



APRESENTAÇÃO

SAMUEL BARBOSA

Juristas sempre comemoram as efemérides constitucionais. Os dez, quinze, vinte e agora 25 anos da Constituição de 1988 foram lembrados em livros, artigos em periódicos acadêmicos e na imprensa. Na grande maioria, são análises dirigidas aos profissionais do direito, característica sintomática de uma esfera pública jurídica bastante restrita e tímida¹.

No entanto, nos últimos tempos, o tema parece despertar o interesse de um público mais amplo. Intelectuais consideram a Constituição em seu engajamento público²; acadêmicos de várias áreas encontram espaço em periódicos das ciências sociais³. É bem verdade que, à época da convocação da constituinte e durante seus trabalhos, o debate sobre a Constituição era amplo e plural, fazendo eco à intensa participação popular⁴. No entanto, o debate logo se restringiu, no mais das vezes, aos profissionais do direito. Recentemente, o círculo dos autores voltou a se ampliar, inclusive para juristas que se voltam menos aos profissionais e mais à colaboração com as ciências sociais.

As razões para isso são muitas. A Constituição se firmou como marco de referência para lutas por direitos, reivindicados por diversos movimentos sociais. Passa pela Constituição a luta nos tribunais, dos direitos civis e sociais às questões federativas e eleitorais. A imprensa, talhada para cobrir os poderes Legislativo e Executivo, começa a aprender a cobrir o trabalho de juízes. Em 2002, teve início a transmissão da TV Justiça. Além do protagonismo mais recente dos juízes, são 25 anos de funcionamento constitucional dos poderes com sucessivas eleições. Dois presidentes consecutivos, eleitos diretamente, conseguiram terminar o mandato, o que não ocorria desde a Primeira República⁵. Tudo somado, a densificação da democracia constitucional no Brasil tem suscitado o interesse da universidade por novos objetos e novos problemas de pesquisa relacionados à ordem constitucional. Somados, são indícios de uma transformação mais profunda e de longo alcance: a implantação de um modelo de sociedade democrática previsto na Constituição de 1988, o “social-desenvolvimentista”.

Em um ensaio interpretativo cobrindo dos fins da ditadura às revoltas de junho de 2013, Marcos Nobre identifica um descompas-

[1] Entre outros, conferir Moraes, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. São Paulo: Atlas, 1999; Mendes, Gilmar Ferreira (org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010.

[2] A exemplo da entrevista de Manuela Carneiro da Cunha, “Governo rifa os direitos indígenas”. *Folha de S. Paulo*, 14/07/2013, p. A8.

[3] Ver o dossiê “Constituição e processo constituinte”. *Lua Nova*, n. 88, 2013.

[4] Alguns exemplos: Fernandes, Florestan. *Que tipo de República?* São Paulo: Brasiliense, 1986; Fernandes, Florestan. *A constituição inacabada: vias históricas e significado político*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989; Fortes, Luiz Roberto Salinas e Nascimento, Milton Meira do (org.). *A constituinte em debate*. São Paulo: Soffia, 1987; Sader, Emir (org.). *Constituinte e democracia no Brasil hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

[5] Mais significativo, considerando a reeleição, já são quatro mandatos de presidentes eleitos diretamente e consecutivos que foram concluídos, o que nunca aconteceu antes na história do país.

so entre um modelo de sociedade (chamada por ele de “social-desenvolvimentismo”) e uma cultura política caracterizada pelo baixo teor democrático (chamada de “pemedebismo”)⁶. É um modelo de sociedade apoiado em uma concepção forte de democracia, que não se resume ao funcionamento normal das instituições e no respeito às regras do jogo partidário eleitoral, mas “é uma forma de vida que penetra fundo no cotidiano”. Assim, trata-se de uma imagem de sociedade que recusa a imposição de um modo de vida determinado e único, recusa conceber o desenvolvimento que aceita como natural a manutenção de padrões indecentes de desigualdades e o desenvolvimento que destrói o meio ambiente, sem falar de um sistema político estruturalmente corrupto. Nessa sociedade, ganha centralidade o debate e a disputa sobre desigualdades de renda e poder, a preservação dos recursos ambientais, a demanda de reconhecimento social, entre outros temas. Ocorre que a cultura política pemedebista bloqueia o pleno amadurecimento desse modelo democrático de sociedade. O pemedebismo expressa a blindagem do sistema político às demandas para a realização com amplitude do social-desenvolvimentismo. A expressão não se refere exclusivamente ao PMDB, mas ao sistema político que se organiza em um amplo condomínio de partidos, cada qual com uma cota-parte na máquina do Estado a depender do seu peso eleitoral, onde cada qual dispõe de vetos que ditam o ritmo e a agenda das mudanças. O divórcio do sistema político de uma sociedade mais plural, com demandas identitárias, demandas por serviços públicos e pela efetivação de direitos, que requer políticas para enfrentar os graves problemas de desigualdade, em suma, a sociedade do social-desenvolvimentismo, se agrava com a anulação da polarização política após 2005.

Na constituinte de 1988, aparece a primeira figura da blindagem do sistema político na formação do bloco suprapartidário do Centrão, que trabalhou para neutralizar a intensa mobilização popular. O expediente foi impor derrotas na votação do texto final da Constituição, mas principalmente introduzir a exigência de regulamentação de diversos artigos, o que reservava ao sistema político o destino da Constituição. Mas ao mesmo tempo foi aprovado um texto constitucional ambivalente quanto ao modelo de sociedade. Por um lado, repristinava elementos do modelo nacional-desenvolvimentista, cogente de 1930 a 1980; em boa parte esse modelo foi liquidado pelo conjunto de emendas constitucionais no primeiro mandato de FHC⁷. Por outro lado, a participação de várias forças sociais conseguiu a positivação do social-desenvolvimentismo; a Constituição contemplou novas matérias (meio ambiente, direitos indígenas, direito à cidade, infância e adolescência, dentre outras) e definiu um rol extensivo de direitos civis, sociais e difusos.

[6] Nobre, Marcos. “Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito”. *Novos Estudos*, n. 82, 2008. Em meu comentário, vou me basear nesse artigo e no seu recente livro digital, *Choque de democracia: razões da revolta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

[7] Interpretei à época as mudanças do capítulo da ordem econômica da Constituição em Barbosa, Samuel. “O mal-estar da Constituição”. *Revista da Adunicamp*, ano I, n. 2, 1999.

Encontramos na Constituição de 1988, também, pistas para interpretar a atuação do Judiciário. Em resposta ao bloqueio pemedebista, muitas demandas para realizar o social-desenvolvimentismo desaguaram nas arenas judiciais; com maior ou menor extensão, maior ou menor sucesso, os tribunais passaram a julgar conflitos ambientais, concretização de direitos sociais, reconhecimento de outras estruturas familiares e formas identitárias, direitos reprodutivos, demarcação de terras indígenas, corrupção na política, competição eleitoral, liberdade de imprensa e de reunião, política de cotas etc. Não raro, acrescento que o Judiciário tem lançado mão de expedientes interpretativos e argumentativos para contornar a exigência de regulamentação, garantindo a concretização de direitos apesar da inércia legislativa. Esses expedientes, decerto controversos, foram crismados de “ativismo judicial” e “neoconstitucionalismo”, e serão discutidos mais extensamente nesse dossiê. Além disso, ainda segundo a análise de Nobre, à medida que se consolidava a blindagem do sistema político, a força das ruas foi substituída pelo clamor da opinião pública, logo confundida com o clamor da mídia. O desafio à blindagem dependia do sucesso de produzir escândalos. Nessa circunstância, o Judiciário, em especial o STF, constrói o entendimento sobre o funcionamento das CPJs e garante o seu funcionamento, além de ser o destinatário de diversas ações judiciais, objeto de manchetes.

A tese da consolidação do social-desenvolvimentismo em descompasso com a cultura política do pemedebismo é forte o suficiente para interpretar o sentido de uma constelação de acontecimentos da constituinte de 1988 e da atuação do Judiciário e dos movimentos sociais desde então. Permite, por isso, compreender o interesse pela Constituição por parte da academia e pela esfera pública mais ampla. E, mais importante, entender por que a Constituição se tornou um marco de referência em nossa democracia.

Não era evidente que a Constituição fosse adquirir essa posição. No seu aniversário de dez anos, recebeu uma leitura pessimista por juristas de matizes opostos. Em “Estado de direito fajuto”, Miguel Reale identificava, nas invasões anunciadas do MST e nas greves em serviços essenciais, exemplos patentes de “casos de ofensa reiterada aos mandamentos legais”. Para Fábio Konder Comparato, em “Réquiem para uma Constituição”, o crescente poder do STF, as sucessivas reformas constitucionais, e sobretudo a insinuação da convocação de uma assembleia constituinte limitada exemplificavam o “esvaziamento da Constituição de 1988”, para o autor “moribunda já há tempo”⁸. O que escapava ao primeiro era o entendimento de que os movimentos sociais e os sindicatos continuavam vibrantes apesar do bloqueio pemedebista e que a legalidade em uma democracia tem uma extensão e indeterminação maiores do que se supõe. O segundo não atentou que moribunda estava a Constituição do nacional-desenvolvimentismo, mas não o outro modelo de sociedade

[8] O artigo de Miguel Reale foi publicado em *O Estado de S. Paulo*, 15/05/1999, p. A2; o artigo de Fábio Comparato na *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 20, 1997.

também constitucionalizado, que contava justamente com o Judiciário para sua concretização. Como se sabe, leituras desse tipo não prosperaram. Com o aprofundamento da democracia, serão mais e mais implausíveis, ao que tudo indica, as leituras do direito brasileiro como “direito fajuto” (*failed law*) ou obituários precoces da Constituição⁹.

Retomando o último passo do argumento de Nobre, o bloqueio pemedebista do sistema político foi seriamente desafiado pelas grandes mobilizações das revoltas de junho de 2013. O sistema político assistiu bestializado a tudo. Não era para menos. As revoltas reuniram muitos movimentos apartidários, horizontais, sem lideranças claras, com reivindicações e aspirações as mais variadas. Movimentos como o MPL e os Comitês Populares da Copa passam ao largo dos canais tradicionais de representação política. As revoltas de junho destilam, pois, uma recusa à blindagem do sistema político; mais positivamente, é possível detectar reivindicações por direitos coerentes com o modelo social-desenvolvimentista. “Não é por vinte centavos, é por direitos”, lemos em alguns cartazes. Com efeito, chamou atenção que manuais de ação direta, postados no Facebook, depois de ensinar como fazer máscaras caseiras contra gás lacrimogêneo e outras artesanias, traziam um capítulo sobre direitos, explicando o que é o direito de reunião, de liberdade de expressão, como se comportar em caso de prisão, o que é permitido legalmente às autoridades fazer na delegacia, o que é desacato à autoridade e o que é abuso de autoridade policial. Um capítulo de direitos como esse seria inútil em uma ditadura. A legalidade constitucional em uma democracia é extensa e robusta o suficiente para possibilitar uma contestação contundente ao sistema político. Mas como a energia das ruas poderá ser aproveitada para aprofundar o modelo democrático de sociedade, reconfigurar o sistema político e como o sentido da Constituição vai se alterar nesse processo são questões em aberto e indeterminadas.

* * *

O fio vermelho que atravessa os três textos desta primeira parte do dossiê sobre a Constituição Federal de 1988¹⁰ é a recusa em conceber o direito como uma técnica social imune à politização. O esforço comum foi pensar a política interna ao direito, o que não implica confundir o sistema jurídico com o sistema político. A relação entre direito e política, problema perene e mais do que nunca urgente, é o acorde de fundo dos três textos. Nos dois primeiros, a política interna do direito é discutida a partir do conceito de indeterminação do direito, que enfatiza a abertura para disputar a interpretação das regras jurídicas, possibilidade tanto maior em uma democracia. No segundo e no terceiro textos, o nexos entre direito e política aparece na crítica ao debate contemporâneo sobre ativismo judicial.

[9] A propósito, para uma crítica à imagem da tese do direito fajuto, ver Esquirol, Jorge. “The failed law of Latin America”, *American Journal of Comparative Law*, n. 56, 2008; Rodríguez, José Rodrigo. “A cabrocha e o magistrado: apontamentos sobre o drama do direito no Brasil”. In: Toledo, Marleine Paula Marcondes e Ferreira de (org.). *Cultura brasileira: o jeito de ser e de viver de um povo*. São Paulo: Nankin, 2004. pp. 68-91.

[10] A segunda parte do dossiê aparecerá no n. 97 de *Novos Estudos*.

O primeiro texto, de minha autoria, desenvolve o conceito da indeterminação do direito em duas dimensões: institucional e normativa. A primeira dimensão destaca a multiplicidade de arenas institucionalizadas para a tomada de decisões; a indeterminação caracteriza-se pela autonomia das várias arenas que possibilita decisões contraditórias para os conflitos sociais. A segunda dimensão expressa a indeterminação do sentido normativo acerca dos modelos de sociedade definidos no texto constitucional, abertos à disputa interpretativa sobre o seu detalhamento. Mostro como esse conceito de duas faces é produtivo para interpretar o tipo de constituição democrática que caracteriza a Constituição de 1988.

José Rodrigo Rodriguez desenvolve um argumento, inspirado em Franz Neumann, para resgatar o potencial democrático da indeterminação do direito. Em sociedades democráticas desiguais ou marcadas pela diferença, os movimentos sociais se apoiam na promessa de igualdade posta pela Constituição para reivindicar permanentemente o reconhecimento de novos direitos. Nesse cenário, as leis se tornam especiais (incorporando as cisões sociais) e indeterminadas (seu sentido se renova pelas disputas). Essa imagem do direito em uma democracia desafia a suposição normativa de que o direito é composto de leis simples e claras e de que o juiz deve assumir o compromisso de interpretar literalmente a lei, suposição que bloqueia muitas análises contemporâneas do “ativismo judicial”. Em outras palavras, a simplificação das leis e a defesa da interpretação literal são um obstáculo ao avanço das reivindicações sociais.

Andrei Koerner compara em detalhes a discussão sobre o ativismo judicial no Brasil com o debate nos Estados Unidos. Critica a redução do ativismo ao problema da subjetividade do juiz para aplicar o direito aos casos. Para tanto, propõe resgatar a relação entre prática jurídica e contexto político, e a trajetória histórica mais recente da composição do STF. Interpreta o que tem sido chamado de ativismo no Brasil como uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, visando promover as políticas do novo governo e configurar um novo regime governamental.

Além dos artigos, publicamos a resenha assinada por Virgílio Afonso da Silva de um livro de Marco Antonio Villa sobre a história das Constituições brasileiras. O juízo sem concessões é que o livro é um apanhado de “anedotas e lugares-comuns ao lado de equívocos conceituais e falta de informação”. Falta de atenção ao contexto, comparação caricatural com outras experiências constitucionais para exagerar o exotismo do constitucionalismo brasileiro são alguns óbices apontados na resenha. Ainda assim, o livro merece ser resenhado, não por outra razão, para enfatizar a necessidade do debate público mais ampliado sobre o direito (e a Constituição), mas que, ao mesmo tempo, leve a sério a complexidade e a especificidade desse objeto.