

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS DE SÃO PAULO

GIOVANNA DE MOURA ROCHA LIMA

CONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
a constitucionalização importa?

SÃO PAULO

2011

GIOVANNA DE MOURA ROCHA LIMA

CONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS:

a constitucionalização importa?

Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Administração Pública e Governo

Linha de Pesquisa: Transformações do Estado e Políticas Públicas

Orientador: Prof. Dr. Cláudio G. Couto

SÃO PAULO

2011

LIMA, G. M. R..

Continuidade de políticas Públicas: a constitucionalização importa? /
Giovanna de Moura Rocha Lima. - 2011.
73 f.

Orientador: Cláudio Gonçalves Couto

Dissertação (mestrado) - Escola de Administração de Empresas de São
Paulo.

1. Políticas públicas. 2. Direito constitucional. I. Couto, Cláudio Gonçalves.
II. Dissertação (mestrado) - Escola de Administração de Empresas de São
Paulo. III. Título.

CDU 35

GIOVANNA DE MOURA ROCHA LIMA

CONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS:

a constitucionalização importa?

Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Administração Pública e Governo

Linha de Pesquisa: Transformações do Estado e Políticas Públicas

Data de aprovação:

____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Cláudio G. Couto (Orientador)
FGV-EAESP

Prof. Dr. George Avelino Filho
FGV-EAESP

Prof. Dr. Rogério B. Arantes
FFLCH-USP

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente aos meus professores do meu curso graduação, sem os quais não teria desenvolvido interesse pela vida acadêmica e de pesquisa. Foram os professores excepcionais daqueles quatro anos me trouxeram, direta e indiretamente, ao mestrado na FGV-EAESP. Agradeço especialmente aos professores Rogério B. Arantes e Cláudio G. Couto, os quais foram meus mestres desde o início *das coisas* até hoje, de quem fui monitora, e orientanda na graduação e no mestrado, e que estão na minha banca. Agradeço também ao professor George Avelino Filho por ter aceitado o convite de participar na minha banca, fico muito honrada com sua presença. Agradeço ainda ao professor Fernando L. Abrucio pelo constante apoio e excelentes aulas durante minha graduação e como coordenador e professor do curso de mestrado.

Tenho muito a agradecer à FGV-EAESP e ao Programa GVPesquisa, que me proporcionaram a entrada como aluna especial antes da decisão de entrar em definitivo no mestrado, à bolsa que permitiu que eu permanecesse nele, e a liberdade e o apoio institucional para passar um dos dois anos de mestrado distante da Escola. E graças às relações que a FGV estabelece com outras Universidades mundo afora tenho o prazer de agradecer a Universidade do Texas em Austin por ter me acolhido como pesquisadora visitante. Durante o ano que passei na UT tive acesso a cursos e materiais dos mais diversos que em muito enriqueceram minha experiência acadêmica, profissional e pessoal. Agradeço especialmente aos professores Robert H. Wilson e Chandler Stolp que me deram todo apoio que precisei durante meu ano no Texas, e ao professor Zachary S. Elkins pelo ano de aulas e trabalho compartilhado.

Agradeço aos colegas e amigos de mestrado pelas experiências compartilhadas. Desejo muito sucesso a todos! Em especial, agradeço ao amigo Leonardo S. Barone, que foi meu amigo e meu mestre pelos últimos 3 anos. Meu mestrado e minha dissertação não teriam sido os mesmos sem o Leo.

E agradeço imensamente à minha família, especialmente minha mãe e meu marido, que nunca hesitaram em me apoiar em tudo que eu me propus a fazer. Tenho muita sorte e orgulho em ter vocês.

RESUMO

O intuito desta dissertação é compreender de que forma a constituição afeta a continuidade das políticas públicas que encontram-se constitucionalizadas. A partir das literaturas de constitucionalismo e políticas públicas, proponho um modelo de análise em que a explicação da continuidade das políticas públicas constitucionalizadas ou não – minha variável dependente – é o resultado de seu status constitucional e de suas fontes de resiliência – minhas variáveis independentes. Meu foco nesse momento é teórico, mas está empiricamente orientado, e por isso proponho brevemente caminhos por meio dos quais poderiam ser verificadas as hipóteses e sugestões aqui presentes.

Palavras-chaves: política pública; constituição; continuidade; constitucionalização.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to understand in which ways the constitution affects the continuity of public policies that have been constitutionalized. Deriving from the literatures on constitutionalism and public policy I suggest an analysis model in which the explanation of the continuity of constitutionalized policies – my dependent variable – is the result of its constitutional status and sources of resilience – my independent variables. My focus at this point in time is theoretical but it is empirically oriented, so I roughly suggest paths that would lead to the verification of the hypothesis and suggestions I make here.

Key-words: public policy; constitution; continuity; constitutionalization.

LISTA de QUADROS

QUADRO 1 – NATUREZA DAS DIMENSÕES IDEAIS DO PROCESSO POLÍTICO DEMOCRÁTICO	36
QUADRO 2 – TIPOS DE MECANISMOS DE <i>FEEDBACK</i>	48
QUADRO 3 – MECANISMOS DE <i>FEEDBACK</i> E TRAJETÓRIAS DE POLÍTICAS	49
QUADRO 4 – RAZÕES PARA <i>POLICY FEEDBACK</i> FRACO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	51
QUADRO 5 – DESENHO DA POLÍTICA E POSSIBILIDADE DE DESCOMPASSO (<i>DRIFT</i>)	53
QUADRO 6 – OBJETO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONTINUIDADE DE POLÍTICAS	59
QUADRO 7 – EFEITO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SOBRE A CONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	62
QUADRO 8 – TRAJETÓRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONALIZADAS	63

LISTA DE ESQUEMAS

ESQUEMA 1 – FONTES DE RESILIÊNCIA AO LONGO DO TEMPO.....	52
----------------------------------------------------------	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA DA PESQUISA	10
2 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO	12
2.1 CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA	12
2.2 ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL	16
2.3 CONTINUIDADE E MUDANÇA CONSTITUCIONAL	18
2.3.1 Revisão ou substituição	19
2.3.2 Emendamento	20
2.3.3 Controle de constitucionalidade	22
2.3.4 Emendamento & Controle de constitucionalidade	25
2.4 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS	28
2.4.1 Direitos	28
2.4.2 Políticas Públicas	33
3 FUNCIONAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	39
3.1 POLÍTICA PÚBLICA	39
3.2 CONTINUIDADE E MUDANÇA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	43
3.2.1 Atores de veto	45
3.2.2 Problemas de coordenação	46
3.2.3 <i>Feedback</i> da política	47
3.2.4 Fontes de resiliência e mudança	51
4 CONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONALIZADAS	56
4.1 STATUS CONSTITUCIONAL	56
4.2 FONTES DE RESILIÊNCIA	60
4.3 CONTINUIDADE	61
4.4 ESTUDOS EMPÍRICOS E CASOS HIPOTÉTICOS	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

1 INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA DA PESQUISA

Entendendo que a constitucionalização de políticas públicas tornou-se estratégia dos atores políticos por interesse e/ou necessidade, busca-se com esta pesquisa contribuir teoricamente para o entendimento da sorte das políticas que são objeto de tal estratégia. Nesta dissertação, investigarei qual a importância da constitucionalização para a continuidade das políticas constitucionalizadas. A pergunta à qual se pretende responder é: quais são as consequências da constitucionalização na continuidade de políticas públicas?

A pesquisa procura contribuir para um melhor entendimento da relação entre constituição, políticas públicas e democracia. Almeja-se contribuir para a compreensão do efeito das cartas na produção de políticas públicas: estas estão condicionadas por aquelas não apenas pelo ordenamento político-jurídico que aquelas estruturam, mas também por seu conteúdo substantivo e pelos incentivos e limites que se colocam aos atores políticos. Assim, a pesquisa está alinhada com novos estudos que propõem uma perspectiva da Ciência Política sobre a Constituição, especialmente no que concerne a análise do conteúdo das cartas. Mais, propõe aliar a literatura de constitucionalismo à de políticas públicas.

De imediato, compreender as políticas públicas constitucionalizadas é apreender os limites e os custos para a ação substantiva dos governos. Mais, ao compreender a dinâmica das políticas constitucionalizadas, pode-se entender parte importante da dinâmica constitucional. Analisar a continuidade de políticas públicas constitucionalizadas é relevante ainda para demonstrar os limites da tese de que constituições devem ser “dirigentes”, isto é, devem apontar para a implantação de programas de governo.¹

O interesse por este tema surgiu da constatação de que a constitucionalização de políticas públicas tem efeito não apenas sobre o jogo político ou sobre o texto constitucional, mas também sobre as próprias políticas. Também está inserido em meu crescente interesse pessoal e acadêmico pelo efeito das instituições políticas sobre a construção de políticas públicas nas democracias contemporâneas.

No segundo capítulo, discuto inicialmente a natureza das constituições e do constitucionalismo, como e porque as constituições são criadas, o que condiciona seu conteúdo e a dinâmica e as regras de mudança constitucional. Concluo o capítulo discutindo o

¹ Tese do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (ARANTES; COUTO, 2010, p.547).

conteúdo das constituições, com a identificação de diferentes tipos de dispositivo encontrados em um texto constitucional, aprofundando na análise de dois deles: direitos e políticas públicas constitucionalizadas. Procuo defini-los e estabeleço de que maneira esses tipos se relacionam com a constituição e os princípios do constitucionalismo.

No terceiro capítulo, aprofundo o estudo das políticas públicas, agora afastado da discussão das constituições para entender qual a dinâmica das políticas públicas quando não inseridas no texto constitucional. Na primeira parte, o capítulo apresenta brevemente a literatura de políticas públicas, atentando para elementos chave do processo de formulação e implementação das políticas. Na segunda parte, são apresentadas as fontes de resiliência das políticas.

No quarto capítulo, proponho um modelo analítico da continuidade das políticas públicas constitucionalizadas, que alia os elementos teóricos discutidos nos capítulos precedentes. Dada a evidente necessidade de estudos empíricos que validem o modelo analítico, sugiro passos iniciais e casos hipotéticos para o desenvolvimento de futuras pesquisas empíricas.

As considerações finais, no capítulo cinco, sintetizam o texto e sugere uma agenda concisa para o estudo de políticas públicas constitucionalizadas.

2 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

Com este capítulo, busco estabelecer a lógica que será imposta às políticas públicas quando estas são constitucionalizadas. O intuito aqui é entender porque e como as constituições são criadas, o que condiciona seu conteúdo e de que maneira a inclusão no texto altera as prerrogativas de mudança das diferentes normas. Inicialmente, apresento de forma sucinta a racionalidade por trás da existência de compromissos constitucionais nas democracias modernas. Segue a seção sobre a elaboração constitucional, que concretiza a racionalidade discutida inicialmente. A natureza do processo de elaboração constitucional, os participantes das assembleias constituintes e o contexto em que eles estão inseridos ajudam a compreender a origem e o conteúdo de um texto constitucional. Este, na grande maioria dos países, ainda está sujeito a alterações, usualmente previstas no próprio texto. Na terceira seção discuto as maneiras pelas quais as constituições são modificadas. Foco na capacidade mobilizadora das constituições, nas regras de emendamento e no controle de constitucionalidade, os principais componentes da dinâmica de continuidade e mudança constitucional, sob os quais o texto e seus dispositivos estão submetidos. A quarta e última seção analisa o conteúdo das constituições, especificamente dois tipos de disposições: direitos e políticas públicas. Enquanto os primeiros são usualmente reconhecidos pelo constitucionalismo liberal como parte integrante das constituições, estas não são consideradas como conteúdo constitucional *per se*. Sua inclusão no texto constitucional altera o funcionamento do próprio texto e do jogo político, como estudos recentes têm mostrado. A última seção, portanto, busca entender brevemente qual a relação e as consequências da constitucionalização de políticas públicas, e serve como ponte para o terceiro capítulo, que discute o funcionamento das políticas públicas.

2.1 CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Constituições escritas são cada vez mais presentes no mundo contemporâneo.² A existência de tal tecnologia no mundo moderno pode ser datada em 1787, ano da Convenção na Filadélfia. As constituições escritas, entretanto, não encerram em si o ordenamento constitucional de um país:

Alguns aspectos da vida política que tendemos a pensar como fundamentais não são regulados pela constituição ou não por todas as constituições; nem

² Poucos e raros são os países que não possuem constituições escritas; os mais notáveis são Israel, Nova Zelândia e Reino Unido. A presente discussão volta-se àqueles que as possuem.

são as leis que os regulam sempre sujeitas a critérios de emendamento mais rigorosos. O mais importante exemplo é provido pelas leis governando as eleições ao parlamento. Algumas constituições especificam o sistema eleitoral em detalhe; outras (Polônia, República Tcheca) apenas em linhas gerais; e outras (França, Hungria) em nada. (ELSTER, 1995, p.367, tradução da autora)

Ainda assim, “mesmo que a constituição não seja *central* para a ordem constitucional, é pelo menos representativa desta” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, loc.899, tradução da autora). Para a identificação do que se considera uma constituição, três critérios estabelecidos por Elkins, Ginsburg e Melton, (2009, loc.1139-50) parecem úteis para a discussão proposta nesta dissertação:

Constituições consistem naqueles documentos que ou: (1) são identificados explicitamente como a *Constituição*, *Lei Fundamental*, ou *Lei Básica* de um país; OU (2) contém provisões explícitas que estabelecem o documento como lei *máxima*, seja por entrincheiramento ou limites para leis futuras; OU (3) define o padrão básico de autoridade ao estabelecer ou suspender um poder executivo ou legislativo de governo. (grifos dos autores, tradução da autora)³

O primeiro critério é formal, no sentido de que não cria expectativas em relação a nenhuma característica ou função a ser desenvolvida pelos textos constitucionais. Os demais incluem elementos funcionais, que qualificam a atuação da constituição no ordenamento constitucional e legal. Tais critérios, entretanto, são neutros quanto a outras funções comumente relacionadas às constituições, especialmente a proteção de direitos e a obstaculização a certas mudanças políticas (ELSTER, 1988, p.3). De fato, essa função de limite ao governo pode ser apontada como o principal propósito das constituições (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, loc.923) e é denominada constitucionalismo liberal.

“O propósito central do constitucionalismo liberal é institucionalizar um sistema de mecanismos de defesa para o cidadão vis-à-vis o Estado” (SLAGSTAD, 1988, p.108, tradução da autora). As razões para a imposição de limites ao governo são várias, e as mais intuitivas seriam o risco do uso poder para fins particulares; violações de direitos de alguns para promoção de direitos de outros; e a suspensão de direitos como meio de atingir crescimento econômico (ELSTER, 1988, p.5).

A relação entre constitucionalismo e democracia pode ser apontada como uma de antítese ou complementaridade. A antítese está presente quando se considera que as constituições

³ Elster (1995, p.366) oferece critérios semelhantes.

removem certos tópicos do escrutínio público; a complementaridade é identificada no fato de que apenas limitando o poder da democracia esta pode existir. O debate discute principalmente: “por quê uma assembleia iria querer abdicar de sua soberania absoluta que em princípio possui, e impor limites às suas próprias ações futuras?” (ELSTER, 1988, p.8, tradução da autora).

De uma perspectiva intergeracional, o debate se dá em torno da questão sobre “qual direito uma geração tem para limitar a liberdade de ação de seus sucessores, e porque estes devem sentir-se limitados a constrangimentos definidos por seus ancestrais” (ELSTER, 1988, p.8, tradução da autora). Thomas Jefferson é icônico nesse ponto, tendo argumentado que as constituições deveriam ser revisadas por cada geração para garantir que o passado não constrangesse o presente. Assim, apesar de explicitamente defender a *Bill of Rights*, Jefferson negava o direito de uma geração de homens de constranger à outra (HOLMES, 1988b, p.203). Os comprometimentos prévios herdados são ainda piores na visão de Jefferson ao considerar que as instituições devem avançar junto com a ciência. O aprendizado deve superar e substituir os comprometimentos prévios.

Mesmo quando não herdados, tais comprometimentos são à primeira vista incoerentes, pois o que o povo dá a si próprio, o povo pode abolir (HOLMES, 1988b, p.209). Stephen Holmes apresenta dois argumentos em defesa dos impedimentos constitucionais para a sobrevivência da comunidade e do sistema democrático. Em “*Gag rules or the politics of omission*”, Holmes argumenta que temas muito conflituosos devem ser privatizados, estabelecendo o silêncio do Estado sobre os temas. Assim, o Estado deve abster-se de legislar sobre certos assuntos irreconciliáveis, como a religião (1988a, p.23). Tal alternativa permite que facções dos diferentes lados de um determinado conflito possam continuar formando a comunidade política. Apesar de parecer tirânico, amordaçar o Estado é uma forma de autocontrole, que permite que assuntos explosivos sejam no mínimo postergados para que outros assuntos sejam resolvidos (1988a, p.24).⁴ A omissão do Estado pode variar por assunto, tempo, ator político, ou pela própria natureza finita da agenda pública.⁵

⁴ O exemplo extensamente utilizado por Holmes é da abstenção dos constituintes americanos em resolver o conflito sobre a escravidão (1988a, p.31). O exemplo mostra como abster-se de lidar com um tema pode desobstruir a agenda, possibilitando no caso norte-americano a construção do governo nacional.

⁵ No exemplo acima, é claro como a omissão dos constituintes não solucionou a questão da escravidão, que motivou a guerra civil nos Estados Unidos.

A crítica de Sunstein (1988, p.340) ao argumento de Holmes defende que a discussão de temas conflituosos pode ser saudável, especialmente ao se considerar que sem possibilidade de uma solução política, as pessoas podem perder a fé no sistema e recorrer a medidas extralegais. Holmes admite que a privatização dos assuntos possa acabar por favorecer um dos lados da disputa dos diversos temas, crítica reiterada por Sunstein (1988, p.339). Assim, vencedores e perdedores ainda existem na política de omissão, e esta pode ser ainda arma de um dos lados (HOLMES, 1988a, p.51), tornando tal prática atraente por seus resultados concretos, mas sempre parcial e potencialmente perigosa: “Nós não podemos nem prescindir das regras de mordaza [*gag rules*] nem acalmar a consciência culpada que elas inevitavelmente produzem.” (1988a, p.58; tradução da autora).

O segundo argumento de Holmes para que se estabeleçam impedimentos constitucionais é desenvolvido em “*Precommitment and the paradox of democracy*” (1988b). O autor defende que o comprometimento prévio é habilitador, da mesma maneira que a omissão de certos assuntos também o é. Assim, tanto a herança quanto o estabelecimento de limites à própria vontade de uma maneira geral são possíveis⁶ – e desejáveis. James Madison, ao responder às críticas de Jefferson, defendia que constrangimentos podem promover a liberdade:

Se podemos tomar como certos procedimentos específicos e instituições fixadas no passado, nós podemos alcançar nossos objetivos presentes mais efetivamente do que poderíamos se fôssemos constantemente atrasados pela necessidade recorrente de estabelecer a estrutura básica para a vida política. Uma constituição herdada pode ser habilitadora da democracia [*democracy-enabling*] assim como estabilizadora da democracia [*democracy-stabilizing*]. [...] O comprometimento prévio é justificado porque não escraviza, mas emancipa as futuras gerações. (HOLMES, 1988b, p.216, tradução da autora)

A estratégia permite ao povo defender a si e a sua democracia de seus próprios excessos e erros de julgamento. Alguns dos comprometimentos prévios são derivados da própria democracia, como o direito ao voto e à liberdade de expressão: “A proteção constitucional desses direitos não está em conflito com o autogoverno, ao contrário, é parte lógica deste.” (SUNSTEIN, 1991, p.637, tradução da autora).

A definição antecipada de certos assuntos justifica-se ainda quando considera-se que “o comprometimento prévio hoje pode demandar menos força de vontade do que resistir à tentação demandará amanhã” (ELSTER, 1988, p.93, tradução da autora). Porém, da mesma maneira que é delicado definir sobre quais assuntos o Estado irá se omitir, definir quais

⁶ Nas páginas 212 a 214 Holmes exemplifica como isso se dá empiricamente.

assuntos serão institucionalizados via constitucionalização pode fazer ressurgir o problema posto pelo constitucionalismo para a democracia, especialmente dado o efeito intergeracional daquele (SUNSTEIN, 1988, p.341). Não há, entretanto, nada inerentemente menos racional em viver com as restrições herdadas do que com outros constrangimentos em geral (HARDIN, 1999, p.130). E, se necessário e factível, é possível rever ou substituir instituições demasiadamente constrangedoras, como fizeram os constitucionalistas norte-americanos em 1787-8 (HARDIN, 1999, p.130).

O constitucionalismo limita a liberdade de ação da democracia em abrangência de temas e possibilidades de escolha. Isso faz com que os diferentes governos não possam ser completamente responsivos à população. Mas a percepção é de que “sem tais constrangimentos a própria democracia fica mais fraca, não mais forte” (ELSTER, 1988, p.7, tradução da autora). Assim, a tensão entre constitucionalismo e democracia não é irreconciliável e a democracia constitucional não é um oxímoro (HOLMES, 1988b, p.197).

2.2 ELABORAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os argumentos discutidos na seção anterior tomam forma e são concretizados – ou não – no momento da confecção das constituições. Políticos têm suas próprias ideias e pré-conceitos (ELSTER, 1995; HOROWITZ, 2002) e há evidência que suporta que assembleias constituintes são dominadas pelo interesse de curto prazo dos políticos em vez dos interesses de longo prazo dos cidadãos (GINSBURG, 2003, p.23). A negociação entre os autores do texto constitucional já começa na definição das regras organizacionais, que é inescapavelmente política (GOMES, 2006, p.195). É correto antecipar, por exemplo, a constitucionalização de “interesses particulares inegociáveis, sem cuja garantia o convívio pacífico e a competição política leal entre os diversos setores sociais e políticos seriam inviabilizados” (COUTO; ARANTES, 2006, p.48). Para além destes, é de se esperar que grupos de interesse busquem colocar suas escolhas políticas na constituição, tornando-as mais detalhadas (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, loc.1921).

Portanto, mesmo que em uma perspectiva macro os constrangimentos constitucionais sejam justificáveis, é interessante saber como os constituintes pensam a respeito das diferentes escolhas institucionais a serem feitas. Os cálculos feitos pelos atores, baseados na dispersão de poder no momento constitucional e antecipada para o futuro, e balizados por suas motivações e pelas regras do processo constituinte, são ainda influenciados por duas

características do processo de negociação: retornos incertos (*uncertain payoffs*) e informações ocultas (*hidden information*). Elkins, Ginsburg e Melton (2009, loc.1525) chamam a atenção de como essas duas características influenciam na negociação e nas escolhas feitas por consequência destas com intuito de reduzi-las.

As escolhas institucionais substantivas das diferentes constituições são parcialmente explicadas pelo processo de elaboração destas. Ginsburg (2003) e Pozas-Loyo e Ríos-Figueroa (2007)⁷ concluem, por exemplo, que o processo constituinte permite antecipar arranjos institucionais a partir do equilíbrio de forças durante o processo. Elster (2009) acredita ainda que é possível, do ponto de vista procedimental, desenhar uma assembleia constitucional ótima, que resultaria em uma combinação ideal da influência dos interesses, das paixões e da razão na elaboração do texto.

O processo constituinte é um de escolha coletiva (ELSTER, 1995, p.365). Assim, “o resultado final não pode ser explicado somente com base nas preferências individuais iniciais dos atores políticos.” (GOMES, 2006, p.194). Devemos considerar, portanto, os constrangimentos institucionais, os objetivos dos constituintes, os mecanismos pelos quais esses são agregados em escolhas coletivas, e os pressupostos e crenças dos constituintes, que formam a ponte entre seus objetivos e preferências e as disposições constitucionais (ELSTER, 1995, p.365).

O reconhecimento da relevância das regras e dos atores participantes do processo constituinte para os *outcomes* constitucionais deve estar aliado às considerações da situação histórica e política do país. Couto (2005, p.115) aponta, por exemplo, que, na visão de Carl Schmitt, a inclusão de prescrições ao texto constitucional alemão em Weimar deu-se graças à situação histórica e política de 1919. Elkins, Ginsburg e Melton (2009, loc.1900) dão outros exemplos e sugerem que, em alguns aspectos, o escopo e alcance da constituição dependerá bastante do contexto: “Demandas de constitucionalização de qualquer tópico dependerão do tempo e do lugar específico em que a constituição está sendo escrita” (tradução da autora).⁸

⁷ Agradeço ao Lincoln Noronha por ter chamado minha atenção para este texto.

⁸ Por estas razões, este texto abordará diferentes escolhas institucionais – como processo de emendamento e revisão judicial – sem aprofundar nos possíveis motivos de sua adoção; acredito que estes podem ser melhor explicados na análise de diferentes casos, embora reconheça a importância de teorizar sobre mecanismos que levam às diferentes escolhas institucionais.

2.3 CONTINUIDADE E MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Para garantir a sobrevivência da constituição elaborada é crucial que o texto seja *self-enforced*:

A constituição só será mantida se fizer sentido para aqueles que vivem sob seus ditames, então uma qualidade crucial de qualquer constituição de sucesso é que ela seja autoaplicável [*self-enforcing*]. Isso significa que aqueles *dentro* da barganha constitucional devem ter interesse na implementação bem-sucedida do documento para que ele dure. Ainda que barganhas constitucionais tenham ganhadores e perdedores relativos, elas vão perdurar à medida que as partes acreditem que se beneficiam da barganha constitucional atual do que arrisquem e invistam recursos em uma nova. (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, loc.233, grifo dos autores, tradução da autora)

Elkins, Ginsburg e Melton (2009, loc. 1711-1733) resumem as características necessárias para que a constituição seja *self-enforcing* e sublinham a vantagem de ter uma constituição escrita para as democracias constitucionais:

Quando aqueles que violariam [a constituição] reconhecem que sua violação seria recebida com resistência coordenada, eles restringem si mesmos a agir desde o início. Isso é o que Ordeshook (1992), Weingast (1997) e outros chamam de constituição *self-enforcing*. [...] Constituições escritas podem auxiliar os mantenedores em potencial [*potential enforcers*] a superar os problemas de coordenação ao prover uma definição do que constitui uma violação pelo governo e assim provendo um ponto focal para a atividade de sustentação (Carey 2000: 757; Strauss 2003: 1731-35). [...] Portanto, “barreiras de papel” [*parchment barriers*] podem importar, não por causa de algum poder mágico contido em suas palavras, mas graças ao seu desempenho em facilitar a coordenação entre seus sustentadores potenciais, os quais poderiam ser incapazes de concordar. (tradução da autora)

O modelo descrito acima, portanto, prevê que os atores relevantes não atuam de fato contra a constituição, pois isto feriria seus próprios interesses. Assim, constituições são barreiras de papel (*parchment barriers*) na medida em que são os atores políticos relevantes que agem para sua manutenção, são eles que as sustentam. Porém, elas também definem para todos os atores os limites acordados e conseqüentemente provêm mecanismos de *accountability* e previsibilidade de ação. “Constituições, incluindo Cartas de Direitos, são ao fim das contas apenas pedaços de papel se ausentes aceitação popular e apoio. Esses pedaços de papel, entretanto, ajudam a instigar e estruturar as atividades da sociedade. Eles não são *self-enforcing* por exercícios lógicos ou legais.” (LUTZ, 2006, p.13, tradução da autora). O caráter político do texto sobrepõe-se ao caráter estritamente legal. Assim, “quaisquer circunstâncias

específicas que deram vida à constituição, as regras e princípios que anuncia precisam encontrar base social para sustentar-se.” (COMELLA, 2009, p.30, tradução da autora). A dinâmica de estabilidade e mudança dos comprometimentos prévios cristalizados pela constitucionalização é determinada então, primeiramente, pela capacidade mobilizadora da constituição em sua própria manutenção e implementação.

“Todas as constituições requerem modificações regulares, periódicas, seja por emendamento, alteração judicial ou legislativa, ou substituição” (LUTZ, 1994, p.357, tradução da autora). É de se esperar, portanto, que apesar da constituição como um todo iniciar um processo de *self-enforcement* e ser estabilizada pelos custos de recoordenação e pela defesa dos atores que a sustentam, diferentes partes do texto possam sofrer alterações específicas. Essas mudanças do texto constitucional serão reflexos das mudanças pelas quais passará o regime político, que por sua vez é influenciado por: mudanças no ambiente em que o sistema opera (incluindo economia, tecnologia, relações internacionais, demografia, etc.); mudanças no sistema de valores distribuído pela população; efeitos institucionais indesejados ou inesperados; e pelo efeito cumulativo das decisões tomadas pelos poderes legislativo, executivo e judiciário (LUTZ, 1994). A sobrevivência de uma instituição, de fato, frequentemente depende do seu grau de flexibilidade e adaptabilidade: “Assim, constituições frequentemente evoluem por um processo de estratificação [*layering*] que preserva grande parte de seu centro enquanto adiciona emendas por meio das quais regras e estruturas herdadas do passado podem ser postas em sintonia com as mudanças nos ambiente normativo, social, e político.” (THELEN, 2003, p.228, tradução da autora).

2.3.1 Revisão ou substituição

A substituição por inteiro da constituição era defendida por Jefferson. As visões de Jefferson e Madison foram apontadas acima e podem ser assim resumidas:

Do lado de Jefferson, as consequências da substituição da constituição incluem o aumento da representação, um público mais participativo quanto à lei maior, e melhoramentos das instituições subótimas ou antiquadas. Os argumentos do lado de Madison incluem um papel em facilitar comprometimentos prévios, em vincular cidadãos diversos e numerosos, em nutrir o desenvolvimento de instituições auxiliares [*ancillary institutions*], e um benefício instrumental em potencial de facilitar investimentos e atividade econômica. Na maioria dos aspectos, o debate reduz-se à perene tensão entre flexibilidade e compromisso. (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, loc.560, tradução da autora)

Dinan (2006a, p.46) aponta que a defesa de um referendo periódico por uma convenção constitucional nos estados norte-americanos baseava-se principalmente no empoderamento que o processo de revisão daria para sobrepor interesses imbricados no legislativo. No início do século XX, as reformas econômicas e sociais nos estados encontravam resistência também dos juízes e por isso convenções constitucionais seriam importantes ao garantir que o judiciário não invalidasse as reformas com base constitucional (DINAN, 2006a, p.48).

Os dois principais mecanismos de mudança constitucional são, no entanto, o emendamento formal ao texto⁹ e mudanças interpretativas tipicamente facilitadas pelas cortes (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, loc.1659). Assunto das próximas duas seções, esses mecanismos refletem a atuação do Legislativo e do Judiciário respectivamente na mudança constitucional, diferentemente da revisão, que supõe uma assembleia com poderes constituintes.

2.3.2 Emendamento

Lutz (1994) descreve as quatro premissas centrais para o consenso americano da década de 1770 e que tiveram influência decisiva na dinâmica do emendamento constitucional dos Estados Unidos. A primeira delas, soberania popular, resultou na conclusão que “se a constituição repousava sobre o consenso popular, então o povo também poderia substituí-la por uma nova” (LUTZ, 1994, p.355, tradução da autora). Assim, foi institucionalizado o poder de mudar a constituição, não apenas por substituição, mas também por emendamento formal ao texto.

A falibilidade, reconhecida pela premissa da imperfeita, mas educável natureza humana, significou que o processo de emendamento era positivo “não apenas quando da necessidade de adaptar-se às mudanças nas circunstâncias mas também quando da necessidade de compensar pelos limites da compreensão e virtude humanas” (LUTZ, 1994, p.356, tradução da autora). A terceira premissa, a crença na eficácia do processo deliberativo, influenciou o emendamento ao demandar um processo devagar e deliberativo para toda decisão política, e “quanto mais importante a decisão, mais deliberativo o processo deveria ser” (LUTZ, 1994, p.356, tradução da autora). A premissa da existência de uma distinção e da superioridade das matérias constitucionais em contraste com a legislação normal, ao relacionar-se com a

⁹ Seguindo Lutz (1994), considerarei emendamento o resultado de um processo formal de alteração (adição ou subtração) constitucional. Para crítica dessa visão, ver Levinson (2001, p.274).

premissa anterior, significou que aquelas matérias teriam processo deliberativo maior e “resultou nas constituições americanas serem vistas como uma lei superior que deveria limitar e direcionar o conteúdo da legislação ordinária” (LUTZ, 1994, p.356, tradução da autora).

Juntas, as premissas exigem que o processo [de emendamento] seja nem muito fácil, nem muito difícil. Um processo muito fácil, não provendo distinção entre matérias constitucionais e a legislação normal, viola o pressuposto da necessidade de um maior nível de deliberação e avilta a soberania popular, enquanto um muito difícil, interferindo com a necessidade de retificação dos erros, viola o pressuposto da falibilidade humana e previne a utilização efetiva da soberania popular. (LUTZ, 1994, p.356, tradução da autora).

De fato, “mais de noventa por cento das constituições escritas desde 1789 incluíram dispositivos que especificam procedimentos para emendar o documento” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, loc.1658, tradução da autora). A difusão das constituições escritas e do processo de emendamento não significou, entretanto, que as premissas que balizaram o processo de desenvolvimento de emendamento nos Estados Unidos tenham sido também difundidas: “Na maioria dos países com constituições escritas a soberania popular e o uso da constituição como uma lei maior não são princípios operativos.” (LUTZ, 1994, p.356, tradução da autora).

De acordo com diferentes suposições e objetivos em mente, constituintes desenvolveram diversos métodos formais de emendamento constitucional. Esses métodos são associados ao grau de rigidez constitucional, e afetam os custos incorridos pelos atores que buscam alterar o texto. O processo pode variar principalmente quanto a quem tem direito de iniciar o emendamento, ao processo de aprovação das emendas, às áreas do texto sujeitas à modificação, à participação popular, e quanto a se o trabalho legislativo está sujeito ao controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário. Lutz (1994, p.368) lista 30 possíveis alternativas para dar início ao processo de emendamento, e outras 38 para aprovação.¹⁰ Por vezes, o ordenamento político está refletido no processo de emendamento, especialmente em países federativos (como acontece nos Estados Unidos) ou monarquias (como acontece no Japão, no Marrocos, e na Tailândia). Nesses casos, os constituintes incluem disposições específicas que reconhecem o papel dos estados ou dos monarcas no processo de emendamento.

¹⁰ Alguns exemplos de diferentes processos atualmente utilizados estão no relatório “Constitutional Amendment” (CONSTITUTIONAL DESIGN GROUP, 2008).

Os diferentes procedimentos não apenas refletem, mas operam em diferentes ordenamentos políticos e, por isso, são necessariamente influenciados por estes. Saber de fato qual o custo da formação de uma maioria para aprovação de uma emenda requer o estudo do sistema partidário¹¹ e do regime político. É intuitivo apontar que um sistema partidário fragmentado apresenta custos maiores para a formação de uma maioria, mas que podem ser minimizados caso haja disciplina partidária e predominância do Executivo. Poder-se-ia ainda prever mais emendas em sistemas unicamerais ou em que o presidente ou monarca não exerce veto sobre o processo (LEVINSON, 2001, p.273).

A taxa de emendamento, diferente do processo, ajuda a entender a dinâmica e qual o uso efetivo da mudança constitucional via emendamento. A conexão, entretanto, não é óbvia. Uma baixa taxa de emendamento (que pode ser medida em quantidade de emendas por ano ou por abrangência do texto) pode significar tanto que há uma satisfação com o texto existente, quanto que a constituição não é levada a sério e, portanto, não precisa ser modificada.

O processo de emendamento é fundamental para que o Legislativo exerça influência na mudança constitucional. Por ser feito essencialmente por um corpo eleito, o emendamento permite às gerações presentes adequarem suas constituições de forma democrática, ao mesmo tempo que pagam um custo alto para isso, como prevê o constitucionalismo. O emendamento deve ser considerado no sistema político-partidário no qual está inserido e a taxa de emendamento indica o quanto os atores estão de fato utilizando as possibilidades de mudança pela via legislativa. Como antecipado, o Legislativo não é a única esfera de mudança constitucional e a próxima seção é dedicada ao papel do Judiciário.

2.3.3 Controle de constitucionalidade

O Judiciário também é importante ator na dinâmica constitucional. Tal poder é exercido especialmente na interpretação constitucional, e torna-se ainda mais importante quando é possível que a corte retire o poder legal de uma norma infraconstitucional aprovada pelo legislativo.¹² Portanto, por um lado, a revisão judicial atualiza o texto constitucional para que esta acompanhe as mudanças da sociedade. Por outro, facilita o *enforcement* da Constituição ao promover entendimento sobre o que constitui transgressões ao texto, inibindo-as (ELKINS;

¹¹ “Supermaiorias em sistemas majoritários são claramente muito menos constrangedoras do que as mesmas supermaiorias em sistemas de representação proporcional.” (LIJPHART, 1999, p.220, tradução da autora).

¹² Há casos, considerados abaixo, em que emendas constitucionais (e, portanto, normas constitucionais) também foram consideradas inconstitucionais.

GINSBURG; MELTON, 2009, loc.4751). O Judiciário acaba por ser um agente de mudança e de continuidade.

A função de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas no parlamento, é conhecida como revisão judicial ou controle de constitucionalidade.¹³ É ela quem dá a condição de poder político ao Judiciário.¹⁴ Esse poder usualmente advém do próprio texto constitucional, refletindo a escolha dos constituintes em estabelecê-lo. Entretanto, o poder político do Judiciário também pode advir de normas não constitucionais ou do ordenamento constitucional do país (GINSBURG, 2003, p.34), como ocorreu nos Estados Unidos, país que criou o controle de constitucionalidade em 1803, no caso *Marbury v. Madison*. Foi só a partir de então que o julgamento sobre a inconstitucionalidade de leis e atos normativos naquele país pode ser feito por todos os juízes durante litígios ordinários, sendo por isso denominado modelo descentralizado.¹⁵

Ao contrário do modelo difuso, as cortes constitucionais no modelo concentrado têm competência exclusiva para julgar leis, provocadas por ação direta que questiona a constitucionalidade (ARANTES, 2007, p.92). Este modelo, desenhado pelo jurista austríaco Hans Kelsen e subsequentemente adotado na Itália e na Alemanha, que buscavam controlar o poder político depois da experiência nazista e fascista (ARANTES, 2007, p.92), foi predominantemente adotado na última onda de redemocratização, conforme demonstrado em Ginsburg (2003). O modelo desconcentrado, no qual todas as cortes podem considerar a constitucionalidade das leis, ainda é o sistema mais comum (FAVOREU 1986, CAPPELLETTI 1989, *apud* Lijphart, 1999, p.225).¹⁶

Ao mesmo tempo que a constituição deve ser defendida, existe uma perda quando a maioria do povo, por meio de seus representantes, decide por uma lei que é depois desconsiderada por

¹³ “Técnicamente, existe uma distinção entre revisão judicial, em que juízes ordinários desempenham a função de controle constitucional, e revisão de constitucionalidade, em que a função é dada para juízes especializados ou atores políticos. Esse estudo usa os termos intercambiavelmente.” (GINSBURG, 2003, p.15, tradução da autora).

¹⁴ “Nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar papel político no processo decisório normativo.” (ARANTES, 2007, p.84).

¹⁵ Arantes (2007) explica que eventuais conflitos entre a lei e a Constituição são levados à Suprema Corte norte-americana apenas pela via dos recursos oriundos das instâncias inferiores do Judiciário: “A Suprema Corte só se destaca como guardião da Constituição graças à força vinculante de sua jurisprudência e ao caráter terminativo prático de suas decisões, mas é importante destacar que ela não detém o monopólio da interpretação constitucional das leis e divide essa competência com as diversas instâncias do Judiciário” (ARANTES, 2007, p.92).

¹⁶ FAVOREU, Louis. *Les cours constitutionnelles*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.
CAPPELLETTI, Mauro. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon, 1989.

um corpo não eleito. A atuação do Judiciário, entretanto, é restrita e específica; “na medida em que as cortes são balanceadas [*checked*] pelos poderes políticos dessas muitas maneiras (*ex ante*, por meio de nomeações; *ex post*, por meio de respostas legislativas e constitucionais), as cortes não têm capacidade ilimitada para irem contra as correntes majoritárias” (COMELLA, 2009, p.97, tradução da autora).

O espaço para atuação do Judiciário é constrangido, portanto, por seu desenho institucional. Análogo ao processo de emendamento, o controle de constitucionalidade nos diferentes países apresenta grau significativo de variação. Ginsburg (2003) lista o procedimento de mais de 60 países e define 5 dimensões nas quais os sistemas de revisão judicial variam: acesso à corte¹⁷; efeito e timing da decisão judicial; mecanismos institucionais de *accountability* ao ambiente político; tempo de mandato dos juízes; e o tamanho da corte. “Graças a numerosas dimensões em que o desenho institucional do sistema de revisão judicial pode variar, existe uma matriz quase infinita de configurações, e não há duas cortes que compartilhem exatamente do mesmo desenho e ambiente institucional.” (GINSBURG, 2003, p.48, tradução da autora).

Além de considerar a existência e o desenho institucional do poder de revisão e controle constitucional, a operacionalização do controle de constitucionalidade deve considerar o grau de ativismo das cortes. Isso porque “o impacto da revisão judicial depende somente em parte da sua existência formal e muito mais vitalmente no vigor e frequência de seu uso pelas cortes, especialmente cortes constitucionais e suprema” (LIJPHART, 1999, p.225, tradução da autora). Portanto, assim como aconteceu com a análise do emendamento constitucional, o efetivo grau de utilização do controle constitucional é tão importante quanto sua existência, pois relata substantivamente sua utilização pelos atores.

Apesar dos estudos de caso de cortes extremamente ativas e razões identificáveis para adoção de um judiciário com poder de controle constitucional, sabe-se muito pouco sobre as condições que levam ao seu exercício efetivo (GINSBURG, 2003, p.10) e a observância (*compliance*) dos atores à decisão judicial. Lijphart (1999, p.228), por exemplo, identifica empiricamente que países com o modelo concentrado têm tendência a um controle judicial mais ativo. Tal tendência está de acordo com a defesa feita por Comella (2009) de que modelos concentrados são mais aptos à superação da timidez do judiciário. Taylor (2007, p.231) por sua vez, sublinha que sendo o Judiciário inerentemente passivo, sua atuação depende não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos

¹⁷ A escolha entre o modelo concentrado ou difuso é colocada pelo autor como uma de acesso.

padrões da disputa política. Além disso, é problemático medir o ativismo judicial. Mensurá-lo apenas pelo número de leis julgadas inconstitucionais subestima qualquer diálogo ocorrido entre os poderes antes do julgamento final. Isso seria sensível especialmente nos países que adotam um modelo fraco de controle constitucional, descrito por Tushnet (2011).

O poder político do Judiciário permite que este impeça legislação em contradição à constituição, por meio do controle de constitucionalidade. Permite ainda que faça interpretação do texto constitucional, atualizando-o e esclarecendo seu significado. Assim, o Judiciário torna-se fundamental para entender como se dá a defesa e a mudança das constituições. A utilização desse poder, entretanto, é constringida pelo seu desenho institucional e pelos outros poderes, que interagem e condicionam seu efeito real. Em alguns países, aponta-se para o “governo dos juízes” e critica-se a judicialização da política; em outros, aponta-se a fragilidade da independência do judiciário. É claro, no entanto, que o Judiciário está predominantemente presente na política constitucional, e esta fica ainda mais interessante quando países adotam procedimentos de emendamento pela via legislativa e o controle de constitucionalidade via Judiciário.

2.3.4 Emendamento & Controle de constitucionalidade

Há uma relação lógica entre as variáveis rigidez constitucional e controle de constitucionalidade:

Se existe um forte controle de constitucionalidade mas a constituição é flexível, a maioria da legislatura pode facilmente responder à declaração de inconstitucionalidade emendando a constituição. Semelhantemente, se a constituição é rígida mas não é protegida pelo controle de constitucionalidade, a maioria parlamentar pode interpretar qualquer lei questionavelmente constitucional que queira aprovar como simplesmente não estando em violação da constituição. (LIJPHART, 1999, p.228, tradução da autora)

Lijphart encontra em seu estudo relação empírica entre elas (LIJPHART, 1999, p.229). Um exemplo recente dessa interação deu-se no Brasil e é relatada por Arantes e Couto:

Vale destacar que pelo menos uma das emendas constitucionais do período recente [no Brasil] diz respeito a uma reação do Legislativo à intromissão do Judiciário no jogo político. Trata-se da EC 52, de 08/03/2006, que ampliou a liberdade de organização partidária, incluindo a prerrogativa de definir coligações sem obedecer ao princípio da “verticalização” que havia sido imposto pelo Judiciário nas eleições de 2002. (2008a, p.11)

Outra possível consequência da interação entre emendamento e controle de constitucionalidade é o desacordo entre legisladores e o Judiciário sobre a proposição de que uma legislação ordinária é inconsistente com as normas constitucionais.¹⁸ Na Turquia, a corte suprema daquele país invalidou duas emendas constitucionais que haviam sido aprovados com oitenta por cento do parlamento (441 dos 550 parlamentares do país) (JACOBSOHN, 2009, p.16). Neste caso, a Corte considerava o secularismo como princípio irrevogável, e, portanto, emendas introduzindo a possibilidade do uso de véus nas universidades contradizia tal princípio constitucional.¹⁹ O Parlamento, por sua vez, aceitava que o secularismo era irrevogável e acreditava que o emendamento era na verdade compatível com o princípio do secularismo e, mais, compatível com o comprometimento ao republicanismo, e a Corte estaria em desacordo com este princípio e avançando para além dos seus poderes, que era restrito à avaliação formal das leis (JACOBSOHN, 2009, p.18-21).

De um lado, a Turquia exemplifica a superconstitucionalidade, no qual inclusive as emendas constitucionais propostas pelos outros poderes estão sujeitas à revisão judicial. Por outro lado, certas constituições definem que certos pontos não devem ser utilizados nas cortes (não justicáveis), da mesma maneira em que há aquelas em que há questões inalteráveis, mesmo via emendamento. Essas limitações quanto a possibilidade de emendamento e utilização pelas cortes podem estar definidas pelo texto constitucional (como em Portugal, na Alemanha e no Brasil) ou podem ser instituídos pelo próprio poder Judiciário (como na Índia e na Turquia).

A mudança constitucional é fundamental para o funcionamento das democracias constitucionais. Por meio de emendas constitucionais, é possível resolver parte da tensão entre constitucionalismo e democracia, ao possibilitar que a constituição torne-se responsiva às maiorias legislativas, ao mesmo tempo que apresenta custos altos que impeçam a alteração irresponsável do texto. Mais, é possível adaptar o texto a mudanças políticas e econômicas não previstas, e aperfeiçoá-lo em relação a instituições que não possuem o desempenho esperado. As emendas também retiram dos juízes a exclusividade sobre a mudança constitucional que seria feita pela interpretação constitucional. Caso o grau de dificuldade das mudanças via emenda seja muito alto, o Judiciário ganha importância pelo papel exercido na

¹⁸ Tushnet (2011, p.5) chama atenção para esse ponto, e aponta Jeremy Waldron (2006) como o autor mais enfático quanto às implicações do desacordo para o controle de constitucionalidade.

¹⁹ Para demonstrar o agravo da questão, apenas 22% da população apoiava a proibição do uso do véu (KURU, 2009, *apud* JACOBSOHN, 2009, p.16, nota de rodapé 35).

interpretação constitucional e no controle de constitucionalidade, caso este exista e seja viável.²⁰

O texto constitucional está, portanto, protegido das frequentes mudanças pela capacidade em mobilizar atores em sua defesa, pelas dificuldades de emendamento e pelo controle de constitucionalidade, e ao mesmo tempo está salvo da obsolescência por permitir seu aperfeiçoamento via emendamento e revisão judicial. Para definir a importância da constitucionalização de temas no que concerne à sua estabilidade, é preciso ainda entender as interações entre as diferentes escolhas institucionais, como esta seção procurou demonstrar.

A mudança constitucional está condicionada ainda pelos diversos assuntos (*issue areas*) sobre os quais o texto constitucional versa e seus padrões específicos de articulação de interesse (MELO, 1996, p.3). Utilizar o conteúdo da própria Carta como variável independente quando da análise das mudanças constitucionais não é comum. Essa é a sugestão feita pelos pesquisadores Rogério Arantes e Cláudio Couto²¹. Ao explicar o constante emendamento da Constituição brasileira, os autores argumentam que o conteúdo da Carta compele os atores políticos daquele país a alterá-la.

O conteúdo da constituição importa. Todas as mudanças contextuais que precisam ser refletidas na constituição por meio de emendamento ou interpretação judicial, só engendram de fato mudanças constitucionais caso o texto contenha dispositivos sobre aquelas. Quando há alterações na legislação eleitoral, exemplo de tema não comumente constitucionalizado, não há por que preocupar-se em refletir a mudança na constituição, já que o tema não está lá no primeiro momento. Parte dos argumentos contra a constitucionalização de alguns direitos, como veremos abaixo, defende que eles são vagos demais para serem constitucionalizados. Esses são indícios de que o tipo e o conteúdo do constrangimento constitucional importa para

²⁰ “Delegados também esperam que a mera presença de um processo de emendamento mais flexível influencie o comportamento judicial ao permitir que juízes bem-intencionados exerçam um papel reduzido em atualizar disposições constitucionais. A ideia era que alguns juízes tinham exercido um papel ativo na interpretação constitucional em parte como consequência da rigidez do processo de emendamento constitucional. [...] Uma vez que o processo de emendamento fosse mais acessível, os juízes estariam livres para renunciar seu papel como principal guardião da constituição e permitiriam outros atores públicos [*public officials*] a exercer maior papel nesse sentido.” (DINAN, 2006a, p.50, tradução da autora)

²¹ Inaugurando a fase da literatura de mudança constitucional que considera o conteúdo constitucional como variável independente de forma sistemática, Arantes e Couto desenvolvem uma unidade de análise passível de quantificação e qualificação, e que não está sujeita à distorção por razões linguísticas (como está a utilização do número de palavras e sua decorrente necessidade de tradução para uma mesma língua para efeitos comparativos). O trabalho dos autores será abordado em profundidade abaixo. Por ora, é o avanço teórico e metodológico promovido por eles vale reconhecer.

a dinâmica constitucional, o funcionamento do jogo político e para o próprio objeto constitucionalizado.

Portanto, se nesta seção trabalhei a dinâmica de alteração do texto constitucional, na próxima trabalharei com a substância deste, que condiciona e por vezes motiva os atores a promoverem mudanças constitucionais. Por serem de diferentes naturezas, os diversos dispositivos estarão sujeitos à dinâmica própria, à qual irá interagir com a sua condição constitucional.

2.4 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A seção anterior discutiu diferentes maneiras pelas quais se dão mudanças constitucionais e nos informa de que maneira o texto constitucional é protegido de mudanças em seu conteúdo. Parte das mudanças são suscitadas pelo conteúdo ele mesmo, uma vez que eles podem apresentar imperfeições, não corresponder à realidade do país ou estar em desacordo com as preferências da maioria no poder. As constituições modernas avançam cada vez mais para assuntos que não são necessariamente constitucionais de acordo com o constitucionalismo liberal, com importantes implicações para as constituições em si, para o jogo político e para as diferentes disposições contidas no texto. Seguindo a literatura, faço a distinção entre três categorias de disposição constitucional – definições do Estado e regras do jogo, direitos e políticas públicas. Foco esta seção nas duas últimas categorias e procuro estabelecer de maneira breve as relações entre o conteúdo constitucional e o constitucionalismo e quais as implicações do *status* constitucional dos diferentes dispositivos.²²

2.4.1 Direitos

A constitucionalização de direitos é amplamente utilizada tanto para proteger a democracia (como a proteção do direito ao voto e à liberdade de expressão) como para protegê-los da democracia: “Disposições de direito [*Rights provisions*] são desenhadas para cercar certas áreas do controle majoritário, mas elas também servem funções diferentes. [...] O *status* de

²² Decidi por não discutir as regras do jogo e definições do Estado aqui pelo bem da brevidade e por considerar que a imensa maioria da literatura de constitucionalismo dedica-se a seu estudo. Os direitos, por sua vez, possui uma discussão mais interessante, contribui para compreender elementos que também aparecem no estudo das políticas públicas, como possíveis consequências nefastas ao sistema político e o fato de não serem autoaplicáveis, e interage com as políticas públicas ao precisar delas para sua efetivação.

tais interesses como direitos reflete, em maior ou menor grau, uma desconfiança na democracia.” (SUNSTEIN, 1988, p.327, tradução da autora).

Os direitos políticos e civis são comumente associados à manutenção da democracia à defesa do cidadão *vis-à-vis* o Estado e por isso são pouco controversos quanto à sua constitucionalização. Porém, é cada vez mais consensual que certos direitos materiais e de acesso ao bem estar sejam assegurados para que a participação no jogo democrático seja garantida:

A Polity democrática requer que certos direitos materiais e de acesso ao bem estar sejam assegurados, como forma de promover a adesão de todos ao pacto democrático. Tais direitos materiais podem ter origem mais liberal – como os direitos à propriedade e à segurança – ou mais social – como os direitos à educação ou a serviços públicos voltados à promoção da equidade, constituindo aquilo que hoje se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito. (ARANTES E COUTO, 2008a, p.13)²³

Dessa forma, os direitos são um tipo fundamental de provisão constitucional, os quais devem ser protegidos, especialmente nas democracias. James Madison era bastante ambivalente sobre a possibilidade de o texto constitucional ser suficiente para limitar os governos contra abusos de poder (KEITH; TATE; POE, 2009, p.644). Sanford Levinson cita Madison e *O Federalista 48*, e argumenta que da mesma maneira que determinações da separação de poderes no papel não seriam suficientes para impedir a concentração de poderes, o mesmo poderia ser argumentado para a defesa dos direitos via disposição constitucional (LEVINSON, 2010, p.3). Entretanto, presumidamente os regimes seriam mais reticentes em abusar de direitos que estão claramente listados e publicamente acordados, especialmente se há um judiciário independente. Porém, a constitucionalização desses direitos pode ser apenas fachada²⁴, e seu efeito é comumente exagerado.²⁵

²³ A distinção entre direitos civis, políticos e materiais por vezes é substituída pela distinção dicotômica entre direitos positivos e negativos quando trata-se da sua constitucionalização. A definição difundida na literatura, resumidamente, defende que os direitos negativos limitam o escopo de ação do governo, enquanto os direitos positivos dependem da ação do governo para seu *enforcement* (DINAN, 2006b, p.184). Apesar de contestável, a distinção é válida pela simplicidade e pela ampla utilização, e será adotada daqui em diante.

²⁴ Howard (1991, p.3), citado em Keith, Tate and Poe (2009, p.645). HOWARD, A. E. Dick. “The Essence of Constitutionalism.” In: *Constitutionalism and Human Rights: America, Poland, and France: A Bicentennial Colloquium at the Miller Center 3*, ed. Kenneth W. Thompson and Rett R. Ludwikowski Lanham, MD: University Press of America, 1991, pp.18–30.

²⁵ Epp (1998, p.13), citado em Keith, Tate and Poe (2009, p.646). EPP, Charles R. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

Parte da crítica direcionada à constitucionalização de direitos é resultado de sua proeminência na política constitucional.

Muito frequentemente, eu acredito, as pessoas tendem a bocejar em discussões de assuntos como o unicameralismo *versus* bicameralismo ou o número de votos que deve ser preciso, em um sistema presidencial, para sobrepor um veto presidencial (assumindo que o presidente tenha poder de veto, o que dificilmente é uma proposição indiscutível [*self-evident*]) e animam-se apenas quando a discussão destina-se à liberdade de expressão ou religião, ao direito de raça, etnia, ou gênero, ou, naturalmente, à proteção concedida ao direito de propriedade. Esse é um erro profundo. (LEVINSON, 2010, p.2, tradução da autora)

Levinson é crítico ainda da visão contemporânea de que a função mais importante das constituições seja garantir e assegurar a implementação de direitos importantes. O autor é cético quanto se “é realístico esperar que Judiciários ‘independentes’ sejam efetivos guardiães dos direitos constitucionais caso eles não tenham significativo apoio popular” (LEVINSON, 2010, p.4, tradução da autora). Esse ponto é defendido por Cross (2001). O autor argumenta que a constitucionalização de direitos positivos é um erro do ponto de vista de quem os defende. Tal erro é explicado pelo autor a partir do entendimento pragmático do funcionamento do governo, especialmente do Judiciário, e não de uma filosofia moral (CROSS, 2001, p.858).

Cross defende que a constitucionalização é ineficiente, pois: (a) o Judiciário não tem habilidade de remediar e fazer com que os direitos sejam reconhecidos (p.880), (b) os direitos não são autoaplicáveis [*self-enforced*], portanto é preciso ter recursos para ativar o Judiciário – e os que mais precisam dos direitos positivos não têm os recursos, e não poderiam ser pensadas maneiras de o governo provê-los, pois é o próprio governo que está sendo processado ou, caso o fizesse, o direito seria supérfluo (p.881); (c) direitos positivos não seriam agressivamente implementados [*enforced*] pelas cortes, pois estas não são totalmente independentes (p.887); e (d) a constitucionalização pode ser ter efeito indesejado pelos defensores dos direitos positivos caso estes sejam interpretados e executados por um Judiciário conservador (CROSS, 2001, p.862).

Levinson e Cross discutem os mecanismos que a constitucionalização de direitos ativa para protegê-los. Seu foco é correto no que apontam que o Judiciário não irá contra as forças políticas e sociais para defender um direito constitucionalizado. Como argumentado acima, constituições não são instrumentos essencialmente legais, sim políticos e sociais.

Assim, Keith, Tate e Poe (2009) enfatizam também outro Madison, o constitucionalista, confiante nas proteções constitucionais (p.645). Os autores conduzem uma análise empírica comparativa temporal e entre países na área de direitos humanos para tentar responder se provisões constitucionais contra o abuso desses direitos são apenas *parchment barriers* (como defenderia o Madison cético) ou se, de fato, a adoção de provisões constitucionais defendem os indivíduos contra tortura, desaparecimentos e mortes por causas políticas (como acreditaria Madison constitucionalista). Os autores conseguem identificar estatisticamente benefícios advindos da constitucionalização que seriam difíceis de serem alcançados por outros meios menos manipuláveis do que a provisões constitucionais (KEITH; TATE; POE, 2009, p.658). Ainda que não seja possível garantir completamente que tais provisões serão suficientes, a tentativa “não é inadequada nem inteiramente inútil” (MADISON, 1789, *apud* KEITH; TATE; POE, 2009, p.659, tradução da autora).

É intuitivo, ainda, que diferentes provisões vão engendrar diferentes tipos de apoio e reação por parte dos atores políticos. É de se esperar que um ataque à independência do Banco Central (que na maioria dos países faz parte do ordenamento, mas não está incluído no texto constitucional) tanto requer quanto incita o apoio de atores que não são mobilizados quando há uma violação no direito de portar armas. Assim, a frustração de Levinson sobre quais assuntos incitam discussões está claramente ligada ao conteúdo diverso das constituições e aos diferentes atores mobilizados por aquele.

O texto constitucional estabelece e clarifica limites sobre os quais os atores devem se organizar. Por isso, o poder Judiciário não é o único guardião da constituição e, portanto, não é apenas a possibilidade daquele garantir os direitos que deve balizar a análise de sua constitucionalização. De fato, Keith, Tate e Poe (2009, p.654) mostram como o judiciário em tempos de crise não consegue agir como defensor dos direitos. Mas como os autores demonstraram, a adoção de direitos constitucionais ajuda a movimentar as sociedades em direção a eles. Lutz (2006, p.9) aponta como constituições são “*self-fulfilling prophecies*”.

A fragilidade do Judiciário na defesa dos direitos apontada por Levinson e Cross traz à luz, por exemplo, o porquê de defensores dos direitos positivos estarem dispostos a torná-los não justicáveis. A não judicialização dos direitos mitiga críticas voltadas à inabilidade do Judiciário em tomar decisões de política pública, evitaria sua politização e congestionamento do sistema legal resultantes da constitucionalização de direitos (CROSS, 2001). Os casos

paradigmáticos da constitucionalização de direitos não justicáveis são das Constituições de Índia e Irlanda.²⁶

A despeito da limitação constitucional contra a atuação do Judiciário indiano sobre direitos materiais, o próprio Judiciário resolveu estender os limites de seus poderes, e a disputa com o Parlamento sobre esse poder foi acomodado, mas não resolvido, por volta da década de 1970. Da mesma maneira, Howard (1996, p.408) aponta que juízes irlandeses estão dispostos a considerar direitos do Artigo 45, mesmo que obliquamente. “Mesmo que uma disposição constitucional não seja executável em si mesma não significa que necessariamente não terá nenhum efeito.” (HOWARD, 1996, p.408, tradução da autora).

Um dos motivos para defender a não constitucionalização de direitos positivos seria sua “substantiva indeterminação” (CROSS, 2001, p.901). Dinan (2006b) descreve como, na verdade, a defesa desses direitos nos estados norte-americanos esteve ligado a demonstrar como também os direitos negativos são vagos e, portanto, tal questão não deveria invalidar os primeiros. De fato, o direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos é também revisitado à luz de novas experiências – como nas questões recentes de vídeos de tortura animal²⁷, financiamento de campanha²⁸ e a recorrente disputa sobre a queima de bandeira²⁹ – e isso não faz com que o direito perca força, aparentemente acontece o oposto. Os direitos positivos não parecem ser tão diferentes dos negativos quanto à sua indeterminação visto que é de esperar que os juízes – se e quando – forem chamados a aplicar os direitos constitucionalizados, irão utilizar suas preferências ideológicas nas duas categorias, não apenas em relação aos direitos positivos, como argumentaria Cross (2001).

Uma solução utilizada para superar a crítica à constitucionalização de direitos e ao mesmo tempo impedir que juízes conservadores impeçam reformas no avanço de direitos é a constitucionalização de cláusulas permissivas, que autorizam explicitamente que o Legislativo decida sobre o assunto (DINAN, 2006b, p.194). Essas cláusulas variam no nível de especificidade, que pode ser fundamental para evitar que uma mudança ideológica da

²⁶ Agradeço a Lincoln Noronha pela nossa frutífera conversa sobre direitos não justicáveis, especialmente no caso indiano.

²⁷ Em 1999, Clinton assinou uma lei federal contra vídeos em que animais sejam feridos ou mortos. A Suprema Corte julgou a lei inconstitucional em abril deste ano (LIPTAK, 2010a).

²⁸ Em janeiro de 2010, a Suprema Corte rejeitou o limite às contribuições de pessoa jurídica nas campanhas políticas nos Estados Unidos, derrubando precedentes de decisões anteriores (LIPTAK, 2010b).

²⁹ Desde 1989, quando a Suprema Corte protegeu a queima da bandeira com base na Primeira Emenda, a questão está sob disputa, sendo proposto emendamento constitucional sobre o assunto (HULSE; HOLUSHA, 2010).

Suprema Corte seja suficiente para que uma política para atingir um direito seja terminada pelo Judiciário, possibilidade apontada em Cross (2001, p.56).

A constitucionalização de direitos reflete a escolha sobre quais deles estão mais bem seguros e mais protegidos por meio do Legislativo ou de provisões constitucionais. Além de fazerem parte da garantia da democracia – viabilizando um jogo mais competitivo porque mais inclusivo e igualitário, e mantendo a adesão ao pacto –, direitos fazem parte da própria viabilidade da *polity*, como nos direitos linguísticos (KLYMKA; PATTEN, 2003) e até ambientais (HOWARD, 1996). A literatura aponta que a constitucionalização, mesmo considerando a natureza vaga e não *self-enforceable* dos direitos, tem sido capaz de efetivar os direitos e mobilizar os atores em sua defesa.

Os direitos constitucionalizados constituem um dos níveis de constrangimento ao Estado. O avanço no sentido da constitucionalização de direitos positivos alarma alguns, que enfatizam essencialmente seu custo de *enforcement* ao judiciário. Duas saídas parecem possíveis para esse tipo de crítica. A não judicialização dos direitos, que parcialmente desfavorece-os, e a sua operacionalização na própria constituição. Tal operacionalização constitui um terceiro nível de constrangimento, as políticas públicas.

2.4.2 Políticas Públicas

Nas democracias constitucionais, as constituições usualmente descrevem as relações entre Estado e sociedade, a distribuição de poder entre diferentes poderes e níveis de governo, e limitam a ação do governo em certas áreas, especialmente em áreas de direito relacionadas aos direitos de participação política. Algumas constituições, no entanto, avançam para a constitucionalização de direitos como sociais e ambientais, usualmente áreas sobre as quais o Legislativo exerce primazia.

Além de retirarem área de atuação dos governos, a constitucionalização de direitos, especialmente mas não exclusivamente dos positivos, requerem ação dos governos para que sejam garantidos. Por vezes, a própria constituição dá diretivas para essa ação, guiando a atuação dos governos. O artigo 230 do Capítulo VII da Constituição brasileira parece um bom exemplo dessa situação:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL, 1988)

O direito da pessoa idosa é defendido no caput do artigo. Os parágrafos, no entanto, passam a definir maneiras específicas pelas quais o direito será exercido. O parágrafo 2, por exemplo, refere-se especificamente ao direito da pessoa idosa quanto aos transportes urbanos coletivos. Se os direitos positivos eram acusados de serem pouco definidos, o artigo acima indica exatamente o que os governos devem ou não fazer. Para além de definir o direito da pessoa idosa, o artigo define parte da política pública nacional direcionada à pessoa idosa.

A constituição tem influência decisiva sobre as políticas públicas, especialmente ao definir as regras do jogo político e os limites da legalidade das decisões do jogo. As definições do Estado e das regras do jogo político, conteúdo por excelência das constituições, são estruturais para as políticas públicas: as diferentes escolhas institucionais alteram as estruturas de decisão, incentivo e responsabilização sobre a formulação e implementação de políticas públicas.

Com a constitucionalização de direitos e imposição de limites às ações dos governos, as constituições modernas são ainda mais presentes na formulação de políticas públicas, pois passar a demandar ou restringir ações dos governos. A constitucionalização do direito à educação, por exemplo, exigirá uma política pública de educação por parte dos governos do país quando diferentes atores se mobilizarem para garanti-lo, ainda que a política exata a ser adotada esteja sob disputa no jogo político. Da mesma maneira, a ausência do reconhecimento de um direito na constituição pode ser suficiente para atores acionarem o Judiciário contra o encaminhamento de políticas públicas, caso o controle de constitucionalidade seja possível. A constitucionalização abre possibilidades, ferramentas e, no mínimo, representa um ponto focal para a organização dos atores em demandar ação dos governos. É esperado que alguns atores utilizem e garantam mais uns direitos do que outros, e esta é sua prerrogativa.

A dimensão estrutural e substantiva das constituições para as políticas públicas são importantes e merecem atenção e diálogo sistemático entre a literatura de constituições e de políticas públicas. Me ocupo, no entanto, de uma terceira dimensão. O aspecto da influência

constitucional para as políticas públicas para a qual chamo atenção neste texto é quando a constituição contém nela mesma matérias usualmente sujeitas ao jogo político.

Couto e Arantes, no conjunto de seu trabalho brevemente introduzido acima, sistematicamente avançam o estudo da constitucionalização de políticas públicas. Sob a perspectiva do constitucionalismo liberal e partindo da rejeição ao argumento formalista, compartilhado aqui, de que tudo o que está na constituição deve ser considerado constitucional, os autores propõem uma distinção entre dispositivos de *polity* e *policy*. Essa distinção é feita com base na definição do que é caracterizado como definidora da *polity* democrática e o que é objeto de disputa política, e é portanto conjuntural, não devendo ser parte da constituição.

A definição da *polity* democrática para Arantes e Couto é baseada em quatro pilares: 1) definições de Estado e Nação; 2) direitos individuais e de participação política; 3) regras do jogo; 4) direitos materiais orientados para o bem-estar e a igualdade. De acordo com estes pilares, cabe à Constituição definir: a estrutura básica do Estado e os contornos da nação; os direitos de liberdade, por meio dos quais os indivíduos se protegem reciprocamente e perante o próprio Estado, e os direitos de participação política, por meio dos quais os indivíduos podem influir nas ações do Estado e nos destinos da própria sociedade; os procedimentos por meio dos quais se preenchem os cargos públicos, as relações entre órgãos e níveis de governo; e um mínimo de direitos que garantam adesão de todos ao pacto democrático (ARANTES; COUTO, 2008b, p.33). Essas definições devem ser marcadas pela consensualidade e pela sua generalidade, constituindo os parâmetros da disputa a ser travada pelos atores políticos, que os autores chamam de *polity*. Questões específicas e controversas devem ser deixadas ao plano infraconstitucional, no qual os diferentes grupos disputam para estabelecer esta ou aquela política, sem que essa política seja imposta pela Constituição aos grupos vencedores no futuro, constituindo o que os autores denominam *policy*.

Vale, então, distinguir entre três dimensões do arcabouço institucional e da dinâmica política das democracias: a *polity* é formada pelas estruturas do regime, compreendendo os direitos individuais e as regras do jogo político; a *politics* é a competição política; e *policies* são as decisões concretas de governo (COUTO; ARANTES, 2006, p.46), como demonstrado no Quadro 1 abaixo.

DIMENSÃO	NATUREZA	DENOMINAÇÃO	CARACTERÍSTICA SUBSTANTIVA	CARACTERÍSTICA FORMAL
NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL	Parâmetros Gerais do Jogo Político (Estrutura)	<i>Polity</i>	Consenso mínimo pactuado entre os diversos atores políticos	Generalidade, relativa neutralidade
EMBATES E COALIZÕES POLÍTICAS	Jogo Político	<i>Politics</i>	Relacionamento dinâmico entre os atores políticos	Conflito e/ou Cooperação.
NORMATIVIDADE GOVERNAMENTAL	Resultados do Jogo Político (Conjuntura)	<i>Policy</i>	Vitória/Derrota de diferentes atores políticos	Especificidade, controvérsia

Quadro 1 – Natureza das Dimensões Ideais do Processo Político Democrático

Fonte: COUTO E ARANTES, 2006, p.46.

Constituições que contém apenas dispositivos do tipo *polity* correspondem ao que é chamado de constituições tipo *framework*, enquanto aquelas com políticas públicas podem ser definidas como *policy-oriented* (ARANTES; COUTO, 2010, p.552) ou *code-of-law* (LUTZ, 1994, p.364).

A classificação do texto entre *polity* e *policy* é dinâmica, e a classificação pode mudar ao longo do tempo em virtude de mudanças sociais, econômicas e técnicas (ARANTES; COUTO, 2010, p.572). Além da característica temporal, é importante ressaltar a perspectiva comparada da distinção: “É claro que para dizer o que é efetivamente *policy* ou *polity*, numa dada realidade nacional, é preciso ter em vista a sociedade de que se trata. Uma questão irrelevante do ponto de vista constitucional num caso, pode assumir imensa importância noutro.” (COUTO, 2001, p.36).

Analogamente à constitucionalização de direitos, a constitucionalização de políticas públicas reflete a escolha dos atores políticos pelo que é mais bem seguro e protegido por meio da ação Legislativa ou via provisão constitucional.³⁰ Como qualquer outra provisão constitucional, o momento da constitucionalização pode ser na elaboração constitucional ou via emendamento. O momento constituinte pode ser propício para a constitucionalização de políticas públicas, caso as características do processo facilitem a inclusão de interesses particularistas (COUTO; ARANTES, 2006, p.44), ou as políticas sejam respostas às causas das crises que levam a momentos constituinte. Via emendamento, a constitucionalização pode ser ou uma resposta da maioria no governo à pressões populares para a manutenção e cristalização no tempo da

³⁰ É claro que os casos de política pública que são consideradas *polity* quando constitucionalizadas não se encaixam nesse raciocínio.

política a ser constitucionalizada, ou um modo de proteger a política das tentativas de mudança feitas pela oposição.

Couto (2001, p.43) chama a atenção para como a constitucionalização de políticas pode fazer com que a constituição seja antidemocrática:

Limitar os governos é uma das funções de textos constitucionais. Criam-se restrições e comprometimentos para evitar que maiorias eventuais ou governantes audazes restrinjam liberdades cidadãs, espezinhem direitos, oprimam minorias. [...] Que a limitação se dê tendo em vista a preservação da *polity* poliárquica é uma condição da continuidade do próprio jogo em que o *demos* influi nas decisões de governo, viabilizando uma exigência democrática: a de que minorias possam tornar-se maiorias, ciclicamente. Mas se decisões de governo, *policies*, são elas próprias congeladas por eventuais maiorias (mesmo que dilatadas), estaríamos novamente restringindo liberdade, tornando estrutural o que, por natureza, deveria ser conjuntural numa democracia.

Com a constitucionalização de políticas, um governo terá que formar coalizões que superem os requisitos para alteração do texto constitucional para implementar sua agenda de governo, além de superarem a resistência de grupos organizados em defesa da constituição. Apesar de isso poder ser apontado como positivo, ao elevar o grau de consensualismo do jogo político, também é possível prever que haverá retardamento das decisões, com possível perda de eficácia governamental; as minorias do Legislativo podem ganhar força extraordinária (ARANTES; COUTO, 2010) e a alteração de partidos no poder pode não ser traduzida em alterações em política pública pela incapacidade de alterar políticas constitucionalizadas. Analogamente à constitucionalização de direitos, a incorporação de políticas públicas tem também consequências no funcionamento e no poder do Judiciário, que pode ser acionado com mais frequência e sobre mais assuntos. Ao incorporar políticas públicas, as constituições podem passar a sofrer constantes mudanças, pois a constitucionalização faz com que a implementação das políticas governamentais acabe tendo como lugar a Constituição; como as políticas podem perder sua eficácia ou não corresponder ao grupo político eleito, instala-se o emendamento. Se a hipótese de alteração frequente não puder ser realizada – por uma dificuldade excessiva de emendamento ou a não formação dos requisitos necessários para alterá-la –, é possível que haja um repúdio ao ordenamento constitucional (ARANTES; COUTO, 2010). As consequências da constitucionalização de políticas públicas para o jogo político e para a própria constituição podem ser nefastas: “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.” (ARANTES; COUTO, 2010, p.577).

Como vimos, podemos classificar os diferentes tipos de dispositivos constitucionais em definições do Estado e regras do jogo, direitos e políticas públicas. Cada um desses tipos tem uma natureza diferente, desempenhando e gerando diferentes relações entre Estado-sociedade e entre os poderes de Estado. Partindo do constitucionalismo liberal, Arantes e Couto combinaram os primeiros dois tipos e propuseram, via sua Metodologia de Análise Constitucional, uma tipologia dicotômica em que a classificação dos dispositivos fosse feita entre *polity* e *policy*. A análise dos autores é inovadora, e foca nas consequências da constitucionalização de políticas públicas para o jogo político e para a própria constituição. A análise sugerida nesta dissertação avança no sentido de entender as consequências da constitucionalização das políticas públicas para a própria política constitucionalizada, especificamente no que concerne à sua continuidade.

As constituições, portanto, podem influenciar as políticas públicas não apenas por prover a estrutura sobre a qual elas serão desenhadas e até onde elas devem ou podem chegar, mas também por estas estarem incorporadas naquelas. Para aprofundar o entendimento das consequências da constitucionalização de políticas para o jogo político, para a constituição que as incorpora, e para as próprias políticas constitucionalizadas – meu objeto nesta dissertação, custa saber mais sobre a natureza e a dinâmica das políticas públicas, assunto do próximo capítulo.

3 FUNCIONAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O intuito desta dissertação é compreender de que forma a constituição afeta a continuidade das políticas públicas que encontram-se constitucionalizadas. Iniciei o segundo capítulo discutindo a natureza das constituições e os princípios do constitucionalismo liberal, que tomam forma durante o processo de elaboração das constituições. Na seção 2.3, discuti as diferentes possibilidades de mudança constitucional, que nos informam o grau de proteção que a constituição provê aos seus dispositivos. Para além das regras de mudança constitucional, as razões e tendências da mudança constitucional estão intimamente ligadas com a natureza dos diversos dispositivos do texto, os quais agrupei em definições de Estado e regras do jogo, direitos e políticas públicas. A seção 2.4, portanto, lidou com o conteúdo das constituições e mostrou de que maneira tipos diferentes de provisões constitucionais podem engendrar diferentes relações com os elementos levantados nas seções anteriores. O terceiro e presente capítulo complementa a seção 2.4 ao investigar mais a fundo o funcionamento das políticas públicas – mais especificamente no que diz respeito à sua continuidade. Agora, procuro entendê-las em si, sem relação com a constituição, para que no quarto capítulo possa derivar as consequências da constitucionalização para a continuidade de políticas.

Início este capítulo com uma seção breve sobre o estudo das políticas públicas, defino o conceito de política pública e apresento sucintamente os diferentes momentos da formulação e implementação de políticas. Essa apresentação inicial se justifica para lembrar sobre a importância dos atores e de seus arcabouços conceituais na formulação e alteração das políticas, e os elementos-chaves do processo de formulação e implementação de políticas, especialmente as dificuldades que se impõem no momento de implementação daquelas. Esses elementos perpassam a discussão deste e do próximo capítulo. A segunda seção, mais extensa e esmiuçada, reúne a discussão sobre continuidade e mudança das políticas. Estabeleço as fontes de continuidade quando estas estão submetidas ao jogo político ordinário. Esta seção é fundamental para o capítulo que segue, que alia a dinâmica imposta pela constituição às políticas públicas, que trazem consigo suas próprias características.

3.1 POLÍTICA PÚBLICA

A disciplina de políticas públicas é relativamente recente, tendo sido desenvolvida no pós-Segunda Guerra nos Estados Unidos e na Europa. Seu foco analítico está na “identificação do

tipo de problema que a política pública visa corrigir, na chegada desse problema ao sistema político (*politics*) e à sociedade política (*polity*), no processo percorrido nessas duas arenas, e nas instituições/regras que irão modelar a decisão e a implementação da política pública” (SOUZA, 2007, p.84). As perspectivas de análise de políticas públicas são balizadas pelas perspectivas de análise do Estado e da sociedade, gerando teorias explicativas essencialmente diferentes. São muitas as definições do termo política pública e seus estágios, e analistas também adotam diferentes abordagens ao processo de política públicas³¹, focando na natureza do regime político, nos determinantes das políticas, no conteúdo das políticas ou seus impactos e resultados.

Usualmente são utilizados os mesmos estágios de atividades no processo, embora não haja consenso sobre o impacto que cada estágio exerce sobre o próximo e o que deve ou não ocorrer em cada estágio (THEODOLOU, 1995, p.86). Souza (2006, p.37) sintetiza os elementos principais das diversas definições e modelos sobre políticas públicas, definindo os termos gerais nos quais utilizo o conceito neste texto:

- A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz.
- A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada nos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.
- A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras.
- A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados.
- A política pública, embora tenha impactos a curto prazo, é uma ação de longo prazo.
- A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.

A política pública é composta por seus objetivos, os instrumentos para que se alcance os objetivos definidos, e os parâmetros ou especificações desses instrumentos. Assim, uma política com determinados objetivos pode ter seus instrumentos escolhidos dentro de uma série deles, instrumentos esses que podem assumir diferentes valores em seus parâmetros. “Por exemplo, se o objetivo da política é aliviar os problemas financeiros dos idosos, o instrumento escolhido pode ser uma pensão para idosos [*old age pension*], e seu parâmetro [*setting*] seria o nível no qual os benefícios forem fixados.” (HALL, 1993, p.278, tradução da autora).

³¹ Para uma valiosa coleção das diferentes teorias de processo de política pública, ver a segunda edição de *Theories of the Policy Process*, editada por Sabatier (2007).

Os instrumentos à disposição dos formuladores de política podem ser classificados de acordo com o nível de presença do Estado na provisão dos bens e serviços em cada instrumento, em um eixo que vai do voluntário ao compulsório (HOWLETT; RAMESH, 1995, cap.4). Os instrumentos totalmente voluntários são aqueles no qual o Estado não exerce nenhuma participação, enquanto os totalmente compulsórios não deixam nenhum espaço para discricionariedade dos agentes privados, existindo uma série de instrumentos híbridos entre estes extremos.

Portanto, em teoria, um governo procurando promover a saúde da população pode deixar inteiramente para a família o provimento de serviços de saúde, com a competência e disponibilidade dos membros da família determinando quem recebe quanto e a que custo. Ou o governo pode ir ao outro extremo e prover serviços de saúde por meio de sua própria agência administrativa, paga diretamente por meio de impostos, sem deixar espaço para o mercado ou outras instituições privadas. Entre os dois extremos existe uma gama de outros instrumentos, incluindo exortar a população a se manter saudável, subsidiar aqueles que são pobres, e regular médicos e hospitais. A tarefa diante do governo é selecionar um instrumento ou uma combinação de instrumentos que seja a mais apropriada para a política sobre a qual se fala, considerando tanto as limitações e capacidades de cada categoria de instrumento, assim como as consequências políticas de seu uso. (HOWLETT; RAMESH, 1995, p.82, tradução da autora)

Os instrumentos são tecnicamente substituíveis, ou seja, a maioria dos objetivos de política pública podem ser atingidos por um variado número de instrumentos. Ainda assim, estes têm graus diferentes de eficiência, eficácia, equidade, legitimidade, efeitos distributivos, e apoio partidário, que afeta a atratividade do instrumento (HOWLETT; RAMESH, 1995, p.83). Por isso, “a escolha do instrumento é muitas vezes tão contenciosa quanto a escolha da política ela mesma” (HOWLETT; RAMESH, 1995, p.81, tradução da autora).

É a entrada dos problemas na agenda governamental que inicia a ação dos governos em torno de sua solução, seja para novas políticas ou para políticas já em andamento.³² Existe uma variedade de fatores políticos, sociais e ideológicos que determinam quais problemas ganham acesso à agenda de políticas públicas governamental (HOWLETT; RAMESH, 1995, p.105).³³ Quando o governo reconhece um problema público e portanto a necessidade de fazer algo a seu respeito, os políticos precisam decidir por um curso de ação, entrando no processo de formulação da política (HOWLETT; RAMESH, 1995, p.122). “O modo como os problemas

³² O conflito político, especialmente o conflito entre ideias, é importante motivação para mudança de políticas já em andamento (PETERS; PIERRE; KING, 2005).

³³ Ver Capella (2007) para os dois principais modelos de formação de agenda presentes na literatura de políticas públicas.

são conceituados no processo de formulação de políticas e as maneiras pelas quais as alternativas são apresentadas e selecionadas são questões fundamentais para a compreensão da dinâmica da ação estatal.” (CAPELLA, 2007, p.121).

E é na implementação das políticas que a decisão é traduzida – ou não – em prática, sendo fundamental o entendimento desse processo para a dinâmica de uma política pública.

Frequentemente uma decisão do governo para “fazer alguma coisa” é vista pelo público como fim da questão. Entretanto, na prática, a decisão de política pública que emerge dos estágios de formulação e adoção desencadeia uma longa e complexa cadeia – o processo de implementação – no qual uma grande variedade de coisas pode dar errado, incluindo, por exemplo, restrições judiciais, abandono pelo público, e resistência por parte daqueles que têm que mudar seu comportamento de modo a respeitar a política. Além disso, existe uma tendência da implementação tornar-se amplamente burocrática e dominada por regras. Assim, não é incomum que a política original seja distorcida, que os objetivos iniciais sejam esquecidos, e que burocratas substituam seus próprios objetivos enquanto implementam as políticas. (THEODOULOU, 1995, p.89, tradução da autora)

Outras razões para a implementação não ocorrer como foi pretendido no processo de formulação e adoção da política são: a natureza do problema que a política tenta solucionar; as condições sociais e econômicas; a disponibilidade de novas tecnologias; as circunstâncias políticas; o aparato administrativo; os recursos políticos e econômicos dos grupos diretamente afetados pela política; e o apoio popular à política (HOWLETT; RAMESH, 1995, p.155).

Mais que isso, a literatura sobre implementação de políticas tem destacado que as burocracias governamentais de fato fazem as políticas públicas por meio da implementação. Isso significa que, para além da atividade de formulação, os distintos níveis de governo têm espaço para tomar uma série de iniciativas independentemente de autorização legislativa. Além disso, os manuais de políticas públicas também nos ensinaram que a formulação de uma política é muito mais do que a obtenção de aprovação legislativa. Posteriormente à aprovação legislativa, as burocracias governamentais têm autoridade para traduzir leis em políticas efetivas, simplesmente pela definição das regras de implementação das políticas. (ARRETCHE, 2001, p.29)

A implementação pode representar um perigo à política no que diz respeito à sua existência (política não ser implementada) ou um desvio em relação ao desenho como inicialmente planejado. Os tomadores de decisão podem adotar diferentes medidas para facilitar a implementação de suas políticas da maneira que ela foi desenhada (HOWLETT; RAMESH, 1995, p.156). Mas o processo de implementação também pode ser entendido como uma

evolução, pois com a prática tira-se aprendizado e correção dos erros (MAJONE; WILDAVSKY, 1995, p.150).

Os momentos de entrada do problema na agenda, formulação e implementação das políticas são essenciais para a compreensão do contexto em que as políticas foram criadas, quais os objetivos e instrumentos delas, e se estão sendo colocadas em prática e se esta corresponde ao desenho inicial. Esses são elementos fundamentais da análise aqui proposta visto que condicionam a dinâmica das políticas.

3.2 CONTINUIDADE E MUDANÇA DE POLÍTICAS PÚBLICAS³⁴

Para entender o processo de mudança em uma política e definir quando uma política continua ou não, utilizo a tipologia proposta por Peter Hall (1993), que trata das mudanças sobre o desenho das políticas, e não considera mudanças nos efeitos (*outcomes*) dessas políticas. O autor sugere três ordens de mudança. Essas ordens têm como base a variação dos três elementos que compõem as políticas, já introduzidos acima: os objetivos da política, os instrumentos ou técnicas utilizados pela política, e as especificações desses instrumentos (HALL, 1993, p.278).

A primeira ordem de mudança corresponde à alteração da variável mais simples, os parâmetros dos instrumentos da política, enquanto os instrumentos em si e os objetivos da política permanecem os mesmos. Essa mudança corresponderia, no exemplo brevemente utilizado acima, à alterações nos valores das pensões destinadas aos idosos ou alteração na idade de corte para o recebimento do benefício, sendo que o instrumento de oferecer pensão com base na idade dos beneficiários continuaria o mesmo, com o objetivo de aliviar problemas financeiros dos idosos.

A segunda ordem modifica ambos – os parâmetros e os instrumentos da política –, enquanto a hierarquia de objetivos mantém-se inalterada. Em uma política de alfabetização universal, por exemplo, pode-se alterar da provisão direta de serviços para a utilização de *vouchers*. A terceira ordem marca uma quebra clara com o passado, já que os três elementos são alterados simultaneamente. Uma mudança dessa natureza implica a alteração na hierarquia de objetivos por trás da política, podendo representar uma mudança no arcabouço interpretativo dos formuladores de política, o que Hall (1993, p.279) chama de mudança de paradigma. Essas

³⁴ As contribuições utilizadas aqui são usualmente de autores identificados com o institucionalismo histórico.

mudanças são mais raras, e podem ser exemplificadas pela mudança de uma política macroeconômica Keynesiana para uma monetarista.

Para Hall (1993, p.279), a primeira e segunda ordem de mudanças, em que mudam as especificações e os instrumentos da política, “preservam as continuidades usualmente encontradas nos padrões de política” (tradução da autora), enquanto apenas a terceira ordem é considerada um processo mais disjuntivo associado a períodos de descontinuidades na política. Ainda assim, a escolha dos instrumentos para atingir os objetivos em uma determinada política é contenciosa e frequentemente é o principal objeto de disputa política, e podem acarretar em mudanças significativas na vida dos cidadãos. Desse modo, considero que a continuidade da política se dá quando não há mudança nos seus instrumentos e objetivos, enquanto os parâmetros de seus instrumentos podem ser modificados. Haverá descontinuidade na política quando seus objetivos e/ou seus instrumentos forem alterados.³⁵ Mudança na política, por sua vez, é qualquer alteração que se dê nos objetivos, instrumentos ou parâmetros desses instrumentos. A estabilidade da política é dada pela ausência do potencial de mudança, uma vez que a ausência desse potencial garante que ela não será alterada (TSEBELIS, 1997). A resiliência da política se dará quando houver resistência a mudanças, podendo resultar em estabilidade e/ou continuidade.

A explicação da continuidade e mudança de políticas públicas encontra-se nos mecanismos de reprodução (THELEN, 1999, p.387).³⁶ A explicitação de tais mecanismos é crucial para entender as diferenças em duração dos legados institucionais e quais tipos de eventos ou processos têm a capacidade de enfraquecê-los (THELEN, 1999, p.392).

Instituições repousam sobre um conjunto de alicerces ideacionais e materiais que, se abalados, abrem possibilidades para mudança. Todavia, instituições diferentes repousam sobre alicerces diferentes, e assim os processos que são suscetíveis de perturbá-los também serão diferentes, ainda que previsíveis. (THELEN, 1999, p.397, tradução da autora)

³⁵ Acredito que esta definição de continuidade sirva para os propósitos teóricos desta dissertação. Pode ser que o corte entre continuidade e descontinuidade seja feito utilizando a permanência apenas dos objetivos ao longo do tempo, enquanto os instrumentos e parâmetros deles possam ser modificados. Imagino que esta definição possa ser feita por motivos relacionados ao desenho de pesquisa, assim como a natureza dos diferentes tipos de política (entendo que a mudança de instrumentos em alguns tipos de política faz mais diferença, como a mudança da provisão direta para a privatização de serviços em políticas de saúde ou educação). Acredito que tal alteração seja importante e implique em um ajuste em algumas das suposições que faço no Capítulo 4, mas elas se mantêm, uma vez ajustadas à nova definição.

³⁶ Os argumentos utilizados aqui foram em sua maioria desenvolvidos com foco em instituições formais, não políticas públicas. Seguindo Pierson (2004, 2006), adapto esses argumentos para política pública, que funcionam à semelhança de instituições formais.

Mais de um mecanismo pode estar em funcionamento para que haja estabilidade ou continuidade da política.

Na verdade, arranjos altamente resilientes frequentemente repousam sobre esse tipo de “redundância”, de modo que mesmo que um mecanismo seja interrompido, o equilíbrio pode não ser. Também é possível que o principal mecanismo de reprodução mude ao longo do tempo. Por exemplo, uma instituição que inicialmente assenta-se na sua capacidade de promover a coordenação entre atores pode dar origem a grupos poderosos que passam a proteger a instituição mesmo que seu papel de coordenação se deteriore. (PIERSON, 2000b, p.78, tradução da autora)

São três as principais fontes de resiliência de uma política pública: a existência de pontos de veto, de problemas de coordenação, e de *policy feedback*. “Juntos, esses fatores frequentemente tornam a revisão significativamente difícil. Igualmente importante, eles influenciam as condições sob as quais as revisões serão possíveis e favorecem certos tipos sobre outros.” (PIERSON, 2004, p.142, tradução da autora). Discuto cada um deles nas próximas subseções, com detalhamento maior para o *feedback* da política, por representar a mais recente linha de estudo na continuidade das políticas.

3.2.1 Atores de veto

Um ator de veto (*veto player*) é um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria nos casos coletivos) é necessária para que se tome uma decisão de política pública (TSEBELIS, 1997). Esses atores podem estar previstos constitucionalmente (atores de veto institucionais) ou podem ser decorrência do sistema de governo, como coalizões de governo (atores de veto partidários), grupos de interesse, Exército; “Contudo, o poder de veto desses atores é idiossincrático; varia com a área de política (como os fazendeiros na agricultura), com determinado equilíbrio de forças (a influência do Exército em certas sociedades), ou com a personalidade de quem ocupa uma posição política.” (TSEBELIS, 1997, p.100).

O desenho institucional pode ser mais ou menos conducente à criação de novos pontos de veto. Melo (1997) relata o trabalho de Immergut (1992)³⁷:

Immergut (1992), em contribuição recente sobre reformas de política de saúde na Suécia, na Suíça e na França, demonstra que a mobilização de grupos de interesse com força e capacidade organizacional similares em contextos institucionais distintos levaram a resultados diferenciados devido

³⁷ IMMERGUT, Ellen. *Health Politics: Interests and Institutions in Western Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

ao fato de que certos arranjos institucionais, presentes em alguns países mas não em outros, constituíram pontos de veto (*veto points*), aos quais os interesses organizados puderam recorrer para impedir reformas (MELO, 1997, p.64).

Ainda que o desenho institucional possa ser mais ou menos conducente à criação de novos pontos de veto, como Melo (1997) sublinhou ser a contribuição de Immergut (1992), “é possível produzir características semelhantes de estabilidade entre diferentes regimes por meio da combinação de aspectos institucionais” (TSEBELIS, 1997, p.106).

A estabilidade das políticas, que resulta em continuidade, aumenta em um sistema político de acordo (1) com o número de atores envolvidos; (2) com a sua incongruência (divergência de posições políticas); e (3) com a coesão interna a cada um deles (a similaridade das posições políticas das unidades que constituem cada um deles) (TSEBELIS, 1997).

Em linhas bem gerais, e seguindo meu argumento, os sistemas que têm múltiplos *veto players* incongruentes e coesos deverão revelar níveis mais elevados de estabilidade no processo de formulação de políticas do que os sistemas que contam apenas com um único *veto player* ou com um pequeno número de *veto players* sem coesão e congruentes. (TSEBELIS, 1997, p.107)

3.2.2 Problemas de coordenação

Escolhas institucionais podem ser vistas como a conversão dos atores em um ponto focal que resolva seus problemas de coordenação (PIERSON, 2004, p.143). A coordenação pode ser espontânea ou institucional (HARDIN, 1999, p.13), e é um equilíbrio entre os atores, os quais deixam de alterar unilateralmente seu comportamento (PIERSON, 2004, p.143). A resiliência advinda dos problemas de coordenação é resultado dos custos de re-coordenação dos múltiplos atores: “Uma vez que a coordenação está no lugar e as pessoas estão seguindo-a, *o custo de re-coordenação é o obstáculo maior para mudar para qualquer ordem superior*. Esse custo pode bloquear a re-coordenação ainda que esta seja virtualmente no interesse de todos estar em uma nova ordem.” (HARDIN, 1999, p. 16, grifos do autor, tradução da autora). Apesar de improvável, não é impossível que os custos sejam transpostos, ocasião na qual qualquer outro equilíbrio pode ser alcançado. O novo equilíbrio não é necessariamente similar ao antigo e não há como prever qual equilíbrio será alcançado (PIERSON, 2004, p.144).

3.2.3 *Feedback da política*

Desenvolvido a partir da ideia de que as políticas públicas criam novos jogos políticos³⁸, o argumento é que a criação de uma nova política pode reconfigurar a dinâmica política ao alterar a capacidade do governo, criando ou fortalecendo incentivos para ação coletiva, e induzindo compromissos sociais difíceis de reverter, criando ciclos autossustentáveis e inviabilizando alternativas de mudança (PATASHINK; ZELIZER, 2009, p.2). Assim,

[p]adrões de governança [*governance*] podem refletir as adaptações, expectativas e incentivos estimulados por compromissos de política pública herdados do passado em vez de preferências dos atores atuais ou respostas funcionais às condições do dia. Se elas se tornarem suficientemente enraizadas, as políticas podem vir a ser uma força causal independente no desenvolvimento político, construindo legados que perduram mesmo após o declínio das forças políticas que originaram sua promulgação inicial. (PATASHINK; ZELIZER, 2009, p.2, tradução da autora)

O *policy feedback* então é “um processo causal entre as escolhas de política pública em t1 e as condições sob as quais a política é decidida em t2” (JACOBS; WEAVER, 2010, p.3, tradução da autora). Esse processo pode ter forma positiva ou negativa. O *feedback* positivo é aquele que aumenta os benefícios relativos (ou reduz os custos relativos) das políticas presentes quando comparadas com suas alternativas concebíveis (JACOBS; WEAVER, 2010, p.3). O negativo teria o sinal oposto, ou seja, aumentaria os custos (ou reduziria os benefícios) das políticas presentes quando comparadas com suas alternativas.

O argumento principal, portanto, é que políticas passadas moldam e limitam escolhas e resultados subsequentes (JACOBS; WEAVER, 2010, p.1). Quando a política inicia um processo de *feedback* positivo, ela continua por conta de suas consequências sobre o comportamento dos grupos sociais, das elites de governo e na opinião pública; “Ao invés de refletirem os benefícios (funcionais) de troca institucionalizada, a continuidade institucional (ou forte tendências para apenas ajustes incrementais) podem refletir o custo crescente de adoção de alternativas antes disponíveis.” (PIERSON, 2004, p.147, tradução da autora). Assim, ela mesma cria os mecanismos de auto-sustentação (*self-reinforcing*).

As mesmas características do jogo político que abrem espaço para o *feedback* positivo podem também gerar o processo oposto (JACOBS; WEAVER 2010, p.4). A criação de perdedores,

³⁸ Foram os trabalhos de Schattschneider (*Politics, pressures and the tariff*. Prentice-Hall, New York, 1935) e Lowi (1964, 1972) que notavelmente argumentaram que novas políticas públicas criam novos jogos políticos e que o jogo político segue as políticas públicas.

de oposição organizada e o desenvolvimento efeitos indesejáveis no longo prazo são os mesmos efeitos, com o sinal oposto, do que é observado no processo de *feedback* positivo. O Quadro 2 abaixo ilustra o agrupamento dos mecanismos em três categorias (mecanismos políticos, fiscais e administrativos) e mostra diferentes tipos de processo de *feedback* envolvidos com cada categoria, podendo o processo ser tanto positivo quanto negativo.

Specific Mechanism	Potential Positive and Negative Feedback Effects
<i>Political</i>	
Preference Formation	+ “Winners” from program develop expectations of continued (and perhaps expanded) flow of benefits from program, view benefits as “entitlement” + Program participants make “investments” that require program continuation to pay off - “Losers” from policy after t_1 become determined to reverse losses
Organizational support coalition	+ Beneficiaries of policy organize to protect or expand program - Absolute or relative losers from policy organize to seek redress
Menu Effects	+ Stabilizing: Policy options truncated to status quo or modest expansions to it - Perceived policy failures of policy status quo lead to search for new alternatives
Informational Effects	+ Program structure makes loss-imposition more visible to constituents - Program structure facilitates blame-avoidance in imposing losses
<i>Fiscal</i>	
Short- and long-term impact on program financing	+ Self-financing mechanism provides short-term surpluses that facilitate - Trust fund shortfall prompts program retrenchment
Short- and long-term impact on overall budget	- Rapid, unanticipated program growth creates image of “uncontrolled” spending that exceeds program’s “fair share” of budget
<i>Administrative</i>	
Administering agency develops routines and expertise in performing specific tasks	+ Administering agency gains expertise in performing assigned tasks over time - Taking on a task for which it is not prepared leads to loss of policymaker and public confidence in agency - Addition of new tasks without adequate new resources reduces ability of agency to perform existing tasks

Quadro 2 – Tipos de Mecanismos de *Feedback*

Fonte: JACOBS; WEAVER, 2010, p.41.

A identificação dos mecanismos e de seu sinal, entretanto, não indica em si os efeitos que esses terão na estabilidade das políticas ao longo do tempo (JACOBS; WEAVER, 2010, p.12). É preciso entender o processo de *feedback* em interação com outros elementos exógenos ao processo para que se possa estabelecer a trajetória da política, conforme ilustrado no Quadro 3 abaixo.

Policy trajectory over time	Trajectory defined	Possible causal dynamics generating trajectory
Stability	No change from policy at t_1	<ul style="list-style-type: none"> • Negative feedback + exogenous pressure for expansion • Positive feedback + exogenous pressure for contraction • Positive feedback + negative feedback •
Expansion	More resources devoted to policy at time t_2 or policy provisions strengthened (e.g., greater percent of situations covered; more stringent regulations)	<ul style="list-style-type: none"> • Positive feedback
Contraction	Fewer resources devoted to policy at time t_2 , weakening of policy provisions (e.g., smaller percent of situations covered; less stringent regulations)	<ul style="list-style-type: none"> • Negative feedback • No feedback + exogenous pressure for contraction
Transformation	Major change in policy instruments, policy logic, or principles of distributing costs and benefits	<ul style="list-style-type: none"> • Positive feedback + negative feedback (+ availability of regime-transition option) • Negative OR positive feedback + exogenous constraints on incremental contraction/expansion (+ availability of regime-transition option)

Quadro 3 – Mecanismos de *Feedback* e Trajetórias de Políticas

Fonte: JACOBS; WEAVER, 2010, p.42.

Comparativamente, os mesmos mecanismos podem dar início a processos causais diferentes, dadas as diferenças de contexto, e esses processos podem ainda influenciar diferentemente a política em t_2 , dados outros elementos sociais, econômicas, políticas e institucionais (JACOBS; WEAVER, 2010, p.15). Assim, outras instituições condicionam a existência e o desenvolvimento das políticas ao serem mais ou menos conducentes a processos de *feedback* (JACOBS; WEAVER, 2010, p.18). É possível, portanto, que se estabeleça *feedback* positivo ou negativo, e que resulte em estabilidade ou mudança.

Se há diferentes condições para a emergência do *feedback* positivo ou negativo, também há de se considerar que esses processos podem não acontecer: a política pode continuar, mas não fica mais difícil de ser revertida com o tempo (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, p.3). Dadas as

diferenças entre tipos de política pública,³⁹ é possível imaginar ainda que os tipos de políticas apresentarão, inerentemente, mais ou menos *feedback*.⁴⁰ Três razões genéricas para que uma política não se torne autossustentável: são desenho malfeito, apoio institucional inadequado ou conflitante, e mau momento (*bad timing*) (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, p.3). Essas condições podem ser não intencionais ou podem ser resultado de tentativas deliberadas de seus opositores (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, p.3). Elas podem acontecer independentemente uma das outras e cada uma delas está ligada a uma série de mecanismos que fragiliza a capacidade da política em reconfigurar interesses, identidades e coalizões (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, p.33). O Quadro 4 abaixo exemplifica os mecanismos relacionados às diferentes fontes de problemas e possíveis soluções para que possa se estabelecer o *feedback*.

O design da política pode falhar em promover processos de *feedback* especialmente quando ela não distribui benefícios suficientes, quando os benefícios não são percebidos graças a problemas de informação ou a política envia mensagens negativas que afetam a construção de uma base de apoio (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, pp.10-17). O ambiente institucional de implementação da política pode ser ou não conducente ao processo de *feedback*, especialmente se houver tensões entre diferentes organizações e as organizações responsáveis não possuírem capacidade suficiente para implementação (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, p.19). A política pode ainda ser fruto de seu tempo e perder sentido ao longo do tempo, perdendo a capacidade de se reproduzir (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, p.26). “Uma política dificultada por um ou mais desses problemas ainda podem ter sucesso em um sentido técnico. Ela pode até atingir seus objetivos estabelecidos. Como uma força criativa que cria novos fatos, gera retornos crescentes, e constrói um novo jogo político, no entanto, o desdobramento do impacto da política será severamente diminuído.” (PATASHNIK; ZELIZER, 2009, p.7, tradução da autora).

³⁹ Lowi (1964, 1972) propõe a talvez mais conhecida tipologia de políticas públicas (SOUZA, 2007, p.72), e descreve o jogo político em torno de cada tipo de política, que “vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se dentro do sistema político de forma também diferente” (SOUZA, 2007, p.73).

⁴⁰ “Apesar da pesquisa sobre os efeitos de *feedback* das políticas ainda ser recente, é claro que as políticas sociais diferem marcadamente na medida em que elas dão origem a coalizões de apoio politicamente eficazes. [...] Em geral, políticas são mais duráveis se elas criam ou encorajam a criação de organizações de larga-escala com custos de instalações substanciais, beneficiam direta ou indiretamente grupos organizados consideráveis, e incorporam comprometerimentos de longo prazo nos quais os beneficiários e aqueles que os rodeiam pressupõem como cruciais” (HACKER, 2004, p.247, tradução da autora). Assim, pode-se esperar que as políticas regulatórias, por exemplo, sejam menos conducentes a processos de *feedback*.

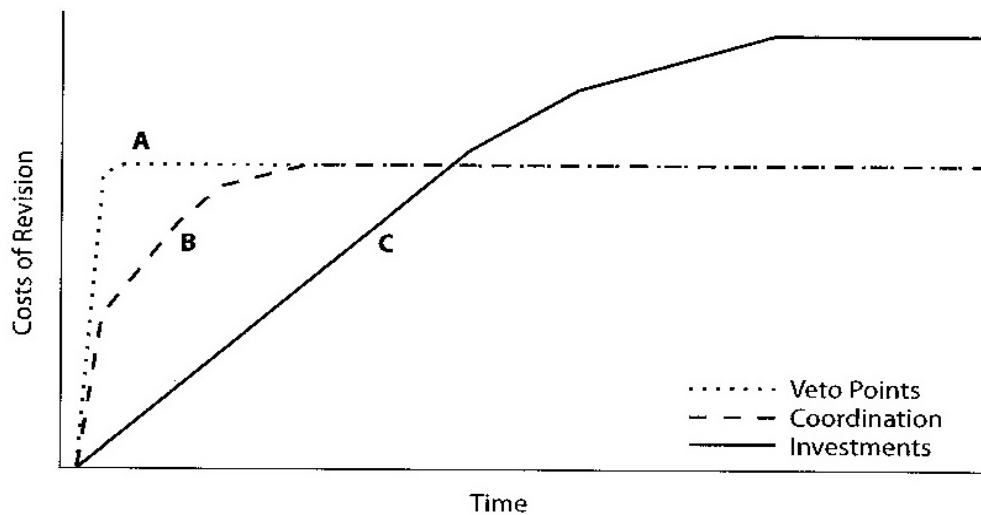
Problem	Mechanisms	Possible solutions
Weak policy design	<p>Low per capita resources</p> <p>Information problems</p> <p>Negative social construction of target constituency</p>	<p>Redesign policy to concentrate benefits, increase visibility, and construct more favorable group images</p> <p>Create sunk costs: strengthen policy credibility to induce social actors into making long-term complementary commitments</p>
Inadequate or conflicting institutional supports	<p>Missing state capacities</p> <p>Multiple and conflicting networks</p> <p>Incomplete displacement; layering of conflicting governance structures atop one another</p>	<p>Establish needed state capacities</p> <p>Adopt reinforcing policies in other arenas</p> <p>Dismantle conflicting sites of authority</p>
Poor timing	<p>Inconsistency of policy with governing norms of the day</p> <p>Sensitivity of policy to the impact of external developments</p>	<p>Tie policy more closely to norm enforcement</p> <p>Create relational contracts that anticipate post-enactment shifts</p>

Quadro 4 – Razões para *Policy Feedback* Fraco e Possíveis Soluções

Fonte: PATASHINIK; ZELIZER, 2009, p.38.

2.3.4 Fontes de resiliência e mudança

As diferentes fontes de resiliência descritas acima, quando em funcionamento, engendram diferentes custos de revisão institucional, demonstrados pelo Esquema 1 abaixo. O Esquema 1 mostra a diferença de custo de revisão institucional ao longo do tempo que pode se desenvolver para as diferentes fontes de resiliência.



Esquema 1 – Fontes de Resiliência ao longo do Tempo

Fonte: PIERSON, 2004, p.151.

A Curva A indica os custos de revisão quando apenas os pontos de veto são considerados. Esses custos são gerados assim que a instituição é adotada e tendem a se manter os mesmos ao longo do tempo. A Curva B demonstra os custos associados às dificuldades de coordenação, que devem aumentar moderadamente conforme aumenta a expectativa de continuidade institucional dos atores. A Curva C mostra os custos esperados ao longo do tempo conforme os atores e organizações investem nas instituições e políticas, adaptando-se. Como o investimento dos atores tende a aumentar conforme aumenta a expectativa de continuidade do *status quo*, a tendência é que eles aumentem ao longo do tempo.

Resumindo, enquanto argumentos sobre vetos e (em menor grau) coordenação sugerem custos estáveis de revisão institucional ao longo do tempo, argumentos sobre investimentos e *feedback* positivo veem os custos como dinâmicos: instituições são tipicamente não apenas *self-enforcing* como também *self-reinforcing*. (PIERSON, 2004, p.151, tradução da autora)

Quando há excessiva estabilidade das políticas, definida aqui pela não mudança, pode-se ter consequências negativas para a eficácia e eficiência no que diz respeito a atingir os objetivos da política. Esse descompasso (*drift*) entre os objetivos da política e seus efeitos acontece graças às mudanças no ambiente das políticas (*policy environment*). São duas as principais variáveis para incidência desse fenômeno. A primeira delas é o ambiente da própria política, que pode ser mais ou menos propenso a mudanças tecnológicas e demográficas, que fazem com que ela precise de atualizações ao longo do tempo para manter seu desempenho. A segunda delas é o desenho das políticas (*policy design*), que faz com que elas sejam mais ou menos responsivos às mudanças em seu ambiente (PIERSON; HACKER, 2010, p.19).

O desenho das políticas altera a probabilidade de descompasso, em uma primeira dimensão, com a automaticidade, “o grau em que as políticas estão programadas [*hard-wired*] à mudar em resposta à alterações ambientais específicas” (PIERSON; HACKER, 2010, p.20, tradução da autora). A automaticidade reduz a possibilidade de descompasso, pois libera os legisladores de fazer atualizações periódicas que são muitas vezes custosas. A segunda dimensão do desenho é a discricionariedade, “o grau em que as políticas deixam a efetiva implementação e operação da política a cargo dos atores públicos ou privados além daqueles que criaram a política” (PIERSON; HACKER, 2010, p.20). A discricionariedade pode tanto aumentar quanto diminuir o descompasso, variando conforme o interesse dos burocratas e sua capacidade em identificar as mudanças ambientais e atualizar as políticas.

A interação entre as duas dimensões, resumida no Quadro 5 abaixo, informa sobre a possibilidade de descompasso como resultado do desenho da política.

		Automaticity	
		High	Low
Discretion	High		Drift Hinges on Agents' Incentives and Fit of Design with Environmental Shifts
	Low	Drift Unlikely	Drift Hinges on Environmental Change

Quadro 5 – Desenho da Política e Possibilidade de Descompasso (*Drift*)

Fonte: PIERSON; HACKER, 2010, p.20.

Como alta automaticidade com alta discricionariedade não é possível, o quadrante superior esquerdo do Quadro 5 fica vazio. No quadrante inferior esquerdo, o descompasso é improvável, já que a automaticidade garante a atualização das políticas em face a mudanças ambientais específicas. O descompasso será mais provável quando a automaticidade é baixa e a discricionariedade é alta, no quadrante superior direito, já que depende dos incentivos aos agentes para remediá-lo por meio da atualização do desenho da política. Já no quadrante inferior direito, quando ambas automaticidade e discricionariedade são baixas, o descompasso depende das mudanças ambientais.

Esse descompasso tanto pode ser não intencional, como pode ser resultado da estratégia dos opositores da política. Ao impedir que as políticas sejam atualizadas para refletir mudanças sociais, os opositores da política podem ser bem-sucedidos em atingir seus objetivos de neutralizar a política sem precisar mudá-la em seu desenho nem terminá-la (HACKER, 2004,

p.245). “Quando mudanças no ambiente da política reduzem a eficácia de um programa herdado, a decisão de fazer nada tem consequências tão significativas quanto a escolha de uma nova medida.” (ROSE; DAVIES, 1994, p.39, tradução da autora).

O descompasso entre uma política e seus objetivos chama atenção para a primeira e segunda ordens de mudança descritos acima. Uma mudança dos parâmetros dos instrumentos de uma política – como os valores das regras de elegibilidade para um programa social – tem impacto profundo nos efeitos da política e na vida dos cidadãos. A ausência dessa mudança, por sua vez, pode reverter preferências e coalizões antes favoráveis à política, já que esta cessa de alcançar seus objetivos. Assim, a estabilidade do desenho da política pode representar instabilidade ao longo prazo e, potencialmente, descontinuidade.

O estudo da mudança e da continuidade das políticas chama atenção para o caráter dinâmico do jogo político e das políticas públicas, pois considera o processo, não apenas o momento específico sobre o qual se fala. “Colocar o jogo político no tempo – sistematicamente situando momentos particulares (inclusive o presente) em uma sequência temporal de eventos e processos – pode em muito enriquecer nosso entendimento de dinâmicas sociais complexas.” (PIERSON, 2000b, p.73, tradução da autora).

O horizonte temporal das análises é fundamental, já que perde-se muito com a explicação baseada no presente. Primeiro, perde-se de ver elementos importantes e, aqueles que se vê, podem ser mal interpretados; muitos dos processos sociais tomam muito tempo para se desenvolver, e as variáveis – tanto dependentes quanto independentes – podem ter horizontes temporais diferentes. Ao não incorporar perspectivas de longo-prazo, os analistas acabam por ignorar importantes objetos e forças sociais, atribuem erroneamente causalidades e falham ao interpretar a natureza do objeto que estudam (PIERSON, 2004).

O tipo de análise de políticas públicas descrito acima incorpora esses elementos. A partir de uma análise dinâmica, pode-se falar além de ordens de mudança, como em Hall (1993), também em taxas de mudança (KAY, 2005, p.559). Ignorar o contexto histórico é ignorar a herança que constrange as escolhas (ROSE; DAVIES, 1994, p.12).

Neste capítulo, apresentei brevemente o campo de estudo de políticas públicas e como as políticas públicas funcionam no que refere-se a sua continuidade e mudança, sem que aquelas estejam constitucionalizadas. As políticas públicas têm sua própria dinâmica e são marcadas por forte resiliência, que pode ser explicada pelos os pontos de veto do sistema, problemas de

coordenação em torno de uma nova alternativa, e também pelos efeitos que as políticas têm sobre os atores envolvidos em sua formulação.

Para um quadro completo da mudança das políticas públicas, então, precisamos entender quem são os atores com poder de veto, quais os problemas de coordenação envolvidos e a capacidade das políticas em serem *self-reinforcing*, em interação com os atributos sociais, econômicos, políticos e institucionais.⁴¹ O tipo de mudança engendrado nas políticas será resultado da interação das fontes de resiliência e dos cálculos dos atores. Estabilidade e mudança são faces da mesma moeda, e sabendo quais mecanismos estão em funcionamento para manutenção das políticas, pode-se compreender as vulnerabilidades dessas políticas e quais estratégias de mudanças são mais prováveis tomando-se em consideração o contexto específico. No próximo capítulo, procuro entender como a constitucionalização altera a continuidade das políticas ao impor sua lógica ao funcionamento das políticas públicas constitucionalizadas.

⁴¹ Arretche (2001, p.27), por exemplo, levanta a questão do federalismo no que tange a mudança das políticas públicas: “Teoricamente, há um grau de consenso razoável em torno da seguinte proposição: Estados federativos tendem a restringir as possibilidades de mudança do status quo porque a autonomia dos governos locais opera no sentido de dispersar o exercício da autoridade política, aumentando o poder de veto das minorias (Lijphart, 1984); ou, ainda, porque a presença de um maior número de veto players institucionalizados nas arenas decisórias aumenta o potencial de estabilidade das políticas existentes (Tsebelis, 1997). Sistemas federativos restringem o potencial de mudanças de políticas porque as garantias institucionais dos Estados-membros no processo decisório tendem a produzir decisões políticas com base no mínimo denominador comum (Pierson e Leibfried, 1995).”

4 CONTINUIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONALIZADAS

No capítulo anterior apresentei brevemente a literatura de políticas públicas, dedicando maior atenção àquilo que concerne à continuidade das políticas públicas no jogo político ordinário. Agora, faço o encontro das diversas proposições feitas no capítulo dedicado às constituições e no capítulo de políticas públicas, para entender a continuidade de políticas públicas constitucionalizadas. No modelo de análise que proponho a explicação da continuidade das políticas públicas constitucionalizadas ou não – minha variável dependente – é o resultado de seu status constitucional e de suas fontes de resiliência – minhas variáveis independentes. Inicialmente, trato das variáveis independentes *status constitucional* e *fontes de resiliência*. Na terceira seção, trato da variável dependente *continuidade das políticas constitucionalizadas*. Minha preocupação nesse momento é teórica, mas está empiricamente orientada, e por isso finalizo o capítulo propondo caminhos iniciais pelos quais imagino que poderiam ser verificadas o modelo e as hipóteses aqui presentes.

4.1 STATUS CONSTITUCIONAL

Para avaliar a importância da constitucionalização para a continuidade de políticas, é preciso definir a diferença entre as políticas estarem ou não constitucionalizadas, de qual tipo de constituição se está falando e o objeto da política constitucionalizado – esses são os elementos que constituem a variável que denomino *status constitucional*.

Uma política pode ou não estar constitucionalizada, ou seja, pode ou não estar incluída no texto constitucional. Não estando constitucionalizada, a política continua operando sob o ordenamento constitucional, sujeita aos limites impostos na constituição. A política pode ainda estar respondendo a uma demanda do texto (caso a política esteja garantindo um direito positivo constitucionalizado, por exemplo), ou pode encontrar suas justificativas e bases no texto.⁴² A política, no entanto, não está sujeita à dinâmica de mudança constitucional no que concerne as regras de emendamento e revisão judicial, e não se beneficia da mobilização envolvida na política constitucional como as políticas constitucionalizadas.

Estando constitucionalizada, custa saber sobre qual constituição se fala: há muitas variações na flexibilidade do processo de emendamento, na força e independência do judiciário no

⁴² Especialmente em políticas controversas que sejam apontadas como inconstitucionais, como na corrente discussão da nova política de saúde norte-americana, apelidada como “Obamacare”.

processo de controle de constitucionalidade, e na capacidade mobilizadora da constituição, que influenciam a dinâmica constitucional e, por isso, a política. Essas variações nos itens que compõem a proteção constitucional aparecem tanto ao longo do tempo quanto entre países. Imagino que um rígido processo de emendamento aliado a um forte controle de constitucionalidade em uma constituição respeitada resulte em um alto nível de proteção constitucional, enquanto no outro ponto do espectro estariam constituições com processo de emendamento relativamente fácil, judiciário sem capacidade de controle constitucional e uma constituição com pouca capacidade mobilizadora.⁴³

Em potencial, na mesma constituição, todos os dispositivos estão sujeitos ao mesmo grau de proteção constitucional, exceto quando declarado que determinados dispositivos sejam inalteráveis (cláusulas pétreas) ou não judiciáveis (em ambos os casos, claramente, a proteção é diferenciada institucionalmente). Acredito que a proteção constitucional seja apenas potencialmente a mesma para todos os dispositivos constitucionais em uma mesma constituição, pois o uso efetivo das prerrogativas da constitucionalização depende dos atores políticos e da natureza do conteúdo, mantidas as regras institucionais constantes. Assim, o judiciário provavelmente será mais utilizado para garantir a implementação de algumas partes do texto constitucional do que outras, e o poder de mobilização da constituição será maior sobre determinados assuntos do que outros. Desse modo, dentro das políticas públicas constitucionalizadas, é possível prever que a força da constitucionalização é desigual em uma mesma constituição, entre países, ao longo do tempo em um mesmo país, e entre diferentes tipos de política.

Os efeitos da constitucionalização sobre a continuidade das políticas são condicionados ainda pelos elementos da política que foram constitucionalizados e sua dependência de legislação infraconstitucional. Como vimos no capítulo anterior, podemos dividir a política entre seus objetivos, instrumentos e parâmetros. É possível visualizar que apenas os objetivos da política sejam constitucionalizados, ou seus objetivos e seus instrumentos, ou ainda incluir os três elementos da política na constituição. Especialmente quando a constitucionalização contém apenas os objetivos da política esta precisa ser regulamentada via legislação infraconstitucional.

⁴³ Imagino que um índice seja uma boa forma de agregar essas informações. A elaboração de um Índice de Proteção Constitucional não está contemplada neste trabalho, mas é uma sugestão para os trabalhos empíricos que devem dar sequência a este.

A dependência da regulação infraconstitucional pode ter dois efeitos principais. O primeiro deles é a possibilidade de que essa legislação suplementar não seja feita, o que implicaria a não implementação da política. Até com a constitucionalização dos instrumentos é possível imaginar que a não regulação de seus parâmetros seja suficiente para que a política não seja implementada. Caso a política seja constitucionalizada mencionando explicitamente a necessidade de sua regulação, imagino que esse requerimento enfraqueça os possíveis efeitos da constitucionalização. Isso porque a não regulação é suficiente para que atores políticos contrários à política garantam sua não implementação com base na ausência da legislação mencionada no texto constitucional. A ausência de referência à legislação infraconstitucional, no entanto, não significa que ela não seja necessária, especialmente nos casos em que apenas o objetivo da política seja constitucionalizado. Assim, imagino que os efeitos da constitucionalização sejam reduzidos, mas em menor grau do que se houvesse exigência explícita de legislação complementar.

O segundo efeito esperado da regulação via legislação infraconstitucional é a maior discricionariedade dos atores políticos para a feitura e mudança deste tipo de legislação, que na maioria das vezes não está submetida às mesmas regras de aprovação e alteração que o texto constitucional. Assim, a política pode ser regulada mais facilmente, e apresenta maior flexibilidade para ser alterada no futuro. Resumo esses argumentos no Quadro 6, abaixo.

Se apenas os objetivos forem constitucionalizados, os ajustes necessários para a estabilidade e continuidade da política vão ser feitos de maneira mais fácil e ágil no nível infraconstitucional. Entretanto, é de se esperar que uma política constitucionalizada dessa maneira seja dependente da aprovação de legislação complementar para sua implementação, podendo resultar em letra morta, caso tal legislação não seja aprovada. Se os instrumentos também forem constitucionalizados, a política pode estar em descompasso com o ambiente circundante e, portanto, pode criar fontes de instabilidade, pois deixa de atender aos objetivos que estavam presentes em sua criação. Mas pode também acontecer o contrário: antigos inimigos da política deixarem de atuar em favor de sua alteração, visto que a política tornou-se inócua, continuando sem alcançar seus objetivos. Se os parâmetros dos instrumentos forem constitucionalizados, isso pode ajudar na implementação, ao delimitar e esclarecer claramente o que deve ser feito, deixando pouca margem para distorções. Ao mesmo tempo, se os valores paramétricos (sejam valores monetários, definições de idade para benefícios, entre outros)

constitucionalizados forem incompatíveis com a realidade, isso pode gerar a não implementação e até sua repulsa com posterior descontinuidade.⁴⁴

Objeto de constitucionalização	Características	Efeitos em potencial para continuidade
Objetivos	Ausência de instrumentos e parâmetros	Dependência de legislação infraconstitucional aprovada para garantir implementação
	Instrumentos e parâmetros flexíveis	Reduz possibilidade de descompasso entre objetivos e resultados alcançados e de instabilidade decorrente deste
Instrumentos + Objetivos	Ausência de parâmetros	Possível dependência de legislação infraconstitucional aprovada para garantir implementação
	Definição constitucional dos instrumentos	Descontinuidade da política depende de mudança constitucional Inadequação de instrumentos pode gerar instabilidade
	Parâmetros flexíveis	Reduz possibilidade de descompasso e de instabilidade decorrente deste
Parâmetros + Instrumentos + Objetivos	Definição constitucional dos objetivos, parâmetros e instrumentos	Descontinuidade da política depende de mudança constitucional Inadequação de instrumentos e parâmetros pode gerar instabilidade Implementação garantida constitucionalmente
	Flexibilidade extremamente reduzida	Possibilidade de descompasso quando da ausência de automaticidade

Quadro 6 – Objeto de Constitucionalização e Continuidade de Políticas

Fonte: elaboração própria.

Sugiro, então, que o nível de constitucionalização de uma política seja composto pela extensão da constitucionalização da política, ou seja, pelo seu objeto de constitucionalização e também pela necessidade (ou não) de legislação infraconstitucional. E esse nível de constitucionalização será fundamental para entender a importância da constitucionalização para a continuidade das políticas, pois condiciona as regras de mudança constitucional.

⁴⁴ Tenho em mente a determinação constitucional brasileira de que a taxa de juros não poderia superar os 12% ao ano (BRASIL, 1988).

O *status constitucional*, como variável, agrega a proteção constitucional aos seus dispositivos e objeto da política constitucionalizado. Trabalho com graus alto e baixo da variável neste capítulo a fim de manter simplicidade do argumento. A transição de um grau para outro da escala pode ser resultado de alterações nas regras de emendamento, uma mudança do poder relativo do judiciário, uma mudança no jogo político constitucional, ou mudança na política, ou seja, no próprio texto constitucional.

4.2 FONTES DE RESILIÊNCIA

A variável *status constitucional* concentrou os elementos trazidos pela constituição e seu texto. A variável *fontes de resiliência*, por sua vez, concentra as características de continuidade da política pública em si. Ela é composta pelos custos de reordenação, os atores de veto e o *feedback* que a política possui ou não. A variação desses elementos, à semelhança do *status constitucional*, pode assumir várias formas. Trabalho aqui com graus alto e baixo de resiliência. Um grau alto significa que a política contém ao menos duas dessas fontes em plena ação na política em face a tentativas de mudança. Um grau baixo significaria no máximo uma dessas fontes estaria contribuindo satisfatoriamente para a resiliência da política.

As duas variáveis independentes provavelmente têm relação entre si. Variando de acordo com cada constituição, o *status* constitucional de uma política pode lhe garantir imediato aumento nos custos de reordenação, nos atores de veto, e nos investimentos feitos pelos atores. O aumento nos custos de reordenação e nos atores de veto derivam principalmente das regras de emendamento e controle de constitucionalidade, enquanto o aumento dos investimentos dos atores em torno da política resultam da capacidade mobilizadora da constituição e da própria percepção sobre o aumento dos custos de mudança resultantes dos demais elementos. Da mesma maneira, é possível que a constitucionalização de uma política com fontes de resiliência possa atrair apoiadores da política como apoiadores da constituição. O uso do judiciário pelos apoiadores da política podem também aumentar o poder e a independência daquele em fazer valer as disposições constitucionais.

4.3 CONTINUIDADE

A *continuidade das políticas* pode ser definida como a permanência dos mesmos objetivos e instrumentos ao longo do tempo.⁴⁵ A continuidade, então, deve ser entendida como um processo temporal, devendo ser medida em dois momentos, no mínimo, comparando-os. Haverá descontinuidade quando a política tiver seus objetivos e/ou instrumentos modificados em um segundo momento.

De uma maneira geral, quando as políticas apresentam várias fontes de resiliência – representam uma solução para um problema com alto custo de recoordenação, diversos pontos de veto destoantes entre si, e alto nível de investimento dos atores –, elas têm estabilidade, pois está ausente o potencial de mudança, e daí decorre sua continuidade. A ausência das fontes de resiliência significa que a política está sujeita à mudança mais facilmente e, portanto, está instável, mas não se pode afirmar se haverá continuidade ou não, já que a trajetória depende de condições externas e da ação dos atores.⁴⁶

A constitucionalização de uma política altera essa dinâmica, pois implica que a partir daquele momento a política está sujeita às regras e dinâmicas que regulam a constituição. Existe, portanto, uma diferença para uma política pública entre estar ou não constitucionalizada. A não constitucionalização supõe que a política apresentará uma dinâmica pautada pelos elementos levantados no capítulo anterior, sobre o funcionamento das políticas públicas. A constitucionalização, por sua vez, traz consigo os elementos explorados no segundo capítulo, com considerações sobre constituições e constitucionalismo. Assim, além das fontes de resiliência esperados com o funcionamento da política, temos que considerar que a dinâmica constitucional para determinarmos a dinâmica da política.

A interação entre o status constitucional e o grau de resiliência originado pela política informa o efeito da constitucionalização sobre a continuidade da política constitucionalizada. O Quadro 7 abaixo mostra o efeito esperado da constitucionalização de políticas na sua continuidade.

⁴⁵ Como mencionei acima (n.r.35, p.42), este corte entre continuidade e descontinuidade das políticas pode ser feito com relação aos objetivos da política e não de seus instrumentos, como proponho. Imagino que esse seja o caso para políticas em que a escolha dos instrumentos seja menos contenciosa, por exemplo, quando não há alteração de instrumentos totalmente voluntários para totalmente compulsórios. Se houver o desejo em alterar o corte, acredito que alguns ajustes devam ser feitos nas proposições desta seção, mas sem prejuízo para o argumento como um todo.

⁴⁶ De fato, a discussão feita aqui supõe ação de alguns atores interessados em descontinuar a política. Caso contrário, as políticas continuariam, a não ser que sua descontinuidade fosse prevista em seu desenho.

		Grau do Status Constitucional	
		<i>Alto</i>	<i>Baixo</i>
Grau de Resiliência	<i>Alto</i>	Redundante Potencialmente prejudicial	Inofensivo
	<i>Baixo</i>	Essencial	Inócuo/Insuficiente

Quadro 7 – Efeito da Constitucionalização sobre a Continuidade de Políticas Públicas

Fonte: elaboração própria.

No quadrante superior esquerdo, não se espera nenhum efeito da constitucionalização na continuidade da política no curto prazo. Isso porque a continuidade já é garantida pela variável de resiliência. No longo prazo, a constitucionalização pode tornar-se prejudicial para a política, se ela representar uma barreira muito grande para mudanças incrementais. O engessamento da política pode significar descompasso entre os efeitos da política e seus objetivos, o que pode baixar seu grau de resiliência, fazendo com que a política esteja submetida à interação representada pelo quadrante inferior esquerdo, quando apenas seu *status* garante sua continuidade. No extremo, pode ser que o descompasso faça com que alguns agentes atuem para desconstitucionalizar a política.

No quadrante inferior esquerdo, o efeito da constitucionalização é essencial para a continuidade da política: não apresentando resistência a mudanças em si mesma, a política depende da constituição para que ela se mantenha. No longo prazo, é possível que a política desenvolva suas próprias fontes de resiliência, fazendo com que a constitucionalização seja potencialmente benéfica para a política em suas fontes de resiliência e, ao fim, em sua continuidade.

No quadrante superior direito, a constitucionalização protege pouco a política de tentativas de mudança, enquanto suas fontes de resiliência estão ativas. Como as tentativas de mudança seriam bem-sucedidas fosse apenas a constituição garantindo a continuidade da política, o efeito da constitucionalização sobre a continuidade é inofensivo, já que a constitucionalização também não afeta negativamente a continuidade pois não representa impedimentos a mudanças importantes nos parâmetros da política.

No quadrante inferior direito, a constitucionalização é insuficiente para garantir a continuidade da política. A proteção que a constituição fornece é baixa, suas fontes de resiliência não estão desenvolvidas e tentativas de mudança seriam bem-sucedidas.

Os efeitos esperados da constitucionalização para cada situação prevista no Quadro 7 acima nos informa qual a trajetória esperada para as políticas, conforme o Quadro 8 abaixo.

		Grau Status Constitucional	
		<i>Alto</i>	<i>Baixo</i>
Grau de Resiliência	<i>Alto</i>	Continuidade	Continuidade
	<i>Baixo</i>	Continuidade	Descontinuidade

Quadro 8 – Trajetória de Políticas Públicas Constitucionalizadas

Fonte: elaboração própria.

O alto grau de resiliência das políticas garante que elas irão continuar, independentemente do grau de status constitucional. Quando a política apresenta baixo grau de resiliência, o status constitucional é o elemento definidor da trajetória da política. O alto grau de status constitucional garante a sua continuidade; um baixo grau de constitucionalização de uma política tende a implicar na sua descontinuidade, na medida em que o grau de resiliência por si só não é suficiente para mantê-la.

4.4 ESTUDOS EMPÍRICOS E CASOS HIPOTÉTICOS

Esta dissertação está centrada na análise das políticas públicas constitucionalizadas. Para além da análise teórica feita aqui, são necessários estudos empíricos com amostra de políticas públicas constitucionalizadas que seja diversa o suficiente para observar a variação de todas as variáveis explicativas e validar as relações propostas. Esboço, então, alguns elementos que vislumbro para tais estudos.

Primeiramente, o modelo de análise supõe medir a continuidade das políticas, com um método de identificação que permita avaliar diferentes graus de continuidade. Este procedimento deve considerar a natureza de cada política, uma vez que há variação na engenharia operacional entre diferentes tipos de política, o que pode significar a construção de diferentes indicadores. É possível que o estudo selecione *programas* governamentais para operacionalizar a política, seguindo estudos como os de Rose e Davies (1994) e Arretche

(2000). Para esses autores, o conceito de programa é uma dimensão observável de uma política, correspondendo a uma combinação específica de leis, recursos, agências e pessoal direcionado a objetivos mais claramente identificáveis. A título de exemplo desta definição política/programa, cito a explicação de Arretche (2000, p.36, n.r.8) para o caso brasileiro: “O SUS é o grande projeto de reforma na área da saúde; mas, para analisar os resultados deste programa, que envolve a descentralização de uma variedade de ações em saúde, foram tomados dois ‘programas’ para observação: o processo de habilitação municipal ao SUS e a municipalização das consultas médicas.”

De uma maneira geral, para medir a continuidade ou descontinuidade das políticas pode ser utilizado um conjunto de três indicadores: a destinação de recursos à política, a existência de pessoal empregado e capacitado para a implementação da política, e a manutenção dos objetivos e instrumentos da política ao longo do tempo. Esses indicadores parecem garantir a mensuração da continuidade com a efetiva implementação da política, para que não se meça políticas que continuam apenas no papel, sem serem implementadas. A partir dessas dimensões empiricamente mensuráveis das políticas, deve-se definir e classificar a continuidade das políticas, a variável dependente do estudo.

Na segunda fase da investigação devem-se avaliar as variáveis independentes, que também devem ser compostas de indicadores empiricamente observáveis e comparáveis. Os indicadores para a variável *status constitucional* podem ser as regras do processo de emendamento, as regras de controle de constitucionalidade, a taxa de emendamento, entre outros que o futuro pesquisador considerar pertinente. O objeto de constitucionalização da política é empiricamente observável no texto constitucional. As *fontes de resiliência*, por sua vez, necessitam de uma abordagem histórica, que investigue os custos de recoordenação, quais os atores de veto envolvidos na formulação e implementação da política, e os mecanismos de *policy feedback*.

Existe o risco de que haja uma sobreposição empírica entre as variáveis independentes. Essa sobreposição se dá no elemento mobilizador da constituição em torno de seu texto, e a mobilização que a política pública tem em torno de si (*policy feedback*). É preciso identificar, durante o estudo, uma e outra. Caso a identificação não seja possível, uma saída seria considerar apenas as regras de emendamento e de controle de constitucionalidade como medida do status constitucional. Considero, no entanto, que esse seria o erro que muitos

autores cometem quando consideram apenas esses dois elementos quando da discussão da implementação de direitos constitucionalizados.

A relevância desse modelo de análise é acentuada em realidades como a brasileira, marcada pela extensa codificação da vida pública no texto constitucional. Para além de questões de ordem procedimental e dos direitos fundamentais, o texto constitucional de 1988 avança sobre questões concretas. Motivados por elevado grau de autoconfiança ou desconfiança (WALDRON, 1999, *apud* COUTO; ARANTES, 2006, p.41)⁴⁷ dos legisladores que os seguiriam, os constituintes de 1987-1988 conferiram *status* constitucional a diversas matérias de políticas governamentais. Uma das consequências mais importantes desse processo é o frequente emendamento da Constituição. A constitucionalização da vida econômica, por exemplo, rendeu à Carta propostas de emendamento durante o primeiro mandato presidencial eleito sob seus auspícios, propostas feitas quando o texto não havia completado 3 anos desde sua promulgação (ARANTES; COUTO, 2009, p.22). Hoje, a Constituição já foi emendada mais de 60 vezes, e o alvo dessas emendas estão particularmente relacionadas à temas fiscais, econômicos e de política social (MELO, 2007, p.251).

Alguns casos hipotéticos de políticas⁴⁸ extremamente relevantes para a vida do país são o monopólio estatal das telecomunicações⁴⁹, o gasto mínimo pelos níveis de governo em educação⁵⁰, o sistema único de saúde⁵¹ e o tabelamento de juros⁵². Esses exemplos apresentam trajetórias distintas em relação a sua continuidade, incluindo casos de descontinuidade. Além disso, versam sobre assuntos distintos e constituem diferentes tipos de políticas públicas. Imagino, portanto, que possam ser casos em que o modelo possa ser

⁴⁷ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford, Clarendon Press, 1999.

⁴⁸ Exemplos de políticas públicas identificadas na Constituição brasileira de 1988 no banco de dados do Projeto Constitucionalismo e Democracia, de Arantes e Couto. Agradeço aos autores o livre acesso ao banco durante a feitura desta dissertação.

⁴⁹ “Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.” (BRASIL, 1988). Inciso alterado pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95.

⁵⁰ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.” (BRASIL, 1988)

⁵¹ Determinado pela Seção II – DA SAÚDE, presente no TÍTULO VIII – Da Ordem Social, CAPÍTULO II – DA SEGURIDADE SOCIAL (BRASIL, 1988).

⁵² “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...] § 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.” (BRASIL, 1988). Parágrafo revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003.

verificado, assim como podem ser criadas outras hipóteses relacionadas a importância do conteúdo da política (economia, educação, saúde, etc.) e do tipo de política (regulatória, distributiva, redistributiva, constitutiva).

Apresentei neste capítulo um modelo de análise para a continuidade das políticas públicas constitucionalizadas. Nas primeiras seções, apresentei as variáveis independentes do modelo. A primeira delas, *status constitucional*, agrega as características da constituição e do texto constitucional. Graças às várias formas que podem tomar os elementos da variável – regras de emendamento, controle de constitucionalidade, capacidade mobilizadora da constituição e objeto de constitucionalização –, tratei a variável com uma escala dividida entre alto e baixo grau. Utilizei o mesmo tipo de escala na segunda variável independente, *fontes de resiliência*. À semelhança do status constitucional, imagino que possa assumir inúmeros valores, mas mantive a escala binária para manter a simplicidade do argumento. Na terceira seção, descrevi a maneira pela qual as duas variáveis se relacionam e explicam a *continuidade de políticas públicas*, resumida nos Quadro 7 e 8. Na quarta e última seção, propus elementos que pesquisadores podem seguir para verificar empiricamente os argumentos apresentados e sugeri casos hipotéticos que demonstram a relevância do modelo de análise proposto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito desta dissertação foi contribuir para o entendimento da sorte das políticas públicas constitucionalizadas. Para isso, busquei conciliar as dimensões levantadas pela literatura de constitucionalismo e da continuidade de políticas públicas.

O exame da literatura de constitucionalismo informou as inúmeras formas pelas quais as constituições podem proteger seu texto. A capacidade que têm de mobilizar cidadãos em sua defesa, as regras de emendamento e de controle de constitucionalidade, podem variar enormemente entre países, ao longo do tempo em um mesmo país, e mesmo entre os dispositivos de um mesmo texto em certo momento. Essa diferença da proteção constitucional entre dispositivos se dá especialmente quando estes são de naturezas diferentes, ou seja, se são regras do jogo, direitos ou políticas públicas.

A partir do exame da literatura de políticas públicas, viu-se que o funcionamento das políticas públicas constitucionalizadas também é pautado por outros elementos. A existência de pontos de veto, problemas de coordenação e investimentos dos atores, quando presentes e em diferentes intensidades, são essenciais para a continuidade das políticas públicas. Estas, quando constitucionalizadas, passam a estar submetidas às regras procedimentais e aos custos envolvidos nas mudanças constitucionais.

O modelo analítico proposto aqui para entender a continuidade das políticas públicas constitucionalizadas reúne a proteção conferida pelo *status* constitucional das políticas com suas fontes de resiliência. A constitucionalização importa para a continuidade das políticas contidas em seu texto quando a constituição contém mecanismos que as protegem (os cidadãos se mobilizam em torno e em defesa da constituição, as regras de emendamento são difíceis, e o judiciário é independente e dotado do poder de exercer o controle de constitucionalidade) e a política não possui fontes de resiliência por si só (são poucos os pontos de veto do sistema de formulação e implementação da política, os problemas de coordenação para uma nova alternativa podem ser facilmente superados, e a política não criou um processo de retroalimentação). Caso a política possua ou desenvolva tais mecanismos de sustentação, a importância da constituição para a continuidade da política pública constitucionalizada é decrescente.

A expectativa é que esta dissertação tenha contribuído com o estudo do conteúdo das constituições, que ainda é pouco explorado por seus estudiosos, e sobre o funcionamento das políticas públicas. Na linha dos argumentos propostos aqui, acredito que há muito a ser feito, especialmente no que diz respeito aos diferentes tipos de política pública, às diferentes áreas de política (*issue areas*) e a relação entre direitos constitucionalizados e políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio (orgs). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*, 2 ed. Revisada e ampliada, São Paulo e Rio de Janeiro, Editora UNESP e Fundação Konrad Adenauer, 2007, pp.81–116.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. Por que muda e como muda a Constituição? Problemas de controle sobre a agenda governamental. In: 32º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, Caxambu, 2008a.

_____. A constituição sem fim. In: DINIZ, Simone; PRAÇA, Sérgio (orgs). *Vinte anos de constituição*. São Paulo: Paulus, 2008b, pp.31–60.

_____. Uma constituição incomum. In: CARVALHO, M.A.R; ARAUJO, C. e SIMÕES, J.A. *A constituição de 1988: Passado e futuro*. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2009, pp.17–51.

_____. Construção democrática e modelos de constituição. *Dados*, Rio de Janeiro, Vol. 53, 2010, pp.545–585.

ARRETCHE, Marta. *Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*. São Paulo: FAPESP, 2000.

_____. Federalismo e democracia no Brasil: a visão da ciência política norte-americana. *São Paulo Perspec.* [online]. 2001, Vol.15, n.4, pp.23–31.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988.

CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto (org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, pp.87–122.

COMELLA, Victor. *Constitutional Courts and Democratic Values: A European Perspective*. Yale University Press, 2009, 238 p.

CONSTITUTIONAL DESIGN GROUP. *ConstitutionMaking.org Option Reports: Constitutional Amendment*. 2008. Disponível em: <www.constitutionmaking.org/reports.html>. Acesso em: 12 abr. 2010.

COUTO, Cláudio G. O avesso do avesso: conjuntura e estrutura na recente agenda política brasileira. *Revista São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, Seade, 2001, 15 (4), pp.32–44.

_____. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, 2005, n.65, pp.95–135.

COUTO, Cláudio G.; ARANTES, Rogério B. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, 2006, Vol.21, n.61, pp.41–62.

CROSS, Frank B. The Error Of Positive Rights. *UCLA L. Rev.*, 2000-2001, Vol.48, pp.857–924.

DINAN, John. Amendment and Revision. In: _____. *The American State Constitution Tradition*. University Press of Kansas. 2006a, Cap. 2, pp.29–63.

_____. Rights. In: _____. *The American State Constitution Tradition*. University Press of Kansas. 2006b, Cap. 6, pp.184–221.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, versão para Kindle.

ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp.1–18.

_____. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*, 1995, 45:2, pp.364–396.

_____. The Optimal Design of a Constituent Assembly. *Conference on Comparative Constitutional Design*. University of Chicago, Outubro, 2009.

GINSBURG, Tom. Introduction: The Decline and Fall of Parliamentary Sovereignty. In: _____. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press: New York, 2003, pp.1–20.

GOMES, Sandra. O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: um Estudo de Caso da Assembleia Nacional Constituinte. *Dados*, 2006, Vol.49, No. 001, pp.193–224.

HACKER, Jacob. Privatizing Risk without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of Social Policy. *The American Political Science Review*, 2004, Vol.98, No.2, pp.243–260.

HALL, Peter. Policy Paradigms, Social Learning, and the State: The Case of Economic Policymaking in Britain. *Comparative Politics*, 1993, Vol. 25, No. 3, pp.275–296.

HARDIN, Russell. *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*. New York: Oxford University Press. 1999. 379 p.

HOLMES, Stephen. Gag rules and the politics of omission. In: In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988a, pp.19–58.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988b, pp.195–240.

HOROWITZ, Donald. Constitutional Design: Proposals Versus Processes. In: REYNOLDS, Andrew. *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*. Oxford University Press, 2002, pp.15–36.

HOWARD, Dick. The Indeterminacy Of Constitutions. *Wake Forest Law Review*, 1996, Vol.31, pp.383–410.

HOWLETT, Michael & RAMESH, M. *Studying Public Policy: Policy cycles and Policy subsystems*. Oxford University Press, 2005.

HULSE, Carl; HOLUSHA, John. Amendment on Flag Burning Fails by One Vote in Senate. *The New York Times*, 2010, Disponível em: <http://www.nytimes.com/2006/06/27/washington/27cnd-flag.html?_r=1>. Acesso em: 29 mai. 2010.

ÍNDIA. Constituição da Índia. 1950.

IRLANDA. Constituição da Irlanda. 1937.

JACOBS, Alan M.; WEAVER, R. Kent. Policy Feedback and Policy Change. *APSA 2010 Annual Meeting Paper*, Washington D.C., 2010.

JACOBSON, Gary. The Dynamics Of Constitutional Identity In Deeply (And Not So Deeply) Divided Polities. *Manuscrito*. 2009.

KAY, Adrian. A Critique Of The Use Of Path Dependency In Policy Studies. *Public Administration*, 2005, Vol. 83, No. 3, pp.553–571.

KEITH, Linda; TATE, C. Neal; POE, Steven. Is The Law A Mere Parchment Barrier To Human Rights Abuse?. *The Journal of Politics*, 2009, Vol. 71, No. 2, pp. 644–660.

KYMLICKA, Will & PATTEN, Alan. Language Rights And Political Theory. *Annual Review of Applied Linguistics*, 2003, Vol.23, pp.3–21.

LEVINSON, Sanford. Designing an Amendment Process. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan. *Constitutional Culture and Democratic Rule*. Cambridge University Press: United Kingdom, 2001, pp.271–287.

_____. Do Constitutions Have A Point? Reflections On “Parchment Barriers” And Preambles. *Manuscrito*. 2010.

LIJPHART, Arendt. *Patterns of Democracy*. Yale University Press, 1999. 368 p.

LIPTAK, Adam. Justices Reject Ban on Videos of Animal Cruelty. *New York Times*. 2010a. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/04/21/us/21scotus.html>>. Acesso em: 29 mai. 2010.

_____. Justices, 5-4, Reject Corporate Spending Limit. *New York Times*. 2010b. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/01/22/us/politics/22scotus.html>>. Acesso em: 29 mai. 2010.

LOWI, Theodore. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. *World Politics*, 1964, Vol. 16, No. 4, pp.677–715.

_____. Four Systems of Policy, Politics, and Choice. *Public Administration Review*, 1972, Vol. 32, No. 4, pp.298-310.

LUTZ, Donald. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *The American Political Science Review*, 1994, Vol. 88, No. 2, pp.355–370.

_____. Constitutionalism: An Initial Overview and Introduction. In: LUTZ, Donald. *Principles of Constitutional Design*. New York and Cambridge: Cambridge University Press. 2006, pp.1–25.

MAJONE, Giandomenico & WILDAVSKY, Aaron. Implementation as Evolution. In: THEODOULOU, Stella; CAHN, Matthew. *Public policy: the essential readings*. Upper Saddle River, NJ, Prentice Hall, 1995, pp.140–152.

MELO, Marcus A. O Jogo das Regras: A Política da Reforma Constitucional, 1993-1996. *XX Encontro Anual da Anpocs*, Caxambu, MG, outubro 1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_33/rbcs33_05.htm>. Acesso em: 19 jun. 2009.

_____. O Jogo das Regras: A Política da Reforma Constitucional, 1993-1996. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 12, nº 34, 1997, pp.64–85.

_____. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia: mitos e realidade. In: MELO, Carlos R.; SÁEZ, Manuel A (orgs). *A Democracia Brasileira: Balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, pp.237–266.

PATASHNIK, Eric; ZELIZER, Julian E.. When Policy Does Not Remake Politics: The Limits of Policy Feedback. *APSA 2009 Annual Meeting Paper*. Toronto, 2009.

PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon; KING, Desmond. The Politics of Path Dependency: Political Conflict in Historical Institutionalism. *The Journal Of Politics*, 2005, Vol. 67, No. 4, pp.1275–1300.

PIERSON, Paul. The Limits of Design: Explaining Institutional Origins and Change. *Governance: An international Journal of Policy and Administration*, 2000, Vol. 13, No.4, pp.475–499.

_____. *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004. 212 p.

_____. Public Policies as Institutions. In: SHAPIRO, Ian; SKOWRONEK, Stephen; GALVIN, Daniel (eds). *Rethinking Political Institutions*. New York: New York University Press. 2006, pp.114–133.

PIERSON, Paul; HACKER, Jacob. Drift and Democracy: The Neglected Politics of Policy Inaction. *APSA 2010 Annual Meeting Paper*, Washington D.C., 2010.

POZAS-LOYO, Andrea; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Enacting Constitutionalism: Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America. *LASA Conference*, Montreal, 2007.

ROSE, Richard; DAVIES, Philip. Inheritance in Public Policy: Change Without Choice in Britain. Yale University Press, 1994, 268 p.

SABATIER, Paul. *Theories of the Policy Process: Second Edition*. Westview Press, 2007. 352 p.

SLAGSTAD, Jon. Liberal Constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp.103–130.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, pp.20–45.

_____. Estado da arte em Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto (org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, pp.65-86.

SUNSTEIN, Cass. Constitutions and democracias: an epilogue. In: ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp.327–356.

_____. Constitutionalism and Secession. *The University of Chicago Law Review*, 1991, Vol. 58, No. 2, pp. 633–670.

TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 2007, Vol. 50, No. 2, pp.229–257.

THELEN, Kathleen. Historical Institutionalism In Comparative Politics. *Annual Review of Political Science*, 1999, Vol.2, pp.369–404.

_____. How Institutions evolve: insights from Comparative Historical Analysis. In: MAHONEY, James & Diestrich RUESCHEMEYER (eds). *Comparative Historical Analysis in the Social Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press. 2003, pp.208–240.

THEODOULOU, Stella Z. How Public Policy is Made?. In: THEODOULOU, Stella Z.; Matthew A. CAHN. *Public Policy. The Essential Readings*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, pp.86–96.

TSEBELIS, George. Processo Decisório em Sistemas Políticos: *Veto Players* no Presidencialismo, Parlamentarismo, Multicameralismo e Pluripartidarismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 12, nº 34, 1997, pp.89–117.

TUSHNET, Mark. The Rise of Weak Form Judicial Review. In: GINSBURG & DIXON (eds.). *The Research Handbook of Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar, no prelo, 2011.