



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

A ABERTURA CONSTITUCIONAL DAS RUAS. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PRÁTICA E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE PARLAMENTAR NO BRASIL¹.

*José Cláudio Pavão Santana**

INTRODUÇÃO:

Início minha manifestação registrando meus agradecimentos à Escola Superior de Advocacia da OABMA, particularmente na pessoa do advogado Rodrigo Lago pelo convite.

Pretendo falar-lhes sobre os direitos fundamentais sob uma ótica que envolve a participação popular como **via de reação constituinte (ou reconstituente)** contraposta à crise de representatividade vivida no Brasil. É a participação popular direta além do previsto pelo artigo 14 da CRFB em tensão com a representatividade democrática do poder constituinte. Concluo com alternativas que julgo serem pertinentes.

A CONSTITUIÇÃO QUE TEMOS:

Extensão analítica, dimensão programática e garantística.

A Constituição da República de 1988 apresenta características jamais vistas na história do constitucionalismo brasileiro.

¹ III Congresso Ibero-Americano de Direitos Humanos e Advocacia 7, 8 e 9 de agosto de 2013. São Luís – Maranhão.

* Doutor em Direito do Estado pela PUCSP, Mestre em Direito pela FDR-UFPE, advogado inscrito na Seccinal do Maranhão, Professor Adjunto IV do DEDIR-UFMA e do Curso de Mestrado em Direito da UFMA. Membro do IBEC, do IMADE e da AMLJ, Subprocurador Geral do Estado.



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

Por que Constituição da República?:

Adoto a denominação Constituição da República, já que Constituição Federal sinaliza apenas a organização formal das unidades federativas, em um federalismo artificial em que a autonomia político-administrativa é acanhada, sobretudo diante da repartição da receita tributária.

Sua extensão analítica, sua dimensão programática e garantística revelam o rompimento com as amarras do estado autoritário, pondo em mãos dos seus destinatários instrumentos poderosos para o controle do Estado.

Firmo como entendimento inicial de que Constituição é um documento formalmente jurídico, materialmente político e substancialmente compromissário. Tomo como exemplo para enfatizar essa perspectiva a Constituição da Grécia de 1975: “Art. 120, 4 – A observância da presente Constituição confia-se ao patriotismo dos Gregos”.

É, precisamente, nesse prisma cívico que os direitos fundamentais poderão ser compreendidos sem os questionamentos nominais (vocabulares) que tanto afligem os estudiosos: saber de sua dimensão supra-estatal ou universal.

Na realidade a rotulação desses direitos como fundamentais se dá com a constitucionalização dos mesmos, outrora dispersos em atos e instrumentos de pouca, ou sem nenhuma, eficácia.

É bom alertar que constitucionalizar não é simplesmente inserir artificialmente no texto constitucional quaisquer matérias, mas materializa-las com a união da



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

Constituição como fonte de partida, de forma a ter-se a compreensão exata do significado do que venha a ser “fundamentos constitucionais”.

O mundo mudou e o que denomino de “zona de inércia de soberanias” tornou-se espaço de desenvolvimento dos direitos universais que passaram a ingressar no espaço constitucional interno.

No caso da Constituição da República de 1988 através da “cláusula de abertura” presente no § 2º do artigo 5º.

Abertura porque o fenômeno da globalização, que os franceses preferem chamar de mundialização impõe a todos os Estados ao menos refletir que o sistema constitucional sofre da “doença da incompletude”. Há “espaços vazios” que precisam ser preenchidos.

A Reconstituição permanente:

Há limites, é bem verdade, para o espaço legislativo, mas a cada dia a realidade mundial impõe um novo cenário, forçando o constituinte a pensar no processo de reconstituição permanente.

Insisto na necessidade de haver maior propriedade na utilização da locução “Constituição da República” do que “Constituição Federal”.

E é precisamente nesse contexto que entendemos que os fundamentos democrático e representativo do Estado de Direito dimensionam a hermenêutica constitucional concretizadora que passou a ser adotada a partir da adoção da jurisdição constitucional contemporânea.



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

Não se pode mais pensar em Constituição como instrumento hermético e formalmente finito, similar aos códigos regentes da vida ordinária.

Mas é preciso se ter em mente que mesmo a via de abertura constitucional não assegura atividade legislativa ordinária plena. E já nem falo do “núcleo fundante”, aquilo que a doutrina chama de cláusulas pétreas..

As decisões políticas da Assembleia Nacional Constituinte:

As normas constitucionais originárias estão isentas da ação desconstitutiva. Nesse sentido, seja pela ação do legislador negativo, seja do legislador positivo, senão pelo espaço de ampliação dos direitos e garantias fundamentais, não se pode falar em poder de alteração legislativa.

Tome-se por exemplo as normas (uso o termo em sentido geral contendo regras e princípios) que são denominadas de decisões políticas fundamentais.

Como normas orgânico-institutivas as decisões políticas fundamentais formatam o Estado Democrático de Direito em cujo cenário estão presentes núcleos de convergência que impõe ao constituinte observação atenta e ponderada na sua atribuição.

Pois bem, como responder aos clamores presentes na sociedade “mundializada” e exposta a cada dia nos telejornais?



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

Sabe-se que o processo legislativo é intrincado, que a classe política, de modo geral, é fisiológica, e, por conseguinte, o apoio político-partidário passou a ser moeda de troca, já não tão secreta como dantes.

Há incontáveis exemplos que poderiam ser utilizados para comprovar que há um assombroso descompasso entre o Congresso Nacional e a sociedade inquieta que nos leva à indagação: Mas o drama está apenas na “programaticidade” da Constituição da República, ou passa por um outro viés?

Direitos Fundamentais concretizados:

É fato que o tratamento diferido de autoridades no Brasil tem sido estimulado por pessoas que desempenharam os maiores cargos políticos do país. É necessário, então, desmistificar conceitos que têm sido tratados de forma cartesiana.

Veja-se o exemplo do princípio da isonomia, sinteticamente apresentado como sinônimo de igualdade.

Na realidade há um grave equívoco nisso. **Igualdade é uma condição natural do homem. É um estado universal.** Todos os homens são iguais, inobstante suas individualidades biológicas e culturais.

A nossa Constituição, alias, enfatiza como fundamento o pluralismo político, como pedra de assentamento constitucional.

Já não é a mesma coisa dizer que os homens são “isonômicos”, pois o conceito contém um padrão de corte no significado do vocábulo: transformar pessoas desiguais, diante do plano normativo, em iguais.



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

E aí entra a responsabilidade do Estado que se submete à Constituição como instrumento de demarcação das “regras do jogo”, para lembrar Bobbio.

Garantias constitucionais adjetivas e substantivas formam um catálogo, um caleidoscópio, usando uma alegoria de Nadal, em constante transformação, seja por força interior, seja por força exterior.

Já propusemos, em conferência anterior, a criminalização das violações aos preceitos constitucionais expressos, implícitos e decorrentes, como forma assecuratória de respeito à integridade constitucional e à formação de um sentimento constitucional sólido.

Mas é preciso que haja contemporaneidade entre clamor público e ação parlamentar.

A representatividade parlamentar no banco dos réus:

Muito tem sido falado acerca do que denomino de “ativismo jurídico” tão propalado como “ativismo judicial”.

Em verdade não existe ativismo judicial por uma circunstância simples. Não há iniciativa “ex officio” do magistrado, senão quando provocado pelas partes, através do advogado ou do MP, ou, excepcionalmente, quando existir alguma previsão legal.

Logo, o exercício das funções essenciais à Justiça é que da dinâmica ao ativismo jurídico: dá-me o fato que te darei o direito.



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

Isto não se contrapõe ao embate da hermenêutica de saber se o intérprete “revela” o direito ou “cria” o direito, inclusive em face do princípio da Justiça ou conformidade funcional.

Registro, assim, que as **decisões políticas fundantes**, aquelas que instituem, qualificam e organizam o Estado Democrático de Direito não podem ser contrariadas em nome de um ativismo que se proponha a dar dimensão dilargada à Constituição, se, e somente se, violarem esse esquema orgânico.

Ocorre que muitas vezes a concretização da Constituição é retardada pela inércia do Poder Legislativo, fazendo surgir e aumentar a aflição em torno de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, mas que necessitam de instrumentalização legislativa. É aí que o Judiciário, sob a via do Guardião da Constituição, tem estabelecido, pelo poder normativo, solução aos casos concretos, com a informação destituída de qualquer força cogente ao Poder Legislativo.

Esse entrechoque entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional possibilita a discussão entre o **ativismo e a autocontenção**. Aquele, dando margem ao populismo judicial; este, valorizando a força do processo legislativo do regime democrático. Entre eles, ou abaixo deles, estão dos movimentos das ruas.

A voz das ruas e a crise de representação:

Enquanto os intelectuais e os políticos administram o conflito entre homens, egos e leis a população vai às ruas e, ainda que timidamente, consegue que o Congresso Nacional dê andamento a propostas legislativas que estão há anos, sob o regime de tramitação. Com isso regimes de urgência, acordos de bancadas e demais artifícios são utilizados para atender, ao menos em parte, o que as ruas reclamam.



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

É previsão objetiva da Constituição da República (artigo 1º, parágrafo único) que o regime democrático é representativo, quando não for de forma direta.

Pois bem, as possibilidades de participação direta são aquelas previstas pelo artigo 14 da Constituição da República. Dela não consta o “recall”, que seria salutar para a construção de uma sociedade mais democrática.

Sem falar no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, e no capítulo do controle de constitucionalidade onde não é prevista a Ação Popular Constitucional.

Resta, então, a pressão popular das ruas que é uma via fática alternativa de reconstituição da Constituição, mas que não encontra no processo de Emendas senão as hipóteses taxativamente previstas, pois não se pode ter como contemporâneas a Revolução e a Constituição. São elementos excludentes.

Penso, particularmente, que mais autêntica seria a representação se possibilitada a participação política através da candidatura avulso, isto por que os partidos políticos não conseguem, senão pela necessidade de composição, ter uma dimensão nacional, de quando em vez ignorada, quando da composição de coligações para fins de obtenção do tempo nos programas de rádio e televisão.

Se a Constituição deu dimensão e importância maior aos partidos políticos em momento histórico de ressurgimento da nação, não houve correspondência dos parlamentares em sua maioria, haja vista incontáveis proposições que se distanciam da defesa dos direitos fundamentais, cuja percepção tem se confinado numa perspectiva inicial, qual seja, direitos à integridade física, direito de manifestação, direito de locomoção.



Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

O que dizer de uma sociedade em que a dignidade da pessoa humana encontra-se como fundamento constitucional mas ainda perdura o sistema assistencialista de programas cuja essência é manter o indivíduo como refém?

Conclusão:

Concluo, assim, entendendo que a crise de representatividade é palpável, visível e exige uma reforma política com base em princípios muito mais republicanos, menos federalistas.

A candidatura avulso, ao menos das eleições regionais, deve ser adotada como forma de compatibilizar representatividade imediata e representação autêntica.

A Ação Popular Constitucional deve ser adotada como regime de atuação imediata da cidadania.

Os direitos fundamentais devem possuir um catálogo de preceitos penais, através da criminalização das violações constitucionais a preceitos expressos e implícitos.

A abertura constitucional não se limita mais ao texto constitucional.