

Espírito da Constituição de 1988 está se degradando

Daniel Vargas

Folha de S.Paulo, 23.12.2018

A Carta de 1988 sofre com a perda gradual, constante e profunda de autoridade, segundo professor, para quem o constitucionalismo foi desencarnando do corpo da democracia ao longo dos últimos 30 anos.

Neste ano, o país celebrou os 30 anos da Constituição de 1988. A comemoração da democracia, contudo, chegou com gosto amargo. É crescente a percepção de que o Brasil vive crise profunda que se arrasta.

O primeiro sinal foi a luta carnal entre os três Poderes, com a destituição de presidentes de dois deles, uma por impeachment, o outro por prisão. O segundo é a ascensão dos radicalismos de lado a lado, com propostas frequentes para se elaborar uma nova Constituição. O terceiro é a forma como o Judiciário se estapeia a portas abertas.

Se individualmente estes fatos parecem problemas isolados, juntos revelam sintomas de uma doença menos compreendida: a degradação constitucional brasileira. Por degradação constitucional, eu me refiro à perda gradual, constante e profunda da autoridade da Constituição de 1988.

Na forma, a democracia parece saudável: temos eleições, votos, partidos, regras e juízes. Na substância, contudo, a alma do regime se degenerou. Como cupim em madeira, a superfície da democracia continua reluzente por fora, mas seu interior foi erodido.

Compreender esse processo é passo central para o amadurecimento democrático do país. A primeira medida é uma releitura da evolução constitucional brasileira de 1988 a 2018. Em especial, explicar como o constitucionalismo foi desencarnando, passo a passo, do corpo da democracia ao longo de quatro períodos.

FUNDACIONALISMO (1988-2003)

O fundacionalismo é marcado por efervescência de aspiração cívica, traduzida em texto na Constituição de 1988. A constituinte conciliou interesses de grupos e lideranças emergentes. O saldo final foi um texto repleto de força, que orientou o pensamento e a prática das principais instituições nacionais.

Os primeiros anos do novo regime foram marcados por grande fertilidade legislativa. Diversas normas centrais na vida brasileira nasceram nesse período: o Sistema Único de Saúde, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a organização do Ministério Público, o regime jurídico eleitoral, a organização dos órgãos de controle e da própria Justiça.

No pensamento, ganha espaço a “doutrina brasileira da efetividade”, que reconhecia a normatividade carregada da Constituição. O português José Gomes Canotilho, um dos pais intelectuais do projeto da “Constituição Dirigente”, reforçou a compreensão de que a autoridade da Constituição era identificada com o novo texto. Ao Judiciário, cumpria agora a tarefa de assegurar sua materialização.

São frequentes as críticas à timidez do Supremo neste primeiro momento. O mandato de injunção foi reduzido a cinzas, em decisão que condiciona sua aplicação à regulamentação legislativa. Direitos sociais se convertem, pela interpretação judicial, em normas programáticas. O texto dirigente parecia mais dirigente para o Executivo e para o Legislativo do que para o Judiciário.

Mas o aparente desvio de rota seguia também o mesmo padrão do fundacionalismo. Toda engenhosidade intelectual à época consistia em definir, a partir do texto, o que a norma constitucional significava.

CONSTRUTIVISMO (2003-2009)

Com a aposentadoria do ministro Moreira Alves em 2003, nasce um novo momento constitucional: o construtivismo. A fé dogmática na autoridade do texto constitucional é agora matizada pela ascensão da corrente intelectual conhecida como pragmatismo. Seu efeito imediato é deslocar a autoridade da Constituição do texto para a norma, uma abstração cujo significado precisaria ser construído in concreto.

O pragmatismo reconstrói o constitucionalismo brasileiro. A norma constitucional, antes refletida no texto, agora extrapola o significado das suas palavras no dicionário. Para compreendê-la, é necessário mobilizar um conjunto de princípios racionais, latentes na cultura política e ponderados com maestria pelas mentes preparadas. Na ADPF 45 de 2004, por exemplo, o direito à saúde é garantido com base em princípios constitucionais.

Surge aqui um novo magistrado, em boa parte inspirado por tradição constitucional norte-americana. Antes um espelho da Constituição, agora ele se torna a ponte para a Justiça. Como em John Rawls, a deliberação da Suprema Corte é o referencial para toda a democracia. O ideal de integridade, para Ronald Dworkin, é a situação-limite da reflexividade judicial em uma democracia.

No Brasil, Luís Roberto Barroso lidera a conversão do constitucionalismo brasileiro do fundacionalismo para o construtivismo. Suas obras ajudam a treinar a nova geração de magistrados engajados. Ao decidir um caso, o juiz não está apenas a traduzir o sentido da norma. Sua ação contém inevitavelmente um resíduo criativo, ao mesmo tempo inafastável da prática judicial e necessário para o avanço da Constituição.

No construtivismo, a Constituição passa a ser vista como o resultado cumulativo de processo de diálogo coordenado pelo juiz. Daí a importância crescente de se aplicarem os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas no processo de controle de constitucionalidade, fixados na Lei 9.868/99.

GERENCIALISMO (2009-2015)

O constitucionalismo brasileiro se transforma e se dilui uma vez mais com a chegada do gerencialismo. O gerencialismo incorpora princípios e ferramentas típicas da cultura empresarial —tais como missão, programas, metas e indicadores— e afirma a prioridade de um novo princípio geral da Justiça: a eficiência. A preocupação central do constitucionalismo agora é a gestão dos processos e o tempo da decisão.

As bases do gerencialismo se formam gradualmente. Em 1998, a Emenda Constitucional nº 19 introduz o princípio da eficiência no artigo 37 da Constituição, que dispõe sobre a organização da administração pública no Brasil. Essa nova orientação foi aos poucos assimilada pelo Executivo, mais que pelo Legislativo, e bem mais que pelo Judiciário.

A criação do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), pela Emenda Constitucional nº 45, de 2005, é um marco no controle do Judiciário. Sua ação mais relevante, nos primeiros anos, consistiu em combater desvios morais na administração da justiça (Resolução nº 7 de 2005). O projeto Justiça em Números dá os passos iniciais para a criação de cultura de planejamento e eficiência nos tribunais.

A supremacia da cultura gerencialista no constitucionalismo brasileiro se concretiza com a aprovação, em 2009, pelo Supremo, do Planejamento Estratégico 2009-2013. O documento, deliberado pelo pleno, concede prioridade à gestão administrativa. Documentos anuais de prestação de contas passam a avaliar não apenas gastos, mas estoque e velocidade de decisão.

A partir de então, vai se disseminando pelo Judiciário o compromisso com os números e o tempo das decisões sobre tudo o mais. A eficiência é traduzida em ranking e vira critério de distinção entre bons e maus juízes na academia e no Judiciário. Ter o gabinete lotado de processos torna-se sinal de “má qualidade”.