

2019 Brazilian Legal Symposium at Harvard Law School

A Constituição de 1988: Êxitos e Desafios para o Futuro

Cambridge, 12 de abril de 2019

Ministro Luiz Fux

Uma das principais características da Constituição Federal de 1988 consiste no seu caráter translativo¹: à época da promulgação, esse documento veiculava um projeto de nação a ser progressivamente concretizado, e não um conjunto de valores já arraigados e concretizados na sociedade brasileira. Plena igualdade social, liberdade econômica, políticas universais de saúde, proteção às minorias e outros ideais expressos em nossa constituição integravam o modelo do que o povo brasileiro desejava se tornar, como uma imagem para guiar o nosso futuro.

O Brasil não foi o único país que adotou o modelo de constituição translativa. A década de 80 foi um momento de profundas mudanças no globo, o que repercutiu sensivelmente no constitucionalismo. No mesmo período, outros países da América Latina também se desmilitalizaram; na África no sudeste asiático,

¹No Direito Constitucional Comparado, o professor Mark Tushnet (Harvard University) faz a distinção entre as constituições translativas e as constituições aglutinativas. Países em desenvolvimento geralmente adotam o primeiro tipo, em que a Constituição traz um projeto de mudança. Por outro lado, países como Estados Unidos e França adotaram o segundo modelo, em que a constituição traz valores já arraigados naquelas sociedades no momento da promulgação.

colônias se tornaram independentes e constituíram novos países soberanos; na Europa Oriental, o regime comunista se desfez. Mediante a promulgação de novas constituições ou profundas reformas das constituições em vigor, todos esses países perceberam na constituição um mecanismo de mudança para o regime liberal democrático. Não por acaso, as novas constituições adotaram invariavelmente um pacote comum composto por (i) catálogo de direitos fundamentais; (ii) sistema econômico capitalista baseado em valores liberais; (iii) princípios da separação de poderes e da governança democrática; e especialmente (iv) jurisdição constitucional com poderes qualificados de controle de atos legislativos e executivos (*judicial review*).

Etimologicamente, o vocábulo translativo decorre do latim *translativus*, que significa “aquilo que produz ou requer mudança”, ou “aquilo que transporta para outro lugar”. Por isso mesmo, as novas constituições translativas do final do século XX consistiram não apenas no símbolo, mas também no próprio motor da mudança, na medida em que implantaram mecanismos institucionais de transformações estruturais de natureza política, social e econômica. Afinal, constituições são muito mais do que um mero programa; constituições pretendem efetivamente regular a alocação do poder político, colocando-se como pontos focais de coordenação e de cooperação entre os diversos *players* que estrategicamente interagem no político. Para tanto, constituições racionalizam parâmetros de comportamento estatal, distribuem poderes entre as instituições

(*power map*) e blindam os cidadãos contra abusos do governo e contra abusos de outros cidadãos.

Para que tenha chances mínimas de durabilidade, uma constituição democrática precisa construir um capital político inicial, que decorre do compromisso *crível* de que as mudanças que ela implanta atendem os mais diversos grupos sociais – e não apenas grupos historicamente privilegiados. A Assembleia Constituinte que resultou na Constituição de 1988 construiu um texto que tocou cada aspecto basilar da vida do cidadão brasileiro, da liberdade de expressão individual ao acesso às políticas públicas de saúde e de educação; da repartição de receitas tributárias às unidades de conservação ambientais. Se, por um lado, alguns constitucionalistas enxergam exagerado um texto constitucional de 250 artigos, por outro lado devemos lembrar que a Assembleia Constituinte, naquele momento crucial de transição para um regime democrático, precisou se preocupar em atender os mais diversos clamores de distintos grupos sociais, em um país complexo, multicultural e desigual. A extensão analítica da constituição – um problema que pode ser corrigido posteriormente – consistiu em fator primordial para a legitimidade da constituição em seus primeiros anos, na medida em que o seu grau de detalhamento e a extensão das promessas realizadas renovaram a esperança dos brasileiros no regime então implantado.

Nenhuma constituição nasce e perdura sem que esteja amparada em um sentimento de identidade percebido pelos

cidadãos que ela governa. Cada brasileiro, do mais rico ao mais pobre, do nortista ao sulista, do branco ao negro, precisa se enxergar no texto da Constituição, sob pena de ela não conseguir incentivar a necessária cooperação social, com vistas à solução de nossos problemas comuns. A normatividade do texto constitucional não surge por geração espontânea, mas sim a partir de um sentimento de obrigação compartilhado entre os cidadãos, que apenas reconhecem a autoridade da constituição – e, portanto, passam a obedecê-la – na medida em que percebem a capacidade de suas normas de adequadamente coordenar as interações sociais, gerando cooperação e ganhos recíprocos.

Por isso mesmo, passados 30 anos de sua promulgação, a melhor avaliação que se pode fazer da nossa constituição não se restringe à análise dos ideais que ela veiculou em seu texto. Impõe-se verificar, sob os aspectos funcional e consequencialista, como esses ideais foram percebidos, absorvidos, adaptados e transformados ao longo do tempo. Como afirma o Professor Tom Ginsburg (Chicago University), constituição boa se mede pela sua capacidade de efetivamente regular o processo político-democrático². Nesse ponto, deve-se observar os incentivos e os desincentivos que ela traz aos agentes políticos e aos cidadãos e, conseqüentemente, o modo como cada um desses personagens reage e se adapta a esses estímulos. Quanto maior a habilidade de

² Vide Vicki Jackson and Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, (Foundation Press, 2014), p. 751.

uma constituição de provocar alterações nas estratégias pessoais dos diversos *players*, fazendo com que eles se alinhem aos seus compromissos institucionais, maior força normativa ela adquire.

Deitando o olhar sobre o passado, verificamos que o capital político inicial que a Constituição de 1988 e as suas instituições construíram, norteando um programa de futuro para o Brasil balizado em valores plurais e liberais, permitiu avanços notáveis. Destaco os três principais avanços.

Primeiro, alcançamos estabilidade político-institucional. Um dos principais êxitos de uma constituição consiste na sua capacidade prática de reduzir as tensões do processo político, seja criando soluções antecipadas para problemas futuros, seja permitindo que as instituições se adaptem para enfrentar crises. Não desconhecemos os inúmeros momentos de crise política que tivemos – dois impeachments, períodos conturbados de protestos nas ruas, polarizações políticas exacerbadas, processos criminais contra ex-presidentes da república e políticos de alto escalão, entre outros eventos. No entanto, em nenhum momento, pensamos em trair a nossa Constituição. Se alguns brasileiros palestram no exterior para apenas falar das crises políticas que enfrentamos – e que não são em nada diferentes das crises políticas que outras nações enfrentam – eu prefiro testemunhar perante a comunidade acadêmica sobre a força da Constituição de 1988, que não combaliu em face dos momentos mais sensíveis. Pelo contrário, a fidelidade dos brasileiros perante o seu Estado se fortaleceu nos últimos anos. Nunca tivemos período

tão longo de estabilidade democrática e de adequado funcionamento institucional. *Backlashes*, tensões institucionais, conflitos pontuais entre poderes e agentes políticos são rotina de qualquer ordem política, não apenas a brasileira. No entanto, somente ordens políticas sustentáveis são capazes de acionar em tempo mecanismos de *checks and balances* que atuam dialeticamente para coordenar crises em médio e em longo prazo.

Não tenho dúvidas de que outras situações sensíveis virão. Mas acredito na capacidade de nossa Constituição de permitir que o processo político continue a funcionar de modo salutar, com respeito aos direitos fundamentais, com eleições livres e democráticas, e aumento progressivo da inclusão social e do crescimento econômico.

Segundo, sob o enquadramento constitucional de 1988, conseguimos obter estabilidade econômica, com ênfase nas estabilidades monetária e cambial. Há uma relação intrínseca entre constituição e economia. O Professor Acemoglu (MIT) arremata: as decisões políticas fundamentais veiculadas na constituição conferem forma e substância às instituições políticas, que, por sua vez, influenciam diretamente as relações econômicas, na medida em que criam direitos, chancelam modos de produção econômica e racionalizam a atividade inventiva e empreendedora. Nesse sentido, a constituição que efetivamente regula o processo político também deve ter capacidade para estabilizar as relações jurídicas econômicas e garantir a força normativa dos contratos. Estabilização é sinônimo

de segurança jurídica, sem a qual não há crescimento econômico. A **segurança jurídica**, como um ideal normativo de primeira grandeza em qualquer ordenamento, compõe-se de três pilares essenciais. Primeiro, a **cognoscibilidade** prima pela clareza, pela acessibilidade e pela coerência macrossistêmica da interpretação dos textos legais. Segundo, a **confiabilidade** revela a dimensão temporal da segurança jurídica, resguardando, no presente, a intangibilidade dos atos jurídicos perfectibilizados no passado, evitando surpresas arbitrárias aos agentes econômicos no curso de seus empreendimentos. Terceiro, a **calculabilidade normativa** assume função prospectiva, permitindo aos sujeitos antecipar e medir as consequências jurídicas que serão atribuídas aos atos próprios e aos atos de terceiros. Uma vez somadas, a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade normativa concedem aos indivíduos a garantia necessária para o desenvolvimento pleno de suas relações sociais e de suas liberdades econômicas, permitindo que eles possuam o entendimento pleno do significado jurídico dos atos praticados no presente, no passado e no futuro, bem como a certeza das suas respectivas consequências.

De 1988 para cá, o mundo enfrentou severas crises econômicas. Mesmo países desenvolvidos não foram poupados. Vivemos na era do globalismo, paradigma no qual as teias de relacionamento econômico, embora tenham se tornado transnacional, ainda precisam atender demandas locais controladas por constituições nacionais. Essa dinâmica complexa faz com que,

por exemplo, uma crise na China afete o pequeno produtor rural na Amazônia. No entanto, um balanço global desde a promulgação de nossa constituição traz saldos amplamente positivos. Em suma, a liberdade econômica e a inclusão social aumentaram, a nossa economia se dinamizou e os investidores aumentaram a confiança em nosso país. Esses avanços apenas foram possíveis não apenas porque os poderes da República instituíram políticas públicas eficientes, mas, antes disso, porque a Constituição de 1988 veicula um marco normativo que, no geral, criou incentivos adequados aos diversos *players* econômicos.

Terceiro, a Constituição de 1988 instituiu um sistema de justiça que ampliou a rede protetiva de direitos fundamentais e funcionou como moderador institucional do processo político.

Nos últimos trinta anos, o Poder Judiciário – e, conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal – tornou-se o desaguadouro dos conflitos políticos e econômicos do país, na medida em que os atores sociais, cada vez mais, tem retirado voluntariamente temas da arena política, transferindo-os aos tribunais. Nesse fenômeno, incluem-se temas sensíveis à *mega-política*, como o processo de impeachment da Presidente da República Dilma Roussef e o rito do projeto de lei da “Ficha Limpa”; temas relativos às *liberdades individuais*, como a união homoafetiva, as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias e a paternidade socioafetiva; temas diretamente sensíveis ao *mercado e às liberdades econômicas*, como os planos

econômicos do final da década da 1980, a terceirização trabalhista e o transporte inovador gerenciado por aplicativos eletrônicos (Uber e Cabify); e, por fim, temas relativos ao *pacto federativo*, como a recente crise fiscal dos Estados da federação, a exemplo do Rio de Janeiro, a guerra fiscal entre os Estados para a atração de investimentos locais, a incidência do PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS e a distribuição dos royalties de petróleo entre os entes federativos.

Esses são apenas alguns exemplos da extensa lista do que se cognomina *judicialização da política*. Não há qualquer tema sensível ao cidadão brasileiro que não alcance o Supremo Tribunal Federal. No entanto, admitir a possibilidade de que Poder Judiciário decida conflitos de qualquer matiz não implica conceder carta branca aos magistrados. A atividade jurisdicional dirige-se à sociedade, mas deve ser inspirada na Constituição e nas Leis. É preciso que o Poder Judiciário exerça senso de capacidade institucional e defina os limites de sua própria atuação, sob pena de exercer poder sem legitimidade. Afinal, o Poder Judiciário não governa. No entanto, uma vez provocado, evita o desgoverno. O Poder Judiciário não legisla. Todavia, pode solucionar crises legislativas. Para tanto, deve agir sempre com cautela e com prudência, de modo a não transgredir a tênue linha entre *evitar o desgoverno* e *governar*; entre *solucionar a crise legislativa* e *legislar*. Eis o fundamento da legitimidade da atuação do Juiz, que equilibra o mosaico de forças de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Esse senso de capacidade institucional limitada incentivou o Poder Judiciário a, em vez de adotar posturas resolutivas – propondo soluções substantivas para os conflitos em análise – assumir a postura de moderador do processo político. A judicialização da política decorre essencialmente de obstruções e de disfuncionalidades do processo democrático. Nesse ponto, o Poder Judiciário pode intervir pontualmente em conflitos para incentivar diálogos institucionais, empoderando os próprios *players* a resolverem espontaneamente os problemas que diretamente lhes afetam. Adotei essa postura em diversos casos de minha relatoria no Supremo Tribunal Federal, reduzindo tensões institucionais e evitando intervenções judiciais arriscadas em conflitos complexos. O Professor David Landau (Harvard University) observa esse mesmo padrão em diversas cortes no mundo inteiro: em momentos de tensões políticas, os juízes assumem atipicamente funções que vão além da contramajoritariedade, atuando como árbitros imparciais para engajar os atores políticos a exercerem as suas funções constitucionais.

Esses três principais êxitos estruturais da Constituição de 1988 nos conduzem a olhar para o futuro. Como um texto constitucional escrito em 1988 pode continuar a ser a chama de esperança pelas próximas décadas? Em tempos de dinamismo, de complexidade e de mudanças sociais e tecnológicas tão profundas, como a nossa constituição continuará a ser o guia da nossa estabilidade política e econômica?

Como documentos que operam imersos no tempo e na cultura política – e deles também recebem influxos –, as *constituições* têm capital político fluido. Nesse sentido, a legitimidade da constituição varia de acordo com a crença difusa dos cidadãos de que os compromissos nela elencados encontram-se em cumprimento, ou *em vias de cumprimento*³ - isto é, as instituições políticas entregam o resultado que prometem⁴.

Essa constatação impõe um desafio: as soluções institucionais prescritas em 1988 na constituição podem ser salutares no momento da promulgação, mas podem não ser suficientemente plásticas para adaptar-se a mudanças no quadro político, social e econômico de longo prazo. Essas mudanças emergem em dois contextos. Primeiro, podem ocorrer alterações contingenciais decorrentes da regular interação entre os *players*, tais como mudanças culturais decorrentes de inovações tecnológicas, o surgimento de novas gerações políticas, a ascensão de novas classes sociais, as alterações nas posturas morais e ideológicas etc. Segundo, existem conturbações que decorrem de influxos abruptos na ordem política, sejam eles externos, tais como reflexos de uma crise econômica de escala global, sejam eles internos, tais como um desastre natural.

³ Vide Tom Ginsburg, *Constitutional Endurance*, IN Tom Ginsburg & Rosalind Dixon (Org.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011, p. 116).

⁴ Daryl Levinson, *Parchments and Politics: The Constitutional Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 Harvard Law Review 658 (2011), p. 701.

Ambos os tipos de alterações circunstanciais testam a capacidade da constituição de continuar a promover, de forma sustentável, a coordenação do processo político e da vida social. Mais ainda, testam a capacidade de suas instituições de continuar a cumprir as suas missões, renovando, de tempos em tempos, a legitimidade que a população deposita na ordem política.

O professor Barry Weingast (Stanford University) enumera três condições necessárias para que uma constituição garanta legitimidade sustentável⁵. As *condições de limitação* requerem que a constituição adquira a capacidade de reduzir tensões político-institucionais, impondo limites à atuação do Estado e dos atores políticos, de modo a desincentivar ações extraconstitucionais (tais como golpes de Estado) em momentos de crise. As *condições de consenso* requerem que a constituição crie pontos focais de coordenação, de modo gerar expectativas padrões de comportamento coletivo comum. Desse modo, os cidadãos passam a cooperar mais entre si, ainda quando os interesses de cada um diferem entre si. Por fim, as *condições de adaptação eficiente* requerem que a constituição tenha capacidade plástica para absorver alterações circunstanciais políticas, econômicas e sociais. Afinal, situações não previstas quando da promulgação podem alterar

⁵ Mittal, S., & Weingast, B. (2013). Self-Enforcing Constitutions: With an Application to Democratic Stability In America's First Century. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, 29(2), 278-302. p. 280.

preferências coletivas e individuais, reduzindo a habilidade das instituições políticas de incentivar cooperação.

O professor Barry Weingast afirma que os dois primeiros tipos de condições são capazes de produzir estabilidade em curto prazo. No entanto, apenas as condições de adaptação eficiente geram capacidade de transformação das instituições, com vistas a adequá-las às novas demandas de incentivos que surgem em longo prazo.

Volvendo ao caso brasileiro, as sucessivas emendas constitucionais desde a promulgação – 99 emendas – revelam a faceta adaptativa de um documento extenso e analítico, com 250 artigos. Por um lado, alguns juristas criticam certo exagero no uso das emendas constitucionais. Por outro, embora entenda necessária certa prudência com o excesso de alterações constitucionais, percebo que esse fator permitiu à nossa constituição se amoldar às demandas dos novos tempos e aos sucessivos programas de governo.

Concretamente, para o futuro, a sustentabilidade da Constituição brasileira depende especialmente de dois grandes desafios.

O primeiro ponto é a compatibilidade entre as promessas constitucionais de natureza social e a realidade econômica de escassez de recursos. Seguindo uma tendência mundial, a constituição acertadamente incluiu no rol de direitos fundamentais as necessidades de ordem social (educação, saúde, pleno emprego, previdência social, assistência social). Num país desigual e complexo como o Brasil, não se poderia deixar que as desigualdades

de oportunidades fossem corrigidas apenas pelas regras de livre mercado. No entanto, a realidade econômica do país, especialmente em tempos de crise, exige uma racionalidade maior das políticas públicas. A constituição cria direitos, é fato. No entanto, direitos tem custos; recursos materiais são limitados. É tempo de reformas no Brasil, para tornar o Estado menos burocrático, mais eficiente e menos corrupto. O Congresso Nacional hoje discute a reforma da previdência social, que corta privilégios e garante os benefícios estatais de seguridade social para aqueles que mais precisam. Em cenários de escassez de recursos, os mais pobres precisam ser priorizados.

Outras reformas devem ser discutidas nos próximos anos, como a simplificação tributária, a renovação do pacto federativo, o sistema de segurança pública, entre outros. Em suma, a constituição apenas garantirá a efetiva coordenação do processo político se conseguir renovar as suas instituições, de modo a garantir que elas entreguem cada vez mais resultados eficientes com cada vez menos recursos disponíveis. A percepção de eficiência e de atendimento equânime das demandas sociais, em tempos de vicissitudes econômicas, permite que os cidadãos continuem a acreditar na constituição como um motor para o futuro.

O segundo ponto é a necessidade de enriquecimento do processo democrático. As democracias liberais no mundo inteiro encontram-se sob tensão. Progridem discursos antiglobalistas, autoritários e contraminoritários. O debate político chegou a

polarizações extremas, de modo a desafiar a capacidade das constituições de coordenar opiniões divergentes e promover cooperação entre cidadãos. Esse padrão é perceptível não apenas no Brasil, como também em outros países, dos mais ricos aos mais pobres.

Os estudos empíricos demonstram que, no cerne dessa questão, encontra-se uma crise de representatividade sem precedentes nas ordens políticas globais, decorrente do descolamento entre práticas exercidas pela classe política e as aspirações sociais dos cidadãos. O principal desafio das constituições e dos agentes políticos que a operam consiste em resgatar o sentimento de identidade entre a população e seus representantes, que aparentemente deixaram de falar o mesmo discurso. Uma vez quebrado esse vínculo de diálogo, todas as condições necessárias para a sustentabilidade constitucional se rompem, na medida em que o suporte da constituição encontra-se na ideia de representatividade⁶.

Para tanto, fortalecer as instituições democráticas e ampliar a participação popular no processo político são medidas primordiais. As instituições políticas precisam ouvir e tematizar as vozes das

⁶ Vide Daryl Levinson, *Parchments and Politics: The Constitutional Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 *Harvard Law Review* 658 (2011); Daron Acemoglu, *A Theory of Political Transitions*, 91 *The American Economic Review* 938 (2001); Barry Weingast, *The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law*, 91 *American Political Science Review* 245 (1997); James Fearon, *Self-enforcing Democracy*, (Aug. 24, 2006) (unpublished manuscript) (on file with the Harvard Law School Library).

ruas. No Supremo Tribunal Federal, instituímos audiências públicas em casos de grande repercussão e abrimos rodadas de mediação em casos que envolvem múltiplos interesses divergentes, de forma a possibilitar, mesmo no âmbito de um processo judicial, que a população possa se expressar, trazer as suas perspectivas morais. Por outro lado, o desafio de ampliar os nossos instrumentos democráticos é constante, e deve se estender a todos os poderes da república.

Meu olhar sobre o Brasil é otimista. As boas mudanças são geracionais. Por vezes, elas não ocorrem no tempo e no ritmo que desejamos. Em algumas situações, visualizamos retrocessos pontuais. No entanto, mesmo em face dos graves conflitos que se descortinam na política, na economia e na vida social, a gerar disfuncionalidades estruturais, eu me recuso a adotar uma postura de pessimismo, ainda que nos momentos mais tormentosos. Afinal, um juiz sem esperanças deixa em perigo a Constituição a que serve. Não há milagres nem subterfúgios. O motor da história é olhar para frente, sempre com prudência, responsabilidade e a consciência de que devemos honrar, preservar e adaptar os ideais de futuro que a constituição de 1988 instaurou.

A Constituição Federal do Brasil vive!