

TRÊS TEXTOS SOBRE POLÍTICA E DIREITO

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE

Prof. da UFPR

Doutorando do CPGD/UFSC

América Latina, Democracia e Direitos do Homem

A América Latina como um todo, mas especialmente países como Argentina, Uruguai, Chile e Brasil, conheceram, a partir dos anos 60/70, regimes políticos duros, militarizados, que se sustentaram ideologicamente a partir de uma doutrina de segurança típica de estado de guerra. Estes regimes, como sabemos, resultaram, a princípio, de uma espécie de defesa das classes hegemônicas, ameaçadas de perda do controle do aparato estatal e de seus próprios aparatos de auto-reprodução (escola, burocracia, etc), para, num segundo momento, caracterizarem-se pelo compromisso entre as forças armadas e a tecnocracia. O compromisso referido apresentava claramente um conteúdo de divisão do trabalho, onde os militares garantiam a segurança, enquanto a tecnocracia geria a economia.

Esse traço de união política — e de, ao mesmo tempo, divisão de competências — demonstra no caso latino-americano, e com nitidez, que nem sempre aqueles que se situam na ossatura material do estado (as autoridades) se confundem com as classes detentoras do poder. Estas, exteriores aos aparelhos estatais, transnacionalizadas, ofereceram a própria base de interesse sobre a qual deveria agir a gestão da economia: acumulação, desenvolvimento, industrialização, etc. Neste caso, a segurança aparecia

como o recurso indispensável para a ação da política econômica autoritária e marginalizadora de grandes parcelas da população.

Hoje, a América Latina, começa a reavaliar o conteúdo e a importância de conceitos clássicos, embora sempre atuais, como democracia e direitos fundamentais. Reavaliação que conduz a um novo enfoque da política e do direito, bem como de suas relações com o poder, ou seja, conduz a um novo enfoque do estado. As esquerdas e os movimentos reivindicatórios captaram que a forma estatal não se identifica, sem mais, com a opressão. Sentiram que o estado, notadamente em sociedades tradicionalmente autoritárias, pode apresentar um aspecto positivo. E as facções conservadoras, e mesmo as de direita, perceberam que sua sobrevivência, enquanto política, depende da prévia existência de canais de participação, e da livre expressão, que os sistemas militares e autocráticos boicotaram.

Estes são alguns dados históricos significativos. Mas ao lado deles, importante o seguinte alerta: a importância da democracia foi redescoberta; mas, de qual democracia falamos? Democracia como tática ou estratégia de conquista do poder? Democracia como simples gestão do poder? Ou democracia como método, como via e como vida? Quer nos parecer que a última questão traz a resposta do que os latino-americanos exigem hoje: democracia como compromisso e permanência.

De fato. Nunca, na história de nosso continente, a democracia apareceu tantas vezes como questão fundamental. Trata-se, pelo menos no Brasil, de um movimento (diretas-já; eleição de Tancredo Neves para a presidência da república, etc.) de exigência democrática só comparável, pela sua dimensão, com as campanhas abolicionista e republicana.

Mas não se trata apenas de exigir/reivindicar um regime de governo onde haja alternância na gestão do aparato político-institucional, e um controle popular (ou, pelo menos, do eleitorado), de quando em quando, sobre aquela gestão. Quer-se agora edificar um novo estado e uma nova sociedade. A mudança periódica dos gestores do poder público representa pois, apenas um dos aspectos (e não necessariamente o mais significativo) do que os setores populares das sociedades latinas propõem. É chegado o momento de sintetizar o aprendizado que as duras experiências e a história da política latino-americana legaram aos povos desta parte do mundo.

Não se pretende uma democracia limitada ao enfoque liberal clássico. A história mostrou que essa democracia, circunscrevendo o estado a um número mínimo de funções, e supervalorizando os chamados direitos individuais, ou seja as liberdades formais, acaba deixando os setores populares à mercê de uma sociedade marcada pela economia de mercado, onde a idéia de contrato legitima a exploração de uns sobre outros.

A história demonstrou também que a crítica das liberdades formais e da democracia formal não pode se radicar na mera recusa destas em nome de um certa democracia real, concretizada por um estado voltado para as liberdades reais (ou sejam, aquelas que garantem um mínimo de dignidade existencial). Esta crítica desembocou no totalitarismo no oriente, e no populismo na américa latina.

Em nome de certas concessões às classes trabalhadoras, regimes como o peronista e o getulista se mantiveram distanciados da prática democrática (formal).

O que se pretende, atualmente, é superar o falso antagonismo entre liberdades formais (consciência, opinião, reunião, associação, locomoção, etc.) e as liberdades reais (trabalho, habitação, saúde, remuneração digna, etc). Não se pretende sobrevalorizar as primeiras, ou as segundas, em detrimento das outras. Ademais, percebeu-se que as ditas liberdades formais são tão reais quanto as ditas reais, e que, em sociedades empobrecidas como as nossas, podem ser um caminho para o pleno atingimento, pelos homens, da dignidade de existência. Percebeu-se, igualmente, que um mínimo de segurança existencial é fundamental para o pleno gozo dos demais direitos.

A síntese do aprendizado oferecido pela história latino-americana conduz, portanto, a uma democracia voltada para as liberdades como um todo, reais e formais, identificada como o melhor método político para a reivindicação, defesa, controle, invenção e positivação dos direitos fundamentais.

A experiência brasileira confirma o que foi dito. Pode-se afirmar, pois, que democracia, hoje, no brasil, significa a estruturação de uma organização política conformada ao direito, limitada por ele, apresentando uma variedade de canais expressivos de ligação entre a sociedade e o estado; significa a invenção de uma política voltada para o respeito dos homens e, logo, dos seus direitos fundamentais,

entendidos estes, como o amálgama das liberdades clássicas (formais, exigentes da abstenção do estado) com os direitos sociais (reais, aplicáveis mediante a ação do estado). Por democracia quer se referir a processo, método, meio, através do qual, e somente através dele, se articula a mediação dos conflitos sociais com a conseqüente legitimação da vontade da maioria, respeitados os direitos da minoria (ou das minorias).

Falar em democracia e direitos do homem significa também falar em constitucionalismo (formalização ou positivação do novo estado e dos novos valores superiores) e em pluralismo (partidário e ideológico). Mas significa, ainda, responsabilidade e tolerância. Responsabilidade no assumir o momento histórico difícil e no participar da elaboração do novo estado brasileiro. E tolerância no exigir, no reivindicar, no negociar, aceitando a impossibilidade de certas demandas em situações contextuais desfavoráveis.

Porque, como diz Bobbio, com acerto, a democracia, os direitos, são algo que se consegue com tempo e muita dificuldade, mas que se perde com incrível facilidade.

QUAL CONSTITUIÇÃO?

Seja através de artigos na imprensa ou em revistas acadêmicas, seja através de conversas informais, discute-se a questão que serve de título ao presente texto. Qual constituição? Que uma nova virá, não há dúvida. Que ela será rígida, este é um dado incontestável. O Brasil pede um nova constituição, todos concordam, e a etapa contemporânea da história jurídico-política não admite a possibilidade de cartas flexíveis, ou seja, modificáveis com a facilidade com que se elabora ou ab-roga uma lei ordinária.

A questão toma outros rumos quanto à definição do *conteúdo* e da *forma* que a constituição deverá assumir.

1. A QUESTÃO É DE CONTEÚDO.

Não há quem duvide de que uma constituição é uma criação histórica. Mas criação histórica peculiar, dotada de uma ambigüidade que resume sua própria razão de existir. É matéria determinada e

determinante, a um tempo. Sua significação corresponde, e deve corresponder necessariamente, às coordenadas normativas dominantes de dado momento histórico. Por isso se diz que ela é determinada por esses fatores. Mas se isso é verdade, há outro lado da questão. A constituição determinada é feita para determinar. Em outras palavras, para regular o futuro, ou pelo menos sua dinâmica em relação à organização do espaço político. Ela é conjunto normativo feito para ser executado.

Se sob o aspecto jurídico constitui o mais alto escalão normativo, legitimador das demais esferas de normas, e regulador das condutas futuras, sob o ângulo político não passa de um compromisso. Ou, antes, um pacto entre as mais variadas forças sociais, classes e frações delas. É, na verdade, um estatuto político que disciplina a forma de exercício do poder, e as relações deste com a sociedade civil (bem como com a dinâmica contraditória da qual ela é o resultado).

Por essa razão, uma constituição não pode ser elaborada *in abstracto*, como desejam alguns juristas, nem pode ser elaborada às pressas, agora e já, como pretendem alguns políticos. É verdade que os problemas técnicos são importantes, mas apenas e enquanto orientarem a materialização, sob a forma jurídica, de um compromisso de natureza política. Este não pode se sacrificar em função daqueles. Mas a determinação deste exige tempo, e mais do que isso, o máximo de representatividade popular.

Para que tenhamos uma constituição fiel às relações de força entre as classes (aspecto fracionário do processo) e às ambições da sociedade civil como um todo (aspecto aglutinador do processo) é necessário que todas as camadas da população se façam representar na constituinte. Além disso, as classes devem discutir suas reivindicações e objetivos. Ou seja, devem saber qual conteúdo querem para sua constituição. Que ela será democrática, todos queremos; mas qual democracia ela abraçará? Eis o problema sob nova roupagem.

A resposta só a constituinte dirá. Mas qualquer que seja ela, o significativo é: (1) — que seja legítima e representativa dos interesses da cidadania brasileira; (2) — que respeite os direitos da minoria; (3) — que não esqueça as liberdades públicas e (4) — que estabeleça canais permanentes e competentes de ligação entre a sociedade civil e o estado (de tal modo que este possa acompanhar, sem traumas, o

desenrolar das relações de força entre as várias classes sociais).

Quanto aos demais aspectos definidores do conteúdo, a história se encarregará de mostrar. História que, para nossa felicidade, ainda não está determinada, pronta e acabada. Até a promulgação da nova constituição muita água vai rolar, e este é um dado (significativo) que não pode ser esquecido.

2. A QUESTÃO É DE FORMA.

Conteúdo, primeiro ângulo: forma o último. Talvez o privilegiado pelos juristas, cientes das conseqüências que decorrem deste ou daquele tipo de redação.

Não são poucos aqueles que, preocupados com a durabilidade dos textos, se apegam aos exemplos americano e belga, para expressarem a excelência e superioridade das cartas constitucionais curtas, instituidoras mais de princípios gerais do que de normas propriamente ditas. Princípios que, pelo modo abrangente de expressão gráfica, facilmente podem acompanhar o desenvolvimento das situações políticas, absorvendo a cada mutação valorativa ou ideológica, significados novos. A preocupação primeira destes teóricos é com a durabilidade das constituições.

Tendência não sem importância, cujos antecedentes se encontram nos padrões liberais, típicos das sociedades européias do século XIX. Ora, como todos sabem o estado liberal admitia construções constitucionais sintéticas porque estas tinham a função de fixar, apenas, a disciplina das instituições estatais, então limitadas. O estado não desempenhava toda a sorte de funções que viria a assumir contemporaneamente, gerindo não só o espaço público, como não poucas vezes, também o espaço privado.

O entendimento atual é dirigida para outro sentido. Traduz-se na idéia segundo a qual uma constituição não é feita para durar, mas para ser aplicada. Nestes termos, deve comportar o número de artigos necessários para regular *todas* as matérias, quer substancialmente constitucionais ou não, que pela importância imanente devam se revestir das garantias que o estatuto máximo confere. Quanto ao fundo, essa tendência defende a perspectiva segundo a qual a constituição deve, antes de princípios sintéticos e gerais, conter

principalmente aqueles revestidos de natureza normativa auto-executável. Ou seja, a auto-executoriedade das normas constitucionais é o pano de fundo dessa orientação, que enfatiza, ainda, uma terceira variável, defendendo a instituição de mecanismos instrumentais claros, precisos e eficazes de defesa do conteúdo constitucional. As cartas européias do segundo pós-guerra têm seguido esse caminho.

Qual forma para a constituição do Brasil? Bem se vê que se trata de uma questão sem resposta pronta. Ora, não basta, abstratamente, fixar esta ou aquela tese. A forma não é simplesmente um dado teórico, ou técnico. Ela é também história, como o conteúdo. Deverá, pois, ser decidida, não *in totum* e *a priori*, mas a cada caso e *a posteriori* em função do conteúdo a ser expresso. A afirmativa pede explicação.

Não só a constituição como um todo é expressão de um compromisso entre as forças sociais em ação, como cada mínima parte dela, cada título, capítulo, seção, artigo ou parágrafo resulta do grau de simetria ou assimetria das relações de força estabelecidas. Neste aspecto, conforme tal ou qual assunto interesse mais esta ou aquela fração social, sua forma de expressão (e mesmo sua expressão na constituição) dependerá do compromisso acertado, bem como da força e autoridade das frações sociais que o propõem. É evidente que os pontos aceitos unanimemente terão uma forma de expressão mais objetiva que outros, sobre os quais a opinião se divide. Assim, por exemplo, os artigos relativos aos direitos e garantias individuais serão, provavelmente, mais objetivos que aqueles relativos aos direitos econômicos e sociais.

De qualquer modo, se não é possível manter um entendimento definitivo sobre a forma da nossa constituição (sintética ou exaustiva; de princípios ou normativa, etc), pelos menos é inevitável manifestar uma preferência. A sociedade brasileira espera com, e, através da constituinte, reorganizar não só o estado brasileiro, como também, em parte, ela mesma. É justo se pensar, pois, que: (1) — a constituinte deve tratar de toda matéria, mesmo substancialmente não constitucional, que represente alguma importância para a redefinição do quadro político brasileiro; (2) — que instrumentalize os conteúdos aceitos através de normas objetivas, tanto quanto possível, passíveis de aplicação imediata; e, (3) — que institua mecanismos seguros de

defesa da constituição e dos direitos e liberdades por ela declarados (representação de inconstitucionalidade por omissão, a título de exemplo).

Quanto àqueles conteúdos sobre os quais não há possibilidade de acordo imediato entre as forças políticas, eles poderão aceitar formas mais genéricas, elásticas de expressão, funcionando mais como programas de ação futura para o poder público do que como normas jurídicas propriamente ditas.

O importante é que a constituição se traduza em prática corrente. Afinal, se a forma jurídica é significativa por assegurar a aplicabilidade, direta ou não, de certos conteúdos dados, mais importante ainda é a correlação de forças que se estabelece no espaço político, a cada momento, esta sim, determinante, em última análise, da eficácia global das normas constitucionais.

LIBERDADES PÚBLICAS E PROTEÇÃO JURISDICIONAL

É verdade que a proteção das liberdades depende menos de mecanismos jurídicos instrumentais do que de uma certa, e justa, estabilidade política. O arcabouço protetor dos direitos não se encontra no estado. Ele deve estar, antes, presente na sociedade civil.

Isso não é novo: — Tocqueville já alertava para o problema. Entretanto não se pode subestimar o papel dos procedimentos jurídicos. O próprio papel do Supremo Tribunal Federal durante o estado novo pode ilustrar essa perspectiva. Por outro lado, não fosse o mínimo de eficácia da atividade jurisdicional não se assistiria na atualidade à criação de cortes internacionais, como a de Strasbourg, com o propósito de defesa, a nível internacional, dos direitos do homem. A verdade é que, para o direito, a proteção jurisdicional, pelas garantias de que se reveste, é a proteção jurídica por excelência. E assim deve ser. Mas o que cabe, no momento, é discutir o modo como essa proteção se efetiva.

A tradição liberal privilegiava a proteção judiciária operada por meio de um certo *controle de responsabilidade*. Trata-se, neste caso, de aplicar uma pena — no caso da responsabilidade penal — a um agente público que tenha violado uma liberdade. Trata-se, ainda, — na

situação da responsabilidade civil — de se exijr do poder público a **indenização do prejuízo sofrido pelo cidadão por ato violador de direito** individual. Ora, esse tipo de proteção garante apenas indiretamente as liberdades. O direito violado continuará como tal. A sanção jurídica não é suficiente para restaurar o gozo da liberdade. Eis porque o Estado de Direito pós-liberal tem acentuado o papel do judiciário dinamizado por um certo *controle de censura, ou de legitimidade* dos atos do poder público. O que se passa aqui difere substancialmente da situação anterior. Com efeito, a atuação do judiciário será no sentido de erradicar o perigo da violação, ou a violação, ela mesma, que pesa sobre dada situação jurídica.

Tal pronunciamento poderá — e este é o seu mérito — devolver a liberdade ao seu estado normal. O Brasil não desconhece esse mecanismo. É operado, principalmente, através dos procedimentos de *Mandado de Segurança e “Habeas Corpus”*. A característica principal deles é de provocar o controle sobre a ação do estado tendo em vista a proteção de um direito subjetivo, portanto perfeitamente individualizado. **Eis a razão pela qual pode ser chamado de controle subjetivo de legitimidade.** Consegue proteger um grande número de direitos e liberdades, mas outros tantos ficam à mercê da atividade, por vezes, arbitrária do estado. É o caso, por exemplo, de certas leis. Estas, abstratas e gerais, são insuscetíveis de controle subjetivo, embora possam do mesmo modo que os atos do executivo, atentar contra as liberdades.

Qual remédio? A resposta pode se encontrar numa segunda forma de controle de censura, complementar à primeira, caracterizada pela sua objetividade. Trata-se de um *controle objetivo da legalidade* dos atos do poder público. O magistrado julgará não em função de um possível direito individualizado violado, mas em função das normas constitucionais e legais instituidoras de direitos e liberdades. O Brasil também não desconhece essa técnica. Possuímos, sob o aspecto *negativo*, o controle da constitucionalidade e legalidade. O judiciário deixa de aplicar um regulamento ou ato administrativo, e mesmo uma lei, porferir disposições jurídicas superiores. Mas tal controle negativo é limitado. Só é exercido durante um processo em curso. O cidadão argüi a ilegitimidade do ato estatal como meio de defesa. Ora, as liberdades publicas se podem limitar a um mero papel de cidadela de

resistência. Sua importância exige garantias mais amplas. Essas garantias podem se manifestar através da criação de mecanismos positivos de proteção objetiva dos direitos do homem. Que mecanismos são estes?

Ao nível constitucional, tais mecanismos correspondem à possibilidade de uma ação direta contra leis atentatórias a certas disposições da carta magna, em geral, e às liberdades públicas, em particular. Esse procedimento tem aparecido em diversos países, notadamente aqueles que, como a Alemanha, Áustria, França e Espanha, dispõem de cortes constitucionais especializadas.

Em nosso país, como sabemos, o Supremo Tribunal Federal é responsável pelo seu processamento e julgamento. Tal mecanismo abre inúmeras perspectivas, e sua adoção pelo direito brasileiro, há mais de vinte anos, é digna de aplausos. Mas pode ser aperfeiçoado. Atualmente a única pessoa que pode provocá-lo é o procurador geral da república, cargo que, como sabemos, por ser de confiança da presidência da república, demissível a qualquer tempo, não dispõe de um estatuto de independência que garanta uma necessária ação em defesa dos direitos do homem. Por essa razão é natural advogar-se a tese da necessária modificação do instituto, para admitir provocação por via de outras pessoas, como por exemplo um certo número de deputados e senadores (como ocorre na França), pelos Estados-membros (representados por seus governadores ou presidentes de assembleias) e mesmo por um número definido de cidadãos (como ocorre na Suíça, por exemplo). Esta é uma primeira questão a ser pensada.

Outra questão também merece reflexão. Trata-se, na Verdade, de uma hipótese. Uma hipótese dirigida no sentido da necessária criação, no direito brasileiro, de um contencioso *objetivo* da legalidade dos atos do poder executivo. Ou seja, de um mecanismo *positivo* (como a ação direta de declaração de inconstitucionalidade) de controle jurisdicional da atividade da administração. Este seria, ao lado dos demais procedimentos admitidos, o coroamento de um verdadeiro sistema jurisdicional de proteção do cidadão contra o arbitrário estatal. E o momento para discutir-se tal hipótese é agora. Exatamente o momento

em que a constituinte discute a redefinição do quadro político-jurídico do estado brasileiro.

Não serão poucas as críticas de tal sugestão. Dirão que já possuímos o *Mandado de Segurança* e o “*Habeas Corpus*”, eficientes meios de proteção das liberdades. Ao que se replica reconhecendo a importância de tais mecanismos, mas demonstrando sua ineficácia frente a algumas liberdades e direitos não suficientemente individualizados. Outros dirão, ainda, que através da própria ação direta de inconstitucionalidade se pode controlar o poder executivo, o que também não deixa de ser verdade. Entretanto, tal controle é apenas de *constitucionalidade*, e não de *legalidade* dos atos genéricos (regulamentos) da administração. E por outro lado guarda o inconveniente já anunciado de admitir provocação apenas do procurador geral da república. Ora, frente a tais colocações, a sugestão merece ser pensada.

O que se propõe: — (1) *Quanto ao controle da constitucionalidade*:

A. ampliação da possibilidade de sua provocação, concedendo-se tal prerrogativa a outras autoridades e um número determinado de cidadãos. B. restrição do controle aos atos do poder legislativo. (2) *Quanto ao controle da legalidade*: criação de um procedimento objetivo de verificação da legitimidade dos atos do executivo (genéricos ou individuais), como o “*recurso por excesso de poder*” dos direitos belga e francês. Poderia ser provocado por qualquer pessoa possuidora de interesse (noção mais ampla que a de “direito líquido e certo”, aplicável ao *Mandado de Segurança*) insuscetível de caracterização como direito subjetivo. A atividade da jurisdição circunscrevendo-se à mera análise da adequação do ato da administração às normas legais ou constitucionais, protege as liberdades públicas de uma maneira objetiva e simples.

Os limites do presente texto não permitem que se esboce o retrato geral do referido procedimento objetivo de controle da legalidade. Mas pode se afirmar que ele independerá, como pretendem alguns juristas, da criação de um *Conselho de Estado* no Brasil. A tradição brasileira exige a manutenção do regime de monopólio da jurisdição pelo judiciário. Mas o contexto político e social atual exige, igualmente, o fortalecimento desse judiciário, guardião das liberdades públicas e das prerrogativas do cidadão.