

## Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade

*How statutes are made? Democracy, Interest Groups and Judicial Review of Legislation*

André Cyrino<sup>1</sup>

**RESUMO:** O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, conforme parte significativa da literatura, é instrumento legítimo enquanto mecanismo de proteção e promoção da democracia. Todavia, apesar de o elemento democrático ser ponto chave nesse processo de legitimação, há pouco aprofundamento sobre a regularidade intestina ao processo político de formação da vontade legislativa no Brasil e a sua relação com o controle de constitucionalidade. Propõe-se, neste

---

1 Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Curso de Pós-graduação em Direito do Estado e da Regulação da Fundação Getúlio Vargas (FGV - Direito - Rio). Professor da FGV Direito Rio (licenciado). Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ (com distinção, louvor e recomendação para publicação). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Faculdade de Direito de Yale, nos EUA. Integra a Comissão de Direito Administrativo e a Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). É também Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado.

artigo, uma análise teórica e prática sobre o quão verdadeiramente deliberativo e saudável é o processo de formação de vontade legislativa no Brasil, de modo a compreender algumas possibilidades para o *standard* democrático como parâmetro de legitimação da jurisdição constitucional no País. Parte-se do arcabouço teórico que se convencionou denominar de *public choice* (teoria das escolhas públicas), o qual tem como foco o exame da vida política real. Com um olhar concreto, serão observadas as peculiaridades brasileiras, o seu denominado presidencialismo de coalizão e suas relações com grupos de interesse. Ao final, serão delineadas algumas possibilidades para a compreensão do argumento democrático no âmbito da jurisdição constitucional. Sugere-se que o teste da proporcionalidade seja uma ferramenta útil diante da percepção de situações de grave distorção do processo democrático.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; democracia; grupos de interesse; presidencialismo de coalizão; proporcionalidade.

**Abstract:** Judicial review of legislation, according to considerable literature, is legitimate as a mechanism of protection and promotion of democracy. However, despite the crucial role of democracy on this debate, there are no substantial studies regarding the regularity of the democratic political process of law-making in Brazil and its relation with judicial review. This article offers a theoretical and practical analysis of how truly deliberative and healthy is the law-making process in Brazil, in such a way to suggest possibilities for the democratic standard as a parameter of legitimacy of the constitutional jurisdiction. Public choice theories are the theoretical framework adopted as a starting point. From a real

life perspective, the article considers the Brazilian peculiarities and the understanding of the so called *coalition presidentialism* and its relations with interest groups. Finally, some possibilities will be outlined for the comprehension of the democratic argument within the Brazilian constitutional jurisdiction. I suggest that the proportionality test is indicated as a useful tool when facing serious distortions in the democratic process.

**Keywords:** judicial review of legislation; democracy; interest groups; coalition presidentialism; proportionality.

**SUMÁRIO:** I. Introdução. II. *Public choice*. Uma possível abordagem teórica (pessimista). III. O presidencialismo de coalizão e o esforço de desfragmentação do poder político. IV. Falhas do procedimento democrático no Brasil e *public choice*. V. Jurisdição constitucional e as facções. VI. Usando *public choice* para se legitimar e aperfeiçoar a jurisdição constitucional. VII. Motivações legislativas e o teste da proporcionalidade. VIII. Conclusão.

## I. Introdução<sup>2</sup>

A acomodação entre o regime democrático e a jurisdição constitucional ganhou grande destaque no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Tanto em razão da consolidação da democracia, de um lado, quanto por conta da expansão do Poder Judiciário na sua tarefa revisora, de outro, tornou-se impossível refletir-se sobre controle de constitucionalidade de leis sem que se considere sua relação com a democracia.

---

2 Todas as traduções são de minha integral responsabilidade.

Daí o esforço contínuo, na literatura especializada<sup>3</sup> e no próprio Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, de explicar, ao lado de argumentos substantivos de proteção a direitos fundamentais<sup>5</sup>, o papel do controle de constitucionalidade como mecanismo de garantia do procedimento democrático. Nessa visão, advoga-se que a jurisdição constitucional, viabilizada por juízes não eleitos, teria seu papel justificado na garantia do funcionamento do processo representativo. Magistrados seriam, assim, os árbitros do jogo democrático, legitimando-se a sua capacidade de invalidação de leis

---

3 V., e.g., SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2006; e SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

4 A preocupação procedimentalista pode ser vista, por exemplo, no voto do Min. Luiz Fux (relator), quando do julgamento da ADI nº 4.029 / AM, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, DJe nº 125, div. 26.06.2012, pub. 27.06.2012; bem como no julgamento da ADI nº 3.741 / DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.08.2006, DJ 23.02.2007, p. 16.

5 Ao lado dos argumentos de legitimação procedimental da jurisdição constitucional, os quais são objeto deste estudo, há uma abordagem que se denominou *substantivista*, ligada à reaproximação do direito com a moral, que procura construir princípios materiais de justiça que justificam a existência do Estado e do direito (V., e.g., DWORKIN, Ronald. *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996). Não é objetivo desse estudo aprofundar a discussão sobre uma e outra linha de legitimação. Quer-se apenas partir da necessidade de que se discuta o argumento democrático como elemento relevante para a jurisdição constitucional. Em verdade, acredita-se que ambos são verdadeiramente complementares, não sendo correto falar-se em tutela pura e simples do procedimento sem que se elejam valores fundamentais que garantam a deliberação (v. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de legitimação*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 117-118).

sempre que o procedimento deliberativo não houver sido um instrumento da manifestação da vontade do eleitorado, mas uma forma de imposição de uma maioria articulada contra uma minoria deixada de fora no processo.

A lógica é inspirada na obra de autores agrupados sob o rótulo de *procedimentalistas*, dentre os quais se destacam os trabalhos de John Hart Ely<sup>6</sup> e de Jürgen Habermas<sup>7</sup>. A ideia subjacente nessas obras, segundo largamente incorporado ao discurso jurídico constitucional brasileiro<sup>8</sup>, é a de que a multiplicidade de concepções de mundo nas sociedades contemporâneas impede a existência de um consenso ético. Desse modo, melhor que imaginar um ambiente irreal em que esse consenso moral seria hipoteticamente possível, acredita-se na manutenção permanente de meios de deliberação. Crê-se no procedimento democrático e nos seus canais comunicativos. Os princípios legitimadores do Estado, do direito e da jurisdição constitucional, portanto, seriam aqueles que tornam o debate público possível, num espaço permanente de igualdade e liberdade, viabilizando-se, assim, a deliberação a partir dos melhores argumentos<sup>9</sup>.

---

6 V. John Hart Ely, para quem, diante da multiplicidade de visões sobre o que seja justo nas sociedades pluralistas, torna de difícil aceitação da “noção de um conjunto objetivo de princípios morais descobríveis, ao menos não um conjunto de valores que possa derrogar decisões tomadas por representantes eleitos pelo povo” (ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 54).

7 V. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, vol. I, 1997.

8 V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

9 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, vol. I, 1997, p. 345.

Nessa toada, o que legitima o Estado são premissas comunicativas aptas a criar um constante e ideal processo deliberativo<sup>10</sup>. Daí a função da jurisdição constitucional: garantir um ambiente efetivo de deliberação. Ou, em outras palavras, garantir o próprio funcionamento da democracia conforme compreendida contemporaneamente, o que implica o equilíbrio entre o princípio majoritário e a proteção das minorias de representatividade deficiente.

A relevância democrática é, assim, uma das grandes tônicas da jurisdição constitucional brasileira. E não se deseja algo diferente. O discurso democrático contribui para a legitimação do controle de constitucionalidade das leis ao mesmo tempo em que lhe serve de parâmetro. Uma avaliação sobre o quão democrático é um ato normativo – o que geralmente se mede a partir de uma perspectiva da intensidade do debate ou do quórum de aprovação do ato – é, assim, relevante para a avaliação da intensidade do controle judicial de constitucionalidade desejado<sup>11</sup>. Em suma: a democracia importa para a jurisdição constitucional.

---

10 Nas palavras de Habermas: “a ideia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio de democracia, a qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Cit., p. 158).

11 Gustavo Binbenbojm, por exemplo, entende que “quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou a decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”. Para o autor, o grau de consenso democrático obtido na aprovação das leis também deve ser levado em conta para o grau de controle judicial daquele ato legislativo (v. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 240). V. também: CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 308.

Pois bem. Apesar de todo destaque dispensado ao argumento democrático no discurso jurídico-constitucional, pouca preocupação, surpreendentemente, se tem tido com o aprofundamento de investigações, pelos estudiosos do direito no Brasil, sobre a regularidade intestina ao processo político. Isto é, sem embargo de se defender a consideração democrática no controle judicial da constitucionalidade de leis, avançou-se pouco numa reflexão sobre o quanto se deve e se poderia exigir, inclusive via jurisdição constitucional, do processo de formação da vontade legislativa.

Em verdade, aspectos relacionados ao funcionamento legislativo – a despeito de explicarem a realidade da democracia brasileira – foram deixados de lado em larga medida pela literatura especializada<sup>12</sup>. Afinal, ao Direito, por tradição, nunca coube um papel de análise do processo político decisório. Este sempre foi tido como pertencente a um espaço infenso à incidência de princípios e regras capazes de impor o código próprio da ciência jurídica que categoriza atos e fatos como lícitos e ilícitos. Ao processo político cultivou-se a indiferença. Essa percepção, no entanto, se a democracia deve ser levada a sério, merece novas considerações.

Parece-nos que a defesa de argumentos democráticos tanto como elementos de legitimação da jurisdição constitucional, quanto como instrumento de criação de parâmetros viáveis de controle de constitucionalidade pressupõe um exame prévio pouco comum à ciência jurídica. Uma apreciação sobre o processo democrático como ele efetivamente acontece. Se a democracia importa, deve-se investigar, teórica

---

12 A preocupação institucional e o funcionamento do processo político no Direito Constitucional é uma das tônicas do livro de Rodrigo Brandão e aponta para a necessidade de aprofundamento que agora se propõe. V. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, 2ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

e empiricamente, sobre o quão verdadeiramente deliberativo e saudável é o processo político. Só depois disso é que se pode avaliar, com maior lucidez, se, e em que medida, será correto o uso do *standard* democrático como parâmetro de legitimamente de leis e atos normativos, ou como um argumento a justificar, mais intensamente, o controle de constitucionalidade.

Isso não necessariamente implicará o abandono da consideração democrática ou a sua absolutização. Muito pelo contrário. O argumento democrático deve continuar tendo um peso relevante no discurso da jurisdição constitucional. Mas se ele merece um papel de destaque, que não seja algo que desconsidere a realidade política e o jogo real de incentivos que orienta as escolhas públicas. Uma realidade, inclusive, que pode indicar posturas judiciais mais ou menos incisivas.

O objetivo desse breve estudo é, sem dar respostas definitivas, chamar a atenção para aspectos importantes deixados de lado, os quais podem impactar a percepção do papel institucional do Poder Judiciário e a sua capacidade de invalidar leis.

Para tanto, parte-se do arcabouço teórico que se convencionou denominar de *public choice* (as chamadas *teorias das escolhas públicas*), o qual tem como foco o exame da vida política real, como fruto de embate entre interesses individuais e coletivos egoísticos. Vale dizer, um ambiente não necessariamente *habermasiano* (e contrafático), em que se pressupõe o diálogo entre iguais voltados ao consenso. Muito ao contrário. O cenário proposto é o de democracia pluralista ao estilo *madisoniano*<sup>13</sup>, em que a formação de vontade política está sujeita a interferências de facções

---

13 DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*, exp. Ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2006, pp. 15-17.



não movidas por interesses públicos, mas por motivações individuais<sup>14</sup>. Acredita-se que essa abordagem realista é imprescindível para que se compreenda a política em uma democracia representativa como ela é.

Num segundo momento, para dar ainda mais tintas de concretude ao cenário, será esboçado o sistema representativo brasileiro, em que o processo de formação da vontade legislativa passa pela compreensão do denominado *presidencialismo de coalizão*. As circunstâncias do nosso sistema representativo, produto de um modelo eleitoral que estimula a fragmentação, ajudam a perceber a que tipo de incentivos estão sujeitos os agentes políticos brasileiros. Mais que isso, colabora para que se vislumbre qual espécie de democracia representativa pode ser esperada. O quadro é desalentador, mas lança luzes e questionamentos sobre o papel da jurisdição constitucional diante de um modelo em que o Poder Executivo controla a produção de leis por meio de estratégias de coalizão nem sempre republicanas.

Diante disso, na parte final desse estudo, serão delineadas algumas possibilidades para uma nova compreensão do argumento democrático no âmbito da jurisdição constitucional diante de elementos de *public choice* no Brasil. Isto é: sobre como o conhecimento do funcionamento político pode impactar na análise da validade de normas jurídicas. Ignorar que o sistema representativo não tenha problemas não parece ser a saída. Do mesmo modo, fingir que nada muda não pode ser uma solução válida.

---

14 Refere-se ao Federalista nº 10, de James Madison, no qual o Publius (seu pseudônimo) tratou do problema das facções e das possíveis saídas para diminuir seus efeitos. Para o federalista, as facções são inevitáveis, podendo-se, apenas, minimizar os seus efeitos, tendo em vista que, em suas palavras, “as causas latentes das facções estão semeadas na própria natureza humana” (MADISON, James, et al., *O Federalista*. 2ª edição, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 78).

A proposta é de uma reflexão sobre a jurisdição constitucional diante da política brasileira como ela é. Em que a democracia valha de fato como um argumento, ao mesmo tempo em que o aspecto legitimador de garantia do procedimento democrático possa pressupor um controle reforçado diante de *sinais de alerta* ou de falhas do processo representativo, com o uso da proporcionalidade voltada a um controle diferenciado. Acredita-se que a proporcionalidade seja uma ferramenta útil diante da percepção de situações que justifiquem um escrutínio judicial mais rigoroso; hipóteses em que o processo político tenha sinais graves de falhas, que poderão ensejar uma avaliação mais estrita sobre a validade da medida impugnada.

## II. *Public choice*. Uma possível abordagem teórica (pessimista).

Enfoque central para que se compreenda a realidade do funcionamento do processo político em democracias representativas modernas é reunida num conjunto de teorias que receberam o rótulo genérico de *public choice*<sup>15</sup> (que pode ser traduzido como teorias das *escolhas públicas*).

Trata-se de importante corrente de pensamento do movimento de análise econômica do direito e das instituições públicas nos Estados Unidos que ficou conhecida como Escola de Virgínia. O pensamento surgido na Universidade de Virgínia<sup>16</sup>, cujo grande marco teórico é a obra de James

---

15 A literatura sobre o tema é vasta. Para um panorama geral, v.: FARBER, Daniel A. e Frickey, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale U. Press, 1997.

16 V. ROWLEY, Charles K.. "Public choice and the economic analysis of law",

Buchanan – que procurou destacar as interdependências existentes entre a economia, a política e o direito –, fornece modelos descritivos realistas da política e do direito<sup>17</sup>.

Nessa linha de visão, indivíduos, tanto na arena econômica, quanto no campo político, agirão para incrementar suas próprias utilidades ou vantagens<sup>18</sup>. Isto é, parte-se do paradigma de um *homo economicus*, segundo o qual os agentes públicos e políticos são maximizadores de seus próprios interesses, de acordo com os incentivos estabelecidos pelas regras do jogo<sup>19</sup>. Neste caso, interesses orientados por uma necessidade básica: manter-se no poder, de preferência incrementando-o. Para isso, numa democracia representativa, o político precisará de votos suficientes para ganhar uma eleição, o que demanda uma campanha que, por seu turno, requererá dinheiro e apoio político. Assim, os agentes públicos eleitos tenderão a agir com esse foco, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de utilização do orçamento para projetos políticos individuais e a obtenção de mais votos<sup>20</sup>. Nesse contexto, num esforço de síntese didática, o agente terá dois grandes feixes de incentivos: um interno e outro externo, os quais se retroalimentam.

---

*in Law and economics*, ed. Nicholas Mercuro, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 123-124.

17 Para uma coletânea da obra de James Buchanan sobre *public choice*, v.: BUCHANAN, James. *The collected Works of James M. Buchanan*, vol. 13: *Politics as public choice*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

18 MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G., *Economics and the law. From Posner to Post-Modernism*. 2a ed., Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 161.

19 BUCHANAN, James e BRENNAN, Geoffrey. *The reasons for rules. Constitutional political economy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000, p. 56.

20 ROSE-ACKERMAN, Susan. “Análise econômica progressiva do direito – e o novo Direito Administrativo”, trad. Mariana Mota Prado, in *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*. Org. Paulo Mattos et al., São Paulo: Editora 34, 2004, p. 246.

Os incentivos internos podem ser organizados na tendência que tem o agente para buscar, no sistema em que estiver inserido, possíveis vantagens que contribuam para o seu projeto. O indivíduo, assim, se colocará em busca dos benefícios que podem surgir em cada ponto do processo político. Colocar-se numa posição de veto do itinerário decisório é um dos meios disso acontecer (*veto player*)<sup>21</sup>. No processo político, estar presente num cargo estratégico é, muitas vezes, resultado desse tipo de incentivo. Se uma escolha pública depender do agente, incrementa-se seu poder e ampliam-se suas possibilidades de obtenção de conveniências. Assim, o agente tenderá a buscar essa espécie de posição, que, muitas vezes, relaciona-se a uma troca de apoios entre órgãos governamentais que dependam um do outro para fazer valer seus projetos.

De uma perspectiva externa (ou de fora para dentro) os agentes decisórios têm incentivos a atenderem grupos privados de interesse. *Primeiro* porque, em última análise, seus mandatos são decorrência da vontade de um conjunto de pessoas que viu naquele sujeito um possível representante. Se esse agrupamento de eleitores for identificável, existe uma tendência a que o agente tenha especial inclinação a favorecer aspirações dos mesmos, ainda que desprovidos de qualquer perspectiva voltada à consecução de princípios republicanos. *Segundo* porque, ainda que o agente não tenha muita clareza sobre quem o sustenta no poder (o que acontece, com frequência, em sistemas proporcionais, sem vinculação a uma circunscrição eleitoral), ele será suscetível a capturas de interesses privados suficientemente articulados e que

---

21 “*Veto players* são indivíduos ou atores coletivos cuja concordância é necessária para uma mudança do *status quo* (...) uma mudança do *status quo* exige a concordância de todos os *veto players*” (cfr. TSEBELIS, George. *Veto players. How political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 19).

sejam aptos a oferecer vantagens que contribuam para o seu projeto de reeleição ou nova indicação. Trata-se do mercado político alimentado pelos chamados *rent-seekers*<sup>22-23</sup>, rótulo atribuído a agentes privados que buscam induzir decisões estatais regulatórias como meio de incrementar suas posições em um determinado setor da economia independentemente de sua capacidade competitiva.

Tanto legisladores, como quaisquer outros agentes estatais, terão muitos motivos para agir, de uma forma ou de outra, em seu benefício, o que não parece ser compatível com a produção de intervenções estatais e políticas públicas orientadas pelo interesse público e eficientes. Políticos precisam de votos e de dinheiro, e são lançados a um sistema de incentivos a merecer atenção.

A imagem pessimista da formação da vontade legislativa não significa que sempre seja assim. Há e – espera-se – sempre existirão políticos movidos por interesses republicanos. A literatura republicanista<sup>24</sup>, com a sua expectativa de que os cidadãos ativos se valham de sua liberdade política como instrumento de virtudes cívicas, é inspiradora e pode, por certo, encontrar exemplos reais de ações estatais movidas por seus princípios. Todavia,

---

22 A expressão é de KRUEGER, Anne. "The Political Economy of the Rent-Seeking Society", in *The American Economic Review*, Vol. 64, nº 3 (Jun., 1974), pp. 291-303. A noção de *rent-seeking*, no entanto, é tributária de TULLOCK, Gordon. "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft", in *Western Economic Journal*, vol. 5 nº 3, 1967, p. 224.

23 Numa tradução possível, a ideia é a de procuradores de vantagens econômicas que não são decorrentes do aumento de riqueza no mundo. A referência ao termo *rent* volta-se à obra de Adam Smith, que explicava existirem três tipos de *ganhos (income)*: os lucros, os salários e as rendas (*rents*). As rendas correspondem às formas mais seguras e certas de se ter um ganho econômico (SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Martins Fontes, 1ª ed. 2003).

24 V. PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

as instituições não podem ser consideradas e desenhadas dessa perspectiva otimista pautada por argumentos de filosofia moral<sup>25</sup>. Carece-se de uma abordagem mais realista e condizente com o comportamento humano, a qual, mais cética, busque os mesmos valores republicanos sem idealizar os gestores públicos. Tal é a proposta da escola da *public choice*. Uma abordagem que desconfia dos agentes públicos, valendo-se de uma teoria de comportamentos econômicos, e sugerindo reformas a partir de tal perspectiva. Afinal, “a história humana mostra ser extremamente perigoso confiar no espírito público como sendo o guia dos desenhos institucionais”<sup>26</sup>. As tradições patrimonialistas brasileiras não apontam em sentido diferente.<sup>27</sup>

O cenário esboçado, nesse sentido, é o de que os mecanismos da democracia representativa possuem problemas. Mas será ela aplicável ao Brasil contemporâneo

---

25 Não há espaço, nesse estudo, para aprofundar um debate sobre a moralidade dessa perspectiva. Em todo caso, pode-se dizer com James Buchanan e Geoffrey Brennan: “Nós usamos esse modelo de homem como um maximizador de riqueza não porque esse seja o modelo mais fácil de se descrever empiricamente, mas porque nós buscamos regramentos que funcionarão bem independentemente das condições comportamentais introduzidas”. BUCHANAN, James. BRENNAN, Geoffrey. “Is Public Choice Immoral? The Case for the “Nobel” Lie”, in *Virginia Law Review*, vol. 74, n° 2, Symposium on the Theory of Public Choice (Mar., 1988), p. 188.

26 Cfr. MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 27. Para uma crítica segundo a qual se deve repudiar tal perspectiva pessimista nos EUA v.: ACKERMAN, Bruce. “Beyond carolene products”, in *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713-746. Nas palavras de Bruce Ackerman: “Nós devemos repudiar essa redução da Constituição Americana a um simples sistema pluralista de barganhas de interesses privado se nós quisermos reafirmar a legitimidade das críticas funções das Cortes. Embora o modelo de barganhas capte um importante aspecto da política americana, ele não faz justiça aos episódios mais fundamentais da nossa história constitucional” (*cit.*, p. 743).

27 V. HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*, Ed.4ª, Rio de Janeiro, 2006; e FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11ª ed., São Paulo: Globo, 1997.

e à realidade do Congresso Nacional? Vale dizer: o funcionamento das instituições da democracia brasileira pode fazer concluir para esse panorama em que a formação da vontade legislativa aproxima-se mais de um sistema de embate de interesses individuais que de uma ágora de debate voltado ao consenso em torno de interesses públicos?

### III. O presidencialismo de coalizão e o esforço de desfragmentação do poder político.

Elemento central para a compreensão da democracia brasileira é o do seu caráter tendente à fragmentação e o ambiente produzido pelo *presidencialismo de coalizão*. A locução *presidencialismo de coalizão* foi cunhada por Sergio Abranches<sup>28</sup> e designa a realidade em que o desenvolvimento governamental depende do esforço de centralização do processo político na pessoa do Presidente da República. A agenda do governo eleito só é alcançável por meio da construção de alianças no Congresso Nacional. Coalizões que sejam aptas a criar a base de sustentação necessária para a aprovação de leis, medidas provisórias e emendas constitucionais que façam parte de seu projeto de governo. E isso gera uma equação complexa quando diante do sistema partidário e eleitoral brasileiro.

---

28 “[O] Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, ‘presidencialismo de coalizão’, distinguindo-o dos regimes da Áustria e da Finlândia (e a França gaullista), tecnicamente parlamentares, mas que poderiam ser denominados de ‘presidencialismo de gabinete’ (uma não menos canhestra denominação, formada por analogia com o termo inglês *cabinet government*)” (ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. “Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”. in *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, nº 1, 1988, pp. 21-22).

Com efeito, o multipartidarismo e o sistema eleitoral proporcional de lista aberta<sup>29</sup> sem cláusula de barreira contribuiu para dificultar, criando mais custos, o alinhamento do Congresso Nacional à vontade legislativa do Poder Executivo. Colocado de forma simples, é difícil governar o Brasil<sup>30</sup>. O sistema representativo brasileiro tende à fragmentação: o eleitorado tem incentivos para não se orientar pelo sistema partidário, mas pelas características pessoais de cada candidato. Desse modo, políticos não se sentem necessariamente vinculados aos interesses dos seus partidos, mas se voltam, com maior intensidade, à satisfação dos seus eleitores, ou mesmo financiadores e apoiadores. Esse aspecto, combinado com a ausência de cláusula de barreira<sup>31</sup>, favorece o surgimento e a sobrevivência (inclusive

---

29 O sistema eleitoral proporcional (art. 27, §1, e art. 45, da Constituição) dá-se quando “todos os partidos têm direito a representação, estabelecendo-se uma proporção entre o número de votos recebidos pelo partido e o número de cargos que ele obtém” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193). No Brasil, o sistema proporcional se dá com lista aberta, na qual o eleitor poderá votar em qualquer candidato de um determinado partido político, elegendo-se os mais votados de cada partido ou coligação de acordo com o quociente eleitoral. Pode-se dizer que “[o] modelo proporcional de listas abertas adotado entre nós contribui acentuadamente para a personalização da eleição, o que faz com que as legendas dependam, em grande medida, do desempenho de candidatos específicos. Daí o destaque que se confere à candidaturas de personalidades dos diversos setores da sociedade ou de representantes de corporação. Essa personalização do voto acaba por acentuar a dependência do partido e a determinar sua fragilidade programática” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 873-874).

30 Giovanni Sartori chegou a sustentar que o sistema presidencialista brasileiro não poderia funcionar. SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UnB, 1996, p. 110.

31 A noção de cláusula de barreira relaciona-se à ideia de que a existência de um determinado partido nos órgãos representativos depende de um número mínimo de votos válidos. O art. 13 da Lei dos Partidos Políticos, nesse sentido, limitava funcionamento parlamentar apenas aos partidos políticos



com recursos do fundo partidário) de interesses dispersos no Congresso Nacional, bem como a manutenção de partidos, que, apesar de nanicos, terão algum poder de barganha no Parlamento. Isso sem falar que o modelo federativo e sem verticalização das coligações de candidatos cria ainda mais descentralização política e dificuldade de definição de uma base de governo.

É verdade, contudo, que a Constituição de 1988, diferentemente da Carta de 1946, proveu a Presidência de República de ferramentas institucionais que permitiram um bom nível de governabilidade. A democracia brasileira, a despeito de eventos turbulentos, é estável<sup>32</sup>, suas instituições são sólidas e houve desenvolvimento<sup>33</sup>. Uma forma de compreender esse sucesso do funcionamento da máquina pública<sup>34</sup> está no arranjo que permitiu a ascensão do Presidente da República a uma posição central na máquina

---

que obtivessem pelo menos 5% dos votos válidos. Tal norma, entretanto, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. V. ADI nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.12.2006, DJ 30.03.2007 e ADI nº 1.354 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 07.02.1996, DJ 25.05.2001. Segundo a Corte, a cláusula de barreira, tal como desenhada, violava os princípios da reserva legal proporcional, da “igualdade de chances”, do pluripartidarismo e, por fim, dos direitos de liberdade assegurados às minorias parlamentares. O sistema brasileiro, assim, favorece a propagação de uma larga escala de partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o que dificulta a aprovação de projetos sem a formação, pelo Poder Executivo, de coalizões partidárias.

- 32 BARROSO, Luís Roberto. “Brasil: o caminho longo e sinuoso”, conferência proferida na New York University em 11.04.2016, disponível na internet, no sítio <http://s.conjur.com.br/dl/barroso-defende-reforma-eleitoral.pdf> (acesso em 16.05.2016).
- 33 ALSTON, Lee; Melo, Marcus André; MUELLER, Bernardo e PEREIRA, Carlos. *Brazil in transition: beliefs, leadership, and institutional change*. Princeton: Princeton University Press, 2016.
- 34 MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2013.

decisória estatal<sup>35</sup>. Isto é, se, de um lado há fragmentação, de outro, a Constituição de 1988 “alterou significativamente o equilíbrio entre os poderes estabelecidos pela constituição democrática anterior [1946], concentrando poder no Executivo”<sup>36</sup>. Poderes esses que vão desde a previsão de capacidades normativas primárias (i.e. edição de medidas provisórias e regulamentos autônomos, cfr. Art. 62 e art. 84, VI, *a*, CRFB) e o poder de veto (art. 66, § 1º, CRFB), passando por reservas de iniciativas legislativas em questões relevantes (v. art. 61, § 1º e art. 63, CRFB), como também pela definição da pauta legislativa, inclusive com seu trancamento (art. 64, §§ 1º e 2º; além, é claro, do art. 62, § 6º, CRFB). Tudo com o apoio e em conjunto com os líderes partidários, que negociam a sustentação da base do governo em troca de votos e de posições de destaque na Administração Pública (como o

---

35 Nesse sentido, v. Fernando Limongi: “Nada autoriza tratar o sistema político brasileiro como singular. Coalizões obedecem e são regidas pelo princípio partidário. Não há paralisia ou síndrome a contornar. A estrutura institucional adotada pelo texto constitucional de 1988 é diversa da que consta do texto de 1946. O presidente teve seu poder institucional reforçado. Para todos os efeitos, a Constituição confere ao presidente o monopólio sobre iniciativa legislativa. A alteração do status quo legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo. Entende-se assim que possa organizar seu apoio com base em coalizões montadas com critérios estritamente partidários. Para influenciar a política pública é preciso estar alinhado com o presidente. Assim, restam aos parlamentares, basicamente, duas alternativas: fazer parte da coalizão presidencial na legislatura em curso, ou cerrar fileiras com a oposição esperando chegar à Presidência no próximo termo. É equivocado insistir em caracterizar nosso sistema por suas alegadas falhas, pelas suas carências. Inverter a perspectiva, no entanto, só torna a tarefa mais difícil, pois implica aceitar a necessidade de explicar o real, não de condená-lo ou censurá-lo.” (LIMONGI, Fernando. “Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”, in *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, nº 76, 2006, pp. 40-41).

36 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. “Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira”, in *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 147.

exercício de cargos e funções) ou de liberação de emendas orçamentárias.

Nesse sentido, Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi argumentam que a Presidência da República possui mecanismos institucionais capazes de criar incentivos de direcionamento da agenda do Congresso Nacional, num padrão de êxito que se assemelha a regimes parlamentaristas<sup>37</sup>. Tanto é assim, que 83,3% das leis aprovadas no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988 até 2007 são de iniciativa da Chefia do Poder Executivo<sup>38</sup>. E mais: após 1988, o Poder Executivo raramente foi derrotado no processo político. Em estudo publicado em 2007, verificou-se que dos 2.965 projetos de lei apresentados pelo Poder Executivo, apenas 65 foram rejeitados<sup>39</sup>. Isto é: o Presidente, no Brasil, controla a agenda do Poder Legislativo<sup>40</sup>. Quanto a isso parece haver argumentos muito fortes. O problema é saber: a que custo?

Realmente, ao contrário do sustentado por Fernando Limongi e Argelina Figueiredo, pode-se argumentar que as coalizões geradas pelo desenho institucional estabelecido a partir de 1988 possui problemas. Há estudos<sup>41</sup> que demonstram existir uma correlação entre o arranjo do

---

37 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. "Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira", in *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 160.

38 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, p. 157.

39 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, p. 158.

40 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, p. 158.

41 V. CARVALHO, Márcio André de. "How logrolling can explain the failure of the government coalition in Brazil", in *RAP (Revista de Administração Pública)*, vol. 40, n° 5, Rio de Janeiro, set.-out. 2006, pp. 865-882.

presidencialismo de coalizão e um modelo de formação de uma vontade legislativa enviesada, fruto de troca de apoios (de fora para dentro, envolvendo atores privados, e de dentro para fora do aparato estatal, envolvendo o esforço e os custos da Presidência da República em formar sua coalizão).

Esse sistema de alinhamento de coalizão também pode ser correlacionado a mais grave e crônica falha do sistema político brasileiro: a corrupção, tendo sido o “mensalão” e o “petrolão” os exemplos notórios mais recentes<sup>42,43</sup>. Nessa toada, há boas razões para se dizer que a estabilidade do desenvolvimento da agenda da Chefia do Poder Executivo pode exigir esforços que vão além de custos regulares de captação de interesses parlamentares, como a distribuição de cargos no Poder Executivo.

O custo de governabilidade é muito alto e parece exigir mais. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève já teve a oportunidade de afirmar:

O problema é o custo da governabilidade, um custo de tal modo transbordante que implica práticas transitando na contramão das promessas do Constituinte em relação à boa governança e aos princípios reitores da Administração Pública. O *mensalão* represen-

---

42 V. PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. “Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas”. In *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, pp. 207-234.

43 O “mensalão”, caso que ficou nacionalmente conhecido pelo esquema de compra de apoio político por meio de pagamentos de propina a parlamentares com o objetivo de obter votações a favor de projetos do governo, resultou na condenação de diversos agentes políticos pelo Supremo Tribunal Federal (AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, DJe 22/04/2013). Para maiores informações, v. FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão*: diário de um julgamento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Já o “petrolão”, apelido conferido ao esquema de corrupção e lavagem de dinheiro investigado pela “Operação Lava Jato”, tem como foco a suposta organização de grandes empreiteiras em cartel e o pagamento de propina para altos executivos da Petrobras e outros agentes públicos.

taria de modo eloquente o que vem de ser afirmado. A exigência de governabilidade, que não é garantida de modo institucional, reclamaria uma espécie de *realismo político* suficiente para justificar determinadas condutas administrativas heterodoxas que vão sendo aceitas com naturalidade e despudor.<sup>44</sup>

Em outras palavras, há suficientes motivos para sustentar que a coalizão que se viabilizou nos últimos anos não seja tão facilmente explicada pelas vantagens institucionais de gestão da agenda do Congresso Nacional pelo Poder Executivo. Ela pode envolver compra de votos, direcionamento por grupos de interesse e um desvio da vontade democrática. E se é possível chegar-se ao extremo do direcionamento da vontade democrática por meio da compra de votos<sup>45</sup>, é porque também é viável concluir-se haver um sistema de trocas no mercado político digno de alguma atenção dos estudiosos do direito.

A política e as decisões legislativas, já se diz isso com frequência nos estudos de regulação econômica no Brasil, estão sujeitas a capturas de setores interessados em uma dada medida estatal. Grupos de interesse variados buscarão vantagens competitivas em seus mercados por meio da regulação (legislativa, inclusive), a qual é aqui vista como uma mercadoria<sup>46</sup>. O que a abordagem aqui proposta

---

44 CLÈVE, Clèmerson Merlin. "Presidencialismo de coalizão e administração pública", in *Migalhas de Peso*, 2012, disponível *on line* em [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), acesso em 06.09.2012.

45 Veja-se o julgamento da Ação Penal nº 470, pelo STF, rel. Min. Joaquim Barbosa.

46 A noção de *captura* parte da premissa de que a regulação - em sentido amplo - é um *produto*, cuja demanda é *provocada* pelos agentes de um determinado setor econômico, no sentido de que a intervenção estatal lhes fosse favorável, ou mesmo que lhes criasse um mercado antes inexistente. V. STIGLER, George J.. "A teoria da regulação econômica", in *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano* (coord. Paulo Mattos), São Paulo: Editora 34, 2004, 23-48. No Brasil, o debate sobre captura foi inserido

indica é que esse padrão de comportamento pode ser mais abrangente e ensejar outras preocupações. A realidade do presidencialismo de coalizão parece fazer mais sentido diante da perspectiva pessimista das teorias das escolhas pública (*public choice*), com o que se aponta para falhas da democracia brasileira merecedoras de atenção.

#### **IV. Falhas do procedimento democrático no Brasil e *public choice*.**

A fragmentação do sistema político brasileiro gera um forte sistema de incentivos para distorções democráticas. O mensalão, já julgado pelo STF, é um caso extremo de ilustração desse problema. Os *mensaleiros* fizeram um cálculo entre os riscos envolvidos<sup>47</sup> e tomaram uma decisão. Infelizmente,

---

a partir dos estudos sobre a independência das agências reguladoras, que não podem estar simplesmente a serviço dos agentes econômicos regulados. V. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 300-301; e LOSS, Giovani. “Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências”, in *O poder normativo das agências reguladoras*, coord. Alexandre Santos de Aragão, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 154-156.

47 “A principal escola de análise econômica dedicada ao estudo do setor público, a *public choice*, dedicou-se a analisar principalmente o papel dos benefícios no cálculo de utilidade dos agentes corruptores. Por isso, sempre entendeu a corrupção como o resultado da busca, pelos agentes, de rendas monopolistas concedidas pelo Estado (*rent-seeking*) (JAIN, 2001). A busca de benefícios como a proteção, títulos, licenças ou outros direitos faria com que agentes ou grupos promovessem as transações corruptas como uma forma complementar – ou substituta – a outras estratégias de *rent-seeking*, como o lobby, a captura de burocratas ou a simples pressão de grupos de interesse (TULLOCK, 1987).” (v. VIEIRA, James Batista. “O impacto das capacidades institucionais do setor público: um estudo exploratório sobre as causas e efeitos das improbidades na administração pública municipal brasileira”, in *Prevenção e combate à corrupção no Brasil. Sexto concurso de monografias da CGU. Trabalhos Premiados*, Brasília: ESAF, 2011, p. 141. Disponível na internet (acesso em 15.10.2012): [http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6\\_ConcursoMonografias/resultado-compilado.pdf](http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/resultado-compilado.pdf).

os incentivos apontaram no sentido da corrupção, cujos custos lhes pareceram baixos em relação às vantagens que lhes eram oferecidas. Vale dizer, os incentivos existentes – muito provavelmente – tiveram um papel no resultado da coalizão e posteriormente na aprovação de atos legislativos aprovados pelo sistema político representativo.

Não se trata de sustentar um determinismo institucional<sup>48</sup>, mas de mostrar que o funcionamento da democracia brasileira tem problemas na concepção do seu arranjo. Os incentivos gerados são dignos de consideração. Mais que isso, o contexto é digno de imposição de sanções e o direito penal terá um papel importante no redesenho dos incentivos futuros<sup>49</sup>.

Diante dessas dificuldades, indaga-se se não haveria de se pensar em outras saídas institucionais. Parece certa a tese segundo a qual para se combater a corrupção é preciso aumentar os seus custos e diminuir seus incentivos<sup>50</sup>, o que inclui a necessidade de um sistema de sanções que funcione. Também parece correto dizer que as principais reformas institucionais contra o direcionamento da deliberação democrática em favor de facções ou de interesses não republicanos deverão partir dos próprios órgãos políticos<sup>51</sup>.

Por outro lado, diante do papel atribuído à noção de democracia no discurso constitucional brasileiro após 1988,

---

48 PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. “Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas”. In *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*, org. Magda Inácio e Lucio Rennó, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009, p. 208.

49 Veja-se o julgamento da Ação Penal nº 470, pelo STF, rel. Min. Joaquim Barbosa.

50 ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government. Causes, consequences and reform*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

51 SUNSTEIN, Cass. “Interest group in American public law”, in *Stanford Law Review*, vol. 38, nº 29, p. 68.

questiona-se se a jurisdição constitucional seria um caminho complementar de aperfeiçoamento do sistema. O que pode fazer a jurisdição constitucional diante da constatação de que o processo político foi viciado e orientado por interesses de facções ou de grupos de interesse bem articulados e aptos a direcionar a coalizão majoritária?

## V. Jurisdição constitucional e as facções.

A pergunta que se quer colocar no presente estudo é: se a jurisdição constitucional tem por finalidade garantir o bom funcionamento da democracia representativa, devendo atuar incisivamente quando essa se coloca em xeque, o que fazer quando se constata que a democracia nem sempre funciona devidamente e muitas vezes é orientada por interesses de facções articuladas?

Segundo Cass Sunstein<sup>52</sup>, além da possibilidade de modificações estruturais no sistema representativo voltadas a promover valores republicanos – o que acreditamos deva ser um esforço contínuo –, há três formas básicas de lidar com o reconhecimento de que as facções existem e distorcem uma democracia representativa. A primeira é a criação de poderosos “escudos de direitos” para guarda de esfera de autonomia individual na qual o Estado não pode interferir<sup>53</sup>. O escudo serve de barreira a qualquer finalidade estatal que, bem ou mal intencionada, não poderá transpor esse limite, a ser assegurado pelo Poder Judiciário. Com isso, evita-se que as facções invadam e distorçam a liberdades básicas de cada sujeito.

---

52 SUNSTEIN, Cass. “Interest group in American public law”, in *Stanford Law Review*, vol 29, 1985-1986, p. 33-34.

53 Essa é a solução, por exemplo, de EPSTEIN, Richard. *Takings*, Cambridge: Harvard University Press, 1984.



Na prática, essa forma de proteção, na ciência jurídica nos EUA, serviria como um meio de resistência às expansões redistributivas do Estado de bem estar social. Nessa perspectiva, as pretensões de transferência de riqueza e alteração do *status quo* seriam conquistas de uma maioria organizada (facção articulada) contra uma minoria que veria a sua riqueza tomada e redividida. Essa é a tônica da obra de Richard Epstein<sup>54</sup>, cuja preocupação é prevenir os riscos dos abusos da maioria, que tem incentivos (e meios eficientes num sistema de sufrágio universal) para tomar para si a riqueza da minoria.

Para Epstein, a propriedade privada faz parte dessa esfera de liberdades e não deve ser objeto de escolhas coletivas, mas individuais<sup>55</sup>. O Poder Judiciário deve estar atento aos abusos da maioria com a propriedade privada da minoria. Em seu entender, nesse sentido, “há uma relação direta entre o tema das desapropriações (*takings*) e o processo político”<sup>56</sup>. Sempre haverá o risco de que instituições locais, com poder de polícia, venham a publicizar faculdades inerentes ao direito de propriedade sem indenização, valendo-se do princípio majoritário<sup>57</sup>. Assim, Epstein defende, por exemplo, a supervisão judicial cautelosa de normas de zoneamento urbano, de modo a corrigir as falhas do processo político<sup>58</sup> e os abusos da maioria contra a minoria.

---

54 Conforme a leitura de RUBENFELD, Jed, “Usings”, in *Yale Law Journal*, 1992-1993, vol. 102, p. 1135.

55 Nessa linha, não há espaço para o desenvolvimento de uma abrangente noção – como a desenvolvida no Brasil, por disposição constitucional expressa – de função social da propriedade.

56 EPSTEIN, Richard. *Takings*, Cambridge: Harvard University Press, 1984, p. 265.

57 EPSTEIN, Richard. *Takings*, p. 265.

58 EPSTEIN, Richard. *Takings*, p. 265.

Uma segunda forma<sup>59</sup> é partir da existência dos grupos de interesse como um dado; uma circunstância do regime democrático pluralista, explicado muito mais pelo embate de interesses, que pela busca de um consenso voltado ao bem comum. A ordem política, nessa visão, é comparada a um mercado de interesses, os quais não se voltam à composição, mas geram compromissos ou submissão de um pelo outro. Essa lógica de mercado poderia promover bem-estar social da mesma forma que a *mão invisível* de Adam Smith regula a economia. Nessa toada, as facções não são um problema, mas elementos do próprio sistema.

Uma terceira maneira<sup>60</sup> de se reagir à constatação das facções pressupõe ajustar a segunda resposta de modo a que, ainda que se reconheça a existência desse mercado e da mão invisível, veja-se como necessário não deixar de lado grupos que não conseguem fazer-se escutar. Trata-se da solução procedimental clássica de J. Hart Ely<sup>61</sup>, inspirada na nota de rodapé nº 4 de *Carolene Products*<sup>62</sup>. Segundo essa perspectiva, conforme já registrado, as falhas no sistema representativo com a desconsideração de minorias com dificuldades de impor sua agenda justificarão uma atuação mais rigorosa da jurisdição constitucional. O processo democrático seria remediado, assim, pela atuação judicial, que daria voz àqueles que não a tivessem nos órgãos político.

Mas seriam suficientes e corretas essas abordagens? Há argumentos para dizer que não. A noção de escudo de direitos, embora possa servir como *primeiro passo* em alguns casos, peca por ser demasiadamente abrangente

---

59 SUNSTEIN, Cass. "Interest group in American public law", *cit.*, p. 33-34.

60 SUNSTEIN, Cass. "Interest group in American public law", *cit.*, p. 34.

61 ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

62 *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (j. 1938).

de um lado, além de se revelar insuficiente, de outro. Se há esferas de autonomia individual que não podem ser objeto de deliberação da maioria, também é certo que, nos espaços em que ela é possível, não se poderá, simplesmente, ignorar as falhas da formação da vontade coletiva. Isso sem mencionar que os excessos nas proteções e criação de escudos de direitos pode levar à cristalização do *status quo*. Se ao direito constitucional cabe um papel de manutenção de direitos, a ele também se espera uma capacidade de modificar a realidade.

Ademais, as abordagens procedimentais clássicas não parecem dar a atenção devida à formação de vontades legislativas por meio de deliberações enviesadas. O seu foco é na proteção de minorias insulares e não numa análise mais ampla do procedimento como um todo. Não se considera, com a devida atenção, o mundo real da política fornecido pelos instrumentais teóricos de *public choice*, muito embora se considerem, *madisonianamente*, a existência de facções.

Entendemos que o instrumental teórico de *public choice*, embora não conduza, necessária e concretamente, àquilo que se deva fazer, traz provocações sobre a urgência de uma reação<sup>63</sup>. Inclusive no que diz respeito à jurisdição constitucional. O desafio é tentar entender como a compreensão da realidade de um mundo imperfeito pode interferir com o exame da validade de leis aprovadas no bojo de sistemas deliberativos falhos.

---

63 FARBER, Daniel A. e Frickey, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

## VI. Usando *public choice* para se legitimar e aperfeiçoar a jurisdição constitucional.

Jerry Mashaw<sup>64</sup> oferece uma proposta sobre o papel da perspectiva de *public choice* para o direito público e para a jurisdição constitucional. Segundo o autor, é possível defender-se que o controle de constitucionalidade de leis seja mais intenso quando se estiver diante de sinais que apontem para a existência de algum direcionamento da deliberação por grupos de interesse. O esforço é de construção de modelos teóricos que sejam aptos a aperfeiçoar o direito público usando a *public choice* como ponto de partida. *I.e.*, de uma perspectiva realista do processo político, em que os agentes envolvidos são maximizadores dos próprios interesses e direcionaram o processo político com esse espírito.

Assim, “eleitores, como consumidores, tentam escolher o que é melhor para eles. Representantes eleitos, como empresas, tentam fornecer às pessoas o que elas querem”<sup>65</sup>. Dessa forma, “há uma relação de oferta e demanda funcionando num mercado de ações coletivas. Como qualquer mercado, é claro, o mercado político tem distorções”<sup>66</sup>. Afinal, os meios de comunicação e informação entre agentes eleitos e eleitores podem ser vagos, contraditórios e lacônicos, sendo, ainda, difícil monitorar a qualidade da ação dos mandatários do povo por aqueles que os elegeram<sup>67</sup>.

---

64 MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997.

65 MASHAW, Jerry. *Greed, Chaos and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 11.

66 MASHAW, Jerry. *Op. e loc. cit.*

67 MASHAW, Jerry. *Op. e loc. cit.*

As falhas de mercado parecem ser inevitáveis. Eleitores, num problema típico de agência<sup>68</sup>, não controlam seus escolhidos, e o político vive no dilema de obter mais recursos para se sustentar no poder sem que aborreça os grupos que o apoiou ou que podem apoiá-lo no próximo sufrágio<sup>69</sup>. Nesse sentido, pode-se analisar o processo legislativo como o conjunto de acordos entre legisladores e grupos privados que favorecem a ambos<sup>70</sup>. A lógica é do interesse individual e da maximização de vantagens pessoais.

E o que se pode fazer com essa constatação? Primeiro deve-se colocá-la em prova. Até que ponto é verdadeiro o cenário descrito pelas teorias das escolhas públicas? Nem sempre será. Não se deve negar, como já registrado acima, que, em muitos casos, políticos são orientados por inspirações altruístas e republicanas<sup>71</sup>; por interesses verdadeiramente públicos<sup>72</sup>. Normas anti-discriminação de minorias, ou políticas de proteção de animais em extinção, por exemplo,

---

68 O problema se explica nas dificuldades naturais que existirão entre o interesse do mandante (*principal* – no caso, os eleitores) e a ação do seu *longa manus* (*agente* – no caso, os agentes eleitos). Embora os eleitores precisem de representantes, seus interesses podem ser frustrados pela ação de seus mandatários. As teorias de agência e o seu dilema inerente estão presentes em estudos das mais variadas áreas, tais como contabilidade, economia, finanças, comportamento organizacional, bem como ciência política. Trata-se de uma poderosa ferramenta pragmática que contribui para variados estudos comparados, sendo ponto de referência para aperfeiçoamento institucional. A propósito, v. EISENHARDT, Kathleen M. "Agency Theory: An Assessment and Review", in *The Academy of Management Review*, vol. 14, n. 1, 1989, pp. 57-74.

69 MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*, p. 15.

70 MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*, p. 20.

71 Criticando a perspectiva da *public choice* com esse olhar: ACKERMAN, Bruce. "Beyond carolene products", in *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713-746.

72 MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*, p. 33.

difícilmente poderão ser analisadas como sendo resultado de interesses privados articulados. Nesses casos, além de serem extraíveis fortes justificações morais para elas, não é fácil identificar um setor favorecido que poderia dar apoio ao agente público articulador da medida (pode ser que ele não exista, ou que, pelo menos, não se coloque como um *player* no mercado político).

De outro lado, ainda que seja possível visualizar vencedores numa escolha pública, ou setores favorecidos por uma dada política, isso não necessariamente implicará sustentar que houve uma articulação por captura daqueles favorecidos. Toda medida estatal será melhor para uns e pior para outros<sup>73</sup>. Aqueles que ganharam não necessariamente terão se articulado para distorcer o processo político. E mesmo que isso tenha sido feito, até que ponto se poderá dizer que não era importante a edição da norma e sua política?

Pense-se na exigência de cintos de segurança em todos os veículos automotores. Quando tal imposição foi feita, pode-se afirmar, ganharam os fabricantes de tais equipamentos e perderam as montadoras, que terão um custo ampliado. Por outro lado, ganharam também os consumidores, que, apesar de terem um custo incorporado ao produto, terão diminuídas as chances de um acidente fatal, podendo-se defender que a medida, ainda que provocada por interesses privados, seja legítima, moralmente justificável e coletivamente conveniente. Em verdade, o exame cuidadoso de boa parte das normas jurídicas e das políticas públicas fará concluir pela plausibilidade da tese segundo a qual houve interesses privados ou públicos que as motivaram<sup>74</sup>.

---

73 “Partindo-se da hipótese correta, tudo poderá ser sempre explicado *ex post*”, como sendo uma política de favorecimento de um grupo (MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*, p. 34).

74 MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve*

Nesse sentido, não se trata de abandonar a crença na democracia representativa e na sua inclinação de gerar resultados justificáveis em face de valores morais e republicanos, ou de princípios de promoção de bem-estar. A democracia representativa continua sendo a grande forma de gestão da coisa pública. Ou, pelo menos, a mais desejável. É isso não apenas porque inexistente outra configuração de governo que minimamente lhe contraponha como a mais legítima. Mas também porque se trata de um sistema que continua (e continuará por muito tempo) dando bons frutos e promovendo resultados justos e bem intencionados por sujeitos movidos por inspirações republicanas e argumentos morais.

Isso, todavia, não significa dizer que se deva desenhar as instituições partindo-se de premissas antropológicas altruístas. O cotidiano democrático não funciona desse jeito. A democracia tem defeitos que poderão (e deverão) ser tratados pelo direito, assim como são remediadas as falhas de mercado por meio da regulação e dos instrumentos de análise e advocacia da concorrência. Mercados não são perfeitos. A política idem. Não há competição equilibrada, como também se tende a uma cartelização de interesses políticos<sup>75</sup>.

É nesse ponto que se pode vislumbrar um papel ao Poder Judiciário. A jurisdição constitucional pode e deve ter uma função nesse contínuo processo político. E talvez tenha sido esse o *insight* inicial – posteriormente um pouco esquecido, de alguma maneira, ao menos no Brasil – das

---

*public law*, p. 37.

75 “O conluio entre os representantes eleitos, para não mencionar a sua infugibilidade, faz com que o ‘mercado’ para grupos de interesse seja influenciado de forma imperfeita. Representantes têm oportunidades significativas para descumprir acordos e para racionalizar tais descumprimentos em razão de obstáculos institucionais à performance ou em consideração a coalizões de longa data” (MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*, p. 36).

teorias procedimentais, que acabaram por ganhar mais eco em argumentações contrafáticas habermasianas.

O fato é que a jurisdição constitucional é – e continuará sendo – um mecanismo poderoso de garantia do procedimento democrático representativo brasileiro. A questão é saber até que ponto as constatações advindas das teorias das escolhas públicas ensejarão algum tipo de reação. Um caminho em que isso se mostra viável relaciona-se a uma proposta de aprofundamento do exame do postulado da proporcionalidade; ou de um rigor mais elevado no teste da racionalidade da medida entre seus meios e fins quando houver sinais de atuação de facções.

## VII. Motivações legislativas e o teste da proporcionalidade.

O teste da proporcionalidade, onipresente instrumento da ponderação de interesses no direito brasileiro<sup>76</sup>, incorpora aspectos que inevitavelmente trarão à tona elementos externos e anteriores à edição do ato normativo. A proporcionalidade confere ao intérprete a possibilidade de consideração das prognoses das medidas legislativas, em face das suas reais consequências. Só assim será possível aplicar os seus subtestes de adequação, necessidade e proporcionalidade

---

76 V., por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 218-246; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 310-382; e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, pp. 23-50.



em sentido estrito<sup>77</sup>, os quais pressupõem um exame de causa e efeito.

Com efeito, quando estiver examinando a proporcionalidade de uma norma jurídica, o juiz deverá empenhar-se em verificar os subsídios relevantes para a solução do problema que lhe é colocado. O seu objetivo deve ser o de buscar os dados externos ao direito, os quais minimamente suficientes para uma decisão informada<sup>78</sup>. Isso pode incluir conjecturas, avaliações e prognoses legislativas. A proporcionalidade da medida dependerá do exame sobre os efeitos pretendidos e quais as causas apontadas para um determinado resultado.

---

77 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal explicar o método de aplicação do dever da proporcionalidade. Veja-se o voto de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)” (IF 2257 / SP, rel. para o acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 26.03.2003, DJ 01.08.2003, p. 116).

78 No exercício da *ponderação* (de bens ou interesses), a etapa de *verificação dos fatos relevantes*, seguindo-se a proposta metodológica de Ana Paula de Barcellos, é da maior importância para a tomada de uma decisão racionalmente fundada, o que reforça a necessidade de que o juiz efetivamente busque todas as informações. A dificuldade nisso está na escolha quanto aos fatos que efetivamente deverão ser considerados (v. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116).

A perspectiva de *public choice* sugere que se verifique um pouco mais. As escolhas públicas fazem inspirar o intérprete a uma busca sobre as reais motivações e os incentivos que podem ter sido os motores de uma determinada decisão legislativa. Visto de outra forma, à perspectiva de *public choice* interessará saber se houve ação de grupos de interesses apta a deslegitimar o funcionamento do processo político. Ou, no caso brasileiro, a desvirtuar os incentivos de coalizão e direcionamento democrático da vontade legislativa.

A investigação acerca do desenvolvimento da produção legislativa e a eventual influência de grupos de interesse não é uma completa novidade no universo jurídico brasileiro. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) possui precedentes sobre a investigação da prática de grupos de interesse organizados para elaboração de regras anticompetitivas que resultaram em penalização dos grupos de interesse envolvidos.

Um caso ilustrativo se deu em relação a empresas do mercado de redes de postos revendedores de combustíveis no Distrito Federal. No âmbito do Processo Administrativo nº 08000.02481/1994-77, o CADE condenou diversos agentes pela pressão exercida, de forma coordenada, para evitar a entrada de concorrentes no mercado. Dentre as diversas condutas anticompetitivas analisadas, um dos aspectos mais relevantes para a decisão do Conselho foi o fato de os condenados terem, comprovadamente, exercido sua pressão política para elaboração de legislação anticoncorrencial.

Tal pressão teria se dado por meio de audiências com deputados e discussões concretas sobre os termos de projeto de lei (redigido pelos próprios condenados) que veio a resultar na edição da Lei Complementar Distrital nº 294/2000, diploma que, ao criar barreiras de entrada no

setor<sup>79</sup>, passou a vedar a edificação de postos de abastecimento de combustíveis nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, *shopping centers*, teatros, cinemas e nas proximidades de escolas e hospitais<sup>80</sup>. Na oportunidade, o CADE inclusive teceu diversas considerações acerca da inconstitucionalidade material da lei por violação à livre iniciativa, à livre concorrência e ao postulado da proporcionalidade<sup>81</sup>.

Em razão das conclusões expostas pelo CADE, a Procuradoria Geral de Justiça do Distrito Federal ajuizou, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), a ADI nº 2004.00.2.007874-3, aduzindo que a Lei Complementar nº 294/200 era “*fruto da articulação política de empresários do setor varejista de combustíveis*,

---

79 A regulação de entrada, instrumento jurídico das referidas barreiras, implica a criação de limites “ao número de agentes econômicos em um determinado mercado”, bem como na criação de “requisitos mínimos para a respectiva entrada e permanência” (RAGAZZO, Carlos. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 150).

80 Para um relato completo sobre o caso, v. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 97-102.

81 Nas palavras do relator, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, “a completa proibição a instalação de postos de revenda de combustíveis não me parece adequada aos imperativos de segurança da população, pois ela não se figura indispensável aos imperativos da segurança da população do DF, pois para tanto bastaria que fossem estabelecidos rígidos padrões de garantia da segurança que, caso desatendidos, gerariam a impossibilidade da concessão de autorização da instalação dos postos em estacionamentos. Assim, seria mais eficaz determinar que a autorização somente fosse efetivada caso atendidas medidas rigorosas de preservação da segurança (como distância mínima dos automóveis, padrões dos tanques, autorização do corpo de bombeiros, etc), e garantia de adequado abastecimento (como ao do tamanho da área destinada ao posto, número de bombas, etc.). Existindo medida mais eficaz que alcançasse o imperativo de segurança, resta claro que não havia a necessidade de se infringir os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, tornando patente também a violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito” (Processo nº 08000.024581/1994-77, fls. 1.907).

*preocupados que estavam com o ingresso no mercado de combustíveis de um hipermercado de renome do Distrito Federal”*. Ocorre que, em que pesem as provas contundentes de que a Lei Complementar havia sido aprovada unicamente para atender a um grupo de interesses específico, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por maioria, decidiu pela constitucionalidade do diploma distrital<sup>82</sup>. Salvo raras exceções<sup>83</sup>, a maioria das discussões travadas pelo Conselho Especial do TJDFT se deu pela ponderação entre o princípio da livre iniciativa e o dever estatal de promover a segurança e saúde da população, ignorando os interesses atendidos quando da edição da lei.

A questão foi levada, então, ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 597.165. O STF foi deferente ao entendimento do TJDFT, declarando a

---

82 ADI nº 20040020078743, Rel. Des. Sérgio Bittencourt, Rel. Designada Haydevalda Sampaio, Conselho Especial, j. 23.10.2007, DJe 16.04.2015.

83 Além do desembargador relator Sérgio Bittencourt, que teceu considerações sobre o procedimento instaurado pelo CADE, o Desembargador Lécio Resende ressaltou sua preocupação acerca da legitimidade do diploma distrital à luz dos grupos de interesses envolvidos na sua elaboração. Nas palavras do magistrado: “Em se tratando de edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação, aqui se acrescenta a proibição, a meu ver apenas para encobrir o verdadeiro propósito ou finalidade da lei que é a de manter a existência de um cartel na área de combustíveis do Distrito Federal. Isso já foi objeto de uma longa apuração. Acrescentaram-se, então, teatros, cinemas, “shopping centers”, escolas e hospitais para não ficar claríssimo que a vedação se dirigia especificamente a supermercados, hiper-mercados e similares. (...) Então fica o registro da ilegitimidade da lei na sua origem, o que faz crer que ela tem um fundamento inclusive imoral, porque o povo elege seus representantes para legislar diretamente em seu nome, lembrando que todo poder emana do povo e é exercido em seu nome, nos termos da Constituição, embora fraudada. Isso tenho afirmado, também, com certa constância. Nessa parte, a fraude - embora a fraude tudo corrompa -, não chegou a corromper esse princípio constitucional da origem e da legitimidade do poder.” (ADI nº 20040020078743, Rel. Des. Sérgio Bittencourt, Rel. Designada Haydevalda Sampaio, Conselho Especial, j. 23.10.2007, DJe 16.04.2015, p. 71).

constitucionalidade da Lei Complementar por considerar que a obrigação constitucional do Estado de proteger a incolumidade pública autoriza, “por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional”<sup>84</sup>.

Questiona-se o acerto do aresto do Supremo Tribunal Federal. Por um lado, a Corte poderia ter reconhecido a inconstitucionalidade material da lei, visto que a restrição veiculada pela Lei Complementar acabava por desproteger o consumidor ao mudar-se em instrumento de concentração econômica<sup>85</sup>, entendimento esse que estaria calcado, inclusive, no Enunciado nº 646 da Súmula de Jurisprudência do STF<sup>86</sup>. Mas há algo a mais que poderia ser acrescentado a esse debate. Além do *mercado do setor de revenda de combustíveis*, poder-se-ia averiguar – ou ao menos considerar – o *mercado político*, e as falhas que tenham eventualmente contribuído para a edição das leis atacadas, tal como já indicado pelo CADE.

As lentes das teorias das escolhas públicas poderiam contribuir para o exame da questão. Ao invés de enfrentar o problema partindo apenas das premissas declaradas pelo legislador (de zoneamento do funcionamento das revendedoras de combustíveis e a proteção da população), a

---

84 RE nº 597.165 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 28.10.2014, DJe 09.12.2014.

85 Essa foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal em casos de legislações que limitavam a instalação de farmácias no Município de São Paulo: ADI 2.327-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.05.2003, DJ 22.08.2003; RE nº 193.749-SP, rel. para o Acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 04.06.1998, DJ 04.05.2001.

86 “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Recentemente, foi editada a Súmula Vinculante nº 49, com idêntica redação.

teoria das escolhas públicas e a consideração dos incentivos presentes no modelo representativo brasileiro provocariam o intérprete a cogitar de hipótese segundo a qual a imposição das normas seria fruto de uma articulação de interesses privados junto aos legisladores distritais (o que, segundo o CADE, seria um fato inequívoco). Há boas razões para sustentar que argumentos de *public choice* poderiam justificar um controle mais reforçado da constitucionalidade de leis. Um controle para além da garantia de direitos (no caso, direitos da livre iniciativa). Um controle voltado ao funcionamento da democracia, cuja promoção é critério legitimador da própria jurisdição constitucional.

Por outro lado, como se disse, não é fácil fazer uma avaliação sobre o mercado político e o seu eventual desvirtuamento em benefício de facções. De uma forma ou de outra, haverá argumentos a apontar no sentido de que uma medida legislativa motivada por interesses não públicos é, de alguma forma, legítima. E de que, no exemplo citado, o legislador do DF agiu bem ao garantir a proteção da saúde e da incolumidade pública, ao restringir a instalação de postos de gasolina.

Ademais, é tormentoso o levantamento de conjecturas sobre as razões externas à norma jurídica. O exame sobre o surgimento de facções pode envolver avaliações complexas, a exigir posturas investigativas não compatíveis com os tipos de capacidades institucionais próprias de um julgador. Tais dificuldades, no entanto, embora dignas de consideração, não podem implicar a desistência do esforço de análise. E se for verificado um desvirtuamento significativo do processo democrático, sugere-se um controle judicial mais rigoroso quanto à proporcionalidade da medida.

Em verdade, o teste de proporcionalidade seria um primeiro passo para a compreensão de que a relação de

causa e efeito apontada pelo legislador é equivocada. E se há um erro, seria possível questionar até que ponto isso não foi fruto de uma distorção da deliberação democrática, que levou à escolha do meio “desnecessário” para atingir certo fim. Se houver essa desconfiança, haverá *mais um* argumento a legitimar o controle de constitucionalidade. Ou a esvaziá-lo, caso não haja possibilidade de imaginar-se existir um grupo de interesse a encaminhar o processo político.

No exemplo mencionado, deve-se analisar se a premissa de aperfeiçoamento do mercado por meio da limitação de entrantes é proporcional. Se é plausível que a medida seja adequada para esse fim. Sabendo-se que dificilmente, segundo a lógica econômica<sup>87</sup>, tem-se favorecimento do consumidor por meio da criação de barreiras de entrada, há bons motivos para se infirmar o argumento. E se há tais motivos, é porque podem existir, também, razões decorrentes da lógica do mercado político, a qual pode colaborar para justificar a declaração de inconstitucionalidade da medida. Não só em razão da violação de direitos substantivos de livre iniciativa, mas também em razão da distorção do processo político democrático.

A sugestão, nesse sentido, é a de aprofundamento da investigação das motivações legislativas em combinação à análise substantiva. Se houver sinais: de favorecimento de grupos de interesses, de que o debate foi enviesado, ou de que a representação não foi movida por interesses públicos, pode-se legitimar um teste de racionalidade (por meio da proporcionalidade) mais rigoroso. Um escrutínio mais firme (*strict scrutiny*); de um exame rotineiramente necessário para quando se está diante da violação a direitos fundamentais, o

---

87 DJANKOV, Simeon; PORTA, Rafael La; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; e SHLEIFER, Andrei. “The regulation of entry”, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. CXVII, fev. 2002, pp. 1-37.

qual também parece ser possível para a tutela da democracia real.

Nesse sentido, Jerry Mashaw defende que o ponto de ingresso do argumento de *public choice* é modesto, mas nem por isso menos importante. Afinal, juntamente com a justificativa substantiva, a *public choice* colabora para a compreensão real dos meios procedimentais de legitimação democrática. Assim, defende que as Cortes, no exame da validade de leis:

procurem por uma combinação de ‘sinais de alerta’ (*danger signals*) tanto substantivos quanto procedimentais que, em conjunto, poderiam sugerir que a legislação é essencialmente movida por interesses privados [*private regarding*] – que ela beneficie alguns grupos em maneiras que não poderão, convincentemente ser explicadas em termos de uma ampla gama de possíveis propósitos públicos, ou em termos de um processo democrático em bom funcionamento<sup>88</sup>

As provocações de um exame de *public choice* – isto é inegável –, fazem eclodir mais dúvidas que respostas, porquanto lançam o Poder Judiciário a um tipo de avaliação com a qual ele não tem familiaridade<sup>89</sup>. Julgar já é complexo. Perquirir sobre a qualidade da democracia é ainda mais difícil. Como se disse, o processo político é um ambiente que tradicionalmente sempre se quis evitar na análise jurídica – ou ao menos sempre se disse que se estava evitando. Investigar se o modelo de presidencialismo de coalizão gera resultados antidemocráticos, ou se os incentivos numa determinada aprovação de lei são inspirados por um grupo econômico articulado são trabalhos para os quais não se teve

---

88 MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*, p. 79.

89 MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*, p. 79.



treinamento e prática no Poder Judiciário. Todavia, parece-nos defensável uma postura judicial que desconfie que isso possa ter acontecido, quando a racionalidade da própria norma assim indicar. A democracia e a sua qualidade são importantes. Se a jurisdição constitucional quiser continuar legitimando sua atuação por argumentos democráticos, deve ocupar-se, de alguma forma, do processo político real praticado no Brasil.

## VIII. Conclusão.

É comum creditar-se a Otto Von Bismarck a frase segundo a qual não se deve indagar sobre como salsichas e leis são feitas. Independentemente de a atribuição ao estadista prussiano ser exata ou não,<sup>90</sup> há uma boa dose de verdade na máxima. Salsichas são resultado de uma mistura de ingredientes nem sempre muito agradável, a qual é posteriormente encapsulada em invólucros de memória igualmente incômoda. O resultado final, porém, pode ser aprazível e ganhar muitos adeptos.

O mesmo pode acontecer com as leis. Arranjos políticos decorrentes de negociações sobre as quais era preferível o desconhecimento são, muitas vezes, as matérias-primas dos estatutos promulgados por órgãos legislativos. Nada obstante, o resultado final pode promover e realizar nobres interesses públicos, ganhando simpatizantes e defensores. Se assim acontece, por que, então, estudar, *in concreto*, o processo sobre como as leis são feitas?

---

90 A atribuição, na verdade, muito embora venha sendo repetida por muitos, é errônea, como mostra SHAPIRO, Fred. "Quote... Misquote", in *The New York Times Magazine*, 21.07.2008, disponível na internet (acesso em 21.09.2012): [http://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2008/07/21/magazine/27wwwl-guestsafire-t.html?_r=1).

Pode até ser tentadora a ideia de que a indiferença deva permanecer sendo a regra, e que se deva responder negativamente à pergunta lançada. Não seria essa uma questão jurídica. Se houve envolvimento de facções, isso não viria ao caso e o intérprete deveria apenas focar-se no resultado prático da norma.

Por outro ângulo, em tempos de pós-julgamento do *Mensalão*, de operação *Lava Jato* e de busca de legitimação da jurisdição constitucional em razão da sua capacidade de contribuir para o procedimento democrático, parece-nos que o momento é de mudança de perspectiva. Não se pode deixar de lado a democracia como ela é. Por mais incômodo e desconhecido que possa parecer esse universo, o estudioso do direito deve buscar compreendê-lo.

A tônica da escola da *public choice* e a compreensão do funcionamento do presidencialismo de coalizão no Brasil mostram o quanto se pode aprender sobre como são feitas as escolhas legislativas. O quadro pessimista delineado por essa corrente de ideias deve ser tido como uma provocação no sentido de que o direito e a ciência política estejam atentos às circunstâncias do mercado político, a fim de que se busquem meios para o aperfeiçoamento do processo decisório em instituições democráticas. As falhas não devem conduzir à indiferença, mas ao aperfeiçoamento das instituições. Os possíveis riscos e dificuldades não são suficientes para se desacreditar nos processos, mas apontam para que se desenvolvam meios de neutralização ou minimização dos problemas.

Acreditamos que a proporcionalidade é uma possível ferramenta para a efetivação da nossa proposta. Sugere-se um escrutínio mais rigoroso diante de sinais de alerta quanto à existência de manipulação da formação da vontade legislativa. Com isso, sugere-se um incremento efetivo da

investigação sobre como se fazem as leis, e sobre as razões reais que poderão (ou não) legitimar a sua invalidação.

## Referências Bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 31, n° 1, pp. 5-34. 1988.

ACKERMAN, Bruce. Beyond carolene products. *Harvard Law Review*, vol. 98, pp. 713-746, 1985.

ALSTON, Lee; Melo, Marcus André; MUELLER, Bernardo e PEREIRA, Carlos. *Brazil in transition: beliefs, leadership, and institutional change*. Princeton: Princeton University Press, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Brasil: o caminho longo e sinuoso. *Consultor Jurídico*. 2016 <http://s.conjur.com.br/dl/barroso-defende-reforma-eleitoral.pdf>.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de legitimação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUCHANAN, James. *The collected Works of James M. Buchanan, vol. 13: Politics as public choice*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

BUCHANAN, James e BRENNAN, Geoffrey. *The reasons for rules. Constitutional political economy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

\_\_\_\_\_. Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie. *Virginia Law Review*, vol. 74, nº 2, Symposium on the Theory of Public Choice, pp. 179-189, mar. 1988.

CARVALHO, Márcio André de. How logrolling can explain the failure of the government coalition in Brazil. *RAP (Revista de Administração Pública)*, vol. 40, nº 5, Rio de Janeiro, pp. 865-882, set./out. 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de coalizão e administração pública. *Migalhas de Peso*, 2012 <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163366,41046-Presidencialismo+de+coalizao+e+administracao+publica>.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_ ; e BINENBOJM, Gustavo. Direito à Moradia e a Penhorabilidade do Bem único do Fiador em Contratos de Locação Limites à revisão Judicial de Diagnósticos e Prognósticos Legislativos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. (Org.). *Direitos sociais Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie..* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*, exp. Ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DJANKOV, Simeon; PORTA, Rafael La; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; e SHLEIFER, Andrei. "The regulation of entry", in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. CXVII, fev. 2002, pp. 1-37.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EISENHARDT, Kathleen M. "Agency Theory: An Assessment and Review", in *The Academy of Management Review*, vol. 14, n. 1, 1989, pp. 57-74.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Richard. *Takings*, Cambridge: Harvard University Press, 1984.

FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11ª ed. São Paulo: Globo, 1997.

FARBER, Daniel A. e Frickey, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (Org.). *A democracia brasileira. Balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte: UFMG, 2007, pp. 25-32.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HOLANDA, Sergio Buarque. *Raízes do Brasil*, 4ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

KRUEGER, Anne. The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, Vol. 64, nº 3, pp. 291-303, jun. 1974.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, nº 76, 2006.

LOSS, Giovani. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MADISON, James, et al., *O Federalista*. 2ª ed, traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005.

MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale U. Press, 1997.

MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work. Checking the president in a multiparty system*. Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G., *Economics and the law. From Posner to Post-Modernism*. 2ª ed., Princeton: Princeton University Press, 2006.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy e RAILE, Eric. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas. In: RENNÓ, Lúcio; INÁCIO, Magda (Org.). *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: UFMG, 2009, pp. 207-234.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar.

PETTIT, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

RAGAZZO, Carlos. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressiva do direito – e o novo Direito Administrativo, trad. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo *et all*. *Regulação Econômica*

*e Democracia – O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 243-280.

\_\_\_\_\_. *Corruption and government. Causes, consequences and reform*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

ROWLEY, Charles K.. Public choice and the economic analysis of law. *Law and economics*, Boston: Kluwer Academic Publishers, pp. 123-173. 1989.

RUBENFELD, Jed, “Usings”, in *Yale Law Journal*, vol. 102, pp. 1077-1164, 1993.

SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UnB, 1996.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, pp. 23-50. 2002.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Martins Fontes, 1ª ed. 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 23-48.

SUNSTEIN, Cass. Interest group in American public law, in *Stanford Law Review*, vol. 38, n.1, pp. 29-87. 1985.



TSEBELIS, George. *Veto players. How political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

TULLOCK, Gordon. The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft. *Western Economic Journal*, vol. 5, nº 3, pp. 224-232, jun. 1967.

VIEIRA, James Batista. O impacto das capacidades institucionais do setor público: um estudo exploratório sobre as causas e efeitos das improbidades na administração pública municipal brasileira. *Prevenção e combate à corrupção no Brasil. Sexto concurso de monografias da CGU. Trabalhos Premiados*, Brasília: ESAF, 2011 [http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6\\_ConcursoMonografias/resultado-compilado.pdf](http://www.cgu.gov.br/concursos/Arquivos/6_ConcursoMonografias/resultado-compilado.pdf).

---

*Recebido em 14/10/2016.*

*Aprovado em 21/12/2016.*

**André Cyrino**

Rua Primeiro de Março, 23/23o andar, Centro  
20010-904 Rio de Janeiro, RJ.

*E-mail:* andre.cyrino@gmail.com

