

A CONSTITUICAO COMO SISTEMA:  
retomando uma premissa à efetividade

*Vanice Regina Lírio do Valle*

1. A constituição fragmentada: desafio à efetividade

O mito da longevidade das constituições – condição que historicamente o Brasil pouco teve oportunidade de experimentar – é constantemente associado à oportunidade que essa estabilidade pode proporcionar no que toca à compreensão de seus termos e compromissos. A aplicação diária do texto constitucional oferece, em verdade, uma capacidade crítica ampliada de pontos de fragilidade desse mesmo projeto de estruturação de convívio.

Quase três décadas de aplicação da Constituição Cidadã permitem um distanciamento crítico do texto que só o tempo pode oferecer, e a denúncia de um vício que não é propriamente estrutural da Carta de 1988, mas que certamente tem minado a sua capacidade de proceder à transformação que ali se pretendia.

Dedica-se o presente texto a evidenciar como uma aproximação à Constituição brasileira marcadamente segmentada, insular – e não como um projeto íntegro e equilibrado – tem minado a sua efetividade. O predomínio da tutela segmentada de comandos específicos ou mesmo de algumas porções do Texto Constitucional tem gerado uma indesejável concorrência autofágica de seus múltiplos propósitos, ocultando as necessárias mudanças estruturais que devem acontecer com vistas à preservação das aspirações constitucionais de transformação<sup>1</sup>. A proposta central do presente estudo é de

---

<sup>1</sup> Visiting Fellow junto ao Human Rights Program da Harvard Law School. Pós-doutorado em Administração pela EBAPE – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (FGV/Rio); Doutorado em Direito pela UGF. Professora Permanente do PPGD/UNESA, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Constitucionalismo de transformação ou aspiracional são categorias menos internalizadas no debate doutrinário brasileiro, mas ambas expressam um projeto segundo qual o texto constitucional se revelará apto a contribuir para uma mudança nas condições sociais, econômicas e culturais presentes num determinado Estado-Nação, que se deseja, como parte do movimento político que culmina no novo Texto de Base, superar. Ainda que se possa debater acerca da aptidão da Constituição para, por si só, promover, ou mesmo impulsionar decisivamente essa transformação, não há como negar alinhe-se o texto brasileiro com as referidas categorias. Para uma visão conceitual das mencionadas classificações consulte-se, no constitucionalismo aspiracional, DORF, Michael C. The Aspirational Constitution. *George Washington Law Review* 77.1631 (2009): 13-82, e SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law* 1.2 (2003): 296-324. Já no tema do constitucionalismo de transformação, consulte-se KLARE, Karl E. "Legal culture and transformative constitutionalism." *S. Afr.*

que a interpretação constitucional (e por via de consequência, a sua aplicação) em qualquer das diversas instâncias que se dedicam a essa atividade, é de ser presidida por uma aproximação que resgate a compreensão da unidade sistêmica do Texto, e portanto, da função de cada qual de seus preceitos ou partes no plano geral de empoderamento do projeto como um todo.

É natural que o tempo e as conjunturas – sociais, econômicas ou políticas – contribuam para que o foco das atenções se centre numa ou n'outra dimensão do texto constitucional. Assim, os primeiros momentos de sua aplicação envolviam predominantemente o reforço ao resgate da dimensão representativa do princípio democrático, ao passo que o final da década de 90 proporcionou o ingresso na pauta reflexiva, do ideário de efetividade dos direitos fundamentais, especialmente aqueles de cariz socioeconômico. O que se está a sustentar, todavia, é que essa predominância política de um ou outro domínio do texto constitucional não pode implicar na perda da visão sistêmica de um conjunto normativo que por seu próprio caráter estruturante, não pode ser corretamente entendido de maneira fracionada. Especialmente no campo da jurisdição constitucional, a prioridade política conferida momentaneamente a um determinado tema é de se neutralizar pelo resgate do princípio da unidade da constituição como norteador da interpretação.

O texto se desenvolverá da seguinte maneira. Feitas nesta Parte 1 as considerações introdutórias e indicado o objetivo pretendido, passa-se na Parte 2 à descrição do que se está aqui a indicar como uma aproximação segmentada da Carta de 1988. As duas partes subsequentes indicam campos específicos em que a dissociação para com as demais áreas da preceituação constitucional gerou desvios de implementação do projeto de transformação. Examinar-se-á na Parte 3, o isolamento institucional e cognitivo da função controle; e na Parte 4, a negligência e secundarização para com a função financeira do Estado. Conclui-se o texto na Parte 5, com considerações relacionadas à importância da deferência, no contexto da preservação da unidade da constituição e do equilíbrio institucional requerido pelo sistema inaugurado pela Carta de 1988.

## 2. Constitucionalização do direito e a compreensão parcial da constituição

---

J. on Hum. Rts. 14 (1998): 146; LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. Stellenbosch L. Rev. 17 (2006): 351 e ROUX, Theunis. Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African constitution: distinction without a difference. Stellenbosch L. Rev. 20 (2009): 258.

O fenômeno identificado pela doutrina como constitucionalização do direito não se apresenta, decerto, como criação brasileira. Disseminada a fórmula de organização que opera a partir da força obrigatória da Constituição e sua aplicação direta tem-se, a partir dos valores fundantes que este mesmo documento estabeleça, uma constrição ao exercício do poder que ineludivelmente invadirá todo o sistema normativo. A constitucionalização, portanto, alude a um processo de transformação do sistema jurídico, que passa a se impregnar das normas constitucionais<sup>2</sup>, estas últimas veiculadas por um texto que se tenha por aprovado, ou acumuladas, pelo desenvolvimento de uma jurisprudência constitucional ao longo do tempo<sup>3</sup>.

Identificada em várias partes do mundo, e reforçada pelo desenvolvimento das Cortes Constitucionais como instância garantidora dessa mesma supremacia e disseminação do texto, a onipresença do direito constitucional nos sistemas normativos tem sido indicada como relevante mecanismo para o avanço de pautas de reivindicação como os direitos humanos, a participação e outros atributos normalmente associados a proposição de regimes democráticos. Os excessos na constitucionalização do direito não se apresentam de todo infensos a críticas, sendo comuns aquelas relacionadas à deificação do constitucionalismo, e ainda à invasão de esferas da vida do Estado e do povo, que talvez devam permanecer preservadas dessa mesma intervenção.<sup>4</sup>

No Brasil, o processo de constitucionalização do direito se tem por manifesto, na lição de Barroso, pela trazida de princípios e regras específicos de uma disciplina ascendendo à constituição<sup>5</sup>, e também pela eventual cogitação diretamente no texto constitucional, de temas a rigor, mais afetos à normatividade ordinária do que à Carta Fundamental. Mas não só por isso. A enunciação dos princípios e valores atinentes a outros ramos do direito culmina por deitar efeitos significativos sobre a interpretação que se empreenda, diretamente do texto constitucional (no que ele constrija os arraiais de outro campo temático), ou indiretamente, na análise da preceituação dos ramos

---

<sup>2</sup> GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda. ¿Ideal democrático?: Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho. *Civilizar*, Bogotá, v. 13, n. 25, p. 17-32, Dec. 2013. Available from <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1657-89532013000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532013000200003&lng=en&nrm=iso)>. access on 19 Apr. 2016.

<sup>3</sup> FAVOREU, Louis Joseph. La constitucionalización del derecho. *Rev. Derecho* (Valdivia). [online]. ago. 2001, vol.12, no.1 [citado 19 Abril 2016], p.31-43. Disponible en la World Wide Web: <[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950.

<sup>4</sup> DAZA, Germán Alfonso López. Constitucionalización y Protección Judicial de los Derechos Sociales. *Revista Piélagus* 9.9 (2010): 27-41.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Quaestio Iuris* 2.1 (2006): 1-48.

específicos, iluminada pela principiologia constitucional. Fenômenos como o da filtragem constitucional e da interpretação conforme ganham relevância como ferramenta inafastável de harmonização do sistema normativo como um todo.

O fenômeno não é imune à crítica, especialmente tendo em conta o tipo de intervenção que se pode vir a desenvolver em distintas áreas do direito, em nome da constitucionalização, a partir de uma interpretação ampliada nas suas potencialidades pelo discurso do neoconstitucionalismo<sup>6</sup>. O discurso do desvalor dos preceitos em nome de uma interpretação aberta, fundada especialmente em princípios e nos valores a eles subjacentes tem sido indicado como um dos efeitos negativos de um fetichismo constitucional, que desqualifica a arena política<sup>7</sup> e sobrevaloriza a jurisdicional.

Fato é que, verificada a apropriação, por cada qual dos ramos do direito do discurso constitucional, tem-se já o risco de uma curiosa inversão, eis que ver-se-á não mais os ramos do direito a partir da perspectiva da constituição – mas esta, a partir do olhar que até típico daqueles primeiros<sup>8</sup>. Assim, se a constituição do Direito Ambiental sobrevaloriza a precaução, a Carta Fundamental do Direito Administrativo destaca os imperativos da eficiência. O Direito do Trabalho encontrara na valorização ao labor, princípio fundamental da República, seu principal eixo constitucional de interpretação e filtragem, ao passo que o Direito Empresarial firmará suas pretensões na livre iniciativa e livre concorrência. De vez que os domínios da vida atinentes a cada qual destes eixos temáticos ainda as estanques, a interseção das pretensões de cada qual deles se forma num ambiente de tensão.

Significa dizer que a interpretação constitucional se vê significativamente influenciada pelo projeto e pela matriz política de pensamento que é típica e subordinada por cada qual dos ramos do direito que são por ela, Carta Fundamental, constringidos a partir de seu efeito irradiante. A própria concepção de um efeito irradiante, ou de uma

---

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense (2009): 267-302.

<sup>7</sup> SCHEINGOLD, Stuart A.. *The politics of rights: lawyers, public policy and political changes*, USAÇ Yale University Press, 1974.

<sup>8</sup> Exemplo extremo desse fenômeno parece ser a tese da interpretação da Constituição conforme a lei, onde se tem a deferência judicial para com a opção legislativa fundada não só na ideia de que haja um compartilhamento dessa função definidora do sentido constitucional entre as diversas instâncias de poder, mas também na premissa de que em havendo vagueza ou indeterminação do sentido do Texto de Base, tenha-se aberto espaço para a sua delimitação pelo legislador. Neste sentido, veja-se BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 195. Também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed., Coimbra: 2001, p. 409.

impregnação da normatividade infraconstitucional pela principiologia emanada do Texto Fundamental, tem na sua matriz semântica, uma ideia do centro permeando, invadindo as partes. O risco está em que com isso se perca a perspectiva do todo; cada área do direito buscando o triunfo de uma parcela da Carta de 1988 que lhe seja particularmente cara ou afinada com suas próprias reivindicações.

Os riscos dessa mesma segmentação do entendimento do Texto Fundamental são potencializados num ambiente em que se tenha uma presença expressiva do fenômeno da judicialização de direitos fundamentais. Isso porque é inerente a esse mesmo tipo de conflito, a concorrência entre direitos que não de ser harmonizados na sua aplicação em concreto, no mais das vezes, pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Cada qual das posições em conflito (por vezes, mais do que duas, ante o caráter frequentemente policêntrico destes litígios) tem por ponto de partida uma interpretação constitucional que confere àquele particular interesse, uma predominância que estaria a determinar a solução preconizada por cada qual das partes. A solução judicial, em casos que tais, especialmente se fundada em juízo de proporcionalidade (que como se sabe, é fortemente influenciado pelas circunstâncias do caso concreto), perfilhará uma interpretação constitucional que não expressa necessariamente a melhor leitura do texto – mas aquela que as circunstâncias do caso concreto permitem formular.

A opção por uma constituição parcial – ao invés da íntegra do seu projeto transformador – é um risco presente que decorre igualmente de outros fatores, além da concorrência de visões que, submetida a composição judicial, resultará na prevalência, ainda que temporária, de uma delas. Também o apego apriorístico à concepção de constituição que se tenha no presente, ou a redução de seu próprio conteúdo com a jurisprudência da Corte Constitucional, renunciando às relevantes contribuições que o debate público possa trazer para esse mesmo resultado; todos são fenômenos que podem resultar numa constituição parcial<sup>9</sup>.

A abordagem segmentada em relação ao texto constitucional tem conduzido ao desprestígio de conhecidos parâmetros de interpretação, como aquele da unidade. Mais do que isso, tem determinado uma espécie de diferenciação qualitativa em relação aos temas cuidados pela Carta Fundamental, amplificando a problemática já identificada por

---

<sup>9</sup> A denúncia formulada por Cass Sunstein em relação aos riscos de uma constituição parcial compreende a tendência ao obscurecimento das responsabilidades que cada qual dos poderes tem na promoção de um debate e prática política virtuosos (SUNSTEIN, Cass R. *The partial constitution*. Harvard University Press, 1994).

Gargarella<sup>10</sup>, segundo a qual a dimensão dogmática das constituições da América Latina não se harmoniza com a sua dimensão orgânica – o que traz por resultado, no mais das vezes, a baixa efetividade dos compromissos axiológicos contidos nestes mesmos textos.

Duas especiais manifestações dessa mesma segmentação se pretende examinar na sequência: 1) a fragmentação do chamado sistema de controle, e 2) a dissociação do sistema de finanças públicas dos demais componentes de determinação de conduta e planejamento estatal. Aqui, a visão de túnel, e portanto, a secundarização da necessária integração entre os preceitos constitucionais comprometerá especialmente os mecanismos criados pela própria Carta, vocacionados à supervisão da fidelidade para com a sua execução. É o que se passa a demonstrar.

### 3. O monólogo coletivo no sistema de controle

Transformar uma sociedade antes regida por um modelo normativo centralizador e excludente numa sociedade democrática e inclusiva é tarefa que reclama mais do que o engenho e arte na arteficialidade constitucional. Especialmente num cenário como o brasileiro, onde um conjunto equilibrado de forças de conservação e mudança conviviam na Assembleia Nacional Constituinte<sup>11</sup>, impunha-se prover o Texto Fundamental de mecanismos protetores em relação a sua própria efetividade, vista por alguns como um desafio tendo em conta o caráter em alguns aspectos atípicos de seu processo de formação.

<sup>12</sup> Não por outra razão, a Carta de 1988 investiu fortemente na criação de estruturas institucionais vocacionadas ao controle do poder, bem como na sobrevalorização da dimensão participativa do princípio democrático.

Embora as principais estruturas de controle do poder no texto constitucional brasileiro se inserem no arcabouço formal do Estado *lato sensu*; todas elas desenvolvem

---

<sup>10</sup> GARGARELLA, Roberto Gargarella. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the Engine Room of the Constitution. 4 *Notre Dame J. Int'l Comp. L.* 9, 10-16 (2013), reportando que o processo histórico através do qual os direitos sociais foram incluídos na América Latina negligenciou as necessárias adaptações na dimensão institucional desses mesmos países – o que possivelmente explica em parte as dificuldades para a efetividade desse mesmo projeto constitucional.

<sup>11</sup> DRIMOULIS, Dimitri *et. al.*. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.

<sup>12</sup> A hipótese da rejeição do texto constitucional, fruto de uma Assembleia Constituinte revestida de particularidades quanto à sua convocação (por Emenda Constitucional), composição (compreendendo membros não-eleitos) e regime de funcionamento (não exclusivo) foi anunciada por alguns por ocasião de sua promulgação, e logo rejeitada, premonitoriamente por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transição constitucional (pela estabilidade democrática). *Revista Forense*, Vol. 304, p. 63-68, 1988.

aquilo que Werneck Vianna denomina representação funcional<sup>13</sup>: significa dizer, sua função na estrutura do poder é promover a representação do interesse público, impulsionando, no caso de inércia, o desenvolvimento pelos correspectivos braços de poder, das tarefas que tenham sido cometidas pela constituição. A noção de representação funcional se tem por integrada pelo conceito de contrapoderes, este referido por Moreira Neto<sup>14</sup>, identificando assim instituições que, não obstante inseridas na estrutura formal do poder, destinam-se a conferir nesse mesmo *locus*, vocalização às pretensões da sociedade no que esta se veja negligenciada pela ação ordinária do poder.

Significativo foi o reforço da blindagem institucional conferido pela Carta de 1988 em favor destas mesmas estruturas: autonomia e independência é a tônica no que toca às instituições de controle, tendência essa que só tem se ampliado como por exemplo, com a aprovação da Emenda Constitucional 80/14, na disciplina das prerrogativas da Defensoria Pública.

Não obstante o robusto arcabouço institucional da função de controle, a importância da autonomia e independência culminou por determinar uma interpretação que milita contra a compreensão de que cada qual das instituições que integram esse mesmo sistema, devem buscar uma atuação concertada, em favor de sua justificativa funcional.<sup>15</sup>

Assim é que o texto constitucional refere expressamente, dentro da estrutura do poder organizado, aos Tribunais de Contas, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia de Estado – todas elas reproduzidas e especificadas segundo os distintos planos federados<sup>16</sup>. Observe-se o caráter claramente complementar de cada qual das instituições.

Os Tribunais de Contas, por seu particular perfil constitucional de órgão técnico de auxílio ao Poder Legislativo, funciona como um centro de informações e inteligência sobre a atuação operacional da Administração Pública. Sua particular posição

---

<sup>13</sup> WERNECK VIANNA, Luiz. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: Mudança e Conservação. *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, ANPOCS (2008): 91-109.

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 2011, n.258 set. / dez.

<sup>15</sup> Sobre a presença de conflitos interinstitucionais decorrentes de compreensões distintas dos mesmos fenômenos merece referência o trabalho de MARCH, James G. and OLSEN, Johan P. Elaborating the “new Institutionalism” in RHODES, R.A.W., BINDER, Sarah A. and ROCKMAN, Bert. A. *The Oxford handbook of political institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 14/15.

<sup>16</sup> Não se desconhece a função controle exercida pelo Poder Judiciário – mas este se posiciona diferenciadamente na arquitetura constitucional, enquanto identificado em si mesmo como braço especializado de poder.

institucional lhe assegura a um só tempo, acesso e memória das informações relacionadas a atuação do poder público a partir da perspectiva específica de cada área (saúde, educação, assistência, etc.), mas também a partir da percepção macro, expressa nas contas públicas como um todo.<sup>17</sup>

A Advocacia de Estado, vocacionada à zeladoria da juridicidade<sup>18</sup>, permite o desenvolvimento do controle da Administração Pública de dentro, em caráter corretivo (como decorrência do resultado do eventual crivo judicial), mas também a partir da visão preventiva, esta aliás, a mais acorde com o princípio da eficiência.

Na mesma perspectiva – de proteção à juridicidade, do interesse coletivo e dos direitos individuais indisponíveis, tem-se o Ministério Público, por excelência, instituição de contrapoder, autorizado constitucional e legislativamente a postular, judicialmente ou não, a defesa dos interesses da coletividade.

Completa o quadro, a Defensoria Pública, garantidora da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça, com sua atuação agora ampliada pela extensão de legitimidade para a propositura de ações civis públicas. Aqui, claramente se prestigia à dimensão do conceito de democracia que equilibra forças no ambiente coletivo com a garantia de voz aos vulneráveis.

Cada qual destas estruturas integra um mesmo sistema de controle – e deveriam guardar entre si, relações de colaboração, tendo em conta seu desenho nitidamente complementar. Assim é que a apuração de uma suposta irregularidade no desenvolvimento de uma ação pública submetida ao Ministério Público, deveria encontrar no Tribunal de Contas respectivo uma valiosa fonte de informações fáticas quanto às ações anteriormente desenvolvidas na área, bem como os recursos invertidos nesta mesma atuação. Subsistindo a dúvida, em condições ideais, o Ministério Público deveria ter na Advocacia de Estado, interlocutor que tem o mesmo propósito (proteção ao interesse público) e a privilegiada localização próxima à Administração Pública, o que haveria de facilitar a compreensão do problema, e das razões de decidir desta última. Esta arquitetura institucional não se tem assim desenhada ociosamente; o propósito era potencializar o controle, e facilitar a atuação preventiva, tudo em favor do empoderamento dos

---

<sup>17</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Tribunais de Contas e a Construção de Uma Cidadania Afeita à Coisa Pública. *Interesse Público*, v. 40, p. 123-138, 2006.

<sup>18</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro – Edição especial (50 anos), 2006, p. 315.

compromissos constitucionais. Não é assim, todavia, que o desenvolvimento da função controle se concretiza no mais das vezes.

A tônica (excessiva) no ideário da independência e autonomia das instituições de controle tem levado a duas distorções; uma de ordem interna e outra de ordem externa. No plano interno, tem-se ainda sem a devida compreensão a circunstância de que as duas garantias têm por destinatária a instituição – e não os seus integrantes individualmente considerados. Outra não pode ser a compreensão, seja porque a função controle é igualmente de ser marcada pelo signo da impessoalidade (pelo que, irrelevante o agente que a desenvolve); seja porque a proteção à instituição transcende a pessoa do agente e assegura no plano macro, o desenvolvimento da função.

Disso decorre que a autonomia e independência da instituição requer, a rigor, ação coordenada e articulada de seus agentes – e não o desenvolvimento de providências isoladas, definidas a partir de uma seletividade pessoal. Exercício do controle a partir de uma perspectiva institucional, planejada e coordenada não só incrementa legitimidade da atuação, mas evita a concorrência de iniciativas, que dispersa o esforço e minimiza os resultados.

Esse mesmo signo de articulação, coordenação e planejamento, é de se dizer, há de se estender igualmente ao desenvolvimento das relações entre as instituições de controle. Otimiza-se o potencial corretivo da ação quando se tenha um agir concertado, que compreenda as várias estruturas com atribuição na matéria, e que possam contribuir para o aprimoramento da ação pública a partir de sua perspectiva nos temas. A ação coordenada da função controle – e não da instituição “x” ou “y” – beneficia-se da pluralidade de visões que cada qual delas pode aportar ao problema<sup>19</sup>, reconhecendo que o desenho institucional influencia e favorece o desenvolvimento de funções específicas<sup>20</sup>.

Finalmente, a tese de que a função controle deva ser desenvolvida como sistema – e não como a ação concorrente de várias estruturas que compartilhem a mesma tarefa – repousa inequivocamente na circunstância de que compreendido o controle como juízo a

---

<sup>19</sup> No tema específico do papel institucional do Tribunal de Contas com vistas ao aprimoramento da ação pública, consulte-se VALLE, Vanice Regina Lírio do. O papel dos Tribunais de Contas na implantação e aperfeiçoamento das políticas públicas. *on line*, disponível em [https://www.academia.edu/14923983/O\\_PAPEL\\_DOS\\_TRIBUNAIS\\_DE\\_CONTAS\\_NA\\_IMPLANTAS%3%87%C3%83O\\_E\\_APERFEI%3%87OAMENTO\\_DAS\\_POL%3%8DTICAS\\_P%3%9ABLICAS](https://www.academia.edu/14923983/O_PAPEL_DOS_TRIBUNAIS_DE_CONTAS_NA_IMPLANTAS%3%87%C3%83O_E_APERFEI%3%87OAMENTO_DAS_POL%3%8DTICAS_P%3%9ABLICAS), acesso em 19 de abril de 2016.

<sup>20</sup> No campo da função administrativa, por exemplo, é de se reconhecer alguma abertura ao experimentalismo, eis que como demonstrado por Metzger, é a Administração quem será normalmente chamada a empreender a um primeiro equacionamento dos novos temas, no exercício diária da gestão da vida coletiva (METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. *Tex. L. Rev.* 91 (2012): 1897.).

envolver igualmente a legitimidade da ação pública, tem-se necessariamente a abertura da aferição para variáveis que dificilmente poderão ser adequadamente avaliadas por uma única instituição. Legitimidade não é um signo que se obtenha a partir de informações estáticas, pretéritas ou segmentadas. Legitimidade das escolhas públicas envolve necessariamente a formulação de juízos de prioridade – e isso transcende, muitas vezes, as áreas de informação ou *expertise* de qualquer das estruturas institucionais de controle isoladamente consideradas.<sup>21</sup> Por isso a visão constitucional de um sistema de controle – e não de agentes isoladamente considerados.

Acima afirmou-se que o desenvolvimento do controle, no mais das vezes, não obedece a lógica da sistematicidade funcional – ao contrário, o que se verifica é uma estratégia de isolamento institucional, quando não de concorrência, a partir de uma visão claramente equivocada do que seja a autonomia assegurada a cada qual das instituições no texto constitucional. Essa prática, considerada a multiplicidade de estruturas de controle contempladas no texto constitucional, pode resultar em verdade, em paralisia da Administração, ou ainda em sinais contraditórios em relação ao que se possa entender como o caminho constitucionalmente desejável. Aqui se tem o monólogo coletivo referido no subtítulo: muitos interlocutores falam, mas nenhum deles está realmente a dialogar com os demais.

Disso resulta claramente a perda da visão da constituição como unidade, onde cada qual de seus preceitos – especialmente aqueles relacionados ao desenho institucional – devem merecer interpretação condicionada pela sua função na ordem jurídica<sup>22</sup>. A atividade de controle constitui garantia da efetividade dos compromissos constitucionais. Ela denuncia as patologias do funcionamento do poder, e terá sua coroação máxima não na expressão de um juízo de desvalor em relação a estrutura controlada, mas na sua recondução aos parâmetros constitucionais de atuação. No campo da função controle,

---

<sup>21</sup> “La acción de fiscalización que llevan a cabo los órganos estatales, supraestatales e no estatales también requiere de una articulación para que su operación dinámica se ajuste a las reglas de eficacia, transparencia y economía en la gestión de la cosa pública.

Así como el gobierno de gestión se articula entre múltiples órganos de distinta naturaleza, jerarquía y vinculación operativa, en el gobierno de control también concurren múltiples órganos con competencias públicas destinadas a fiscalizar, auditar y verificar los resultados de legalidad, conveniencia y mérito de la gestión pública, y del mismo modo participan de la fiscalización de lo público entes u organizaciones no estatales.” (DROMI, Roberto. *El Derecho Público en la hipermodernidad*. Madrid-México, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 340.)

<sup>22</sup> Sustentando que o desenho institucional tem influência na aptidão para o desenvolvimento da interpretação constitucional (pressuposto do desenvolvimento das ações de controle), consulte-se SUNSTEIN, Cass R. and VERMEULE, Adrian, Interpretation and Institutions (July 2002). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; U Chicago Public Law Research Paper No. 28. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=320245> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.320245>

afirmar-se que a obrigação é de meios, e não de resultado, é apequenar os propósitos constitucionais.

Operar o controle a partir de uma perspectiva de competição entre as instituições, e de uma visão adversarial em relação à estrutura controlada, é desconhecer o sistema constitucional – o que caracteriza em si, igualmente, infidelidade constitucional. Cumpre resgatar, portanto, uma interpretação do controle como função comum a todas as estruturas constitucionalmente desenhadas para o seu exercício, que só será adequadamente exercido sob essa perspectiva ampliada, onde se busque o concurso de informações, e a atuação coordenada. Não se veja nisso qualquer deslustre a importância funcional das várias instituições convocadas pela Carta de 1988 ao desenvolvimento desse *múnus*. Também não se veja nessa indicação da necessidade, como verdadeira condição legitimadora da ação isolada, da tentativa prévia do desenvolvimento da ação concertada, uma *captius diminutio* no papel constitucional de qualquer das instituições vocacionadas ao controle.

O que se está a preconizar é que o adequado desenvolvimento da função pressupõe quando menos o esforço do enriquecimento das informações, e da atuação sistêmica. Assim, a par de se ter por potencializados os resultados de uma ação preventiva ou mesmo corretiva, ainda se tem por benefício indireto da ação sistêmica de controle, a resposta à conhecida pergunta: “quem controla o controlador?”.

A superação dos limites institucionais específicos, no sentido da recuperação da ideia de controle como sistema, integrado por todas as estruturas institucionais investidas dessa função, contribui em verdade para uma ampliação de seu espectro de influência, em plena conformidade com a proposição de Torres, de que “...controle, como garantia da liberdade individual e dos princípios jurídicos, na exata observação de K. Vogel, não sofre limitações constitucionais, mas estímulos para a sua plena realização”.<sup>23</sup>

Mas não só no âmbito da função controle, se tem a interpretação segmentada da constituição operando em desfavor da efetividade de seu projeto como um todo. O mesmo problema se tem (e isso não se revela desimportante para a função controle, igualmente) na aproximação do sistema constitucional de controle das finanças públicas. É o que se passa a demonstrar.

---

<sup>23</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo* 194 (1993): 31-45.

#### 4. Atividade financeira do Estado: reconciliando etapas do desenvolvimento da ação estatal

Muito se tem discutido doutrinariamente sobre os deveres positivos de ação estatal decorrentes dos compromissos constitucionais com os direitos fundamentais. A afirmação em abstrato destes deveres é uma constante na jurisprudência nacional, mesmo aquela emanada da Corte Constitucional<sup>24</sup>.

Reconhecida a possibilidade da proclamação judicial de deveres positivos de ação, deu-se o deslocamento do tema para o leito do financiamento destas mesmas condutas. Inaugura-se a era do debate em torno da cláusula da “reserva do possível”, frequentemente evocada de maneira equivocada para sustentar-se a ausência de recursos para o desenvolvimento da atividade que se busca – circunstância essa se podia afirmar como de caráter contingente (não há recursos no momento) ou de caráter permanente (não há fonte de receita capaz de sustentar esses mesmos gastos)<sup>25</sup>.

Mais recentemente, e já em resposta a essa segunda etapa do debate em torno dos deveres positivos postos ao Estado em decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, teve-se no RE 592581<sup>26</sup>, o repúdio em tese ao argumento da chamada “reserva do possível” como cláusula de bloqueio às determinações oriundas do Poder Judiciário relacionadas a realização de obras públicas em estabelecimentos prisionais<sup>27</sup>, conclusão materializada nesta figura que a Corte entendeu por denominar “tese da repercussão geral”.<sup>28</sup> Em resumo, o que se tem aqui afirmado é que a dimensão do financiamento da ação pública não pode ser apresentada como cláusula de bloqueio à

---

<sup>24</sup> O exemplo mais frequente nesta matéria ate e sempre o precedente cunhado pelo Ministro Celso de Mello no tema da garantia de um direito fundamental ao acesso a creche e pré-escola (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290).

<sup>25</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 134.

<sup>26</sup> RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016

<sup>27</sup> “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes”.

<sup>28</sup> Consigne-se a perplexidade da autora em relação a essa novel figura na jurisdição constitucional, em que se enuncia em abstrato uma afirmação que se pretende de caráter geral, e que estaria a indicar (talvez) a síntese do que se assentou no julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral. A perplexidade repousa não só na ausência de previsão específica em relação a essa enunciação, seja em sede legislativa ou regulamentar; mas especialmente na compreensão de quais sejam os seus efeitos em relação aos seus não menos desconhecidos destinatários finais.

materialização do que se entenda como conduta impositiva – na hipótese, a realização das obras públicas correspondentes. O eixo argumentativo principal da decisão repousa no imperativo de proteção a dignidade da pessoa, especificada na blindagem em favor do mínimo existencial<sup>29</sup>.

Tem-se aqui o coroamento de uma lógica de segregação total entre a dimensão de execução da ação pública, e aquela relacionada ao seu planejamento, que é de culminar expressa nos instrumentos da chamada tríade orçamentária. Sob o argumento da proteção aos direitos fundamentais, desconsidera-se não apenas os instrumentos típicos da disciplina do orçamento público – mas o sistema constitucional de desenho da ação pública, que reclama a inserção de qualquer iniciativa, no exercício orientador do planejamento. Uma vez mais a visão fragmentada da constituição abre oportunidade para, não o fortalecimento do sistema, como seria de se desejar, mas sim para a erosão do dever também constitucional de planejamento, chancelado pela deliberação legitimadora do Legislativo por intermédio dos instrumentos orçamentários.

Um dos componentes menos examinados e compreendidos do sistema constitucional brasileiro é a dimensão financeira da atividade estatal.<sup>30</sup> Funcionando a dimensão financeira (como o é na vida ordinária) como um elemento de limitação aquilo que se pretenda venha o Estado a fazer, tem-se com frequência a desqualificação do argumento financeiro, tido como alguns como mera cláusula de bloqueio retórica, se não ficcional, ao cumprimento de seus deveres constitucionais.

A jurisprudência da Corte Constitucional revela-se pouco esclarecedora nesse tema, Se de um lado tem-se pronunciamento como aquele expresso na decisão havida no RE 592581<sup>31</sup>, onde à afirmação genérica da inexistência ou insuficiência de suporte orçamentário correspondeu a resposta não menos genérica de que esse argumento não é suficiente para afastar o dever de agir; de outro lado, e no mesmo e exato tema do sistema prisional, tem-se a liminar deferida no bojo da ADPF 347, que cuidou expressamente do descontingenciamento de recursos orçamentários destinados a esse mesmo sistema, revalorizando portanto o papel do orçamento como veículo da planejamento e vinculação

---

<sup>29</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 127,128.

<sup>30</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Função administrativa e orçamento: o espaço negligenciado de efetividade dos direitos fundamentais. *Revista Carioca de Direito - RCD*, v. 1, p. 109-122, 2010.

<sup>31</sup> O tema da reserva do possível como cláusula de bloqueio se põe com frequência perante o STF, trazendo-se a título de ilustração, o RE 580252 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJE-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325, onde se discute a admissibilidade da imposição de condenação por dano moral em face do Estado, em favor do preso recolhido em estabelecimento prisional que não atenda aos *standards* mínimos requeridos pela proteção a dignidade humana.

dos programas de ação estatal a se desenvolver<sup>32</sup>. Uma vez mais aqui, aparentemente, a interpretação *pro* eficácia dos direitos fundamentais desconsidera a visão sistêmica, que revela-se muito mais comprometida com a efetividade permanente do mecanismo de atuação estatal, do que com a superação do argumento de bloqueio contingente ao cumprimento desta ou daquela determinação judicial.

Para perfeita compreensão do argumento, é de se partir da premissa da articulação, nas palavras de Bercovici, entre o direito constitucional e o direito financeiro; entre a constituição financeira, constituição econômica e constituição política dentre da constituição total.<sup>33</sup> Tem-se nesta formulação, o resgate da visão sistêmica, que congrega a dimensão dogmática da constituição, de onde emanam os deveres de agir zelosamente protegidos pelo Supremo Tribunal Federal, com os outros vetores da dimensão orgânica, a saber, o dever de planejamento, condição por sua vez do desenvolvimento de uma ação pública que se possa qualificar como eficiente não só a partir da perspectiva economicista, mas na visão finalística dos resultados pretendidos alcançar pelo texto constitucional.

A imposição constitucional de que a ação pública se desenvolva de maneira planejada se tem por revelada não só como requisito subjacente ao princípio da eficiência, mas também por diversos preceitos expressamente contidos no texto constitucional<sup>34</sup>. É no curso do planejamento da ação estatal que se desenvolverão as escolhas públicas que conciliem as pretensões concorrentes dos vários segmentos representados na sociedade, escolhas essas que hão de ser, preferencialmente, qualificadas pelo prestígio à dimensão participativa do princípio democrático<sup>35</sup>. O planejamento da ação estatal empreenderá igualmente à otimização dos recursos existentes – não só os financeiros, mas também os materiais de maneira geral, e ainda o capital humano disponível.

Vários dos deveres de conduta dirigidos à Administração só encontrarão plena compatibilidade com os requerimentos constitucionais se desenvolvidos de maneira planejada. Assim, as ações relacionadas a função saúde, por exemplo, subordinadas que

---

<sup>32</sup> A lógica subjacente ao pedido de descontingenciamento de recursos afetos ao Fundo Penitenciário Nacional era aquela segundo a qual por sua própria natureza de fundo orçamentário especial, ali se tinha uma vinculação daqueles mesmos recursos a função específica, vinculação essa que era de ser observada com a correspondente liberação dos respectivos saldos orçamentários.

<sup>33</sup> BERCOVICI, Gilberto, e Luís Fernando Massonetto. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas* 49, P. 3-23 (2006).

<sup>34</sup> O tema já foi anteriormente desenvolvido pela autora em Valle, Vanice Lírio do. "Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional." *Fórum administrativo: direito público* (2007).

<sup>35</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito Fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 48.

estão a moldura institucional do Sistema Único, requerem planejamento – inclusive na delimitação do que caiba a cada qual dos integrantes deste mesmo sistema. Outros signos mais abrangentes do Texto de Base, como o federalismo de cooperação e a redução das desigualdades regionais, são padrões de conduta que só se pode atingir a partir de uma estratégia de ação subordinada ao planejamento e coordenação. Esse não costuma ser, todavia, o centro da discussão. Parece não haver dúvida que a ação pública deva se dar, de ordinário, segundo um signo de planejamento. A distorção no entendimento acerca do sistema constitucional se tem na transposição desse mesmo planejamento para o campo do direito financeiro.

Constitui pedra de toque da construção da lei orçamentária anual, a teor do preceituado no art. 167, I CF, a regra segundo a qual se tem por vedado “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”. O referido preceito reverencia em verdade, não só ao dever constitucional de planejamento da ação pública, mas também ao caráter democrático do orçamento público<sup>36</sup>, que construído a partir da enunciação das ações planejadas desenvolver pela Administração, se vê submetido ao controle pelo Legislativo. Esse mesmo instrumento (LOA) se caracteriza como o elemento mais operacional da chamada tríade orçamentária, que consubstancia os diversos cenários temporais do planejamento e da programação financeira da atividade pública.

Tem-se no orçamento, portanto, não meramente uma afirmação acerca de disponibilidade e aplicação potencial de recursos dissociada de qualquer juízo prévio em relação à sua destinação. O orçamento não antecede ao planejamento da ação pública; ele é resultado desse planejamento; deve refleti-lo fielmente, e esta por esse mesmo planejamento, subordinado. Isso significa dizer que o argumento da inexistência de orçamento para o desenvolvimento desta ou daquela ação pública – e esse é o fenômeno referido, ainda que de maneira atécnica, quando se alude à reserva do possível – expressa em verdade, a confissão da ausência, ou quando menos, da deficiência do planejamento também público<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal (finanças públicas democráticas)*. Com a colaboração de Silvio Freire de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, p. 19.

<sup>37</sup> Diz-se ausência ou deficiência do planejamento, porque também a constatação da necessidade do desenvolvimento de uma determinada conduta pela Administração pode variar em grau, indos desde a reprovação pela inércia, até a pretensão de incremento no alcance da ação em curso.

Aqui, uma vez mais, o tema é de compreensão do caráter necessariamente sistêmico da ação administrativa – vetor desconsiderado por uma visão que sobrevaloriza a ação e desconsidera os meios. O caminho de superação do argumento da ausência de previsão orçamentária não é a simples afirmação de que esse não seja argumento de bloqueio suficiente, mas a determinação de que esse mesmo suporte financeiro se tenha por integrado ao planejamento público que deveria guardar relação de interdependência com a Lei de Meios. Ação pública eficiente não se viabiliza sem essa sintonia entre planejamento e sua tradução no sistema orçamentário. Resgatar essa reciprocidade e investir na efetividade sistêmica do Texto Fundamental.

Não é ocioso destacar que as patologias relacionadas a execução orçamentária, que determinaram recentemente (com erro ou com acerto) a admissibilidade do pedido de *impeachment* da Presidente da República evidencia a relevância da fidelidade orçamentária. Parte da discussão ali encetada envolvia exatamente o imperativo de prestígio à deliberação democrática em relação à Lei de Meios (comprometida na sua execução por Decretos que teriam empreendido à abertura de créditos suplementares sem autorização parlamentar. A dissociação entre a dimensão de planejamento da ação pública, manifesta especialmente pelas correspondentes políticas públicas, e a sua tradução e execução no plano orçamentário contribui ainda para uma dispersão de responsabilidades no que toca ao Legislativo, enquanto instância controladora também do desenvolvimento da função administrativa, a partir do sistema de *checks and balances*. Afinal, se o sistema orçamentário não é requisito específico ao desenvolvimento de ações públicas, e pode ser afastado em nome da proteção a direitos fundamentais, fato é que tem-se por enfraquecido esse meio de monitoramento, que se constitui referência principal para o exercício do controle do poder, inclusive na específica deliberação relacionada a provação das contas do Chefe do Poder Executivo.

Investir portanto no resgate da relevância do sistema orçamentário, e da compreensão de sua relação sistêmica com os deveres de planejamento, formulação de políticas públicas e eficiência da Administração Pública, é reforçar uma moldura constitucional que buscava reduzir o voluntarismo, a falta de visibilidade e a atécnica na formulação das escolhas públicas. De novo, o sistema constitucional tem sua lógica própria, e tem potencializados os seus efeitos virtuosos quando a interpretação se desenvolve a partir do signo de deferência para a compreensão da constituição como um todo.

## 5. Unidade da constituição iluminada por uma perspectiva de sistema e função

Já se apontou neste texto, que a interpretação da Carta de 1988 tem perdido a perspectiva da unidade, com a outorga de um suposto signo de predominância em relação a este ou aquele conjunto de preceitos, consideradas as atenções ou conveniências do momento. Esse vício no desenvolvimento da interpretação constitucional parece estar associado com uma aversão à necessidade de compreensão e desenvolvimento da dimensão orgânica do Texto.

A opção em favor de uma interpretação segmentada decorre de uma dificuldade em empreender-se a superação dos obstáculos que frequentemente se põe na dimensão orgânica, à efetividade daquilo que se tenha previsto na dimensão dogmática. Se a interação entre os órgãos de controle não se apresenta como a sua inclinação natural, naturaliza-se simplesmente a concorrência (nem sempre pacífica) das instituições, tudo em nome das respectivas independência e autonomia. Se o domínio das finanças públicas não reflete o planejamento, e com isso se tem inviabilizado o desenvolvimento de uma atividade que deveria se revelar prioritária, como a garantia de direitos fundamentais; ao invés de buscar a reconciliação entre orçamento e planejamento, aprofunda-se a dissociação existente, com a negação da relação de dependência.

A dissintonia entre a estrutura de poder posta nas constituições latino-americanas, e suas propostas transformadoras, já foi apontada por Gargarella<sup>38</sup> como um elemento a dificultar a implementação desses mesmos projetos. As manifestações de interpretação segmentada, com o comprometimento do princípio de unidade da constituição, que reclama equilíbrio e um convívio sem confronto entre as preceituações constitucionais<sup>39</sup>; esses fenômenos patológicos tem por pano de fundo exatamente esse baixo nível de compreensão do desenho institucional proposto pela Carta de 1988, e do papel proposto a cada qual de seus integrantes.

Com isso se está a afirmar que em verdade, na raiz dos sintomas apresentados nos subitens anteriores, se tem um problema relacionado ao desafio da busca de um equilíbrio institucional, onde cada qual das estruturas integrantes dos diversos sistemas

---

<sup>38</sup> GARGARELLA, Roberto. *Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions*. 89 TEX. L. REV. 1539 (2010), descrevendo as dificuldades associadas à tarefa de inclusão do ideário de proteção aos direitos humanos em textos constitucionais baseados num desenho institucional que é oposto a participação popular e ao debate democrático.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* 2 (2003).

contemplados na constituição deve orientar o seu próprio espaço de atuação a partir de uma perspectiva eminentemente funcional. Existe uma relação intrínseca entre desenho institucional e o incremento de uma aptidão para o desenvolvimento de tarefas específicas – e isso não pode ser ignorado, sob pena de se ter negligenciada uma determinada dimensão do viver democrático que se tenha tido por valorizada pelo Texto Constitucional.

A valorização empreendida pela Carta de 1988 as estruturas de controle – e sob essa mesma expressão, num sentido mais amplo, se pode albergar aquelas de caráter orgânico, mas também o próprio sistema orçamentário – introduziu um elemento de desequilíbrio no sistema, a saber: a necessidade da construção de um convívio mais do que harmônico; cooperativo e otimizador do potencial institucional de cada qual delas. Esse elemento de desequilíbrio se tem em alguma medida por agravado pelo transcurso do tempo, e a reformulação de expectativas no âmbito de cada qual destas instituições, em relação a qual seja o seu real papel no desenho do exercício e controle do poder<sup>40</sup>. Impõe-se, a essa altura, um exercício de construtivismo institucional<sup>41</sup>, para que se possa não só compreender como o cariz concorrente (e não cooperativo) impregnou especialmente as estruturas orgânicas de controle, e como esse mesmo fenômeno se possa reverter, para reconciliá-las com o seu papel constitucionalmente fixado, de meios – e não de fins em si mesmas.

A recuperação da perspectiva sistêmica e funcional na interpretação do texto constitucional como um todo exigirá necessariamente um diálogo permanente entre dimensão orgânica e dogmática, entre tarefa e executor, entre dever-ser e ser. Isso pode se revelar particularmente difícil para as instituições de contrapoder em especial, afeitas a lógica adversarial do salvador que protege vítimas do Estado-Leviatã<sup>42</sup>. Este

---

<sup>40</sup> Expressão clara desse tipo de disputa interinstitucional sem tem no ajuizamento pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) da ADI 3943 em face da extensão da legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas em favor da Defensoria Pública. A pretensão se viu rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do voto condutor da Min. Carmen Lúcia, exatamente a partir de uma perspectiva de valorização do sistema de controle, que pode potencialmente se beneficiar da concorrência de agentes (ADI 3943, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015).

<sup>41</sup> HAY, Colin. Constructivist Institutionalism, in RHODES, R. A. W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. (eds.) *The Oxford handbook of political institutions*, p. 56-74, 65

<sup>42</sup> MUTUA, Makau W, *Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights*, 42 HARV. INT'L L.J. 201 (2001), desconstruindo a aproximação estereotipada segundo a qual a sociedade como um todo não tenha qualquer participação nas ameaças a direitos fundamentais. Na visão do Autor, o Estado, frequentemente apontado como o selvagem a ameaçar as vítimas, é o reflexo da sociedade que ele rege e organiza, sendo de se investigar em maior profundidade, qual seja a efetiva origem e resistência a implementação do projeto global de proteção aos direitos humanos.

estereótipo, todavia, embora comum no discurso dos direitos humanos, simplifica a realidade, e transforma a atuação no campo do Direito, em especial na seara jurisdicional, em mito revestido de baixo impacto no mundo real.

No campo específico da jurisdição constitucional, o resgate dessa visão sistêmico-funcional se vê reforçado enquanto imperativo, pela crescente expansão da lógica vinculativa de suas próprias pronúncias. Subordinar ao Judiciário como um todo e ainda à Administração a uma determinada compreensão constitucional é atividade que expressa um nível significativo de intervenção naqueles domínios, o que recomenda um exercício prévio de aprofundamento da compreensão dos possíveis efeitos sistêmicos dessa mesma decisão. Para tanto, necessário será naturalizar a ideia de que cada estrutura, no texto constitucional, tem sua própria função, que é de ser valorizada como um componente no processo complexo de formação da decisão sobre o sentido do Texto.

Em síntese, o que se está a afirmar é que deferência para com o espaço institucional que é próprio a cada um, e para com a maior aptidão também institucional para o desenvolvimento de atividades específicas não é uma postura que enfraqueça ao controle, mas que opera a partir da lógica de específicas aptidões institucionais de cada qual. Deferência não se porá como barreira para com o exercício do controle, mas a rigor, como um incremento do signo de legitimidade, eis que atrairá o dever de consideração quanto a esses mesmos fundamentos.

Em conclusão, a efetividade da constituição – ideia força que tem movido todos aqueles que fazem do Direito seu meio de expressão e luta – não é resultado que se possa alcançar a partir de uma perspectiva segmentada (e com isso, seletiva), que milite contra a ideia de sistema que é inerente à arquitetura ali estabelecida. O verdadeiro triunfo do projeto constitucional está a exigir a implementação e funcionamento ordinário do sistema de que a Carta cogita, com o poder funcionalmente orientado a concretizado dos objetivos fundamentais da República, desdobrados na sua parte dogmática. Qualquer outro resultado será, para as gerações futuras, uma vitória de Pirro.

