

Simone Diniz
Sérgio Praça
(orgs.)

VINTE ANOS DE CONSTITUIÇÃO

2 | A CONSTITUIÇÃO SEM FIM

Rogério Bastos Arantes
Cláudio Gonçalves Couto

A história política brasileira é marcada por uma sucessão de cartas constitucionais, editadas em momentos de ruptura institucional e de mudanças de regime político. Da independência do país em 1822 até hoje, nada menos do que sete constituições foram adotadas no Brasil.¹ Em média, elas duraram 27,3 anos. Desconsiderado o período imperial, que a despeito de significativas reviravoltas políticas manteve o mesmo marco constitucional por 67 anos, essa média geral cairia para 19,4 anos no período republicano. Ao comemorar 20 anos de vigência, a Constituição de 1988 tem esse dado a seu favor: ultrapassa a taxa média de longevidade das cartas constitucionais republicanas e está perto de superar os 21 anos de duração das duas últimas (1946 e 1967) que presidiram, respectivamente, o regime democrático pós-1945 e o regime autoritário pós-1964.

É fato que esses 20 anos não foram marcados pela estabilidade e muito menos por certa intocabilidade que caracteriza os bons textos constitucionais. Mal nasceu, a Constituição de 1988 passou a sofrer várias críticas e houve quem dissesse que o país era in-governável com ela. Submetida a diversas Propostas de Emenda

¹ Chegaríamos a um total de oito constituições se tomássemos o texto de 1969 como uma nova carta constitucional. De fato, a Emenda Constitucional n. 1, outorgada pelo governo militar em 17 de outubro de 1969, foi tão abrangente que modificou extensamente a carta de 1967. Por se tratar de uma revisão geral do texto vigente à época, a redação de 1969 é considerada por muitos como uma nova Constituição. Todavia, seguiremos o critério formal que a definiu como emenda constitucional.



Constitucional (PECs), a carta foi emendada 62 vezes entre 1992 e 2007, sendo 56 delas em processo normal e outras seis durante a Revisão Constitucional de 1993-94. Para se ter uma idéia das dimensões atingidas por esse continuado emendamento, basta dizer que as 62 Emendas Constitucionais contêm nada menos do que 941 dispositivos no total, valor que corresponde a pouco mais da metade dos 1.855 que compõem o texto original de 1988 (incluindo aí o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Noutras palavras, as emendas aprovadas em duas décadas de vigência da já reconhecidamente extensa Constituição de 1988 equivalem a mais meia carta, contados os dispositivos constitucionais novos, não-originais.

Por essa razão, a Constituição chega ao seu 20º aniversário com um perfil bastante diferente do inicial. Todavia, enquanto alguns críticos acusam uma desfiguração provocada pelo emendamento constante e outros já decretaram até mesmo a sua “morte”,² ela segue vigente, ampla e não pára de crescer. Estimativas feitas com base nos dados que apresentaremos nesse capítulo nos permitem antecipar que a Constituição está 25% maior hoje, comparativamente ao texto de 1988, e deve continuar crescendo. Depois de 62 emendas constitucionais, em vez de falarmos num “fim da Constituição” (Tavares, 2008), seria mais correto falar numa “Constituição sem fim”.

Com o intuito de discutir as razões desse incontinentemente “crescimento constitucional” e fornecer um conjunto de razões desse fenômeno, o presente trabalho retoma alguns aspectos de nossas análises anteriores sobre o perfil da Constituição de 1988, com base em nossa Metodologia de Análise Constitucional (MAC). Para tanto, estruturamos este capítulo em três partes, além desta breve introdução. Na primeira delas retomamos um pouco da história constitucional brasileira, analisamos o perfil das constituições adotadas desde 1824 e demonstramos a especificidade da carta de 1988. Na seção seguinte examinamos algumas características do processo constituinte de

1987-88, em busca das razões da emergência de um texto constitucional tão extenso e – aí está sua peculiaridade – carregado de políticas públicas. Na última seção discutimos a prática do permanente emendamento constitucional pós-88 e oferecemos um modelo explicativo dessa tendência, revelando como a Constituição “contém o germe do seu próprio crescimento.”

1) CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: PASSADO E PRESENTE

Em trabalhos anteriores, logramos desenvolver uma Metodologia de Análise Constitucional capaz de distinguir, no interior dos textos constitucionais, dispositivos fundamentais (denominados *polity*) de dispositivos veiculadores de políticas públicas (denominados *policy*). O modelo teórico que permitiu estabelecer essa distinção entre *polity* e *policy* partiu da rejeição ao argumento formalista de que tudo o que está na Constituição deve ser considerado constitucional. Adotado esse ponto de partida, nosso desafio passou a ser o de elaborar critérios que nos permitissem distinguir princípios constitucionais fundamentais de dispositivos destituídos do caráter de *polity*, mas que por várias razões podem habitar os textos constitucionais. Não cabe reproduzir aqui a discussão teórica que fizemos mais longamente em trabalhos anteriores (Couto & Arantes, 2006, 2003), mas vale dizer que partimos de uma definição de *polity* democrática como aquela que contém pelo menos quatro ordens de fatores ou pilares. Em primeiro lugar, a *polity* democrática requer a existência de um *Estado* e de uma *nação*. Nesse plano, cabe a uma Constituição definir a estrutura básica do Estado e os contornos da nação (incluindo as subdivisões regionais, étnicas, culturais ou outras, quando houver), seu território e o regime político a ser adotado. Em segundo lugar, a *polity* democrática requer e opera por meio de direitos individuais fundamentais, que conformam a cidadania e estabelecem os termos básicos da relação entre o Estado e a sociedade. Nesse plano, cabe a uma Constituição definir os direitos de liberdade, por meio dos quais indivíduos se protegem reciprocamente e perante o próprio Estado, e os direitos de participação po-

² Ver, por exemplo, Comparato (2001) e Mello (2001).

lítica, por meio dos quais os indivíduos podem influir nas ações do Estado e nos destinos da própria sociedade. Em terceiro lugar, a *polity* democrática requer um conjunto de regras de funcionamento, tendo em vista os diversos tipos de operação que têm lugar em seu interior: eleições para escolha dos governantes e outras formas de preenchimento dos cargos públicos, relações entre órgãos e níveis de governo, normas de funcionamento da burocracia e regras para os processos decisórios (administrativos, legislativos e judiciais). Nesse plano, cabe a uma Constituição definir os procedimentos por meio dos quais esses processos todos devem se dar. Por fim, a *polity* democrática requer um mínimo de igualdade social como forma de assegurar a adesão de todos ao pacto democrático, constituindo aquilo que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito. Nesse plano, cabe a uma Constituição não apenas assegurar os direitos individuais de liberdade e de participação política mencionados acima, mas também direitos materiais de bem estar social. Enquanto as três primeiras ordens de fatores remontam ao constitucionalismo liberal-democrático dos séculos XVIII e XIX, a quarta e última é representativa dos textos constitucionais mais recentes, produzidos sob a égide dos Estados sociais no século XX. Em resumo, é de se esperar que a constituição formal de uma *polity* democrática contenha hoje 1) Definições de Estado e Nação; 2) Direitos individuais de liberdade e de participação política; 3) Regras do jogo e 4) Direitos materiais orientados para o bem-estar e a igualdade.

Em nosso modelo, cláusulas constitucionais que não expressam nenhum desses quatro elementos da *polity* dizem respeito, na verdade, a um plano normativo que podemos denominar como *governamental*, em vez de *constitucional*. Na sua maioria, essas cláusulas se caracterizam mais propriamente como dispositivos de políticas públicas (que por alguma razão deixaram o plano governamental e foram habitar a constituição) do que como dispositivos constitucionais. Por consequência, a definição de tais políticas públicas deixa de ser prerrogativa dos governantes, pois elas ficam “congeladas” no marco constitucional. Somente com maior esforço decisório (aquele

exigido por mudanças constitucionais) tais *polícies* constitucionalizadas podem ser modificadas.³ A constitucionalização de políticas públicas tem sérias consequências, portanto, para o funcionamento da *Polity* democrática e não é fácil entender as razões desse fenômeno. Uma hipótese plausível que desenvolveremos neste texto é que constituições elaboradas em contextos institucionais democráticos ou que visam a inaugurar democracias têm mais propensão à constitucionalização de políticas públicas do que textos elaborados em contextos autoritários ou que visam a institucionalizar o autoritarismo. Se processos constituintes mais democráticos levam a esse resultado porque suas lideranças estão preocupadas em assegurar o melhor futuro possível para a sociedade e o país é uma questão, digamos, empírica, mas o fato é que fazendo desse modo elas impõem custos altos de mudança do *status quo* às lideranças futuras (voltaremos a este ponto na última seção).

Expostos os termos básicos de nosso modelo, voltemos nossa atenção para as constituições brasileiras. Nossa errática história constitucional está diretamente associada às reviravoltas políticas e às mudanças de regime que se sucederam desde a Independência do país até hoje. Embora a cronologia de nossas constituições seja bastante conhecida, vale a pena reproduzi-la, bem como seus respectivos títulos (em si sugestivos dos marcos principais do regime político que cada uma delas visava instituir), formas de edição e principais características do texto e da conjuntura que marcou sua elaboração (ver quadro 1).

³ Em nosso modelo, utilizamos outros dois critérios adicionais para classificar dispositivos constitucionais como *Polícies*: especificidade e controvérsia. Foram classificados como *polícies* aquelas dispositivos com redação tão específica que contradizem a “generalidade” que deve caracterizar normas constitucionais; tais dispositivos, na maioria das vezes, estão presentes no texto constitucional como desdobramentos de princípios maiores e adequadamente genéricos, que permaneceriam tão válidos quanto na ausência dessas especificações. Por meio do segundo critério, miramos os dispositivos que encerram objetos típicos da controvérsia político-partidária cotidiana, dizendo respeito mais a uma agenda governamental e menos à estrutura constitucional da *polity*.

Quadro 1: Constituições brasileiras.

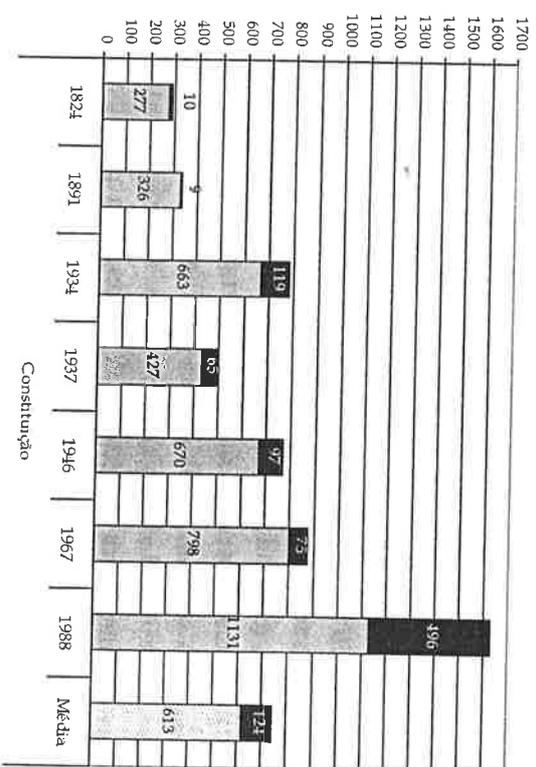
| Ano | Título | Forma de edição | Demandas conjunturais mais relevantes | Características do regime que inicia |
|------|--|---|--|---|
| 1824 | Constituição Política do Império do Brasil | Outorgada pelo Imperador | Independência e organização do Estado e da Nação | Monárquico hereditário, constitucional e representativo |
| 1891 | Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil | Promulgada pelo Congresso Constituinte | Federalismo e república | República, liberal-oligárquico, federativo e constitucional |
| 1934 | Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil | Promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte | Reforma anti-oligárquica, direitos sociais e federalismo | Liberal-democrático e com representação funcional |
| 1937 | Constituição dos Estados Unidos do Brasil | Outorgada pelo Presidente | Nacionalismo, Anticomunismo, State-building e direitos sociais | Autoritário e corporativista |
| 1946 | Constituição dos Estados Unidos do Brasil | Promulgada pela Assembleia Constituinte | Democracia, pluralismo e federalismo | Liberal-democrático e constitucional |
| 1967 | Constituição do Brasil | Elaborada pela Presidência da República e aprovada, sem modificações, pelo Congresso Nacional | Segurança Nacional e State-building | Autoritário militar |
| 1988 | Constituição da República Federativa do Brasil | Promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte | Democracia, direitos civis, sociais, descentralização política e desenvolvimento econômico | Democrático-social e constitucional |

Com base na Metodologia de Análise Constitucional por nós desenvolvida, construímos um banco de dados para o conjunto das sete constituições brasileiras, cujos artigos e seus subitens, uma vez decompostos, resultaram num total de 5.163 dispositivos constitucionais. Eles foram analisados e classificados em um.⁴

O gráfico 1 apresenta o perfil geral das constituições brasileiras, classificadas com base no modelo que nos permite distinguir dispositivos de *polity* e de *policy*.

⁴ Para o trabalho de análise e classificação das Constituições anteriores a 1988, contamos com a decisiva colaboração da bolsista de Iniciação Científica Bruna S. Angotti B. de Andrade, a quem agradecemos publicamente.

Gráfico 1: *Polity* e *policy* nas Constituições brasileiras



Fonte: Projeto dos autores, “Constitucionalismo e democracia em perspectiva histórica”.

Em linhas gerais, as duas primeiras cartas brasileiras (1824 e 1891) obedeceram de fato ao figurino do século XIX: enxutas e com pouquíssimos dispositivos veiculadores de políticas públicas. Ambas se concentraram majoritariamente nas *regras do jogo* político, isoladamente ou em associação com as definições de *Estado e Nação* (a primeira, de 1824, estabeleceu o regime monárquico hereditário, constitucional e representativo, e a segunda, de 1891, estabeleceu a república federativa e constitucional). Somadas, essas duas ordens de fatores da *Polity* foram responsáveis por quase 80% da carta de 1824 e cerca de 85% da carta de 1891. Em 1824, a preocupação em constitucionalizar “regras do jogo” foi responsável por um bom número de dispositivos relacionados aos poderes de Estado (dentre os quais o Poder Moderador), à Família Imperial e sua dotação, a critérios de sucessão do Império, à Regência e a estruturas do governo central tais como o Ministério e o Conselho de Estado. Em 1891, as “regras do jogo” e as definições de Estado e Nação permaneceram relacionadas aos poderes de Estado – desta feita com forte inspiração

na tripartição de poderes americana – mas os aspectos monárquicos cederam espaço no texto para a regulação da recém inaugurada Federação. Apesar de baseadas em formas muito distintas de organização do poder – uma monárquica e unitária, outra republicana e federativa – ambas coincidiam na proporção de *direitos individuais fundamentais*: 8,3%. Como cartas típicas do constitucionalismo minimalista do século XIX, a constituição de 1824 enunciava apenas três direitos materiais⁵ e a de 1891, ainda mais enxuta, simplesmente os ignorou, reduzindo esse número a zero.⁶

As cartas do século XX não só cresceram em tamanho como passaram a ser mais detalhistas e a incorporar *polícies* em maior quantidade. Guardadas algumas diferenças importantes, as cartas liberal-democráticas de 1934 e 1946 apresentam perfis bastante semelhantes. Em primeiro lugar, ambas apresentam o dobro de tamanho em relação às cartas editadas no século XIX, refletindo a maior complexidade da organização política brasileira, a maior centralidade do Estado na vida social e econômica do país e os ventos do constitucionalismo mais substantivo e dirigente que já sofravam nos anos 1930. Quanto a este último aspecto, vale destacar que a constituição de 1934 ampliou de zero para 16 o número de dispositivos relativos a *direitos materiais* (em comparação com a de 1891) e a de 1946 constitucionalizou 20 dispositivos desse tipo de *polity*. Mas o desafio principal das conjunturas de 1934 e 1946 era sobretudo político, de reorganização do Estado e das instituições políticas. Após as revoluções de 1930 e 1932, coube à Constituição de 1934 retomar o arranjo federativo ameaçado pelo governo provisório de Vargas, bem como dar continência à agenda de reformas e de *state-building* iniciada no começo da década. Não por outra razão, essa constituição continha 21 dispositivos “puros” de Estado e

⁵ Seu título 8º, destinado a estabelecer direitos dos cidadãos, garantiu no art. 179 “os socorros públicos” (XXXI), instrução primária gratuita (XXXII) e “co-belas, letras e artes (XXXIII)”.

⁶ A seção II do título IV da Constituição de 1891 é pródiga em direitos, mas exclusivamente individuais, civis e de liberdade. Dela não consta nenhum direito

Nação, 322 dispositivos “puros” de regras do jogo e 217 dispositivos nos quais esses dois tipos de *polity* estavam associados. A carta de 1946, que restabeleceu o regime liberal-democrático após o período do Estado Novo (1937-1945), continha 31 dispositivos “puros” de Estado e Nação, 382 dispositivos “puros” de regras do jogo e 133 dispositivos nos quais esses dois tipos de *polity* estavam associados. Aprofundando um pouco mais a comparação entre essas duas cartas, deve-se destacar que a de 1934 lançou mão de dispositivos “duplos” (Estado e Nação + regras do jogo) em maior proporção do que a de 1946, num claro reflexo de que o processo de 1934 expressou a *reconstrução do Estado* em seu núcleo mais duro, enquanto a de 1946 cumpriu principalmente o papel de liberalização do regime autoritário precedente, dispensando maior atenção às *regras do jogo*. Guardadas as devidas proporções, podemos afirmar que a Constituição de 1934 está para a de 1824 assim como a de 1946 está para a de 1891: no (re)estabelecimento da *polity* constitucional, as duas primeiras incidiram mais fortemente sobre a dimensão *Estado e Nação*, enquanto as duas últimas incidiram mais fortemente nas *regras do jogo* do sistema político representativo.

O Golpe que em 10 de novembro de 1937 inaugurou o Estado Novo substituiu no mesmo ato a Carta de 1934 por uma nova, elaborada a pedido de Getúlio Vargas. Bem menor que a constituição anterior, a Carta de 1937 foi outorgada por Vargas com 427 dispositivos de *polity*. Como se poderia esperar, a diminuição do número de dispositivos, em comparação com 1934, ocorreu principalmente na dimensão das *regras do jogo* (de 322 para 212) e em menor medida nos *direitos individuais fundamentais* (de 21 para 19), ao passo que os *direitos materiais* conheceram ligeiro aumento (de 16 para 18). Essa redução da dimensão referente às regras do jogo parece indicar que a estratégia de mando da ditadura varguista foi a da desconstitucionalização do exercício do poder, facultando ao Executivo federal uma maior liberdade de ação, seja em relação aos demais poderes, seja em relação às demais instâncias da Federação. A rigor, há quem afirme que o texto sequer chegou a adquirir vigência, por conta do estabelecido em suas disposições finais, pois o texto estabelecia que

a Carta de 1937 só entraria em vigor após a realização de um plebiscito, mas Vargas nunca o convocou.

Trinta anos depois da Constituição de 1937, o país conheceria novo marco constitucional de tipo autoritário, dessa vez instaurado contra o regime liberal-democrático da Constituição de 1946, golpeado em 1964. Todavia, a Constituição imposta pelo Regime Militar em 1967 não apresentava perfil semelhante à do Estado Novo. Na verdade, é surpreendente que a Carta de 1967 tenha tido quase a mesma quantidade de dispositivos da Carta de 1946, em três das quatro dimensões da *polity*. A Constituição de 1967 apresentou 32 dispositivos relativos a *Estado e Nação*, enquanto a de 1946 continha 31; ambas apresentaram 34 dispositivos relativos a *direitos individuais fundamentais* e a de 1967 ampliou, ainda que em apenas 3 dispositivos, o número de *direitos materiais* já presentes na de 1946 (de 20 para 23). De modo um tanto surpreendente, a grande mudança ocorreu na dimensão das *regras do jogo*, que passou de 382 (em 1946) para 524 dispositivos (em 1967). Em outras palavras, a *polity* militar-autoritária tornou-se 37% mais “regulada” do que a *polity* democrática do regime precedente. Uma hipótese plausível pode ser aqui invocada: sabe-se que o governo militar instaurado em março de 1964 não suprimiu imediatamente a Constituição de 1946 e preferiu a estratégia gradualista de “arrochar” aos poucos o marco constitucional, por meio de emendas ao texto vigente, na forma dos famigerados Atos Institucionais. O exame destes Atos permite notar que, ao lado da suspensão de direitos e garantias individuais e políticas, eles tratavam majoritariamente de mudanças nas “regras do jogo” político, com vistas a aumentar o poder de controle dos militares sobre a elite e o sistema políticos nos três níveis da federação. Os resultados de nosso levantamento parecem confirmar a intenção do grupo castelista de “institucionalizar a revolução”, isto é, de criar um regime político de tipo representativo, mas expurgado do “bolso comunista”, da corrupção e, digamos, dos “distúrbios” provenientes dos “excessos” de competição e participação políticas. Nesse sentido, a Carta de 1967 não altera profundamente os marcos constitucionais formais do país, mas trata de introduzir um novo conjunto de

“regras do jogo”, por meio das quais os militares poderiam exercer maior controle sobre os demais poderes e sobre as instâncias da federação. Noutras palavras, se a estratégia de mando da ditadura varguista foi a de desinstitucionalizar o exercício do poder para conduzi-lo de modo pessoal, no caso dos militares deu-se a tentativa inversa, de revestir um regime autoritário com formas jurídicas e aparentemente representativas, numa surpreendente (e por vezes inócua, em se tratando de uma ditadura) regulamentação dos processos de competição política e exercício das funções governamentais. A Constituição de 1967 consolidava o conjunto de mudanças anteriores operadas nessa dimensão pelos Atos Institucionais, mas não foi além deles (pelo menos até o recrudescimento autoritário de 1969), tendo em vista o projeto um tanto esquizofrênico pelo qual “a revolução vitoriosa necessita de se [sic] institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização, a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe”⁷.

Analisamos brevemente até aqui as características dos dispositivos de *polity* instituídos pelas constituições brasileiras anteriores a 1988. Voltando agora à comparação entre *Polity* e *Polity* nos textos constitucionais, e tendo em vista a hipótese inicialmente formulada sobre a maior propensão de constituintes democráticas a constitucionalizarem *polities* em maior intensidade do que cartas impostas autocraticamente, uma das relações mais importantes deste estudo está representada na tabela 1: *somados, os dispositivos constitucionais elaborados e promulgados por Assembléias ou Congressos Constituintes encerram mais polities do que o conjunto dos outorgados ou impostos pelo Executivo*. Enquanto, no conjunto dos dispositivos promulgados, tem-se uma média de 20,5% de *polities* constitucionalizadas, no conjunto dos dispositivos outorgados essa média não ultrapassa 10%. Teste estatístico básico indicou forte correlação entre essas variáveis e a *rejeição* de que cartas democráticas e cartas autoritárias instituem em proporções iguais dispositivos de *polity* e dispositivos de *polity*.

⁷ Preâmbulo do Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964.

Tabela 1: *Policy* ou *policy* por tipo de Constituição (promulgada ou outorgada).

| | Promulgada ou outorgada? | | Total |
|---|---|-------------------------------------|-------|
| | Promulgada por Assembleia ou Congresso Constituinte | Outorgada ou imposta pelo Executivo | |
| <i>Policy</i> ou <i>policy</i> ¹ | 2.790 | 1.502 | 4.292 |
| <i>Policy</i> ² | 721 | 150 | 871 |
| Total | 3.511 | 1.652 | 5.163 |

Aprofundando um pouco mais a nossa hipótese explicativa, este resultado pode ser tomado como decorrência da própria estrutura do processo de elaboração e deliberação do texto constitucional. Cartas elaboradas de modo “multilateral” (Pozas-Loyo, 2005)⁸ e votadas pelo Legislativo – tais como as de 1891, 1934, 1946 e 1988 – representam processos mais complexos de formulação e deliberação e estiveram mais sujeitas às intervenções dos atores políticos diversos. Nesse cenário, é plausível esperar que a negociação leve a processos de *logrolling*: o grupo X apóia o grupo Y no interesse deste, e este retribui adiante com o apoio a propostas de interesse do grupo X. O resultado é que a constituição tende a apresentar uma boa margem de dispositivos que mais se assemelham a retalhos sobrepostos, resultantes desse jogo entre os atores. Diferentemente dessa situação, a elaboração “unilateral” de textos constitucionais e sua outorga por parte do Executivo (tais como os de 1824, 1937 e 1967) diminuem drasticamente, senão anulam por completo, as possibilidades de negociação entre atores e de inclusão de interesses mais específicos na carta.

⁸ Pozas-Loyo distingue dois tipos básicos de constituições: unilaterais (UC) e multilaterais (MC). As primeiras são aquelas instituídas por atores políticos que são os únicos *veto players* (Tsebelis, 1997) num determinado contexto político, ao passo que as segundas são aquelas negociadas por diversos atores. As constituições unilaterais podem ser instituídas tanto por regimes facciosos (em que apenas um grupo controla o poder decisório constitucional circunstancialmente, mas constitucionalis), como em regimes autocráticos – em que apenas um grupo controla o poder por meio da violência ostensiva. Neste último caso, são quatro as possíveis finalidades de um texto constitucional: (a) declaratória; (b) administrativa; (c) legitimadora e (d) repressiva.

Outro fator a ser considerado na explicação desse resultado diz respeito à própria natureza do processo político em curso no momento da edição do texto constitucional: se autoritário ou democrático. Cartas que resultam de atos autoritários ou visam a inaugurar regimes desse tipo não têm como escopo principal reduzir incertezas futuras por meio da constitucionalização de dispositivos no presente. Como regimes autoritários não se consideram limitados em poder, aparentam ter menos necessidade de prever e regular mais detalhadamente o futuro por meio de cartas constitucionais. Habitados ao arbítrio, consideram-se poderosos o suficiente para enfrentar as dificuldades na medida em que surgirem, não havendo porque se antecipar a elas. Cartas que resultam de processos democráticos ou que visam instalá-los têm de lidar mais detidamente com o problema da incerteza futura (Knight, 2001). Nessas circunstâncias, constituições podem succumbir à pressão dos atores que, por oportunismo ou receio do futuro incerto, atuam para inscrever seus interesses no marco constitucional, afastando o risco de resultados indesejáveis quando do jogo democrático futuro. Um dos paradoxos da relação entre constitucionalismo e democracia reside justamente nesse ponto: a antecipação de resultados e, porque não dizer, de políticas públicas governamentais, por meio do texto constitucional, diminui a margem de manobra de maiorias políticas futuras, comprometendo o próprio *desideratum* democrático (Holmes, 1988).

A análise precedente vale, todavia, para os dispositivos constitucionais promulgados e outorgados, tomados em conjunto. Um exame estatístico das respectivas cartas constitucionais tomadas separadamente revela, entretanto, que a associação entre essas variáveis – *Promulgação/outorga e policy/policy* – ocorre pelo desmesurado peso da Constituição de 1988 no conjunto dos dispositivos. Numa análise de resíduos ajustados por célula, é ela quem “puxa” a associação entre “ *promulgação* ” e existência de *policies* no texto, numa proporção muito superior às demais cartas brasileiras. Este resultado atesta que a Constituição de 1988 não apenas é a maior de todos os tempos, como acolheu uma quantidade extraordinária de políti-

cas públicas, que totalizam praticamente 30% do texto constitucional.⁹ Resta-nos buscar as prováveis razões desse resultado, na próxima seção.

II) O PROCESSO CONSTITUINTE E O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL DE 1988: DESCENTRALIZAÇÃO DECISÓRIA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Em termos comparativos, os dispositivos de *polity* na Constituição brasileira de 1988 são mais numerosos do que as cartas anteriores em todas as quatro dimensões principais: comparada à liberal-democrática de 1946, a carta da Nova República apresenta mais do que o dobro de dispositivos definidores de *Estado e Nação* (74 frente a 31), quase o triplo de dispositivos atinentes a *direitos individuais fundamentais* (92 frente a 34), dois terços a mais de dispositivos relativos a “*regras do jogo*” (625 frente a 382) e mais do que o triplo de normas referentes a *direitos materiais* (65 frente a 20).

Como explicar tamanhas diferenças? De um lado, as semelhanças envolvendo os contextos políticos de 1946 e de 1988 poderiam nos levar a imaginar cartas constitucionais bastante similares: liberação do regime político e recuperação dos direitos civis e políticos, retomada da tripartição clássica de poderes e restabelecimento do federalismo. No máximo, poderíamos cogitar de uma influência maior em prol de direitos materiais na “Constituição Cidadã” de Ulysses Guimarães, se a compararmos à de 1946, tendo em vista as mudanças sociais, econômicas e políticas por que passou a sociedade brasileira ao longo desses quarenta e dois anos. Como vemos melhor adiante, a Carta de 1988 foi tomada por um excesso de detalhamento e isso poderia explicar igualmente a própria extensão da *polity*. Mas enveredar por este argumento seria correr o risco de

tomar a causa pela consequência: se a constituição é grande porque seus dispositivos são detalhadas, devemos tentar explicar ambas as características e não apenas fazer de uma delas a causa da outra.

Outra hipótese poderia ser invocada: a maior extensão da Constituição atual estaria relacionada a um maior grau de fragmentação partidária da Assembleia Constituinte de 1988, comparada à de 1946. Mas nesse aspecto a coincidência não poderia ser maior: a Câmara dos Deputados, eleita em 1945, era composta de 10 partidos parlamentares, com índice de fragmentação de 0,708 e 2,8 era o número efetivo de partidos; a Câmara dos Deputados eleita em 1986 era composta de 12 partidos parlamentares, mas o índice de fragmentação era de 0,704 e, da mesma forma que em 1946, era de 2,8 o número efetivo de partidos (Santos, 2002).

Se as hipóteses anteriores não fazem sentido, pode-se cogitar que as razões do extraordinário crescimento do texto de 1988, em relação ao de 1946, talvez repousem numa certa “constitucionalização inercial”, uma vez que entre a primeira e a segunda tivemos a carta de 1967, que elevou a 798 dispositivos o patamar de *polity*. A força da inércia dar-se-ia do seguinte modo: assim como a Constituição de 1967 forjou-se sobre o terreno razoavelmente constitucionalizado de 1946, a de 1988 foi produzida sobre o terreno ainda mais constitucionalizado de 1967-69. Nesse sentido, entendemos por “constitucionalização inercial” um processo por meio do qual as constituições não marcadas por rupturas institucionais profundas nem produzidas por assembleias constituintes exclusivas¹⁰ são influenciadas decisivamente pela normatividade constitucional precedente, pois acabam por tomá-la como parâmetro inicial dos trabalhos de elaboração do novo texto e não começam da estaca zero como sói acontecer em situações de ruptura. Já demonstramos como a Carta de 1967 veio

⁹ Vale destacar que não foram contabilizados os dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que encerra um bom número de *polities*, pela especificidade de seus artigos, voltados à transição de um regime constitucional a outro.

¹⁰ Quando são exclusivas, as assembleias constituintes não se submetem à normatividade precedente, gozando assim de maior liberdade para produzir o ordenamento desejado por seus membros. Não sendo exclusivas, um congresso constituinte, por exemplo, elas permanecem sujeitas à normatividade existente e elaboram o novo ordenamento restringidas por ela. Por isso aumentam as chances, nesse caso, de que a constituição nova seja influenciada de modo inercial pela constituição anterior ou vigente.

para “adaptar” o ordenamento constitucional democrático de 1946 aos desígnios do regime autoritário. Embora com sinais trocados, este parece ter sido também o caso de 1988, que para dar conta do “entulho autoritário” da *polity* anterior (798 dispositivos) fez uso de um volume de *polity* democrática 40% maior para soterrá-lo (1.131 dispositivos). Quanto a este ponto, é fundamental lembrarmos que a tese de uma Assembleia Constituinte *exclusiva* e, portanto, com maior potencial de ruptura, foi derrotada quando da convocação, em 1985. E o mais importante: ao elaborar seu regimento interno, ficou decidido, depois do embate entre progressistas e conservadores, que haveria uma distinção clara entre o Legislativo congressional e o Legislativo constituinte. O primeiro funcionaria sob a égide da normalidade constitucional existente (o texto reformado de 1967) e só poderia alterá-la mediante maioria qualificada de 2/3 nas duas casas legislativas. Já o segundo poderia tomar decisões *constituintes* a partir de maioria absoluta, mas apenas para produzir a ordem constitucional vindoura. Parece razoável afirmar que tal solução, com o propósito de evitar que o Congresso se mobilizasse em torno de rupturas institucionais imediatas, tenha transferido todo o empreendimento de reforma da *polity* para a sua instância propriamente constituinte. O Congresso Constituinte passou então a trabalhar pela nova ordem constitucional em sentido global, vendo-se limitado em sua capacidade de alterar o marco constitucional de 1967/69 de forma pontual ou localizada. De certo modo, o futuro e o passado constitucionais não poderiam se tocar por meio de um Congresso Constituinte do presente. Estes dois mundos permaneceram razoavelmente separados e projetar o futuro exigiria um *quorum* de aprovação menor do que o requerido para mexer no passado. Com isso, boa parte da reforma do “entulho autoritário” que poderia ter sido feita antes da nova Constituição, deixando o caminho livre para a elaboração de um texto mais simples e conciso, transferiu-se de fato como tarefa para a Constituinte, desaguando sobre o texto da nova Carta. Não por outra razão, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, especialmente dedicado a essa transição de ordenamentos constitucionais, chegou a 70 artigos, ou 228 dispositivos.

Entretanto, a tese da “constitucionalização inercial” é capaz de explicar apenas parte do crescimento representado pela Constituição de 1988, na média muito superior ao crescimento ocorrido entre as constituições de 1937, 1946 e 1967-69, especialmente no que diz respeito ao número de *polícias* constitucionalizadas. Embora o capítulo “Constituinte 1987-88” da história política brasileira ainda reste por ser escrito – dada a escassez de estudos sistemáticos sobre essa experiência – é possível afirmar que o desenho institucional que presidiu os trabalhos constituintes, associado ao contexto histórico de grande mobilização e eferescência políticas, numa sociedade bastante modificada e modernizada (se comparada à que presenciou a Constituinte de 1946), são os principais responsáveis por aquele resultado.

Descentralização decisória e fragmentação parlamentar na Constituinte

A convocação de uma Assembleia Constituinte ganhou força no contexto marcado pelo fracasso da campanha das *Diretas-Já* em 1984 (quando a emenda constitucional que restabelecia eleições diretas para presidente da República fora derrotada no Congresso Nacional) e da eleição indireta de Tancredo Neves pelo Colégio Eleitoral. Em sua campanha pela conquista da presidência, Tancredo havia prometido e destacado que a transição democrática deveria ser consumada com a realização de uma Assembleia Constituinte e a elaboração de uma nova Constituição. De certo modo, como aponta Martinez-Lara (1996), essa idéia tinha o objetivo de compensar os efeitos desmobilizadores que a eleição indireta do primeiro presidente civil pós-autoritarismo acabou acarretando e, de fato, ela foi abraçada principalmente pelos setores mais radicalizados da transição democrática e por vários grupos organizados da sociedade civil, especialmente a Ordem dos Advogados do Brasil e a Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros.

Não cabe aqui reconstruir o processo político da transição, mas é importante destacar o significado que a Constituinte acabou assumindo, como forma de passagem do regime autoritário ao regime

democrático. O processo de liberalização e o conjunto de reformas políticas e eleitorais de meados dos anos 1980 haviam obtido sucesso no restabelecimento, mesmo que lento, de eleições competitivas, da liberdade de organização partidária, da expansão do eleitorado com a extensão do direito de voto aos analfabetos, da separação dos poderes com ênfase na recuperação da autonomia do Legislativo e do Judiciário, dentre outros aspectos. Todavia, a imagem do “entulho autoritário” era amplamente invocada para sugerir a necessidade de uma faxina mais ampla e profunda, que simples emendas constitucionais ao ordenamento vigente não seriam capazes de produzir. O quanto essa questão representava algo meramente retórico e o quanto ela foi utilizada como forma de compensação de legitimidade para uma “transição transada” são problemas que a análise política sobre o período ainda não resolveu. Todavia, o fato é que a Constituinte não só mobilizou partidos, governos, burocracias, militares, grupos organizados e diversos setores da sociedade como se desenvolveu sob o signo de uma ampla revisão política da *polity* brasileira, para a qual todos se sentiram convidados a participar e com chances efetivas de influenciar os resultados.

A Constituinte operou de maneira participativa e fortemente descentralizada, especialmente durante a vigência do primeiro Regimento Interno, antes da centralização dos trabalhos instituída pelo segundo Regimento imposto pelo chamado “Centrão”.¹¹ Uma boa descrição do marco institucional que caracterizou o processo constituinte e de sua operação efetiva é feita por Souza & Lamounier (1990, p. 82):

De acordo com as diretrizes legais estabelecidas pela chamada “Emenda Sarney”, os deputados e senadores a serem eleitos em novembro

¹¹ O “Centro Democrático”, mais conhecido como “Centrão”, foi formado em outubro de 1987 por uma coalizão suprapartidária de 152 parlamentares oriundos do PFL, PMDB, PDS, PTB e outros pequenos partidos. Seus propositores alegavam principalmente que o projeto de Constituição resultante da Comissão de Sistematização não representava a opinião da maioria da casa e, por esta razão, propuseram a adoção de um novo Regimento Interno e lograram aprová-lo em janeiro de 1988. Discutiremos melhor essa mudança a seguir. Ver Martínez-Lara (1996) e Gomes (2006).

de 1986 reunir-se-iam unicameralmente, decidindo por maioria simples, como uma verdadeira Assembleia Constituinte. Quando esse novo Congresso iniciou os seus trabalhos, no princípio de 1987, houve tenso debates entre os constituintes a respeito dos poderes de que se achavam investidos e sobre a organização a ser adotada nos trabalhos. Predominou, no final, uma organização fortemente descentralizada: subcomissões e comissões temáticas faziam os estudos iniciais, ouvindo a sociedade e votando relatórios preliminares; encerrada essa fase, uma Comissão de Sistematização de 97 membros (cuja presidência coube também ao Senador Afonso Arinos), encarregar-se-ia de preparar o projeto final a ser votado pelo plenário. O projeto constitucional foi finalmente levado a uma primeira votação em plenário no princípio de 1988. Uma vez que não se formou nenhum bloco monolítico no Congresso, o voto majoritário, na maior parte dos artigos, teve que ser negociado e renegociado vezes sem conta. A segunda e última rodada ocorreu em setembro de 1988, sendo a nova Constituição promulgada a 5 de outubro.

Coelho e Oliveira (1989, p. 20) também chamaram a atenção para a dinâmica extremamente descentralizada que marcou os trabalhos constituintes, destacando a falta de paralelo de processos semelhantes na história constitucional brasileira e mesmo no direito comparado. Segundo esses autores,

a construção do futuro Projeto deu-se de fora para dentro, de partes para o todo. Vinte e quatro subcomissões temáticas recolheram sugestões, realizaram audiências públicas e formularam estudos parciais. Estes foram reunidos em blocos de três a três, através de oito comissões temáticas. Só então a Comissão de Sistematização organizou o primeiro anteprojecto, em 15 de julho de 1987. A partir daí, tem-se uma tramitação formal, com emendas, pareceres e votações. Muitos impasses, negociações, confrontos. Ao todo foram apresentadas durante as várias fases de comissões, Sistematização, primeiro e segundo turnos de plenário 65.809 emendas. Existiram nove projetos, desde o de 15 de julho de 1987 até o último, a redação final, em setembro de 1988.

O PMDB, que saiu das urnas em 1986 como partido majoritário nas duas Casas do Congresso, era na verdade um aglomerado de agrupamentos parlamentares rivais. Impellido pelo sucesso inicial do Plano Cruzado no combate à inflação, o PMDB elegeu quase todos os governadores do país em 1986 (a única exceção foi Sergipe, em

que ganhou seu aliado nacional à época, o PFL) e 53,4% da Câmara e 77,6% do Senado. Ainda assim, devido à suas divisões internas, não operou efetivamente durante a Assembléia Constituinte como um partido minimamente coeso. Em vez disso, dividiu-se em diversos grupos parlamentares, alguns intrapartidários (como o MUP, Movimento da Unidade Progressista), outros suprapartidários, como o “Centrão”, que dava apoio ao presidente José Sarney. O próprio relator da Assembléia Constituinte, senador pelo PMDB Bernardo Cabral, afirmou, como nos relata Gomes (2006), que “o PMDB acaba depois da Constituinte”. Os demais partidos, igualmente, eram incapazes de impor à Constituinte um rumo próprio. Por essas razões, mesmo que não fosse tão grande a fragmentação partidária do Congresso Constituinte que emergiu das eleições de 1986, o fato é que havia uma grande divisão de forças políticas no interior do parlamento, impedindo qualquer uma delas de – sozinha – impor um ritmo ao andamento dos trabalhos e um modelo inicial de projeto de Constituição.

O processo descentralizado, o *quorum* de maioria simples, a ausência de um projeto-base do qual o trabalho dos constituintes pudesse partir¹² e a inexistência de qualquer bancada parlamentar que pudesse atuar como bloco decisivo majoritário coeso e defensor de um projeto próprio constituíram fatores favoráveis à introdução no texto dos mais variados dispositivos, desde que contassem com o apoio substancial de algum grupo de pressão ou bancada parlamentar e não ferissem os interesses de qualquer maioria congressual que pudesse se constituir numa coalizão de veto. Noutros termos, as negociações travadas em torno da elaboração da nova Carta ocorreram sob a égide de um amplo *logrolling*: o apoio de um grupo qualquer a medidas patrocinadas por outro poderia ter como retribuição o apoio a uma medida de seu próprio interesse noutra oportunidade.

A análise de Gomes (2006) sobre o impacto das regras que presidiram o funcionamento da Constituinte revela como o primeiro

¹² Um texto preliminar, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) foi descartado pelo presidente José Sarney. Ver cap. 1 neste volume.

Regimento Interno, que estabeleceu a descentralização dos trabalhos na forma de comissões e subcomissões, acabou levando a um processo de elaboração do novo texto “de baixo para cima”, com baixos graus de articulação horizontal e vertical entre as diferentes partes, mas com boa abertura para a participação de grupos e setores extra parlamentares. Quando as contribuições parciais de cada subcomissão e comissão foram levadas à Comissão de Sistematização, o imbróglho se fez: progressistas demais para a maioria conservadora da Casa, desconexas e contraditórias entre si na visão de outros tantos, as propostas bem que foram reunidas em mais de uma versão global pelo então relator Bernardo Cabral, mas nenhuma delas chegou a obter um consenso mínimo para sua aprovação. Além do efeito produzido pelo formato descentralizado, Gomes (2006) chama a atenção para o fato de as forças mais conservadoras terem estado dispersas no início dos trabalhos constituintes, dando margem a uma sobre-representação das forças progressistas no comando das comissões e na composição majoritária da Comissão de Sistematização. Essa sobre-representação gerou versões globais de projetos de constituição que foram rejeitadas pelas forças conservadoras. A reação tardou mas não fálhou e tais forças se articularam no chamado “Centrão”, cuja primeira medida foi impor um segundo Regimento Interno como forma de abrir espaço a uma reversão da tendência progressista assumida pelo texto proposto pela Comissão de Sistematização. Na prática, diz Gomes (2006), o segundo Regimento teve praticamente o efeito de levar a Constituinte de volta à estaca zero. Não cabe aqui descrever detalhadamente essa mudança regimental e seus desdobramentos sobre os trabalhos constituintes, mas por meio dela o “Centrão” assegurou uma posição estratégica de veto a dispositivos constitucionais indesejáveis. Foi assim que, em plenário, por exemplo, a coalizão derrubou a tentativa de redução do mandato de 5 anos para Sarney, a adoção do parlamentarismo como sistema de governo (nesse caso com ajuda do PT e do PDT), a estabilização do emprego após 90 dias e a desapropriação de terras produtivas para fins de reforma agrária. Todavia, para os fins do presente texto importa destacar o seguinte: as mudanças operadas pela adoção do

segundo Regimento deram ao “Centrão” apenas capacidade de veto, mas não transformaram essa força política em condutora hegemônica do processo de deliberação final do novo texto, com capacidade de modificar por completo a versão resultante da fase descentralizada inicial e de dar-lhe uma forma mais concisa e menos detalhista. Não só o Centrão viria a conhecer diversas derrotas em plenário, como as mudanças pontuais que logrou obter não foram capazes de reduzir significativamente a extensão e o grau de detalhamento do texto oriundo da primeira fase dos trabalhos constituintes.

A explicação anterior nos ajuda a entender porque a inflexão representada pelo surgimento do Centrão não foi capaz de “enxugar” a versão da Carta finalmente aprovada, mas é necessário reforçar a explicação sobre os motivos que a levaram a assumir uma forma tão extensa, detalhada e carregada de políticas públicas. Além do formato institucional já descrito acima, cremos que a forma como os atos lidaram com o problema da incerteza futura afetou igualmente o processo de elaboração do novo texto constitucional. Mais precisamente, como propõe Knight (2001), quando nenhum grupo detém a hegemonia do processo constituinte e quando não há perspectiva por parte de nenhum deles de vir a predominar como maioria no futuro, controlando especialmente os poderes Legislativo e Judiciário, a tendência provocada pela incerteza sobre o futuro é que constituições assumam 1) perfil detalhista, 2) que sejam mais difíceis de mudar por meio de processos de emendamento e 3) que a revisão judicial da constitucionalidade das leis pelos tribunais tenha escopo amplo e seja acessível a um bom número de atores capazes de provocar o Judiciário a desempenhar esse papel. Nenhum caso dentre os examinados por Knight é tão exemplar desse modelo como o brasileiro. Na ausência de uma força hegemônica e diante de um cenário político incerto no futuro, os diferentes grupos e coalizões se encarregaram de inscrever na Constituição o maior e mais detalhado número de dispositivos possível, estabeleceram a maioria qualificada de 3/5 em dois turnos e nas duas casas legislativas para aprovação de emendas constitucionais (um grau médio de exigência, nem baixo nem excessivamente alto, se comparado a outros países) e instituíram um dos

sistemas mais amplos e descentralizados de controle constitucional do mundo, responsável hoje por milhões de processos na justiça comum e milhares de ações diretas de inconstitucionalidade em um só tribunal, o Supremo Tribunal Federal (Arantes, 1997, 2007). E não satisfeitos com um amplo sistema de *control* de atos normativos e leis inconstitucionais, os constituintes ainda criaram dois mecanismos judiciais de *enforcement* de dispositivos constitucionais, tentando problemas futuros de efetivação concreta da Constituição: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o “mandado de injunção”.

Em suma, pode-se afirmar que foram cinco as causas políticas e institucionais que tornaram a Carta de 1988 uma constituição protetora, dirigente e prolixa. Em primeiro lugar, a constitucionalização inercial; em segundo lugar, o caráter descentralizado do marco institucional que presidiu inicialmente a elaboração da Carta, cujos efeitos não foram completamente revertidos pela emergência do “Centrão” e das mudanças regimentais da segunda fase; em terceiro lugar, a fragmentação parlamentar e os processos de *logrolling* praticados desde as subcomissões; em quarto lugar, a estratégia assumida pelos diversos grupos e segmentos de “antecipação de ganhos futuros”, frente à incerteza sobre quem comporia a maioria política no pós-Constituinte; e, finalmente, em quinto lugar, a razoável abertura dos trabalhos constituintes à presença de grupos e lobbies organizados dos mais diferentes setores, que exerceram grande pressão sobre os parlamentares, seja em torno de interesses específicos, seja devido à expectativa de que a nova Carta deveria reparar a imensa dívida social e política deixada pelo regime autoritário militar.¹³

¹³ Poder-se-ia ainda acrescentar, como uma causa do caráter dirigente da Constituição de 1988, a influência do pensamento constitucional do jurista luso José Joaquim Gomes Canotilho (1994), defensor de um “constitucionalismo dirigente”, que teria tido na Carta portuguesa de 1976 o seu primeiro experimento prático. Todavia, mais do que uma causa política, tínhamos aí um elemento mais adequadamente classificável como de cultura jurídica. Vale notar que nossa pesquisa comparativa sobre textos constitucionais revelou que a Constituição brasileira é bem mais “dirigente” que a sua prima lusitana, caso megamos o número de dispositivos relativos a políticas públicas presentes em ambas.

III) A CONSTITUIÇÃO EM MOVIMENTO: REFORMA E CRESCIMENTO CONTÍNUO

Ao ser finalizada, a Constituição de 1988 estabeleceu, em diversos de seus dispositivos, uma agenda futura a ser encaminhada pelos legisladores e governos no pós-constituinte. Ela dizia respeito, primeiramente, a uma série de mecanismos transicionais da velha para a nova ordem, enunciados no *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (ADCT). Como exemplos podemos mencionar, dentre muitos outros dispositivos, o artigo 4º, que assegurava o mandato do presidente da República e a irredutibilidade das bancadas estaduais na Câmara dos Deputados; o artigo 2º, que agendava um plebiscito sobre forma e sistema de governo para 1993; e, em especial, o artigo 3º, que vale a pena citar: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Imitando sua congêneres portuguesa, a Carta brasileira nascia prevendo a necessidade de ser revista. Só que, em vez de uma revisão periódica quinquenal, a nossa Constituição previa uma única revisão, com *quorum* reduzido – se comparado ao ordinariamente requerido para seu emendamento. Isto mostra que o ADCT contemplava não apenas normas puramente transicionais, típicas de um momento de mudança de ordenamentos jurídicos, mas também normas que possibilitavam rever num curto espaço de tempo algumas das decisões que deveriam – em princípio – fazer parte da nova ordem. Tal fato pode ser visto tanto como um sinal de cautela dos constituintes, que permitiram a seus sucessores promover ajustes nas eventuais imperfeições¹⁴ que o processo de formulação constitucional deixara, quanto como um indicativo de que alguns dos insatisfeitos e derrotados no processo constituinte seriam compensados

¹⁴ Sanford Levinson (1995) considera que os textos constitucionais sempre contêm imperfeições, de modo que o processo de emendamento constitucional (e outras formas de mudança das normas constitucionais, como a revisão judicial), são na realidade meios para “responder à imperfeição”, corrigindo-a.

com o direito a uma “segunda chance” – seja para tentar emplacar suas propostas, seja para derrotar propostas contra as quais haviam se colocado em 1988. No que diz respeito a este particular, talvez nenhum dispositivo seja tão evidente como o supramencionado artigo 2º: derrotados na Constituinte, os defensores do parlamentarismo lograram agendar uma consulta popular para cinco anos após sua promulgação, quase que coincidindo com a revisão constitucional.

Os detratores da Carta, por sua vez, identificavam na revisão constitucional programada uma confissão de culpa dos constituintes: o texto era tão problemático que precisaria ser revisto brevemente. Curiosamente, a revisão apresentou resultados bastante modestos: apenas 6 emendas constitucionais de revisão (ECRs) foram aprovadas e, dentre elas, apenas duas merecem destaque: a ECR nº 1 – que criou o Fundo Social de Emergência (FSE), flexibilizando a gestão fiscal do governo federal durante dois anos –, e a ECR nº 5 – que reduziu o mandato presidencial de 5 para 4 anos; ambas são claros exemplos de vitória tardia de derrotados na Constituinte. No caso da ECR nº 1, se a Constituição engessou os gastos públicos, criando vinculações orçamentárias e transferências obrigatórias, o FSE derogou parcial e temporariamente essas normas – sendo reeditado sucessivamente ao longo dos 15 anos que se seguiram, por diferentes governos, que o recriaram com novos nomes, mais sinceros quanto aos propósitos da medida – Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), Desvinculação de Receitas da União (DRU). Já no caso da ECR nº 5, foram aqueles que se opuseram aos 5 anos de mandato presidencial que obtiveram vitória tardia.

A ECR nº 1, todavia, ilustra de forma mais emblemática a agenda aberta pela promulgação da nova Carta, em outubro de 1988. Primeiramente porque, assim como muitas emendas constitucionais posteriores, ela incidiu principalmente sobre o ADCT; em segundo lugar porque ela altera *policy*, e não *polity*, na quase totalidade dos dispositivos que a compõem. Estes dois aspectos, aliás, estão relacionados. Justamente por dizer respeito a políticas públicas, cujo teor e oportunidade mudam de acordo com a conjuntura e o governo do dia, uma emenda que altera a forma como o Executivo Federal

disporá dos recursos arrecadados é inscrita no ADCT, pois se sabe que ela está sendo adotada para vigorar apenas durante algum tempo. É claro que seria possível que mudanças na forma de gastos do governo, para ficarmos neste exemplo, poderiam ser inscritas de forma “permanente” na parte “não transitória” da Carta. Mas falta consenso para tanto, como sói ser em se tratando de políticas governamentais.

Mas se a revisão constitucional não logrou promover alterações profundas e profundas da Constituição de 1988, os governos posteriores se encarregaram disto, sobretudo a partir do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso. Antes desse governo, um total de 10 emendas havia sido aprovado – 4 pelo rito ordinário e 6 por meio do processo de revisão, em 1993. Durante os anos FHC, outras 35 emendas foram aprovadas. E durante o governo Lula, mais 17 emendas até o final de 2007 – quando, aliás, o FSE foi mais uma vez recriado, sob o nome de DRU. Ao todo são 62 emendas constitucionais em 19 anos – uma média de 3,3 emendas por ano. Delas, apenas 22 originaram-se de iniciativas do Poder Executivo, embora a maioria tenha contado com seu apoio para que se convertessem em norma jurídica.

Desse modo, pode-se afirmar que uma das principais agendas fixadas pela Carta de 1988 foi a da sua própria modificação permanentemente. As razões para isto são basicamente duas. Em primeiro lugar, a Carta contém muitas políticas públicas, nos termos aqui definidos e, portanto, “pede” para ser emendada, pois seus dispositivos colidem com a agenda normal dos governos, relativa a temas que nada têm de propriamente constitucionais. Em segundo lugar, o grau de exigência para aprovação de emendas à Constituição brasileira pode ser considerado, em termos comparativos, de nível médio. A obtenção de três quintos dos votos, nas duas Casas do Congresso, em duas votações, garante rigidez mínima à Constituição, mas pode ser considerado um procedimento relativamente simples quando comparado aos adotados em diversos outros países.¹⁵ Assim, se por um lado uma Cons-

tituição extensa, detalhada e carregada de políticas públicas aumenta os custos das políticas governamentais – pois obriga os sucessivos governos a terem de legislar no marco constitucional para tocar adiante políticas ordinárias –, por outro lado o grau de exigência para o emendamento da Carta brasileira não é tão elevado. Uma vez superada a fragmentação partidária e construída a coalizão parlamentar de 3/5, é possível governar por meio de mudanças constitucionais.

Ao estabelecer um padrão constitucional que obriga à sua revisão permanente, a Constituição de 1988 gerou um fenômeno curioso: no período de sua vigência foram aprovadas emendas constitucionais em número quase igual ao de leis complementares; desde então, foram aprovadas 69 leis complementares – apenas 7 normas a mais do que as emendas constitucionais. Um lugar comum do debate político brasileiro é o de que a Carta foi aprovada, mas não regulamentada, pois muitas leis complementares previstas no texto teriam sido esquecidas pelo legislador no período que se seguiu à promulgação do texto, prejudicando a sua efetiva implementação. É comum afirmar-se que isto se devia ao desinteresse do Executivo Federal em fazer valer os direitos criados pela “Constituição Cidadã”. Um caso célebre é o da regulamentação do dispositivo constitucional que previa o tabelamento dos juros num máximo de 12% anuais, que de fato contou com o claríssimo interesse dos governos em impedir sua regulamentação, pois teria efeitos indesejáveis para a condução da política monetária pelo Banco Central. Todavia, isto não é verdadeiro para muitos outros casos. Simplesmente o que se pode afirmar é que, para os últimos governos, mostrou-se politicamente mais relevante modificar dispositivos constitucionais do que regulamentá-los. O próprio dispositivo aqui mencionado, do tabelamento dos juros, é bom exemplo disto. Em 1999, uma proposta de emenda revogando esse dispositivo foi apresentada no Senado Federal; quatro anos depois, no início do governo Lula, ela foi aprovada, contando com efusivo apoio do Ministério da Fazenda e inaugurando a série de modificações da Carta do governo petista. Sepultou, definitivamente, quaisquer expectativas de que esse dispositivo viesse um dia a ser regulamentado por lei complementar.

¹⁵ Aqui nos baseamos no estudo comparativo de Lutz (1995) sobre diferentes exigências para emendamento constitucional.

Tomado em perspectiva histórica ou em perspectiva comparada, o modelo constitucional brasileiro adotado em 1988 tem desafiado os analistas por sua falta de estabilidade e permanente sujeição a processos freqüentes de emendamento. Por razões que nossa pesquisa tem buscado elucidar, o fato é que os governos posteriores a 1988 se viram obrigados a desenvolver boa parte de sua produção normativa no plano constitucional, isto é, por meio de modificações, acréscimos e/ou supressões de dispositivos localizados na própria Constituição. Em trabalhos anteriores (Couto & Arantes 2003, 2006), obtivemos o êxito de demonstrar que essa prática no Brasil pós-1988 não se explica, como muitos analistas apontaram, por uma espécie de envelhecimento súbito da Carta, diante dos novos desafios econômicos e de Reforma do Estado que se impuseram ao país nos anos 1990, mas pelo fato de que a própria Constituição nos legou um peculiar *modus operandi* de produção normativa, com conseqüências significativas para o funcionamento da democracia brasileira: a constitucionalização de um grande número de políticas públicas tem obrigado os sucessivos governos – pouco importa se orientados à esquerda ou à direita, formados por progressistas ou conservadores – a ter de desenvolver suas *policies* no plano Constitucional, porque a constituição as trouxe para o seu seio.

Esse modelo tem produzido quatro conseqüências importantes, do ponto de vista do processo decisório e do funcionamento do poderes. Em primeiro lugar, a constitucionalização de políticas públicas fez com que os sucessivos governantes se vissem diante da necessidade de modificar o ordenamento constitucional para poder implementar parte de suas plataformas de governo. Em segundo lugar, construir maiores legislativas de 3/5 passou a ser condição básica para superar o engessamento prévio a que foi submetida a agenda governamental pelo constituinte, algo nada fácil no contexto institucional de um estado federativo e de um regime presidencialista multipartidário como o brasileiro. Em terceiro lugar, a formação dessas coalizões também obedece ao padrão de *logrolling*, gerando propostas de emendas quase sempre extensas e que, uma vez aprovadas, ao contrário de reduzir o tamanho original da Constituição, têm feito

crescer cada vez mais o texto constitucional. Por fim, mas não menos importante, esse tipo especial de Constituição causou impacto significativo sobre o funcionamento do sistema de justiça, na medida em que o Judiciário e especialmente seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal (STF) – passaram a ser mais acionados para controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos, nem sempre relativos a princípios constitucionais fundamentais, mas freqüentemente relativos a políticas públicas.

As características e o impacto das 62 emendas constitucionais aprovadas ao longo de duas décadas de vigência da Constituição de 1988 são notáveis:

- Do total de 934 dispositivos de emendas aprovadas – o que por si só totaliza mais da metade dos dispositivos originais de 1988 – nada menos do que 62,8% vieram acrescentar novos aspectos à Carta. Apenas 3,6% tiveram caráter revogador. O saldo geral das operações de emendamento e de revogação nos permite estimar um crescimento de 25% ou mais da Constituição em duas décadas de existência.
- Parte do emendamento constitucional parece ter adquirido uma dinâmica de *looping*: 72 dispositivos de emendas ou 8,2% do total dizem respeito a mudanças introduzidas sobre trechos já emendados da Constituição. São modificações de dispositivos acrescentados por emendas anteriores, modificações de dispositivos modificados e há três casos extremos de modificações de modificações de dispositivos modificados, isto é, dispositivos da Carta que já estão na sua 4ª geração.
- A maior parte das emendas tem incidido sobre os dispositivos de *policy* constitucionalizados em 1988, mais do que sobre os dispositivos de *polity*, confirmando nossa hipótese inicial sobre o deslocamento do plano governamental para o plano constitucional, graças ao modelo de Constituição adotado. Mais do que isso, os dispositivos de emenda que acrescentam novos aspectos têm sido majoritariamente de tipo *policy*, e não de tipo *polity*. Em outras palavras, o emendamento tem

- constitucionalizado cada vez mais o plano das políticas governamentais, que são catapultadas ao plano da Constituição.
- A alternância no poder presidencial marcada pela sucessão de Fernando Henrique Cardoso por Lula não modificou a tendência de reforma permanente da Constituição (o menor número de emendas aprovadas no período Lula, pelo menos até aqui, pode ser atribuído a maior dificuldade deste governo em sustentar uma coalizão política estável de 3/5 nas duas casas legislativas).

Em suma, pelos dados disponíveis pode-se dizer que a Constituição brasileira chega ao seu vigésimo aniversário em ritmo de permanente expansão: quantitativamente, ela está 25% maior do que era em 1988; qualitativamente, ela abarca mais aspectos da realidade brasileira, que se encontra mais constitucionalizada hoje do que fora em 1988. Este capítulo procurou elucidar os motivos dessa dupla expansão, combinando uma análise do processo constituinte de 1987-88 com o perfil resultante da própria carta – em termos de *policy* e *policy* – e as exigências de *quorum* e procedimentos de emendamento que se situam, no caso brasileiro, num nível intermediário. A combinação desses elementos explica porque a Carta brasileira permanece sujeita à constante revisão. Daí a explicar porque ela não pára de crescer é algo que requer uma nova hipótese. A aventada neste texto é que dadas as características do sistema presidencialista multipartidário, federativo e bicameral de que dispomos, é razoável postular que os processos de construção de maiorias legislativas qualificadas de 3/5 terminem em processos de *logrolling* entre os atores envolvidos, resultando num permanente carregamento de políticas públicas para o plano constitucional. Mas essa hipótese carece de testes mais precisos, que reservamos a trabalhos futuros, quem sabe com vistas ao próximo aniversário dessa nossa Constituição sem fim.