



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Pedro Oliveira Cunha Lima

Em que(m) confiar?: o efeito das precauções na otimização constitucional

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

Coimbra, 2016

Agradecimentos

Talvez seja este o espaço em que o título desta pesquisa encontre maior satisfação. Minha mãe e meu pai, Sílvia Almeida de Oliveira e Cássio Rodrigues da Cunha Lima, unem gestos de estímulos e apoios, ambos, incondicionais. Não cabe em mim nenhum passo que esteja desacompanhado do agradecimento mais pleno e sincero aos responsáveis por quem eu sou.

Diogo Oliveira Cunha Lima e Marcela Oliveira Cunha Lima encerram o núcleo fundamental com que posso contar e agradeço com o amor único de família. Foi com muito carinho que Deus colocou essa sustentação que me ampara e guarda o melhor que possa chegar a mim.

Constância inflexível no mais paciente e dedicado companheirismo, Mariana Moreno de Gusmão Cunha merece um agradecimento especial. Para tudo e para todas as horas, minha gratidão se multiplica nos pequenos e grandes gestos. Aqui, meu amor está em tudo.

Também não consigo passar por esta etapa sem agradecer a Caio de Oliveira Cavalcanti, mestre em ciências jurídico-civilísticas por esta Universidade, primo de primeira ordem e hora, a primeira medida desde Lisboa a Coimbra tem a completude de uma solidariedade ao seu capricho natural.

No ensinamento que aconselha a convivência com pessoas com a mania de somar, Harrison Targino e Irapuan Sobral Filho – a ordem é alfabética – são responsáveis pela renovação do ânimo e dos olhares entre as melhores e piores intrigas. Não poderia apontar aquilo que é fruto da influência desses dois mestres que levam minha admiração e gratidão.

Pela referência que é, por toda orientação, meu agradecimento final à Doutora Suzana Tavares da Silva. Direta ou indiretamente, no parâmetro que coloca, meu melhor motor para o crescimento acadêmico e capacitação.

Abreviaturas

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DLSP	Dívida Líquida do Setor Público
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
<i>ICSID</i>	<i>International Centre of Settlement of Investment Disputes</i>
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
PIB	Produto Interno Bruto
PLN	Projeto de Lei do Congresso Nacional
PMDB	Partido do Movimento Democrático do Brasil
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
PTC	Partido Trabalhista Cristão
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Resumo

Este trabalho busca contestar os parâmetros de desconfiança e de precauções que desenham os arranjos institucionais. Sobretudo por intermédio de uma argumentação que distribui riscos e custos entre toda e qualquer escolha – incluindo a precaucional –, a contenção do abuso de poder político deixa de ser o objetivo principal da organização dos poderes para, em observância à eficiência, compor um extenso rol de prioridades democráticas. A separação dos poderes, pilar fundamental elegido para evitar esse risco particular (abuso de poder), é avaliada a partir de um novo contexto socioeconômico e diante de um outro estágio constitucional. O bicameralismo, o *impeachment* e o controle jurisdicional de constitucionalidade são analisados na perspectiva do custo das precauções. Ao final, sustentada a ideia de que apenas a desconfiança não é suficiente para lidar com as incertezas contidas nos riscos políticos, fica o desafio de encontrar a melhor alternativa para o dilema político que intriga a todos nós: em que(m) confiar?

Palavras-chave: constitucionalismo; separação dos poderes; otimização constitucional; desconfiança; precaução.

Abstract

This paper seeks to challenge the parameters of distrust and precautions that shape institutional affairs. Through an articulation that allocates risks and costs amidst all and every choice – including precautionary ones – the restraint on political abuse of powers ceases to be the main goal of the organization of political powers to consist of, in observance of efficiency, an extensive list of democratic priorities. The separation of powers, an essential cornerstone used to avoid this particular risk (abuse of power), is appraised from a new socioeconomic context and before another constitutional juncture. Bicameralism, impeachment and constitutional judicial review are analyzed in the context of precautionary costs. Finally, based on the idea that distrust itself is not enough to deal with the uncertainties of political risks, there remains the challenge of finding the best alternative to the political dilemma that intrigues us all: on whom/what to trust?

Keywords: constitutionalism; separation of powers; optimizing constitutionalism; distrust; precaution.

Índice

Introdução	8
1. A evolução da desconfiança	12
1.1. Pensamento político e princípio precaucional	15
1.1.1. Triunfo da precaução – <i>O Federalista</i>	21
1.2. Separação dos poderes	26
1.2.1. Tradições.....	28
1.2.2. Significados	32
2. O custo da precaução	40
2.1. Bicameralismo	41
2.1.1. Transmissão de responsabilidade e aumento do descontentamento	46
2.1.2. Gestão do Impasse	48
2.1.3. Conclusão parcial.....	50
2.2. <i>Impeachment</i>	53
2.2.1. <i>Case study: impeachment</i> da Presidenta Dilma Rousseff – o custo do processo ...	57
2.2.2. Conclusão parcial.....	65
2.3. Controle jurisdicional de constitucionalidade.....	66
2.3.1. Messianismo judicial	74
2.3.2. O insuficiente passo do diálogo institucional	78
2.3.3. Conclusão parcial.....	84
2.4. Estado de otimização	85
3. Regulação do risco político e otimização constitucional	88
3.1. Contra o método precaucional	90
3.1.1. Futilidade	92
3.1.2. Nova zona de risco.....	93

3.1.3. Perversidade.....	95
3.1.4. Remédios posteriores.....	97
3.2. Interpretação	99
3.3. Motivação, oportunidade e ambição institucional	101
3.4. Função negativa da otimização.....	103
3.5. Estímulo para a boa decisão coletiva: acomodação ao natural.....	105
Conclusão.....	108

Introdução

Se fôssemos fazer uma narrativa às avessas do percurso político da humanidade, a começar neste início de século XXI e centrada em uma abordagem institucional para a distribuição da confiança pública, com certeza, não faltaria a presença de um instrumento que se espalha de maneira progressiva pelos povos: a constituição¹.

Sem paternidade única e fruto de variados reflexos sociais, as atuais missões constitucionais têm, por essência, diferentes prioridades e acomodações. Somando-se a essa variedade, ainda que compartilhando o mesmo resultado final, são diversos os caminhos para essa chegada.

Momentos distintos, surgimentos ímpares e, para a complexidade final, trajetórias inacabadas² traduzem o desafio que é refletir sobre uma teoria da constituição, aos moldes de Karl Loewenstein, não como abstração teórica da essência da constituição em geral, mas no modo prático que analise a dinâmica real da constituição no processo político, no Estado moderno e em seu desenvolvimento histórico³.

Essa plêiade de origens é o que J. J. Gomes Canotilho, com o rigor necessário à preservação de uma identidade no constitucionalismo, define por “vários movimentos constitucionais”⁴, que, na busca por respostas distintas, a depender da natureza prevalente dos problemas jurídico-políticos da ordem local, modulam suas diagramações

¹ A constituição no sentido material (real), conforme Ferdinand Lassalle discorre em 1862, existe há milênios e faz-se presente em toda e qualquer organização social (dimensão sociológica) através dos fatores reais de poder. Ao sentido sociológico, na linha exposta por Marcelo Neves, para chegar em uma concepção “dialético-cultural”, a menção que fazemos soma os traços do conceito exclusivamente jurídico-normativo da Teoria Pura do Direito de Kelsen e, ainda, os traços da dimensão axiológica, própria do constitucionalismo referenciado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que prescreve: “Art. 16. Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, Acadêmica, São Paulo, 1994, p. 54-61. Para perspectiva nos fundamentos sociológicos, Ferdinand Lassalle, *A essência da Constituição*, 6ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

² Em 1958, Karl Loewenstein trata da impossibilidade de uma Teoria da Constituição eternamente válida. Passado mais de meio século, justifica a ausência de enfoque, no notável trabalho de Georg Jellinek, de fatores como partidos políticos, grupos de interesses e o papel do indivíduo frente ao Estado. O estudo do positivismo jurídico de Jellinek seria então, àquela altura, “um vazio esqueleto normativo”. Já na segunda metade do século XX, a referência determinante era a frustração com a fórmula estatal salvadora. Em mesma sequência histórica, continua Loewenstein, sua Teoria da Constituição não estaria menos antiquada chegados os anos 2000. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, p. 18-20.

³ Karl Loewenstein, *Teoría*, cit., p. 18.

⁴ A utilização deste termo mais rigoroso se coloca em oposição ao que pode também ser chamado, relaxadamente, de “vários constitucionalismos”. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 51.

para atenderem a determinadas prioridades e, assim, surgirem com autenticidade e vida própria.

Fica cada vez mais difícil falar da substância constitucional em termos gerais e sua distribuição de autoridade entre os agentes. Além da diferença de culturas, tradições, necessidades e possibilidades⁵ que variam as alternativas das respostas constitucionais, uma conclusão de Robert Dahl torna ainda mais instigante essa análise que vai aos termos práticos: em meio a esse universo, diferenças entre direitos e liberdades não podem ser atribuídas apenas ao sistema constitucional⁶.

A constituição não é um mecanismo sagrado e capaz de garantir, por si, o bem-estar social. Esse alerta é importante para que não haja um resumo constitucional pronto e acabado para todos os desafios institucionais. Se estamos a tratar da otimização constitucional, é preciso não perder de vista o sentido da necessidade de otimizar a própria capacidade da constituição. Apegar-se a apenas um instrumento jurídico-político para lidar com todos os desafios que estão à nossa frente – tendência verificada nas constituições analíticas – contraria a abertura de espaços e ingredientes elencados pela otimização.

Ainda que a visão panorâmica para a organização institucional deva ultrapassar o alcance da constituição, o presente trabalho visa à parcela da otimização constitucional e, mais especificamente, ao efeito gerado pela desconfiança. Aqui, as certezas têm maior afinidade com o passado. Olhando para o presente e, mais ainda, para o futuro, um mundo novo torna-se cada vez mais exigente da versatilidade da constituição.

O Direito Constitucional é constrangido a ir além do aspecto fundamental e definidor da soberania nacional⁷. E mais: começa a ser constrangido a ir além das respostas que o direito e a política dividem em teorias singularizadas e com foco específico. É aí que o debate muda suas referências históricas para medir, com uma nova régua, as consequências das precauções e da desconfiança – ou até, e às vezes mais gravemente, da ausência da confiança.

⁵ Robert A. Dahl, *How democratic is the American Constitution*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven-London, 2003, p. 96-97.

⁶ Robert A. Dahl, *How democratic*, cit., p. 99 (conclusão levantada a partir da comparação entre vinte dois países com estabilidade democrática por mais de meio século).

⁷ Mark Tushnet, *Advanced introduction to comparative constitutional law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, p. 2-3.

Nesse movimento que amplia os fatores relevantes para a elaboração do texto constitucional, que devem ser considerados caso a caso para as localidades e de modo geral para o novo modelo socioeconômico global, este trabalho não se aventurará na busca do conteúdo que as constituições devem trazer – como se a pergunta do título tivesse uma resposta única. Ao contrário, escolher-se-á uma tendência específica (uso de precauções) para argumentar sobre a inadequação das simplificações desses processos que definem as tomadas de decisões. Portanto, ao invés de simplificar o procedimento para alcançar uma complexa substância dentro do consentimento coletivo, complicar-se-á o procedimento para simplificar e elastecer a substância.

Em *Securities against misrule*, Jon Elster diz oferecer um trabalho em persuasão, e não demonstração⁸. Para a construção de uma teoria normativa sobre a tomada de decisões coletivas, falta uma teoria normativa daquilo que possa ser considerado um bom resultado. A consequência é que qualquer elaboração que desconsidere essa precariedade substantiva falha por ambição.

Adrian Vermeule também alerta, em *The Constitution of Risk*, para as limitações de sua abordagem. Ao invés de abarcar a maneira de desenhar e interpretar a constituição, circunscreve seu ensaio em uma teoria da argumentação constitucional. Sem se responsabilizar com os detalhes do resultado final, guarda o ponto de vista argumentativo procedimental para aplicar a sua teoria.

Trabalharemos com limites semelhantes. A resposta de onde depositar a confiança pública não é universal. Até porque, ainda que seguido um selecionado roteiro, noções procedimentais podem ser aplicadas ao mesmo modo e devolverem resultados distintos. Sem antecipações para onde tais procedimentos vão nos levar, queremos nos juntar a esse meio para focar sobretudo na travessia entre as variantes institucionais.

No primeiro capítulo, far-se-á uma avaliação introdutória da precaução, traçando-se a evolução da desconfiança. Racionalmente analisada, a desconfiança é um elemento complexo para guiar o desenho institucional, pois, conforme veremos, a desconfiança que motiva o uso de uma precaução também é responsável pela criação de uma nova desconfiança – desta feita, à própria precaução. O dilema torna-se infinito.

⁸ Jon Elster, *Securities against misrule: juries, assemblies, elections*, Cambridge University Press, New York, 2013, p. 14.

Considerando esse quadro de variados reflexos, o princípio precaucional deve ser tratado dentro de um gradualismo que deve procurar seu ponto ótimo de acordo com o contexto no qual se encontra inserido. O percurso das maneiras de lidar com o abuso de poder no sistema político serve de alerta para possíveis respostas intuitivas que podem contaminar o caminho da melhor alternativa. Encontrada a fórmula da separação dos poderes que triunfa na Constituição estadunidense, o desafio é entender o seu significado e adequar a sua funcionalidade a um novo modelo de acomodação econômica e social.

Traçadas as razões e aparições que compõem o constitucionalismo precaucional, o segundo capítulo dedica-se a anotar custos específicos desse norte intuitivo predominado pela desconfiança. Na obrigatoriedade pela eficiência, a desconsideração da confiança pública elimina a melhor análise dos instrumentos institucionais. Por amostragem, em algumas ramificações do pilar principal trazido pela separação dos poderes, o bicameralismo, o *impeachment* e o controle jurisdicional de constitucionalidade passarão por uma análise de custo para provocar uma reflexão mais ampla que se enquadre no sentido da otimização constitucional.

No terceiro e último capítulo, aprofundaremos a ideia da otimização constitucional proposta por Adrian Vermeule. O método precaucional será observado juntamente com o quadro argumentativo de quatro desdobramentos críticos no âmbito do constitucionalismo precaucional. Ao final, buscar-se-á o formato substituto para o excesso das precauções no novo contorno que deve pautar as elaborações e interpretações constitucionais.

Se o padrão institucional proposto pela construção tradicional precisa passar por revisões que não trabalhem exclusivamente com a desconfiança, em que(m) podemos confiar?

1. A evolução da desconfiança

A desconfiança é uma defesa, um amparo que se instala com a pretensão de acobertar fragilidades. Quanto maior for a probabilidade de violação, qualquer que seja a ofensiva, mais tentador será o culto à desconfiança. Antecipemos uma premissa óbvia: desconfiar do poder é tentador.

Nessa tentação que lida com o risco e a incerteza⁹, uma das respostas que o estado de desconfiança gera manifesta-se por através das precauções. Um dos seus usos pode ser encontrado na definição técnica de risco que tem seu produto por intermédio da probabilidade e magnitude¹⁰. Se a precaução é efetiva, ou não, é um terreno que, inevitavelmente, conservará o elemento da incerteza (uma vez que o sucesso é verificado através da ausência de um resultado adverso, talvez, mesmo sem a precaução, encontrar-se-ia o mesmo resultado¹¹).

Para aproveitar o mesmo sentimento e usá-lo na direção oposta, essa incerteza quanto à efetividade faz com que, racionalmente, deva surgir um espaço de desconfiança constante nas próprias precauções. Mas isso tende a ficar em segundo plano. O fato é que existem duas maneiras das pessoas reagirem aos riscos, e a primeira delas não envolve qualquer ato de aferir a efetividade das precauções.

Pessoas reagem aos riscos intuitiva ou analiticamente. Na reação intuitiva, a memória traz experiências pessoais e ocupa papel de enorme preponderância – quem já perdeu o carro em uma batida é mais propenso a decidir pelo seguro do automóvel. A reação com base em análises objetivas permite decisões com maior capacidade de se justificarem diante de uma avaliação amadurecida e com o máximo de imparcialidade possível. Contudo, para seguir nas tentações, entre intuição e análise, o estímulo da

⁹ Muito embora não se aprofundando nesse debate, Adrian Vermeule ressalta distinções entre risco e incerteza. Dentro do campo das probabilidades, coloca o risco na moldura dos resultados prováveis e consequências que cada um teria. A diferença na incerteza é justamente sua carência de probabilidades, mesmo também havendo o leque de resultados e as respectivas consequências. Nessa classificação, Adrian Vermeule ainda soma a ideia de ignorância, onde sequer se conhecem os resultados que podem vir a acontecer. Adrian Vermeule, *The constitution of risk*, Cambridge University Press, New York, 2014, intro., p. 8-10.

¹⁰ A maneira como essa balança opera envolve a presença de valores, atitudes, influências sociais e identidade cultural. Ortwin Renn *et al*, «The Social Amplification of Risk: Theoretical Foundations and Empirical Applications», *Journal of Social Issues*, vol. 48, nº 4 (1992), p. 137-160.

¹¹ Jonathan B. Wiener, «Precaution in a Multirisk World», in *Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice*, edited by Dennis J. Paustenbach, John Wiley & Sons, New York, 2002, p. 1513.

primeira exerce uma motivação muito maior na maioria das pessoas¹². Chegaremos, em nosso último capítulo, à maneira de manusear os estímulos.

Pelas várias formas de o princípio precaucional servir à regulação do risco, podemos dividi-las, conforme Jonathan Wiener, em três diferentes versões graduais. Em ordem crescente, a primeira delas – portanto, a menos precaucional – estabelece que a incerteza não deve impedir o espírito preventivo de uma provisão. Na segunda, temos apenas a inversão do olhar, e a incerteza passa a justificar a ação preventiva. A terceira e última versão defende a precaução como instrumento para obstaculizar a presença de qualquer incerteza. O ônus da prova, em uma maximização precaucional, recai sobre aqueles que exercem a atividade, que fica proibida até que haja a comprovação do não risco¹³.

Cass Sunstein coloca que o princípio precaucional, em sua manifestação máxima, torna-se paralisante e incoerente. Paralisa no sentido de que tudo envolve algum tipo de risco, e a incoerência decorre do resultado que a aplicação do princípio traz em confronto ao seu propósito inicial¹⁴. Em um degrau menos extremista, algumas precauções podem ir de encontro ao princípio precaucional na medida em que criam riscos substitutos¹⁵.

Um exemplo claro são os muitos esforços contra a variação climática¹⁶. Pela natureza de processar as informações que circulam este tema, pessoas com o viés protecionista tendem a se posicionar contrariamente à energia nuclear. Ocorre que a redução da dependência de combustíveis fósseis pode levar à maior dependência da energia nuclear. A conclusão é que medidas precaucionais em determinado campo podem

¹² Cass R. Sunstein, *Worst-case scenarios*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 5-7.

¹³ Jonathan B. Wiener, «Precaution, cit., p. 1514-1518.

¹⁴ Cass R. Sunstein, *Worst-case*, cit., p. 125-126.

¹⁵ Gerd Gigerenzer apresenta um estudo que compara o comportamento precaucional e os prejuízos indiretos do terrorismo. Cruzando o decréscimo de passageiros em voos, acréscimos de tráfego rodoviário e acidentes nas estradas, entre outras ponderações, a estimativa é que 1.595 americanos morreram nas estradas, tentando evitar um acidente aéreo. 256 passageiros morreram nos quatro voos fatais do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001. Gerd Gigerenzer, «Out of the Frying Pan Into the Fire: Behavioral Reactions to Terrorist Attacks», *Risk Analysis*, vol. 26, nº 2 (2006), p. 347-351. Um efeito semelhante se deu na Inglaterra, em 2000, devido ao acidente de trem em Hatfield, que resultou em algumas mortes. Nos trinta dias subsequentes ao episódio, pelo consequente aumento do tráfego rodoviário, houve um acréscimo de cinco mortes por acidentes de carro – aproximadamente o mesmo número de mortes por acidentes de trem ao longo de trinta anos. Cass R. Sunstein, *Risk and reason: safety, law, and the environment*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 2.

¹⁶ Antecipadamente, os exemplos que se valem desta temática não trazem qualquer posicionamento neste vasto domínio. Nos limitados a destacar, conforme Jonathan Wiener, que o uso desmedido do princípio precaucional, ironicamente, negligencia a habilidade de compreender as interconexões ecológicas. Jonathan B. Wiener, «Precaution, cit., p. 1519.

ser ao mesmo tempo proibidas neste mesmo campo¹⁷. Sob a análise a partir de diversos ângulos, essa é a exata amplitude que deve ser dada quando o assunto são as precauções.

Geralmente associado com as questões ambientais ao lado da noção de sustentabilidade, todo esse universo também se aplica em outras dimensões. Na dimensão política, existe uma reação intuitiva em favor da desconfiança na ocorrência do abuso de poder e desvios outros espalhados por todo arranjo organizacional. A razão tem explicação intuitiva: é como colocar a questão do seguro de carro para alguém que é acostumado a perdê-lo em batidas. O acúmulo de desconfiança na política é enorme. A experiência modula a psicologia da confiança e suas capacidades¹⁸.

Na disposição de Michel Foucault, “o sistema do direito e o campo judiciário são canais permanentes de relações e dominação e técnicas de sujeição polimorfas”¹⁹. Se, da Idade Média em diante, a teoria do direito se preocupa essencialmente em fixar a legitimidade do poder²⁰, qualquer cenário que remeta às características de dominação do poder real traz um novo espaço para novas desconfianças e conseqüentes precauções.

Quem decide se apaixonar pelas falhas esbarra em um campo que não deixa a desejar. A escolha institucional se dá em um universo de alternativas complexas e imperfeitas, e a mera intuição, aqui, é inadequada. A busca exclusiva pelas falhas não traz a resposta que procuramos e precisamos avaliar analiticamente²¹. Nas palavras de Giovanni Sartori, “há sempre tanta coisa errada no mundo real que o caminho da crítica nunca deixa de ser oportuno. No entanto, será a crítica um fim em si mesmo?”²².

Tudo isso se reflete em uma coleção que, na forma de Karl Popper, como toda coleção, depende dos interesses do colecionador²³. O temor no perigo do pior cenário, que distancia a ponderação valorativa das probabilidades, é um dos muitos caminhos. Uma noção pessimista que trabalha a melhor solução dentro do pior cenário (*maximin*²⁴) é

¹⁷ Cass R. Sunstein, *Worst-case*, cit., p. 186.

¹⁸ Russell Hardin, «Trustworthiness», *Ethics*, vol. 107, nº 1 (1996), p. 27.

¹⁹ Michel Foucault, *Microfísica do poder*, 2ª ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2015, p. 282.

²⁰ Michel Foucault, *Microfísica*, cit., p. 281.

²¹ Neil K. Komesar, *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*, University of Chicago, Chicago, 1994.

²² Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional*, trad. Sérgio Bath, Universidade de Brasília, Brasília, 1996, p. 158.

²³ Karl Popper, *A sociedade aberta e seus inimigos*, trad. Milton Amado, 2º volume, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1974, p. 267.

²⁴ Abreviatura para *maximizing the minimum*. Cass R. Sunstein, *Worst-case*, cit., p. 147.

apenas uma das muitas posturas possíveis – talvez até, como lembra Adrian Vermeule, a mais prudente após o exercício de uma reflexão desapassionada²⁵.

Isso não retira o custo das precauções – nem sequer barateia. Com toda plasticidade com que a escolha constitucional convive e está mais propensa a assumir, responsáveis por decisões relevantes são eleitos – talvez não eleitos – para participar de um jogo estratégico de trocas. Como a constituição deve assimilar a desconfiança?

Antes da observação mais detalhada em torno das precauções, começaremos por uma abordagem do surgimento e das maneiras de o constitucionalismo precaucional lidar com o risco político²⁶.

1.1. Pensamento político e princípio precaucional

A observação de alguns pensamentos dá força e lapida a ideia moderna do constitucionalismo. Na forma de Martin Loughlin²⁷, essa compreensão fixa parâmetros importantes para o imaginário constitucional. A abertura de novos caminhos para se acomodar a realidade política faz parte da fórmula fundamental para a organização em sociedade. Sob o olhar da gestão da desconfiança, tal evolução de alternativas passa pelo que se entende, em cada época, por abuso de poder.

Nessa pluralidade de acordos, com a compreensão histórica da titularidade do poder público e dos valores defendidos nas doutrinas da soberania²⁸, é possível identificar as ideias políticas e jurídicas que inspiraram os conceitos fundamentais do constitucionalismo²⁹. Desconfianças de ontem justificam a confiança de hoje na prestigiada força normativa da constituição. Ou senão, por outra forma de enxergar, é de reconhecer-se ao menos uma confiança que a autodeterminação coletiva e individual manifeste-se através do direcionamento constitucional. É dizer, valendo-se da simplificação mencionada por

²⁵ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., intro., p. 26.

²⁶ Adrian Vermeule, «Precautionary Principles in Constitutional Law», Harvard Public Law Working Paper No. 11-20, setembro de 2011, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930427>.

²⁷ Martin Loughlin, «The Constitutional Imagination», *Modern Law Review*, vol. 78, nº 1 (2015), p. 9.

²⁸ Maurizio Fioravanti, *Constitución: da la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, p. 71-84.

²⁹ Gilmar F. Mendes e Paulo G. Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 40.

Nicholas Barber³⁰: se a filosofia política projeta seu interesse para os fins, a teoria constitucional se ocupa em estabelecer com quais meios. Nesse espectro, a constituição vai ganhando prestígio dentro da organização da ação coletiva.

Até chegar ao estágio precaucional³¹ contido em *O Federalista* – os antifederalistas também defendiam precauções³² –, a desconfiança trilhou um percurso que, ao longo dos anos, torna a tolerância perante o sistema político algo cada vez mais complexo de se compreender.

Nesse traçado, fazemos um recorte para iniciar com a alternativa proposta, no século XVI, pelo francês Jean Bodin³³, quando, no trabalho *Os Seis Livros da República*, publicado em 1576, defende a soberania exercida pela monarquia de forma absoluta, indivisível, originária e perpétua. Por essas características pertencentes ao soberano, Bodin produz a primeira ruptura com o regime político do ordenamento medieval (quarta forma de caráter misto) com a visão da impossibilidade da paz social na ausência de um corpo que reúna tais prerrogativas³⁴.

Embora haja presença de alguns limites³⁵, com a feição divina do poder, não existe prestação de contas (controle por outros poderes) por parte do soberano que jamais erra³⁶. A cultura da época, percebida nas convicções de Bodin, leva a crer em um estado de acomodação garantido por argumentos sobrenaturais que geriam as opiniões contrárias ao exercício dessa modalidade do poder real.

A mudança na justificação da origem do poder romperia com uma estrutura indispensável à sustentação do formato político proposto por Bodin. A ruptura com a obediência do direito, das artes, da economia e do saber ao arcabouço supremo da

³⁰ Nicholas W. Barber, «Prelude to the Separation of Powers», *Cambridge Law Journal*, 60 (1), março de 2001, p. 62.

³¹ É importante reiterar que a precaução não constitui um mal em si mesma. A predisposição para a instalação de precauções que pode ser considerada um comportamento ineficiente perante a formatação do arranjo político. Nesse contexto, Vermeule distingue “*optimal precautions*” de “*maximal precautions*”. Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 38.

³² Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., intro, p. 28.

³³ Jean Bodin (1530-1596), jurista francês, professor de Direito, notabilizou-se por ser o pioneiro a discorrer sobre o conceito de soberania em sua natureza.

³⁴ Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 73-75.

³⁵ Maurizio Fioravanti elenca dois limites: a distinção entre o rei e a Coroa, que impede a alteração nas leis de sucessão e a alienação de bens que compõem a fazenda pública; e a indisponibilidade, ao monarca, de certos direitos dos particulares sob pena de converter-se em um tirano. Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 74.

³⁶ Conceito que ficou eternizado na célebre frase da língua inglesa: “*The king can do no wrong*”.

semântica moral-religiosa do bem e do mal põe fim ao direito sacro³⁷. Até aqui, embora com essa precariedade de fundamento, é de se destacar, enquanto elemento fundante do constitucionalismo, a ideia final de distinguir um corpo que guardasse um núcleo rígido e inalterável do poder político³⁸.

Apesar de concordar com muito do que estava posto, Thomas Hobbes³⁹ introduz a decisiva noção contratualista da origem do poder a partir do consenso para sua instauração e nos traz para o limiar da modernidade⁴⁰. No *Leviatã*, publicado em 1651 e sob a influência de eventos marcantes de 1649⁴¹, Hobbes abandona a invocação metafísica atribuída ao soberano, mas preserva o convite ao autoritarismo. Em virtude de evitar o caótico estado de natureza dos homens, confia ao soberano, o *Leviatã*, a totalidade do poder para garantir os direitos inerentes aos indivíduos.

Ao contrário de Bodin, a vontade dos indivíduos no estado de natureza que origina artificialmente o poder soberano representativo. Entretanto, na ausência de um segundo passo, esta vontade desapareceria no próprio soberano, perdendo sua capacidade de possível oposição e controle⁴².

Com a teoria do pacto social proposta por Hobbes, supera-se a invocação divina para o convencimento da origem do poder. De outro lado, quanto ao seu exercício, a doutrina serve como confirmação do modelo apresentado por Bodin e não pode ser considerada como revolucionária, mas, em verdade, conservadora⁴³.

John Locke⁴⁴ é um marco para o protagonismo da desconfiança. Precursor do pensamento liberal e atento ao que se passava no Reino Unido durante a Revolução Gloriosa de 1688-89, instaura a ideia precaucional do poder moderado em contraponto ao

³⁷ Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 6-10.

³⁸ Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 77.

³⁹ Thomas Hobbes (1588-1679), filósofo inglês, foi defensor acérrimo do absolutismo. Abordou o estado de natureza ao ponto de desenvolver, de maneira inaugural, a teoria contratualista para origem do Estado.

⁴⁰ Desse pensamento, também é possível extrair um conceito moderno da lei que se traduz em um comando da soberania. Martin Loughlin, «The Constitutional», cit., p. 5-7.

⁴¹ Referimo-nos ao surgimento da república, originada pelo governo revolucionário que levou à condenação de morte o rei Carlos I e aboliu a Câmara dos Lordes.

⁴² Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 79-80.

⁴³ Paulo G. Gonet Branco, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 14.

⁴⁴ John Locke (1632-1704), filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, foi um dos pilares para o processo revolucionário tanto na Inglaterra, como na França e Estados Unidos.

poder absoluto⁴⁵. Inicia um forte movimento de transferência da soberania do rei para o Parlamento, que tem como um dos seus marcos a conquista do *Bill of Rights*⁴⁶.

Esse é um divisor de águas para a abordagem das precauções, pois, conforme pontua Adrian Vermeule, o domínio da desconfiança tem fortes ligações com a teoria política do liberalismo⁴⁷. O pessimismo e temor diante da possibilidade do abuso de poder é acrescido pela intolerância à concentração das funções do Estado. Através de Locke é possível extrair, conforme Jeremy Waldron, uma teoria especificamente direcionada para a separação dos poderes⁴⁸.

Em um tempo em que a prudência o impedia de reconhecer publicamente a autoria de seus textos sobre filosofia política, no *Segundo Tratado do Governo*, publicado em 1689, Locke justifica a renúncia da liberdade, que a organização em sociedade impõe, através da defesa da preservação da propriedade (vista como preservação da vida, liberdade e bens). A garantia da execução das sentenças justas não encontra espaço na condição natural dos homens⁴⁹.

Entre o estado de natureza, marcado pela liberdade perfeita e inconciliável com a ideia de um juiz imparcial⁵⁰, e a organização política do poder absoluto, Locke argumenta – ao contrário de Hobbes – que o poder absoluto é intolerável por instaurar plataforma mais caótica à preexistente condição natural do homem, ou seja, o Estado perderia a razão de ser por se tratar de um remédio pior do que a doença⁵¹.

O cuidado vai além da simples negação da origem divina do poder. O pensamento lockeano inicia a importante construção da imprescindibilidade de dividir as funções do Estado⁵². Com lucidez, Locke considera a tentação excessiva que o poder tende a exercer

⁴⁵ Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 91.

⁴⁶ Em 1689, a *Declaração de Direitos* restringe os poderes do rei ao exigir a presença do Parlamento para medidas como a criação de leis, convocação de exército permanente em tempos de paz e imposição de tributos.

⁴⁷ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., intro., p. 23.

⁴⁸ Jeremy Waldron, «Separation of Powers in Thought and Practice», *Boston College Law Review*, vol. 54, 2013, p. 447.

⁴⁹ John Locke, *Segundo tratado do governo*, trad. Carlos E. Pacheco Amaral, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, p. 143-145.

⁵⁰ Essa é uma construção que reúne expressivo consenso em favor da precaução. Adrian Vermeule dedica um capítulo do seu trabalho *The constitution of risk* para analisar o risco da imparcialidade. Ao elencar casos nos quais não há esta observância, destaca outros valores que podem ser sacrificados em nome da preservação da imparcialidade (autonomia, perícia etc.). Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 4, p. 4.

⁵¹ John Locke, *Segundo*, cit., p. 43.

⁵² John Locke, *Segundo*, cit., p. 163-166.

sobre a fraqueza humana e, por isso, para a necessidade de distribuí-lo de modo a evitar o comprometimento de seus reais desígnios⁵³.

Ao traçar novas diretrizes para a organização política, acompanhando a ascensão do legislativo, ainda não aborda o judiciário independentemente, que tem sua função típica exercida também pelo executivo. A disfunção rechaçada é entre criar e julgar, que devem estar apartados para que se preservem os direitos dos indivíduos. Nesses primeiros passos, não atenta para a igualdade hierárquica entre os poderes e defende, sob o requisito do consentimento da sociedade, a supremacia do legislativo – primeira e última palavra da lei⁵⁴.

Montesquieu⁵⁵ refina a divisão dos poderes ao conferir maior rigor ao equilíbrio, de modo a aguçar a convicção de que qualquer homem com poder tende a abusar dele, indo até onde encontra limites⁵⁶. Aumenta os limites ao separar o executivo em “poder executivo do Estado” e “poder de julgar”, sendo este apenas a pronúncia do que está previsto nas leis.

Em elaboração que observa as várias maneiras com que cada povo conceituou a liberdade⁵⁷, relaciona a liberdade política com a constituição para fazer sua defesa em torno do princípio da separação dos poderes. O regime moderado torna-se pré-requisito da garantia da liberdade política.

Por outro lado – e esse é um aspecto interessantíssimo na interpretação de Jeremy Waldron da teoria de Montesquieu –, existe o desenvolvimento da ideia da natureza constitutiva da separação dos poderes. Para Montesquieu, a concentração implicaria o obscurecimento do poder, ao passo que a separação o tornaria verificável e, assim, assumiria a função constitutiva. O exemplo utilizado é: em uma monarquia, quando o acusado sai em liberdade pela decisão do julgamento do soberano, não se sabe se ele foi absolvido ou perdoado⁵⁸.

⁵³ Gilmar F. Mendes e Paulo G. Gonet Branco, *Curso de direito*, cit., p. 42-43.

⁵⁴ John Locke, *Segundo*, cit., p. 151.

⁵⁵ Charles-Louis de Secondat (1689-1755), francês aristocrata de família nobre e formação iluminista, consagrou-se por sua teoria da separação de poderes.

⁵⁶ Montesquieu, *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*, 9ª ed., trad. Pedro Vieira Mota, Saraiva, São Paulo, 2010, Livro 11º, Capítulo IV.

⁵⁷ Montesquieu, *O espírito*, cit., Livro 11º, Capítulo II.

⁵⁸ Jeremy Waldron, «Separation, cit., p. 450-451.

No *Espírito das Leis*, publicado em 1748, Montesquieu inicia a construção de uma desconfiança limitadora à vontade legislativa através do executivo – sempre em seu sentido negativo (veto)⁵⁹. Este é mais um indicativo da expressão política que a Constituição inglesa, com a fórmula do *the King in Parliament*, exerceu ao longo do século XVIII.

Conforme analisa Karl Loewenstein, em tempo de indiferença ao conteúdo ideológico das instituições e observação à estrutura externa que excluía a dinâmica do processo do poder, Montesquieu inicia um processo de aproximação da realidade do poder, enquanto elemento, dentro da estrutura do governo⁶⁰.

O debate acerca da legitimidade, essencial para o desdobramento atual da desconfiança, ainda não havia tomado a forma peremptória de ligação com a vontade popular. Para chegar a tal ponto, seguimos com os traços da linha contratual trazidos por Rousseau⁶¹. Com o seu trabalho mais referenciado, *O Contrato Social*, publicado em 1762, Rousseau desconsidera qualquer limite imposto ao povo, único detentor da soberania que, inalienável, só pode se manifestar mediante a vontade geral. A confiança de Rousseau teria um domínio único e determinado.

Duro crítico da representatividade, no modelo de Rousseau, o soberano é sempre um ser coletivo que não pode dispor de seu exercício. Desconfiado do governo, sustenta a possibilidade – como extrema medida precaucional – de ser retomado pelo povo, a qualquer momento, aquilo que fora delegado: o poder. É possível, portanto, transmitir o poder, mas jamais a vontade⁶².

A importância que Rousseau dá ao Estado e a suas instituições é absoluta na formação dos povos e consequências sociais. Essa é uma tendência que norteia todo pensamento anterior ao século XX, classificada pelos cientistas políticos de antigo institucionalismo⁶³. Suas passagens pelo comportamento individual são sempre

⁵⁹ Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 98.

⁶⁰ Karl Loewenstein, *Teoría*, cit., p. 45.

⁶¹ Jean Jacques Rousseau (1712-1778), nascido em Genebra, Suíça, foi importante filósofo político do século XVIII. Defensor voraz da soberania do povo, é sempre lembrado pela firme convicção em desacreditar na representatividade e, como consequência, na possibilidade de existência da democracia em seu rigor. Jean Jacques Rousseau, *Do contrato social*, trad. Rolando Roque da Silva, Ridendo Castigat Mores, São Paulo, 2001, p. 111.

⁶² Jean Jacques Rousseau, *Do contrato*, cit., p. 45.

⁶³ Ao antigo institucionalismo sucede-se uma onda intitulada de comportamentalismo e, posteriormente, ao chegar aos dias de hoje, a corrente intitulada de novo institucionalismo, que se divide em variadas

encaixotadas com a presença do Estado. Ao sair dessa linha principal de abordagem, o faz, em regra, com conceitos coletivos⁶⁴. Portanto, nesse modelo, a desconfiança apresenta-se absoluta e coletivamente.

1.1.1. Triunfo da precaução – *O Federalista*

James Madison traz a desconfiança em deixar o sistema constitucional vulnerável e ao alcance das futuras gerações. Um rigoroso procedimento para as revisões constitucionais protegeria os desvios que as mudanças em nome do povo poderiam conter⁶⁵. No debate com Thomas Jefferson, que lidava principalmente com a influência que pessoas de uma geração passada poderia exercer à vida das pessoas no presente e futuro, o tempo atesta – no aspecto formal – uma incomparável vitória da precaução madisoniana⁶⁶.

Na divisão proposta por Cass Sunstein⁶⁷, que tem por gênero o princípio precaucional, os convencionais norte-americanos estavam expostos, em larga medida, a dois campos que dão origem a diferentes formatos específicos deste princípio: o campo da catástrofe e o da irreversibilidade. Como de regra a este domínio, tal exposição se dá em uma escala de vasta graduação e probabilidades⁶⁸.

Em um cenário de crise econômica e instabilidade política, com a autoridade pública não consolidada⁶⁹, o sentimento de catástrofe se fazia presente por intermédio do

ramificações (institucionalismo histórico, institucionalismo da escolha racional, institucionalismo sociológico, entre outros). B. Guy Peters, *Institutional theory in political science: the “new institutionalism”*, Pinter, London, 1999; J. G. March e J. P. Olsen, «Elaborating the “New Institutionalism”», in *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 159-175; Robert A. Dahl, «The behavioral approach in political science: epitaph for a monument to a successful protest», *American Political Science Review*, vol. 55, nº 4 (1961), p. 763-772.

⁶⁴ Por exemplo, como sua visão de “povo” e “costumes”. Rousseau afirma que determinado povo deve estar preparado para receber boas leis. Jean Jacques Rousseau, *Do contrato*, cit., p. 73-74. Assim como afirma – e daí uma percepção que as instituições não são terminativas para traçar o contrato social – que a cada povo deve-se destinar um específico sistema de instituições. Jean Jacques Rousseau, *Do contrato*, cit., p. 87.

⁶⁵ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, 2ª ed., trad. Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 456. J. Madison, artigo nº 49.

⁶⁶ Cass R. Sunstein, *A Constitution of many minds*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2009, p. 3-4.

⁶⁷ *Catastrophic Harm Precautionary Principle e Irreversible Harm Precautionary Principle*. Cass R. Sunstein, *Worst-case scenarios*, cit., p. 118-197.

⁶⁸ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 1, p. 3.

⁶⁹ Roberto Gargarella, «Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois», in *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*, compilado por Atilio A. Boron, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, 169-188.

amplo receio da anarquia ou da tirania. A irreversibilidade materializava-se nas características ínsitas ao poder de, uma vez consumado o abuso, ter sempre o dano em estado irreversível. Sobretudo por este segundo aspecto, que inviabiliza qualquer alternativa de remediação posterior à manifestação do abuso, ganha força toda argumentação em torno das precauções.

Avançando, portanto, neste sucinto percurso, destacamos a construção norte-americana trazida, ao final do século XVIII, pela série de artigos que deram origem ao livro intitulado de *O Federalista*, publicado em 1788. Caso histórico de mudança institucional, toda a reflexão gira em torno do aspecto decisivo que a escolha do conteúdo constitucional exerceria para que houvesse a prosperidade da América.

Mediante a reflexão que tem como uma de suas principais referências práticas o modelo institucional inglês, toma corpo a desconfiança originada no testemunho dos abusos do parlamentarismo⁷⁰. E é assim que uma nova desconfiança obriga uma nova forma de governo limitado dentro da organização constitucional. O pragmatismo da vivência deixava pouco espaço para qualquer razão que contrariasse esse sentimento, explicitado por James Madison, da possível e custosa ambição que o Parlamento poderia desenvolver⁷¹.

Esse é um instante de enorme valor analítico para se perceber a influência do sentimento precaucional no sistema político, pois é nesta quadra histórica que o povo norte-americano dá o exemplo da primeira oportunidade de *design* constitucional, nas

⁷⁰ Os casos mais emblemáticos são, em ordem cronológica, o *Stamp Act*, o Massacre de Boston e o *Boston Tea Party*. No *Stamp Act*, em 1765, após a vitória britânica na Guerra dos Sete Anos, a Coroa impõe novo imposto, que incide sobre material impresso, para custear a defesa das colônias. Os americanos contrapõem por não terem sido ouvidos pelo Parlamento, além da falta de necessidade de suporte militar. Surge o slogan: *No taxation without representation*. O Massacre de Boston é fruto de outra intervenção fiscal, pelo Parlamento britânico, através de atos que instauram tarifas sobre importações das colônias. Contrariados pela interferência econômica desarrazoada, durante manifestação em Boston, em 1770, a milícia inglesa dispara contra a multidão e mata cinco pessoas. Por fim, em 1773, a permissão para entrada de chá oriundo da Companhia das Índias Ocidentais mexe com o mercado americano. Novamente em Boston, parte dessa mercadoria é atirada ao mar e motiva, mais uma vez, interferência das tropas britânicas no episódio conhecido como *Boston Tea Party*.

⁷¹ “O departamento legislativo tem uma superioridade nos nossos governos que deriva de outras circunstâncias. Sendo os seus poderes constitucionais simultaneamente mais largados e menos susceptíveis de limites precisos, ele pode, com maior facilidade, disfarçar debaixo de medidas complicadas e indirectas as usurpações que pratica em relação aos departamentos coordenados”. A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 449. J. Madison, artigo nº 48.

palavras de Alexander Hamilton⁷², resultante da “reflexão e da escolha” em detrimento do “acidente e da força”.

Para a nossa abordagem, a “reflexão e escolha” são atributos justamente da corrente oposta ao direcionado constitucionalismo precaucional – chamada de otimização constitucional, objeto de estudo de nosso terceiro capítulo. Vamos destacar, por ora, que todas as precauções colocadas pelos *Framers* podem reivindicar o atributo de decisões amadurecidas – ao menos de acordo com as referências à disposição naquele tempo⁷³.

Sem amparo histórico de manifestação da soberania popular em uma dimensão geográfica continental, com procedimento de extremo exercício democrático⁷⁴ em sua criação, o respeito aos cidadãos coloca o projeto da nova Constituição como recomendação – e não imposição⁷⁵ – e esclarece o sucesso refletido na “viabilidade de uma concepção emancipadora da política. Não mero exercício do poder, mas uma organização da sociedade para a multiplicação das forças que aumentam a possibilidade de realização das potencialidades individuais e coletivas”⁷⁶.

Desenvolvendo a técnica da limitação do poder empregada pela tradição inglesa, o ajuste na busca do equilíbrio entre as relações dos poderes desenvolvido por James Madison – Madison é antagônico ao pensamento de Rousseau quanto à representatividade – tem em seu campo de análise distinto parâmetro de realidade e diferencia o regime democrático do regime republicano.

Na leitura de Robert A. Dahl, Madison explicita a impossibilidade, devido à extensão do território e tamanho da população, de se praticar uma democracia direta, mas liga a “república” à “democracia representativa”. Esse é um ponto de difícil precisão técnica, pois havia uma ambiguidade entre os termos “república” e “democracia”. Vale

⁷² A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 49-51. A. Hamilton, artigo nº 1.

⁷³ Robert A. Dahl dedica um capítulo de seu trabalho *How democratic is the American Constitution* para elencar os vários desdobramentos que não estavam ao alcance do olhar dos *Framers* e também imposições fáticas que limitavam o leque de alternativas. Robert A. Dahl, *How democratic*, cit., p. 6-39.

⁷⁴ Cabe ressaltar o parâmetro com que se emprega essa consideração. Americanos africanos, índios, mulheres e a maioria daqueles que não possuíam propriedade não participaram do processo. Há também desconfiança dos convencionais na participação absoluta da população. O Povo nunca falou diretamente. Geoffrey R. Stone *et al*, *Constitutional Law*, 7ª ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013, p. 3. Por outro lado, a entrada em vigor da nova Constituição dependia da aprovação de nove dos treze Estados membros. O debate proporcionou uma experiência democrática única durante mais de um ano, quando houve eleições de representantes para a finalidade exclusiva de guiar a discussão política com participação ativa dos cidadãos. A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 17-21.

⁷⁵ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 58. J. Jay, artigo nº 2.

⁷⁶ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 30.

somar que Madison, no artigo nº 39, acaba por incorporar à república os conceitos basilares da democracia⁷⁷.

A colocação republicana, nesse sentido, contempla os princípios mais caros à democracia ao destinar o poder constituinte, fundante da Constituição, às mãos do povo soberano. Entretanto, é a partir do regime republicano que também se inicia a crítica à escolha pela democracia pura que se desdobre em modelos constitucionais com concentração dos poderes, geralmente nos representantes do povo. À fundamentação democrática dever-se-ia somar uma articulação entre os poderes domados por uma Constituição incompatível com a onipresença dos mandamentos da democracia pura⁷⁸.

A democracia, por si, traz consequências desequilibradas, e nem este apelo poderia justificar a concentração do poder. Em consequência desse entendimento, instrumentos motivados por esta desconfiança na concentração democrática ganham espaço na Constituição, para que se estabeleçam algumas precauções contra a violação republicana (bicameralismo, poder de veto do Presidente, consenso necessário do Senado para o exercício de poderes presidenciais)⁷⁹.

Explicitamente, James Madison reflete sobre o cerne do debate entendido hoje por meio da forma mais adequada, nos pontos de conflito, quanto à convivência do constitucionalismo com a democracia e vice-versa. Diante dos males das facções que formam uma maioria interessada, não sendo possível eliminar as suas causas⁸⁰, proteger o bem público e, simultaneamente, preservar o governo popular torna-se a grande missão da ordem constitucional⁸¹.

Por paradoxal que seja, é o desenvolvimento dessas linhas que chega à conclusão de que, para alcançar ideais da democracia⁸², é preciso abrir mão da onipresença democrática. Instituições que atuam de modo antidemocrático, na medida em que geram a

⁷⁷ Robert A. Dahl, *How democratic*, cit., p. 179-181.

⁷⁸ Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 106-107.

⁷⁹ Maurizio Fioravanti, *Constitución*, cit., p. 108.

⁸⁰ J. Madison descarta o que considera ser as duas formas possíveis de eliminar essas causas: destruir a liberdade que origina a formação de facções ou igualar as opiniões e interesses de todos os cidadãos. A primeira, pela óbvia insensatez que se assemelha a abolir o ar (liberdade) para extinguir o fogo (facções). A segunda, por ser simplesmente impraticável enquanto a razão humana for falível e houver liberdade de formação de opiniões. A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 119. J. Madison, artigo nº 10.

⁸¹ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 122. J. Madison, artigo nº 10.

⁸² Para um olhar sobre implementações e dilemas em experiências democráticas, Sunil Bastian e Robin Luckham (eds.), *Can democracy be designed? The politics of institutional choice in conflict-torn societies*, Zed Books, London & New York, 2003.

contraposição a algumas propriedades autodestrutivas da própria democracia, são indispensáveis para a viabilidade sadia da ordem constitucional democrática⁸³.

Esse é, sem dúvida, um grande passo de aproximação ao que se reflete na organização política contemporânea. A Constituição estadunidense protagoniza a virada de página política que nos coloca em um capítulo extremamente atual. É dessa referência que extraímos o início da utilização que prestigia a Constituição para mediar a troca de valores de uma sociedade plural e gerenciar os riscos políticos. Da revolução norte-americana, começa a observação sobre a capacidade constitucional de oferecer percepções alternativas da realidade, da adequação em ter este documento que marcha de forma crescente até chegar à denominada era constitucional⁸⁴.

Se, em Bodin e Hobbes, lidamos com alternativas que representam enorme confiança na concentração do poder, as precauções foram avolumando-se com a evolução do pensamento. Com todo relevante impacto teórico dessas considerações, na análise da Convenção Constitucional de Filadélfia de 1787, Robert A. Dahl nos remete às imposições das circunstâncias locais perante a Constituição ao explicitar a razão de não se cogitar escolha pelo sistema unitário.

Longe de passar por uma argumentação baseada em alguma experiência histórica ou por princípios da teoria política, a existência dos treze Estados limitava, em uma evidência fática, essa escolha entre federação e confederação⁸⁵. Vale lembrar que é sob essas imposições fáticas que todo poder constituinte opera⁸⁶.

Na transferência do perigo, a transferência de frustrações. Hoje, existe um amplo volume de estudos em torno da expansão do judiciário. Na balança com o legislativo, seria o viés proveniente das cortes julgadoras um neutralizador ao já diagnosticado viés do legislativo? Daria essa soma um resultado político mais aproximado ao imparcial na tomada de decisões coletivas? O imparcial é o mais desejado e adequado?

Elegemos este marco para fazer um intervalo na história e comparar o acúmulo da bagagem com os atuais dilemas entre a constituição e a política e o papel político da constituição dentro de um esquadrão precaucional. O balanço do todo pode ser feito por

⁸³ Adrian Vermeule, *The system of the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2011, intro., p. 3.

⁸⁴ Martin Loughlin, «The Constitutional», cit., p. 1-25.

⁸⁵ Robert A. Dahl, *How democratic*, cit., p. 12.

⁸⁶ Mark Tushnet, *Advanced introduction*, cit., p. 10.

meio de uma leitura que identifica diferentes graduações de desconfiança e as considera para optar por determinada defesa institucional. A tradição acrescenta a vocação de estabilidade das instituições.

De um lado, a figura executiva é o perigo a ser enfrentado, enquanto, simultaneamente, do outro, o temor está depositado primeiramente no legislador. Na elaboração da Constituição norte-americana, temos o ápice do receio em uma concentração do poder, que sempre é corruptivo. Tal ambiente conduz a um Estado de jurisdição que seja capaz de proteger os mandamentos da Constituição. No sentido contrário, o Estado de legislação parlamentar procurava se institucionalizar no continente europeu consoante ao sentido de lei conferido pelo Iluminismo⁸⁷.

O desenvolvimento de remédios para cada cenário traz três valores políticos que aparecem em variadas medidas nos sistemas organizacionais: checagem, diversificação e prestação de contas⁸⁸.

Em uma linguagem que reúne um vasto conteúdo, sobretudo pensando em uma teoria da legitimidade e demarcações precaucionais, somos remetidos à observação da separação dos poderes, viga mestra do constitucionalismo precaucional.

1.2. Separação dos poderes

Há várias formas de separar as coisas. Em decorrência, vários valores, propósitos e custos desse sistema para controlar a manifestação da ação pública. Várias maneiras de observá-lo. A única certeza que temos – e questionável⁸⁹ – é que, em se tratando do poder, uma profunda desconfiança nos impõe alguma forma de separação de funções. Não existe indivíduo, nem assembleia, nem congresso, nem corpo ou corte que mereça a total confiança de um poder mais elevado para controlar os demais órgãos da ordem constitucional⁹⁰.

⁸⁷ Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 149-151.

⁸⁸ Martin H. Redish, *The constitution*, cit., p. 4.

⁸⁹ Para a enumeração de alguns autores que fazem críticas à separação dos poderes, Martin H. Redish, *The constitution*, cit., p. 108-111.

⁹⁰ Martin H. Redish, *The constitution*, cit., p. 102.

Tal poder mais elevado não deve existir ou, como coloca John Rawls, deve estar nas mãos, conjuntamente – e não somente –, do judiciário, legislativo e executivo⁹¹. Dito de outra forma: na ordem constitucional arquitetada pelo judiciário, legislativo e executivo, ameaças institucionais ao sistema podem vir de qualquer um dos três. Acrescente-se que a violação/corrupção tem maior afinidade com traços humanos do que com o desenho institucional. Até quando o problema é de instrumento, o comportamento humano tem parcela de responsabilidade pela operacionalidade defeituosa. As instituições existem para lidar com as falhas humanas e amenizá-las.

Temos, então, a doutrina da separação dos poderes como um pilar de contenção do abuso do poder político e, dando seguimento, o estado contínuo de possibilidades de abusos que a própria doutrina também cria. Esse novo leque de ameaças deve-se ao que Christoph Möllers⁹² expõe, no sentido já mencionado por Montesquieu, como a capacidade constitutiva do poder – e não apenas restritiva – que o mecanismo da separação dos poderes possui.

Dessa parcela constitutiva, temos dois aspectos de extrema relevância à realidade constitucional. Um deles é a possibilidade de olhar a constituição também como instrumento de regulação dos riscos que surgem do próprio arranjo institucional, os riscos de segunda ordem. Uma visão ampla traz a noção de que riscos políticos surgem de quaisquer alternativas institucionais⁹³. O segundo aspecto é a passagem de um ambiente que Martin Loughlin chama de constitucionalismo negativo, que tem uma de suas expressões na elaboração de Locke de proteção das liberdades de natureza anterior ao espaço político, para a reivindicação utópica do constitucionalismo positivo, que tem alguns de seus elementos essenciais postados no pensamento de Rousseau⁹⁴.

Ao longo dos “vários movimentos constitucionais”, é possível identificar vários riscos principais que foram alvos do poder constituinte e que, conseqüentemente, geraram

⁹¹ Rawls faz esta colocação no contexto que diferencia poder constituinte do poder ordinário e rejeita a supremacia parlamentar. O supremo tribunal é visto como exemplo de razão pública em interpretação substancialmente em consonância com Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously* e *Law's Empire*) e em exercício possivelmente antimajoritário, mas não antidemocrático. John Rawls, *O liberalismo político*, trad. Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., Ática, São Paulo, 2000, p. 281-291.

⁹² Christoph Möllers, *The three branches: a comparative model of separation of powers*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 10.

⁹³ Adrian Vermeule, «Introduction: political risk and public law», *The Journal of Legal Analysis*, Harvard Public Law Working Paper No. 12-14, abril de 2012, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2046291>.

⁹⁴ Martin Loughlin. «The Constitutional, cit., p. 8 e 20.

precauções específicas. A separação dos poderes serve como princípio precaucional com o escopo determinado de conter o abuso de poder. Essa abordagem, muitas vezes, atende a uma demanda imediata, dando o efeito da constitucionalização-álibi⁹⁵, que funciona como uma descarga de parcela da pressão pública em uma ação estratégica não dotada de autenticidade, mas em uso instrumental da constituição como manipulação por parte dos “donos do poder”. Ou seja, além de limitada (considera apenas um risco político entre tantos) pode ser mal-intencionada.

Nessa órbita de escolhas constitucionais diante da separação dos poderes, é preciso saber qual a capacidade que a constituição tem, enquanto instrumento de delimitação institucional, para gerir todas essas variáveis que permeiam o processo originário e reformador. É dizer, dentro da organização do sistema político, qual a exata exigência que podemos fazer à constituição?⁹⁶

A partir da ascensão do constitucionalismo moderno, verificamos a confiança na institucionalização do poder consagrada, na maioria das vezes, por uma constituição escrita. Assim, afastados traços gerais, o princípio da separação dos poderes, que dá vida à colaboração entre poderes, deve ser considerado de acordo com as realidades circunstanciais de cada sistema político.

Pela precaução que significa, vale reter, desde logo, a sua limitação organizacional de apenas um princípio, que se evidencia na proporção em que aumenta a complexidade da atuação do Estado.

1.2.1. Tradições

A criação sobressaliente do poder varia de acordo com a tradição de origem e cresce com o acúmulo dentro de um limite variável de tolerância social e institucional. Conforme a escolha, é possível: potencializar a prestação de contas que o processo democrático permite e valorizar a lei como forma de autodeterminação democrática (França), encontrar a soberania através das relações institucionais no campo exclusivo da política para expressar a vontade democrática – inclusive com bloqueio da participação judicial que se vale da Constituição escrita (Inglaterra), contar com um órgão legitimado

⁹⁵ Marcelo Neves, *A constitucionalização*, cit., p. 104-106.

⁹⁶ Abordaremos com mais detalhe esta questão no terceiro capítulo (Otimização constitucional).

democraticamente, mas, ao mesmo tempo, criar espaço institucional condizente com a desconfiança que este mesmo órgão representa às liberdades individuais (Estados Unidos)⁹⁷ e, para finalizar com quatro exemplos práticos dentro de um mundo de possibilidades, priorizar uma divisão de funções com respaldos distintos quanto à legitimidade para ter no Direito um regulamentador da desconfiança democrática na própria escolha da democracia que pode levar ao totalitarismo (Alemanha)⁹⁸.

Na evolução de tradição francesa, o judiciário é visto como possível utensílio para lidar com os interesses individuais e não se misturam com a criação da vontade geral expressa mediante o processo democrático, ou seja, mediante a lei. De volta aos casos particulares, é essa ausência de prestação de contas política por parte do judiciário que garante a sua independência indispensável. Não se trata, portanto, de um desprestígio ou desconsideração às funções judiciárias, mas apenas uma delimitação que envolve um universo mais restrito.

A ideia é de disfunção institucional com a esfera política que, na visão dos revolucionários, na hipótese dessa permissão, serviria como abrigo para a manutenção dos privilégios feudais. O controle dos poderes não entra na órbita judiciária, corpo institucionalmente isolado para o cumprimento retilíneo de sua competência funcional. Aqui se prestigia o instrumento legal para exprimir a soberania da autodeterminação coletiva.

O modelo tradicional da Inglaterra traz consequência semelhante ao modelo francês, porém difere em sua fundamentação. O que se preserva, advindo da fórmula do *The King in Parliament*, é a soberania institucional da junção de duas expressões políticas (Coroa e Parlamento). Esse é o ponto fulcral de resistência, no âmbito da separação dos poderes, à participação ou controle político por parte do judiciário. Também aqui não estamos a falar de um desprestígio institucional em sentido amplo. O *Common Law* reserva espaço próprio à atuação do judiciário que cria, no sentido inverso, barreiras à interferência política. De certo modo, a maior parcela dos conflitos sociais, com noção que nasce da ideia dos direitos naturais, desprende-se da amarra com viés político que outras alternativas oferecem.

⁹⁷ Nuno Piçarra, *A separação*, cit., p. 201 e 225-226.

⁹⁸ Para ilustração dentro dessas quatro tradições (França, Inglaterra, Estados Unidos e Alemanha), Christoph Möllers. *The three*, cit., p. 16-37.

Nos Estados Unidos, tradicionalmente, temos a separação dos poderes conduzida pelo sistema de *checks and balances*, que James Madison tem o cuidado de explicar diante da má interpretação antifederalista – ideia de fim da separação dos poderes levada pelo apego à rigidez absoluta⁹⁹. O amadurecimento para a melhor aplicação do princípio vem pela constatação de que “a mera demarcação não é uma protecção suficiente contra essas usurpações que levam a uma concentração tirânica de todos os poderes do governo nas mesmas mãos”¹⁰⁰. É preciso superar a satisfação que vem apenas do sentido de divisão de funções que a separação dos poderes impõe.

Na verdade, a manifestação de James Madison que enaltece o princípio do *checks and balances* ao ponto de, aparentemente, diminuir o princípio da separação dos poderes em sentido estrito tem justificação no contexto histórico do arranjo constitucional estadunidense e finalidade da propaganda federalista. A preocupação central era em torno da estabilidade política e contenção da consequente tirania¹⁰¹.

A lei, com conotação muito mais técnica dentro de um quadro institucional em comparação ao conceito moderno-iluminista¹⁰², deve encontrar bloqueios em outros mecanismos, assim como toda manifestação de poder. Esse exercício separado e distinto é essencial para a protecção da liberdade, que encontra respaldo contra a concentração de poder em um único departamento por meio de mecanismos de defesa que cada um tem para resistir à usurpação pelos demais¹⁰³. Representa uma ruptura frontal com o modelo da tradição britânica de soberania institucional.

Somada essa ruptura à compreensão anglo-saxônica da capacidade judiciária de protecção das liberdades individuais, adquirida por noções do *Common Law*, tem-se o amparo conceitual para a introdução política do órgão judiciário. Em debate permanente no tocante à legitimidade, a esfera federal do judiciário estadunidense passa a representar esse instrumento com participações políticas dentro do quadro institucional de controle do poder.

⁹⁹ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 437-438. J. Madison, artigo nº 47.

¹⁰⁰ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 454. J. Madison, artigo nº 48.

¹⁰¹ Jeremy Waldron, «Separation», cit., p. 440.

¹⁰² Nuno Piçarra, *A separação*, cit., p. 155-159

¹⁰³ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 468-469. J. Madison, artigo nº 51. Essa noção coloca a consciência dos desvios de comportamento do ser humano e preocupação em corrigir essas falhas com gatilhos institucionais. A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 469, nota do editor nº 1.

Nessa perspectiva de controle por parte do judiciário, insere-se, de modo a alargar sua participação, o apelo da defesa dos direitos das minorias. É uma visão que supera o pensamento de proteção da sociedade perante os abusos dos governantes para introduzir a necessidade de proteção da sociedade perante os abusos da própria sociedade¹⁰⁴.

Pela última ilustração elegida, na Alemanha, o *Rechtsstaatlichkeit* chega como substituto da democracia e traz a lei como instrumento de previsibilidade e racionalidade da ação do Estado. Ao longo do século XIX, antes de se tratar de um mecanismo de autodeterminação democrática, a lei cumpre função de separar a esfera do Estado da sociedade.

Conforme pontua Nuno Piçarra, em contraposição ao Estado monista preconizado pelo liberalismo, estava uma sociedade monista que rejeitava intromissões externas. Em uma visão que, para funcionar, consagrava essa sociedade política e juridicamente homogênea, “o princípio da separação dos poderes apenas poderá ter um carácter técnico-organizatório no interior de um Estado contraposto a uma sociedade politicamente homogênea”¹⁰⁵.

A partir da jurisdição constitucional que tem por referência a Lei Fundamental de 1949, encontra-se espaço para uma larga competência devido ao medo imposto pelo totalitarismo. Os direitos ultrapassam a fronteira da esfera individual para ganhar o patamar de valores, normas objetivas capazes de impor limites às legislaturas. Já aqui, temos uma desconfiança democrática na própria democracia que cria o espaço convidativo à assimilação judiciária de uma maior fatia do poder. Esse modelo de gestão da desconfiança democrática tem ampla ocupação nos Estados onde houve o trauma do totalitarismo (entre outros, Portugal, Espanha, Itália, Brasil e África do Sul).

Cass Sunstein lembra que a visão tradicionalista exerce enorme atração no domínio da separação dos poderes¹⁰⁶. Entretanto, se este mecanismo é visto como instrumento para se alcançarem novas exigências do Estado democrático de Direito, necessariamente uma

¹⁰⁴ A referência trazia por J. Madison é dos diferentes interesses de diferentes classes dos cidadãos. A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 471. J. Madison, artigo nº 51. No artigo nº 10, J. Madison pontua que esses interesses provenientes de diferentes facções, produto inevitável da liberdade, se manifestam de maneira mais propensa no âmbito das pequenas repúblicas. Geoffrey R. Stone *et al*, *Constitutional*, cit., p. 16.

¹⁰⁵ Nuno Piçarra, *A separação*, cit., p. 176-177.

¹⁰⁶ Cass R. Sunstein, *A Constitution*, cit., p. 3.

participação conceitual deve traçar suas referências de modo a avaliar, na forma de Jeremy Waldron, o arranjo constitucional através da separação dos poderes e seus significados¹⁰⁷.

1.2.2. Significados

Na classificação anotada por J. J. Gomes Canotilho¹⁰⁸, se, no plano institucional (órgãos institucionais), nós temos uma maior similitude entre as diversas tradições que desenvolvem a separação dos poderes de maneira tripartite, no plano funcional (funções político-constitucionais básicas), há um amplo universo para os mais acalorados debates. No fim, é de se perguntar, reconhecida a ausência de rigidez, se este mecanismo não seria um “cheque em branco para a justificação constitucional de interesses políticos”¹⁰⁹. Vamos iniciar pontuando a ideia de separação dos poderes enquanto delimitador de funções.

Em regra institucional-organicamente referenciada pela constituição, tem-se a separação de funções por órgãos ou grupo de órgãos de acordo com um desenho de adequação típica, uma vocação inata de cada departamento para determinado exercício. O espaço de mútua interação é, inclusive, consequência do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), mas há uma expressa orientação dirigida para que o desempenho atípico de determinado órgão não represente o esvaziamento das funções típicas de outro.

Essa orientação traz o desejo de uma atuação preventiva¹¹⁰ contra o abuso de poder e indica a preservação de um núcleo essencial¹¹¹. A pergunta que dá sequência à análise é: onde começa e onde termina esse núcleo essencial? E em seguida: só haverá usurpação quando houver interferência no tocante ao núcleo essencial?

Respostas devem atender à exigência democrática de abertura procedimental. Esse é um espaço de relevante protagonismo legislativo no campo próprio de disponibilidade da autodeterminação coletiva. É um espaço, portanto, onde deve caber a atualização, e tal detalhamento não comporta qualquer imposição universal com clamor valorativo. Essa forma de explicar a separação dos poderes mediante uma teoria de legitimidade¹¹², neste ponto, enfrenta o questionamento, teoricamente, de quais são os limites da vontade da

¹⁰⁷ Jeremy Waldron, «Separation, cit., p. 433.

¹⁰⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 556.

¹⁰⁹ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 1, p. 47.

¹¹⁰ Martin H. Redish, *The constitution*, cit., p. 106-107.

¹¹¹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 559.

¹¹² Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2.

maioria, provocando uma reflexão que vai além da resposta técnica da supremacia da constituição.

O ponto central é que, mais do que realizar uma contenção ou estimular a manifestação de poderes pelos variados órgãos, a separação dos poderes que considera a autodeterminação individual e coletiva, ao determinar mecanismo específicos que têm distintas fontes de legitimidade¹¹³, opera no sentido de organizar um modelo de tomada de decisão pública que não esteja obcecado ou preso a uma exigência específica da democracia constitucional¹¹⁴.

É esse o principal desafio que cada tradição enfrenta por possuir um viés histórico-institucional que desequilibra a ponderação desapegada exigida pelo que Adrian Vermeule conceitua de “otimização constitucional”¹¹⁵. Em oposição às precauções que enfrentam o abuso inevitável de poder e atendem à garantia de que não se concretizarão os piores cenários no uso da autoridade pública, uma tomada de posição amadurecida calcula também os riscos criados pelas precauções de cada vertente.

Entretanto, a percepção trazida pelo constitucionalismo positivo exige uma maior presença do Estado e injeta um novo alcance para cada uma das funções e órgãos que as desempenham¹¹⁶. Com o crescimento do poder público de modo geral, a interação entre os departamentos ganha novos espaços de entrechoques.

Na linha de estabelecer funções mediante o princípio da separação dos poderes, remetendo à conceituação de M. J. C. Vile das “formas puras”¹¹⁷, Jeremy Waldron afasta os significados extraídos do princípio dos freios e contrapesos e do princípio da divisão dos poderes para trabalhar o significado isolado do princípio da separação funcional dos poderes. Feita essa distinção de objeto, Waldron coloca que a separação de poderes tem importância própria apartada aos demais ou até acima deles¹¹⁸.

¹¹³ O legislativo cobre o âmbito da autodeterminação coletiva (prospectivamente), o judiciário cuida do que diz respeito à autodeterminação individual (retrospectivamente), e o executivo cumpre a função central de equilibrar esses dois opostos do espectro da legitimidade. Christoph Möllers, *The Three*, cit., p. 84-101.

¹¹⁴ Christoph Möllers, *The three*, cit., p. 109.

¹¹⁵ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Part I, Optimizing Constitutionalism: The Mature Position.

¹¹⁶ Theo Öhlinger, «The doctrine of separation of powers in the relationship between parliament, government and administration at the beginning of the century», *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. I, 2001, p. 122.

¹¹⁷ M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, 2ª ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1998.

¹¹⁸ Waldron ainda afasta a separação de poderes desenvolvida por meio do estabelecimento do bicameralismo e do federalismo. Jeremy Waldron, «Separation», cit., p. 438-439.

Waldron defende uma governança articulada que se oponha ao exercício do poder de maneira comprimida e indiferenciada. Para tanto, a distinta integridade de cada função específica (judiciário, legislativo e executivo) precisa ficar isenta de contaminações inapropriadas. Aquilo que tem melhor entendimento a partir da “independência do judiciário” possui construções semelhantes tanto no legislativo (dignidade do legislativo) quanto no executivo (autoridade do executivo)¹¹⁹.

Na definição de dignidade que a considera, em oposição a Kant, na forma de *status*, e não de valor, o arranjo desenhado para cuidar do processamento da autodeterminação coletiva seria o legislativo, já que o judiciário é formatado para lidar com a autodeterminação individual. De modo que, ao invocar atributos da autodeterminação coletiva, o judiciário o faz em caráter valorativo e, portanto, de maneira inadequada.

Essa proteção preconizada pela construção teórica aproximaria a separação de poderes aos mandamentos do *rule of law*. É dizer: antes que o poder gere impacto ao indivíduo, deve haver a manifestação ordenada, separada e apropriada de cada função, dentro de sua integridade, conforme estabelece a separação de poderes – o legislativo estabelecendo uma regra geral e válida para todos, e o judiciário processando essa regra para a conduta individual¹²⁰.

Na classificação pontuada por Christoph Möllers¹²¹, são três os principais significados da separação de poderes: o sentido de divisão, de freios e contrapesos (*checks and balances*) e de proibição de usurpação de poder. Este último sentido estabelece instituições, divide tarefas e, assim, constitui a plataforma normativa de debate mais significativa no desdobramento temático no âmbito da jurisdição constitucional¹²².

Em um modelo com sentido jurídico da separação de poderes, Möllers coloca a manifestação que resulta da soma do judiciário, legislativo e executivo através do

¹¹⁹ Jeremy Waldron, «Separation, cit., p. 434.

¹²⁰ Jeremy Waldron, «Separation, cit., p. 459.

¹²¹ Möllers preserva a separação de poderes como guarda-chuva dos princípios da divisão, freios e contrapesos e proibição da usurpação. O princípio da separação de poderes isolado por Jeremy Waldron parece estar contido na ideia de divisão dos poderes de Möllers e é posteriormente detalhado pela proibição da usurpação dos poderes.

¹²² Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 1, p. 61.

monopólio – ou ao menos um papel central – na criação dentro do ordenamento jurídico e atuações informais do Estado¹²³.

A sustentação demarca a relevância e significado de cada função específica. Conforme Möllers, a partir da noção que descarta a distinção categórica entre criação e aplicação legal, se a regra geral que decorre da vontade manifestada através do legislativo fosse autossuficiente, não seria necessário um corpo de regras procedimentais, bem como se tornaria irrelevante o responsável pela aplicação. Por outra forma, se essa estrutura procedimental, na ação que aplica a vontade legislativa, tiver significado ao conteúdo da decisão, normas legais substanciais não possuem a capacidade de transportar seus padrões de aplicação.

A falta de qualquer determinação por parte da lei também não pode ser defendida e, por isso, a legitimidade oriunda da separação de poderes depende da soma de significados dentro de uma ambiguidade normativa que exige um complexo sistema de revisões e controles. A geração é fruto das três funções em exercício da autoridade pública a partir de variadas fontes de legitimidade. Nesse espaço, o tamanho da determinação legal decorre das escolhas do modelo organizacional¹²⁴.

A separação de poderes cumpre relevante papel ao gerir os tipos de legitimidade e, nesse empreendimento, formata traços de adequação institucional para o desempenho de cada função. O legislativo se reúne em assembleias necessariamente públicas. A observação quanto à adequação deve ser mais procedimental do que racional. Minorias são respeitadas no cumprimento de se franquear diferentes alternativas e opções. O parlamento – e aqui ainda estamos seguindo a linha de exposição de Möllers –, nos diversos formatos que contemplam também diversos entendimentos de democracia, institucionaliza a vontade democrática que não comporta a solução de origem pronta e acabada. O produto não deve ser tão específico ao ponto de cercear as implementações das outras funções e cercear a liberdade individual, nem pode ser tão generalizado ao ponto de esvaziar a legitimidade democrática. A noção de *accountability* também deriva do obstáculo que se impõe para o

¹²³ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2, p. 59.

¹²⁴ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2, p. 64.

exercício do poder público por agentes que não possuem conexão com o sistema eleitoral¹²⁵.

Se, por um lado, o número mais elevado de participantes contribui para um processo bem informado das diversas maneiras de pensar determinada matéria, por outro, faz com que os especialistas no assunto em questão, em regra, componham uma minoria. Em consequência, temos a natureza amadora do legislativo. É possível criticar esse aspecto e levantar desconfiças para reparar essa natureza dentro do desenrolar de algumas funções, ou valorizar o seu significado que aumenta seu sentido representativo perante a exigência de outras funções¹²⁶.

Em uma percepção que já pode ser encontrada no desenvolvimento da teoria lockeana, o legislativo deve se afastar de uma atuação voltada para casos particulares, uma vez que, ainda que atue de maneira bem-intencionada, sua estrutura é mal equipada para assumir esta tarefa¹²⁷.

É onde entra a manifestação do judiciário, que se encontra em oposição ao legislativo no que diz respeito ao espectro da legitimidade¹²⁸. Enquanto o legislativo tem obrigação de permitir a ampla participação de todos por meio de um procedimento aberto, o judiciário tem obrigação de isolar o caso concreto e impedir interferências políticas de uma generalização que importuna a autodeterminação do indivíduo.

A legitimidade do judiciário tem por fonte a autodeterminação individual. Na forma de Möllers, quanto mais isolada a matéria estiver – em uma contenda entre iguais – maior capacidade persuasiva de legitimidade de atuação terá o judiciário¹²⁹. A vontade institucional não pode ser autônoma, e o uso de sua autoridade é sempre dependente. Nicholas Barber extrai dessa restrição exercida pelas partes do processo a limitação inerente em quais tipos de tarefas o judiciário deve assumir¹³⁰.

¹²⁵ Cass R. Sunstein, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 71.

¹²⁶ Nicholas W. Barber, «Prelude, cit., p. 85-86.

¹²⁷ Nicholas W. Barber, «Prelude, cit., p. 64.

¹²⁸ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2, p. 64.

¹²⁹ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2, p. 85.

¹³⁰ Nicholas W. Barber, «Prelude, cit., p. 77.

Por mais que haja abertura do judiciário em alguns arranjos institucionais que buscam valorizar a transparência e aproximação ao cidadão¹³¹, sua plataforma original, observada sob o ponto de vista histórico e comparado, é excludente quanto à participação de indivíduos alheios ao processo. Não dar contornos gerais à demanda jurídica é permitir que haja espaço democrático para que esses indivíduos que não participaram do processo tenham sua parcela de liberdade respeitada na construção da autodeterminação coletiva.

Do ponto de vista da autodeterminação individual dos alheios ao processo, a decisão jurídica que lhes causam impactos, por uma consequência estrutural que protege o confinamento, não exerce uma ponderação prévia nas respectivas esferas afetadas e não ouvidas. Nesses casos, o responsável pela decisão não tem a exata compreensão do seu significado¹³².

Na conclusão que analisa aspectos funcionais do judiciário dentro de uma consideração na teoria da legitimidade, Möllers defende a ideia de separação de poderes como princípio procedimental. Um aspecto interessante desse entendimento é que uma decisão que desconsidera o comando mais óbvio da lei para fazer prevalecer uma outra vontade, por mais que confronte a manifestação parlamentar, não viola o princípio da separação de poderes, uma vez que o procedimento judicial foi observado. Uma manifestação sem ocorrência da necessária provocação ou uma intervenção sem causa em assuntos em andamento do legislativo ou judiciário que representariam afronta à separação de poderes¹³³.

Finalizando o trinômio orgânico-funcional balizado pela orientação da teoria da legitimidade, o executivo possui, em seu arranjo, instrumentos para trabalhar tanto com a autodeterminação coletiva quanto com a individual. É por essa razão que passa a desempenhar uma função central de mediador entre as duas fontes de legitimidade de modo a conectá-las¹³⁴. Por essa característica que amplia o universo de diálogo com a legitimidade, o detalhamento do executivo em cada sistema pode aproximá-lo da autodeterminação coletiva (função típica de legislador) ou valorizar a legalização da ação política e aproximá-lo ao aparato do judiciário. A depender também das escolhas, teremos

¹³¹ O Brasil, com toda polêmica sobre a adequação, foi o pioneiro no mundo a transmitir ao vivo, por meio de canais próprios, a partir de 2002, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal (TV Justiça e Rádio Justiça).

¹³² Nicholas W. Barber, «Prelude, cit., p. 76.

¹³³ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2, p. 86.

¹³⁴ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2, p. 88.

um maior espaço para a discricionariedade do governo responsável por decisões no campo político ou maior escala dentro do campo operacional do executivo, que é composto pela delimitação vinculativa da lei sobre a administração.

Möllers faz uso da dupla capacidade do executivo para preencher um espaço intermediário sob o ponto de vista temporal e finalístico. Se o legislativo tem o olhar naturalmente para o futuro e para toda comunidade democrática; se o judiciário volta sua atenção para situações concretizadas no passado em casos particularizados; o executivo preencheria um espaço intermediário entre essas duas propensões¹³⁵.

Dentro da nossa preocupação central a respeito do custo das precauções, Nicholas Barber rompe com a ideia original da separação de poderes que tem seu foco na garantia das liberdades¹³⁶ para adotar uma visão de núcleo da doutrina voltado para a eficiência. Essa postura é uma alternativa à ideia forjada no espírito precaucional de que não é possível haver a preservação da liberdade dentro de um Estado forte. Nesta reação, a liberdade depende do conflito institucional gerado pelas limitações do *checks and balances*¹³⁷.

Ao adotar uma plataforma normativa (*thin normative assumptions*) que se restringe, ao máximo, ao espaço próprio às incontroversas, Barber enxerga a separação de poderes como uma ferramenta constitucional para combinar funções, de modo a alcançar os objetivos do Estado na perspectiva da teoria política¹³⁸. É dessa forma que o suporte da teoria política e uma operação prática da constituição passam a ser necessários para um desenho normativo do princípio da separação de poderes.

Não existe a melhor doutrina da separação de poderes¹³⁹. Diferentes realidades fazem diferentes usos desse mecanismo, sendo possível avaliar, dentro de cada opção, quais consequências resultaram de determinada escolha institucional. Entretanto, alguns significados, assim como insiste Jeremy Waldron, podem somar na compreensão de uma governança articulada que aparece mediante a manutenção da integridade de cada

¹³⁵ Christoph Möllers, *The three*, cit., cap. 2, p. 88.

¹³⁶ Nuno Piçarra, *A separação*, cit., p. 247.

¹³⁷ Nicholas W. Barber, «Prelude», cit., p. 62.

¹³⁸ Nicholas W. Barber, «Prelude», cit., p. 71.

¹³⁹ Nicholas W. Barber, «Prelude», cit., p. 88.

função¹⁴⁰. As noções dos significados remetem às diferentes capacidades de obtenção da informação, ideia que tem, em seu contraposto, o uso antecipado das precauções.

Por fim, acrescenta-se que a separação de poderes não tem finalidade própria. Mecanismo de meio que é, faz-se necessário delimitar qual a sua pretensão final, que também se impõe na maneira de usar/interpretar a constituição. Por mais que este trabalho se volte ao plano institucional, é mister destacar que, no campo das classificações, quanto ao conteúdo, entendemos que a constituição material é composta pelos direitos e garantias individuais. Todo aparato organizacional da vida em sociedade serve, portanto, a essa finalidade que tem por fonte o indivíduo¹⁴¹. Dito de outra forma: as instituições desenhadas pela constituição, assim como o princípio da separação de poderes, não possuem finalidades que não sejam remetidas aos indivíduos.

Sob a forma que observa mandamentos da teoria da legitimidade, em análise que averigua a proteção da liberdade e a busca da eficiência, passamos para o estudo concreto do custo das precauções em três instrumentos distintos (bicameralismo, *impeachment* e controle jurisdicional de constitucionalidade).

Lembrando sempre que: i) com ou sem precaução, alguma escolha tem que ser feita; ii) fruto da confiança ou desconfiança, tudo tem seu custo; iii) a relação custo-benefício lida com duas dimensões nem sempre alinhadas. A esfera social não reflete imediatamente a esfera privada do agente estatal e, como consequência, tem-se um investimento em informação que não acompanha a relação custo-benefício social¹⁴².

¹⁴⁰ Jeremy Waldron, «Separation, cit., p. 467.

¹⁴¹ Por mais que haja, sobretudo no debate da legitimidade, a compreensão da coletividade, esta também parte da esfera individual. Não existe coletivo que prescindia, em absoluto, do indivíduo.

¹⁴² Matthew C. Stephenson, «Information Acquisition and Institutional Design», *Harvard Law Review*, vol. 124 (2011), p. 1430-1431.

2. O custo da precaução

Embora pouco considerado, o custo de não confiar na boa motivação pública é tão sério quanto o de confiar na má motivação pública¹⁴³. Se a tradição do liberalismo nos confere uma predisposição à desconfiança, ao lado do abuso de poder, a necessidade de maior eficiência nos confronta com o uso inevitável da confiança.

Em uma formulação muito mais complexa, não basta garantir a manifestação de um poder estatal não abusivo. É preciso, em um segundo passo também mais complexo, garantir um arranjo institucional que produza resultados competitivos. Apenas desconfiar não é suficiente, apenas confiar não é prudente.

Entre a concessão de discricionariedade a um agente mal-intencionado e a contenção de discricionariedade de um agente bem intencionado, se o sistema desenhado por James Madison é capaz de resolver parcela do dilema¹⁴⁴, o uso e a aquisição da informação muda a rota da abordagem da incerteza para considerar consequências mais aproximadas à otimização institucional¹⁴⁵. A consideração vai além do aspecto normativo da divisão da competência pública¹⁴⁶.

A proposta é de redistribuição do custo da incerteza política. Perante a ausência de conformidade plena, um comportamento com alta determinação prévia – como em alguns casos verificados em *O Federalista* – pode servir de resposta imediata ao contexto em que se insere, mas certamente não faz o melhor uso do fluxo de informações mediante novas percepções e novas realidades.

Na colocação de Theo Öhlinger, em meio a essa balança, o que é sintomático é a complexidade da alocação de competência pública que vai muito além da antiga relação entre monarquia e parlamento, na qual existia a representação clara de duas forças sociais e o objetivo central concentrado. O preenchimento das funções do Estado se depara com uma demanda que estabelece múltiplas finalidades ao tempo em que exige rapidez e eficiência¹⁴⁷.

¹⁴³ Eric A. Posner e Adrian Vermeule, «The Credible Executive», *University of Chicago Law Review*, vol. 74 (2007), p. 867.

¹⁴⁴ Eric A. Posner e Adrian Vermeule, «The Credible», cit., p. 884.

¹⁴⁵ Matthew C. Stephenson, «Information», cit., p. 1422-1483.

¹⁴⁶ Theo Öhlinger, «The doctrine», cit., p. 122.

¹⁴⁷ Theo Öhlinger, «The doctrine», cit., p. 117 e 121.

Não obstante este contorno que daremos, é claro que, em uma visão mais ampla, várias justificações podem ser dadas a cada um destes mecanismos abordados. O foco no custo pode suggestionar a crítica negativa e o desconhecimento dos benefícios em contrapartida. Talvez se torne o caso, mas não é a pretensão. Vamos à nossa pequena amostragem do custo da precaução.

2.1. Bicameralismo

A busca por uma segunda opinião é uma precaução prestigiada em nosso cotidiano. A sensação é que, se houver alguma falha, um segundo instante cuidará de exercer o devido reparo.

Entre tantos outros mecanismos envolvidos por essa atmosfera, o bicameralismo é estimulado pela noção dos vícios do legislador no desenvolvimento sob a tradição do liberalismo clássico de limitação do poder pelo poder¹⁴⁸. Aqui há uma função negativa do bicameralismo em conter a tirania da maioria, somada à capacidade de conter determinados grupos de interesse¹⁴⁹.

Mais recentemente, seu aspecto positivo exalta o benefício à democracia deliberativa¹⁵⁰, uma vez que duas casas independentes e diversificadas criam maiores oportunidades de reflexão, participação e, necessariamente, promovem resultados com ganho final de qualidade¹⁵¹. O bicameralismo também garante, a princípio, um arrefecimento ao processo, que enseja uma redução quantitativa benéfica à estabilidade política¹⁵². Dito de outra forma, através da formação de um núcleo rígido, o sistema bicameral dificulta o arranjo de coalizões majoritárias e, assim, confere maior estabilidade ao legislativo¹⁵³.

¹⁴⁸ Ricardo L. Chueca Rodriguez, «Teoria y Practica del Bicameralismo en la Constitucion Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, nº 10 (1984), p. 63.

¹⁴⁹ John Uhr, «Bicameralism», in *The Oxford Handbook of Political Institutions*, ed. R. A. W. Rhodes, Sarah A. Binder e Bert A. Rockman, Oxford University Press, New York, 2011, p. 474 e 483.

¹⁵⁰ John Uhr, «Bicameralism, cit., p. 485.

¹⁵¹ Tom Todd, «Unicameral, cit. p. 9.

¹⁵² Vale pontuar que, entre os vibradores do ambiente favorável ao estado constante de mudança, a estabilidade nem sempre é bem-vinda.

¹⁵³ Um estudo experimental nesse sentido pode ser encontrado em William P. Bottom *et al.*, «The Institutional Effect on Majority Rule Instability: Bicameralism in Spatial Policy Decisions», *American Journal of Political Science*, vol. 44, nº 3 (2000), p. 523-540.

E assim foi a defesa de James Madison. A dupla natureza no arranjo institucional (povo e Estados-membros) funciona como um freio à legislação injusta. O mandato de senador, alcançado indiretamente¹⁵⁴, exige maior quantidade de informações e estabilidade de caráter¹⁵⁵. Em sua origem, a diversidade de natureza do Senado diminuiria a probabilidade de violação das liberdades, promoveria contenção das medidas federais desarrazoadas e à volatilidade da democracia¹⁵⁶. Somada a toda essa argumentação, vale enfatizar o impacto causado pelo enorme receio, nesse contexto histórico, à tendência do legislativo de dominar as outras funções governamentais¹⁵⁷.

Para além das circunstâncias fáticas e voltando à teoria, é possível defender que, com uma dupla plataforma, tem-se uma agregação estatística e uma agregação de perspectiva, permitindo um melhor resultado ou, ao menos, um filtro maior para a imposição de decisões ruins¹⁵⁸.

Por outro lado, entre as argumentações que desafiam os benefícios do bicameralismo, está o questionamento sobre a futilidade de sua segunda opinião. Se a eleição indireta encaminhava uma maior independência da Câmara Alta, atualmente, existe uma correlação de reações entre as casas que terminam por servir às mesmas pressões. O sentido da redundância construtiva, que visa à complementação das casas, passa a dar espaço à ideia de duplicação ineficiente pela igualdade entre elas¹⁵⁹. Vem à tona uma atualização dos custos e benefícios do bicameralismo.

Modo geral, quanto menor a independência, menor o benefício da segunda opinião¹⁶⁰. Sabendo dos custos diretos e de oportunidade, um segundo instante que se

¹⁵⁴ Expressão de uma sociedade não igualitária, inicialmente com uma natureza de contrapeso à vontade popular, o princípio democrático vai roubando a cena para retirar a capacidade conservadora de a Câmara Alta servir a uma camada privilegiada e ao *status quo*. Na concepção unitária da vontade popular que exige mudanças ao bicameralismo, o papel de controle à vontade majoritária é substituído pela noção de complemento que atenda à representatividade e eficácia do Parlamento. Ricardo L. Chueca Rodriguez, «Teoria, cit., p. 63-70.

¹⁵⁵ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 552 e 554. J. Madison, artigo nº 62.

¹⁵⁶ Vince Eisinger, «Auxiliary Protections: Why the Founders' Bicameral Congress Depended on Senators Elected by State Legislatures», *Touro Law Review*, vol. 31, nº 2 (2015), p. 232-233 (em crítica à décima sétima emenda norte-americana que determina a eleição direta para o mandato de senador).

¹⁵⁷ John Uhr, «Bicameralism, cit., p. 486.

¹⁵⁸ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Cap. 5, p. 25.

¹⁵⁹ John Uhr, «Bicameralism, cit., p. 483-484.

¹⁶⁰ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Cap. 5, p. 31. Para uma ilustração prática, o diagnóstico de um segundo médico que possui a mesma formação e influências do primeiro tende a ser menos agregador do que um diagnóstico de um médico com formação e influências distintas. Ao passo em que – e chegaremos a este

coloca apenas dentro de um cenário de constante repetição dificilmente se sustentaria diante de uma consideração institucional analítica. Entretanto, resumir o trabalho do Senado a isso é inapropriado. Com toda aproximação histórica, a segunda casa, ainda que eleita diretamente¹⁶¹, preserva contornos próprios que a distanciam da mera repetição.

Em outra atualização dos benefícios, ainda questionando a similaridade de reações, a proteção das minorias teria resguardo institucional muito mais na abertura do procedimento legislativo do que no número de assembleias apartadas¹⁶². Portanto, no critério da eficiência, este apelo se direcionaria ao procedimento interno de cada casa, ao invés de concentrar-se na multiplicidade de espaços apartados. Mais vale uma única casa que seja mais susceptível ao abrigo das minorias do que duas que trabalhem em constante atendimento às maiorias.

Quanto ao apelo quantitativo – e para quem valorize uma menor variação –, o senso comum que prevê uma diminuição de matérias aprovadas pode ser contestado teórica e empiricamente. Por hábitos comportamentais percebidos em casas com menor número de integrantes, lembrando a capacidade de iniciativa da segunda casa – além do exercício do veto –, James Rogers realiza um estudo que demonstra experiências bicamerais com ganho de produção legislativa¹⁶³.

Com todo esse alerta, o bicameralismo pode ser justificado a partir da dimensão de sua eficiência e em sua dimensão política. A eficiência levanta, após estabelecer que as duas casas possuem interesses em comum, o ganho de qualidade (substantiva e procedimental) e de estabilidade do resultado legislativo. Uma maior capacidade de reunir as diferentes preferências em uma sociedade plural é pontuada como ganho na dimensão

ponto específico – a independência de cada opinião tende a gerar um ambiente de impasse que também traz um custo.

¹⁶¹ Francisco Sánchez, Detlef Nolte e Mariana Llanos, *Bicameralismo, Senados y senadores en el Cono Sur latinoamericano*, Parlament de Catalunya, Barcelona, 2005, p. 18.

¹⁶² Uma lista de argumentação e contra-argumentação neste e em outros sentidos pode ser encontrada em Tom Todd, «Unicameral or Bicameral State Legislatures: The Policy Debate», Minnesota House of Representatives, Research Department, (August 1999), p. 2-12.

¹⁶³ Este estudo confronta a menção de nossa nota de rodapé nº 145 na justificativa de que a segunda casa não reflete, pura e simplesmente, a natureza da primeira. Com o processo legislativo que passa por duas casas, o núcleo rígido colocado pelo bicameralismo traz uma diminuição legislativa, *ceteris paribus*. Entretanto, o maior bombardeio de projetos e propostas pode superar a diminuição aparente do formato bicameral. James R. Rogers, «The Impact of Bicameralism on Legislative Production», *Legislative Studies Quarterly*, vol. 28, nº 4 (2003), p. 509-528.

política do bicameralismo e defende que as duas plataformas deliberativas devem possuir um alcance equilibrado de poderes¹⁶⁴.

Confrontando essa argumentação com a linha classificatória utilizada por Giovanni Sartori, é possível encontrar ao menos uma incongruência entre as duas dimensões, e já veremos de qual se trata. Antes, seguimos essa linha para classificar o bicameralismo quanto à sua natureza e quanto à sua distribuição do poder.

A distinção que observa a natureza leva em consideração a representatividade exercida por cada parlamentar (se representa a população ou o território) e a forma com que se determina cada composição (eleição proporcional, majoritária, eleições indiretas, etc.). Pela distribuição do poder, temos a medição do alcance de cada casa. No bicameralismo forte (simétrico), existe uma proximidade de forças, ao passo que o bicameralismo fraco (assimétrico) dispõe de uma desigualdade de forças que, em geral, contrariando a construção do liberalismo, dá um maior alcance à Câmara Baixa¹⁶⁵. O bicameralismo perfeito configura-se quando há exatamente o mesmo poder entre as duas casas¹⁶⁶.

Sob o olhar do sistema precaucional que pretende elevar o protagonismo da segunda opinião, o critério da distribuição do poder nos tem mais a dizer na medida em que, quanto maior for a simetria de forças, maior será a capacidade de atuar a casa revisora enquanto mecanismo de precaução daquilo que é desempenhado pela casa iniciadora. Teríamos, no bicameralismo perfeito, a maximização precaucional, uma vez que a segunda opinião tem o alcance de desfazer todo o desenho estabelecido pela primeira.

Entretanto, para a noção mais atenciosa de qualquer desdobramento prático, torna-se indispensável analisar a natureza de cada casa. Apenas a partir dessa análise, é possível antecipar uma maior ou menor frequência de desencontro de maiorias – relevante ingrediente na formação de crises nos sistemas bicamerais. Quanto maior a distância entre as duas naturezas, maior será a tendência de dissonantes maiorias. Por outro lado, quanto maior essa distância, maior a independência necessária para o ganho com agregação de

¹⁶⁴ George Tsebelis e Jeannette Money, *Bicameralism*, Cambridge University Press, New York, 1997, p. 16.

¹⁶⁵ Diz-se que a Casa é “Baixa” por estar mais perto do povo. Nesse sentido que a Casa “Alta” pode ser considerada antidemocrática ao servir espaços geográficos ou minorias sociais. John Uhr, «Bicameralism, cit., p. 478.

¹⁶⁶ Giovanni Sartori, *Engenharia*, cit., p. 196.

perspectivas. Entre perdas e ganhos, o fato é que somar a precaução do bicameralismo forte com um cenário de maiorias antagônicas traz um problema sem solução¹⁶⁷.

Assim, a incongruência mencionada é que a defesa da dimensão política que prestigia o igual alcance de poderes das duas casas, para extrair o melhor da dupla instância deliberativa, traz um problema à estabilidade preconizada pela dimensão da eficiência. Em verdade, consolidado o cenário de maiorias antagônicas no sistema bicameral simétrico, a crise política necessariamente geraria uma crise de governabilidade sem saída. Ao final, o duplo efeito precaucional não permite se chegar às decisões mais relevantes sem passar por um percurso extremamente desgastante¹⁶⁸, o que provoca uma reflexão dentro do critério da estabilidade em um sentido amplo. Se, por um lado, tem-se a estabilidade institucional garantida por uma maior dificuldade de alteração legislativa¹⁶⁹, por outro, uma instabilidade política pode comprometê-la e fazer com que o custo seja maior do que o benefício.

Nessa reflexão no âmbito da instabilidade política, sob o aspecto da natureza de cada casa, a presença de uma distinção entre povo e Estados-membros encontra respaldo no federalismo e é uma escolha institucional instalada para conter ameaças separatistas. Motivo de um antigo debate¹⁷⁰, uma casa específica para representar os entes federativos igualmente suscita a unidade de representação de cada ente – seja grande, ou pequeno. A precaução tomada pela representatividade isonômica se posta como defesa institucional contra a discriminação em torno dos entes federativos menores.

¹⁶⁷ Giovanni Sartori, *Engenharia*, cit., p. 199. Em uma saída criativa para esse impasse, a Itália oferece um sistema que cria uma simetria virtual, permitida pela ausência de federação, para lidar com o cenário onde se instaura um “nó de legitimidade”, e o impasse compromete a governabilidade. Em um bicameralismo perfeito, o arranjo da eleição impõe a igual participação dos partidos na Câmara e no Senado. Na conclusão de Bruce Ackerman, “a simetria no sistema eleitoral elimina o “nó de legitimidade” ameaçado por um bicameralismo totalmente simétrico”. Bruce Ackerman, *A nova separação dos poderes*, trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 60-62.

¹⁶⁸ O Brasil possui um sistema bicameral forte muito próximo ao perfeito (a casa iniciadora tem a palavra final, e, em regra, a Câmara dos Deputados cumpre esse papel). No mandato iniciado em 2015 da reeleita Presidenta Dilma Rousseff (PT), o Presidente da Câmara dos Deputados, no início do segundo semestre de 2015, declarou-se ao lado da oposição. Por outro lado, o Presidente do Senado Federal permaneceu, em maior intensidade, dando suporte à Presidente. Esse cenário cria uma dupla trava institucional no instante em que o Senado pode conter as medidas ditas prejudiciais ao Governo e a Câmara pode travar as medidas ditas necessárias. Ainda que este caso brasileiro não tenha estabelecido duas maiorias completamente distintas, já demonstra a ineficiência que esta escolha institucional pode gerar.

¹⁶⁹ Caetano Ernesto P. de Araujo, «O bicameralismo na Constituição de 1988», in *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*, editado por Bruno Dantas *et al.*, vol. 2, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008, p. 331-345.

¹⁷⁰ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O federalista*, cit., p. 552-554. J. Madison, artigo nº 62.

O princípio do “one man, one vote” termina por ceder ao apelo de contenção das facções majoritárias dos entes mais desenvolvidos e populosos. Ainda que represente o povo, algumas assembleias impõem limites ao critério absoluto da proporcionalidade para reduzir as desigualdades regionais¹⁷¹. Entretanto, nada se compara à aplicação estritamente isonômica entre os entes federativos. Para prestigiar esta solução que acomoda uma exigência do federalismo e amenizar a instabilidade proporcionada por este arranjo institucional, o Canadá e a Índia dão exemplos de convivência entre o bicameralismo assimétrico e o federalismo¹⁷².

Como toda precaução, sempre há um custo e um novo risco. Pode-se até, como pontua Adrian Vermeule, ter a precaução como responsável de um arranjo encorajador de decisões mal consideradas¹⁷³. Em uma Câmara de Deputados sabedora que determinado projeto ainda passará pelo Senado, uma possível reação é a transferência de responsabilidade para esse segundo instante. Não tendo a palavra final, apenas o eixo da resposta imediata toma conta de cada voto.

2.1.1. Transmissão de responsabilidade e aumento do descontentamento

Entre os custos do bicameralismo, a inaptidão política ao convívio do descontentamento traz um perverso resultado que pode ser encorajado por este modelo. Com a aproximação histórica que as casas possuem quanto à natureza de eleição (voto direto), a diferença de capacidade em resistir às pressões extraídas de um maior tempo de mandato pode não cobrir o aumento da pressão inicial para que não se revogue uma demanda atendida pela primeira casa.

Clássica cena quando há uma organização corporativa por aumento de salário, membros da Câmara Baixa podem ceder à pressão, na alternativa de que o Senado tenha a prudência de não permitir tal prejuízo à saúde financeira do Estado. O Senado, por sua vez, recebida a matéria já com ganho de pressão, pode ter no veto presidencial¹⁷⁴ uma válvula

¹⁷¹ No Brasil, embora o número de deputados seja correspondente à população, nenhum estado pode ter menos de 8 nem mais de 70 deputados federais.

¹⁷² Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 45.

¹⁷³ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 5, p. 1-2.

¹⁷⁴ O presidente como terceiro participante para o exercício do veto pode levar este sistema a ser considerado como tricameralismo. John Uhr, «Bicameralism», cit., p. 481.

de escape e, não obstante sua consciência econômica, satisfazer as pretensões de determinada categoria.

As diferenças institucionais do Senado, assim, podem não superar, em estabilidade, o ganho de pressão e maior engajamento da categoria após a primeira vitória. Esse saldo negativo traz a correlação das decisões e possíveis erros oriundos desse sistema. É neste aspecto que a segunda opinião torna-se algo fútil ou até perverso¹⁷⁵.

O prejuízo institucional aparece na medida em que, a cada etapa vencida, existe um aumento de expectativa e pressão corporativa para que a matéria seja aprovada e, ainda que o veto presidencial ocorra e seja mantido, o descontentamento daquela categoria diante do não acolhimento final de sua bandeira é muito maior do que na hipótese em que a matéria é derrubada em primeira instância¹⁷⁶.

O sistema unicameral impede a transferência de responsabilidade parlamentar, sendo mais propenso a tolher avanços em casos como este. Em meio a um maior descontentamento no processo que divide etapas, a resposta da categoria derrotada pode vir de maneira extremamente prejudicial ao Estado, como greves dos servidores ou mesmo desestímulo para o cumprimento da função em benefício à eficiência e ao Estado.

No mesmo espaço de transferência de responsabilidade, a transparência do processo pode perder-se entre a complexidade das múltiplas etapas que terminam por esconder os pontos de acesso. Caso se queira aumentar o peso da responsabilidade de cada parlamentar, o sistema unicameral é mais simples e direto em seu exercício¹⁷⁷. Além disso, por mais que haja o descontentamento e rejeição à postura dos parlamentares, o fato de a matéria, uma vez aprovada, ser remetida à outra casa ainda gera a falta das consequências do efeito imediato da medida. O transcurso do tempo na ausência dos efeitos indesejados facilita o esquecimento do cidadão e dilui os danos de popularidade sobre o parlamentar, melhor ingrediente democrático para mudança de postura da classe política. O discurso aproveita as várias etapas, e ninguém é culpado.

¹⁷⁵ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 5, p. 33.

¹⁷⁶ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 5, p. 32.

¹⁷⁷ Tom Todd, «Unicameral», cit., p. 4-6.

2.1.2. Gestão do Impasse

Enquanto a decisão única tende a gerar um maior volume de equívocos, acrescentar a segunda opinião traz consigo a tendência da produção do impasse. O bicameralismo simétrico com maiorias distintas é um exemplo claro a que já fizemos referência. Mas, se há uma desconfiança intransponível na decisão isolada, qual seria a consequência de se conviver com momentos de impasse? O que pode ser feito para amenizar seus efeitos colaterais? Afasta-se da cena a gestão da desconfiança, entra a gestão do impasse.

Bruce Ackerman, ao ilustrar as possibilidades de desdobramentos ante a separação de poderes – neste caso, em crítica ao presidencialismo –, destaca três cenários para os casos de impasse. O primeiro deles, “a Esperança Madisoniana”, carrega uma acomodação fruto da intimidação proporcionada pela vigilância dos eleitores. A crise de governabilidade seria evitada, pois os opositores “não querem parecer crianças chatas e pirracentas” na busca de inviabilizar o governo¹⁷⁸.

O segundo e mais caótico cenário é o do colapso constitucional. No duelo de forças opostas, o próprio sistema constitucional é solapado, e a disputa vai até a instauração de um único legislador. Pelo menos, trinta países, em maioria na América Latina, experimentaram algum período de colapso constitucional devido ao impasse institucional do presidencialismo¹⁷⁹.

O terceiro cenário é a “crise de governabilidade”. Nas palavras de B. Ackerman, “os poderes contendores podem usar os instrumentos constitucionais à sua disposição para tornar miserável a vida de um e de outro”¹⁸⁰. Mantivemos a ordem original apresentada pelo autor, mas este parece ser um estágio antecedente ao colapso constitucional. Este formato de impasse gera um ciclo vicioso e pode ser acompanhado na atual legislatura brasileira¹⁸¹.

¹⁷⁸ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 14.

¹⁷⁹ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 15.

¹⁸⁰ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 16.

¹⁸¹ O uso de instrumentos constitucionais, ressaltados por B. Ackerman, pode ser constatado pela instauração e nomeação das presidências das CPIs, escolha da pauta desgastante ao governo e deferimento do pedido de impeachment, atos praticados em 2015 pela Câmara dos Deputados em oposição à Presidência.

Diante do dilema que confronta o negativismo simplista e a desconfiança com relação à política¹⁸², Giovanni Sartori apresenta uma engenharia de dois motores (parlamentarismo e presidencialismo) que serão acionados apenas um por vez, de modo a começar sempre pelo parlamentarismo. Trata-se do presidencialismo alternado¹⁸³. Nesta alternativa, temos uma precaução desligada que se apresenta na figura de um presidente forte para gerir crises de governabilidade e encerrar o período remanescente do governo. Dito de outra forma, a separação de poderes presidencialista só entra em cena – e apenas durante o período remanescente da legislatura – quando o parlamentarismo deixar de funcionar.

A ideia de Sartori é substituir a desconfiança imediata em todo início de governo por uma confiança que estimula o bom desempenho. Ao invés da precaução preventiva, a gestão da incerteza passa a ser feita a partir do uso de um remédio posterior (presidente forte) ao impasse corrosivo iniciado no parlamento. A prevenção, na teoria, é instalada como motor que permanece desligado.

Na prática, esse formato pode ser contestado – e assim o é por B. Ackerman¹⁸⁴ – pelo mesmo argumento que o próprio Sartori utiliza para negar a eficiência do semipresidencialismo: em um sistema com dois motores, o que acontece se eles funcionarem um contra o outro? Se, institucionalmente, o motor presidencial permanece desligado, na prática, este cenário seria uma ingenuidade: quando o assunto é o exercício do poder, não existem motores desligados.

Sartori usa dois contra-argumentos para essa desconfiança em sua proposta. O primeiro é a conspiração parlamentarista (ou antipresidencialista) que anularia a conspiração presidencialista. Indispostos em ceder parcela do poder, os parlamentares anulariam a suposta pretensão presidencial extravagante. O segundo é a proibição sistemática do presidente premiar, com distribuição dos ministérios, os parlamentares que minarem o governo parlamentar.

¹⁸² Entre os países latino-americanos que adotam o bicameralismo, entre 1996 e 2001, apenas o Chile e o Uruguai obtiveram um patamar de confiança no congresso e na presidência acima de 40% em amostragem da opinião pública. O pior índice quanto ao congresso foi no Brasil (22%), enquanto a maior rejeição à presidência coube à Colômbia (26%). Francisco Sánchez *et al.*, *Bicameralismo*, cit., p. 14.

¹⁸³ Giovanni Sartori, *Engenharia*, cit., p. 165-172.

¹⁸⁴ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 35-36, nota 64.

Pelo primeiro contra-argumento, ao nosso sentir, tal anulação é imprecisa. Haverá sempre a prevalência de um dos lados e, sem dúvidas, uma plataforma de estímulo ao conflito institucional. Para encerrar com a crítica de B. Ackerman, pelo segundo contra-argumento, existem outras maneiras de recompensar os membros do parlamento por abandonar o governo. Se, na teoria, o presidencialismo alternado pode parecer estimulante ao bom governo consensual, na prática, dois motores em constante disputa podem gerar um espaço de impasse oculto e ataques ao sistema constitucional.

Por seu turno, no balanço entre a gestão da desconfiança e do impasse, Bruce Ackerman apresenta o “parlamentarismo limitado”¹⁸⁵ como alternativa. Em contundente crítica ao modelo do presidencialismo norte-americano que se concentra na gestão da desconfiança e termina por habituar-se à convivência do impasse, embora haja o reconhecimento de como o modelo estadunidense tem servido por mais de dois séculos, seu ponto de vista descarta o bicameralismo no rigor madisoniano como melhor opção para exportar-se pelo mundo.

O parlamentarismo limitado, de modo a enfrentar os efeitos colaterais do impasse institucional e do presidencialismo (crises de governabilidade, imagem em detrimento da substância e legalismo de longo prazo em detrimento da eficácia de médio alcance)¹⁸⁶, nomeia, como instrumentos de limitação ao modelo da soberania parlamentar de Westminster, o uso de referendos sequenciais e uma corte constitucional para impedir o cinismo da obediência dos parlamentares ao povo¹⁸⁷. Entre outros instrumentos para lidar sobretudo com o impasse¹⁸⁸, a soberania popular é um ingrediente indispensável para a credibilidade do parlamentarismo limitado.

2.1.3. Conclusão parcial

A proposta bicameral carrega relevantes apelos para sua instauração – sobretudo na forma federativa de Estado¹⁸⁹, mas não exclusivamente¹⁹⁰. Precaução que pode suportar

¹⁸⁵ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 37-44. No original: “*constrained parliamentarianism*”.

¹⁸⁶ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 37.

¹⁸⁷ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 41.

¹⁸⁸ O voto construtivo de não-confiança é uma das medidas de estabilização que ameniza o impacto negativo do impasse. Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 25.

¹⁸⁹ Em um universo de 22 países, John Uhr lista 18 que adotam o bicameralismo. A prevalência não esconde uma listagem de rejeições a este sistema: Nova Zelândia (1950), Dinamarca (1953), Suécia (1970), Islândia (1991), Peru (1993), Escócia (1999). John Uhr, «Bicameralism, cit., p. 486.

altos custos, o “nó de legitimidade” no bicameralismo simétrico parece extrapolar a capacidade prática de absorção dos benefícios deste mecanismo. Para buscar os valores do federalismo e do devido processo legislativo por meio das duas casas e sem perder a eficiência institucional, a “solução de uma casa e meia”¹⁹¹, que surge no Japão no segundo pós-guerra, apresenta-se como uma interessante alternativa de otimização desse arranjo institucional.

O dano causado ao federalismo devido à ausência de uma segunda casa simétrica¹⁹² deve ser suprimido por outros mecanismos (limitação da correlação absoluta entre população e número de assentos na Câmara Baixa, garantias expressas no corpo da constituição escrita, apuração nos referendos que considere os entes federativos, etc.). Novas avaliações do risco e do custo de cada mecanismo devem desdobrar-se em confronto com as circunstâncias de cada localidade.

Nessa variedade de acomodações, não há um só modelo de bicameralismo na prática política, bem como não existe apenas uma teoria¹⁹³. Sua origem pode ser encontrada dentro da realidade do regime misto que combina diversas fontes de autoridade pública. Este *design* institucional já não nos serve. Entretanto, a adaptação do bicameralismo traz uma abordagem que, partindo da mesma fonte de legitimidade (soberania popular), pretende combinar diferenças complementares na visão plural de povo. Não existe um só povo¹⁹⁴, a diversidade vem para amenizar a inevitável imperfeição da representatividade.

Para Jeremy Waldron, ainda que diante de uma similaridade entre as duas casas – em decorrência do alcance das reivindicações democráticas –, a diferença mais importante do bicameralismo reside na mútua independência¹⁹⁵. Por mais que ainda seja possível, dentro do voto direto, estabelecer diferenças a partir das alternativas disponíveis ao sistema

¹⁹⁰ John Uhr, «Bicameralism», cit., p. 487.

¹⁹¹ Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 2.

¹⁹² Nada garante que, na prática, a segunda casa esteja totalmente a serviço dos valores do federalismo. A fragilidade eleitoral dos entes menores pode dar espaço ao domínio dos entes mais fortes também onde exista o bicameralismo simétrico com representatividade isonômica na segunda casa. Além disso, a pressão governista aos senadores de sua base pode prevalecer à defesa regional dos mesmos. Pontuadas essas ressalvas, é claro que essa escolha confere alguma proteção aos entes menores.

¹⁹³ John Uhr, «Bicameralism», cit., p. 474.

¹⁹⁴ Jeremy Waldron, «Bicameralism», New York University Public Law and Legal Theory Working Paper No. 330, março de 2012, p. 10.

¹⁹⁵ Jeremy Waldron, «Bicameralism», cit., p. 13 (não pode haver a sujeição de uma casa à outra; não pode haver a sujeição de ambas a uma única liderança política).

eleitoral, mesmo que capacidade de diferentes reações seja algo cada vez mais difícil de se perceber, duas casas distintas e independentes somariam uma representatividade menos imperfeita em um processo de maior capacidade deliberativa (exigência cada vez maior de uma sociedade plural). Em trabalho que elenca as condicionantes para prescindir-se da revisão judicial, Waldron cita o bicameralismo como precaução para o bom funcionamento de instituições democráticas¹⁹⁶.

Portanto, muito embora nosso declarado viés, é claro que ainda há espaço – enormemente prestigiado – à defesa mais tradicional do bicameralismo. Representação de interesses distintos, contribuição para o sistema de freios e contrapesos, melhoramento da qualidade da produção legislativa e resultados mais estáveis¹⁹⁷, a preocupação aqui assumida cuidou apenas de lembrar alguns efeitos colaterais de cada benefício que não podem fugir à reflexão da escolha institucional.

Dentro de uma dessas variáveis, os benefícios da deliberação, que legitima resultados a partir de uma maior exploração da coletividade e traz indubitável ganho de informação, não vêm livres de custos de oportunidade e outras patologias. A questão, como em tudo que circunda o *design* institucional, na forma de Elizabeth Garrett e Adrian Vermeule, não é saber se a deliberação é benéfica, mas em que intensidade se alcança um estágio ótimo¹⁹⁸.

Em tempo de perda de confiança no legislativo¹⁹⁹, qualquer conclusão apressada pode agravar uma situação já crítica e ser um desserviço ao arranjo institucional. Nosso olhar abarca apenas um pequeno espaço desse universo tão relevante à autoridade pública.

No balanço parcial ao que nos coube, nosso norte encontra respaldo nas precauções contempladas pelo bicameralismo: a suposição de que é melhor prevenir do que remediar pode não ser uma troca tão simples quando diante de escolhas institucionais. Isso apenas inicia o debate. Com toda atualização, quem sabe o Senado ainda não cumpra, para usar a

¹⁹⁶ Jeremy Waldron, «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, vol. 115, nº 6 (2006), p. 1361 (muito embora, na nota 47, reconheça a complexidade do tema).

¹⁹⁷ Francisco Sánchez *et al.*, *Bicameralismo*, cit., p. 18.

¹⁹⁸ Elizabeth Garrett e Adrian Vermeule, «Institutional Design of a Thayerian Congress», *Duke Law Journal*, vol. 50 (2001), p. 1291-1292.

¹⁹⁹ Em 2002, um estudo em quatro países na América Latina (Argentina, Brasil, Chile e Uruguai) aponta que apenas os partidos políticos suscitam menos confiança dos cidadãos do que o Congresso. Francisco Sánchez *et al.*, *Bicameralismo*, cit., p. 13.

anedota apócrifa entre George Washington e Thomas Jefferson, a indispensável função que também preserva o pires ao esfriar o café²⁰⁰?

2.2. *Impeachment*

Paulo Brossard abre seu estudo sobre o *impeachment*, caracterizando-o como um “processo penoso e traumático”²⁰¹. Em cuidadoso trabalho que remonta à origem inglesa do instituto e acompanha as transformações e desenvolvimento pela adaptação estadunidense²⁰², Brossard ainda acrescenta sua opinião de tratar-se de um mecanismo “de duvidosa eficiência e escassa prestança”. E finaliza: “é o *impeachment* instituto retardatário nos quadros da democracia hodierna”²⁰³.

Reminiscências da irresponsabilidade absolutista e o apelo à estabilidade do governo fazem do *impeachment* um instrumento de difícil ocorrência por propósito original. De fato, apesar de uma maior aparição nos últimos anos, entre 1974 e 2003, apenas 6,9% dos anos dentro do presidencialismo na América Latina acompanharam um processo de *impeachment*. Na Ásia o percentual sobe para 13,6% e, no leste europeu, para 14,4%²⁰⁴.

Aqui se assume uma precaução política: até o melhor sistema de escolha pode falhar²⁰⁵. Em que pese a atração em discorrer sobre a função deste instrumento essencial à observância democrática da apuração da responsabilidade do mandatário – que enaltece a existência política do povo –, não obstante ser este um problema fundamental da organização do Estado, interessa-nos tratar sobre as reações institucionais do *impeachment* perante um cenário de incerteza política e consequentes custos na atuação desse instrumento.

²⁰⁰ Thomas Wentworth Higginson, *The Birth of a Nation*, 68 *Harper's New Monthly Mag.* 238, 242 (1884) *apud* Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Cap. 5, p. 24.

²⁰¹ Paulo Brossard, *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, nota à edição de 1992.

²⁰² Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 21-33.

²⁰³ Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 2.

²⁰⁴ Young Hun Kim, «Impeachment and presidential politics in new democracies», *Democratization*, vol. 21, nº 3 (2014), p. 527.

²⁰⁵ Akhil Reed Amar, *America's Constitution: a biography*, Random House Trade Paperbacks, New York, 2006, p. 198.

Apesar de não alcançar exemplo prático contemporâneo à segunda edição do seu estudo²⁰⁶ (o que não torna irrelevante a escassez de até então), Paulo Brossard ressalta a rapidez da evolução das crises em contraposição à lerdeza do *impeachment*. Para colocar-se como solução efetiva, a resposta deveria vir rapidamente e, sendo algo que não se pode perder de vista no cálculo do seu custo, a demora quase sempre resulta em agravamento da situação. Nessa perspectiva, o instituto seria inadequado ao que se propõe²⁰⁷. O ritmo dos tempos modernos não fora assimilado pelo *impeachment*²⁰⁸.

O projeto presidencialista admite a convivência com o impasse. A separação entre legislativo e executivo faz com que o presidente – e quanto mais forte, maior sua independência – possa prescindir do apoio parlamentar para manter-se no exercício da função. O *impeachment* contraria essa regra geral, e um loteamento do executivo, com o conhecido fisiologismo, acaba por diminuir a ideia teórica de separação²⁰⁹. Na ocasião onde se inicia o processo, é do apoio parlamentar que o presidente vai depender para a permanência em seu mandato.

Quanto maior a dependência inicial do legislativo, uma menor frequência do processo de impedimento é verificada, ao passo que, quanto maior a força do presidente, menores serão os incentivos de composição com o parlamento e com mais frequência verificam-se tentativas de *impeachment*²¹⁰. Uma última colocação que não pode faltar a esse cenário: quanto maior a força do presidente, maior sua capacidade de conter o processo iniciado pelo legislativo.

Quanto à eficiência e ao bom proveito, o resultado sempre depende do caso concreto e guarda espaço, em abstrato, ao imponderável. Mas considerando a suposição de que, em regra, o processo que tem por desfecho a manutenção do presidente traz mais desgaste do que benefício (uma vez que o processo carrega um custo e o desfecho mantém

²⁰⁶ É curioso observar que, no mesmo ano (1992) desta segunda edição, o Presidente Fernando Collor teve o mandato abreviado, embora mediante a renúncia, pelo processo de *impeachment*. Brossard, por muito pouco, não considera este marcante episódio na democracia brasileira. “Em cem anos, o processo jamais funcionou; as denúncias nunca foram consideradas objeto de deliberação... e que, até aqui, não passou de uma falácia institucional, pomposa e inútil”. Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 13. E em outro trecho: “Faz mais de um século que o Senado julgou uma acusação parlamentar”. Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 186, nota nº 508.

²⁰⁷ Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 186.

²⁰⁸ Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 189.

²⁰⁹ Basilio Sallum Jr. e Guilherme Stolle Paixão e Casarões, «O impeachment do presidente Collor: a literatura e o processo», *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 82 (2011), p. 184-185.

²¹⁰ Young Hun Kim, «Impeachment, cit., p. 522.

o quadro inicial), um cenário de presidente forte e mais independente, ao *impeachment*, tende a ser ineficiente do ponto de vista institucional (maior desgaste em ocorrências com a pretensão de forçar o diálogo com o parlamento e maior possibilidade de consagrar-se a irresponsabilidade pela interferência presidencial entre os julgadores)²¹¹.

Geralmente com largas exigências para o seu desdobramento (processo de múltiplas etapas e com quórum especial), crises gravíssimas podem ser absorvidas, gerando um quadro institucional de instabilidade prolongada. Com todo movimento emancipatório do processo criminal, verificado pela politização norte-americana exportada para vários países, existe ainda a preservação de feições judiciais ao processo²¹². A natureza política dá espaço para uma maior ou menor discricionariedade do parlamento no exercício dessa competência, que, em sentido oposto, permite a participação do judiciário de acordo com a previsão de exigências legais que tocam a matéria.

Seguindo a ideia principal de responsabilização do governo democrático, modelos variam na forma de aplicar o *impeachment* e dão contornos próprios ao seu custo. Seguir a linha estadunidense de maior controle político parece algo necessário quando se está diante de um presidencialismo e se consideram as divergências desse sistema em comparação ao modelo inglês (*impeachment* no parlamentarismo). Na França, tem-se a instalação de um tribunal julgador misto (parlamentares e não parlamentares), e o processo admite penas administrativas, civis e criminais²¹³. Na Argentina, há uma maior proximidade ao que se verifica nos Estados Unidos, com a delimitação do espaço político no procedimento²¹⁴. No presidencialismo, para a observância da duração do processo, a abertura para maior participação do judiciário – assim como acontece no Brasil – é uma escolha de extrema relevância para o desgaste ocasionado pelo tempo²¹⁵.

Em nosso olhar direcionado ao custo do processo, o *impeachment*, necessariamente, desdobrar-se-á em plataforma de grande conturbação. Trata-se do não funcionamento de um sistema que não lida bem com a interrupção do mandato do chefe do executivo. A estabilidade do presidencialismo – ou melhor, do agente incumbido no

²¹¹ Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 53.

²¹² Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 187.

²¹³ Antonio Riccitelli, *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?*, Minha Editora, Barueri, 2006, p. 87.

²¹⁴ Antonio Riccitelli, *Impeachment*, cit., p. 90.

²¹⁵ Veremos no *case study* brasileiro o grau de participação do judiciário e o aumento da duração do processo por essa razão.

mandato presidencial – é prestigiada com ampla desproporção à estabilidade política, econômica e institucional. Estado que, de pronto, contraria a otimização.

Quanto vale manter um indivíduo até o término do mandato²¹⁶? Por outro lado, até que ponto uma maior facilidade de apuração da responsabilidade do chefe do executivo não colocaria em risco, por abrir um maior espaço aos desvios de uso, a democracia? E até que ponto uma maior dificuldade não abre espaço para um escudo que torna quase impossível a apuração da responsabilidade do mandatário incumbido da presidência²¹⁷?

Pelo que temos hoje e diante do arranjo da dificuldade que nos é colocado, causas do *impeachment* podem ser identificadas por impulsos de escândalos do presidente e protestos populares²¹⁸. Nestas ocasiões, os elevados limites legais para votação não necessariamente intimidam a reação dos parlamentares na tentativa de iniciar o *impeachment*²¹⁹.

O arranjo da maior facilidade de apuração, ao estilo parlamentarista, não tem lugar no presidencialismo por ferir um pilar tradicional da separação de poderes nesse sistema²²⁰. O papel das barreiras institucionais ainda é algo impreciso²²¹. Na avaliação de Cass Sunstein, ainda que haja a previsão, o *impeachment* é excessivamente raro nas democracias em bom funcionamento²²². O Brasil vive, desde o primeiro ano do segundo mandato da Presidenta Dilma Rousseff (PT), um caso prático deste dilema. Antecipo uma avaliação nesse contexto: o Brasil vive um *case* de fracasso institucional para lidar com um momento de grave crise no país.

²¹⁶ B. Ackerman traz crítica sobre o culto à personalidade próprio ao presidencialismo. Bruce Ackerman, *A nova*, cit., p. 28-36.

²¹⁷ Young Hun Kim, «Impeachment, cit., p. 531.

²¹⁸ Young Hun Kim, «Impeachment, cit., p. 529.

²¹⁹ Young Hun Kim, «Impeachment, cit., p. 534.

²²⁰ Essa é uma leitura exposta por Cass Sunstein ao se reportar à deliberação da Constituição estadunidense. A preocupação à época foi de reduzir o papel das paixões populares para que houvesse a melhor preservação da separação dos poderes. A proteção fazia-se necessária para que este não fosse um instrumento partidário e de pessoas com uma concepção enviesada que excluísse questões mais amplas. Cass R. Sunstein, *Designing democracy: what constitutions do*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 119-124.

²²¹ Young Hun Kim, «Impeachment, cit., p. 524.

²²² Cass R. Sunstein, *Designing democracy*, cit., p. 115.

2.2.1. *Case study: impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff – o custo do processo

Muito pode se discutir sobre o mérito do *impeachment*, recentemente iniciado no Brasil, em desfavor da Presidenta Dilma Rousseff. A exigência técnica do “crime de responsabilidade”²²³ permitiu, dentro de um contexto de crescente participação em outros temas, um forte ingresso do STF neste cenário. Aquilo que, na maioria dos ordenamentos presidencialistas fica com maior espaço discricionário ao critério do controle político, tem a maior participação do judiciário por escolha expressa do ordenamento brasileiro.

Situação ainda inacabada, até então, episódios que caracterizam a importância do judiciário podem ser elencados no desfecho do processo. A exigência técnica para o caso do *impeachment* somou-se a uma postura que tem ampliado o protagonismo dos tribunais de modo geral. Focaremos no dispêndio de energia neste processo arranjado pelas prévias escolhas institucionais. A análise, portanto, é processual – não entraremos no mérito –, e o cômputo traz apenas parcela do custo de um imprevisível montante final.

A crise de governabilidade foi verificada tão logo se iniciou a sessão legislativa de 2015. A troca ministerial envolvendo deputados de várias siglas constatava o grave momento do governo chefiado pelo Partido dos Trabalhadores em tentativa de acomodação do legislativo. A crise econômica²²⁴ cumpria o papel natural de estimular a crise de governabilidade, depois se retroalimentava dos desgastes provocados. Algo natural: abalo na economia gerando ruído na coalizão política, fissuras na base do governo, devolvendo entraves para a reação econômica.

Entre movimentos sociais, manifestações tiveram ocorrências, para citar apenas o ano de 2015, em 15 de março, 12 de abril, 16 de agosto e 14 de dezembro. Milhões de brasileiros foram às ruas para protestar não apenas contra o PT, mas, de modo abrangente, contra o estado das coisas. Pronunciamentos da Presidenta Dilma Rousseff foram

²²³ Conforme contabiliza Gustavo Rabay, são quase 60 hipóteses de incidência de crimes de responsabilidade. Gustavo Rabay Guerra, «Análise – *Impeachment*: clamor social e fundamento constitucional», O Estado de São Paulo, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,analise---impeachment-clamor-social-e-fundamento-constitucional,10000051101>>.

²²⁴ Segundo dados do IBGE, a retração do PIB brasileiro foi de 3,8% em 2015. A Indústria recuou 6,2% e os Serviços 2,7%. Apenas a Agropecuária apresentou crescimento de 1,8%. Trata-se da maior queda desde 1996. Disponível: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=3111>.

acompanhados ao som dos panelaços²²⁵. Com maior ou menor intensidade, o *impeachment* ocupava a rotina da imprensa, do Congresso Nacional, de setores do Executivo, das universidades e tantos outros segmentos da sociedade.

Nesse cenário e como grande responsável, a Operação Lava Jato²²⁶, maior investigação sobre corrupção conduzida até hoje no Brasil – e ainda em curso –, em 17 de março de 2016, completados dois anos desde sua primeira fase, expediu 134 mandados de prisão (64 prisões preventivas e 70 temporárias), 484 mandados de busca e apreensão, colocou 57 políticos sob investigação no STF e STJ e já recuperou R\$ 2,9 bilhões do que fora desviado. A estimativa da Polícia Federal é que o prejuízo da Petrobras possa chegar a R\$ 42,8 bilhões.

O escândalo toma contornos impactantes na medida em que conta, por enquanto (17 de março de 2016), com 49 acordos de colaboração premiada. As narrativas feitas por ex-diretores da Petrobras²²⁷, doleiros²²⁸, donos e presidentes de importantes empreiteiras brasileiras²²⁹, executivos²³⁰, lobistas²³¹, dono de banco²³², entre outros²³³, causam enorme indignação pelo grau detalhamento do esquema de pagamento de propinas e malversação da verba pública (financiamento eleitoral, compra de imóveis para políticos, contratação de palestras, etc.).

Pela paralisia que causa, para parcela do universo afetado pela incerteza política, a necessidade de um desfecho começa a ser mais importante do que qualquer resultado específico. O processo em si torna-se mais oneroso do que os resultados que são

²²⁵ O panelaço é uma forma de protesto. Em sinal de esgotamento e descrença nas palavras do agente político, pessoas vão às janelas de suas casas e apartamentos e ficam batendo em painéis durante os pronunciamentos das mensagens oficiais e propagandas eleitorais.

²²⁶ Iniciada em 17/03/2014, a Operação Lava Jato, em 21/03/2016, acumulava 25 fases, sendo esta última realizada em Lisboa com a prisão do até então foragido Raul Schmidt. Foi a primeira fase internacional da Operação. Dados sobre a Operação podem ser encontrados em: <http://lavajato.mpf.mp.br>.

²²⁷ Paulo Roberto Costa (ex-diretor de Abastecimento da Petrobras), Nestor Cerveró (ex-diretor da área Internacional da Petrobras e BR Distribuidora) e Pedro Barusco (ex-gerente da Petrobras).

²²⁸ Alberto Youssef.

²²⁹ Dalton Avancini (Presidente da construtora Camargo Corrêa), Eduardo Leite (Vice-presidente da construtora Camargo Corrêa), Ricardo Ribeiro Pessoa (dono da UTC) e Léo Pinheiro (ex-presidente da OAS).

²³⁰ Júlio Camargo (executivo ligado à Toyo Setal) e Augusto Mendonça Neto (executivo ligado à Toyo Setal).

²³¹ Shinko Nakandakari, Júlio Faerman (atuou para a holandesa SBM Offshore), Milton Pascowitch (ligado à Engevix), Mario Goes e Fernando Baiano.

²³² Salim Schahin (dono do Banco Schahin).

²³³ Entre os mais impactantes, o Senador Delcídio do Amaral, então líder do Governo quando de sua prisão.

oferecidos, natureza frontalmente contrária à otimização. É onde se aponta “o descompasso entre o instituto e as necessidades sociais”²³⁴.

O desfecho está longe: o mandato de quatro anos apenas começara e as raríssimas alternativas devem cumprir sucessivas e longas etapas até chegarem às suas conclusões. Nos processos de cassação, o rigor jurídico torna comuns longas durações para a decisão final. No processo político, as exigências de quórum e de procedimentos especiais parecem tornar impossível o seu desdobramento, e, como novo plano de retardação, a participação do judiciário é tida como imprescindível²³⁵.

A instabilidade ganha corpo em um ambiente de mutação constante, variação complexa e múltiplas influências. Tem-se um nó institucional com centenas de participantes e estágios que repartem as várias competências. Cada um puxa para um lado, o nó amarra a crise, e a crise aumenta. É uma troca institucional intensa e espalhada. Vários agentes participam em um tabuleiro de infinitas possibilidades e entre os mais diversos fatores de motivação.

No dia 07 de outubro de 2015, por unanimidade, o Tribunal de Contas da União (acórdão 0825/2015), órgão auxiliar do Congresso Nacional, recomendou a rejeição das contas do ano de 2014 do governo da Presidenta Dilma Rousseff. No voto do relator, Ministro Augusto Nardes, foram apontadas irregularidades que ultrapassam o valor de R\$ 100 bilhões – dos quais, R\$ 40 bilhões referentes às chamadas “pedaladas fiscais”²³⁶. Com avaliação de natureza técnica e em entendimento unânime, o movimento político em direção ao *impeachment* ganha respaldo inédito por parte do TCU (desde 1937, foi a

²³⁴ Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 191.

²³⁵ Antes mesmo do deferimento do pedido de *impeachment*, após resposta da Presidência da Câmara dos Deputados a respeito de Questão de Ordem nº 105/2015 apresentada pela oposição para esclarecer pontos não tratados pelo ordenamento legal sobre o rito do *impeachment* (quem pode recorrer da decisão de indeferimento do pedido, possibilidade de apurar a responsabilidade no âmbito de mandato anterior, instalação da Comissão Especial para proferir parecer sobre o tema, etc.), o STF, em 13 de outubro 2015, suspendeu a definição de tal rito decidido pelo legislativo. Já neste instante, pôde-se perceber que o STF seria protagonista no processo e o ato da presidência da Câmara que respondera a Questão de Ordem nº 105/2015 foi revogado.

²³⁶ Manobra de maquiagem fiscal que atrasa o pagamento do Tesouro Nacional para os bancos públicos, privados e autarquias, que passam ilegalmente, a financiar programas e benefícios sociais com recursos próprios. Esse dribble permite contabilizar os recursos não repassados no orçamento, de modo a distorcer a situação financeira do país. O artigo 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe “a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo”.

primeira vez que houve encaminhamento, ao Congresso Nacional, de um parecer pela rejeição das contas de um presidente da República).

Em 02 de dezembro de 2015, após alguns meses desde o protocolo, o Presidente da Câmara dos Deputados²³⁷ defere um dos 37 pedidos²³⁸ de *impeachment* contra a Presidenta Dilma Rousseff. Assinada por Hélio Pereira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaina Conceição Paschoal, a denúncia, publicada no Diário da Câmara dos Deputados – Ano LXX – Suplemento ao n. 209, Tomos I a V, fundamentou-se nos artigos 51, inciso I, e 85, incisos V, VI e VII, da Constituição Federal; nos artigos 4º, incisos V e VI; 9º, números 3 e 7; 10, números 6, 7, 8 e 9; e 11, número 3, da Lei 1.079/50. Por esse ato da presidência e nos termos do art. 218 do Regimento Interno, uma Comissão Especial composta por sessenta e seis membros titulares²³⁹ seria eleita em plenário para proferir parecer ao pedido de autorização para instaurar-se o processo.

A petição menciona as pedaladas fiscais, decretos não numerados abrindo crédito suplementar sem autorização prévia do Congresso Nacional (fora das hipóteses legais que dão essa permissão) e a falta de registro de valores no rol de passivos da dívida líquida do setor público. Sobretudo a gestão fiscal do Governo é posta em questão por supostos desvios que distorceriam a real situação financeira do país. As irregularidades são contextualizadas com o escândalo de corrupção na Petrobras. A petição menciona o conteúdo dos depoimentos nas delações premiadas de Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef.

Com referência ao mencionado julgamento do TCU (acórdão 0825/2015), as pedaladas fiscais demonstram a utilização de recursos da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil, contratados como operadores dos programas (e não como agentes financiadores), que caracterizam operações de crédito ilegais e ocasionam crime de responsabilidade (artigo 11, itens 2 e 3, da Lei 1.079/50). O não repasse dos recursos do

²³⁷ É importante lembrar que o então presidente, Deputado Eduardo Cunha (PMDB), situava-se ao lado da oposição. Ao tempo em que enfrentava um processo no Conselho de Ética, tal deferimento foi dado após três deputados petistas manifestarem-se contra sua ala de defesa que trazia a pretensão de arquivar esse processo.

²³⁸ Desde a Constituição brasileira de 1988, todos os presidentes tiveram de lidar com pedidos de *impeachment*. Foram 29 pedidos em face de Fernando Collor (1990-1992); 4 pedidos em face de Itamar Franco (1992-1994); 1 pedido no 1º mandato de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998); 16 pedidos no 2º mandato de Fernando Henrique Cardoso (1999-2002); 25 pedidos no 1º mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006); 9 pedidos no 2º mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (2007-2010) e 14 pedidos no 1º mandato de Dilma Rousseff (2011-2014).

²³⁹ Conforme disposto no artigo 25, §2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a distribuição respeitaria o princípio da proporcionalidade partidária.

Tesouro Nacional a essas entidades financeiras – entre outras – contraria a lei orçamentária e LRF, pois, com recursos próprios, essas instituições arcam com despesas de responsabilidade da União, o que configura empréstimos ilegais.

No tocante aos decretos não numerados que permitem a abertura de crédito suplementar, a afronta é ao artigo 167, inciso V, da Constituição Federal²⁴⁰ e ao artigo 4º da LOA/2014 (Lei 12.952/2014)²⁴¹. Diante da constatação de que a meta do resultado primário não seria cumprida, algo evidenciado pelo PLN 36/2014, que reduz a meta fiscal de 2014 em até R\$ 67 bilhões, a Presidenta Dilma Rousseff tinha o dever de limitar empenhos. Entretanto, e aqui se tem um dos apontados crimes de responsabilidade (artigo 10 da Lei 1.079/50), a conduta foi inversa, tendo ocorrido a edição de decretos que ampliaram os gastos da União com recursos suplementares. Essa prática demonstrada no exercício de 2014 foi repetida no ano de 2015.

A falta de registro de valores no rol de passivos da dívida líquida do setor público foi admitida pelo Banco Central do Brasil em documento apresentado ao TCU. Esse expediente gera uma ficção das contas públicas que compromete a transparência e o real acompanhamento das contas do Governo. Nessa manipulação, além de contrair empréstimos ilegais, não os computar na DLSP fez com que a situação financeira apresentada pelo Governo não espelhasse a realidade, também configurando crime de responsabilidade (artigo 10, número 4, da Lei 1.079/50). Em suma, aponta-se a natureza comissiva e omissiva na conduta da Presidenta Dilma Rousseff.

Em 08 de dezembro de 2015, em votação secreta, a Câmara dos Deputados emite um forte sinal de ofensiva contra o Executivo e elege a chapa avulsa²⁴² com trinta e nove membros, integrantes da oposição e dissidentes da base governista. Entretanto, no mesmo

²⁴⁰ Art. 167, V da CF: “Art. 167. São vedados: (...); V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes”.

²⁴¹ Art. 4º da Lei 12.952/2014: “Art. 4º. Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, excluídas as alterações decorrentes de créditos adicionais, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida para o exercício de 2014 e sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8º da LRF e os limites e as condições estabelecidos neste artigo, vedado o cancelamento de quaisquer valores incluídos ou acrescidos em decorrência da aprovação de emendas individuais apresentadas por parlamentares, para o atendimento de despesas: (...)”.

²⁴² Consequência de um movimento do líder do PMDB na Câmara em indicar apenas deputados governistas para a Comissão Especial, a chapa avulsa tem previsão no artigo 218, 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

dia, no pedido de medida cautelar incidental na ADPF nº 378/DF²⁴³, por decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin, com eficácia até o dia 16 de dezembro de 2016, o STF suspende a formação e instalação da Comissão Especial na Câmara dos Deputados até que o Tribunal Pleno da Corte Constitucional analise o procedimento e estabeleça seu rito²⁴⁴. Após o extenso período para que a Câmara finalmente direcionasse o processo esgaçado ao longo do ano, o STF anula o encaminhamento proferido no âmbito do Legislativo e assume a competência para definir o procedimento.

No julgamento do dia 17 de dezembro de 2015, o STF dita seu entendimento do rito do *impeachment* com significativas divergências daquilo que houvera sido estabelecido pela Câmara dos Deputados até então. Entre as intervenções mais enérgicas, a anulação da chapa avulsa eleita pelo Plenário da Câmara dos Deputados, para que a comissão fosse composta apenas mediante a indicação dos líderes partidários, foi objeto de fervoroso debate. Por sete votos a quatro²⁴⁵, o Plenário do STF entendeu pela impossibilidade de haver chapa avulsa.

O rumo político que custara um ano para se acomodar, por decisão judicial, é interrompido, estabelecendo-se um novo começo no âmbito do Legislativo. Definitivamente judicializado o processo de *impeachment*, a Mesa da Câmara dos Deputados opõe, em 01 de fevereiro de 2016, embargos de declaração para questionar a decisão que estabeleceu o rito do processo contrariamente ao entendimento do Legislativo.

Suscita-se a intervenção em matéria *interna corporis* de outro Poder da República. Havendo a impossibilidade de chapa avulsa, não seria o caso de descumprimento do comando regimental que determina a “eleição” da Comissão Especial do *impeachment*? Não havendo tal possibilidade – de acordo com interpretação do STF –, não estaria o plenário dando apenas uma “confirmação” dos membros indicados pelos líderes partidários? Existe, propriamente, eleição de apenas uma chapa?

Em outros pontos obscuros levantados pelo recurso, questionou-se a obrigatoriedade do voto aberto na manifestação do plenário que determinaria a comissão

²⁴³ Proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

²⁴⁴ Pelo fato da Lei nº 1079/50 ser anterior à Constituição Federal de 1988, cabe ao STF fazer uma filtragem para separar aquilo que fora recepcionado pelo texto constitucional, o que deve passar por uma interpretação conforme a Constituição e o que deve ser considerado incompatível com a Carta Magna.

²⁴⁵ No sentido majoritário, votaram os ministros: Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Foram vencidos os ministros: Edson Fachin, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

do *impeachment* e o real papel do Senado Federal ao receber o processo da Câmara dos Deputados.

O impasse, agora institucional, em outro desdobramento de enorme impacto, paralisa todas as comissões permanentes da sessão legislativa de 2016. Respalado pelos pontos levantados nos embargos de declaração, o Presidente da Câmara coloca a necessidade de definição do STF para que haja a devida instalação de todas as comissões permanentes – em sinal à insatisfação da interferência na comissão específica do *impeachment*. Pela judicialização, a Câmara dos Deputados fica completamente paralisada e eleva a parcela dos custos do processo para outro patamar.

Nesse cenário de paralisação, com a promulgação da PEC 113/2015, em 18 de fevereiro de 2016, que fixa uma janela para que todo detentor de mandato eletivo possa se desfiliar do seu partido sem perder o mandato por infidelidade partidária (construção que veio a partir de julgamento no STF), os líderes entraram em um acordo para que as comissões permanentes só funcionassem após o término dessa janela (30 dias após a promulgação). Tal fato altera substancialmente a formação dos blocos partidários e, em consequência, influencia o cálculo da proporcionalidade para composição das comissões.

Em 28 de março de 2016, a OAB protocoliza um novo pedido de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Como mais um fator a demonstrar a turbulência do momento político, vale dizer que a mesma entidade também defende o afastamento do Deputado Eduardo Cunha da presidência da Casa.

Pelo *impeachment*, após a deliberação por vinte e seis votos a dois²⁴⁶, a denúncia por crime de responsabilidade apontou ofensas à Constituição Federal, art. 85, II, V, VI e VII e à Lei n. 1079/50, arts. 9º, n. 7, 10, ns. 4 e 6, e 12, n. 1. A peça reforça os argumentos trazidos na denúncia deferida e soma episódios posteriores àquela elaboração. Portanto cita: i) a tentativa de interferências nas investigações da Operação Lava Jato (com menção à nomeação como ministro da Casa Civil do ex-presidente Lula, um dos investigados); ii) ilegalidade na concessão de renúncia fiscal à Fifa para a realização da Copa do Mundo de 2014; iii) entendimento do TCU que reprovou, por unanimidade, as contas da Presidenta Dilma Rousseff do ano de 2014 (entre os motivos; a autorização das “pedaladas fiscais” e

²⁴⁶ Resultado do Plenário do Conselho Federal da OAB.

abertura de créditos suplementares sem autorização prévia do Congresso Nacional, ambos já mencionados).

Em 15 de abril de 2016, iniciou-se a sessão do *impeachment* que trazia o parecer favorável da Comissão Especial. Após dois dias ininterruptos de manifestações dos parlamentares, em votação ostensiva no dia 17 de abril de 2016, com 367 votos favoráveis, a Câmara dos Deputados admitiu o processo de *impeachment*. Passados mais de cinco meses desde o deferimento da denúncia, o processo segue, com o seu crescente aumento de custo, para o Senado Federal.

Para a análise específica do custo da precaução, o duplo juízo de admissibilidade, realizado pelo Senador Federal, segundo interpretação do STF, consiste em uma das mais relevantes características de todo procedimento. Isso porque, por precaução, após uma longa etapa vencida pela Câmara dos Deputados para que o processo seja admitido, após alcançado o mais rigoroso quórum trazido pela Constituição (2/3), fazer novamente o juízo de admissibilidade no Senado é algo extremamente custoso – um dos aspectos que evidencia o quão penoso é o processo do *impeachment*.

Apesar de estar em vigor, essa não é a única interpretação que pode ser dada à Constituição. A possibilidade de eliminar tal repetição começa por uma variação textual. Enquanto, conforme art. 51, I, da Constituição, a competência privativa da Câmara vem no sentido de “autorizar” a instauração do processo, no Senado, nos termos do art. 52, I, da Constituição, a competência é de “processar e julgar”. Sabendo que, na fase do juízo de admissibilidade não há processo instaurado, não é descabido sustentar que o texto constitucional confiou à Câmara essa função específica e reservou ao Senado a competência de seguir adiante já com o processo instaurado (portanto, superada a admissibilidade) e na obrigação do julgamento.

Pela crítica à desconfiança excessiva, o argumento de que o Senado deve refazer o juízo de admissibilidade para conter algum desvio praticado pela Câmara – lembre-se, por 2/3 dos deputados – não encontra respaldo na otimização. Entretanto, o duplo juízo foi aplicado no *impeachment* de Fernando Collor de Mello (PTC) e reiterado no processo da Presidenta Dilma Rousseff²⁴⁷.

²⁴⁷ No caso de Fernando Collor, esta etapa durou 48 horas e teve um parecer com dois parágrafos. No caso de Dilma Rousseff, o juízo de admissibilidade teve duração de 23 dias e trouxe um parecer de 126 páginas para

Na exigência da maioria simples, na manhã do dia 12 de maio de 2016, quase um mês após a autorização dada pela Câmara dos Deputados, o Senado Federal aprova em plenário, por 55 votos a favor e 22 contra, o parecer do senador Antônio Anastasia (PSDB) que trazia a admissibilidade da denúncia. A Presidenta Dilma Rousseff é afastada, e, no mesmo dia, assume a Presidência da República, interinamente, o Vice-Presidente Michel Temer (PMDB). Transcorridos quase sete meses desde o protocolo da denúncia, o Senado Federal passa a ter o prazo de 180 dias para julgar o caso. Ultrapassado esse prazo, a Presidenta Dilma Rousseff retorna ao exercício da função em uma hipótese que multiplica o custo do processo.

É claro que o afastamento de um presidente eleito é algo custoso ao sistema que permite a convivência com o impasse. Entretanto, considerando a apuração dos crimes de responsabilidade e a necessidade de responsabilização nos casos de ocorrência, o prolongado processo merece uma revisão. Além de a prática da infração político-administrativa custar caro a uma nação, custa – e muito – promover o devido afastamento do supremo mandatário infrator.

2.2.2. Conclusão parcial

Se, no bicameralismo, nos limitamos a elencar alguns custos e nos faltou a abrangência da avaliação final que equaciona também os benefícios para obedecer ao olhar da otimização, reservaremos este espaço para firmar posicionamento contrário ao *impeachment* aos moldes atuais. Em geral, além de ser amplamente questionável a utilidade desta precaução, seu altíssimo custo dificilmente será compensado pelos benefícios de sua previsão que contempla procedimento repleto de obstáculos.

O *impeachment* é o exemplo mais dramático de confronto constitucional entre o congresso e a presidência²⁴⁸. Em tempos de estabilidade política, diante do bom funcionamento do executivo, a própria situação funcionará como melhor vigia para o não uso desvirtuado do processo de impedimento da Presidência da República. Tempos

justificar a abertura do processo. Essa diferença foi ressaltada, desta feita, pelo Senador Fernando Collor em pronunciamento histórico no dia da votação da admissibilidade.

²⁴⁸ Eric Posner e Adrian Vermeule, «Constitutional Showdowns», *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 348* (2007), p. 5.

mexidos podem justificar os pilares protecionistas do instituto e forçar uma travessia do mesmo governo até que supere o momento adverso.

Ainda assim, uma mudança no rito é inadiável para evitar o prolongamento do seu estado de incerteza. Em último caso, perante graves crises, este mecanismo é contraproducente por congelar um estado de extremo desgaste e alongar cada etapa de um processo que, em si, gera um custo vultoso à sociedade. Na perversidade contida em algumas precauções, paradoxalmente, o *impeachment* contribui para o agravamento da crise a qual se propõe a solucionar²⁴⁹. Apenas situações excepcionalíssimas permitem a capacidade instrumental do *impeachment*²⁵⁰.

Por mais que a abreviação procedimental possa abrir espaço para manobras políticas lesivas à legitimidade ordenada pela democracia, o apego inarredável a essa possibilidade menospreza o comando de múltiplos olhares da otimização institucional. Aliás, dentro do limitado alcance desta pesquisa, não se constata um único exemplo prático do emprego abusivo desta medida que tenha logrado êxito – apenas a exigência do quórum especial, algo de difícil alcance, é uma barreira robusta para os temidos desvios. Pelo exemplo prático analisado, o *impeachment* no Brasil, quanto mais em seu aspecto precaucional, é inadequado e ineficiente.

Este é um instrumento de enorme expressão para o equilíbrio que tentamos encontrar entre desconfiança e confiança. O exagero valorativo pela separação dos poderes e independência do presidente (maximização da confiança) leva à impossibilidade de apuração da responsabilidade do executivo (algo inadmissível diante das conquistas do constitucionalismo). O exagero oposto (maximização da desconfiança), que exacerba e estimula o controle realizado unicamente pela via do *impeachment*, traz um cenário de instabilidade democrática. Este é mais um nó que o sistema presidencialista precisa enfrentar para reivindicar sua capacidade de otimização.

2.3. Controle jurisdicional de constitucionalidade

Quanto à limitação e moderação do poder estadual, conforme Nuno Piçarra, é notável que o controle de natureza jurídica, realizado por órgãos independentes, tem

²⁴⁹ Paulo Brossard, *O impeachment*, cit., p. 192.

²⁵⁰ Basilio Sallum Jr. e Guilherme Stolle Paixão e Casarões, «O impeachment, cit., p. 163-200.

superado em importância os controles de natureza política tantas vezes falseados por maiorias partidárias²⁵¹. Reconhecida a capacidade vinculante da constituição, critérios de adequação estrutural e processual confiaram ao judiciário a competência de exercer o controle dos atos do legislativo e executivo tendo por parâmetro – e aqui se extrai um argumento básico de sua legitimidade – comandos constitucionais²⁵².

Mas essa não é a única possibilidade dentro de um cenário no qual impera a supremacia constitucional. Conforme anota J. J. Gomes Canotilho, o controle político da constitucionalidade, típico da soberania parlamentar, tem espaço em vários contextos institucionais²⁵³. Nas colocações de Maria Benedita Urbano, amplamente falando, e por analisar a prevalência institucional a partir da “implantação desencontrada”²⁵⁴ do controle judicial de constitucionalidade, o controle político tende a ser pouco efetivo por tratar-se de um autocontrole e trazer as falhas decorrentes da atuação de “juízes em causa própria”²⁵⁵. Entretanto, sobretudo lastreados em forte confiança democrática, não faltam defensores de alguma intensidade de prevalência política para o encontro de respostas aos desacordos constitucionais²⁵⁶.

Assim, pelo controle jurisdicional, não estamos diante de arranjo que se autoevidencia e dispensa qualquer argumentação²⁵⁷. A justiça constitucional nos termos judiciais não pode ser vista como “monopólio da garantia da aplicação da constituição”²⁵⁸. Trata-se de um sofisma a compreensão que, invariavelmente, “da supremacia da constituição decorre o controle de constitucionalidade”²⁵⁹.

Também não se pode simplesmente negar essa opção. Para o apelo precaucional, por mais que o judiciário não esteja isento da possibilidade de erros, adicionar mais um instante de veto é benéfico ao sistema²⁶⁰. A aplicação jurídica da supremacia da

²⁵¹ Nuno Piçarra, *A separação*, cit., p. 259.

²⁵² Nuno Piçarra, *A separação*, cit., p. 263.

²⁵³ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 897.

²⁵⁴ Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 7.

²⁵⁵ Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça*, cit., p. 17.

²⁵⁶ Jeremy Waldron tornou-se um dos defensores mais comentados desta corrente. Em um dos seus vários trabalhos nessa linha, defende a maior capacidade substancial e procedimental das instituições parlamentares em comparação com a revisão judicial. Jeremy Waldron, «The Core», cit., p. 1376-1395.

²⁵⁷ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 35.

²⁵⁸ Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça*, cit., p. 11.

²⁵⁹ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 40.

²⁶⁰ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 1, p. 19-20.

constituição é debatida e questionada sob diferentes perspectivas. O debate representa um dos espaços mais caros à escolha institucional que mexe com a participação do judiciário na atuação do Estado. Admitindo a alternativa que nasce do arranjo institucional estadunidense²⁶¹ e domina o continente europeu apenas no segundo pós-guerra²⁶², para nós, entre a adequação e inadequação, resta averiguar com qual custo se faz esse controverso e consolidado uso.

Aqui traçamos, conforme Conrado Hübner, um mínimo denominador comum para trabalhar o controle de constitucionalidade: “um arranjo institucional que permite ao poder judiciário, em algum momento e com alguma intensidade, revogar, a título de incompatibilidade com a constituição, uma lei editada pelo parlamento representativo”²⁶³. A partir daí, um rol extensivo de possibilidades institucionais pode ser analisado.

Sucedendo essa primeira escolha que mexe com a delimitação da moldura geral, a própria preferência pela judicialização da política comporta uma escala gradual de participação que vai até além de seu sentido mínimo comum negativo. Entre alternativas de maior intensidade jurídica ou maior timidez desse protagonismo, está a gestão da legitimidade democrática. No campo de uma teoria da legitimidade e com enfoque à autodeterminação coletiva, focaremos neste custo para dirimir sobre a precaução instalada a partir do controle de constitucionalidade. A noção é repetitiva: é defensável que tribunais politicamente independentes, tipicamente projetados para lidar com casos individuais através de procedimentos judiciais excludentes, possam reivindicar legitimidade democrática em seus resultados²⁶⁴?

Circunstanciado nesse ambiente específico, a atuação menos onerosa à legitimidade democrática manifesta-se por meio da vigilância procedimental das decisões políticas²⁶⁵. A imposição de regras para a verificação democrática e a indisponibilidade dessa definição por parte do legislador conferem autorização democrática para a revisão judicial no tocante ao procedimento utilizado. A capacidade de autogoverno exige a observância de regras

²⁶¹ Embora essa referência na construção histórica da revisão judicial não seja parte entre os tantos outros exemplos práticos de comando constitucional explícito para a vigilância do judiciário perante o processo político.

²⁶² Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça*, cit., p. 59-63.

²⁶³ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 64.

²⁶⁴ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 36-37.

²⁶⁵ John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, trad. Juliana Lemos, Martins Fontes, São Paulo, 2010.

básicas do jogo democrático a serem vigiadas pelo judiciário²⁶⁶. Nesse diapasão, o maquinário judicial afasta-se do exercício motivado pela autodeterminação individual para assumir feições especiais de questões generalizadas afins à autodeterminação coletiva²⁶⁷. Limitada ao procedimento, “a revisão judicial perde o lastro simbólico sedutor que tradicionalmente vem a reboque de sua descrição: a promessa de proteção dos direitos fundamentais”²⁶⁸. Ou, ao menos, limita seu alcance no âmbito da proteção dos direitos. Este controle nega a capacidade de autossuficiência judicial.

Aqui, a noção de reforço procedimental à democracia ganha complexidade em um ponto específico: a intensidade com que a democracia precisa desse reforço é uma variante²⁶⁹. Por haver a possibilidade de uso extensivo do argumento da revisão procedimental, nos casos mais duvidosos, o entendimento da dimensão da necessidade democrática vai decidir se há interferência substantiva ou não na essência dessa vigilância. Alguns entendem que, justamente por dizer com o conceito de democracia, o judiciário não deve ter prevalência na cena²⁷⁰.

De modo geral, o certo é que, por intermédio da precaução que se instala com o argumento de controle procedimental, o ideal democrático não pode satisfazer-se apenas por definição jurídica. A refutação comum é que extrair um certo conceito de democracia pela via constitucional e através de um tribunal não parece abranger a pluralidade crescente da comunidade – parece mesmo perigoso²⁷¹. É nesse sentido que o modelo de interpretação de uma sociedade aberta, que considera, conforme Peter Häberle, a participação das potências públicas pluralistas²⁷², avalia que “a intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação”²⁷³.

Desse modo, a precaução instalada no âmbito do controle de constitucionalidade é limitada ao procedimento. A desconfiança concentra-se na manipulação das regras democráticas e em termos de custos não se compromete com o resultado extraído a partir

²⁶⁶ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 152.

²⁶⁷ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 38-39.

²⁶⁸ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 38.

²⁶⁹ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 8-9.

²⁷⁰ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 25.

²⁷¹ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 42.

²⁷² Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2002, p. 48.

²⁷³ Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, cit., p. 46.

do procedimento tido por legítimo. Não cabe ao judiciário, portanto, desconfiar do povo, tampouco da substância de suas escolhas. Pela complexidade de se extrair algo com o patamar da legitimidade democrática, o percurso até chegar às decisões, sim, é observado e protegido judicialmente.

Ainda que comporte confrontações em alguns casos, via de regra, a vigilância do procedimento é menos custosa à legitimidade democrática. Institucionalmente, tem-se o prestígio da democracia perante cada cidadão. A precaução que busca amparo no controle de constitucionalidade assume um formato mais efervescente quando se designa a proteger direitos básicos dos indivíduos. Na avaliação de Christoph Möllers, essa é a função mais significativa e debatida dos tribunais constitucionais e, do ponto de vista da separação de poderes, é também o ambiente mais questionável²⁷⁴.

Assumido o campo da substância, aos direitos fundamentais e noções de justiça da democracia são somados vários outros argumentos para a participação do judiciário. A proteção das minorias, do ideário original expresso na constituição por raro exercício genuíno do povo – revisão que reconhece no texto constitucional um ato de “autopaternalismo” –, do estado de direito e da supremacia judicial compõem o rol de justificativas para o controle jurisdicional também de parte da substância democrática²⁷⁵.

Nesse mesmo segmento e com outra perspectiva, Jeremy Waldron traz algumas consequências do processamento da substância democrática por parte dos tribunais. Aquilo que é geralmente visto como racionalidade adicional que se limita ao caso concreto ganha o mesmo patamar abstrato do legislativo²⁷⁶, e a técnica jurídica obrigatoriamente presente, ao invés do tradicional ganho qualitativo ressaltado, passa a servir de cortina de fumaça ao enfretamento direto da matéria²⁷⁷. É claro que não há consenso quando se trata de apurar as capacidades institucionais. Os casos elencados como exemplos, muitas vezes, são pinçados, seletivamente, apenas para a sustentação de certa maneira de pensar e podem distorcer o olhar científico.

Especificamente, na noção de que certos direitos fundamentais obrigam a atuação do legislador, um instituto revisor para garantir esse pilar da proteção individual,

²⁷⁴ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 50-51.

²⁷⁵ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 152-159.

²⁷⁶ Jeremy Waldron, «The Core», cit., p. 1379-1380.

²⁷⁷ Jeremy Waldron, «The Core», cit., p. 1382-1386.

indisponível ao espaço de decisão democrática, ganha a cena e abre um canal de maior penetração legítima do judiciário na autodeterminação coletiva – se nem a democracia em seu ideal pode admitir algumas escolhas, menos ainda se deve abrir esse espaço ao falível legislador. A premissa é de difícil questionamento e de complexa operacionalização. A corrente procedimentalista fica insuficiente no momento em que se admite a delimitação de substância que justifica a própria democracia. Contudo, após o início do controle de constitucionalidade, levou quase um século para que a Suprema Corte estadunidense utilizasse essa resposta institucional à proteção dos direitos fundamentais²⁷⁸. E quais são esses direitos?

A pergunta atinge um universo a perder de vista que, para ser bem trabalhado, exige algo muito além desta análise. Não apenas a compreensão dos direitos fundamentais, mas a confiança institucional de cada contexto gera uma régua singular para dirimir esta questão. De maneira geral, para nossa ênfase, podemos colocar aqui uma medição dos custos da racionalização jurídica em detrimento da capacidade de autodeterminação democrática. Tal custo é excessivamente alto, sobretudo quando o judiciário desfaz uma decisão do legislativo, tendo como respaldo esse controle institucional e ainda soma uma falta de recursos, dentro do arranjo, para reverter a decisão – como o caso do *strong-form judicial review*, conforme pontuado por Mark Tushnet²⁷⁹.

Na contraposição entre precaução institucional e custo à legitimidade, o problema colocado em termos já onerosos ganha pressão ainda maior se, estiver diante de litígio entre duas esferas de liberdade individual que reclamam a proteção de diferentes direitos fundamentais, chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Conforme anota C. Möllers, no tocante à legitimidade, esta é uma decisão legislativa que considera duas esferas de liberdade constitucionalmente protegidas²⁸⁰. O máximo precaucional a que se chega neste cenário, acarretando o custo mais elevado, dá-se a partir da reivindicação que desfaz a escolha democrática em virtude de uma aludida obrigação constitucional de determinada proteção²⁸¹. Ao invés de o judiciário agir retrospectivamente e ao final do ciclo jurídico, em complementação às escolhas legislativas, assume-se o protagonismo

²⁷⁸ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 51.

²⁷⁹ Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton University, New Jersey, 2008, p. 22.

²⁸⁰ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 54.

²⁸¹ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 60.

logo a partir de seu início. Para a atuação estatal que assume essa demanda e se vale do equipamento jurídico a fim de uma melhor resposta, o tema é desdobrado no controle judicial da proporcionalidade.

Em estudo que analisa a metódica da proporcionalidade e traz, em conclusão, o *tetralemma*²⁸² deste princípio, Suzana Tavares da Silva ressalta a importância deste instrumento jurídico em casos no âmbito do sistema jurídico sul-africano, israelita, na atuação do TEDH, na “aptidão do princípio da proporcionalidade”²⁸³ do *ICSID*, no Painel de Resolução de Litígios na Organização Mundial do Comércio (*The Dispute Settlement Body*), entre outros contextos que se inserem nos “caminhos da universalização do princípio da proporcionalidade”²⁸⁴.

Entretanto, embora haja sua capacidade de servir à otimização do controle judicial dos atos do poder público, é na compreensão de “diversas combinações”²⁸⁵ que o princípio da proporcionalidade pode tornar-se excessivamente custoso à legitimidade democrática, caso utilizado indiscriminadamente – vale registrar, segundo anota Suzana Tavares da Silva, que sistemas de matriz britânica permitem versão oposta à colocada neste nosso enfoque, bem como o Tribunal Constitucional português traz exemplos da “mitigação do controlo do princípio da necessidade em nome da prevalência do princípio da legalidade democrática”²⁸⁶.

Para este olhar direcionado, na forma pontuada por Möllers, o princípio da proporcionalidade pode parecer um procedimento legislativo camuflado ao lidar com preferências distintas e suas possibilidades de escolha²⁸⁷. A situação torna-se ainda mais

²⁸² Nas palavras de Suzana Tavares da Silva: “Um *tetralemma* é um enunciado lógico originário da filosofia indiana (*Catuskoti*) que concebe quatro possibilidades a partir de uma premissa: *ser X*, *ser não X*, *ser X e ser não X* (ambos), ou *não ser X nem não X* (nenhum)”. Suzana Tavares da Silva, «O *tetralemma* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade», Separata de: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n° 88, tomo 2 (2012), nota 8.

²⁸³ Suzana Tavares da Silva, «O *tetralemma*, cit., p. 24.

²⁸⁴ Suzana Tavares da Silva, «O *tetralemma*, cit., p. item 2, p. 12-25.

²⁸⁵ Suzana Tavares da Silva, «O *tetralemma*, cit., p. 25-26.

²⁸⁶ É o caso da resistência da tradição britânica através do *Wednesbury unreasonableness test*, onde há apenas a verificação da não irrazoabilidade da decisão, que decorre do significado que trazem da separação de poderes e características enraizadas pelo *common law*. Pressões a partir do *Human Rights Act* (1998) e através da atuação do TEDH não promoveram o fim, por completo, dessa reação institucional. Suzana Tavares da Silva, «O *tetralemma*, cit., p. 16-18.

²⁸⁷ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 54-55.

grave quando este exercício não contempla um controle de razoabilidade, o qual exige a passagem por diferentes vertentes metodológicas²⁸⁸.

O ambiente multifacetado dá-se na medida em que os direitos possuem uma versão individual normalmente acompanhada por outra coletiva, o que abre a pergunta: quais são esses direitos individuais? E quais são esses direitos coletivos? A resposta deve ser simultânea, e a precaução do controle de constitucionalidade, sobretudo quando usa a proteção dos direitos fundamentais contra estamentos que considera a democracia como um todo²⁸⁹, pode não dar a devida dimensão e simultaneidade da compreensão.

Na maneira como coloca Janet Hiebert, o olhar mais amplo toca o novo paradigma da proteção dos direitos. Ao invés da questão ser colocada sob a luz da pura restrição dos direitos, a abordagem mais adequada deve analisar se tal restrição pode ser, razoavelmente, justificada. Qualquer juízo de restrição indevida de direito deve acompanhar a noção abrangente dos problemas sociais e a consideração das decisões políticas que são elencadas para suas resoluções. O judiciário que cumpre o seu papel fiscalizatório ao tempo em que não menoscaba a produção política, estimula o aprimoramento da perícia governamental²⁹⁰. Pode se estruturar uma série de estímulos institucionais a partir dessa aparentemente simples atenção.

A legitimidade de ambas é inquestionável. O problema da prevalência da perspectiva dos direitos por meio do processo judicial é que o custo ao coletivo nem sempre consegue ser avaliado no decorrer de um exercício procedimental institucionalmente exclusivo. O privilégio dos litigantes faz com que a tirania, historicamente instalada em nome do coletivo, possa dar vez à preponderância de certos indivíduos²⁹¹. Se o coletivo é facilmente hipertrofiado pelo processo político, o indivíduo é facilmente hipertrofiado pelo processo judicial. Lidar com os direitos isoladamente sempre trará distorções. Ao final, os juízes podem não desempenhar a função de “superdefensores ou campeões dos direitos fundamentais”²⁹².

²⁸⁸ Suzana Tavares da Silva, «O *tetralema*, cit., p. 3.

²⁸⁹ Christoph Möllers, *The three*, cit., Cap. 3, p. 53.

²⁹⁰ Janet L. Hiebert, «New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?», *Texas Law Review*, vol. 82 (2004), p. 1973-1974.

²⁹¹ Tzvetan Todorov, *Os inimigos íntimos da democracia*, trad. Joana Angélica d’Avila Melo, Companhia das Letras, São Paulo, 2012, p. 89-115.

²⁹² Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça*, cit., p. 68.

Nos múltiplos ambientes institucionais e independentemente do desdobramento final visto de cima – insista-se –, diversas estruturas sociais realizam o câmbio de toda essa operação de controle específico dentro de determinado arranjo. Experiências negativas com o processo político que levou a totalitarismos tem uma maneira própria de regular essa balança para maior aptidão em conter o coletivo, ao passo que outras acomodações, também no processo político, fazem outra calibragem. Por um lado, a vocação de estabilidade das instituições, que crescem ao preservar uma forma resistente à passagem do tempo. Em outro, a necessidade de atualização do contexto social ao qual serve todo aparato institucional.

Para limitar a questão precaucional em um custo particular, entre êxitos e fracassos, estabilidade institucional e necessidade de mudanças, quadros de messianismo político, no instante em que a política se sobrepunha à moral e o coletivo falava mais que o indivíduo²⁹³, sedimentam a base de construção para outra forma messiânica: o messianismo judicial.

2.3.1. Messianismo judicial

O controle jurisdicional de constitucionalidade ganha amplo espaço a partir do ideal político da desconfiança na teoria democrática. No ambiente do messianismo político – próprio ao empobrecimento do constitucionalismo –, o peso político colocado em um lado da balança faz com que surja o apelo de uma resposta institucional à altura para contrabalancear um desajuste trágico. É nesse contexto de maximização precaucional que se tem a melhor aceitação ao messianismo judicial, distorção que “empobrece a experiência democrática”²⁹⁴.

Aliada a esse fator, a hipertrofia da coletividade, vivenciada com o totalitarismo, é sequenciada pela mencionada hipertrofia da proteção dos direitos de certos indivíduos, que operam – e o critério dessa seleção não entra em nosso julgamento – dentro do maquinário judicial para impor a satisfação de suas compreensões, muitas vezes em detrimento do bem-estar social. A via judicial, desenhada para ser exclusiva e particular, quando assume

²⁹³ Tzvetan Todorov, *Os inimigos*, cit., p. 39. Todorov identifica três ondas do messianismo político: guerras revolucionárias e coloniais, o projeto comunista e a atual imposição da democracia pelas bombas. Tzvetan Todorov, *Os inimigos*, cit., p. 39-88.

²⁹⁴ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 35.

a responsabilidade de decidir sobre as melhores escolhas para a convivência social, nega a capacidade de autogoverno transportada pelo ideal democrático. Não apenas na prática – algo que também pesa sobre o processo político –, mas institucionalmente e mesmo no plano ideológico.

A inclinação por juízes é confrontada pela abertura ao julgamento moral e desacordos da interpretação constitucional²⁹⁵. Considerar que o processo judicial, com um pequeno número de juízes, não possui a capacidade de permitir a participação igualitária de todos na questão envolvida é dizer que o Estado interfere, inclusive na teoria, na vida de certas pessoas a partir de uma via de mão única, de cima para baixo, com o apelo de sua *expertise* proveniente da análise do caso concreto²⁹⁶, de baixo para cima. “Melhor será a proteção dos direitos fundamentais quanto mais a decisão for sensível à particularidade do caso concreto”²⁹⁷. Por outro lado, com qual alcance atua o judiciário de acordo com a proteção dos direitos fundamentais dos que estão fora do processo? A eficácia tradicionalmente entre as partes no âmbito do controle difuso de constitucionalidade desenha uma moldura dentro da capacidade institucional que envolve esses elementos.

Aqui não há questionamento quanto à correção substancial da decisão. A rigor, muitos que acompanham a matéria judicializada possuem alguma afinidade em sua experiência de vida e maneira de ver o mundo em relação aos julgadores. Não é incomum ter grande satisfação com a postura proativa dos juízes. Para usar uma expressão do Ministro Luís Roberto Barroso, o judiciário, em alguns casos, tem o dever de “empurrar a história”²⁹⁸, e essa correção, para poucos ou muitos – varia caso a caso –, é inquestionável. Diante do grande impacto do judiciário “empurrar a história”, essa obrigação deve ser assimilada apenas quando houver extrema necessidade. São casos em que tal poder “tem a obrigação de, em alguma medida, acertar, sob pena de cair em descrédito”²⁹⁹. Por colocar

²⁹⁵ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 57.

²⁹⁶ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 161.

²⁹⁷ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 162.

²⁹⁸ Luís Roberto Barroso, em entrevista ao programa Poder, da Folha de São Paulo e do UOL. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-robotobarroso.shtml>. A expressão foi utilizada na discussão da proibição da doação de empresas em campanhas eleitorais. Com manifesto respaldo popular em favor da medida proibitiva, esse é um exemplo do que a professora Corinna Barrett Lain chama de “upside-down judicial review”. Corinna Barrett Lain, «Upside-Down Judicial Review», *The Georgetown Law Journal*, vol. 101, (2012), p. 113-183.

²⁹⁹ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 258.

essa obrigação em cenário de extrema excepcionalidade, preferimos dizer que o judiciário tem o dever de “empurrar o empurrão à história”.

Isso porque, se existe margem para o desacordo, o aspecto indispensável para a imposição da autoridade estatal está em seu procedimento. A correção deixa de ter um ambiente determinado para envolver, em maior escala, a sociedade de modo geral. A racionalização excludente do judiciário perde validade quando se pretende uma abertura da interpretação constitucional ao todo. É nessa valorização do procedimento abrangente que o judiciário, ao assumir espaço comum ao desacordo e sobretudo ao desfazer a decisão que suportou o processo legislativo, é nomeado de messiânico, na mesma medida em que o processo político também alcança o messianismo.

A crítica ao messianismo judicial não quer dizer que o ideal político da democracia é monopólio do legislador. A diferença entre “democracia” e “vontade da maioria no parlamento representativo”³⁰⁰ é algo evidente há algum tempo. A pretensão é colocar, dentro de uma teoria normativa, a tensão entre forma e substância, entre processo (*input*) e resultado (*output*), na medida em que as decisões “não são apenas ordens às quais se deve obedecer calado, mas um conjunto de razões que podem ser discutidas e que constroem a discricionariedade do agente decisório”³⁰¹. Fora da aplicação clara do ordenamento jurídico – ou seja, nos “casos difíceis” – e em submissão às decisões judiciais, o constrangimento ao juiz é um empreendimento que conta com limitados instrumentos institucionais.

Em sua maximização precaucional, dentro do controle mais intenso feito pelo judiciário, o benefício desse desenho institucional justifica-se onde há a junção do olhar mais otimista dos agentes judiciários com o mais pessimista dos agentes políticos. Em crítica a essa maneira que coloca o melhor cenário para juízes e tribunais e o pior para o legislativo, Adrian Vermeule lembra que as mesmas características institucionais degradantes da racionalidade do legislativo podem ter presença no universo do judiciário – e até mais fortemente³⁰². Em um segundo instante, é preciso negar também a afinidade entre ambos. Alguns contextos sociais podem levar a essa avaliação. Certamente, não todos.

³⁰⁰ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 59.

³⁰¹ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 70-71.

³⁰² Adrian Vermeule, *Law and the limits of reason*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 4.

Dentro de um gradualismo, considerando a democracia como virtude social, a precaução colocada para sanar a ocorrência das falhas acaba por criar um atalho ou válvula de escape para o enfrentamento dos desacordos democráticos. Assumida a responsabilidade que inclui a autodeterminação coletiva, não demora até que o judiciário inicie um processo de contorcionismos para comportar o campo redirecionado por sua dilatação. O provimento de ADI em listas e a mutação dos efeitos em recurso extraordinário são dois exemplos atualmente em questão no Direito brasileiro. A falta de propósito original para o envolvimento institucional nesse campo torna-se evidente na necessidade de adaptação da técnica para tomada de decisões.

Se o ideal democrático de autogoverno não pode ser esgotado na solução simplista que confere essa competência exclusivamente ao parlamento, a solução institucional tampouco pode ser esgotada a partir do messianismo judicial, visto como fórum da razão pública, detentor, em todo caso de interpretação constitucional, da última palavra³⁰³. Na maneira como pontua Mark Tushnet, pessoas discordam sobre comandos constitucionais – bem como legislaturas e tribunais³⁰⁴. Levando a sério as instituições e contornos que podem dar, cabe usar a distinção de capacidades entre o parlamento e os tribunais para aproximar a melhor resposta para cada desacordo. Não havendo uma única dimensão dos direitos, não se pode simplificar com uma única fórmula universal.

Dito dessa forma, o custo exorbitante neste tópico se dirige à maximização precaucional no controle de constitucionalidade, inserido no âmbito do *strong-form judicial review*, para usar a expressão de Mark Tushnet. Algo que pode ser colocado, conforme Ingeborg Maus, com uma fuga da complexidade em um “clássico modelo de transferência do superego”. Neste campo, o alto custo decorre do direito que é subproduto da moral produzida pela ponderação apenas do julgador, que passa a ser a mais alta instância da moral e escapa de mecanismos de controle social³⁰⁵.

Em uma análise profunda, difícil não esbarrar no decisionismo judicial; difícil não precisar ir em busca de outros caminhos que se estruturam em algo além do mero legislador e aquém do olímpico juiz. A lei não é a vontade do povo. A decisão não é a moral.

³⁰³ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 169.

³⁰⁴ Mark Tushnet, *Weak courts*, cit., p. 21.

³⁰⁵ Ingeborg Maus, «Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”», trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, *Novos Estudos*, nº 58 (2000), p. 183-202.

2.3.2. O insuficiente passo do diálogo institucional

Na forma colocada por Suzana Tavares da Silva, a “desautorização” do legislativo é uma conquista do constitucionalismo, mas não encerra a satisfação da eficiência no plano organizatório, funcional e de controle³⁰⁶. O judiciário não consegue ocupar a dimensão que outrora pertenceu ao campo político de modo a alcançar o melhor resultado com o menor dispêndio de recursos. A última palavra do legislativo que é substituída, em tudo, pela última palavra do judiciário carrega uma estrutura do passado que não atendeu a uma demanda mais simples do que os dilemas atuais. Não serviu antes, muito menos vale hoje.

O debate abre espaço para o que tem se traduzido pelo diálogo interinstitucional. Vale anotar, desde logo, que a figura do diálogo levada às instituições necessita de algum grau de abstração para que se possa chegar à imagem imediatamente apresentada pela ideia que suscita, conforme Conrado Hübner³⁰⁷, igualdade, respeito mútuo, reciprocidade, relação horizontal e não hierárquica, etc.

A desconfiança presente nas teorias da última palavra (tanto se valendo do tipo ideal de legislador como de juiz) cede espaço não para o seu oposto simétrico, mas para uma análise menos apegada às insuficiências de cada um, que trabalha a melhor interação em um espectro minimalista da ideia de decisão final, dando vez à percepção de continuidade (inserida em uma dinâmica de longo prazo).

Pela rejeição da última palavra, do ponto de vista da otimização, a mania precaucional enfrenta a noção do custo institucional excessivo quando diante da projeção unicamente direcionada a minimizar o abuso do poder estatal – conforme Adrian Vermeule, tanto por se tratar de um maquinário excessivamente custoso de levantar-se, quanto pela probabilidade de esse mesmo aparato precaucional abusar do poder³⁰⁸. O diálogo assume posição de maior neutralidade para minimizar os altos custos de cada vertente polarizada.

³⁰⁶ Suzana Tavares da Silva, «O princípio (fundamental) da eficiência», *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 7 (2010), p. 519-544 (na insuficiência apontada neste trabalho, a Administração é amarrada ao princípio da legalidade operacionalizado judicialmente. O modelo atual (transconstitucionalismo) permitiu uma superação – “substituição” ou “neutralização”, nas expressões de Suzana Tavares da Silva – do princípio da legalidade formal).

³⁰⁷ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 244.

³⁰⁸ Adrian Vermeule, «Optimal Abuse of Power», *Northwestern University Law Review*, Forthcoming; Harvard Public Law Working Paper No. 14-14, maio de 2014, disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425287>.

A terceira via pode encontrar o diálogo proposto a partir de um fenômeno endógeno ou exógeno. No campo do interior da decisão judicial, em gradualismo a começar por uma menor participação, o exercício das “virtudes passivas” recebe a demanda redirecionada ao judiciário e devolve ao campo do legislativo com ganho de pressão. A resposta, em plataforma institucional que abre a participação, pode ser gerada com maior efetividade do que a ordem judicial inflexível que se vê autossuficiente em sua interpretação dos princípios. Neste caso, tem-se uma alternativa à armadilha binária de invalidar ou legitimar a lei, desafiando-se o senso comum que tal postura representa ao contrariar o comando pelo qual o juiz não pode decidir “não decidir”. Voltando-se a regra para o diálogo, apenas excepcionalmente a corte deve assumir a responsabilidade de impor a sua leitura do mérito em circunstâncias de atipicidade jurisdicional³⁰⁹.

Na defesa por minimalismo judicial na *Supreme Court* estadunidense, Cass Sunstein lista ganhos de procedimento e substância a partir da postura que não tem apego teórico único³¹⁰ e reduz a ambição judicial de acomodar desacordos a partir de princípios gerais. A noção da *Supreme Court* de suas limitações retira o monopólio interpretativo ao tempo em que reduz encargos, ocorrência de erros e eventuais prejuízos da decisão judicial.

Com limitação às deduções de cada orientação e focados no caso concreto, juízes agiriam, em certa medida, com menor profundidade no campo abstrato, evitando remeter a questão de maneira generalizada. Essa dupla dimensão da autoridade judicial (profundidade e extensão), calibrada de acordo com o minimalismo, dá luz ao olhar que encontra vantagens também naquilo que a Corte não diz. Claro que não é algo tão preciso de se determinar: o próprio minimalismo aparece em variadas dimensões³¹¹.

O sentido de construção do bom funcionamento da democracia encontra um desestímulo no suprimento judicial em tudo que lhe chega. Jeremy Waldron, ao reservar

³⁰⁹ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 249-266 (em tópico elaborado a partir das construções de Alexander Bickel).

³¹⁰ A lista contempla quatro versões: i) a *originalist* (como exemplo, tem-se a elaboração vencedora no caso *Dred Scott*); ii) a *rule of clear mistake*, que favorece a regra majoritária política; iii) a *independent interpretive judgments*, que remete à construção da “integridade” do Direito de Ronald Dworkin; iv) a *democracy-reinforcement*, que faz apelo à proteção das minorias no jogo democrático e tem elaboração de John Hart Ely. Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 5-6.

³¹¹ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 3-23.

espaço para situações onde não existem as condicionantes³¹² para se negar a revisão judicial (*non-core cases*), sustenta que tais situações não levam imediatamente à aceitação da revisão judicial. Isso porque – e aqui a razão que mais nos toca – revestir o judiciário dessa função pode distanciar as correções no legislativo para o bom funcionamento da democracia³¹³. Ao perceber que esse universo típico ao princípio democrático encontra sua resposta no judiciário, é possível que haja a consolidação de uma cultura de irresponsabilidade do legislador, portanto, em sentido oposto ao modelo que contempla a ideia do diálogo institucional.

Na forma colocada por Cass Sunstein, “*there is a close connection between minimalism and democracy*”³¹⁴. Só é possível haver a real presença do controle democrático (*accountability*) se os representantes políticos estiverem a tomar decisões importantes³¹⁵. O conceito de liberdade que permeia uma sociedade plural encontra o seu maior respaldo na democracia, e a postura minimalista posiciona-se de modo organizado para que o Estado, nos variados procedimentos, faça o acordo possível sempre que necessário e faça o acordo desnecessário sempre que impossível³¹⁶.

É nessa medida que o minimalismo judicial, na linha de Sunstein, assegura o controle democrático por somar-se ao montante que pressiona o sistema político. Não se prescreve a autocontenção pura e simplesmente – que já não significa uma atuação mecânica e neutral³¹⁷ –, mas a participação que reduz os custos dos erros e não se omite a deixar sua contribuição³¹⁸. O ativismo que acompanha a maximização precaucional, em análise apenas institucional, seria ambicioso demais e teria de suportar um encargo muito alto para valer a pena. Apenas se justifica essa alta intensidade de atuação como regra em um cenário de excesso de confiança, alheamento da repercussão de uma escolha dentro da complexidade societal e negação das consequências indesejadas fora do campo de

³¹² São quatro condicionantes: i) instituições democráticas em bom funcionamento; ii) instituição judicial que ajuste disputas e preserve o Estado de Direito; iii) comprometimento, por maior parte dos membros da sociedade, na ideia de direitos individuais e das minorias; e iv) adequado (*persisting, substantial, and good faith*) campo de desacordo quanto aos direitos. Jeremy Waldron, «The Core, cit., p. 1359-1369.

³¹³ Jeremy Waldron, «The Core, cit., p. 1401.

³¹⁴ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 24.

³¹⁵ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 31.

³¹⁶ Marcante passagem, nas palavras do autor: “*making agreement possible when agreement is necessary, and making agreement unnecessary when agreement is impossible.*” Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 50.

³¹⁷ Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça*, cit., p. 102.

³¹⁸ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 28 e 40-41.

previsibilidade. Em outras palavras, apenas sob um cenário de recusa às limitações cognitivas e de racionalidade³¹⁹.

A otimização avaliaria todos os argumentos e desdobramentos possíveis. A maior amarra do judiciário, em nome da segurança jurídica, aos precedentes e às provisões legislativas tem a virtude de tornar muito clara a cobrança em torno do caminho democrático. Mas, às vezes, essa reiterada cobrança não vem na proporção do dano estabelecido pelo *status quo*. O diálogo também pode custar demais. A democracia, bloqueada por facções e engrenagens não republicanas, levaria muito tempo para, na conversa, efetuar correções. O atalho é o messianismo judicial comentado, é descarte da democracia.

Não há uma única resposta pronta que caiba no conceito de otimização, tampouco é possível pensar em uma resposta estável, que se aplica livremente ao formato de determinado contexto. Regras estabelecidas para atenderem a certa visão de certos direitos podem, a partir da mesma fundação, transformar-se em um anacronismo³²⁰.

Ainda que se estabeleça um consenso em torno de certo ideal de justiça, qual a posição do juiz para tomar decisões acuradas em direção a esse ideal? Juízes variam. Juízes erram. E isso porque nem toda aquisição e processamento de informação chega por intermédio do equipamento do judiciário. Não há como falar em otimização das decisões sem pensar no melhor uso e aquisição das informações. É natural e um tanto quanto óbvio que o judiciário não seja, em tudo, o topo da hierarquia, quando se trata de competência institucional³²¹. É por esse reconhecimento que a falta de informação justifica a tomada de pequenos passos quando se está diante de decisões envolvendo altos custos. Modo geral, o minimalismo valoriza a redução dos custos de modo a trazer um amortecimento aos possíveis erros³²².

Mas vale insistir que toda essa defesa é relativa. O maximalismo cumpre um adequado papel em certas circunstâncias. Não há consideração em abstrato que emoldure a melhor postura do judiciário. Pelo maximalismo, o custo da incerteza pode ser alto demais

³¹⁹ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 51-53.

³²⁰ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 48.

³²¹ Matthew C. Stephenson, «Information», cit., p. 1423-1425.

³²² Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 46-50.

para evitá-lo³²³. Existe uma diferença entre procedimento e substância minimalistas e, assim como a já mencionada variedade de dimensões, também existe uma variedade de tipos – sendo este o espaço de maior relatividade³²⁴. Aqui entraríamos no que é discutido através do conceito de “núcleo duro”. Direitos entram e saem desse prestigiado espaço constitucional, e uma eventual expansão ou contração, por si, não pode ser avaliada como positiva ou negativa³²⁵. Nas expansões, sequer a certeza da eficiência para a própria satisfação do direito é possível garantir.

Um quadro institucional da adição judicial para acompanhar o progresso do constitucionalismo, concomitantemente a um cuidado com a capacidade de autogoverno, pode ser encontrado na adaptação da soberania parlamentar canadense à codificação de direitos fundamentais. No *Canadian Bill of Rights*, em 1960, a resistência em abrir demasiado espaço à revisão judicial trouxe instrumentos de diálogo que combinam a participação do judiciário à revisão no próprio campo político. Regulamentações foram consolidando esse espírito que ocorre, por exemplo, quando o Ministro da Justiça tem a obrigação de efetuar o controle da proposta legislativa, de acordo com os parâmetros do *Bill of Rights*, e reportar, por escrito, ao Parlamento a eventual inconsistência entre ambos³²⁶.

A *Notwithstanding Clause*³²⁷, não obstante toda crítica, inserida posteriormente na *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, em 1982, resguarda enorme deferência institucional ao princípio democrático e evoca a relevância da interpretação dos agentes dotados de representatividade política para definição dos direitos. Permite-se, de pronto, um desacordo político explícito de determinada interpretação judicial.

³²³ Cass Sunstein também elenca outras hipóteses em que julga adequado o maximalismo: quando houver uma considerável confiança na decisão (lembrando que, em outra passagem, alerta para o excesso de confiança em que, muitas vezes, incorremos), quando houver uma relevante importância de planejamento e quando houver a promoção de objetivos democráticos. Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 57.

³²⁴ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 61-62.

³²⁵ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 69.

³²⁶ Janet L. Hiebert, «New Constitutional», cit., p. 1969.

³²⁷ *Constitution Act, 1982. Section 33 (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.* Aqui não se trata de uma mera contrariedade com a decisão judicial, mas uma interpretação distinta da *Charter*. A prevalência absoluta é limitada pelo prazo renovável de cinco anos. Não é possível renegar o contexto de resistência pela defesa da autonomia das províncias sob o qual foi instalada esta válvula de escape. Janet L. Hiebert, «New Constitutional», cit., p. 1963-1968.

Algo que é acompanhado, justificadamente, de um altíssimo custo tem, na prática, a não ocorrência trivial de uma postura dessa natureza. Ainda que pouco verificada e muito repudiada, o simbolismo da proteção democrática, que inaugura a primeira parte do *Constitution Act*, de 1982, transmite a ideia de dispersão e divisão entre as tomadas de decisões que lidam com os direitos³²⁸. Pelo lado da contribuição da atuação do judiciário, a constante possibilidade desse controle faz com que o Governo procure ser o mais claro possível nas suas motivações e justificações³²⁹.

A diferença de perspectivas sobre os direitos e vantagens em dividir os canais de interpretação pode ser verificada, no Canadá, a partir do debate que envolveu a possibilidade de o ébrio levar os efeitos do álcool como argumento de defesa em casos de violação sexual. Sob o prisma dos direitos do acusado, a Suprema Corte entendeu que haveria essa possibilidade, embora apenas em casos extremos. A decisão causou uma pressão no Governo Federal, que, em resposta, aprovou uma mudança legislativa para firmar interpretação distinta àquela proferida pelo judiciário. Na interpretação do Parlamento, a violência sexual cometida sob efeito da embriaguez não é excludente de culpabilidade e, portanto, não pode ser usada como argumento de defesa nesses crimes³³⁰. A Suprema Corte não desfez a mudança no Código Penal que inverteu a sua interpretação.

Esse exemplo também serve para perceber que o diálogo não nos leva à plena harmonia entre as maneiras de decidir. A discordância pode permanecer entre as instituições, e a decisão precisa ter algum direcionamento. É onde entra, sobretudo, a ideia de consideração e limitação racional. Embora haja uma “última palavra provisória”, não se rejeita a possibilidade de novos contornos e novas razões que possam surgir do outro lado do olhar prevalecente. Aqui também se aproveita para registrar o custo do tempo em um diálogo interinstitucional que se instala de maneira infinita em cada avaliação abstrata. Não seria essa a proposta que visa a superar a supremacia do parlamento ou judicial.

Recolocando o problema central, ao invés de apartar a tensão entre forma e substância – como Waldron o faz ao defender apenas o acordo de procedimento democrático –, o diálogo interinstitucional a utiliza para trabalhar a legitimidade que tem a

³²⁸ Janet L. Hiebert, «New Constitutional, cit., p. 1968.

³²⁹ Janet L. Hiebert, «New Constitutional, cit., p. 1973.

³³⁰ Janet L. Hiebert, «New Constitutional, cit., p. 1974-1975

deliberação como variável dominante³³¹. A revisão judicial operacionalizaria essa tensão, de modo a colocar um ônus adicional ao parlamento para justificar sua autoridade e dar satisfação à substância³³², algo que traz uma virtude ainda mais evidente quando se conhecem os vícios formais do legislativo nos mais espalhados contextos institucionais, que não raramente “desperdiça a credencial eleitoral de que dispõe para inovar com responsabilidade na esfera política”³³³.

A grande preocupação do estilo institucional que busca o exercício do diálogo faz uso de uma teoria da justiça incompleta e aberta para maximizar as diversas fontes da teoria da autoridade. Não sendo a legitimidade oriunda unicamente do processo eleitoral, o complemento da legitimidade institucional e funcional do judiciário³³⁴ que não ambiciona satisfazer a substância em detrimento ao procedimento, mas somar-se ao procedimento para aprimorar a substância, concilia o Estado de Direito com a democracia e atende ao sentido mais consolidado do constitucionalismo contemporâneo. Tendo os direitos múltiplas dimensões, as variadas perspectivas institucionais tornam-se inevitáveis para não alcançar apenas uma parcela míope desse conteúdo. Institucionalmente não equivalentes, a “melhor capacidade institucional” para cada função e diante de cada objetivo é pré-requisito da otimização.

2.3.3. Conclusão parcial

Se a teoria da última palavra mostrou-se incompleta para a acomodação da ampla complexidade dos dilemas, o diálogo interinstitucional, como mostram algumas pistas ao longo deste tópico, mostrou-se insuficiente para encerrar a condução das saídas institucionais. Em abstrato, não se consegue, mediante o diálogo mais tradicional, determinar um formato institucional que persiga, por si, as melhores respostas à organização social.

Portanto não há linha precaucional que consiga prevalecer sem uma mínima flexibilidade de saídas. O minimalismo judicial, as múltiplas formas do ativismo judicial³³⁵, a autocontenção, bem como outras maneiras das escolhas institucionais

³³¹ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 461.

³³² Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 477-484.

³³³ Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais*, cit., p. 493.

³³⁴ Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça*, cit., p. 98.

³³⁵ Maria Benedita Urbano, *Curso de justiça*, cit., p. 87-106.

desdobram-se – e entre outras rodadas de procedimento –, tudo pode custar caro ao resultado que é capaz de promover (eficiência de custos), pode não trazer o melhor resultado (eficiência produtiva) e não distribuir os recursos da maneira mais adequada (eficiência alocativa)³³⁶.

O controle de constitucionalidade encontra-se desequilibrado a partir do instante em que o debate, no campo das escolhas institucionais, limita-se nos parâmetros da simples rejeição de todo produto legislativo. Sem atender às virtudes dos variados contornos do *design* institucional, o judiciário assume uma responsabilidade que não cabe em nenhuma instituição isoladamente.

Diante da sociedade que torna cada vez mais complexa a atuação do Estado, uma nova interação entre instituições é algo tão necessário quanto o cumprimento da separação de poderes. A mudança é de contexto, e a antiga separação, que veio para evitar o abuso de poder, dá lugar ao novo cenário que busca a eficiência. A predeterminação de um sentido esclarecido (contenção do abuso de poder) é superada e abre o debate para posicionar a legitimação do poder em um campo cada vez mais amplo e multidisciplinar.

2.4. Estado de otimização

Ao elaborar passagens que evidenciam o preço da precaução, é preciso mexer na divisão e no papel institucional dos órgãos que efetuem o controle da atividade do Estado. Na maior obtenção de respostas negativas (algo que se insere no procedimento do desenho institucional que busca eliminar a escolha inadequada de tomadores de decisões³³⁷), o caminho leva ao princípio da eficiência, trabalhado por Suzana Tavares da Silva, que, ao ampliar os mecanismos de responsividade estadual, busca “ajustar aquele controle à complexidade técnica, à “nova geografia jurídica estadual” e aos parâmetros de eficiências impostos pelo princípio da sustentabilidade como forma de otimização do bem-estar da população”³³⁸.

Com a consideração das escolhas e do desenho institucional, “a necessidade de *reduzir a margem da decisão política*”³³⁹ não encontra satisfação plena apenas no

³³⁶ Suzana Tavares da Silva, «O princípio, cit., p. 522.

³³⁷ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 6.

³³⁸ Suzana Tavares da Silva, «O princípio, cit., p. 536.

³³⁹ Suzana Tavares da Silva, «O princípio, cit., p. 543.

judiciário. Isso porque a desconfiança que gera mecanismos de contenção do judiciário para evitar o abuso de poder é equacionada com a necessidade de confiança para alcançar uma miríade de produtos de bem-estar (como na lista exemplificativa de Adrian Vermeule, o combate à pobreza, acesso à saúde, segurança, proteção do meio-ambiente e direitos do consumidor)³⁴⁰. A ideia de que, na regulação do risco político, é sempre mais benéfico prevenir-se contra o pior resultado do que tentar o melhor resultado³⁴¹ se depara com um novo teste constitucional.

Nesse novo retrato, tem-se o reforço da corrente do *new public management*, na qual há a prestação de serviços públicos num regime de mercado em ambiente de transformação dos cidadãos em clientes³⁴². É a partir dessa mudança que apenas um princípio (separação dos poderes) não consegue abarcar todo o complexo organizacional³⁴³, e o campo tradicionalmente assumido pelo executivo, legislativo e judiciário, passa a dividir o protagonismo com outros atores para acomodar as exigências de um novo modelo de Estado. Na forma de Eoin Carolan, a constância constitucional não é decorrente da veracidade ideológica de seu projeto inicial, mas da contínua identificação com diversos valores institucionais³⁴⁴ que são atingidos por exigências volúveis da humanidade.

O princípio da separação de poderes, então, é relativizado pelas implicações que o direito administrativo impõe frente à atuação do Estado. A defesa tradicional da separação dos poderes, largamente referenciada por Jeremy Waldron na construção da integridade e acerto nas várias fases de manifestação do poder estatal, deve entrar da roda das trocas institucionais que visam a alcançar uma otimização de funcionamento. Na resposta de Adrian Vermeule, tal convicção, isoladamente, seria idólatra e menosprezaria outros

³⁴⁰ Adrian Vermeule, «Optimal Abuse, cit., p. 2.

³⁴¹ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 1, p. 48.

³⁴² Suzana Tavares da Silva, «O princípio, cit., p. 522, nota 11.

³⁴³ Adrian Vermeule, «Optimal Abuse, cit., p. 9 (comentando caso na *Supreme Court* estadunidense, *Withrow v. Larkin*, 421 U.S. 35 (1975), onde se entendeu, ao permitir ao *State Examining Board* a capacidade de acusar e julgar – sem ofensa ao devido processo –, que a aplicação absoluta da separação dos poderes seria uma camisa de força à regulação administrativa. Apesar de entender os riscos institucionais, a combinação de funções seria, em certa medida, inevitável. Em trecho da *Supreme Court* coletado por Vermeule: “[T]he growth, variety, and complexity of the administrative processes have made any one solution highly unlikely.... The incredible variety of administrative mechanisms in this country will not yield to any single organizing principle.”).

³⁴⁴ Eoin Carolan, *The new separation of powers: a theory for the modern state*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 2.

valores. O apego conceitual minaria a indispensável avaliação das consequências funcionais de cada escolha institucional³⁴⁵.

A insuficiência do pensamento constitucional clássico, fator importante para a procura de novas alternativas, merece ser destacada pela sua implicação quanto ao custo: o tempo. A otimização, que é regida pela velocidade das mudanças – em aumento crescente³⁴⁶ –, incorpora o tempo como valor essencial. Ainda que se rejeite a visão extremista do realismo cético que encontra no legislador apenas um agente em busca da satisfação individual³⁴⁷, o desenho institucional do legislativo (bicameralismo, poderes de veto, processo em várias comissões etc.) produz um maquinário que responde muito lentamente aos novos contextos e acúmulos de informação.

O atual modelo econômico-social impõe uma pressão pela eficiência. As respostas do constitucionalismo ao final do século XVIII, e mesmo as respostas da onda europeia a partir de meados do século XX, passam a ter dificuldade de comunicação e interação com o mundo de hoje. É preciso atualizar as ferramentas para lidar propriamente com o século XXI. Em oposição ao constitucionalismo precaucional, que assume o estilo prévio de evitar o abuso de poder a todo custo, tem-se o reconhecimento de que algum montante de abuso de poder será necessário dentro da nova compreensão do *design* constitucional³⁴⁸ – espírito de troca que pode ser multiplicado no âmbito de cada dilema.

Negada a forma de pensar as instituições e suas interações com apenas um olhar específico, qual desenho a constituição deve assumir para considerar os novos paradigmas? E, na forma de Jon Elster, qual formato de assembleia constituinte aproxima-se ao comando da otimização³⁴⁹? É essa a abordagem que passamos a analisar em nosso terceiro capítulo. Vamos à otimização constitucional e seus desdobramentos.

³⁴⁵ Adrian Vermeule, «Optimal Abuse, cit., p. 18-23.

³⁴⁶ Adrian Vermeule, «Optimal Abuse, cit., p. 15.

³⁴⁷ Elizabeth Garrett e Adrian Vermeule, «Institutional Design, cit., p. 1287-1290.

³⁴⁸ Adrian Vermeule, «Optimal Abuse, cit., p. 6.

³⁴⁹ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 191-235.

3. Regulação do risco político e otimização constitucional

Na listagem de Adrian Vermeule³⁵⁰ sobre alguns estilos, as constituições podem: i) empoderar o governo a partir da coordenação das expectativas e, assim, criar instituições para essa operação; ii) limitar as maiorias para protegê-las dos seus próprios excessos; iii) proteger a participação democrática das minorias, de modo a evitar o indevido insulamento (citando aqui a construção de John Hart Ely em *Democracy and distrust*); iv) servir como um adicional de princípios morais de igualdade, liberdade e dignidade em maior confiança constitucional de ocupar a substância democrática (exemplificando esta essência com R. Dworkin); v) desenhar a democracia de modo geral (citando *Designing democracy: what constitutions do*, de Cass R. Susntein).

Por outro olhar, estabelecido o parâmetro da democracia, Robert Dahl avalia a capacidade da constituição: i) manter o sistema democrático; ii) proteger direitos fundamentais democráticos; iii) assegurar a justiça democrática entre os cidadãos; iv) encorajar o consenso democrático; e v) oferecer um governo democrático eficiente para resolver os problemas³⁵¹.

Entre outras listagens, é uma falácia assumir que todas as coisas boas andam juntas³⁵². Essa consciência é o pilar fundamental que sustenta a ideia da otimização. O contorno ganha complexidade a partir do instante em que a maximização do bem-estar identifica-se com cada uma dessas abordagens centrais – e outras – que, conjuntamente, reivindicam suas prioridades em um ambiente de trocas e incertezas. Portanto, na conclusão, Vermeule: “our problem is not that we have no good theories of constitutionalism, but that we have too many”³⁵³.

A presença da incerteza tenciona e complica a necessidade de harmonização. Cada experiência pode despontar em um novo caminho que, no mundo globalizado, deve resistir e convencer não só os membros do Estado-nação, mas a sociedade internacional em fase de crescimento constante. Filtrando ao máximo as impertinências da banalização da

³⁵⁰ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Intro, p. 1-2.

³⁵¹ Robert A. Dahl, *How democratic*, cit., p. 92-93.

³⁵² Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 12.

³⁵³ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Intro, p. 2-3.

constituição³⁵⁴, como falar deste mecanismo em seu sentido doméstico e o seu papel político em termos globais? Quais são as exigências cabíveis à constituição para que se depreenda a sua otimização?

A flexibilidade para escolhas futuras do minimalismo de Cass Sunstein, abordada no capítulo anterior, traz o direcionamento de não se congelarem conceitos, lidando com o desacordo, de modo que haja a busca pelo consenso no pluralismo ou, quando não alcançado, ao menos o respeito mútuo dentro das várias compreensões. As abstrações e o espaço teórico devem preservar a disposição de permanecer incompletos para guardar espaço aos vários preenchimentos e novas deliberações. É assim que a incerteza é adequadamente digerida quando se busca a melhor saída em um campo repleto de desconhecimento e atualizações³⁵⁵.

Toda essa orientação lida com uma maneira de distribuir racionalmente o benefício da dúvida. Questiona-se a eficácia da prevalência da desconfiança em detrimento da confiança na abordagem que se manifesta através dos vários tipos do princípio da precaução constitucional³⁵⁶. É nessa reflexão que há o desdobramento de uma teoria argumentativa para invalidar a formatação tradicionalmente construída pelo liberalismo clássico (constitucionalismo precaucional). Em uma nova forma de avaliar o direito público, levanta-se a passagem de um estado de prevenção para o da promoção; do Estado constitutivo para o regulador³⁵⁷.

E é esse o espírito desenvolvido pela otimização constitucional de Adrian Vermeule. Ao invés do compromisso máximo com o viés preventivo, Vermeule confronta a teoria da constituição com a teoria da regulação do risco para chegar à fórmula da constituição como instrumento de regulação do risco político. Na sequência, elege a otimização constitucional (*mature position*) para melhor atender a essa função. O novo método realiza um balanço racional entre os riscos políticos, sem que haja uma

³⁵⁴ Para uma ilustração do diagnóstico que identifica a vulgarização do termo “constituição”, Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009. Um olhar sobre a chamada “crise do constitucionalismo” pode ser encontrado em Suzana Tavares da Silva, *Direitos fundamentais na arena global*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 9-17.

³⁵⁵ Cass R. Sunstein, *One case*, cit., p. 259-263.

³⁵⁶ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 1, p. 38-39.

³⁵⁷ Martin Loughlin, *Public law and political theory*, Oxford University Press, New York, 1992, p. 258.

distribuição de pesos e consequências previamente elegida³⁵⁸. A constituição não deve ter estilo³⁵⁹ – muito menos um estilo petrificado no arcabouço do passado.

3.1. Contra o método precaucional

Se o anarquismo não é a maneira mais atraente para conduzir a filosofia política, certamente é a melhor corrente para tratar a epistemologia e a filosofia da ciência: “a ciência é um empreendimento essencialmente anárquico”³⁶⁰.

Iniciamos com a evolução da desconfiança (capítulo 1), passamos para o custo da precaução intuitiva (capítulo 2) e, agora, na defesa da otimização, encerraremos nossa crítica contra o método precaucional.

Aqui não temos um aborrecimento unicamente direcionado. Não se trata de uma postura que serve apenas à crítica à precaução e à desconfiança. A abertura do método rejeita toda e qualquer limitação prévia do empreendimento científico. Vivemos em um meio complexo que não pode ser guiado apenas por regras estabelecidas de antemão³⁶¹, sobretudo pela alta parcela de desconhecimento.

Da mesma forma que se critica o único método do “é melhor prevenir do que remediar”, criticar-se-ia o único método do “é melhor remediar do que prevenir”³⁶². Ou seja, fosse direcionada à confiança a mesma atenção para decidir o sistema organizacional (o que levaria ao constitucionalismo utópico), o resultado também iria contra a otimização, e a crítica contra tal método estaria em similares termos neste trabalho. A precaução, portanto, não é considerada em seu conteúdo – não se avalia o mérito. O método voltado exclusivamente para esse viés que contraria o progresso científico.

Na forma de Paul Feyerabend, consideramos a importância da rejeição dos padrões universais e tradições rígidas³⁶³. Em condições cambiantes, a prática cientificamente liberal torna-se imprescindível diante das circunstâncias sociais que não condizem com um

³⁵⁸ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., intro., p. 21.

³⁵⁹ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., intro., p. 49.

³⁶⁰ Paul Feyerabend, *Contra o método*, trad. Cezar Augusto Mortari, 2ª ed., Editora Unesp, São Paulo, 2011, p. 31.

³⁶¹ Paul Feyerabend, *Contra o método*, cit., p. 33-34.

³⁶² Exemplo prático que opera essa inversão é encontrado na confiança que se confere para o exercício da liberdade de expressão. Frederick Schauer, «Is it Better to be Safe than Sorry? Free Speech and the Precautionary Principle», *Pepperdine Law Review*, vol. 36, nº 2 (2009), p. 305.

³⁶³ Paul Feyerabend, *Contra o método*, cit., p. 35.

método fixo ou teoria fixa de racionalidade. “Há apenas um princípio que pode ser defendido em *todas* as circunstâncias e em todos os estágios do desenvolvimento humano. É o princípio de que *tudo vale*”³⁶⁴.

A atualização a partir de novos eventos – ainda que não se desdobre necessariamente em mudanças – torna-se imperiosa³⁶⁵. Essa atualização não é verificada pelo constitucionalismo precaucional, que carrega uma evidência cristalizada pelo contexto dos abusos do liberalismo clássico. Nesse viés, agir contraindutivamente no uso de contrarregras faz com que se alcance uma metodologia pluralista – algo imprescindível, pois toda metodologia possui limitações³⁶⁶.

Na análise do uso fixo da precaução, Adrian Vermeule elabora quadro argumentativo contra este método obcecado pela contenção do abuso de poder. O objetivo é evidenciar o espaço comum das escolhas irracionais movidas pela desconfiança intuitiva. A defesa é pelo uso ótimo da precaução que se preocupe em sopesar todos os riscos relevantes em um cálculo racional e abrangente³⁶⁷. Passando pela análise de custo e resultado, a precaução submete-se a uma prova de justificação. É assim que o compromisso com as decorrências institucionais passa a ser mais relevante do que evidências repetidas por construções tradicionais (neste caso, é desafiada a ideia traduzida pelo já mencionado provérbio “é melhor prevenir do que remediar”).

A crítica é à condição de consistência, que exige que hipóteses novas acompanhem sempre as teorias já aceitas. A confrontação do ponto de vista tradicionalmente aceito torna-se imprescindível para a prevalência da melhor teoria – e não a mais antiga. Sem esses novos cálculos, se não houver uma atualização da maneira de tratar problemas familiares, excluem-se as possibilidades de progresso proporcionadas por alternativas que são inconsistentes com teorias bem estabelecidas³⁶⁸.

Esse olhar é caro à ciência pelo fato de que novas concepções tendem a encontrar um público hostil que desconsidera novos argumentos pela aceitação pronta às teorias tradicionais³⁶⁹. Com esse viés metodológico, termina-se por fazer prevalecer aquilo que é

³⁶⁴ Paul Feyerabend, *Contra o método*, cit., p. 42.

³⁶⁵ Frederick Schauer, «Is it Better», cit., p. 307.

³⁶⁶ Paul Feyerabend, *Contra o método*, cit., p. 47.

³⁶⁷ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 2.

³⁶⁸ Paul Feyerabend, *Contra o método*, cit., p. 49-52.

³⁶⁹ Paul Feyerabend, *Contra o método*, cit., p. 55-59.

mais antigo e por promover uma limitação que leva à cristalização do *status quo*. “Teorias são abandonadas e substituídas por explicações que estão mais de acordo com a moda muito antes de terem tido oportunidade de mostrar suas virtudes”³⁷⁰.

Em seu mau uso, segundo Vermeule, a precaução pode ser: i) fútil, quando não atinge a finalidade a que se propõe; ii) responsável por produzir uma nova zona de risco, quando há riscos oriundos da precaução que não são analisados em uma relação de custo-benefício; iii) perversa, quando exacerba os próprios riscos que tenta prevenir; e iv) substituível, quando remédios posteriores ao dano podem ser mais eficazes do que a prevenção (circunstância específica que pode ser inserida nos casos em que uma nova zona de risco é criada sem a avaliação do custo-benefício)³⁷¹.

3.1.1. Futilidade

O argumento de que o propósito precaucional pode ser fútil questiona os benefícios reais da precaução. Por preservar as mesmas condições que tornam necessária a precaução, os atores aos quais são endereçados tais mecanismos terão incentivos para driblar esses espaços de prevenção. Não existindo garantia de eficácia, o resultado é nulo, e daí a defesa de sua futilidade³⁷².

Na forma de Cass Sunstein, a precaução condena os mesmos passos que requer³⁷³. Uma espécie de autodestruição. Por isso, não pode servir de guia. A única forma de tê-la em sua eficiência genérica é não dando a abrangência que o mundo complexo de hoje exige, é cegando a observação para tudo que envolve a troca de riscos³⁷⁴.

O constitucionalismo precaucional termina por escolher um desenho teoricamente bem elaborado, mas que observa resultados práticos distantes daquilo que fora proclamado. É fútil. Os riscos que seriam evitados pelas respectivas precauções aparecem rotineiramente, e tal organização demonstra-se injustificada.

Preservada a motivação do agente que merece a desconfiança da precaução, embora haja a tentativa de enfrentamento para que se evite determinado desvio de

³⁷⁰ Paul Feyerabend, *Contra o método*, cit., p. 62.

³⁷¹ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 5-6.

³⁷² Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 6

³⁷³ Cass Sunstein, *Laws of fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 26.

³⁷⁴ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 14-15.

finalidade, o meio utilizado mostra-se frágil e incompatível com a responsabilidade que carrega. A arquitetura é bem-intencionada, mas não consegue entregar o ambicioso resultado que promete.

O teste da futilidade deve andar em paralelo com o custo da precaução. Isso porque dificilmente haverá a nulidade absoluta da prevenção, mas sobretudo uma desproporção entre a função assumida e o resultado alcançado. Essa preocupação serve para aprofundar as consequências reais de um modelo teoricamente convincente – já que apela à desconfiança –, mas que pode não justificar seu custo uma vez analisada a sua eficiência.

3.1.2. Nova zona de risco

A otimização, por lidar de maneira abrangente com as mais diversas variáveis, traz a noção provocativa de que algum montante da possibilidade de abuso de poder é necessário para que se possa viabilizar outras virtudes. Portanto, o nível ótimo do abuso de poder não é zero³⁷⁵. Essa perspectiva apresenta-se dentro de uma engenharia de reações do método precaucional e observa aquilo que pode ser chamado de efeitos colaterais da prevenção. Nessa nova zona paralela, observa-se a troca dos riscos gerados na hipótese da ocorrência dos abusos que são alvos da precaução e os riscos oriundos dos efeitos colaterais gerados pelas medidas desse combate.

Aqui temos um olhar crítico que vai além da futilidade acima comentada. Trata-se de uma análise mais complexa por evidenciar os novos riscos que as precauções podem propiciar. É o balanço realizado por inteiro do custo-benefício da precaução, sendo importante perceber, conforme ressalta Cass Sunstein, que não apenas a eficiência econômica deve entrar nesse abrangente cálculo – nas escolhas regulatórias dentro do campo democrático, pessoas são cidadãos, e não consumidores³⁷⁶. Essa análise tampouco estabelece uma regra geral para tomada de decisões. O apelo que se faz é pela disponibilidade da informação³⁷⁷.

³⁷⁵ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 13 e 16.

³⁷⁶ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 158 (isso não exclui a relevância econômica nas decisões. O próprio Cass Sunstein é um propagador das imposições econômicas para satisfação dos direitos).

³⁷⁷ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 129-130 (exemplificando através da possibilidade da escolha democrática pela preservação de uma espécie em extinção, mesmo que tal medida exceda em custos quando avaliada tecnicamente em relação aos benefícios).

Não só o tempo (ônus prevalecente para o teste da futilidade), mas novos espaços para outros desvios devem entrar nesse cálculo minucioso. Motivo de intenso debate na constituinte estadunidense, a prevenção de não ter exército em tempos de paz para que se evitasse o despotismo doméstico foi derrotada no argumento de que tal medida geraria o risco de invasão estrangeira (efeito colateral da precaução que também teria como consequência a destruição da liberdade)³⁷⁸.

Cass Sunstein denuncia esse aspecto do princípio precaucional ao sugerir a negligência de uma análise sistêmica das intervenções. Ao canalizar a observação para determinado aspecto, existe uma negligência da análise dos desdobramentos paralelos na medida em que a intervenção direcionada para uma área específica não mantém intacto tudo aquilo que está fora do espaço da sua atuação³⁷⁹. Um exemplo da negligência da análise sistêmica é colocado por Adrian Vermeule nas falácias da divisão e composição: o analista, equivocadamente, assume que aquilo que vale à agregação também serve aos seus membros, e aquilo que serve entre os membros também é válido na agregação³⁸⁰.

Por essa nova zona de risco, é preciso desconfiar da desconfiança como melhor alternativa para lidar com as incertezas. A mesma motivação errante pode aproveitar os instrumentos precaucionais para conduzir diversos tipos de desvios que comprometem a razão de ser da prevenção. Realizado o balanço de resultados práticos, se as perdas superam os benefícios, não há porque manter-se apegado à negação do abuso de poder em detrimento de outras necessidades igualmente relevantes. Algum espaço que conviva com a possibilidade de abuso do poder torna-se inevitável.

O reducionismo guiado apenas pela negação a tudo é flagrado insuficiente. Isso porque – repita-se – sempre haverá um novo risco. Há risco na aceitação; há risco na negativa. Por confrontar cenários práticos, a crítica é constrangida a apresentar a sua solução. Escolhas precisam ser feitas e a negação absoluta de determinado risco não encerra o cálculo para as tomadas de decisões. A prevenção deixa de ser um instrumento isento à mesma fiscalização que justifica o seu aparecimento.

³⁷⁸ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 14.

³⁷⁹ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 45-49.

³⁸⁰ Adrian Vermeule, *The system*, cit., cap. 1, p. 2 (os dois exemplos utilizados por Vermeule, de importância à teoria constitucional e legal, são: um arranjo constitucional democrático no todo não precisa ser democrático em cada um dos seus componentes; o fato de juizes possuírem vieses políticos não leva aos tribunais o vício de promoverem sempre decisões politicamente enviesadas).

3.1.3. Perversidade

A perversidade da precaução é notada sobretudo quando estamos diante de um valor constitucional sacralizado, quando parece inegociável operacionalizar trocas que envolvam esse determinado valor. A partir daí, com o olhar direcionado ao mesmo risco, analisam-se as chances de os efeitos colaterais da precaução exacerbarem o próprio resultado que se pretende evitar³⁸¹. O aumento do próprio risco pretensamente combatido pela precaução é que caracteriza a sua perversidade. Nesse caso, a precaução baniria, simultaneamente, aquilo que é fruto de seu comando³⁸². Ou seja, trata-se de outra forma de autodestruição³⁸³.

A crítica, portanto, não é apenas ao apego a um só valor – algo tratado no tópico anterior –, mas ao olhar míope que imagina uma única via para esbarrar-se no risco apontado como alvo. Se, na criação de uma nova zona de risco, mostrou-se a possibilidade de trocas entre variadas esferas de direitos, na perversidade, as trocas ocorrem entre as diversas consequências no âmbito do mesmo direito³⁸⁴.

Para exemplificar, seguindo exercício feito por Vermeule, se a separação de poderes funciona como precaução para barrar o surgimento das tiranias, também serve de obstáculo para o avanço de reformas necessárias. Como consequência, em tempos de calma, haverá um aumento da estabilidade política, enquanto, em períodos anormais, o princípio pode gerar ainda mais instabilidade e jogar em desfavor da sua pretensão. É nesse contexto que a mesma esfera de direito (liberdade que se opõe às tiranias) é modulada pelas consequências dessa forma de organização institucional.

Isso porque a dificuldade que a separação cria para a superação do *status quo*, com vários instantes de vetos e revisões, pode estimular uma ruptura com o sistema organizacional e levar, justamente, à temida concentração do poder inicialmente combatida. Ao perceber os entraves às reformas nos períodos de crises, o público pode demandar uma solução que tenha a capacidade de solapar essas barreiras institucionais. A precaução contra o acúmulo de poder pode servir de motor para a aceitação pública pela

³⁸¹ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 25-26.

³⁸² Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 14.

³⁸³ Na futilidade, mencionamos a autodestruição motivacional (o agente que usa a mesma motivação para driblar a precaução e torná-la fútil). No caso da perversidade, trata-se da autodestruição de oportunidade (o ambiente que se torna propício para a ocorrência do mesmo risco que visa prevenir).

³⁸⁴ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 57.

centralização (bloqueia-se uma das vias que leva à tirania, mas abre-se um outro caminho que termina no mesmo resultado). É dessa forma que, sob determinadas circunstâncias, a separação de poderes torna-se autodestrutiva e perversa³⁸⁵.

Modo geral, a crítica encampada pela perversidade faz uma avaliação sistêmica e demonstra que a antecipação de espaços de desconfiança apenas transfere uma inevitável parcela de confiança (por exemplo, a desconfiança institucional no legislativo que acarreta na confiança no judiciário). Dentro desse desenho, a aversão à confiança incita o agigantamento institucional (novos espaços de confiança, com o tempo, reproduzem novos espaços de desconfiança). Quando se busca encerrar o ciclo institucional instalado para lidar com a incerteza, a múltipla compensação de vieses já não comporta a ideia de otimização que parte da premissa inicial de não ter estilo pré-determinado.

A ideia de que, havendo a possibilidade, haverá o abuso de poder é ineficiente e insuficiente para guiar a engenharia constitucional. O dilema é infinito: sempre haverá tal possibilidade. Esse é um dos centros argumentativos da perversidade. Ao final, a mistura de tomadores de decisões para um mútuo controle pode levar a um cenário no qual não se tem as vantagens de determinado modelo puro, retendo-se, ainda, os defeitos de todos³⁸⁶.

Por outro cenário que traz a possibilidade de perversidade das precauções, o desenho constitucional que é direcionado para situações de desconfiança também acaba por minar a virtude pública dos cidadãos. Sendo todos tratados como incapazes e desonestos, a motivação intrínseca para a atuação bem-intencionada e participação dos cidadãos é desestimulada. A consequência é um ciclo vicioso que aumenta, progressivamente, a desconfiança, compromete a produtividade e eleva os custos das transações³⁸⁷. Com o ordenamento voltado, sobretudo, para tratar corruptos, falta previsão para quem age corretamente.

Nessa ambiência negativista e ambiciosa, ao assumir a responsabilidade de lidar com a desonestidade por meio de suas sanções, a constituição pode restringir normas sociais que, em sua ausência, estariam vigilantes para exercer essa função³⁸⁸. Ao perceber

³⁸⁵ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 29-30 e 59.

³⁸⁶ Robert A. Dahl, *How democratic*, cit., p. 115 (referindo-se a uma possibilidade do sistema eleitoral estadunidense, que não é majoritário, tampouco proporcional).

³⁸⁷ Bruno S. Frey, «A Constitution for Knaves Crowds Out Civic Virtues», *The Economic Journal*, nº 107 (1997), p. 1048.

³⁸⁸ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 41.

o amparo da constituição, pode haver uma descarga na responsabilidade social, efeito negativo de alguns símbolos que a constituição pode emitir pelo seu texto. No pior dos casos, dentro da classificação ontológica de Karl Loewenstein³⁸⁹, tem-se a consolidação das constituições semânticas.

Da cidadania aos agentes públicos, efeito equivalente é encontrado sob o império da constituição da desconfiança. Há um desestímulo quanto às virtudes cívicas e, em consequência, uma espécie de aceitação à desonestidade – como se fosse algo comum e imutável. Assim, na regulação que desconsidera o agente político com espírito público, termina-se por criar um filtro que retira da cena justamente aqueles que estão bem-intencionados³⁹⁰. Nesse ordenamento que se volta apenas ao corrupto, as boas intenções não se encontram no ordenamento e ficam sem respaldo legal. O correto parece não pertencer ao mundo público e é filtrado para fora.

A constituição deve lidar com prevenções voltadas a reparar desvios, mas, ao mesmo tempo, não pode deixar de ter a preocupação em ser suporte às virtudes cívicas³⁹¹. Além de desconfiar, deve confiar também. Na teoria argumentativa de Vermeule contra a precaução, passamos para o último bloco de sua divisão para tratar a alternativa que lida com os desvios a partir do uso de remédios posteriores.

3.1.4. Remédios posteriores

Na necessidade de reagir contra os descaminhos, até aqui, detivemos nosso olhar à postura preventiva pautada pela desconfiança. Mas essa não é a única alternativa para alcançar o melhor resultado possível. No afã de impedir o aparecimento dos desvios, as precauções apenas se justificam nos casos em que remédios posteriores, muitas vezes desconsiderados, não são mais interessantes quando se avalia a relação custo-benefício.

A desconsideração de remédios posteriores também entra na conta do trauma do liberalismo clássico contra o abuso de poder. Para esse risco específico, que hoje tem outra dimensão e outras companhias, entendia-se que, uma vez permitida a expansão do uso do poder, não haveria instrumento que tivesse a força para a posterior contenção. Ou seja, todo esforço, inevitavelmente, teria de estar concentrado antes da materialização do risco.

³⁸⁹ Karl Loewenstein, *Teoría*, cit., p. 218-222.

³⁹⁰ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 41-43.

³⁹¹ Bruno S. Frey, «A Constitution», cit., p. 1044 e 1049.

Esse parâmetro mudou, e, agora, a reação contra o abuso tem experimentado, de maneira crescente, a dimensão temporal ulterior à materialização do risco.

Esse é o grande fator distintivo entre a precaução *ex ante* e os remédios posteriores. Não se ignora que as sanções *ex post* também cumprem um papel dissuasivo de efeito preventivo. Entretanto, enquanto se tem, na precaução, um empreendimento para repelir prejuízos incertos e que podem sequer ter ocorrência, no uso de remédios posteriores estar-se-á diante de prejuízos já materializados³⁹². O debate ganha relevância quando se percebe que a materialização do prejuízo não encerra as possibilidades para amenizar os danos, somada à percepção de que o abuso de poder não é o único risco político a ser enfrentado. Nessa ampliação, o método precaucional perde sua exclusividade.

Nos remédios posteriores, a reação contra os desvios passa a ser mais exigente. A desconfiança incerta da ocorrência do dano não basta para justificar a antecipação das medidas preventivas. A defesa é que certos riscos não compensam o custo da precaução e, ao invés de atuar antes de sua materialização, mais vale trabalhar com reparos que sejam acionados apenas depois da consumação do dano. Com extrema redução do custo – não há o desperdício gerado pela incerteza –, é compensada a perda do benefício decorrente da materialização do risco.

Invertida a dimensão temporal da reação, troca-se a generalidade da precaução para o caso a caso do remédio posterior. Com aquilo que ficou conhecido pela defesa do “not while this Court sits” feita pelo *Justice* Holmes³⁹³, a atuação pontual e específica traz o apelo da eficiência para mitigar os limites gerais impostos pela zona precaucional.

Em caso brasileiro recente, discutiu-se, no Supremo Tribunal Federal, a obrigatoriedade de autorização prévia para a publicação de biografias³⁹⁴. Na existência do risco de ferir direitos à privacidade, honra e imagem do biografado, houve, de um dos

³⁹² Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 44.

³⁹³ Na zona precaucional iniciada pela construção do *Chief Justice* Marshall, em 1819, no argumento de que o poder de taxar envolve o poder de destruir, *Justice* Holmes trouxe o contraste da reação ao abuso que avalia caso a caso para diminuir o tamanho do bloqueio na atuação dos estados. Em 1928, no caso *Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox*, Holmes sustenta que o poder de taxar não é o poder de destruir “while this Court sits”. A mitigação precaucional gerada pela possibilidade de revisão posterior prevaleceu em várias decisões da *Supreme Court* desde então. Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 45-40.

³⁹⁴ Ação ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), esteve em questão a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil. O pedido pela declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, justificou-se na violação ao artigo 5º, IV, IX e XIV da Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF.

lados, a defesa de que se faz necessária a autorização prévia para que haja a devida elaboração e divulgação das obras biográficas, conforme artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro.

Entretanto, dado o norte constitucional, esse não foi o entendimento do STF. Acompanhando o voto da ministra relatora Cármen Lúcia, à unanimidade, o Tribunal entendeu que o direito à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, não pode ficar à mercê de autorizações prévias. O risco dos abusos – que é inquestionável – não justifica a censura. Remédios posteriores (indenização reparadora) são mais adequados e menos onerosos para esses casos, pois permitem a harmonização entre o direito à expressão e o direito à privacidade e intimidade. O risco, por si, não encerra o debate sobre a adequação das precauções. O alto custo da censura não compensa o benefício que se teria em nome do direito à inviolabilidade da intimidade.

A utilização de remédios posteriores encerra a listagem da teoria argumentativa de Vermeule contra o constitucionalismo precaucional. Uma vez que a precaução não garante o benefício pleno da não ocorrência do risco combatido, o espaço para ponderação do custo ganha importância na equação entre precauções e remédios posteriores. A atuação caso a caso, permitida por sanções *ex post*, ganha força no convencimento por sua precisão.

“Vida é experiência de riscos”³⁹⁵. Se há mais espaço para o erro, também se aumentam as chances do acerto. Diminuída a presença das precauções, a remediação posterior assume o papel principal de contenção dos desvios para, ao final, avaliar o proveito dessa maior flexibilidade de atuação dos agentes envolvidos.

3.2. Interpretação

A otimização não se encerra na elaboração do arcabouço constitucional. O manuseio do que está disposto – com maior ou menor entrega pelo poder constituinte – é fundamental para a melhor forma de regulação do risco político defendido por Vermeule.

³⁹⁵ Ministra Cármen Lúcia ao proferir o que chamou de “espírito do voto” na ADI 4815/DF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4A-ZB_3UuPM>.

Basta dizer que, conforme Dieter Grimm, a vida dada à constituição é de responsabilidade interpretativa, e não de sua tipologia³⁹⁶.

Além das tarefas, objetivos e métodos – questões sempre presentes na teoria da interpretação constitucional –, Peter Häberle chama atenção para a pluralidade dos participantes desse processo. Em resumo, não se tem fixado um número exato de intérpretes: quanto mais pluralista for a sociedade, com declarada influência da teoria democrática, maior deve ser a abertura entre os intérpretes³⁹⁷.

Essa é uma ideia que também traz semelhança com o minimalismo judicial no âmbito do controle de constitucionalidade. Na hermenêutica, “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”³⁹⁸. Mais ainda: a interpretação não é sequer, seja teórica ou praticamente, um evento exclusivamente estatal³⁹⁹.

Estabelecida a sociedade aberta, a divisão do protagonismo é condizente com a tópica de Theodor Viehweg, método que busca sua eficiência na prática jurídica que tem como ponto inicial a definição do problema. A noção de diferentes perspectivas que impede a formulação *a priori* de uma resposta geral e teoricamente fechada funciona como filtro para os vieses previamente instalados⁴⁰⁰. A abertura retira a ambição dedutiva que pode aparecer em obstrução ao preceito da otimização.

A passiva submissão e recepção de ordens cedem espaço para uma construção em torno de possibilidades e alternativas diversas⁴⁰¹. O aspecto inacabado e de preenchimento limitado traz um conceito importante à otimização. Não se hipertrofia ou privilegia um ponto específico. Ao contrário, a maior preocupação volta-se para a integração de todos aqueles que vivem a constituição e não podem ser tratados como meros sujeitos. Todos são aptos a oferecer suas escolhas⁴⁰².

Esse cuidado torna-se importante sobretudo a partir do momento em que é somada a ambição do constitucionalismo social, que vai além da organização do Estado para

³⁹⁶ Dieter Grimm, «Types of constitutions» in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld e Andrés Sajó, Oxford University Press, New York, 2013, p. 100.

³⁹⁷ Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, cit., p. 13-14.

³⁹⁸ Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, cit., p. 15.

³⁹⁹ Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, cit., p. 23.

⁴⁰⁰ Walber de Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 78-79.

⁴⁰¹ Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, cit., p. 30.

⁴⁰² Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, cit., p. 33-43.

enveredar pela economia, relações de trabalho, família e cultura⁴⁰³, com a força normativa da constituição. Na defesa de Konrad Hesse, a constituição é um fator real de poder⁴⁰⁴ e, mais ainda, com a vontade de constituição (Wille zur Verfassung), sua força normativa não se limita em uma adaptação inteligente a uma dada realidade resultante apenas da vontade de poder (Wille zur Macht)⁴⁰⁵.

Nessa esfera que aproxima o diálogo entre Direito e Política, consolidada a ideia da constituição enquanto corpo normativo que está acima e é condicionante de todo o ordenamento jurídico (supremacia constitucional), sedimentada a necessidade de um guardião da constituição (geralmente através dos tribunais constitucionais) e, completando, diante do alargamento da jurisdição constitucional (constitucionalização do direito) que marca, para determinada corrente, uma característica do multifacetado neoconstitucionalismo, um dos desdobramentos na dinâmica política é o protagonismo assumido pelo judiciário no funcionamento do Estado.

A interpretação passa a cumprir um papel ainda mais relevante pelo alcance do texto constitucional. O sistema jurídico não consegue ser o bastante para monopolizar esse posto no âmbito de um esquema preocupado com a otimização.

3.3. Motivação, oportunidade e ambição institucional

A otimização constitucional não se afasta do norte institucional básico de evitar ações indesejadas. A mudança é de método e, como visto, não possui filiação única. Neste tópico, queremos evidenciar a diferente forma de ambicionar o bom resultado institucional que é trazida pela otimização.

Segundo Jon Elster, o desenho institucional pode prevenir ações indesejadas a partir das motivações do agente ou da limitação das oportunidades para a má conduta⁴⁰⁶. A constituição da desconfiança parte da ideia de que, dentro das motivações, o agente público não terá outro móvel senão o autointeresse.

⁴⁰³ Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 84.

⁴⁰⁴ Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar F. Mendes, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991, p. 15-16.

⁴⁰⁵ Konrad Hesse, *A força*, cit., p. 19.

⁴⁰⁶ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 2.

Depois desse preenchimento, a limitação das oportunidades torna-se algo precário para conter os desvios considerados. Sopesar apenas a má intenção elimina, de pronto, a melhor arquitetura possível para a boa resposta institucional. Se o autointeresse é responsável por toda regência motivacional, as oportunidades necessariamente estarão inseridas em um complexo sistema de compensações.

Essa direção é tanto quanto pior a partir do instante em que se ambiciona encerrar dilemas nos quais há a presença expressiva do dissenso entre os indivíduos. Ao estar-se diante de agentes mal-intencionados, a simples manipulação das oportunidades não conseguirá alcançar o exigente resultado preestabelecido. Em recortes isolados e com pouca preocupação sistêmica, um determinado grupo termina por ser supervalorizado para suprir a distorção dos outros membros que comprometem os valores elegidos.

O problema, portanto, é de dupla grandeza: primeiro, o encaminhamento míope de certos valores; depois, a arquitetura limitada que exclui o potencial da boa motivação para o estabelecimento de melhores resultados. Perdem-se as virtudes da abertura e flexibilidade menos comprometida com certo resultado de maior ambição e ainda se distribuem oportunidades tão somente sob a influência da desconfiança entre os agentes.

Esse quadro, por precaução, elimina a atualização da organização institucional e ainda bloqueia as boas motivações indispensáveis à eficiência. Um formato menos ambicioso com determinado resultado e mais flexível aos responsáveis em cada função abre o leque de possibilidades para fazer um novo manuseio dos problemas que dividimos e dissensos que enfrentamos.

A maior abertura de discricionariedade pode ser acompanhada por uma delimitação de competência. Ao final, pode-se gerar um quadro de maior confiança nos agentes no âmbito de funções específicas e maior desconfiança na atuação de uma maior variedade de competências. Ou seja, aumenta-se a confiança naquilo que é típico de determinado setor, mas, concomitantemente, aumenta-se a desconfiança onde houver atipicidade.

Ao final, compromete-se, em menor medida, com certos resultados para focar no procedimento que seleciona as melhores motivações e capacidades epistêmicas dos agentes públicos nas diferentes instituições⁴⁰⁷. Sem grandes detalhamentos para a projeção da linha

⁴⁰⁷ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 69.

de chegada, tem-se, na otimização, um resultado sempre contextual que varia no decorrer do tempo e mudança de circunstâncias⁴⁰⁸.

3.4. Função negativa da otimização

Historicamente, as assembleias constituintes sucedem um estado de efervescência de relevantes riscos políticos. Na verdade, é o excesso de abusos que gera a oportunidade para elaborar-se uma constituição⁴⁰⁹. Quando tudo está devidamente acomodado, não há combustível suficiente para uma mudança no desenho institucional dessa magnitude.

Como consequência, o ambiente em que se instala a feitura constitucional possui emoções específicas. Na construção normativa para otimizar o desenho das assembleias constituintes, Jon Elster destaca a necessidade de saber lidar com as paixões, pois a situação tende a estabelecer “*a high emotional temperature*”⁴¹⁰. A classe dos riscos que funciona como motor para a ocorrência da assembleia ganha maior evidência no debate. Até este ponto, há que se concordar – é justificável –, contanto que tal tendência não se transforme em paranoia política.

O problema começa a partir do instante em que esse espírito de, prioritariamente, enfrentar aqueles riscos políticos em maior ocupação circunstancial passa a ofuscar outros desdobramentos que também podem comprometer a organização institucional. É essa a correção intelectual que a otimização busca oferecer⁴¹¹. O melhor arranjo para as assembleias constituintes não é aquele que leva à boa constituição, mas o que cumpre melhor a tarefa de remoção/redução das paixões, parcialidades e preconceitos do processo⁴¹².

Nessa esteira, as assembleias devem ter a capacidade de promover: i) aptidão moral (retirando toda parcialidade que estiver ao seu alcance); aptidão intelectual (retirando todo viés cognitivo dos indivíduos e falta de diversidade do coletivo); iii) aptidão ativa (direcionando toda concentração para o escopo restrito da feitura constitucional)⁴¹³.

⁴⁰⁸ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 67.

⁴⁰⁹ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 71.

⁴¹⁰ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 203.

⁴¹¹ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 71.

⁴¹² Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 201.

⁴¹³ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 202.

Jonathan Turley critica a ideia da regulação do risco político a partir da otimização constitucional devido à pobre definição que Vermeule dá aos riscos e à dificuldade de realizar o preceituado balanço de trocas⁴¹⁴. Também demonstra insatisfação no que diz respeito à vagueza da abordagem para servir como uma nova teoria constitucional. São compreensivas as motivações de Turley ao ampliar a exigência nas respostas dadas pelo *The Constitution of Risk*, mas o próprio Vermeule deixa claro que seu trabalho não diz com o desenho final da constituição ou sua maneira de interpretá-la⁴¹⁵. A construção é argumentativa e não se compromete com a avaliação de mérito do resultado final de qualquer grupo de regras.

De modo que a otimização não é panaceia para o estilo paranoico de elaboração política⁴¹⁶. Entretanto, prontifica-se a instalar um filtro para lavar as más influências que obstaculizam a consideração de todos os riscos relevantes – da ação à inação; dos efeitos propositais aos colaterais. A otimização não encerra o complexo debate para a escolha institucional, mas cumpre uma importante função negativa ao desaconselhar obsessões inúteis e até perversas.

Com todo limite conceitual e político, ainda que transportando um alto nível de generalidade, a visão amadurecida que vai além da predisposta desconfiança cumpre um papel de extrema pertinência circunstancial. Passado o estado de pico dos abusos políticos ensejadores da nova constituição, diante dos desafios sempre mais abrangentes, a ampla avaliação que propicia uma maior diversidade inicial será determinante para a validade, em longo prazo, do traçado constitucional.

Portanto, conforme a conclusão de Vermeule, evitando-se a natural obsessão política, trazendo a necessidade do contextualismo e do particularismo que permitem soluções locais, defendendo a abertura aos fatos e ao ar puro das circunstâncias⁴¹⁷, de modo a evitar extremos para, ao invés de cumprir uma única finalidade perfeitamente, prestigiar várias toleravelmente bem e com flexibilidade, a adesão à otimização

⁴¹⁴ Jonathan Turley, «A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World», *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, nº 1 (2015), p. 553.

⁴¹⁵ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 4.

⁴¹⁶ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., cap. 2, p. 74.

⁴¹⁷ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Conclusion, p. 7.

constitucional não nos leva a um arranjo institucional específico⁴¹⁸. Não há espaço para preconceções e vieses que levem, de antemão, a arquiteturas institucionais particulares⁴¹⁹.

Vocacionada para durar – daí a prevalência de um procedimento rígido para as emendas –, a imparcialidade intergeracional é mais um valor a ser lembrado nesse ambiente de aflições específicas. Entre os direcionamentos para a acomodação do futuro, decisiva regência encontra-se na alocação da confiança para interpretar a constituição.

3.5. Estímulo para a boa decisão coletiva: acomodação ao natural

À maneira de Nicolaus Tideman, em abstrato, a decisão coletiva é simplesmente uma coordenação de intenções e, por essa razão, nenhuma avaliação normativa pode ser deduzida do seu resultado. O enfretamento de algumas questões parte de duas falsas premissas: primeiro, que existe uma resposta definida para todo problema; depois, que essa resposta está ao alcance do nosso conhecimento⁴²⁰.

Reiteradamente, critiquei a ambição institucional que promete aquilo que não pode entregar. Tal crítica pode ser encaixada, sobretudo, na ordenação que determina previamente o ponto de chegada para depois traçar os caminhos que levam a esse objetivo. Essa moldura, que pode ser caracterizada como uma proposta positiva (substantiva) da organização institucional, é ambiciosa em suas finalidades e tem de conviver com dois grandes desafios.

O primeiro e mais complexo é a inadequação do objetivo final selecionado – nosso conhecimento varia, e, junto a ele, nossas verdades também⁴²¹. O segundo é justamente a impossibilidade do domínio pleno das possibilidades de caminhos para chegar a esse destino almejado. Convivemos entre alternativas imperfeitas.

É esse reconhecimento que Tideman destaca quando coloca a concordância procedimental entre os membros da coletividade como primeiro critério para uma boa decisão coletiva⁴²². Mais do que impor determinado resultado, é preciso que haja

⁴¹⁸ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Conclusion, p. 5-10.

⁴¹⁹ Adrian Vermeule, *The constitution*, cit., Conclusion, p. 10.

⁴²⁰ Nicolaus Tideman, *Collective decisions and voting: the potential for public choice*, Ashgate, Farnham, 2006, p. 57.

⁴²¹ Tideman dá o exemplo do conhecimento da Ética, que é um conhecimento factual. Nicolaus Tideman, *Collective decisions*, cit., p. 72.

⁴²² Nicolaus Tideman, *Collective decisions*, cit., p. 69.

concordância no procedimento adotado. Nesse caso, o caminho é inverso ao criticado na ambição: cuida-se do procedimento, e a substância fica aberta às respectivas consequências. Para lidar com a etapa procedimental, na abertura a qualquer resultado que possa aparecer, resta a função institucional de triagem dos fatores causadores de distorções. Essa recomendação é o que Jon Elster chama de “*impure procedural justice*”⁴²³.

Um importante ganho nessa inversão de prioridades (que vai da substância ao procedimento) é a abertura do leque de opções com que se pode contar. Diante de incertezas, um valor caro a ser preservado é a disponibilidade de variadas opções de ação. A eliminação de alternativas com base nos vícios que podem afetar o procedimento é mais limitada em suas certezas e permite um maior aproveitamento das novas informações que vão emergindo pelo caminho.

É assim que se tem a acomodação ao natural. Mas o fato da proposição cumprir a função negativa não elimina as possibilidades de intervenção para estimular a boa escolha. Cass Sunstein classifica esse tipo de conduta de paternalismo libertário, no qual se mantém o espírito liberal da autonomia dos indivíduos dentro de uma moldura paternalista de incentivos⁴²⁴. Um formato que não assume a responsabilidade das tomadas de decisão, mas também não deixa de fazer as correções ao seu alcance. Por mais contraditório que possa parecer, a defesa é que o paternalismo serve à liberdade.

É uma ingenuidade assumir que, sobretudo quando inseridos na coletividade, somos livres e desimpedidos para tomar as decisões. A rejeição completa do paternalismo é incoerente na medida em que, de uma forma ou de outra, haverá estímulos relevantes às escolhas que nunca permitirão a neutralidade plena das preferências. Alguma forma de paternalismo é inevitável⁴²⁵.

Entretanto, é uma má concepção deduzir que esse paternalismo será sempre coercitivo. Em verdade, é preciso que o dilema passe para uma abordagem construtiva e perquirir a melhor forma de escolher entre possíveis opções de influenciar as decisões⁴²⁶.

⁴²³ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 281 (sendo impura porque a completa remoção dos fatores de distorção nunca será possível).

⁴²⁴ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 175-203.

⁴²⁵ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 195 (na classificação da intervenção paternalista, é o chamado “*minimal paternalism*”).

⁴²⁶ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 180-181.

No caso específico da otimização contraposta ao constitucionalismo precaucional, as intervenções visam a arrefecer o excesso de desconfiança. É uma intervenção branda, pois não bloqueia as escolhas, agindo de maneira anterior a elas⁴²⁷. Trata-se de atuação sem uma intromissão finalística e, por isso, menos ambiciosa e mais tolerante.

Alguém pode até acreditar que é possível ir além dessa acomodação ao natural. Pode até apostar que o pequeno comprometimento final dessa plataforma é, teoricamente, convincente, mas não compensa em seus resultados práticos. Antes de mais nada, aqui vale uma elaboração que o próprio Jon Elster faz questão de ressaltar. Por mais que se faça todo o esforço para retirar os maus conselheiros do processo decisório, a decisão coletiva pode não ser boa, e mecanismos para substituir esse resultado devem ser instalados. O guia principal que observa o procedimento não exclui a possibilidade de complementações⁴²⁸.

Além disso – e este me parece o maior complicador para restrições substantivas às escolhas –, diferentes pessoas têm diferentes preferências e tolerâncias aos riscos. Portanto, ainda que as probabilidades sejam exatas, existe uma diferença na maneira de valorar as magnitudes. Ainda que esteja disponível um vasto acervo de informações, existe uma diferença em seu processamento. A organização institucional negativa exalta a relevância da democracia ao fazer com que o governo reconheça e respeite esse fato⁴²⁹.

Essa é uma discussão filosófica que ultrapassa o escopo deste trabalho. Apenas de maneira preliminar, vale destacar a deferência democrática ao não se permitir uma maior intromissão nos resultados daquilo que é decidido coletivamente. Estímulos são inevitáveis. A maior abertura que pode ser dada ao tema é não criando preconceções do que vem a ser o melhor.

O paternalismo libertário é uma fundação que pode promover uma reavaliação em vários setores do direito público e privado⁴³⁰. A otimização constitucional é um corolário dessa arquitetura.

⁴²⁷ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 177.

⁴²⁸ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 12.

⁴²⁹ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 152.

⁴³⁰ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 203.

Conclusão

Não temos uma teoria normativa daquilo que constitui o bom resultado. Ainda que tivéssemos, faltar-nos-ia uma teoria causal para atingir essa finalidade através de caminhos institucionais⁴³¹. São vários os caminhos que podem nos levar a um mesmo objetivo; são vários os objetivos⁴³².

Em meio a esse desafio de percurso, a tentação da desconfiança ao poder tem exercido, historicamente, papel preponderante para as nossas escolhas institucionais. As bases de “vários movimentos constitucionais”⁴³³ têm como referência um contexto de exagerados abusos de poder, e, em consequência, precauções oriundas de reações intuitivas a esse cenário seguem crescendo em constante acumulação. Novas avaliações devem passar por um senso crítico que promova uma atualização contextual e faça o melhor uso das novas informações que estão ao nosso dispor.

Com toda crítica às precauções, é claro que não quero concluir que as mesmas perderam a razão de ser. Ninguém duvida fazer sentido o uso das precauções⁴³⁴. Cass Sunstein coloca que, se não houvesse um custo, todas as precauções deveriam ser tomadas⁴³⁵. Mas esse não é o caso. Portanto, o que não parece devido é perdermos de vista outras duas certezas impactantes a qualquer arranjo institucional: i) tudo tem um custo; ii) tudo traz um risco.

É esse duplo mantra, presente em todo o trabalho, que precisa ser aplicado a partir das novas referências que o mundo nos impõe, seguindo em constante atualização. Se, ainda que utilizado todo o acervo de informação ao nosso alcance, haverá sempre um limite intransponível à razão, tanto quanto pior será a decisão que para no tempo e obedece aos estímulos do passado. Essa é a tendência verificada pela desconfiança excessiva do constitucionalismo precaucional que traduz uma fobia pelo abuso de poder.

⁴³¹ Jon Elster, *Securities against*, cit., p. 13.

⁴³² Ian Shapiro, *The state of democratic theory*, Princeton University Press, Princeton, 2003, intro., p. 17.

⁴³³ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 51.

⁴³⁴ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 109.

⁴³⁵ Cass Sunstein, *Laws of*, cit., p. 118.

Na chegada de um novo contexto⁴³⁶, a separação dos poderes, percebida por meio da função principal em conter desvios de finalidades, passa a ser pautada também pelo princípio da eficiência. O sentido defensivo da lei começa a ser contraposto por comandos positivos à ordenação (uso da confiança). Seu aspecto constitutivo divide a tarefa antes prevenida pela contenção do abuso de poder e a disfunção institucional impetrada por algumas precauções deparam-se, cada vez mais, com outros níveis de tolerância para a necessária justificação. Conter um risco político específico não é o nosso único desafio.

É dessa forma que o aspecto negativo da separação dos poderes deixa de ser o único medidor de sua funcionalidade. Tolerar uma nova fração de risco do abuso de poder torna-se inevitável devido à assimilação desses novos ingredientes que devem desenhar o arranjo institucional em estado de otimização. O antigo adágio popular do “confiar desconfiando” deixa de ser a única direção para dividir seu espaço, agora, com o “desconfiar confiando”.

Em um universo complexo e multifacetado, se existe a concordância de que, não importando com qual formato, o mecanismo central para definir as nossas metas e acordos se dá através da política, nada mais adequado à constituição, conforme se extrai do trabalho de Adrian Vermeule, do que assumir como competência primeira a regulação do risco político.

De acordo com essa nova função essencial da constituição, que reconhece as várias teorias constitucionais construídas ao longo do tempo, resta a decisão de como operacionalizar essa regulação. Como um primeiro passo, fazer um recuo nas ambições institucionais para possibilitar novas alternativas facilita a quebra de certezas afinadas muito mais com o passado. O filtro negativo no curso do procedimento parece mais eficiente e certo do que resultados finais elegidos de antemão, e a regulação dos riscos políticos passa a ser conduzida por um *status*, sem quaisquer descomedimentos valorativos.

Lidar com problemas universais não implica a pretensão de trazer respostas também universais⁴³⁷. Pessoas diferentes compreendem diferentemente os dilemas sociais

⁴³⁶ Vale acrescentar que as dúvidas que podem existir quanto aos benefícios da aplicação do princípio da separação não se encerram no critério contextual. Eoin Carolan, *The new*, cit., p. 253.

⁴³⁷ Eoin Carolan, *The new*, cit., Preface.

e toda democracia será vista em mal funcionamento por alguns⁴³⁸. Daí porque o consentimento coletivo deve voltar-se às concordâncias procedimentais. Nesse intento de trajeto, cabe retirar ao máximo todas as agressões e escolhas irracionais que não se sustentam analiticamente.

Com menos paixões e obsessões, com o mister de instalar mecanismos de remoção de excessos e maus conselheiros, de maneira mais racional, a manipulação do resultado final deve ceder espaço para a correção dos instrumentos e divisão das responsabilidades. De modo a reavaliar as repetidas concepções que se enraízam no curso da história, a otimização constitucional pode unir experiências com recomeço.

As ofertas por saídas institucionais simplificadas e concentradas – típico fenômeno que pode ser encontrado, por exemplo, no ativismo judicial – aparecem como um atalho à Justiça. Certezas que permitem a seleção jurídica de valores preponderantes facilitam as nossas escolhas. Entretanto, quando a busca é de equilíbrio, eu não confio em atalhos.

⁴³⁸ Ian Shapiro, *The state*, cit., intro., p. 1.

Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*, trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014.

AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*, Random House Trade Paperbacks, New York, 2006.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. «O bicameralismo na Constituição de 1988», in *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*, editado por Bruno Dantas et al., vol. 2, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008, p. 331-345.

BARBER, Nicholas W. «Prelude to the Separation of Powers», *Cambridge Law Journal*, 60 (1), março de 2001, p. 59-88.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

BASTIAN, Sunil; LUCKHAM, Robin (eds.), *Can democracy be designed? The politics of institutional choice in conflict-torn societies*, Zed Books, London & New York, 2003.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.

BOTTOM, William P.; EAVEY, Cheryl L.; MILLER, Gary J.; VICTOR, Jennifer Nicoll. «The Institutional Effect on Majority Rule Instability: Bicameralism in Spatial Policy Decisions», *American Journal of Political Science*, vol. 44, nº 3 (2000), p. 523-540.

BRANCO, Paulo G. Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009.

BROSSARD, Paulo. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers: a theory for the modern state*, Oxford University Press, New York, 2009.

CHUA, Ronald C.; TORRIJOS, Ma. Mercedes Leanne B. «The Search for Clarity: A Primer on the Transformation of Impeachment on the Ground of Betrayal of Public Trust» *Ateneo Law Journal*, vol. 56, nº 4 (2012), p. 834-854.

DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven-London, 2003.

_____. «The behavioral approach in political science: epitaph for a monument to a successful protest», *American Political Science Review*, vol. 55, nº 4, (1961), p. 763-772.

EISINGER, Vince. «Auxiliary Protections: Why the Founders' Bicameral Congress Depended on Senators Elected by State Legislatures», *Touro Law Review*, vol. 31, nº 2 (2015), p. 231-296.

ELSTER, Jon. *Securities against misrule: juries, assemblies, elections*, Cambridge University Press, New York, 2013.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, trad. Juliana Lemos, Martins Fontes, São Paulo, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed., Juspodivm, Salvador, 2015.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*, trad. Cezar Augusto Mortari, 2ª ed., Editora Unesp, São Paulo, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: da la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, 2ª ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2015.

FREY, Bruno S. «A Constitution for Knaves Crowds Out Civic Virtues», *The Economic Journal*, nº 107 (1997), p. 1044-1053.

GARGARELLA, Roberto. «Em nome da Constituição: o legado federalista dois séculos depois», in *Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx*, compilado por Atilio A. Boron, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, 169-188.

- GARRETT, Elizabeth; VERMEULE, Adrian. «Institutional Design of a Thayerian Congress», *Duke Law Journal*, vol. 50 (2001), p. 1277-1333.
- GIGERENZER, Gerd. «Out of the Frying Pan Into the Fire: Behavioral Reactions to Terrorist Attacks», *Risk Analysis*, vol. 26, nº 2 (2006), p. 347-351.
- GRIMM, Dieter. «Types of constitutions» in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld e András Sajó, Oxford University Press, New York, 2013, p. 98-132.
- GUERRA, G. Rabay. «Análise – *Impeachment*: clamor social e fundamento constitucional», O Estado de São Paulo, disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,analise--impeachment-clamor-social-e-fundamento-constitucional,10000051101>>.
- Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2002.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, 2ª ed., trad. Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.
- HARDIN, Russell. «Trustworthiness», *Ethics*, vol. 107, nº 1 (1996), p. 26-42.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991.
- HIEBERT, Janet L. «New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?», *Texas Law Review*, vol. 82 (2004), p. 1963-1987.
- KIM, Young Hun. «Impeachment and presidential politics in new democracies», *Democratization*, vol. 21, nº 3 (2014), p. 519-553.
- KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*, University of Chicago, Chicago, 1994.
- LAIN, Corinna Barrett. «Upside-Down Judicial Review», *The Georgetown Law Journal*, vol. 101, (2012), p. 113-183.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, 6ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*, trad. Carlos E. Pacheco Amaral, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976.

LOUGHLIN, Martin. *Public law and political theory*, Oxford University Press, New York, 1992.

_____. «The Constitutional Imagination», *Modern Law Review*, vol. 78, nº 1 (2015), p. 1-25.

MARCH, J. G.; OLSEN, J. P. «Elaborating the “New Institutionalism”», in *The Oxford Handbook of Political Science*, ed. Oxford University Press, New York, 2011, p. 159-175.

MAUS, Ingeborg. «Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”», trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, *Novos Estudos*, nº 58 (2000), p. 183-202.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, Saraiva, São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

MIRANDA, Jorge. «Divisão do poder e partidos políticos», *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. I, 2001, p. 51-59.

_____. *Funções, órgãos e actos do Estado*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1990.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*, 9ª ed., trad. Pedro Vieira Mota, Saraiva, São Paulo, 2010.

MÖLLERS, Christoph. *The three branches: a comparative model of separation of powers*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*, Primeira Pessoa, Rio de Janeiro, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, Acadêmica, São Paulo, 1994.

_____. *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*, trad. Ruy Jungmann, Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1991.

ÖHLINGER, Theo. «The doctrine of separation of powers in the relationship between parliament, government and administration at the beginning of the century», *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. I, 2001, p. 113-124.

PETERS, B. Guy. *Institutional theory in political science: the “new institutionalism”*, Pinter, London, 1999.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, trad. Milton Amado, 2º volume, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1974.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. «Constitutional Showdowns», *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 348* (2007), p. 1-61.

_____. «The Credible Executive», *University of Chicago Law Review*, vol. 74 (2007), p. 865-913.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros*, Saraiva, São Paulo, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*, trad. Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., Ática, São Paulo, 2000.

RENN, Ortwin; BURNS, William J.; KASPERSON, Jeanne X.; KASPERSON, Roger E.; SLOVIC, Paul. «The Social Amplification of Risk: Theoretical Foundations and Empirical Applications», *Journal of Social Issues*, vol. 48, nº 4 (1992), p. 137-160.

REDISH, Martin H. *The constitution as political structure*, Oxford University Press, New York, 1995.

RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?*, Minha Editora, Barueri, 2006.

RODRIGUEZ, Ricardo L. Chueca. «Teoría y Práctica del Bicameralismo en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, nº 10, 1984, p. 63-90.

- ROGERS, James R. «The Impact of Bicameralism on Legislative Production», *Legislative Studies Quarterly*, vol. 28, nº 4 (2003), p. 509-528.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*, trad. Rolando Roque da Silva, Ridendo Castigat Mores, São Paulo, 2001.
- SALLUM JR., Basilio; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. «O impeachment do presidente Collor: a literatura e o processo», *Lua Nova: revista de cultura e política*, nº 82 (2011), p. 163-200.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Francisco; NOLTE, Detlef; LLANOS, Mariana. *Bicameralismo, Senados y senadores en el Cono Sur latinoamericano*, Parlament de Catalunya, Barcelona, 2005.
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*, trad. Sérgio Bath, Universidade de Brasília, Brasília, 1996.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. «The Regulatory State», in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld e András Sajó, Oxford University Press, New York, 2013, p. 671-685.
- SCHAUER, Frederick. «Is it Better to be Safe than Sorry? Free Speech and the Precautionary Principle», *Pepperdine Law Review*, vol. 36, nº 2 (2009), p. 301-316.
- SHAPIRO, Ian. *The state of democratic theory*, Princeton University Press, Princeton, 2003.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2014.
- STEPHENSON, Matthew C. «Information Acquisition and Institutional Design», *Harvard Law Review*, vol. 124 (2011), p. 1422-1483.
- STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis Michael; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. *Constitutional Law*, 7ª ed., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2009.
- _____. *Designing democracy: what constitutions do*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

_____. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, New York, 2005.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

_____. *Risk and reason: safety, law, and the environment*, Cambridge University Press, New York, 2002.

_____. *Worst-case scenarios*, Harvard University Press, Cambridge, 2007.

TAVARES DA SILVA, Suzana. *Direitos fundamentais na arena global*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

_____. «O princípio (fundamental) da eficiência», *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, ano 7 (2010), p. 519-544.

_____. «O *tetralema* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade», Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 88, tomo 2, 2013, p. 639-678.

TIDEMAN, Nicolaus. *Collective decisions and voting: the potential for public choice*, Ashgate, Farnham, 2006.

TODD, Tom. «Unicameral or Bicameral State Legislatures: The Policy Debate», Minnesota House of Representatives, Research Department, (August 1999), disponível em: <<http://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/uni-bicam.pdf>>.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*, trad. Joana Angélica d'Avila Melo, Companhia das Letras, São Paulo, 2012.

TSEBELIS, George; MONEY, Jeannette. *Bicameralism*, Cambridge University Press, New York, 1997.

TURLEY, Jonathan. «A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World», *The University of Chicago Law Review*, vol. 82, nº 1 (2015), p. 517-572.

TUSHNET, Mark. *Advanced introduction to comparative constitutional law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.

_____. «The inevitable globalization of Constitutional Law», *Hague Institute on International Law*, Harvard Public Law Working Paper No. 09-06, dezembro de 2008, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766>.

_____. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton University, New Jersey, 2008.

UHR, John. «Bicameralism», in *The Oxford Handbook of Political Institutions*, ed. R. A. W. Rhodes, Sarah A. Binder e Bert A. Rockman, Oxford University Press, New York, 2011, p. 474-494.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2012.

_____. «The law of judges: attempting against Montesquieu's legacy or a new configuration for an old principle», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, 2010, p. 621-638.

VERMEULE, Adrian. «Introduction: political risk and public law», *The Journal of Legal Analysis*, Harvard Public Law Working Paper No. 12-14, abril de 2012, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2046291>.

_____. *Law and the limits of reason*, Oxford University Press, New York, 2009.

_____. «Optimal Abuse of Power», *Northwestern University Law Review*, Forthcoming; Harvard Public Law Working Paper No. 14-14, maio de 2014, disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425287>.

_____. «Precautionary Principles in Constitutional Law», Harvard Public Law Working Paper No. 11-20, setembro de 2011, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930427>.

_____. *The system of the constitution*, Oxford University Press, New York, 2011.

_____. *The constitution of risk*, Cambridge University Press, New York, 2014.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*, 2ª ed., Liberty Fund, Indianapolis, 1998.

WALDRON, Jeremy. «Bicameralism», New York University Public Law and Legal Theory Working Paper No. 330, março de 2012, p. 1-26.

_____. *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

_____. «Separation of Powers in Thought and Practice», *Boston College Law Review*, vol. 54, 2013, p. 433-468.

_____. «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, vol. 115, n° 6 (2006), p. 1346-1406.

WIENER, Jonathan B. «Precaution in a Multirisk World», in *Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice*, edited by Dennis J. Paustenbach, John Wiley & Sons, New York, 2002, p. 1509-1531.