Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro*

Flesh and blood administrative legality: an account of the Brazilian political process

André Cyrino**

RESUMO

Para o entendimento convencional do direito administrativo brasileiro, o princípio da legalidade é repositório das mais elevadas expectativas democráticas e de contenção do poder. Nessa linha, é por meio da legalidade que será atendida a tão sonhada e revolucionária *vontade geral*, o que se desdobrou na defesa do direito administrativo da *aplicação da lei de ofício*. O objetivo deste artigo é discutir o equívoco dessa visão tradicional por meio das lentes da realidade política brasileira, conforme apresentada pela ciência política descritiva. Defendemos que o princípio da legalidade continua sendo elemento estruturante do direito administrativo, tal como

* Artigo recebido em 29 de agosto de 2016 e aprovado em 29 de novembro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v274.2017.68746>.

** Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: andre.cyrino@gmail.com.

Professor adjunto de direito administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Mestre e doutor pela Uerj. LL.M. pela Yale Law School.

determina o art. 37 da Constituição. Todavia, ele precisa ser apreendido de maneira realista, como uma *legalidade de carne e osso*, aqui entendida como mecanismo capaz de conter o arbítrio por meio da criação de custos de transação no processo político.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da legalidade administrativa — teoria das escolhas públicas — ciência política descritiva e direito administrativo — presidencialismo de coalizão

ABSTRACT

For the conventional wisdom in Brazilian administrative law, the legality principle is a repository of the highest democratic expectations and restraint of power. According to this view, legality is the way to achieve the dream of a revolutionary *general will*, which was unfolded in the defense of an administrative law in which administrative action must be understood as something strictly and formally bounded to a legislative statute. The purpose of this article is to discuss the misconception of the traditional view through the lens of the Brazilian political reality as presented by positive political science. We argue that the principle of legality remains as a structuring element of administrative law, as stated in article 37 of the Constitution. Nevertheless, it must be perceived realistically, as a *legality of flesh and blood*, here understood as a mechanism capable of constrain arbitrariness through the creation of transaction costs in the political process.

KEYWORDS

Legality principle — public choice theory — positive political theory and administrative law — coalition presidentialism

1. Introdução

Para o entendimento convencional do direito administrativo brasileiro, o princípio da legalidade é repositório das mais elevadas expectativas democráticas e de contenção do poder. Com olhar iluminista, é por meio da

legalidade que será atendida a tão sonhada e revolucionária *vontade geral*,¹ como quis Jean-Jacques Rousseau,² e como reverberou, no início do século XX, Raymond Carré de Malberg.³ Uma vontade que, com o figurino oferecido por John Locke, deve ser extraída de dentro de uma assembleia de representantes eleitos, sendo esse o *locus* em que “os membros de uma comunidade são unidos e combinados como um corpo vivo coeso. Essa é a alma que dá forma, vida e unidade à comunidade: de onde os vários membros obtêm influência, compaixão e laços”.⁴

Com essa inspiração, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o princípio da legalidade: “é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”.⁵ É ele, assim, o comando destinado a “garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”.⁶ Por isso, ao administrador compete garantir a aplicação da manifestação do “Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social”.⁷ É nessa linha que Celso Antônio Bandeira de Mello defende uma administração pública que se contenha sempre num agir “sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.⁸ A lei, tendencialmente maximalista, deve ser “o fundamento, o critério e o limite do agir administrativo”.⁹ Trata-se da defesa do direito administrativo da *aplicação da lei de ofício*,¹⁰ para usar a consagrada definição de Miguel Seabra Fagundes.

¹ Conforme positivado no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou principes du droit politique. In: _____. *Collection complète des oeuvres*. Genebra, v. 1, p. 228-229, 1780-1789.

³ MALBERG, Raymond Carré de. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984.

⁴ Tradução livre do original. LOCKE, John. *Two treatises of government*, cap. XIX, §212, p. 385. Versão eletrônica disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/222/0057_Bk.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. I, p. 46.

¹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 16-17. Ver também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O poder regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, p. 72, 1993.

Essa visão tradicional fracassou por várias razões, as quais são exploradas por trabalhos importantes.¹¹ Não é nosso intuito revisitar esse conjunto de ideias. O objetivo deste estudo é mais pontual. Almeja-se discutir o equívoco da visão tradicional de uma maneira pouco frequente para o mundo do direito administrativo. A proposta é a utilização das lentes da realidade política brasileira, conforme apresentada pela profícua literatura da ciência política descritiva.

A partir disso, será demonstrado que a doutrina convencional superestimou as virtudes do Congresso Nacional, olvidando-se de que se trata de instituição formada por homens e mulheres reais. Pessoas com incentivos, dificuldades, interesses e crenças que, em conjunto, nem sempre funcionam como *antídoto natural* contra o arbítrio e as oligarquias, mas podem criar, justamente, o *habitat* da manutenção dessas patologias com que convivemos há tanto tempo no Brasil. O parlamento brasileiro é fragmentário e, de certo modo, representativo de oligarquias tradicionais que insistem em nos mostrar que esse colégio de pessoas está longe da imagem de corpo vivo e coeso capaz de formar uma *vontade geral*. Trata-se de um palco propício à ação de grupos de interesse motivados politicamente por reeleições que não necessariamente serão suficientes para estimular atuações parlamentares dignas de aplausos, mas de uma percepção cética.

Para usar uma linguagem típica do pragmatismo jurídico,¹² almejamos examinar o objeto deste estudo a partir de um ponto de vista em que o *contexto* e as *consequências* precisam ser levados a sério como mecanismos aptos a *questionar o caráter fundacional* da própria legalidade. Dessa perspectiva, a

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 125-136; e OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 743.

¹² Conforme Thamy Pogrebinski, o pragmatismo pode ser compreendido a partir de três traços básicos. São eles: o *antifundacionalismo*, o *contextualismo* e o *consequencialismo*. O *antifundacionalismo* rejeita pontos de partida — ou de fundação — estáticos, exigindo-se um desprendimento com o passado e com velhas teorias. Trata-se de uma postura de desconfiança permanente. O *contextualismo*, por sua vez, consiste na valorização de questões sociais, políticas, históricas, econômicas e culturais, de modo que as proposições devem considerar o seu contexto real. Já o *consequencialismo* exige que qualquer investigação volte os olhos para o futuro, antecipando eventuais prognósticos e suas consequências futuras (POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 23-72). Propugnando expressamente esse tipo de abordagem no direito administrativo contemporâneo, ver: MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, 2014; e BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

lei destinada a vincular positivamente o administrador público: (I) não é a cristalização da vontade geral do povo brasileiro, (II) tampouco fruto de um colégio coeso e representativo.

Este artigo inicia-se com a apresentação das ferramentas de análise que podem lançar luzes para desmitificar a legalidade. Refere-se ao aparato dos estudos de economia política descritiva que se convencionou denominar por teorias das escolhas públicas (*public choice theories*), as quais ganharam o mundo a partir da denominada Escola de Virgínia de análise econômica do direito. A proposta da Escola de Virgínia é a de entender o processo político subjacente à própria formação do direito de maneira realista. Na sequência, as circunstâncias brasileiras serão apreciadas a partir dessas lentes, por intermédio da rica produção da ciência política, a qual indica que a sacralização pretendida pela doutrina tradicional é simplesmente falsa.

Sem embargo dessa constatação que leva à desconstrução de visões idealizadas, não se deve sustentar o abandono do princípio da legalidade administrativa. Muito ao contrário. Acreditamos — advirta-se, conforme será destacado adiante — que ele continua sendo elemento estruturante do direito administrativo, tal como determina o art. 37 da Constituição. Todavia, o princípio precisa ser apreendido de maneira realista, como uma *legalidade de carne e osso*, aqui entendida como mecanismo capaz de conter o arbítrio por meio da criação de custos de transação no processo político. Futuros trabalhos poderão desenvolver como isso se dará na prática. Todavia, nossa proposta é a de que, nessa reconstrução de sentido, não se poderá ignorar que o contexto do processo político brasileiro indica consequências importantes a serem avaliadas no desenvolvimento da legalidade administrativa como norma jurídica cogente.

2. Ferramentas teóricas de desconstrução. Teorias das escolhas públicas

Uma abordagem crítica sobre o funcionamento do processo político subjacente ao direito público em democracias representativas modernas é reunida num conjunto de teorias que receberam o rótulo genérico de *public choice*.¹³ Trata-se das denominadas *teorias das escolhas públicas*, também

¹³ A literatura sobre o tema é vasta. Para um panorama crítico, ver: FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice. A critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

identificadas como *positive political theories*, que podem ser traduzidas como *teorias políticas descritivas*.

Na origem, essas teorias compõem 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. As ideias surgidas na Universidade de Virgínia¹⁴ têm como marco teórico a obra do prêmio Nobel de economia, James Buchanan, que procurou destacar as interdependências existentes entre a economia, a política e o direito. Seu objetivo: fornecer modelos realistas da política e do fenômeno jurídico.¹⁵

Nessa linha de visão, indivíduos, tanto na arena econômica quanto no campo político, agirão para incrementar suas próprias utilidades ou vantagens.¹⁶ Isto é, parte-se do paradigma de um *homo economicus*,¹⁷ segundo o qual os agentes públicos e políticos são maximizadores racionais de seus próprios interesses, de acordo com os incentivos estabelecidos pelas regras do jogo.¹⁸ No caso do ambiente político, trata-se de 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

¹⁴ ROWLEY, Charles K. Public choice and the economic analysis of law. In: MERCURO, Nicholas (Ed.). *Law and economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-124.

¹⁵ Para uma excelente coletânea da obra de James Buchanan sobre *public choice*, ver: BUCHANAN, James. *The collected works of James M. Buchanan*, v. 13: Politics as public choice. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

¹⁶ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law*. From Posner to post-modernism. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 161.

¹⁷ BUCHANAN, James; BRENNAN, Geoffrey. *The reasons for rules*. Constitutional political economy. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. p. 56.

¹⁸ A denominada teoria das escolhas racionais (*rational choice theory*), que orienta a perspectiva microeconômica majoritária, parte do pressuposto de que todo sujeito agirá para maximizar seu bem-estar individual (GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19). Tal perspectiva vem sendo desafiada por diversos estudos que demonstram, inclusive empiricamente, que nem sempre as pessoas agem racionalmente. Ver, por exemplo: de uma perspectiva comportamental: THALER, Richard H. *Quasi rational economics*. Nova York: Russell Sage Foundation, 1991; e SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008. Em todo caso, para os fins deste artigo, tomaremos por base a premissa da racionalidade maximizadora de interesses no universo político, embora isso possa se revelar falso, em alguns casos, por questões diversas, o que inclui acreditar, ainda, em política movida por impulsos verdadeiramente altruístas.

a obtenção de mais votos.¹⁹ Nesse contexto, num esforço de didática, o agente terá dois grandes feixes de incentivos: um interno e outro externo, os quais se retroalimentam.

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 de governo. Colocar-se numa posição de veto do itinerário decisório é um dos meios de isso acontecer (*veto player*).²⁰ 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 com 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), o agente político tem incentivos a atenderem grupos privados de interesse. *Primeiro*, porque, em última análise, seu mandato é decorrência da vontade de um conjunto de pessoas que viu naquele sujeito um possível representante. Se esses eleitores forem identificáveis, existe a tendência natural de 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 político não tenha muita clareza sobre quem o sustenta no poder (o que acontece, com frequência, em sistemas eleitorais proporcionais, sem vinculação a uma circunscrição eleitoral), ele será suscetível a capturas de interesses privados suficientemente articulados e que sejam aptos a oferecer vantagens que contribuam para seu projeto de reeleição ou nova indicação. Trata-se do mercado político alimentado pelos chamados *rent-seekers*,^{21,22}

¹⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressiva do direito — e o novo direito administrativo. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo et al. (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 246.

²⁰ “*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*” (TSEBELIS, George. *Veto players. How political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 19).

²¹ A expressão é de KRUEGER, Anne. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, v. 64, n. 3, p. 291-303, jun. 1974. A noção de *rent-seeking*, no entanto, é tributária da obra de: TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, v. 5, n. 3, p. 224-232, 1967.

²² A ideia é a de sujeitos que procuram vantagens econômicas que não são decorrentes do aumento de riqueza no mundo. Isto é: ganhos sem efetivo trabalho. A referência ao termo *rent*

rótulo atribuído a agentes privados que buscam induzir decisões estatais regulatórias como meios de incrementar suas posições em um determinado setor da economia independentemente de sua capacidade competitiva.²³

Políticos precisam de votos e de dinheiro (público ou privado), e são lançados a um sistema de incentivos a merecer atenção. Tanto legisladores quanto 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.

A imagem pessimista da formação da vontade legislativa não significa que sempre seja assim. Há e — espera-se — sempre existirão políticos movidos por interesses justos e altruístas. O discurso republicano,²⁴ e.g., com sua expectativa de que os cidadãos ativos se valham de sua liberdade política como instrumento de virtudes cívicas, é inspirador e pode, por certo, encontrar exemplos reais de ações estatais movidas por seus princípios. O mesmo se diga das perspectivas de democracia deliberativa²⁵, ou das teorias de justiça e moralidade de John Rawls²⁶ e Ronald Dworkin.²⁷ Tais concepções são ideais regulativos importantes. Todavia, as instituições não podem ser pensadas a partir desse otimismo pautado por argumentos da filosofia abstrata.²⁸ Carece-se de uma abordagem realista e condizente com o comportamento humano, a qual, mais cética, busque os mesmos valores (republicanos e morais) sem idealizar os gestores públicos e as instituições.²⁹

volta-se à obra de Adam Smith, que explicava existirem três tipos de *ganhos (income)*: os lucros, os salários e as rendas (*rents*). SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²³ STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: Paulo Mattos et al., *Regulação econômica e democracia*, op. cit., p. 23-48.

²⁴ PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. v. I.

²⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

²⁸ Nossa perspectiva toma emprestado o pragmatismo da *public choice* como ferramentas metateóricas a serviço de finalidades constitucionais e democráticas. Em sentido próximo, ver: Gustavo Binenbojm, *Poder de polícia, ordenação, regulação*, op. cit., p. 66.

²⁹ Este não é o local para aprofundar o debate sobre a moralidade dessa perspectiva. Em todo caso, pode-se dizer que: “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*

Tal é a proposta das teorias das escolhas públicas. Uma investida metodológica que, ao buscar *descrições fidedignas*,³⁰ desconfia dos agentes públicos, valendo-se de teorias econômicas do comportamento, e sugerindo reformas institucionais que gerem os incentivos corretos. Afinal, “a história humana mostra ser extremamente perigoso confiar no espírito público como sendo o guia dos desenhos institucionais”.³¹ As tradições patrimonialistas brasileiras não apontam em sentido diferente.³² O ambiente deliberativo não é *habermasiano* (e contrafático), em que se pressupõe o diálogo entre iguais voltados ao consenso.³³ O cenário é o de democracia pluralista ao estilo *madisoniano*,³⁴ em que a formação de vontade política está sujeita a interferências de facções não movidas por interesses públicos, mas por ambições e motivações individuais.³⁵ Acredita-se que essa perspectiva ajuda a compreender a política em uma democracia representativa como ela de fato é.

Mas não é só isso. Além de descrever nas virtudes dos agentes públicos, a Escola das Escolhas Públicas também se desanima com a capacidade de formação de um consenso majoritário nas assembleias de legisladores. Tais abordagens, tributárias do Paradoxo de Condorcet e do Teorema de Arrow,³⁶ questionam se a vontade consolidada em estatutos seria efetivamente o desejo da maioria.³⁷

O Teorema de Arrow sugere que a formação de uma vontade legislativa majoritária é simplesmente ilusória.³⁸ Um exemplo ajuda a explicar. Imagine-se que três parlamentares (André, Bruno e Carlos) devem optar pelas políticas

immoral? The case for the “Nobel” lie. *Virginia Law Review*, v. 74, n. 2, p. 188, 1988. Symposium on the Theory of Public Choice.

³⁰ MASHAW, Jerry. *Greed, chaos and governance*. Using public choice to improve public law. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 4.

³¹ *Ibid.*, p. 27. Para uma crítica segundo a qual se deve *repudiar* tal perspectiva pessimista nos EUA, ver: ACKERMAN, Bruce. Beyond carolene products. *Harvard Law Review*, v. 98, p. 713-746, 1985.

³² HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2006; e FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997.

³³ Jürgen Habermas, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, op. cit.

³⁴ DAHL, Robert. *A preface to democratic theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006. p. 15-17.

³⁵ Para Madison as facções são inevitáveis, podendo-se, apenas, minimizar os seus efeitos, tendo em vista que, em suas palavras, “as causas latentes das facções estão sementeas na própria natureza humana” (MADISON, James. *The federalist n. 10*. Com notas e introdução de Jacob E. Cooke. Middletown, Conn: Wesleyan University Press, 1961. p. 56-65).

³⁶ ARROW, Kenneth Joseph. *Social choice and individual values*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1963.

³⁷ Para uma exposição didática, ver MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 473-475.

³⁸ HARIAN, Val. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 5. ed. americana. tradução de Ricardo Inojosa e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 598-600.

públicas X, Y e Z. Considere-se, ainda, que, numa ordem de preferências, André prefere X a Y, e Y a Z. Bruno prefere, em ordem, Y, Z e X. Já Carlos prefere primeiro Z, depois X e, então, Y. Nesse cenário, nenhuma escolha é efetivamente majoritária. Os três não concordam quanto à melhor solução. Pior: pode haver um círculo vicioso se as rodadas de votações, como costuma acontecer, forem feitas em pares. De fato, se X disputa com Y, X vence. Mas se X disputar com Z, Z vencerá. Se Z for comparado com Y, Y será escolhido. Isto é: as rotinas de votação não levarão às preferências dos sujeitos envolvidos. O resultado é muito mais o produto da forma como as votações são feitas.

O Teorema de Arrow traz perplexidades seriíssimas para o estudioso do direito administrativo.³⁹ A dificuldade de escolhas consensuais nas hipóteses em que houve mais opções para vários votantes faz concluir que sequer seria possível falar, com segurança, em vontade majoritária na lei.⁴⁰ Em outras palavras, a *vontade geral do povo*, a partir do Nobel de economia Kenneth J. Arrow, nada mais é que o resultado da condução da agenda de deliberação. Dificilmente uma escolha representará a vontade da maioria. Ela será obra do direcionamento dos ciclos de votação, ou, na melhor das hipóteses, do acaso.

O cenário esboçado pela Escola da Escolha Pública (*Public Choice*) é de que os mecanismos da democracia representativa possuem problemas agudos. Mas será essa lógica aplicável ao Brasil contemporâneo? O funcionamento das instituições da democracia brasileira pode fazer concluir que a formação da vontade legislativa — se é que essa vontade existe — aproxima-se mais de um sistema de conflagração caótica entre interesses individuais que de uma ágora de debate voltado ao consenso em torno de finalidades públicas? A resposta a essas indagações passa pela compreensão do presidencialismo praticado no país.

3. O presidencialismo de coalizão. Como se governa o Brasil

A locução *presidencialismo de coalizão* foi cunhada, por falta de melhor nome, por Sergio Abranches,⁴¹ e designa a realidade em que o desenvolvimento

³⁹ Jerry Mashaw, *Greed, chaos and governance*, op. cit., p. 12-13.

⁴⁰ Ibid., p. 202.

⁴¹ “[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

governamental depende do esforço de centralização do processo político na pessoa do presidente da República. Em grande medida, a agenda do governo só é alcançável por meio da construção de alianças no Congresso Nacional após a eleição do chefe do Poder Executivo. O presidente precisa costurar uma *coalizão*, a qual será a base de sustentação necessária para a aprovação de leis, medidas provisórias e emendas constitucionais,⁴² conforme o projeto político vitorioso nas eleições majoritárias para a Presidência da República. E isso suscita uma equação complexa em face do sistema partidário e eleitoral brasileiro, o qual tende à fragmentação.⁴³

O multipartidarismo e o sistema eleitoral proporcional de lista aberta sem cláusula de barreira⁴⁴ esboçam um cenário de complexa formação de consenso e alinhamento da vontade legislativa. Eleições separadas geram um possível cenário de visões opostas no Congresso Nacional e na Presidência da República.⁴⁵ A sistemática eleitoral cria incentivos para que os interesses

(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 coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 21-22, 1988).

⁴² O quórum de aprovação da lei ordinária é de maioria simples, presente a maioria absoluta de seus membros (art. 47, CRFB). O quórum necessário à aprovação de lei complementar é de maioria absoluta (art. 69, CRFB). A medida provisória, editada pelo chefe do Executivo nos casos de relevância a urgência, segue a regra da maioria simples para sua conversão em lei, devendo ser apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, podendo ser esse prazo prorrogado em 60 dias (art. 62, §§6º e 7º). A votação da medida provisória se iniciará na Câmara dos Deputados (art. 62, §8º). Por fim, as emendas constitucionais devem ser discutidas e votadas em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, devendo obter, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁴³ Para um panorama: PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 521-557, 2000.

⁴⁴ O sistema eleitoral proporcional (art. 27, §1º, 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*. 26. ed. 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 a 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*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 873-874).

⁴⁵ LIJPHART, Arendt. Presidentialism and majoritarian democracy: theoretical observations. In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Org.). *The failure of presidential democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994. v. I, p. 100.

a serem defendidos por parlamentares no Congresso Nacional sejam meramente paroquiais, esvaziando o papel dos partidos e embaraçando o desenvolvimento de uma agenda de governo nacional.⁴⁶ De fato, o eleitorado tem incentivos para não se orientar pelo sistema partidário, cada vez mais desacreditado pela população,⁴⁷ mas pelas características pessoais de cada candidato. Por conseguinte, políticos não se sentem necessariamente vinculados aos interesses dos seus partidos, mas tendem a se voltar, com maior intensidade, à satisfação dos seus eleitores identificáveis e daqueles que os apoiaram (inclusive financeiramente) e poderão dar suporte nas próximas eleições. Esse aspecto, combinado com a ausência de cláusula de barreira,⁴⁸ favorece o surgimento e a sobrevivência (inclusive com recursos do fundo partidário) de interesses dispersos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, bem como a manutenção de partidos, que, apesar de nanicos, terão algum poder de barganha. Isso sem mencionar 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. Colocado de forma direta, é bastante complicado governar o Brasil. Giovanni Sartori,⁴⁹ a propósito, chegou a sustentar que o sistema presidencialista brasileiro pós-1988, herdeiro de uma escolha inesperada após a proclamação da República,⁵⁰ não poderia funcionar.

⁴⁶ AMES, Berry. Electoral rules, constituency pressures, and pork barrel: bases of voting in the Brazilian Congress. *Journal of Politics*, v. 57, n. 2, p. 324-343, 1995.

⁴⁷ As manifestações populares do segundo semestre de 2013 apontam para uma real crise de representatividade e até mesmo a rejeição partidária. De acordo com o Instituto Datafolha, os militantes de partidos políticos foram afastados das passeatas, representando parcela mínima dos manifestantes (aproximadamente 16%, conforme divulgado no jornal *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1296886-em-protesto-de-sp-maioria-nao-tem-partido-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁴⁸ A noção de cláusula de barreira relaciona-se com a 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 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. 7.12.2006, DJ 30.3.2007 e ADI nº 1.354 MC, rel. min. Mauricio Corrêa, Pleno, j. 7.2.1996, DJ 25.5.2001. 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.

⁴⁹ SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: UnB, 1996. p. 110.

⁵⁰ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 123.

Na verdade, a literatura majoritária nos anos 1980-90 pressagiou um cenário muito negativo para o presidencialismo que se desenvolvia na América Latina. Defendeu-se que a difícil mistura entre presidencialismo e multipartidarismo era intrinsecamente negativa.⁵¹ Na esteira dos influentes estudos do professor Juan Linz⁵² (da Universidade de Yale), para quem o parlamentarismo teria mais chances de êxito na construção de um regime democrático estável que o presidencialismo, criticou-se fortemente o regime dos presidentes, cuja salvação — se não fosse possível o abandono — estaria na adoção do bipartidarismo ao estilo dos EUA.⁵³

O argumento era o de que sistemas presidenciais criariam, naturalmente, uma realidade de independência institucional mútua, ao contrário do parlamentarismo,⁵⁴ em que o governo só é possível enquanto houver apoio parlamentar. De fato, presidentes são escolhidos em eleições majoritárias independentes do sufrágio para escolha de deputados e senadores, ao contrário do que se passa com o primeiro-ministro, cuja permanência no cargo pressupõe sustentação legislativa permanente. Presidentes sem suporte parlamentar geram paralisia e crise institucional, com risco de ruptura democrática. Primeiros-ministros sem base congressual, por outro lado, são facilmente substituíveis, havendo maiores chances de ajustes de rumo e criação de um novo governo democrático e funcional.

Assim, a opção pelo presidencialismo poderia levar ao que Bruce Ackerman⁵⁵ chamou de *pesadelo linzeriano* (*Linzian nightmare*), numa referência ao colega em New Haven.⁵⁶ Trata-se do resultado de um sistema de incentivos em que presidentes muito fortes, principalmente porque dotados de

⁵¹ MAINWARING, Scott. Presidentialism, multipartidarism, and democracy: the difficult combination. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 2, p. 198-228, 1993.

⁵² LINZ, Juan J. Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: ____; VALENZUELA, Arturo (Org.). *The failure of presidential democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994. v. I.

⁵³ Conforme narram: MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work*. Checking the president in a multiparty system. Nova York: Palgrave Macmillan, 2013. p. 1.

⁵⁴ Como regra geral, no parlamentarismo a chefia do governo possui responsabilidade política perante a assembleia que o elegeu, sendo destituível por simples voto de desconfiança. Nesse sentido, o Poder Executivo é espécie de *delegado* do Poder Legislativo. A propósito, com mais nuances, ver: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 198-199.

⁵⁵ ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 645-646, jan. 2000.

⁵⁶ Assim como Ackerman, Juan Linz foi *sterling professor* em Yale (o mais alto título que um professor pode alcançar naquela universidade), onde lecionava temas de ciência política. Juan Linz, que nasceu na Alemanha e formou-se na Espanha, faleceu em New Haven, CT, em 2013.

capacidades normativas robustas (como é o caso das medidas provisórias no Brasil), sempre estarão tentados a, diante de um parlamento que lhes cause embaraço — o que é provável em realidades multipartidárias e com eleição proporcional —, transformar-se num caudilho. Isto é, numa figura autoritária, que contorna as dificuldades institucionais com a assembleia de legisladores, com ação unilateral e usurpação de poderes. A história da América Latina⁵⁷ seria a ilustração desse sonho ruim.⁵⁸

Nada obstante, a literatura sobre presidencialismo que se seguiu à obra de Juan Linz avançou no sentido de que seria possível cogitar-se de regimes bem-sucedidos na América Latina presidencialista. Num primeiro enfraquecimento da crítica *linzeriana*, passou-se a sustentar que nem todo presidencialismo tenderia ao fracasso institucional. Essa foi a tese sustentada por Matthey Shugart e John Carey,⁵⁹ para quem a chave do êxito presidencial estaria na combinação entre a capacidade do presidente em manter uma maioria partidária estável no Congresso e uma realidade de reduzidos poderes constitucionais. Presidentes mais fracos e fortalecimento partidário seriam imprescindíveis.

Partindo-se desse diagnóstico, concluiu-se, no início dos anos 1990, que se poderiam esperar graves crises institucionais no Brasil e no Chile, diferentemente do que ocorreria em países como a Venezuela, a Bolívia e a Argentina, que estariam no caminho do bom modelo de governo, por conta de reformas feitas por força das mesmas inspirações dessa doutrina (fortalecimento partidário, diminuição do poder do presidente e modificações no sistema eleitoral, por exemplo).⁶⁰ Segundo Marcos André Melo e Carlos Pereira,⁶¹ essas previsões negativas para Brasil e Chile se baseavam no modelo eleitoral de lista aberta num ambiente multipartidário, o que levaria à criação de desincentivos à coalizão. Assim, esses países eram “objeto de grande preocupação”,⁶² ao contrário da Venezuela e da Bolívia, onde a combinação

⁵⁷ Para um panorama geral, ver: LINZ, Juan; STEPAN, Alfred (Coord.). *The breakdown of democratic regimes*. Latin America. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.

⁵⁸ Bruce Ackerman critica fortemente a exportação do modelo presidencialista dos EUA e sugere, apoiado em Giovanni Sartori, que o germe do problema é o próprio presidencialismo, que contribuiu fortemente para o passado autoritário da América Latina (Bruce Ackerman, *The new separation of powers*, op. cit., p. 646).

⁵⁹ SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

⁶⁰ MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew S. Juan Linz, presidentialism, and democracy: a critical appraisal. *Comparative Politics*, v. 29, n. 4, p. 449-471, 1997.

⁶¹ Marcos André Melo e Carlos Pereira, *Making Brazil work*, op. cit., p. 30.

⁶² *Ibid.*, p. 31.

entre presidentes mais fracos e partidos fortalecidos teria mais chance de sucesso democrático. Os anos se passaram e aconteceu justamente o contrário.

Assim, numa imposição da vida sobre os prognósticos, uma terceira onda de estudos aprofundou-se na temática do presidencialismo para defender que o modelo de presidentes fortes não seria necessariamente prejudicial para as relações institucionais entre legisladores e administradores. Continuou havendo consenso de que, como regra geral, a formação de coalizões e consensos é mais fácil em regimes parlamentaristas, o que seria acompanhado de um maior sucesso legislativo do governo entre os legisladores.⁶³

Todavia, três novas descobertas empíricas, narram Carlos Pereira e Marcus André Melo,⁶⁴ indicaram um cenário diferente: *primeiro*, viu-se que governos minoritários não estão sempre associados ao fracasso da aprovação da sua agenda no parlamento; *segundo*, verificou-se que governos advindos de partidos com minoria legislativa não são a causa inelutável de impasses institucionais; *terceiro*, constatou-se que a fragmentação partidária não leva, em todo caso, a conflitos entre os Poderes. Na verdade, o avesso se mostrou verdadeiro. Com base em dados concretos, constatou-se que a probabilidade de coalizão é aumentada em uma realidade fragmentária com presidentes fortes. Verificou-se, inclusive, que governos minoritários podem ser, na prática, mais exitosos que os majoritários, no que se refere à aprovação de sua agenda no parlamento.⁶⁵

Foi com essa nova narrativa que se passou a dizer que o presidencialismo de coalizão se mostrava viável. O Brasil, outrora visto como à beira de um precipício institucional, tornou-se cobiçado objeto de estudo dos cientistas políticos que ansiavam entender como seria possível esse *sucesso surpreendente*.⁶⁶ E foi assim que o debate desviou o foco para questões relacionadas com a dinâmica da formação de coalizões e com os meios de controle, diminuindo-se a preocupação com a investigação sobre a realidade eleitoral e seus efeitos. Desenho institucional é básico para qualquer avaliação. Sem embargo, a gestão da coalizão e o exame dos meios de controle revelaram-se, quando combinados, como a engrenagem estratégica no exame da governabilidade e

⁶³ Ibid., p. 32.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. Government coalitions and legislative success under presidentialism and parliamentarism. *British Journal of Political Science*, v. 34, p. 565-587, 2004.

⁶⁶ PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus André. The surprising success of multiparty presidentialism. *Journal of Democracy*, v. 23, n. 2, p. 156-170, 2012.

da estabilidade institucional.⁶⁷ Uma gestão que depende, em primeiro lugar, de um presidente forte, como acontece no Brasil.

De fato, a Constituição de 1988, diferentemente da Carta de 1946, proveu a Presidência de República de ferramentas institucionais que permitiram um bom nível de governabilidade, ao mesmo tempo que garantiu um robusto arranjo institucional de controle com significativa independência (Poder Judiciário, Ministério Público, órgãos internos, Polícia Federal, Tribunais de Contas etc.). E o modelo deu bons resultados. A democracia brasileira é consolidada e suas instituições são estáveis.⁶⁸ O país não ficou parado, tal como ocorreu com o governo regido pela Constituição de 1946. Apesar de ainda persistirem problemas antigos e de terem surgidos outros, o Brasil evoluiu em vários aspectos econômicos e sociais.⁶⁹ A democracia avançou e formou-se um conjunto de crenças e instituições que indicam, segundo literatura recente,⁷⁰ que, mesmo que o país passe por fortes turbulências e crises (tal como a vivida com o processo de *impeachment* da presidente Dilma), o Brasil deve voltar aos trilhos do desenvolvimento sustentável.

Essa vitória democrática e institucional pode ser explicada, entre outras razões (*e.g.*: tal como o forte sistema de freios e contrapesos),⁷¹ pelo arranjo que permitiu a ascensão do presidente da República a uma posição central na máquina decisória estatal, afastando uma situação de paralisia,⁷² e direcionando as prioridades apontadas nas eleições majoritárias.

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”.⁷³

⁶⁷ Marcus André Melo e Carlos Pereira, *Making Brazil work*, op. cit., p. 33.

⁶⁸ Marcus André Melo e Carlos Pereira, *Making Brazil work*, op. cit., p. 60. Ver também: BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. Disponível em <www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

⁶⁹ Segundo o último censo realizado pelo IBGE, em 2010, os avanços econômicos e sociais foram evidentes, *v.g.*, com o aumento da renda e do emprego no país, bem como a diminuição do desemprego e do trabalho informal no Brasil.

⁷⁰ ALSTON, Lee J. et al. *Brazil in transition: beliefs, leadership and institutional change*. Princeton: Princeton University Press, 2016.

⁷¹ *Ibid.*, p. 141-150.

⁷² LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos — Cebrap*, São Paulo, n. 76, p. 40-41, 2006.

⁷³ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade. Desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos Ranulfo; ALCÁNTARA, Manuel. *A democracia brasileira*. Balanço e perspectivas para o século 21. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 147.

Poderes esses que vão desde a previsão de capacidades normativas de relevo (*i.e.*, edição de medidas provisórias e regulamentos autônomos, conforme artigos 62 e 84, VI, *a*, CRFB) e o poder de veto (art. 66, §1º, CRFB), passando por reservas de iniciativa legislativa em questões relevantes (v. art. 61, §1º, e art. 63, CRFB), como ainda pela definição da pauta legislativa, inclusive com seu trancamento (art. 64, §§1º e 2º; além, é claro, do art. 62, §6º, CRFB). Tudo em conjunto com o fortalecimento dos líderes partidários — alçados a uma posição de destaque pelas normas regimentais do Congresso — que negociam a sustentação da base do governo em troca de votos e de posições de destaque na administração pública (como o exercício de cargos e funções), como também, o que tem se mostrado essencial para garantir a liderança da chefia do Poder Executivo, a liberação de emendas orçamentárias. Trata-se, para usar a expressão de Marcus André Melo e Carlos Pereira, de uma estratégia “caixa de ferramentas presidencial”, que torna viável o funcionamento da democracia brasileira. Instrumentos de gestão da coalizão.⁷⁴

Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi são entusiastas do sucesso presidencialista brasileiro. Segundo argumentam, a Presidência da República possui mecanismos institucionais capazes de criar incentivos suficientes de direcionamento da agenda do Congresso Nacional, num padrão de êxito que se assemelha ao dos regimes parlamentaristas.⁷⁵ Tanto é assim que 83,3% das leis aprovadas no Brasil entre 1988 e 2007 são de iniciativa da chefia do Poder Executivo.⁷⁶ E mais: segundo essa mesma base de dados, após 1988, o Poder Executivo raramente foi derrotado no processo político. Da promulgação da Constituição até 2007, verificou-se que, dos 2.965 projetos de leis apresentados pelo Poder Executivo, apenas 65 foram rejeitados.⁷⁷ Nesse sentido, e há boas razões para entender que isso ainda seja assim, o presidente, no Brasil, controla a agenda do Poder Legislativo e a administração pública evolui.⁷⁸ Quanto a isso parece haver argumentos fortes. O problema é saber: a que custo? E neste ponto as divergências sobre a percepção da realidade brasileira se acirram.

Realmente, a despeito do significativo consenso sobre a existência de um modelo de presidencialismo de coalizão no Brasil, ainda há divergência

⁷⁴ Marcus André Melo e Carlos Pereira, *Making Brazil work*, op. cit., p. 52.

⁷⁵ Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, *Instituições políticas e governabilidade*, op. cit., p. 160.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 157.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 158.

⁷⁸ *Ibid.*

sobre os efeitos e implicações desse sistema.⁷⁹ De um lado, há autores que, mantendo o pesadelo linzeriano, entendem que o modelo gera uma combinação explosiva,⁸⁰ criando enormes dificuldades de governabilidade e estabilidade democrática.⁸¹ No extremo dessa percepção, tende-se a concordar que o presidencialismo foi, talvez, o mais perigoso produto de exportação institucional dos EUA para o resto do mundo, notadamente na América Latina.⁸² Para essa linha de pensamento, o presidencialismo gera tendências de personalização do poder,⁸³ rigidez excessiva, com impossibilidade de ajuste de rumo diante de um conflito entre Executivo e Legislativo,⁸⁴ diminuição de consensos, com sobreposição da vontade majoritária do presidente.⁸⁵

De outro lado, como já indicado, existe literatura sustentando que as ferramentas institucionais disponibilizadas ao chefe da administração pública são capazes de garantir um modelo estável.⁸⁶ O sucesso da democracia brasileira seria, assim, fruto de seu arranjo institucional e de uma boa gestão da base de sustentação da agenda do Poder Executivo. Na verdade, pode-se dizer, com Carlos Pereira e Bernardo Mueller, que o sistema político nacional tem tanto aspectos de fragmentação quanto de centralização. Se, de uma banda, o modelo eleitoral cria incentivos para que os políticos ajam como atores individuais, de outra, as capacidades legislativas do presidente da República e o controle orçamentário nas mãos do Poder Executivo implicam que o comportamento legislativo seja profundamente dependente na lealdade ao partido e à agenda da Presidência.⁸⁷

⁷⁹ LOUREIRO, Maria Rita; OLIVIERI, Cecília; MARTES, Ana Cristina Braga. Burocratas, partidos e grupos de interesse: o debate sobre política e burocracia no Brasil. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Org.). *Burocracia e política no Brasil*. Desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. p. 104-105.

⁸⁰ ALEGRE, Marcelo. Democracia sin presidentes. In: SABA, Roberto et al. (Org.). *Poder Ejecutivo — Sela* (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), 2006. Buenos Aires, 2007. p. 3-24.

⁸¹ Por todos: Sérgio Henrique H. de Abranches, *Presidencialismo de coalização*, op. cit.; MAINWARING, Scott. Presidentialism, multipartidarism, and democracy: the difficult combination. *Comp. Political Studies*, v. 26, n. 2, p. 198-228, 1993.

⁸² Juan J. Linz, *Presidential or parliamentary democracy*, op. cit.

⁸³ NINO, Carlos Santiago. *Presidentialism vs. parliamentarism*, citado por Marcelo Alegre, *Democracia sin presidentes*, op. cit., p. 7.

⁸⁴ Juan J. Linz, *Presidential or parliamentary democracy*, op. cit., p. 6.

⁸⁵ Arendt Lijphart, *Presidentialism and majoritarian democracy*, op. cit., p. 97.

⁸⁶ Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, *Instituições políticas e governabilidade*, op. cit.

⁸⁷ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. A theory of Executive dominance of congressional politics: the committee system in the Brazilian Chamber of Deputies. *The Journal of Legislative Studies*, v. 10, n. 1, p. 13, 2004.

As ferramentas de coalizão podem funcionar, notadamente aquelas relativas ao controle orçamentário e de liberação de emendas parlamentares, quase sempre destinadas aos redutos eleitorais de cada legislador.⁸⁸ Com esse mecanismo, o presidente agrada aos interesses locais dos integrantes do Congresso, que, por seu turno, concordam em apoiar a política central porque focados em manter sua base eleitoral regional. Estudos empíricos mostram que, em momentos de definição de pontos importantes para o governo eleito, o volume de liberação de emendas orçamentárias aumenta substancialmente.⁸⁹

Além disso, é também ferramenta estratégica de governo a manutenção de um *gabinete* (corpo ministerial e o alto escalão) heterogêneo, com tamanho alargado para acolher aliados que efetivamente sigam a agenda presidencial. A distribuição de cargos é fundamental para a manutenção da coalizão. Na verdade, a definição sobre tamanho do gabinete e a distribuição de cargos tem uma correlação direta com a efetividade da política orçamentária.⁹⁰ Escolhas malfeitas na política orçamentária implicam a necessidade de arranjos compromissórios demasiadamente alargados, e a formação de um gabinete que pode vir a distorcer, ao menos quanto aos seus integrantes, a linha ideológica do partido do presidente, o que aumenta o risco de impasses.

Se o copo da democracia brasileira está *meio cheio* ou *meio vazio* não é um diagnóstico a ser aprofundado aqui.⁹¹ O que nos basta é a constatação de que o modelo em que se insere a administração pública brasileira pressupõe um sistema de trocas e custos. Para governar, o presidente precisa aprovar leis e emendas constitucionais. Para tanto, numa realidade partidária naturalmente fragmentária, ele deve negociar com o Congresso, liberar emendas, fazer concessões e criar um gabinete alargado, tomando cuidado para não gerar impasse. Se queremos um governo de leis, dependemos dessa dinâmica.

⁸⁸ Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, Instituições políticas e governabilidade, op. cit., p. 130 e 133. PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. *Dados*, v. 45, n. 2, p. 274, 2002.

⁸⁹ A propósito, ver Carlos Pereira e Bernardo Mueller, Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão, op. cit., p. 265-301.

⁹⁰ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work*. Cit., p. 52.

⁹¹ A propósito: v. MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. op. cit., p. 157-163. V., ainda, considerando, inclusive, a crise política que culminou com o processo de *impeachment* da presidente Dilma: Lee J. Alston et al., *Brazil in transition*, op. cit., 2016.

4. Legalidade administrativa de carne e osso

Na perspectiva dos particulares, o princípio da legalidade é resumido à máxima “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da Constituição). Somente a *lei* pode criar direitos e obrigações. Em contrapartida, na perspectiva do direito administrativo e como decorrência genérica do princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), a administração pública só pode atuar quando a lei permitir e nos limites da mesma. O intuito é o de que a liberdade dos particulares não seja cerceada pela tirania do administrador público ou de outra manifestação da autoridade pública, o que se revela mais frequentemente com o Poder Executivo. A lei, fruto da vontade geral representada em assembleia, é o remédio contra os males da nação, o que indica, para o entendimento convencional, uma visão maximalista da lei, que deverá conter todo o direito.

A atividade da administração pública brasileira não cabe na teoria clássica da legalidade. Se, ao longo da história, os dispositivos constitucionais relativos à legalidade e à separação de Poderes pouco mudaram, a realidade — ou a percepção da realidade — se mostrou bastante diversa.⁹²

Como defender a visão romântica do pensamento convencional no Brasil quando se verifica que: (I) a vontade legislativa dificilmente advirá de um consenso majoritário, mas será resultado do acaso dos ciclos de votação, ou do direcionamento de agenda (Teorema de Arrow⁹³) (II) que o processo deliberativo no Congresso Nacional não envolve, propriamente, o debate de ideias para o bem comum, mas a definição de se seguir ou não os acordos celebrados pelo Poder Executivo na formação da coalizão; e (III) que esses acordos envolvem a distribuição de cargos e a liberação de emendas orçamentárias para que sejam atendidos grupos articulados no parlamento, ou currais eleitorais?

Como defender que a República brasileira, instituída por meio de decreto,⁹⁴ e diante do modelo de presidencialismo de coalizão, possa ser o país da legalidade locke-rousseauiana, como indica a doutrina convencional? Isso é simplesmente inviável, o que pode causar frustração ou mesmo, num caminho oposto, uma postura de rejeição à lei formal no direito

⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 247.

⁹³ ARROW, Kenneth Joseph. *Social choice and individual values*. 2. ed. New Haven: Yale, 1963.

⁹⁴ V. Decreto nº 1, de 15.11.1889.

administrativo. Certo modo, o ativismo judicial com intenso e criativo controle de constitucionalidade pode ser visto como uma reação diante do desencanto com o Poder Legislativo.⁹⁵ O mesmo pode ser observado na literatura que propugna a substituição da noção de legalidade pela ideia de *juridicidade*.

A doutrina da *juridicidade* busca — sem abandonar por completo a lei,⁹⁶ em relação à qual nutre alguma desconfiança⁹⁷ — reconduzir a ação administrativa a um labor fundado diretamente na Constituição.⁹⁸ O direito administrativo, devidamente permeado pela Carta Magna, admite que a administração pública aplique a Constituição e “arranque” da Lei Maior, para usar a expressão do STF quando definiu a competência normativa do Conselho Nacional de Justiça,⁹⁹ a sua própria legitimidade, inclusive para a criação de normas jurídicas. Essa perspectiva de ideias baseia-se na noção de que a administração pública está vinculada não apenas à lei, mas a todo o direito.¹⁰⁰ Ou, mais especificamente, à *juridicidade*, na nomenclatura já encontrada na obra de Adolf Merkl.¹⁰¹ Com o triunfo do constitucionalismo, esse discurso evoluiu para a defesa da Constituição como o estatuto cimeiro de legitimação administrativa, e “o fundamento primeiro do agir administrativo”.¹⁰²

Esse processo de vinculação administrativa à Constituição se operacionaliza tanto na aplicação direta de regras claras do Texto Maior quanto por meio do resultado do sopesamento entre os seus variados princípios, por intermédio do postulado da proporcionalidade,¹⁰³ na análise sucessiva

⁹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 443, jul./dez. 2008.

⁹⁶ De fato, a doutrina da *juridicidade* reconhece a importância de espaço para tratamento de diversos temas relevantes por meio de lei, notadamente no que se refere à existência de reservas simples e qualificada (Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 122-124).

⁹⁷ Ibid., p. 136-147; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 94-107.

⁹⁸ Patrícia Ferreira Baptista, *Transformações do direito administrativo*, op. cit., p. 108.

⁹⁹ Nas palavras do min. Ayres Britto: “A Resolução n. 7/05 [do CNJ] se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do §4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade” (ADC nº 12-MC, rel. min. Carlos Britto, j. 16.2.06, DJ de 1.9.06).

¹⁰⁰ WALINE, Jean. *Droit administrative*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 275.

¹⁰¹ MERKL, Adolf. *Teoria general del derecho administrativo*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935. p. 132 e ss.

¹⁰² Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 37.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 121-124; 131-132; 148-161. Ver, ainda, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218-246.

dos seus três elementos: a *adequação* ou *idoneidade* (aptidão para alcançar o fim constitucionalmente pretendido, bem como o fim almejado pelo poder público); a *necessidade ou exigibilidade* (opção pelo meio que menor sacrifício cause aos direitos em jogo) e a *proporcionalidade em sentido estrito*, que corresponde ao mandado de ponderação propriamente dito (relação de custo-benefício entre o direito sacrificado e o fim pretendido).¹⁰⁴

Surge, assim, uma *legalidade principiológica*, que exige do legislador o mínimo de densidade normativa no processo de atribuição de poderes à administração pública, falando-se aqui em “habilitações normativas calcadas em princípios e valores”,¹⁰⁵ inclusive com a possibilidade de superação do texto da lei em razão da incidência de outros princípios constitucionais.¹⁰⁶ A Constituição venceu a lei. Nas palavras de Paulo Bonavides, “se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”.¹⁰⁷

Carlos Ari Sundfeld¹⁰⁸ critica a perspectiva da juridicidade por entender que ela substitui o mito liberal da lei por um papel supervalorizado da Constituição. A seu juízo, isso implica excesso de subjetivismo do administrador público. E nesse ponto começam a surgir algumas dificuldades, pois, ao mesmo tempo que se ampliam os meios de controle, são alargados os poderes de tomada de decisão.

A crítica de Carlos Ari Sundfeld merece reflexão. O discurso de que a juridicidade seria um meio de controle mais forte e apropriado para estreitar a ação administrativa à vontade constitucional, se malconduzido, pode implicar menor vinculação e abusos. O agente público que age consoante o resultado da ponderação de princípios constitucionais (inclusive o da legalidade) acaba possuindo um leque mais aberto de opções, inclusive numa denominada juridicidade *contra legem*.¹⁰⁹ O administrador público que aplica a Constituição, além de interpretar os conceitos abertos presentes nas leis,

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 96.

¹⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 62, 2004.

¹⁰⁶ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 130 e 132.

¹⁰⁷ Continua, ainda, o autor: “A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 424.

¹⁰⁸ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, op. cit., p. 134.

¹⁰⁹ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 183 e ss.

pode refiltrá-las à luz dos — ainda mais flexíveis e por vezes contraditórios — princípios constitucionais. O dever de ponderar os princípios constitucionais em jogo contribui para racionalizar o processo de tomada de decisão, mas não afasta a circunstância de que a aplicação do postulado da proporcionalidade é apta a gerar, hipoteticamente, mais de um resultado válido e conferir mais liberdade ao agente, ou mesmo arbitrariedades. Nesse contexto, a exigência de lei acaba sendo mitigada em razão de outros princípios.

Em segundo lugar, a substituição do paradigma de legalidade para o de constitucionalidade, se, de uma banda, torna menos rígida a vinculação administrativa, de outra, acaba por transferir poderes efetivos aos juízes, podendo gerar excesso de subjetivismo judicial.¹¹⁰ Sim, porque será no Poder Judiciário onde a Constituição poderá ser reinterpretada e a vontade administrativa reconsiderada em face de mais um juízo de proporcionalidade. E aqui podem surgir novas questões de legitimidade e de capacidades institucionais.

Em suma, a consagração do princípio da juridicidade, conquanto possua o mérito de atualizar o projeto do estado de direito no direito administrativo ao situá-lo na lógica do constitucionalismo, implica o fortalecimento do papel do Poder Judiciário na revisão dos atos administrativos. Se isso tem um lado positivo por reforçar os meios de supervisão da administração, há uma face problemática quando se consideram aspectos de legitimidade (técnica e democrática).

Há que se encontrar, na verdade, formas de valorização da lei formal e de sua compreensão na dinâmica do presidencialismo brasileiro. É preciso buscar a *dignidade da legislação*, para usar a expressão de Jeremy Waldron,¹¹¹ o que implica recolocar a lei num papel não sagrado, mas pragmatista e democrático.

Não se pode rejeitar a legalidade formal como comando normativo constitucional de heterovinculação positiva da ação administrativa. *A legalidade não é um comando facultativo*.¹¹² Se fosse, a Constituição seria um estatuto sem

¹¹⁰ A propósito, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Org.). *Direito público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015. p. 21-40. (Coleção 80 anos Direito UERJ, v. 8).

¹¹¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹¹² CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Coordenação da edição espanhola de Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública (Inap), 2014. p. 344.

efetividade, uma *folha de papel* que poderia ser sempre superada pelos fatores reais de poder, como diria Lassalle.¹¹³ A Constituição é norma jurídica.¹¹⁴ O princípio da legalidade administrativa, que consta do art. 37 da Constituição, deve ser aplicado.

A questão é *como* isso será feito. E a Constituição não dá essa resposta de forma completa e clara. Há espaço para interpretação criativa e a doutrina da juridicidade foi uma resposta importante. Neste estudo, não fazemos, propriamente, uma nova proposta. Queremos apenas destacar que, qualquer que seja o modelo de legalidade a ser defendido, deve-se, antes de tudo, rejeitar idealizações, as quais não contribuem para a efetiva transformação da administração pública brasileira. A legalidade precisa ser tomada em seu contexto real, para, a partir disso, avaliarem-se custos, riscos, consequências e necessidades.

O Poder Legislativo nunca foi a instituição sonhada na sua origem. Todavia, o *pedigree* da lei do parlamento continua sendo fundamental como gatilho de diálogo institucional, de modo que a falta do instrumento legislativo — em alguns casos com maior grau de detalhamento — pode gerar situações de grave ilegitimidade. A ideia, nesse sentido, é a de que a ação da administração pública seja recolocada como uma engrenagem estratégica do funcionamento da política brasileira, conforme o desenho institucional traçado na Constituição de 1988.

Nesse contexto concreto, entendemos que a legalidade administrativa é a ferramenta normativa para o ajuste fino da tensão entre os interesses de cada um dos atores do jogo em que o estado de direito (real) será promovido. A legalidade é o método básico para a manutenção do colóquio entre administração pública e o Congresso, ao mesmo tempo que previne a usurpação e incentiva (ou torna necessária) a cooperação entre os Poderes políticos, enquanto resultado do processo de coalizão. Na Constituição de 1988, inexistente administração pública sem as duas casas legislativas, do que decorre a exigência prática de barganha e tensão institucional entre os agentes eleitos.

¹¹³ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de H. M. Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Ver, ainda, HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: _____. *Escritos de derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 59-84.

Assim, a liberdade sonhada pelo legalismo liberal é promovida, não por conta de uma vontade geral exotérica, mas por decorrência de um processo de busca do ponto ótimo de custos, para que o governo avance, sem que a democracia se deteriore em esquema indesejado de trocas excessivas que incentivem corrupção — o *cupim da República*, na metáfora consagrada por Ulisses Guimarães quando da promulgação da Constituição de 1988.

Pode-se dizer que qualquer teoria que propugne o fortalecimento da legalidade incrementa custos de conhecimento e de alinhamento do Congresso Nacional, com consequências para o funcionamento da democracia brasileira. Quanto mais se exigir do legislador, mais específicas serão as regras e mais amplas e profundas serão as questões a serem consideradas previamente. Haverá maior dispêndio de tempo e de outros recursos para a formação da vontade legislativa. A coalizão será mais difícil.

Nesse sentido, a legalidade administrativa é um ingrediente essencial e ao mesmo tempo perigoso. A defesa da maximização da legalidade, rejeitando-se, por exemplo, a ampliação do poder regulamentar e a diminuição de espaços discricionários da administração pública, pode ter o efeito de elevar excessivamente custos políticos para a formação da base de apoio para aprovação da lei. Paradoxalmente, esse aumento de custos, ao invés de promover os ideais defendidos pelo entendimento convencional, pode acabar gerando incentivos fortes à corrupção, ou a negociações pouco republicanas.

Por outro lado, uma teoria que advogue o esvaziamento do dever constitucional de vinculação administrativa à lei formal traz o risco do pesadelo *linzeriano*: uma administração pública liderada por um presidente poderoso e autocrático. O presidencialismo desenvolvido no Brasil e na América Latina é digno de atenção. Devem ser criados meios de contenção apropriados, para que não se caia num grave sistema de *hiperpresidencialismo*, na expressão de Carlos Santiago Nino.¹¹⁵

Na história brasileira, o autoritarismo sempre foi uma patologia que vinha do órgão máximo da administração pública. Daí a obrigação de se pensarem limites. A legalidade, como consagração da lei formal do parlamento, surgiu como o remédio natural. O Poder Executivo era o inimigo que se precisava derrotar. A Presidência da República foi o símbolo institucional máximo da ditadura. O esforço da doutrina — aí inserida a obra de Celso Antônio

¹¹⁵ NINO, Carlos. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend; WAISMAN, Carlos H. (Org.). *Institutional design in new democracies*. Boulder: Westview, 1996. p. 161-174.

Bandeira de Mello — passou a ser a defesa do Poder Legislativo.¹¹⁶ Ele sim, diria a doutrina convencional, o *colégio representativo de todas as tendências*, olimpo do exercício da *cidadania*, e de criação de uma legalidade *capaz de fazer frente a quaisquer tendências messiânicas e personalistas*.

Como mencionado, não acreditamos nesse discurso. Propomos uma legalidade de carne e osso, aqui entendida como modelo que contraponha, de um lado, os riscos do processo legislativo (patologias e custos excessivos de coalizão), e, de outro lado, os perigos de se deixar o administrador sem balizas de ação, ou com parâmetros muito amplos. Dificilmente se atingirá um ponto ótimo. Mas ele deve servir como guia e elemento de reflexão.

5. Conclusão

A legalidade administrativa precisa ser inserida e testada diante do processo político brasileiro. Como disse Miguel Seabra Fagundes: “nenhum texto normativo foge à prova da experiência. [...] As normas legais são, dessarte, objeto de um trabalho permanente de renovação, pela influência dos fatos, e do aperfeiçoamento no sentido de sua melhor adequação à disciplina deles”.¹¹⁷ O mesmo pode ser dito do princípio da legalidade, cujo significado precisa ser continuamente desafiado com base nas descobertas feitas por outras áreas do conhecimento. O tempo do direito administrativo ensimesmado acabou. Ele precisa se reposicionar “no campo das ciências sociais (economia e política) e reencontrar sua conexão com a história”.¹¹⁸

Nessa *conexão*, tem-se que a lei não é, necessariamente, um instrumento mítico de manifestação da vontade geral. O consenso necessário ao processo legislativo não é majoritário, mas produto de ciclos de votação (Teorema de Arrow), os quais, ainda, decorrem do processo de formação de acordos inerentes à construção da coalizão presidencial, viabilizada, na prática, com a distribuição de cargos e a liberação de emendas orçamentárias. A lei é produto da política real, o que causa desalento e provoca reações, como a da

¹¹⁶ Carlos Ari Sundfeld, de maneira muito feliz, analisa a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello no contexto das reformas estatais pós-ditadura, destacando sua importância indiscutível no papel de democratizar o direito administrativo brasileiro. Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, op. cit., p. 123-130.

¹¹⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 93, dez. 2013.

¹¹⁸ Sabino Cassese, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 460.

doutrina da juridicidade, a qual, em face da constitucionalização do direito administrativo, substitui a lei pela Constituição.

Nesse sentido, os propósitos deste artigo foram: *primeiro* mostrar que o processo inerente ao funcionamento do parlamento brasileiro não tem nada de iluminista; e *segundo* ressaltar que, a despeito disso, os mecanismos políticos de interação entre os Poderes eleitos criam incentivos para a contenção do arbítrio. O sistema de trocas e tensões nas relações entre o Congresso Nacional e a chefia do Poder Executivo é mecanismo fundamental para a frenagem da autoridade.¹¹⁹ Portanto, devem-se esquadriñar desenhos institucionais funcionalmente viáveis para a arquitetura democrática brasileira, que é fruto não só da Constituição, mas também dos limites e possibilidades das instituições reais com que a Lei Maior lida.

A liberdade projetada pelo legalismo liberal é promovida, não por conta de uma vontade geral mítica, mas por um processo de busca de um ponto ótimo de custos, para que o governo avance sem que a democracia se deteriore em esquema indesejado de trocas excessivas que incentivem corrupção. Tal é a legalidade de carne e osso. A legalidade das nossas possibilidades, que é capaz de, efetivamente, trazer resultados positivos e realistas.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de coalização: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

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

_____. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-729, jan. 2000.

ALEGRE, Marcelo. Democracia sin presidentes. In: SABA, Roberto et al. (Org.). *Poder Ejecutivo* — Sela 2006. Buenos Aires, 2007. p. 3-24.

¹¹⁹ É dessa forma que a democracia brasileira tem funcionado e gerado bons resultados, de maneira estável, pelo mais longo período da nossa história (Lee J. Alston et al., *Brazil in transition*, op. cit.).

ALSTON, Lee J. et al. *Brazil in transition: beliefs, leadership and institutional change*. Princeton: Princeton University Press, 2016.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. I.

AMES, Berry. Electoral rules, constituency pressures, and pork barrel: bases of voting in the Brazilian Congress. *Journal of Politics*, v. 57, n. 2, p. 324-343, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, 2004.

_____. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Org.). *Direito público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015. p. 21-40.

ARROW, Kenneth. *Social choice and individual values*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1963.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. Disponível em: <www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

BUCHANAN, James; 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*, v. 74, n. 2, p. 179-189, fev. 1988. Symposium on the Theory of Public Choice.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Coordenação da edição espanhola de Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Sevilha: Instituto Nacional de Administración Pública (Inap), 2014.

CHEIBUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. Government coalitions and legislative success under presidentialism and parliamentarism. *British Journal of Political Science*, v. 34, p. 565-587, 2004.

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

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

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

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

____. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 87-109, dez. 2013.

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

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

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

____; _____. *Política orçamentária no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. As Constituições do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GICO JR., Ivo. *Introdução ao direito e economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

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

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. in: _____. *Escritos de derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 59-84.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2006.

KRUEGER, Anne. The political economy of the rent-seeking society. *The American Economic Review*, v. 64, n. 3, p. 291-303, jun. 1974.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LIJPHART, Arendt. Presidentialism and majoritarian democracy: theoretical observations. In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Org.). *The failure of presidential democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994. v. I.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos — Cebrap*, São Paulo, n. 76, p. 17-41, 2006.

LINZ, Juan J. Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: ____; VALENZUELA, Arturo (Org.). *The failure of presidential democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994. v. I.

____; STEPAN, Alfred (Coord.). *The breakdown of democratic regimes*. Latin America. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. cap. XIX, §212, p. 385. Versão eletrônica disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/222/0057_Bk.pdf>. Acesso em: 13. jun. 2013.

LOUREIRO, Maria Rita; OLIVIERI, Cecília; MARTES, Ana Cristina Braga. Burocratas, partidos e grupos de interesse: o debate sobre política e burocracia

no Brasil. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Org.). *Burocracia e política no Brasil*. Desafios para a ordem democrática no século XXI. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010.

MADISON, James. *The federalist n. 10*. Com notas e introdução de Jacob E. Cooke. Middletown, Conn: Wesleyan University Press, 1961. p. 56-65. Também Disponível em: <www.constitution.org/fed/federa10.htm>. Acesso em: 1º nov. 2015.

MAINWARING, Scott. Presidentialism, multipartidarism, and democracy: the difficult combination. *Comparative Political Studies*, v. 26, n. 2, p. 198-228, 1993.

MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew S. Juan Linz, presidentialism, and democracy: a critical appraisal. *Comparative Politics*, v. 29, n. 4, p. 449-471, 1997.

MALBERG, Raymond Carré de. *La loi, expression de la volonté générale*. Paris: Economica, 1984.

MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O poder regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 4, p. 71 e ss., 1993.

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

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, 2014.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law*. From Posner to post-modernism. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935.

NINO, Carlos Santiago. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend; WAISMAN, Carlos H. (Org.). *Institutional design in new democracies*. Eastern Europe and Latin America. Boulder: Westview Press, 1996. p. 161-174.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 43 n. 3, p. 521-557, 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582000000300004>>. Acesso em: 11 set. 2014.

PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus André. The surprising success of multiparty presidentialism. *Journal of Democracy*, v. 23, n. 2, p. 156-170, 2012.

____; MUELLER, Bernardo. A theory of Executive dominance of congressional politics: the committee system in the Brazilian Chamber of Deputies. *The Journal of Legislative Studies*, v. 10, n. 1, p. 9-49, 2004.

____; _____. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. *Dados*, v. 45, n. 2, 2002. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/dados/v45n2/10789.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2015.

PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressiva do direito — e o novo direito administrativo. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo et al. (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 243-280.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou principes du droit politique. In: _____. *Collection complète des oeuvres*. Genebra, v. 1, 1780-1789. p. 228-229. Disponível em: <www.rousseauonline.ch/pdf/rousseauonline-0004.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2016.

ROWLEY, Charles K. Public choice and the economic analysis of law. In: MERCURO, Nicholas (Ed.). *Law and economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989.

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

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

SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et al. (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

THALER, Richard H. *Quasi rational economics*. Nova York: Russell Sage Foundation, 1991.

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*, v. 5, n. 3, p. 224-232, 1967.

VARIAN, Hal. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 5. ed. americana; tradução de Ricardo Inojosa e Maria José Cylhar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 441-446, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALINE, Jean. *Droit administratif*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014.