade infraconstitucional – isto é, nos âmbitos legislativo e administrativo.

É fato que, como demonstra Souza (2008), no seu exame do caso brasileiro, mudanças na conjuntura política e ciclos eleitorais podem fornecer estímulos adicionais ao processo de emendamento e este dependerá igualmente do tipo de coalizão que cada governo lograr alcançar entre partidos no Legislativo, mas aqui estamos em busca de um modelo analítico mais parcimonioso com vistas à realização de testes comparativos. Assim, consideramos que são três as variáveis importantes para determinar a medida em que os atores políticos eletivos se ocupam de modificar a Constituição ao implementar as agendas de governo: (1) a taxa de *policies* na Constituição; (2) o grau de dificuldade de emendamento constitucional; 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. A consideração dessas três variáveis na análise dos diferentes casos nacionais permite compreender de que forma, em cada país, a Constituição afeta a agenda governamental de políticas públicas. Esquemáticamente, a situação que temos é a descrita no Quadro 1.

No seu conhecido estudo comparativo envolvendo 36 democracias contemporâneas, Lijphart demonstrou a existência de relação empírica entre rigidez constitucional e força da revisão judicial, o que poderia ser explicado por duas razões:

Uma delas é que tanto a rigidez quanto a revisão judicial são recursos antimajoritários, e que as constituições completamente flexíveis, com a ausência de revisão judicial, permitem a regra irrestrita da maioria. A segunda razão é que elas também se ligam logicamente, no sentido em que a revisão judicial só pode operar de forma efetiva se for apoiada pela rigidez constitucional, e vice-versa (2003:258-259).

Lijphart completa o argumento afirmando que, numa combinação de forte controle constitucional e Constituição flexível, a maioria legislativa tenderá a reagir a declarações de inconstitucionalidade com emendas à Constituição. E, inversamente, sob constituições rígidas, mas não protegidas por mecanismos de controle constitucional, a maioria parlamentar poderá aprovar leis de caráter constitucionalmente duvidoso, sem que qualquer problema judicial decorra disso¹⁸.

Quadro 1
Tipos de Constituição e de controle constitucional e sua influência
sobre a agenda governamental

Controle Constitucional das Leis	Tipos de Constituição			<i>Policy-oriented</i> e dificilmente emendável
	Enxuta e facilmente emendável	<i>Policy-oriented</i> e facilmente emendável	Enxuta e dificilmente emendável	
Inexistente ou parcinomioso	Constituição pouco emendada Políticas públicas decididas pelos poderes eletivos no plano infraconstitucional	Constituição <i>muito</i> emendada Políticas públicas decididas pelos poderes eletivos nos planos <i>constitucional</i> e <i>infraconstitucional</i>	Constituição pouco emendada Políticas públicas decididas pelos poderes eletivos no plano <i>infraconstitucional</i>	Constituição pouco emendada Tendência à <i>paralisia</i> na produção das políticas públicas constitucionalizadas
	Constituição <i>moderadamente</i> emendada em <i>reação a decisões do Judiciário</i>	Constituição <i>muito</i> emendada, não só em reação a decisões do Judiciário, mas como consequência da <i>agenda governamental</i> ordinária	Constituição pouco emendada	Constituição pouco emendada
Existente e ativa	Políticas públicas decididas pelos <i>poderes eletivos</i> no plano <i>infraconstitucional</i>	Políticas públicas decididas pelos <i>poderes eletivos</i> e pelo <i>Judiciário</i> , tanto no plano <i>constitucional</i> como <i>infraconstitucional</i>	Políticas públicas decididas pelo <i>Judiciário</i> no plano <i>constitucional</i> e pelos <i>poderes eletivos</i> e pelo <i>Judiciário</i> no plano <i>infraconstitucional</i>	Tendência à produção de políticas públicas pelo <i>Judiciário</i> no plano <i>constitucional</i> e pelos <i>poderes eletivos</i> e pelo <i>Judiciário</i> no plano <i>infraconstitucional</i>

Elaborado pelos autores.

Tendo tudo isso em consideração, retomemos a questão com que iniciamos essa seção, qual seja, a de qual “imperfeição” tende a ser corrigida mediante emendamento constitucional. Ao analisar o processo de elaboração constitucional das democracias pós-comunistas do Leste Europeu, apesar da imensa variedade de conteúdos que diferentes Cartas contemplam, Elster (1993:175) nota três elementos comuns a todos os textos: direitos individuais, maquinaria do governo e procedimentos para emendar a Constituição. Essa distinção corresponde a *uma parte* do que caracteriza o *tipo de Constituição* em nosso modelo analítico. Enquanto os direitos individuais e a maquinaria do governo compõem aquilo que é possível objeto de “aperfeiçoamento”, os procedimentos de emendamento são relevantes para compreender de que forma esse “aperfeiçoamento” ocorre, nos termos que discutimos anteriormente, não sendo eles próprios objeto de alteração, ao menos em princípio. Todos esses elementos compõem aquilo que em nossa análise definimos como elementos de *polity*, aos quais agregamos mais alguns componentes. Elementos de *polity* numa Constituição seriam aqueles dispositivos de natureza propriamente constitucional que estipulam: (a) as definições de Estado e nação; (b) as estruturas e procedimentos fundamentais do sistema político; (c) os direitos individuais fundamentais, civis e políticos; e d) os direitos materiais orientados para o bem-estar. Constituições completamente enxutas conteriam apenas elementos de *polity*, ao passo que constituições *policy-oriented* contemplariam também elementos atinentes a tudo aquilo que, ou não coincide com a *polity*, ou é apenas uma especificação dela.

Logo, a questão será saber: as “imperfeições” que os atores políticos buscam “corrigir” são *polity* ou *policy*? Se tivermos uma Constituição enxuta, as eventuais imperfeições dirão respeito unicamente a *polity*. Nesse caso, as pressões para emendamento tenderão a ser poucas e aumentarão apenas se o tribunal constitucional for ativista, pois isso fará com que a consecução das agendas governamentais seja afetada pelas interpretações judiciais sobre a constitucionalidade de políticas públicas e, caso estas não agradem aos atores políticos eletivos, eles terão na mudança do texto constitucional uma forma de contra-arrestá-las. Portanto, as poucas tentativas de emendamento nesse caso dirigir-se-ão apenas a “imperfeições” de tipo efetivamente constitucional. Contudo, se estivermos diante de um texto *policy-oriented*, as eventuais “imperfeições” poderão incluir *policy*, algo bastante distinto do que foi pensado por Levinson e seus colegas, cuja discussão centrava-se em temas atinentes apenas a *polity*.

Um exemplo disso é a discussão promovida por Stephen Holmes e Cass Sunstein (1995). Eles apontam que as constituições das democracias emergentes do Leste Europeu devem ser cartas de fácil modificação, pois os países estão ainda em meio a um processo de transição democrática e construção institucional, de modo que torná-las rígidas pode se mostrar contraproducente ao processo de consolidação das instituições representativas. As razões apontadas pelos autores para esse problema são duas. A primeira é a tendência de que constituições rígidas tornem difícil a superação de imperfeições do processo de construção institucional nessas jovens democracias, criando problemas de difícil superação a partir do aprendizado que o desenrolar do jogo político tende a gerar. A segunda é a tendência de que a resolução dos problemas constitucionais seja transferida ao Judiciário, enfraquecendo as instituições parlamentares (e, portanto, representativas) em países nos quais elas já são historicamente frágeis perante as autoridades não eleitas que integram corpos de natureza técnica ou burocrática.

Em outras palavras, constituições demasiadamente rígidas podem alimentar o fortalecimento do Judiciário em detrimento das legislaturas, retirando desses governos seu caráter representativo e, conseqüentemente, debilitando a democracia. Considere-se que o próprio Stephen Holmes (2006:16) postula, em outro trabalho, que o propósito das constituições não é limitar o poder ou assegurar uma legitimidade originária com relação às decisões políticas, mas tornar possível um “autogoverno decente”, que será possível se a Constituição “organizar o processo decisório de modo a aumentar a inteligência das decisões e corrigir prontamente os erros graves das políticas sempre que eles forem identificados”. Portanto, da perspectiva desses autores, o problema para a consolidação de novas democracias não é tanto de titularidade, mas de bom funcionamento das instituições: o sequestro pelo Judiciário de decisões importantes no campo político enfraquece uma instância fundamental do funcionamento poliárquico: os parlamentos. Enfraquecidos, eles não só perdem poder de decisão, mas carecem também de legitimidade perante os eleitores. Sem tal legitimidade, a principal arena de consentimento democrático se vê fragilizada e, conseqüentemente, enfraquece-se todo o edifício democrático. Os autores apontam que, considerando-se o papel importante que no passado as burocracias dos partidos comunistas tiveram, um tal cenário de “governo de técnicos” não é nada alentador. Nos termos deles:

Um parlamento que não lida diretamente com as grandes escolhas com que se defronta uma sociedade, em vez disso deixando-as às convenções constitucionais e aos tribunais, não pode almejar uma posição de liderança da nação. Nos seus primeiros estágios, ao menos, a democracia deve ser centrada no parlamento, e não nas cortes, assim como deve evitar o pronto apelo ao referendo popular. Qualquer sistema que encampe o direito do parlamento de tomar as decisões mais vitais irá, no fim das contas, embotar as perspectivas tanto da democracia como do governo limitado.

Os advogados constitucionalistas desempenharam um papel muito maior que os cientistas políticos nos processos de elaboração constitucional do Leste Europeu. Isto pode ser um infortúnio. Muitos destes advogados constitucionalistas parecem acreditar que a revisão judicial, onde quer que o tribunal coloca a si mesmo no papel de “guardião da constituição”, é a instituição central da democracia liberal. Em sistemas democráticos estabelecidos, esta presunção já é inócua o suficiente. Mas ela tem algumas consequências destrutivas no Leste Europeu. Se um tribunal constitucional pode com sucesso convencer os cidadãos de uma nova democracia de que ele sozinho defende os interesses mais profundos do povo, então ele terá ajudado a erodir ainda mais a tênue legitimidade da assembleia representativa. Isto é danoso à causa liberal que os juízes almejam ajudar (Holmes e Sunstein, 1995:298-299, tradução nossa).

Ao pensar na necessidade de modificação relativamente fácil das constituições em novas democracias do Leste Europeu, Holmes e Sunstein em nenhum momento referem-se à presença de políticas públicas no interior dessas cartas. O que eles têm em vista são dispositivos de tipo *polity*. Consideram mesmo que é preciso tratar de forma distinta providências constitucionais de importância diversa, tornando algumas mais facilmente modificáveis, outras menos. Sugerem uma regra de emendamento de três níveis: a Constituição como um todo seria facilmente emendável; alguns dispositivos mais importantes seriam emendáveis com maior dificuldade; e os dispositivos centrais – garantidores de direitos individuais fundamentais – simplesmente não seriam passíveis de emendamento ou o seriam apenas por supermaiorias (Holmes e Sunstein, 1995:296-297). Contudo, sequer mencionam que *policies* possam integrar aqueles dispositivos de modificação mais facilitada.

A questão é que *policies* não são “imperfeições” no sentido que Levinson, Holmes ou Sunstein consideravam. Serão imperfeições apenas

numa outra acepção: a de que não são matérias de natureza constitucional, embora tenham sido constitucionalizadas e, com isso, tornam as constituições menos “inteligentes”, no sentido apontado por Holmes (2006) e mencionado anteriormente. Constituições portadoras de políticas públicas são menos inteligentes porque, em vez de facilitar o processo decisório e permitir a contínua correção de rumos, dificultam o processo decisório, tornando-o ao mesmo tempo ineficiente e antidemocrático. Discutiremos esse ponto na próxima seção.

UM NOVO PONTO DE VETO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Democracias constitucionais caracterizam-se pela existência de mecanismos de limitação ao exercício do poder. 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 um regime *republicano* (eles não cogitavam uma democracia pura) decorriam do funcionamento e da limitação mútua exercidos pelos três poderes de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e pelos dois níveis territoriais de governo (União e Estados). Nos regimes contemporâneos, além da operação dos três poderes clássicos e dos entes políticos territoriais (federativos ou não), também os partidos políticos e outras – novas – formas de divisão e limitação do poder estão em funcionamento (Lijphart, 2003; 2004). Todos são *pontos de veto* ao processo decisório, capazes de limitar as mudanças de políticas públicas (Tsebelis, 1997).

Outro freio imposto à ação dos entes governamentais desde as origens do constitucionalismo moderno foram as declarações de direitos, que impunham limitações *de conteúdo* ao que as autoridades poderiam fazer. Ao instituir certos direitos como inderrogáveis, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) retira das autoridades a possibilidade de implementar decisões que os infrinjam¹⁹. No caso da Constituição Norte-Americana, a *Bill of Rights* foi integrada à Carta por meio das dez primeiras emendas e os direitos nelas previstos constituem o que Isaiah Berlin (1981) denomina como *liberdades negativas*, pois decorrem da determinação de que certas coisas *não serão feitas* pelos governantes – por exemplo, a garantia de que “o direito das pessoas a manter e portar armas não será infringido” (segunda emenda à Constituição). Isso impli-

cará que decisões governamentais que venham a obstaculizar esse direito serão proibidas e, portanto, mesmo que tomadas e implementadas, não serão juridicamente válidas (Kelsen, 1990) por contraditarem a Constituição, que se situa hierarquicamente acima das demais normas.

Portanto, com a constitucionalização de direitos cria-se de imediato um *ponto de veto*, embora não se gere automaticamente um *ator de veto* (*veto player*)²⁰, 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. Contudo, mesmo que certas vedações constitucionais não propiciem automaticamente a intervenção *direta* de quaisquer atores políticos, a garantia de que os direitos constitucionais não serão solapados por decisões das autoridades governamentais requer necessariamente a intervenção de um ator em particular: o Judiciário. Pouca valia terá a prescrição constitucional de direitos – ou de qualquer outra coisa – sem que haja um controle de constitucionalidade capaz de assegurar que perderão efeito (ou serão derogadas) normas legais ou atos administrativos em contradição com o que determina a Constituição. Tendo isso em vista, o *veto point* da constitucionalização dos direitos ganha efetividade apenas quando o *veto player* representado pelos tribunais entra em ação, exercendo o controle de constitucionalidade²¹. Estendendo o raciocínio, numa escala mais ampla, esses tribunais também podem ser considerados *veto points* (Taylor, 2008) se considerarmos que eles agem mediante provocação de terceiros. Não havendo o controle constitucional ou sendo tímida ou errática sua ativação, tenderão a prevalecer as medidas tomadas pelas autoridades eleitas – sobretudo pelo parlamento – mesmo que estejam em contradição com a Constituição. Com isso, a própria noção de “constitucionalismo” perderá força e a distinção entre as normatividades constitucional e infraconstitucional (como a legislação ordinária, por exemplo) se diluirá.

Entretanto, supondo que o controle de constitucionalidade exista, o que importa observar aqui é o efeito que tem sobre a consecução da agenda governamental a constitucionalização de assuntos que não dizem respeito apenas a questões de ordem procedimental, mas se referem a conteúdos de ações concretas de governo – como no caso dos direitos civis protegidos pela *Bill of Rights* na Constituição Americana. Exemplificando com o caso do direito de possuir e portar armas de fogo, a consequência da previsão constitucional ali posta é que nenhu-

ma política de segurança que pretenda restringir esse direito poderá ser implementada, pois corre um sério risco de ser invalidada pelos tribunais. Dessa forma, restringe-se o campo decisório aberto aos legisladores, a quem restarão basicamente duas opções: (1) buscar alternativas que, contornando as restrições constitucionais, permitam formular políticas pouco sujeitas a invalidação pela Suprema Corte (Pickerill, 2004); ou, (2) no limite, emendar a Constituição – o que, como observamos, não é tarefa das mais simples.

O exemplo das armas de fogo é útil porque ele concerne a um tema cuja forma de regulamentação era amplamente consensual à época da Convenção da Filadélfia (o direito de rebelião e a conseqüente necessidade de dispor de armas), mas em virtude de mudanças sociais, econômicas e técnicas perdeu o sentido originário mais de dois séculos depois, tornando-se apenas um problema de política de segurança – isto é, de *policy*. Contudo, dado o fato de que até hoje nos EUA existe um forte grupo de interesse favorável ao direito de portar armas de fogo, qualquer emenda constitucional que tente modificar essa norma inviabiliza-se, tornando também impossível a implementação de políticas de segurança em conflito com essa regra. Noutras palavras, as mudanças históricas ocorridas ao longo de mais de dois séculos converteram em *policy* o que em 1791 – quando se aprovou a *Bill of Rights* – era inegavelmente *polity*²².

No caso norte-americano, tal situação não é de maior gravidade pelo fato de estar restrita a um único assunto, concernente a uma política pública específica que se encontra constitucionalizada – pois de resto a Constituição Norte-Americana é bastante enxuta. Todavia, o exemplo é útil para que possamos divisar o alcance possível da constitucionalização de temas relevantes da controvérsia política cotidiana e, portanto, das agendas governamentais. O exemplo dado mostra um caso em que a constitucionalização de políticas públicas ocorreu por transformações no cenário social mais amplo, em virtude de mudanças históricas no contexto em que a Constituição opera. Desse modo, a transformação de longo prazo acarretou mudanças no que poderia vir a ser considerado *polity* ou *policy*. Esse parece ser um caso raro.

Naquilo que concerne a casos menos raros, a exigência de quoruns qualificados para a tomada de decisão sobre matérias constitucionais permite a minorias relevantes, interessadas na manutenção do *status quo*, a imposição de um veto à mudança do texto constitucional. Por

isso, a constitucionalização de políticas públicas tem o condão de subtrair às maiorias legislativas e aos executivos a possibilidade de encaminhar agendas governamentais com base unicamente no apoio majoritário obtido junto às urnas.

Não são apenas os *veto players* que representam virtuais obstáculos ao processo de feitura de políticas públicas; procedimentos decisórios severos também têm esse efeito, constituindo-se em *veto points*. Por conseguinte, têm sua tramitação decisória obstaculizada todas as matérias cuja aprovação requeira dos atores políticos procedimentos mais exigentes do que a decisão parlamentar majoritária. A inclusão de políticas públicas no texto constitucional – cuja alteração exige procedimentos especiais – instaura um ponto de veto à modificação majoritária da agenda governamental, o qual tanto será mais efetivo quanto mais políticas públicas forem constitucionalizadas. Seria tal limitação à ação governamental uma característica necessária à definição de um regime constitucional-democrático? E seria ela favorável ao funcionamento da democracia, particularmente em democracias novas? Para responder a essa questão, consideremos que a constitucionalização de políticas públicas pode acarretar as seguintes consequências institucionais, enumeradas em ordem decrescente de relevância:

- 1) Aumento do poder de barganha de minorias partidárias no processo decisório, aumentando o *tamanho das coalizões mínimas* necessárias ao encaminhamento das agendas governamentais;
- 2) Redução da *eficiência* do sistema político pela elevação dos custos do processo decisório e da formação de coalizões;
- 3) Redução da *eficácia* governamental pela diminuição da velocidade em dar respostas a problemas enfrentados pelo sistema político;
- 4) Redução da *credibilidade* das instituições governamentais decorrente da menor *efetividade* decisória;
- 5) Redução do *acatamento* das elites políticas ao arcabouço institucional, por esse se mostrar inapropriado à consecução das políticas de governo.

Embora a constitucionalização de garantias de convívio competitivo seja necessária para assegurar a sobrevivência de regimes democráticos, notadamente em sistemas marcados por profundas heterogeneidades socioeconômicas, étnicas e culturais (Lijphart, 2004), a constitucionalização de políticas públicas pode ter um efeito contrário a isso, pelo fato de impedir que sejam enfrentados problemas correntes por

meio da implementação ágil e menos custosa de novas políticas. Há análises diversas dessa que elaboramos aqui, como a de Melo (2007a), para quem a “hiperconstitucionalização” (no caso brasileiro) não representa um *veto point* adicional no sistema político, ou a de Souza (2008) para quem a relativa facilidade do processo de emendamento constitucional no Brasil permitiu que o país se adaptasse a uma nova agenda doméstica e internacional, sem que a Constituição significasse um impedimento à governabilidade. No entanto, ao contrário das análises feitas por esses autores, Arantes e Couto (2009) demonstram que a despeito da mudança da conjuntura e até mesmo da alternância dos partidos no governo, a necessidade de emendamento constitucional tem permanecido no Brasil ao longo de diferentes administrações. Noutras palavras, sistemas que constitucionalizam políticas públicas encetam a necessidade de permanente renovação constitucional, pois esta é a condição de inovar nas políticas públicas, seja em assuntos coezinhos, seja naqueles em que a inovação possa se mostrar necessária à estabilidade política, ao crescimento econômico ou ao desenvolvimento social (Sen, 2000:334-336), elevando assim os custos de transação do processo governamental ordinário.

Para novas democracias, que normalmente precisam forjar a legitimidade de suas instituições não apenas no campo formal, mas também nos resultados efetivos alcançados, a dificuldade em dar respostas governamentais aos problemas pode se tornar um encargo significativo. Ademais, a necessidade de construir coalizões demasiadamente amplas para encaminhar políticas ordinárias representa uma fonte considerável de custos políticos ao jogo político poliárquico, aumentando a probabilidade de que os governantes sejam tentados a concessões desmedidas e a expedientes pouco convencionais como forma de assegurar sucesso. Caso tais concessões sejam insuficientes para a obtenção de apoios, corre-se o risco da ineficácia governamental em áreas importantes. Caso elas sejam consideradas demasiadas pelos cidadãos, corre-se o risco da ilegitimidade procedimental do jogo político, numa circunstância em que o problema da ineficiência ultrapassa a questão meramente econômica para adentrar a esfera dos valores morais aceitos por uma coletividade qualquer. Tanto numa situação como na outra, reduz-se a credibilidade da própria democracia perante seus cidadãos. No limite, a incapacidade decisória pode acarretar o fim do acatamento das elites políticas ao regime e o conseqüente solapamento da poliarquia – uma possibilidade menos imediata, mas que não pode ser

descartada, tendo-se em vista o histórico pouco alentador de grande parte dos países democratizados a partir dos anos 1980.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que relevância tem o desenho constitucional para a estruturação e o funcionamento de regimes democráticos – mormente de regimes democráticos novos? Parece-nos que um dos problemas principais a serem considerados – e que tem sido deixado de lado por parte substancial dos estudos institucionalistas sobre o funcionamento de poliarquias – diz respeito aos custos impostos por determinados modelos constitucionais ao processo governamental. Se, como proclama o bordão institucionalista, instituições importam, o fato é que elas não contam apenas para estabelecer as condições e o ritmo em que decisões podem ser tomadas. Embora tais aspectos sejam relevantes, é importante destacar que instituições importam também para permitir processos governamentais e de representação mais democráticos e eficientes – econômica, política e eticamente. Ao que nos parece, de todas as combinações possíveis examinadas neste texto, a escolha de constituições *policy-oriented*, em meio a sistemas políticos marcados pela fragmentação, implica menor eficiência do governo e comprometimento da representação democrática.

A menor eficiência do governo está relacionada, primeiramente, à necessidade de construção de maiorias governativas capazes de assegurar a mudança das políticas públicas presentes na Constituição, quando assim o desejarem os eleitoralmente vitoriosos. Os custos de transação na construção de supermaiorias são evidentemente maiores do que aqueles nos quais incorrem os atores políticos quando precisam lograr apenas a construção de maiorias simples ou absolutas. Para um determinado país, essa é uma verdade matemática mesmo quando seu processo de emendamento constitucional se apresenta mais fácil em comparação a outras democracias. Nesse caso, a análise comparativa ilustra a questão, mas não tem o condão de fazer desaparecer os custos envolvidos na obtenção de uma maioria maior do que a democraticamente eleita nas urnas. Poder-se-ia obstar que tais custos são a decorrência natural da existência de pontos de veto (de mecanismos de *checks and balances*) nas democracias constitucionais. Mas isso significaria dizer que, quanto mais pontos de veto, melhor para a democracia? A partir de que limiar a fragmentação do sistema político deixa de ser uma garantia contra a tirania da maioria e se converte em fonte de

insolvência democrática é tema clássico na teoria política, mas não resolvido pela ciência política de orientação institucionalista, que parece oscilar, de tempos em tempos, entre um “viés majoritário” (Melo, 2007b) e um viés consociativo. Hoje, à defesa da representação proporcional, do multipartidarismo, do federalismo, do bicameralismo, da separação dos poderes e do controle judicial de constitucionalidade viria se somar também a valorização da constitucionalização de políticas públicas? Não nos parece que “quanto mais, melhor” seja uma resposta razoável a tal pergunta.

O contínuo processo de aprovação de ECs não constitui evidência suficiente de que a constitucionalização de políticas públicas seja um falso problema. Tal constatação despreza a questão dos custos. Metaforicamente, seria como supor que a realização de inúmeras cirurgias numa única pessoa no intervalo de um ano deixa de indicar um problema de saúde do indivíduo apenas porque ao final dessa sucessão de intervenções, ele tenha sobrevivido. Ou então, que uma corrida de 400 metros rasos não difere de uma de 400 metros com barreiras apenas porque, ao final, os corredores chegam ao mesmo lugar. Certamente, tomaríamos como não razoáveis as alegações referentes a essas duas situações metafóricas, mas alguns estudiosos das instituições poliárquicas relutam em utilizar o mesmo raciocínio para a análise de nossas democracias constitucionalizadas.

Já no que diz respeito à representação democrática, seu comprometimento está relacionado primeiramente ao fato de que a constitucionalização de políticas públicas pode tornar inócuas ou pouco consequentes as escolhas feitas pelos eleitores nas urnas, pois, na medida em que se exigem supermaiorias para a tomada de decisões acerca de questões ordinárias que foram constitucionalizadas, a maioria eleita dependerá da anuência das minorias derrotadas para levar adiante suas políticas. Noutros termos, impede-se ao eleitor-cidadão de uma democracia que mude os rumos de um governo cujas decisões e ações recaem sobre ele próprio, pois esse mesmo governo é impotente para mudar o *status quo*, ou, ao menos, para mudá-lo seguindo a regra da maioria a um custo decisório normal em sociedades plurais. Vale aqui uma crítica semelhante àquela que Holmes e Sunstein (1995) fazem às constituições demasiadamente rígidas de países pós-comunistas. Se nesses países era pouco sensato enrijecer demais a norma constitucional, sob o risco de impedir as naturais adaptações dos regimes nascentes ou de dar poder em excesso às autoridades não eleitas do Judiciário, nas democracias,

de um modo geral, a constitucionalização de políticas públicas leva a um enrijecimento injustificado de questões que – por sua própria natureza – deveriam permanecer suscetíveis à alternância de partidos no poder.

Um segundo fator de comprometimento da representação é o encarecimento do processo político mediante o reforço excessivo das minorias partidárias. Estas podem chantagear politicamente governos com maiorias parlamentares enfraquecidas por serem insuficientes para o encaminhamento de uma agenda que, apesar de ordinária, foi entrincheirada constitucionalmente. Um terceiro fator é o ativismo judicial decorrente das demandas por *judicial review* de políticas públicas constitucionalizadas. Afora algum ganho de “*resoluteness*” (Cox e McCubbins, 2001), ele não deixa de comprometer igualmente o cerne da representação política democrática.

Os custos do processo decisório aqui considerados não são apenas políticos, mas também éticos, e precisam ser levados igualmente em consideração. Em se tratando de processos de construção democrática, como diria Hamilton, nossas definições institucionais não estão fadadas a depender do acaso e da força, mas podem ser objeto de reflexão e escolha.

(Recebido para publicação em dezembro de 2009)

(Reapresentado em julho de 2010)

(Versão definitiva em setembro de 2010)

NOTAS

1. Entendemos por “novas democracias” regimes políticos que inauguram uma ordem democrática nova. Portanto, não nos referimos a um conjunto específico de países, nem a “ondas” de democratização – no sentido, por exemplo, de Weffort (1992) ou Huntington (1994). Assim, a expressão “novas democracias” é utilizado em sentido mais genérico, pois se refere a quaisquer regimes poliárquicos em vias de implantação.
2. Os dados relativos às setenta emendas do período 1992-2010 são inéditos. Para os demais dados, relativos a emendas promulgadas entre 1992 e 2007, ver análise mais detalhada em Arantes e Couto (2009).
3. A questão do grau de exigência para emendas e reformas constitucionais é a fonte mais usual de hipóteses da literatura dedicada ao exame da relação entre constitucionalismo e democracia. Acreditamos que nosso modelo de análise descritiva interna dos textos constitucionais pode significar uma contribuição original a essa área de estudos.
4. Nessa linha, o jurista Fábio Konder Comparato (1998) defende que seja possível a adjudicação da constitucionalidade de políticas públicas como um todo, e não apenas de atos normativos específicos, avaliando o juiz se uma determinada política contraria ou não princípios constitucionais.
5. A célebre Constituição de Weimar também continha razoável número de políticas públicas, o que lhe rendeu inclusive uma acerba crítica de Carl Schmitt (1982).
6. A respeito dos “ciclos constitucionais” modernos e contemporâneos, ver Ruffia (1996:503 e ss.)
7. Contamos com a colaboração de Lincoln Narcélio Thomaz Noronha na aplicação da MAC aos casos aqui relacionados.
8. Este parece ser o caso, particularmente, do trabalho de Giovanni Sartori (1994b), intitulado Engenharia Constitucional Comparada. No Brasil, o livro foi publicado num contexto de reformas constitucionais e talvez por isso tenha recebido o subtítulo *Como Mudam as Constituições* –, embora o trabalho não trate exatamente dessa questão. Sartori dedica apenas poucas linhas a um tema afim àquele que desenvolvemos aqui, afirmando que constituições extensas podem representar um problema para a governabilidade. Todavia, trata-se somente de uma menção anedótica, sem qualquer discussão mais elaborada.
9. Deve-se notar, contudo, que há na ciência política norte-americana uma tradição distinta, que realiza há tempos estudos e análises sobre a relação específica entre Constituição e democracia, especialmente por meio de análises do papel e do funcionamento de sua Suprema Corte, responsável pela *judicial review* nos EUA. Bons exemplos disso são os trabalhos reunidos nas obras organizadas por Elster e Slagstad (1988) e Levinson (1995). Todavia, também por lá a expressão “constitucionalismo” tem por vezes designado o campo de estudos de instituições e/ou de políticas de direitos sob regimes democráticos.
10. Identificamos 62 países que transitaram para a democracia nesse período; 16 deles mantiveram uma Constituição que já se encontrava em vigor há mais de cinco anos, sendo possível falar numa “restauração” do texto antigo. Utilizamos como fontes para este levantamento: (a) Freedom House, *Freedom in the World. Country Ratings*,

1973-2005; *Table of Independent Countries, 2004*; (b) Marshall e Jagers (2002); (c) CIA. *The World Factbook 2006*; (d) University of Richmond, *Constitution Finder*; (e) Inter-parliamentary Union, *Information on National Parliaments*; (f) Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes; (g) *International Constitutional Law*; (h) *Wikipedia*; e (i) *Legislationline.org*.

11. O caso do Chile, contudo, merece tratamento diferenciado, já que a Constituição foi legada ao novo regime democrático pelo ditador que deixava o poder, Augusto Pinochet, contendo diversos dispositivos que salvaguardavam os interesses dos detentores do poder no antigo regime.
12. Os trabalhos recentes de Melo (2007a) e Souza (2008) compartilham dessa mesma preocupação. Cada um ao seu modo, ambos buscam examinar não só o perfil da Constituição Brasileira de 1988, como também seu impacto sobre o funcionamento do sistema político e o contínuo processo de emendamento ao qual tem sido submetido o texto constitucional. Também o livro organizado por Carvalho *et alii* (2009) traz uma coletânea de artigos que tomam a Constituição de 1988 como objeto de estudo.
13. Essa “santidade” conferida pela passagem do tempo corresponde ao poder de tipo tradicional a que se refere Weber, referindo-se à “autoridade do ‘passado eterno’, isto é, dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito” (Weber, s. d.:57). Para nossa discussão neste artigo, essa situação tem relevância apenas para os casos de países que, mesmo sendo novas democracias, restabelecem antigas constituições. E, mesmo assim, é preciso observar que constituições antigas em países que sofreram interrupções em suas poliarquias não têm o mesmo significado de constituições antigas em países de longa e estável trajetória poliárquica. Há um limiar a partir do qual o tempo se converte em variável importante para a estabilidade do texto, isto é, a Constituição é tão antiga que sua antiguidade passa a ser considerada pelos atores como um fator, no mínimo simbólico, para evitar a sua substituição por outro texto. Isso pode nos ajudar a explicar a diferença entre países como Brasil e Argentina. Ambos passaram por várias rupturas políticas e mesmo de regime, mas lidaram de modo diferente com seus marcos constitucionais: a cada mudança, o Brasil reinaugurou sua ordem constitucional, enquanto a Argentina atualizou o marco original. Isso se deve, provavelmente, à importância que o primeiro texto constitucional teve para a definição do Estado-nação. Onde a primeira Constituição foi forte nessa matéria e as rupturas políticas posteriores não foram capazes de alterá-la, mas incidiram sobre outros aspectos do ordenamento político do país, é mais provável a atualização da Constituição do que sua substituição por uma nova. Onde as rupturas políticas incidiram sobre as definições de Estado-nação, como no caso da passagem do império para a república no Brasil, um novo texto foi necessário. Depois disso, se o primeiro texto foi descartado nesse nível da *polity*, não seria de se esperar a “santificação” do segundo diante de uma nova ruptura política, que incitasse uma terceira mudança constitucional e assim sucessivamente. O interessante da aplicação da tipologia weberiana a esse caso – numa perspectiva institucionalista sociológica – é que o supra-sumo da dominação de tipo racional legal (a Constituição) ganha perenidade exatamente quando afere a força da tradição. Isso faz sentido justamente porque a tradição limita a força dos argumentos racionais que porventura possam levar à modificação do texto. Ou seja, ao ganhar uma força “suprarracional”, a Constituição escrita se torna imune a arrazoados que se proponham a alterá-la.

14. Nesse ponto, inspiramo-nos em Przeworski (1994) e sua teoria da democracia baseada na “adesão estratégica motivada pelo interesse próprio” dos atores políticos relevantes.
15. A relevância de ressaltar esse ponto decorre de que, em alguns casos, constituições simplesmente *não importam*, assim como pouco importam também outras estruturas institucionais limitadoras do poder das elites – mormente das elites governantes. É o caso daqueles países em que o acatamento às instituições é tão baixo que, diante das dificuldades para levar a cabo suas decisões, as elites optam pela via violenta, driblando ou solapando os obstáculos institucionais que lhes são impostos.
16. Particularmente importantes sobre esse aspecto são os trabalhos de Juan Linz e seus colaboradores acerca da derrocada de regimes democráticos, sobretudo os presidenciais. Veja-se, por exemplo, Linz e Stepan (1978) e Linz e Valenzuela (1994). Também Przeworski *et alii* (1997) discutem a relação entre sistemas de governo e colapso democrático, mas numa perspectiva comparada informada estatisticamente.
17. Os procedimentos para o emendamento da Constituição Norte-Americana podem ser considerados os mais restritivos dentre as constituições de regimes democráticos. Para que uma proposta seja iniciada, é necessária sua aprovação por dois terços de ambas as casas do Congresso, ou sua apresentação por dois terços das assembleias estaduais, que podem requerer uma convenção. Após isso, as modificações propostas devem ser ainda aprovadas por três quartos das assembleias legislativas estaduais. Não é casual que em mais de duzentos anos apenas 17 emendas tenham sido aprovadas.
18. Ocupamo-nos aqui dos prováveis efeitos de diferentes arranjos institucionais sobre o comportamento dos atores relevantes, mas é importante considerar que uma análise da interação estratégica entre eles – como fazem Stone Sweet (2000) e Epstein *et alii* (2001) – pode ser capaz de ultrapassar essa abordagem e revelar a existência de relações de interdependência entre parlamentos, executivos e cortes constitucionais (Stone Sweet, 2000), ou de “intervalos de tolerância” no interior dos quais decisões de tribunais constitucionais serão efetivas e angariarão legitimidade de longo prazo para as cortes. Embora não configure qualquer contradição com o que estamos expondo, a inclusão dessa dimensão analítica – de ação e interação estratégicas dos atores relevantes – extrapolaria os limites do presente artigo.
19. Os federalistas não consideravam necessária a aprovação de uma Declaração de Direitos que assegurasse patamares mínimos de franquias individuais. Para eles, bastariam as limitações que o exercício do poder por alguns agentes institucionais imporiam aos demais; argumentavam que a constitucionalização de certas garantias poderia acarretar que outras, não previstas formalmente, fossem excluídas. Porém, a negociação para a aprovação da Constituição da União tornou indispensável criar uma Declaração de Direitos, que foi pensada à Carta quatro anos após sua assinatura, mediante dez emendas constitucionais aprovadas em bloco.
20. *Veto players* são os atores institucionais (como poderes de Estado, entes territoriais e partidos) cuja anuência é necessária às decisões políticas.
21. No caso das liberdades negativas, há pouco espaço para que políticas públicas decorram diretamente da definição do direito, já que a estipulação de uma abstenção em fazer algo contra os cidadãos não engendra ações do Estado – e sim inações. Mas há outras garantias e funções previstas mesmo num texto constitucional enxuto como o

norte-americano, que ao menos apontam para políticas públicas. É o caso, por exemplo, das provisões relativas à tributação. Afinal, uma vez definidas condições para a tributação, sua execução efetiva requererá normas que estipulem a maneira pela qual os tributos serão recolhidos. E essas normas certamente serão políticas públicas controversas e passíveis de polarização na cena poliárquica.

22. O plebiscito realizado no Brasil em 2005 sobre o direito de portar armas de fogo é um bom indicativo do caráter de *policy* desse tipo de política nas sociedades contemporâneas. A população decidiu sobre um dispositivo específico de uma lei – o Estatuto do Desarmamento – em meio a um acalorado debate acerca da adequação ou não de desarmar-se o cidadão comum como forma de combater a violência interpessoal e o abastecimento do mercado negro de armas leves.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. (1991), *We the People 1: Foundations*. Cambridge, Harvard University Press.
- ACKERMAN, Bruce. (2000), *We the People 2: Transformations*. Cambridge, Harvard University Press.
- ANCKAR, Dag e KARVONEN, Lauri. (2002), *Constitutional Amendment Methods in the Democracies of the World*. Trabalho apresentado no XIII Nordic Political Science Congress, Aalborg, Denmark, 15-17 de agosto.
- ARANTES, Rogério B. e COUTO, Cláudio G. (2008), “A Constituição sem Fim”, in S. Diniz e S. Praça (orgs.), *Vinte Anos de Constituição*. São Paulo, Paulus, pp. 31-60.
- . (2009), “Uma Constituição Incomum”, in M. A. R. Carvalho *et alii* (orgs.), *A Constituição de 1988. Passado e Futuro*. São Paulo, Hucitec/Anpocs, pp. 17-51.
- ARATO, Andrew. (1997), “Construção Constitucional e Teorias da Democracia”. *Lua Nova*, nº 42, pp. 5-51.
- BAUM, Lawrence. (1987), *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- BERLIN, Isaiah. (1981), *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília, UnB Editora.
- BUCHANAN, James M. e TULLOCK, Gordon. (1999), *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Indianapolis, Liberty Fund.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (1994), *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra, Coimbra Editora Ltda.
- CARVALHO, Maria Alice R. *et alii* (orgs.). (2009), *A Constituição de 1988. Passado e Futuro*. São Paulo, Hucitec/Anpocs.

- COMPARATO, Fábio Konder. (1998), "Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas". *Revista de Informação Legislativa*, vol. 35, nº 138, pp. 39-48.
- COUTO, Cláudio Gonçalves. (2005), "Constituição, Competição e Políticas Públicas". *Lua Nova*, nº 65, pp. 95-135.
- e ARANTES, Rogério B. (2003), "¿Constitución o Políticas Públicas? Una Evaluación de los Años FHC", in V. Palermo, *Política Brasileña Contemporánea: de Collor a Lula en Años de Transformación*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, pp. 95-154.
- . (2006), "Constituição, Governo e Democracia no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, nº 61, pp. 41-62.
- COX, Gary e McCUBBINS, Matthew. (2001), "The Institutional Determinants of Economic Policy Outcomes", in S. Haggard e M. McCubbins (eds.), *Presidents, Parliaments and Policy*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 21-63.
- DAHL, Robert. (1997), *Polarquia: Participação e Oposição*. São Paulo, Edusp.
- ELKINS, Zachary et alii (2009), *The Endurance of National Constitutions*. New York, Cambridge University Press.
- ELSTER, Jon. (1993), "Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open-Sea". *Public Administration*, vol. 71, pp. 169-217.
- . (2009), *The Optimal Design of a Constituent Assembly*. Trabalho apresentado na na conferência sobre Comparative Constitutional Design, University of Chicago, 16-17 de outubro.
- e SLAGSTAD, Rune (eds.). (1988), *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge University Press.
- EPSTEIN, Lee et alii. (2001), "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government". *Law and Society Review*, vol. 35, nº 1, pp. 362-377.
- GINSBURG, Tom Ginsburg et alii. (2009), "Does the Process of Constitution-Making Matter?". *Annual Review of Law and Social Science*, nº 5, pp. 201-223.
- HOLMES, Stephen. (2006), *Can Constitutions Think?*. Trabalho apresentado no *workshop* on Constitutions and Constitutionalism, Universidad de San Andrés, Buenos Aires, 18-20 de novembro.
- e SUNSTEIN, Cass R. (1995), "The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe", in S. Levinson (ed.). *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton, Princeton University Press, pp. 275-306.
- HUNTINGTON, Samuel. (1994), *A Terceira Onda. A Democratização no Final do Século XX*. São Paulo, Ática.
- KELSEN, Hans. (1990), *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo/Brasília, Martins Fontes/UnB Editora.
- KNIGHT, Jack. (2001), "Institutionalizing Constitutional Interpretation", in J. Ferejohn et alii (eds.), *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 361-391.
- LEVINSON, Sanford (ed.). (1995), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton, Princeton University Press.

- LIJPHART, Arend. (2003), *Modelos de Democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 Países*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- . (2004), “Constitutional Design for Divided Societies”. *Journal of Democracy*, vol. 15, nº 2, pp. 96-109.
- LINZ, Juan e STEPAN, Alfred (eds.). (1978), *The Breakdown of Democratic Regimes, Latin America*. Washington, The Johns Hopkins University Press.
- LINZ, Juan e VALENZUELA, Arturo (eds.). (1994), *The Failure of Presidential Democracy*. Washington, The Johns Hopkins University Press.
- LORENZ, Astrid. (2005), “How to Measure Constitutional Rigidity: Four Concepts and Two Alternatives”. *Journal of Theoretical Politics*, vol. 17, nº 3, pp. 339-361.
- LUTZ, Donald S. (1995), “Toward a Theory of Constitutional Amendment”, in S. Levinson (ed.), *Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton, Princeton University Press, pp. 355-370.
- MARSHALL, Monty G. e JAGGERS, Keith. (2002), *Polity IV Project: Political Regimes Characteristics and Transitions, 1800-2002. Dataset User's Manual*. Maryland, Integrated Network for Societal Conflict Research (INSCR) Program/Center for International Development and Conflict Management (CIDCM). Disponível em <http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm>. Acessado em novembro de 2010.
- MELO, Marcus A. (2007a), “Hiperconstitucionalização e Qualidade da Democracia: Mito e Realidade”, in C. R. Melo e M. A. Sáez (orgs.), *A Democracia Brasileira: Balanço e Perspectivas para o Século XXI*. Belo Horizonte, UFMG/Humanitas, pp. 237-265.
- . (2007b), “O Viés Majoritário na Política Comparada: Responsabilização, Desenho Institucional e Qualidade Democrática”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 22, nº 63, pp. 11-29.
- NEGRETTO, Gabriel. (2008), *The Durability of Constitutions in Changing Environments: Explaining Constitutional Replacements in Latin America*. México, CIDE.
- PICKERILL, J. Mitchell. (2004), *Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a Separated System*. Durham/London, Duke University Press.
- PRZEWORSKI, Adam. (1994), *Democracia e Mercado no Leste Europeu e na América Latina*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará.
- et alii. (1997), “O que Mantém as Democracias?”. *Lua Nova*, nº 40-41, pp. 113-135.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. (1996), *Introducción al Derecho Constitucional Comparado. Las “Formas de Estado” y las “Formas de Gobierno”*. *Las Constituciones Modernas*. México, D. F., Fondo de Cultura Económica.
- SARTORI, Giovanni. (1994a), *A Teoria da Democracia Revisitada*. São Paulo, Ática, 2 vol.
- . (1994b), *Comparative Constitutional Engineering: an Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. London, Macmillan.
- SCHMITT, Carl. (1982), *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza.
- SEN, Amartya. (2000), *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras.

- SOUZA, Celina. (2008), "Regras e Contexto: As Reformas da Constituição de 1988". *DADOS*, vol. 51, nº 4, pp. 791-823.
- STONE SWEET, Alec. (2000), *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press.
- TAYLOR, Matthew. (2008), *Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford, Stanford University Press.
- TSEBELIS, George. (1997), "Processo Decisório em Sistemas Políticos: *Veto Players* no Presidencialismo, Parlamentarismo, Multicameralismo e Pluripartidarismo". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, nº 34, pp. 89-117.
- WEBER, Max. (s. d.), "A Política como Vocação". *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo, Cultrix, pp. 55-124.
- WEFFORT, Francisco Corr ea. (1992), "Novas Democr cias. Que Democr cias?". *Lua Nova*, nº 28, pp. 5-30.

Bancos de dados consultados

- Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/Constituciones/>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- Central Intelligence Agency (CIA). *The World Factbook 2006*. Disponível em <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- Freedom House. *Freedom in the World. Country Ratings, 1973-2005*. Disponível em <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=363&year=2005>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- . *Table of Independent Countries, 2004*. Disponível em <http://www.freedomhouse.org/>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- International Constitutional Law. Disponível em <http://www.servat.unibe.ch/icl/>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- Interparliamentary Union. *Information on National Parliaments*. Disponível em <http://www.ipu.org/english/home.htm>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- Legislationline.org. Disponível em <http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- University of Richmond. *Constitution Finder*, Disponível em <http://confinder.richmond.edu>. Acessado em 31 de agosto de 2010.
- Wikipedia. Disponível em <http://en.wikipedia.org>. Acessado em 31 de agosto de 2010.

ABSTRACT

Democracy-Building and Constitutional Models

This article makes a theoretical contribution to the comparative analysis of constitutional choices in new democracies, particularly those related to the profile of constitutions, reform and amendment political processes, and legal review and legal interpretation. The constitution itself is viewed as an object of research and analysis. Special attention is dedicated to the case of policy-oriented constitutions and their impact on the submission of government and public policy agendas. The constitutionalization of public policies is viewed as an additional veto point in the political system. Since different constitutional patterns engender distinct decision-making processes, the study examines how the related costs affect government efficiency and jeopardize democratic representation.

Key words: constitutionalism; democracy; policy-oriented constitution; decision-making process; government efficiency; democratic representation

RÉSUMÉ

Construction Démocratique et Modèles de Constitution

Dans cet article, on propose un apport théorique à l'analyse comparative de choix constitutionnels pour les nouvelles démocraties, surtout ceux qui concernent les constitutions, les processus politiques de réforme et d'amendement ainsi que les processus de révision et d'interprétation juridiques. La constitution y est considérée comme un objet en soi d'investigation et d'analyse. On examine surtout le cas de constitutions de politiques dirigées et leur impact sur la préparation de programmes gouvernementaux et sur les politiques publiques. La constitutionnalisation de politiques publiques est envisagée comme un nouveau point d'opposition du système politique. Sachant que différents modèles constitutionnels engendrent des processus de décision divers, on examine ici comment leurs coûts affectent l'efficacité gouvernementale et gênent la représentation démocratique.

Mots-clé: constitutionnalisme; démocratie; constitution de politiques dirigées; processus décisionnel; efficacité gouvernementale; représentation démocratique