



A Constituição de ontem e de hoje. O que nos reserva o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão *

Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana

1. Introdução. 2. Entre a definição e o conceito. 3. O Constitucionalismo. 4. As Leis Fundamentais do Maranhão. 5. Constituição: Natureza jurídica. Constituição Federal ou Constituição da República? 6. A Assembleia Nacional Constituinte e as decisões políticas estruturantes. 7. Estática e dinâmica: oxigenação constitucional. Omissão legislativa. Ativismo jurídico. Legislador negativo. Difusão de controle e insegurança. 8. O que nos reserva o futuro? Cláusula de abertura e releitura constitucional. Mutação, instabilidade e sentimento constitucional. 9. Conclusões.

1. Introdução:

O tema da presente conferência é “A Constituição de ontem e de hoje. O que nos reserva o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão”.

Registro, inicialmente, meus agradecimentos à OAB-MA pelo seu Presidente e à ESA, também pelo seu Presidente, que, sensibilizados pelo momento histórico singular, deram-me a oportunidade de falar-lhes sobre tema auspicioso, ao mesmo tempo em que repleto de abismos.

Proponho esta abordagem diante do convencimento do **processo constituinte permanente** que faz da Constituição o que a história

* Palestra na Escola Superior da Advocacia da OAB-MA, em 13 de novembro de 2012.



determina pelas forças que têm o poder (nem sempre a competência) de definir os destinos de uma nação.

A má formação do republicanismo no Brasil, formalmente instituído desde 1889, reflete-se no cotidiano deste país sempre que nos deparamos com a tentativa (e, às vezes) concretização, de tornar presente símbolos monárquicos absolutistas¹.

Afirmo, portanto, que há um processo constituinte (e desconstituinte) permanente que importa na reinvenção constitucional, com o comprometimento, algumas vezes, da própria autenticidade da proposição constitucional autêntica, como tal concebida aquele conjunto de decisões políticas anunciados com a promulgação da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988.

Início minha manifestação buscando estabelecer alguns marcos que julgo necessários à compreensão do tema, isto porque o assunto envolve não apenas tratar da Constituição como resultado do processo revolucionário. Comporta, também, considerar o embrião desse processo, aquilo que a história chama de constitucionalismo, ora como processo político, hora como processo jurídico, ora como processo sociológico, ora como processo filosófico.

Só então falarei das “Leis Fundamentais do Maranhão”, de 1º de novembro de 1612, pioneira manifestação constitucional no Continente Americano² que é objeto do livro de minha autoria.

¹ Sobre o assunto remeto o leitor a minha Conferência **República complacente ou monarquia relutante: a Constituição fragilizada**, realizada na Conferência proferida no IV Encontro Nacional de Direito Público e Privado, em 22 de março de 2012.

² Sobre o assunto ver meu livro **O Pré-constitucionalismo na América**. São Paulo: Editora Método, 2010.



2. Entre a Definição e o Conceito:

É contumaz no estudo do Direito pretender-se julgar fatos passados com critérios atuais, com o agravante de se tentar infirmar a contribuição do processo histórico remoto. A cada momento histórico corresponde um conjunto de manifestações, portanto, de conceitos, que não podem ser excomungados pelo espaço estreito da definição. **Conceito e definição precisam ser devidamente diferenciados para que se possa construir o conhecimento.**

Afirma-se, aqui, que a **definição** encerra a ideia de **moldura**, portanto, **limitada**. É como se nós contemplássemos um quadro de Renoir. O que nele houver de expressão simbólica limita-se à tela, até a extensão da moldura.

O **conceito**, transcende esse limite da moldura, criando um espaço circundante que põe **a tela, a moldura e o sujeito observador como elementos componentes da realidade**.

Definição é, portanto, a expressão de uma ideia limitada. Conceito é a expressão de uma ideia ampliada.

É com base nessa alegoria construída que trazemos o símbolo como elemento de expressão do homem, e, por conseguinte, do Direito.

O símbolo é uma dimensão importante do homem. Ele sempre esteve e sempre estará a ele (aos símbolos) vinculado. **O homem da caverna e a Constituição tem em comum os símbolos**, muitas vezes expressos em rituais que se tornam substancialmente fundamentais para a validade jurídica de um ato.



A história registra entre os conquistadores do Novo Mundo vários rituais cuja simbologia convergia (e de certo modo converge) para a legitimidade do poder.

Práticas cerimoniais como fincar cruzeiros, estandartes, bandeiras, brasões, procissões, torrão do solo, medição das estrelas, desenhos de mapas, discursos³, todos elementos simbólicos de expressão da conquista.

Não há homem que não seja simbolicamente considerado enquanto tal, assim como não há símbolo que se deixe existir, senão pelo processo de apreensão, compreensão, valoração, conceituação.

3. O Constitucionalismo:

É cediço que o constitucionalismo está conjugado ao conjunto de revoluções que ocorreram no final do Século XVIII, reiteradamente vinculado ao ideário iluminista que se expressa nas Constituições Americana, de 1787 e na Francesa de 1789.

O ideário iluminista europeu se implanta na formação da América do Norte, que com sua expressão simbólica na Declaração do Bom Povo da Virgínia (16 de junho de 1776), na Declaração de Independência dos Estados Unidos (4 de julho de 1776) e na Constituição dos Estados Unidos da América (17 de setembro de 1787), fundam o conceito formal de Constituição elaborado paulatinamente pela doutrina do constitucionalismo embrionário.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) da França, vamos nos deparar com uma definição de Constituição, a saber: Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

³ Patricia Seed, Cerimônias de posse na conquista europeia do novo mundo [1492-1640], São Paulo: UNESP, 1999.



Dessa regra pode-se deduzir que limitação jurídica do poder político é o que propugna o constitucionalismo.

Sucede que a definição da regra estreita aos limites de sua moldura a dimensão do que efetivamente seja uma Constituição.

Essa perspectiva formal não bastará para que se obtenha de maneira adequada a dimensão real do que seja uma Constituição. Fosse assim e o Estado brasileiro, desde o império e a passagem para a república careceram de uma Constituição. Por isso não seriam um Estado?

Na realidade não existe sociedade sem Constituição. Explico.

Em sentido orgânico toda célula possui um núcleo de constitutividade. Assim, não existe sociedade sem esse núcleo, variando, por óbvio, a sua dimensão semântica, conforme a época em que observada.

Ora, Constituição é elemento atemporal, portanto, sendo lícito considerar que sempre esteve presente na sociedade, seja como elemento determinado pelo condicionamento natural, seja pelo elemento social.

Por isso, não é satisfatória a compreensão de que Constituição é fruto do constitucionalismo exclusivamente, ao menos sob uma perspectiva ampla.

A nós nos parece que o equívoco é confundir poder constituinte, como fruto emblemático de legitimidade com sua teorização, esta sim, fenômeno que vem ocorrer com o denominado constitucionalismo moderno.

E por que Constituição está presente na história mesmo antes do advento do fenômeno do constitucionalismo é que elegemos, como período anterior ao das revoluções do Século XVIII, como período do pré-constitucionalismo.



É quando nasce a **Constituição natural**, para usar-se a declaração de Paulo Ferreira da Cunha.

4. As Leis Fundamentais do Maranhão:

Demandando certa brevidade este evento, para maiores detalhes em torno dessas normas que instituíram o Estado da França Equinocial recomendo o meu livro “Pré-constitucionalismo na América”, assim como a bibliografia específica nele contida.

Para o momento esclareço que as Leis Fundamentais do Maranhão constituem-se num conjunto de regras que nasceram da necessidade de organizar política e juridicamente a França Equinocial, empreendimento cujo propósito desafiava as cláusulas do Tratado das Tordesilhas firmado por Portugal e Espanha.

À época da concepção das Leis Fundamentais do Maranhão já existia a **Carta Colonial denominada “Carta da Virgínia, de 1606**, pouco difundida, alias.

Obedecendo ao formalismo da época, as Leis Fundamentais do Maranhão foram introduzidas no continente americano como originário da determinação de constituir uma colônia e o propósito de catequizar seus habitantes revela-se em diversos momentos do empreendimentos, tendo como marco inicial o compromisso assumido em Cancale dias antes da partida “de observar o que for necessário ao bem da colônia” (D’ABEVILLE: 1975, pág. 27).

Mas o fato nodal da história de formação constitucional reside precisamente na concepção, redação e publicização em terras americanas das Leis Fundamentais do Maranhão.



Elas davam **força formalizante** e **solene** ao simbolismo da cruz plantada em terras maranhenses, que para o franceses implicava na configuração da posse das terras, seguida dos rituais das procissões e estandartes, diferenciando-os dos rituais ingleses, espanhóis e holandeses de conquista da Nova Terra (SEED:1999, pág. 19).

A necessidade de legitimação encontra nas Leis Fundamentais (1º/11/1612) a criação de autoridade baseada na característica de então, uma sucessão de normas voltadas a Deus, ao Rei e aos franceses, um misto de regras canônicas e temporais. Para PIANZOLA (1992, pág. 163) “espécie de constituição implicitamente destinada, a bem da verdade, unicamente aos franceses...”.

Em verdade é impróprio imaginar-se uma **norma constitutiva unidirecional**, pois ao se tratar de fenômeno **relacional** (a norma) encerra uma ideia de **bipolaridade**, implicando, sim, em normas direcionadas tanto aos franceses quanto aos índios que habitavam as terras do Maranhão. **É nesse sentido, aliás, que tem simbologia o discurso do Sr. Des Vaux respondido por Japi-açu “principal de Junipará e de toda a ilha...”(D’ABEVILLE: 1975, pág. 84). Eis, aí, o pacto firmado que se vai concretizar nas Leis Fundamentais do Maranhão.**

As bases institucionais das normas guardam, certamente, conotação eclesiástica como fruto do Estado da época, fundado no teocentrismo absoluto, mas revelam preocupações que bem mais tarde restaram assentadas em disposições constitucionais expressas, inclusive a atual Constituição da República de 1988.



Tais considerações autorizariam dedicar atenção ao fato histórico no plano constitucional? Essas Leis Fundamentais teriam alguma sinalização que as aproximasse, juridicamente, de uma Norma Fundamental? São indagações que concito a todos para que as consideremos.

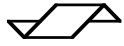
Atento à brevidade do texto merecem destaque disposições como:

“Ordenamos que o autor de qualquer homicídio, a menos de perpetrado comprovadamente em legítima defesa, seja punido de morte para exemplo;

Ordenamos que quem quer que seja, convencido de falso testemunho contra quem quer que seja, sofra a pena que caberia ao acusado;

Ordenamos que quem que se encontre furtando seja, da primeira vez, açoitado ao pé da fôrca, ao som da corneta, e sirva durante a um ano nas obras públicas, com perda, nesse espaço de tempo, de tôdas as dignidades, salários e proveitos; da segunda vez seja o infrator enforcado. Em se tratando de criado domestico seja já no primeiro roubo enforcado”.

O conjunto de disposições transcritas se não é suficiente para identificar nas Leis Fundamentais do Maranhão uma Constituição, com base nos elementos edificados pelo liberalismo, certamente possibilita considerá-la como Constituição natural, pois presente na narração rica em detalhes do capuchinho D’Abeville todo um conjunto de fatos que reúne a evolução das tratativas mantidas entre os franceses e os índios, com declarações recíprocas de conotação institucional.



O desenho formal das Leis Fundamentais do Maranhão segue a instituição das bases religiosas, seguidas pelas disposições atinentes à honra do Rei, dando a composição fundamental das leis consignadas no seu próprio nome, além de contar com a convergência de vontades formalizadas no pacto contido na cláusula final das normas, a saber:

“As presentes leis e ordenações acima transcritas foram lidas e tornadas públicas, de modo a que ninguém alegue ignorância, neste dia de Todos os Santos, 1º de novembro de 1612...”

Transcritas no arquivo Geral do Estado e Colônia Francesa no Brasil as Leis Fundamentais do Maranhão possuem precedência cronológica em relação a todas as normas escritas no continente americano que tenham por propósito a constituição de um estado. Nem mesmo a Declaração de “Mayflower” (1620) que é antecedida em oito anos.

“Sob o aspecto formal, as Leis Fundamentais do Maranhão são um documento único, de modo escrito, obediente aos preceitos estruturais da espécie normativa, vale dizer, atende às características que identificam as Leis Fundamentais existentes na Idade Média, que mais tarde foram resgatadas pelo sistema real do século XVII.”⁴

A natureza constituinte das Leis Fundamentais guarda, ainda, uma particularidade que ratifica este entendimento sobre sua natureza

⁴ IDEM, p. 81.



precursora: Foram escritas em solo maranhense, portanto, a exemplo da Declaração de “Mayflower”, é obra escrita na América, mas com a singularidade de preceder-lhe e a todas as demais manifestações formais da espécie.

Portanto, quer sob o aspecto geográfico, dado que foram escritas no continente americano, quer sob o aspecto cronológico, pois antecedem os documentos como a Declaração de “Mayflower” (1620) quer sob o aspecto geográfico, pois escritas aqui, no que diferem da Carta Colonial da Virgínia (1606), escritas na Europa, as Leis Fundamentais do Maranhão podem ser consideradas as primeiras manifestações constitucionais, pois “...orgânico-constitutiva escrita com natureza fundamental no continente Americano do sul que se tem notícia, vocacionada à instituição de uma sociedade politicamente organizada.”⁵.

Finalmente, e para menção e identificação de preceitos hoje constates em Constituições modernas, pode-se sintetizar que as Leis Fundamentais do Maranhão possuem: Cláusulas de origem e fundamento, cláusula de incidência, cláusula de salvaguarda, cláusula da companhia e da sociedade, cláusulas de proteção dos índios e cláusulas do sistema de penas.

Colhidas à miúdo, pode-se constatar a presença de normas que hoje estão presentes no ordenamento constitucional pátrio e que são normas sobre o meio-ambiente, normas penais, e, sobretudo, sobre a dignidade da pessoa humana.

5. Constituição: Natureza jurídica. Constituição Federal ou Constituição da República?:

⁵ IDEM, p. 35.



Doutrinariamente Constituição é apresentada como uma categoria polissêmica.⁶ De fato, se este é um prisma de convergência, contrariamente, determinar a natureza jurídica de Constituição não é tarefa infensa a debates intermináveis, dependentes das perspectivas que são eleitas por seus apologistas. Fato também é que as perspectivas sociológica (Lassale), política (Schmitt) e jurídica (Kelsen) têm sido as mais presentes nos estudos do Direito Constitucional, cada uma privilegiando seu enfoque com ênfase em possibilidades quase que excludentes entre si.

Defendo uma perspectiva que pode ser chamada de eclética, condensando os elementos sociológico, político e jurídico, para alcançar a natureza jurídica de Constituição⁷.

Formalmente a Constituição é um documento jurídico, dada sua estrutura formal articulada; materialmente é um fenômeno político, em face das decisões fundamentais e estruturantes, e substancialmente é uma norma compromissária, distante da norma de etiqueta, com densidade cívica marcante e necessária para configurar e alimentar o sentimento constitucional⁸ necessário a sua reinvenção no processo constituinte permanente que existe na sociedade.⁹

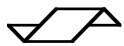
Com este convencimento sustento a necessidade de se instaurar o culto ao símbolo compromissário que deve ser a Constituição.

⁶ Obra citada, p. 71.

⁷ SANTANA, José Cláudio Pavão, in **Constituição: entre o contratado e o desejado**, na obra **Direito no século xxi, estudos em homenagem ao ministro Edson Vidigal**, organizada por RAMOS, Paulo Roberto Barbosa et alii. Florianópolis, SC: editora Obra Jurídica, 2011, pp. 238/248.

⁸ SANTANA, José Cláudio Pavão, in **Constituição: sentimento e consciência**, na obra **Estado democrático de direito e direitos humanos**, organizada por MARTINS NETO, Antonio José de. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 25/39.

⁹ Remeto o leitor ao artigo 13 da Constituição da República Federativa do Brasil que serve como exemplo do simbolismo constitucional.



Isto posto, é necessário que se defina outra questão que permeia a identificação da Constituição. Qual seria a denominação mais adequada para a Constituição? Constituição Federal ou Constituição da República.

Constituição Federal encerra apenas uma ideia orgânica do Estado, definindo a pluralidade de pessoas políticas que o compõem. É uma forma de estado contraposta, por exemplo, ao estado unitário ou ao estado confederado. No nosso caso na espécie de federação tripartite.

Constituição da República, por seu turno, traduz o sistema de governo, sinalizando com os elementos próprios que são a representatividade do poder, a limitação temporal de mandatos, a eletividade dos cargos, a responsabilização dos agentes e (por que não?) a alternância do poder¹⁰.

Conclui-se, então, que a denominação mais apropriada (pois não se está a definir juízo como certo ou errado) seja Constituição da República, uma vez reunir elementos que configuram materialmente o modo de exercício do poder.

6. A Assembleia Nacional Constituinte e as decisões políticas estruturantes:

Há uma tendência a entender a atividade legislativa como capaz de mudar realidades num passo de magia. Muda-se a lei, altera-se a Constituição e, “plim!”, resolve-se o problema.

De certo que não há sociedade que não necessite, sempre, de mudanças. E por que no estado de direito o modo de ordenar a sociedade, formalmente, é através da lei (em sentido amplo), certamente a abertura constitucional e o procedimento legislativo ordinário conduzem à proliferação

¹⁰ O professor Geraldo Ataliba, **República e constituição**, São Paulo: Malheiros, 2001, fala em característica da República o que chamo de elementos próprios.



dessa percepção. É a ordinarização constitucional que ganha dimensão dilargada.

Um pouco isto se deu no Brasil em função da descompressão social e política decorrente de um regime de exceção que se enfraqueceu diante de exigências internacionais, inclusive de ordem estratégica.

A observância aos princípios fundamentais declarados pelos Estados membros da Organização das Nações Unidas, instrumentalizado pelos organismos de jurisdição internacional passou a ser um fato considerado com mais cautela, haja vista a notícia de vários processos e condenações atribuídas a Estados que violavam os direitos fundamentais.

A ansiedade de se reconstruir um país com vocações democráticas, conquanto possuidor uma elite política autoritária, eclodiu com a derrota da Emenda Constitucional das eleições direitas, só mas tarde afagada pela instalação da Assembleia Nacional Constituinte, cujo perfil de discutida autenticidade, embora não ilegítima, trouxe consigo um apanágio de propostas que transformaram um documento político em instrumento quase ordinário, diante de sua natureza analítica.

Chamo de ordinarização a tendência de inserir como matéria constitucional o que só formalmente pode ser considerado. Matérias cujas essências não dizem respeito diretamente à Constituição.

Ocorre que decisões políticas estruturantes são cláusulas que não permitem qualquer tipo de cogitação legislativa, na medida em que tomadas pela Assembleia Nacional Constituinte, portanto, sendo normas constitucionais originárias. Essas normas estão infensas ao processo legislativo ordinário. São intangíveis à ação do legislador.



Como, então resolver esse dilema? A dinâmica social contraposta à estática legislativa? É o que passamos a examinar.

7. Estática e dinâmica: oxigenação constitucional. Omissão legislativa. Ativismo jurídico. Legislador negativo. Difusão de controle e insegurança.

As mudanças são processos inerentes à vida. Tudo muda. Nada é conhecido e tem enunciado no presente do indicativo. O tempo é o conjunto contínuo de elementos sucessivos. Portanto, toda realidade é dinâmica e se vê, de quando em vez, refém da estática legislativa.

A estática legislativa a que nos referimos ora se caracteriza pelo processo lento de mudanças, como ocorre no procedimento legislativo especial e rígido reservado às emendas à Constituição, ora se configura pelo procedimento legislativo ordinário, refém de um Congresso Nacional caracterizado pela ação nefasta do “toma lá dá cá”. Mas também se configura pela inação legislativa, a omissão muita das vezes decorrentes da inércia do Congresso Nacional, ora da teratológica figura da medida provisória, ato apenas formalmente compatível com uma Constituição de um estado republicano e presidencialista como o Brasil.

Esse quadro é o cenário perfeito para o nascimento do que chamo de ativismo jurídico, em substituição às equivocadas denominações de ativismo judicial, ativismo do judiciário, judicialismo político, politização da justiça e tantas outras com as quais nos deparamos. Explico.

O processo em geral cinge-se ao princípio da iniciativa das partes. Portanto, excetuando-se as hipóteses legais restritas, a iniciativa do magistrado é limitada, por isso esperando a provocação dos litigantes, através dos seus advogados, ou do ministério público, nas atribuições que lhe são afeitas constitucionalmente.



É conclusivo que a advocacia, como o ministério público e a magistratura são funções essenciais ao funcionamento do Poder Judiciário, portanto, a atividade comissiva de quem tem a iniciativa conduz o magistrado ao pronunciamento judicial.

Fosse do magistrado a iniciativa e poder-se-ia falar em ativismo judicial. Como é resultado de provocação de uma das funções essenciais ao Poder Judiciário, é mais apropriado falar-se em ativismo jurídico.

Pois bem, o ativismo jurídico tem sido válvula de escape para oxigenação da Constituição, na medida em que sua concretização depende de leis que aguardam a ação legislativa, perdurando ao longo do tempo e frustrando expectativas.

Ora, nenhuma Constituição com essência democrática nasceu para ser objeto de arte, contentando-se em ser contemplada com requintes de monumento jurídico, mas sem aplicabilidade suficiente. A vida exige, o homem necessita e o tempo não para. Por isso, é necessário construir um discurso constitucional direcionado a dar aplicabilidade e eficácia às normas propositivas contidas na Constituição.

A despeito disso passa o Poder Judiciário a deixar seu papel de legislador negativo em circunstâncias específicas, tornando-se um juízo pró ativo, como dizem alguns, para solucionar uma situação concreta, já que sua autonomia e livre convencimento dão-lhe instrumentos para não incorrer em omissão da prestação jurisdicional, que já lhe era vedado pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4657/1942) hoje alterado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 12376/2010), com ênfase, ainda mais, na Constituição da República, seja como direito



fundamental no conjunto de princípios processuais contidos no devido processo legal, como, também, no capítulo atinente ao Poder Judiciário.

Ocorre que muita vez o desejo de prestar uma jurisdição com o nobre propósito de concretizar a Constituição da República se faz acompanhar do deslumbramento humano, episodicamente estimulado pelos meios de comunicação de massa, provocando o germe da vaidade. Entram em cena, então, os juízes, procuradores, defensores, advogados, promotores e delegados na fase investigatória despidos da descrição e trajados de vestais da certeza, arrogância e soberba. Passam a ser protagonistas, quando deveriam ser apenas parte do elenco, atores coadjuvantes do grande teatro de dramas humanos em que se constitui o processo.

Há um visível momento político nacional que empurra as pessoas a um juízo do politicamente correto, como se o discurso majoritário fosse a via correta para definir manifestações, transformando o homem em seres autômatos e escravos de uma opressão consciente e permitida. Os homens passam a renunciar seus próprios juízos em busca do reconhecimento que massageie seu ego, esquecendo-se da própria individualidade como característica de construção de uma sociedade mais justa.

Temos constatado um excessivo apego a princípios (que as vezes nem isto são) em substituição a regras, sendo enfático o alerta do professor Marcelo Neves¹¹ no sentido de que se os princípios enriquecem a cadeia argumentativa as regras operam um fechamento da cadeia argumentativa, aproximando-se, digo eu, das categorias de conceito e definição.

¹¹ O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal.
<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal>>, consulta feita no sítio Os Constitucionalistas, em 13 de novembro de 2012.



Inequívoco é que há uma reiterada invocação de princípios para decisões que trazem, a rigor, instabilidade, sendo preciso o professor Marcelo Neves ao vaticinar:

“O mero principialismo leva a um realismo com capa moral, deixando o Direito afogar-se nos particularismos dos interesses de grupos e pessoas. O puro modelo de regras conduz ao formalismo e à rigidez, tornando o Direito insensível aos problemas sociais.”

Ora, como decisão política estruturante da Assembleia Nacional Constituinte está a separação de Poderes da República (artigo 2º) que se constitui em cláusula rígida de limitação ao ativismo jurídico. Por isso é que a doutrina estabelece como **princípio hermenêutico a observância à justeza ou conformidade funcional, em que o esquema das decisões políticas estruturantes deve ser observado pelo intérprete.**

Fugir desse limite é um risco que pode atingir o princípio da segurança jurídica e da legalidade, fazendo do servidor¹² da República algoz de si mesmo.

Portanto, é salutar o ativismo que decorre, principalmente, da necessidade de solucionar casos concretos, normalmente em vista de direitos sociais instituídos, muitas vezes postergados pelo estado, a despeito do poder

¹² O vocábulo “servidor” é usado aqui com o sinônimo de membro de carreira funcional do Estado. Servidor é o que está a serviço, o que é investido em nome de. No caso do magistrado ele é um órgão do Estado, portanto, da República. Demais disso, é remunerado pelo Erário, portanto, pela Fazenda Pública da República, pouco importando se de competência estadual e federal. Demais, não há nenhum demérito funcional em chamar o magistrado de servidor.



discrecionário de eleger políticas públicas, normalmente adequadas a interesses eleitorais circunstanciais.

8. O que nos reserva o futuro? Cláusula de abertura e releitura constitucional. Mutação, instabilidade e sentimento constitucional:

A globalização é um fenômeno que impõe a reformulação de vários conceitos. No Direito Internacional, por exemplo, soberania, autonomia, limite espacial e territorial, atos normativos internacionais, enfim, todos são elementos que precisam ser reconsiderados sob uma nova perspectiva.

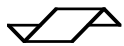
O próprio Direito Constitucional passou a olhar com olhos diferentes categorias que outrora eram hermeticamente consideradas, rendendo-se a uma releitura de algumas de suas categorias conceituais

Ontem falava-se em internacionalização do Direito Constitucional e constitucionalização do Direito Internacional. Hoje fala-se em transconstitucionalismo e supraconstitucionalismo.

A Constituição da República nasceu atenta a esses fenômenos. Basta observar que possui uma cláusula de abertura contida no parágrafo 2º do artigo 5º, fazendo da Constituição da República não apenas o conjunto de normas presentes em seu texto originário expresso, mas incluindo, também, os atos internacionais de que a República Federativa do Brasil seja signatária.

Essa previsão é salutar, na medida em que possibilita uma releitura de preceitos, princípios, objetivos expressos, de modo a minorar todos os aspectos que possam frustrar a concretização da Constituição da República.

Com o tempo essa concepção foi ampliada ainda mais. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 a Constituição elevou ao status



de Emenda constitucional os tratados e convenções internacionais que tratem de direitos humanos, de que for signatária a República Federativa do Brasil, como passou a se submeter ao Tribunal Penal Internacional se manifestada sua adesão à criação.

De certo que a ponderação em algumas dessas previsões deve ser utilizada em nome da própria soberania nacional, que é um dos fundamentos que dão sustentação à República.

Nunca é demais lembrar que os preceitos, princípios e valores defendidos pela República Federativa, alguns dos quais de Direito internacional, transconstitucional, supraconstitucional, comunitário ou humanitário, ao merecerem aquiescência não podem ser tidos como absolutos. Há que se ponderar os elementos que qualificam, particularizam e singularizam o estado e o povo brasileiros.

Depois, há quem defenda que soberania é incompatível com o constitucionalismo global, na medida em que o poder legítimo se dá com o respeito aos direitos humanos.

A mutação constitucional enquanto elemento de mudanças históricas é bem-vinda em nome de um Direito Constitucional sem fronteiras, mas não pode ignorar a autodeterminação desta República.

Portanto, é com o propósito de concretização constitucional que a Constituição é reinventada, a fim de que suas bases fundamentais e propositivas sejam concretizadas em nome da criação, formação e sedimentação de um verdadeiro sentimento constitucional, que nos dê a todos a precisa, adequada e fundada compreensão e o necessário convencimento do que é uma República.



Estou convencido que é uma necessidade para um breve futuro a criação da Ação Popular de controle de constitucionalidade, a exemplo do que ocorrem em outros países, pois já não se coaduna com a realidade transconstitucional a limitação de legitimação de autoridades e pessoas jurídicas para propor ações que visem corrigir ou preservar a supremacia da Constituição.

À medida que evolui o constitucionalismo, em quaisquer das denominações que se lhe queira atribuir, mais é exigido do estado que aparelhe o homem de instrumentos capazes de lhe permitirem, em defesa de direitos supra-individuais, a guarda da Constituição.

Entendo, ainda, que o Supremo Tribunal Federal necessita de uma remodelação quanto à competência jurisdicional.

Há uma instabilidade notória nos julgamentos que envolvem matérias ordinárias, ou de direito comum.

De quando em vez vemos debates em torno de assuntos de direito federal, quando a autenticidade do Excelso Pretório deveria ser de Corte Constitucional exclusiva. Isto quando o debate não se volta às querelas pessoais ou aos entrechoques de vaidades, estimuladas por uma mídia que tudo diz, e em vernáculo de mal gosto.

Com sua competência constitucional exclusiva o Supremo Tribunal Federal melhor se entregaria à guarda e preservação da Constituição, com um incremento de qualidade nos seus julgamentos, inclusive quanto à forma mais política e menos jurídica no seu conteúdo.

9. Conclusões:



Nossas conclusões serão apresentadas de forma tópica, com o objetivo de concisão e permissão de um estudo mais dirigido a temas específicos.

1 – A definição como categoria jurídica encontra-se enclausurada nos limites modulares da regra, pois não dispõe de permissão para ir além da moldura em que concebida. Ao contrário, é medida limitadora;

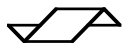
2 – O símbolo como elemento de expressão presente na história do homem foi, é e deverá ser, sempre, cultivado, pois possui força emblemática que soleniza o poder e expressa sua legitimação;

3 – As Leis Fundamentais do Maranhão possuem densidade jurídica institutiva, na medida em que sua elaboração é decorrente de uma sucessão de atos solenes que importaram na sua elaboração com atenção à estrutura formal da época;

4 - A aplicação das Leis Fundamentais do Maranhão se deu de forma bilateral, seja no momento da sua concepção, seja no momento de sua aplicação, inclusive em função de um julgamento do líder indígena que determinara o esquartejamento de sua mulher, por crime de adultério;

5 – A reunião de direitos envolvendo a integridade física, a propriedade, o poder, o meio-ambiente, a supremacia das Leis Fundamentais do Maranhão reforçam sua densidade jurídica;

6 – O valor constitucional pioneiro das Leis Fundamentais do Maranhão está apoiado em dois critérios: o geográfico, porque a norma foi escrita no Maranhão, e cronológico, pois antecede em oito anos a primeira manifestação de pré-constituição política de um estado, que foi a Declaração de Mayflower;



7 – O núcleo de constitutividade de uma sociedade pode se considerado o seu poder constituinte, que não se confunde com sua teorização, o que só ocorreu no Século XVIII;

8 – Constituição natural é denominação aceitável e adequada para albergar o pré-constitucionalismo, período que antecede o denominado constitutcionalismo moderno;

9 – A definição de Constituição conforme estabelecido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa já não consegue se adequar à nova dimensão do constitucionalismo, senão como elemento histórico;

10 - Formalmente a Constituição é um documento jurídico, dada sua estrutura formal articulada; materialmente é um fenômeno político, em face das decisões fundamentais e estruturantes, e substancialmente é uma norma compromissária, distante da norma de etiqueta, com densidade cívica visível;

11 – Constituição da República parece ser a melhor denominação a utilizar, pela reunião de elementos essenciais ao espírito republicano: eletividade dos cargos, temporariedade dos mandatos, responsabilização dos agentes e alternância do poder;

12 - Decisões políticas estruturantes são cláusulas que não permitem qualquer tipo de cogitação legislativa, na medida em que tomadas pela Assembleia Nacional Constituinte, portanto, sendo normas constitucionais originárias. Essas normas estão infensas ao processo legislativo ordinário. São intangíveis à ação do legislador;



13 - A estática legislativa resulta do engessamento contido no procedimento legislativo brasileiro, somado à omissão (ou inação) do Congresso Nacional, aditada à utilização de medidas provisórias e a ação nefasta de grupos, políticos ou não, lícitos ou não, e revelam a falta de compromisso republicano e democrático de muitos parlamentares. É hora de se pensar, seriamente em candidaturas políticas à vulso;

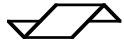
14 - As decisões políticas estruturantes da Assembleia Nacional Constituinte estão também infensas à ação do ativismo jurídico;

15 - A globalização trouxe novas concepções, influenciando o Direito de diversas maneiras, impondo releituras de temas passados com olhos em dramas presentes, para serem evitadas catástrofes futuras;

16 - A concretização constitucional tem que ser objetivo central do intérprete, pois não há Constituição que tenha vocação para servir de mero instrumento de adoração por sua dimensão meramente formal;

17 - A reinvenção da Constituição é um processo constituinte, ou reconstituinte permanente, que deve ser exercido com ponderação em atenção a preceitos e fundamentos constitucionais expressos, implícitos ou decorrentes;

18 – O sentimento constitucional é resultado do conhecimento, culto e cumprimento dos princípios republicanos previstos na Constituição que deve ser cumprida com respeito à dignidade da pessoa humana, mas com o compromisso de que a isonomia real impõe que nenhuma autoridade seja mais importante do que qualquer outro homem no Brasil.



19 – A dimensão constitucional presente ultrapassa o conceito elaborado pelo formalismo constitucional, renovando categorias como soberania, autonomia, fronteira etc;

20 – É necessário atribuir ao sujeito individual a legitimidade de controle de constitucionalidade, pela adoção da Ação Popular Constitucional, ampliando ainda mais a cláusula de abertura de concretização da Constituição;

21 – O supraconstitucionalismo constitui-se em mais um momento de evolução do fenômeno constitucional, que se modifica consoante as exigências da sociedade globalizada.