

Precisamos de uma nova Constituição?

Um ensaio sobre a Constituição como causa e solução dos nossos problemas

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Constituição como fonte do Direito e o papel do intérprete na construção do seu sentido; 3. Críticas ao nosso texto constitucional; 4. Da Constituição como bode expiatório para disfuncionalidades do nosso sistema político partidário e dificuldades na concretização do projeto constitucional; 5. Eficiência do Estado como resposta a momentos de crise; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

No aniversário de 30 anos da nossa Constituição, que já conta com 99 emendas na data em que escrevemos o presente ensaio (última reforma feita em 14 de dezembro de 2017), coloca-se a pergunta se precisamos de um novo texto fundante para nossa República.

Trata-se de pergunta que provavelmente nunca teria nos ocorrido se não fossem as fortes críticas que passaram a ser feitas ao texto da Carta Magna de 1988 em meio à crise política, ética e econômica que vem sendo experimentada pelo país, em uma escalada cujo ponto de partida talvez possa ser identificado nos movimentos cívicos que tomaram as ruas do país em meados de 2013.

O estopim para a referida irrupção, é bom lembrar, foi a insurgência de milhares de estudantes contra o aumento de tarifas no transporte público municipal, que, no Município de São Paulo, para aquele ano seria de R\$ 0,20.

De uns poucos milhares de jovens nas capitais, as manifestações tomaram corpo em boa parte do país, levando a questionamentos de

¹ Doutor e mestre em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

toda ordem quanto às políticas públicas encampadas pelo nosso Estado e à necessidade de um enfretamento mais efetivo da corrupção pelos nossos políticos e sistema de Justiça².

Até onde nossa memória alcança, ali se iniciou um processo de crítica ácida à nossa Constituição, que, persistindo nos dias que correm, culmina em uma eleição presidencial em que alguns dos principais candidatos flertam com a ideia de deflagração de um novo processo constituinte³ (seja integral, seja parcial, duas hipóteses que, apesar de inexistirem na Carta de 1988, encontram ressonância até em juristas de escol⁴).

Na busca de respostas rápidas para o clamor contestatório generalizado, cuja origem e desenvolvimento ainda hoje não é possível compreender adequadamente (e quiçá não venha nunca a sê-lo), via-se nas redes sociais o diagnóstico certo: “o Brasil precisa de uma nova Constituição”; “só mudando a Constituição vamos conseguir acabar com a corrupção e a impunidade”; “nossa Constituição é muito antiga. Precisamos de uma nova”.

Que o leigo assim pense, lamenta-se, mas compreende-se.

Mas o versado em Direito?

Investiguemos o fenômeno.

2. Constituição como fonte do Direito e o papel do intérprete na construção do seu sentido

Como a Constituição, enquanto texto normativo, não tem vida própria, não é sujeito de direito capaz de impor dano a quem quer que seja, vemos com hesitação qualquer tentativa de se imputar ao que é inanimado, enunciados linguísticos dos quais juristas extrairão sentidos de *poder-ser* e *dever-ser*, a culpa pelas mazelas nacionais⁵.

² Para lembrar o que foram aqueles dias, conferir: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Jornadas_de_Junho>. Acesso em: 3 out. 2018.

³ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/toffoli-critica-proposta-de-presidenciais-sobre-nova-constituente.shtml>>. Acesso em: 3 out. 2018.

⁴ Tais investidas não passaram despercebidas de Oscar Vilhena Vieira que, de modo bastante lúcido, alerta para a possibilidade de o momento de insatisfação acabar conduzindo a um processo destrutivo que culmine em se jogar fora “o bebê com a água do banho”, em uma ilustração precisa no diálogo necessário com aquele que se deixa encantar pelo canto da sereia (Resiliência constitucional. In: CALIXTO, Angela Jank (Org.). *30 anos de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* – homenagem à Profa. Anna Candida da Cunha Ferraz. Curitiba: Juruá, 2018, p. 381.).

⁵ Eros Roberto Grau lembra que a Constituição é atualizada a todo momento pelos juízes e Tribunais, que “conferem-lhe vida e movimento” (Como modernizar a Constituição? In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 589.).

Se é certo que alguns comandos extraídos da Carta de 1988 podem não ser os mais adequados para a satisfação das necessidades das pessoas que vivem em nosso território, por outro lado não se pode perder de vista que quem os diz, a partir da matéria-prima oferecida pela nossa Constituição e pelas nossas leis, são seres humanos de carne e osso, com suas ideologias, formação, hábitos e interesses⁶.

Assim, apesar de ser relativamente comum vermos aqueles que se ocupam da aplicação das leis se utilizarem de fórmulas retóricas como “vontade da Constituição” para buscar justificar determinado entendimento que fazem de um dispositivo do referido diploma, não nos deixemos iludir: tal compreensão é a de uma dada pessoa, e muitas vezes não é a única extraível do mesmo texto⁷.

Se a premissa ora posta é verdadeira, se normalmente a exegese da Constituição corresponde não só a um ato de conhecimento (da sua redação e da realidade) como também de escolha (entre os possíveis sentidos que encontram respaldo nos respectivos enunciados⁸), para o bem ou para o mal o que se diz com base em nossa Lei fundamental é de responsabilidade dos homens e mulheres que exercem tal atribuição.

Se há um problema no desenvolvimento de uma atividade estatal, poderia o gestor atribuir a culpa do infortúnio à Constituição? Em alguma medida até pode ser, mas ela sempre é, em maior grau, do ser humano encarregado de decidir a partir do seu texto.

⁶ Sobre o papel dos interesses nos bastidores do processo de tomada de decisão do Estado e a importância da consciência do fenômeno para fins de compreensão do sentido do princípio da legalidade aplicável à Administração, ver CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso – uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 180 e ss., jan.-abr. 2017. Crítica sobre a fantasmagoria na interpretação do Direito, agora sob o prisma do Direito Privado, ver MUÑOZ, Alberto Alonso. *Modelos de fundamentação filosófica do direito privado e seus limites: contribuição à crítica do direito privado*. 2015. p. 125 e ss. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

⁷ Um pouco sobre nossa visão acerca do processo de interpretação de um texto normativo, fenômeno constitutivo de significado que se dá inspirado em diversas fontes (as chamadas fontes do Direito) e que necessariamente vai além do texto escrito expresso em nosso direito positivo, pode ser conferida em “O guardião da Constituição e sua legitimidade ou ativismo judicial – entre a fórmula vazia e o sinal de alerta”. In: DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 137-163. (em especial p. 150 e ss.). Sobre o ponto, necessário voltarmos a ler Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 100 e ss. (1ª edição de 1924), cujas lições são de uma atualidade que chega a assustar. Contemporaneamente, confira-se o que diz respeito do tema PIREZ, Luis Manoel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 40 e ss. NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007. p. 46 e ss.

⁸ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: V. Österreich, 2000. p. 350-/352. (edição de 1960).

3. Críticas ao nosso texto constitucional

Nesse movimento difuso de críticas mais ou menos ácidas que são feitas ao texto da Constituição de 1988, encontramos desde insurgências contra algumas idiosincrasias presentes no diploma⁹ até a dificuldade crônica que nosso Estado apresenta para prestar serviços públicos de qualidade em prol da população¹⁰, passando por questionamentos acerca do nosso sistema político-partidário, tributário e de divisão de competências/receitas entre as distintas esferas de poder da Federação¹¹.

Quanto às disposições sem valor constitucional, cuja inserção no respectivo texto ocorreram de forma randômica, embora até possa ser pertinente sua análise para fins de um projeto de depuração futura da Carta Política, imaginamos que muitas delas acabam por ser inócuas, de modo que não seria possível atribuir à sua aplicação desafios ao bom funcionamento da nossa Democracia.

Defender uma nova Constituinte para tal revisão, além de violar o texto da nossa Carta fundante nos parece despropositado, já que suficiente, se o caso, o exercício do poder de reforma constitucional para o referido fim.

⁹ Como a referência a quem tem o dever de manter o Colégio Dom Pedro, II (art. 242, § 2º da CR) ou então à destinação preferencial de verbas aos setores do funcionalismo responsáveis pela arrecadação tributária (art. 37, XVIII e XXII da CR).

¹⁰ Sobre as origens de nossa formação burocrática, que ainda explicam muito sobre o atual estado de coisas da nossa Administração Pública, ver FAORO, Raymundo. *Os donos do poder* – formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 200 e ss. Discussão crítica sobre um modo de ser da função administrativa tal como exercida em muitas repartições públicas do país, que não raramente se dá de modo indiferente com relação aos respectivos efeitos gerados na realidade, ver MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 89-113. Oportuna reflexão acerca da qualidade do gasto público, para além da preocupação formal existente em nosso ordenamento jurídico quanto à sua quantidade, ver BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da eficiência do gasto orçamentário*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Sobre o papel do financiamento adequado para o desempenho a contento de políticas públicas, com foco em especial na de saúde, ver PINTO, Éliada Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco; SANTOS, Lenir. Responsabilidade solidária pela garantia do direito à saúde em face do impasse federativo no seu custeio constitucionalmente adequado: um estudo em busca de rotas alternativas de judicialização. In: CONTI, José Maurício. *Poder Judiciário* – políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 315-359.

¹¹ Ao lado das críticas ora destacadas há outras que ainda são pouco enfrentadas em estudos jurídicos como a referente ao papel de grupos de interesse nos bastidores do processo constituinte (assim como do processo legislativo em geral), reflexão que permitiria ao intérprete ter a consciência dos interesses que estão por trás da formação e aplicação de determinados atos normativos, munindo-o de mais elementos para que possa realizar sua leitura em consonância com o quanto previsto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”). Alertando para o problema, ver SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 55 e ss.

No que diz respeito à ineficiência do nosso Estado na elaboração e realização de políticas públicas, a questão, a nosso ver, estaria muito mais na nossa organização e cultura burocráticas do que propriamente em empecilhos advindos da redação de artigos da Constituição aplicáveis em cada área¹².

Ainda que possível, e mesmo desejável, algum ajuste pontual em certos comandos, também aqui não nos parece que se justifique a pretensão de revisão geral da Constituição com tal propósito, para o que bastaria a competência reformadora nos termos em que esta já é garantida ao Congresso Nacional.

A terceira ordem de críticas posta em relevo já mereceria uma atenção especial, uma vez que as matérias apontadas de fato receberam disciplina extensa na Constituição, com uma configuração que talvez não seja a mais adequada para o bom funcionamento do Estado em tais áreas.

A experiência cumulada nesses 30 anos da Constituição revela que o desenho institucional de nossos sistemas político-partidário, tributário e de divisão de competências/receitas entre União, Estados e Municípios não vem sendo favorável à boa execução das tarefas estatais desenvolvidas nesses âmbitos.

Nada obstante, apesar de uma reforma constitucional ser necessária para a reconfiguração de muitas regras tributárias¹³, no que se

¹² No que se refere à nossa organização burocrática e o modo tradicional de se aplicar a lei entre nós, chama atenção o culto pelo legalismo estéril que, sob o pretexto de tornar o exercício de função pública impessoal, não necessariamente está a serviço da eficiência administrativa, quando os dois valores, evidentemente, deveriam ser perseguidos de modo conjunto. No que se refere à inflação legislativa/regulamentar, efeito pernicioso relacionado ao agir burocrático que impacta no adequado desempenho de nossa organização política, ver a seguinte passagem da reflexão de Antonio Cesar Amaru Maximiano e Irene Patrícia Nohara: “Frequentemente, porém, as organizações formais exageram na tentativa de controlar tudo o que for possível no comportamento humano, multiplicando os procedimentos, as exigências, os formulários, as etapas dos processos. Procurando prever tudo e tudo controlar, as organizações formais criam regras em excesso e funcionários em excesso para fiscalizar o cumprimento dessas regras. Quando isso acontece, a burocracia torna-se sinônimo de complicações e muitas vezes permite, como se diz no senso comum, que funcionários desonestos criem dificuldades para vender facilidades.” (*Gestão pública*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 53).

¹³ Mas nem todas, já que para avanços em tal âmbito iniciativas legislativas já bastariam, em que pese, e inexplicavelmente, não merecerem atenção dos governantes de plantão. A título de exemplo, vale referir a inexistência, após 30 anos de Constituição, da Lei Complementar federal prevista no inciso III do § 1º do art. 155, a qual definiria qual Estado-Membro teria competência para cobrar ITCMD de doação ou herança vinda de pessoa domiciliada no exterior. Essa omissão, além de privar o erário de fonte de receitas prevista no texto constitucional, ainda contribui para a irracionalidade do nosso sistema tributário, que deixa de onerar sujeitos com significativa capacidade contributiva, enquanto impõe graves cargas aos cidadãos comuns, entendidos estes como aqueles que não possuem recursos bastantes para se valer de sofisticadas engenharias de elisão fiscal (a respeito, vale

refere ao funcionamento dos partidos¹⁴ e às dificuldades encontradas por Municípios para bem desempenhar diversas das atribuições que lhes cabem pela Constituição da República, melhoras significativas já adviriam da simples aplicação atenta do quadro normativo vigente, explorando instrumentos que há muito estão à disposição dos políticos e governantes para alcançar bons resultados no manejo de suas funções.

A Constituição, também aqui, não nos parece ser o principal empecilho para que os seres humanos responsáveis pela realização das tarefas estatais o façam a contento.

4. Da Constituição como bode expiatório para disfuncionalidades do nosso sistema político-partidário e dificuldades para concretização do projeto constitucional

Dados os estreitos limites do presente ensaio, em que nos debruçamos sobre a questão da necessidade ou não de uma nova Constituição para que consigamos avançar em termos civilizatórios, vamos abordar duas questões sensíveis para a qualidade de nossa Democracia e cujo bom encaminhamento passa ao largo da capacidade de o constituinte, via atos gerais e abstratos, melhor moldar a atuação dos órgãos estatais e sua interação com a população.

Muito se fala da necessidade de uma reforma para aprimoramento da nossa representação política, crítica que ganhou novo fôlego após o impeachment da Presidente Dilma Rousseff, no ano de 2016¹⁵ (o segundo que vivenciamos nesses 30 anos de redemocratização), o que fez reverberar na imprensa remédio que vez por outra é oferecido como agenda para o país: é necessário acabar com o sistema de toma lá dá cá inerente ao “Presidencialismo de coalisões”.

Ignorando-se (ou omitindo-se) o fato de que formação de governo é fenômeno que pode ser desafiador onde quer que se tenha regime democrático, ou seja, em que os atores que irão governar mudam de tempos em tempos, tendo que se compor para formar maioria no Congresso

registrar que na nossa experiência profissional tivemos oportunidade de ver tentativas de o Fisco paulista tributar heranças fabulosas – ex. de mais de R\$ 100.000.000,00 – mas cujo lançamento foi impugnado pelo contribuinte pela falta da lei em tela).

¹⁴ Algumas melhoras já implantadas em nosso sistema político-eleitoral, feitas em conformidade com a Constituição vigente, são referidas por BARROSO, 2018, p. 561 e ss.

¹⁵ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Impeachment_de_Dilma_Rousseff>. Acesso em: 6 nov. 2018.

(órgão também sujeito à renovação periódica¹⁶), a solução propugnada por aqui é que temos que mudar de regime.

Como se a formação de governo fosse algo mais simples em um sistema parlamentarista ou de semipresidencialismo, pululam os balões de ensaio com “alternativas ao que está aí”, desprezando-se que estas também apresentam inconvenientes, se não maiores pelo menos de mesma envergadura dos experimentados por nossas instituições segundo sua configuração atual¹⁷.

Não se nega, a toda evidência, que algum aprimoramento em nível normativo, quicá constitucional, possa ser alvissareiro para que se potencialize a chance de bons quadros virem a se candidatar a assumir postos-chave em nossos Poderes constituídos¹⁸, a partir dos quais será dado o endereçamento político-administrativo do nosso Estado em um dado exercício.

Nada obstante, por mais que se alterem as regras, não se muda a importância do fator humano para que estas possam produzir efeitos úteis na realidade.

E quanto ao sistema político, parece-nos que mais do que novas leis o que é inadiável é o fomento de uma cultura cívica, de busca de engajamento das pessoas comuns no processo de tomada de decisão de temas relativos à cidade, o que passa, necessariamente, pelo microcosmo em que estas estão inseridas, como é o caso de seu envolvimento em assuntos atinentes ao condomínio em que vivem ou ao bairro em que moram.

Em vez de se atribuir responsabilidade a um terceiro (o outro ou a lei/Constituição), imaginamos que é chegada a hora de estímulo a

¹⁶ Para citarmos alguns de impasse a respeito, vale olhar o que se passou recentemente com Itália (disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/mundo/partidos-da-italia-mostram-dificuldade-para-romper-impasse-para-formacao-de-governo,7a7213b12d2e16c96286cbb4b06c5fc0pompbm29.html>>, notícia de 5 abr. 2018, acesso em: 2 fev. 2019) e Alemanha (disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/as-opcoes-para-formacao-de-governo-na-alemanha,90c2d94a8143c30de3f47b4f080cd9edgcw31rof.html>>, notícia de 20 nov. 2017, acesso em: 2 fev. 2019).

¹⁷ Pense-se, por exemplo, no sistema eleitoral conhecido como Distrital ou Distrital Misto. Se por um lado ele aproximaria o eleitor do eleito, reduzindo o custo de campanhas políticas, por outro, ele tende a sufocar votos em candidatos de perfil mais ideológico e que defendam pautas que apresentem ressonância difusa em um território maior que o distrito, não se concentrando, porém, no âmbito deste.

¹⁸ Aqui, estamos pensando em especial nas cúpulas dos poderes Legislativo e Executivo cujos órgãos são titularizados por pessoas eleitas. De qualquer modo, a reflexão pode também alcançar os modos de seleção daqueles que se dispõem a compor a estrutura do Estado em todos os seus níveis, seja como membros do Judiciário, seja como integrantes da burocracia existente no âmbito de toda a organização política.

autorresponsabilização de cada um de nós pelo destino do todo, de um esforço para a superação do que poderíamos chamar de *carona da Democracia*¹⁹, parafraseando ideia que é cara ao Direito Econômico e que pode ser aplicada, ainda que de modo imperfeito, para designar o efeito deletério que é imposto ao espaço democrático por integrantes que tencionem dele apenas obter vantagens sem arcar com o ônus respectivo (que vai desde o pagamento de impostos, para custear o aparato estatal, até a responsabilidade pelo voto refletido, encarado como sua contribuição para a formação do quadro dirigente do país²⁰).

Por outro lado, vêm as crises econômicas cíclicas e a intensa (e compreensível) insatisfação das pessoas com o comprometimento de seu padrão de vida, o que leva alguns, na falta de melhor resposta por parte do Estado, a culpar a Constituição pelo fato de o projeto nela desenhado não ter ganhado a realidade.

Mas será que a responsabilidade no caso é do desenho do plano de sociedade presente na Carta de 1988 ou das dificuldades inerentes à sua concretização, que passam, necessariamente, pela formulação de políticas públicas adequadas em um sem número de áreas, com a alocação de recursos materiais e humanos pertinentes?

¹⁹ Nossa inspiração para essa passagem adveio da leitura de OSTROM, Elinor. *Governing the commons – the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990 (p. 5 e ss.). Leitura indicada pela professora Ana Maria NUSDEO no âmbito do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (a quem agradecemos pela rica oportunidade de aprendizado e diálogo no crédito disponibilizado no primeiro semestre de 2018). Em tal obra há a referência a uma reflexão instigante: aquele que não pode ser excluído do gozo de benefícios coletivos decorrentes da exploração de um bem público tem pouco incentivo para contribuir para sua conservação, o que, no limite, pode levar ao esgotamento de um recurso indispensável para todos.

²⁰ E não como uma brincadeira (que alguns chamam de protesto), que conduzem ao poder personagens caricatas, que ganham a atenção do público apenas em razão de algum fato pitoresco e/ou intensa exposição na mídia, sem qualquer proposta séria de pauta a ser levada à discussão no âmbito dos Poderes constituídos. A respeito, nesse ponto talvez uma alteração constitucional ou legal pudesse ser pertinente para evitar que esses “coelhos” da corrida eleitoral levem para as Casas Legislativas pessoas com número reduzidíssimo de votos quando comparados ao que se exige dos candidatos que são eleitos sem terem em sua legenda tal tipo de “supertrunfo”. Crítica em sentido próximo pode ser vista em BARROSO, Luís Roberto. *Trinta anos de Constituição e a República que ainda não foi*. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 561 e ss. O autor identifica no sistema político-eleitoral, ao lado do combate à corrupção sistêmica, um dos principais desafios a serem enfrentados pelo país nos próximos anos.

5. Eficiência do Estado como resposta a momentos de crise

A nosso ver, mais do que reformas constitucionais (que, quando necessárias, podem perfeitamente ser feitas nos moldes em que previsto na própria CR/1988) é imprescindível uma tomada de consciência por parte dos nossos governantes de que o Estado precisa ser eficiente e que isto, convenhamos, não é (e nem poderia ser) contrário à lei²¹ (e muito menos à Constituição, que, para atender aos cétricos a respeito, acabou por consagrar tal dever de forma expressa em seu texto²²).

Posto o norte, faz-se o caminho.

Os desafios do presente, se não bem endereçados pelas autoridades constituídas, tendem a aumentar a insatisfação das pessoas com o funcionamento do Estado, o que, no limite, pode levar a uma ruptura da própria ordem constitucional (como não deixam mentir as propostas de nova Constituição que serviram de mote ao presente ensaio).

Embora muitos dos egressos das nossas melhores Faculdades de Direito estejam resignados com as tradicionais escusas para o Estado que, serviente à lei, “não faz” ou “faz de modo despropositado”, não é possível prever até quando o cidadão comum vai assistir impassível a este espetáculo.

A revolução tecnológica que está em curso promete eliminar milhares de postos de empregos em áreas tradicionais em poucos anos, criar outras tantas oportunidades de trabalho em setores ainda pouco explorados e coloca nas costas do Estado (assim como ocorrera no pós-Primeira Guerra Mundial e intensificou-se no pós-Segunda Guerra) o ônus de coordenar a contento iniciativas públicas e privadas com o propósito de favorecer as condições indispensáveis para o bem viver comum.

Isso exige criatividade, disposição e compromisso com o serviço público que, para sobreviver, provavelmente precisará se reinventar²³.

²¹ Isso logicamente para quem entende que o Estado (e, conseqüentemente, o Direito que o disciplina) não é um fim em si mesmo, mas um instrumento que viabiliza a vida em coletivo.

²² Eis a redação do *caput* do art. 37 da Constituição, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 19/1998: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, acesso em: 17 dez. 2018).

²³ E o Direito, por sua vez, também, capacitando-se para disciplinar adequadamente as novas relações. No que se refere às mudanças a serem enfrentadas pelos “operadores do Direito” no porvir, ver instigantes ensaios de Marcos Nóbrega e Rafael de Menezes, *Desenvolvimento disruptivo – inquietações para mudanças que já chegaram*, Paradoxum (Kindle), 2018. Em especial, no que diz respeito ao Direito Administrativo, ver RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito

6. Conclusão

Neste ensaio, nos debruçamos sobre a hipótese de a Constituição de 1988 poder ser considerada como causa dos problemas que afligem o funcionamento do nosso Estado; ilação que, em sendo verdadeira, justificaria os reclamos por sua substituição como condição para o aprimoramento da qualidade da Democracia brasileira.

Após destacarmos algumas áreas que costumam ser lembradas como críticas para o bom desenvolvimento de funções públicas entre nós, apresentamos nossa visão acerca de avanços plenamente possíveis em qualquer delas sob amparo da ordem constitucional vigente.

Ainda que compreensível que em momentos de graves crises, como as experimentadas pelo país nos últimos anos, o cidadão esteja especialmente suscetível a discursos que lhe ofereçam a perspectiva de alívio imediato às suas angústias cotidianas, cabe ao estudioso do Direito não só não ceder a mesma tentação como trabalhar ativamente pelo respeito da nossa Carta Política.

Devemos lembrar que é justamente quando os embates entre forças políticas e sociais se acentuam que a Constituição desempenha um papel ímpar: o de não deixar Ulisses conduzir sua nau ao naufrágio seduzido pelo canto das sereias²⁴, ao prever os processos pelos quais são tomadas algumas das decisões mais relevantes de uma comunidade, bem como certos limites materiais sobre o que pode ser decidido até mesmo por supermaiorias.

Para que tanto seja cumprido, cabe aos intérpretes do texto constitucional dar-lhe vida, encontrando em seus enunciados tanto freios para o arbítrio do Poder como fundamentos para exercício eficiente da função pública (e não para impasses bizantinos que, apesar de populares entre muitos bacharéis, vêm de há muito desafiando a paciência da população).

administrativo e a regulação de novas tecnologias. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 61-83.

²⁴ Sobre o papel da Constituição como autorrestrição/pré-compromisso criado pelos políticos para evitar tendências previsíveis quanto à tomada decisões pouco sábias no futuro, em especial no que se refere à ameaça de direitos de minorias, ver ELSTER, Jon. *Ulisses Libertos*. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009. p. 119 e ss.

Bibliografia

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais”, entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan.-jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Trinta anos de Constituição e a República que ainda não foi. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 547-569,

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da eficiência do gasto orçamentário*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O guardião da Constituição e sua legitimidade ou ativismo judicial – entre a fórmula vazia e o sinal de alerta. In: DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 137-163.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso - uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 175-208, jan.-abr. 2017.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Como modernizar a Constituição? In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 589-596.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: V. Österreich, 2000. (edição de 1960).

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89-113.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão pública*. São Paulo: Atlas, 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (1ª edição de 1924).

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Modelos de fundamentação filosófica do direito privado e seus limites: contribuição à crítica do direito*

privado. 2015. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007.

NÓBREGA, Marcos; MENEZES, Rafael de. *Desenvolvimento disruptivo – inquietações para mudanças que já chegaram*. Recife: Paradoxum, 2018. (Kindle).

OSTROM, Elinor. *Governing the commons – the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco; SANTOS, Lenir. Responsabilidade solidária pela garantia do direito à saúde em face do impasse federativo no seu custeio constitucionalmente adequado: um estudo em busca de rotas alternativas de judicialização. In: CONTI, José Mauricio. *Poder Judiciário – políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2018. v. II, p. 315-359.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 61-83.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Resiliência constitucional. In: CALIXTO, Angela Jank (Org.). *30 anos de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 – homenagem à Profa. Anna Candida da Cunha Ferraz*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 381-387.