

**A CRISE DE IDENTIDADE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: DO
NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE ZAGREBELSKY E HABERLE**

***THE IDENTITY CRISIS OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM: THE NECESSARY
DIALOGUE BETWEEN ZAGREBELSKY AND HABERLE***

Carlos Alberto Menezes¹

Antônio Wellington Brito Júnior²

Samyle Regina Matos Oliveira³

RESUMO

A questão da eficácia dos direitos fundamentais e, especificamente, da garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, previstos constitucionalmente, tem sido elemento recorrente de discussões na área jurídica. Dentro desse campo, o presente trabalho pretende responder se o reconhecimento do pluralismo político é um fator importante para a democracia e, especificamente, para o constitucionalismo brasileiro. Assim, por meio do método de revisão bibliográfica, o artigo visa a apresentar, a partir, sobretudo, das reflexões de Zagrebelsky e Haberle, quais são os fatores que desencadearam a crise de identidade do Constitucionalismo brasileiro.

Palavras-chave: Constituição. Democracia. Pluralismo.

ABSTRACT

The question of the effectiveness of fundamental rights and, specifically, the guarantee of constitutionally provided for social, economic and cultural rights has been a recurring element of discussions in the legal field. Within this field, this paper aims to answer if

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Professor assistente da Universidade Federal de Sergipe. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UFS. E-mail: carlosalbertomenezesadv@yahoo.com.br.

² Bacharel e Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe, Especialista em Ciências Penais pela Uniderp, Delegado de Polícia. E-mail: wbritojunior@gmail.com.

³ Doutoranda em Direito pela UFBA. Mestra em Ciência Jurídica pela UENP. Professora e coordenadora do curso de Direito da Universidade Tiradentes, *campus* Propriá. E-mail: samyle.adv@gmail.com.

the recognition of political pluralism is an important factor for democracy and, specifically, for Brazilian constitutionalism. Thus, through the method of bibliographic review, the article aims to present, about everything from the reflections of Zagrebelsky and Haberle, what are the factors that triggered the identity crisis of Brazilian Constitutionalism.

Keywords: Constitution. Democracy. Pluralism.

1. INTRODUÇÃO

A história constitucional do Brasil possibilitou que hoje existisse uma Constituição de carga densamente principiológica, rica na estipulação de direitos e garantias fundamentais. No entanto, a Constituição não pode e nem deve ser apenas a norma jurídica tomada em seu sentido objetivo e neutro.

Por essa razão, é importante saber se o reconhecimento do pluralismo político é um fator importante para a democracia e, especificamente, para o constitucionalismo brasileiro, neste ponto se encontrando o problema enfrentado.

Sendo assim, o presente estudo tem por objetivo apontar os fatores que desencadearam a crise de identidade do constitucionalismo brasileiro, bem como pretende: a) distinguir a história constitucional da história das constituições; b) analisar a história das constituições brasileiras e; c) discutir o pluralismo político e da sociedade dos intérpretes da constituição. Dessa forma, o desenvolvimento do trabalho obedece às especificidades das propostas descritas.

Assim, por meio do método de revisão bibliográfica, a partir das reflexões de Zagrebelsky e Haberle e de diversas obras e periódicos, o trabalho faz críticas às escolhas das prioridades públicas no que tange aos direitos sociais, suscitando que o Estado tributa demasiadamente os menos favorecidos e concede incentivos fiscais (ou imunidade tributária) às grandes fortunas. Em outras palavras, as reflexões levam a concluir que essas prioridades resultam da história constitucional.

Diante disso, ainda que reconhecendo a presença de grupos completamente vulneráveis, incapazes de guiar a própria história pelo grau severo de hipossuficiências adquiridas, o caminho para que a sociedade brasileira faça sua história constitucional segue na contínua necessidade de interpretar a Constituição,

exigindo-se do Poder Público que aloque os escassos recursos públicos nas políticas prioritárias, numa frequente reinterpretação da primazia pela dignidade humana.

2. A DISTINÇÃO ENTRE HISTÓRIA CONSTITUCIONAL E HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES

A existência de inúmeras cartas constitucionais ao longo de vários anos não significa necessariamente que se tenha rompido com as bases políticas, sociais e institucionais que caracterizaram por séculos o desenho constitucional brasileiro. Sendo assim, é possível afirmar que, diferentemente da experiência de outros países, o Brasil não experimentou uma completa revolução em sua história constitucional.

Nesse sentido, Kauffman (2011, p. 58) sustenta que a revolução, enquanto fato social conformador de uma inédita realidade, nunca aconteceu no Brasil, pois, apesar de sete momentos constitucionais bem demarcados, nenhum deles foi antecedido por movimentação política, social ou militar, com feição transformadora, alicerçada “pela participação, mesmo que parcial, do povo”.

A história constitucional é o resultado da tensão social antecedente ao surgimento da Constituição. O poder constituinte realmente revolucionário é aquele que se constrói pela vontade de uma experiência vitoriosa de um projeto de poder que prosperou em substituição ao cenário político até então vigente. Segundo Zagrebelsky (2011b, p. 32-33), a função prática da constituição consiste na extinção das forças autônomas da história constitucional e em sua redução a objetos de mecânica política objetiva, no que conclui que os constituintes aspiram à improvisação da história, a qual cede quando a Constituição passa a encarnar uma diretriz obrigatória para os atores sociais que, doravante, não mais improvisam, pois buscam recitar apenas o que já se estatuiu. Portanto, tão logo passe a Constituição a encarnar uma diretriz obrigatória para os atores sociais, o improviso constituinte cessa diante da tentativa revolucionária de captura do futuro pela manutenção do *status quo*. A Constituição erige-se, a partir daí, em “instrumento de conservação”, portanto.

Esse acontecimento histórico que leva à derrocada de um sistema anterior em prol de uma nova organização que nasce com o propósito de conservar-se indefinidamente no futuro não pressupõe necessariamente o enfrentamento pelas

armas. Por isso, Novelino (2019, p. 72), quando disserta acerca do poder constituinte, pondera que a revolução não é marcada necessariamente pela violência, mas principalmente pelo triunfo de um novo direito ou de um novo fundamento de validade do sistema estatal positivado. O fundamento de validade estatal de que fala Novelino remonta ao gérmen inicial dos pais fundadores, àquela consciência coletiva que corporifica a identidade popular.

Por isso, os países que guardam identidade constitucional genuinamente revolucionária vivenciaram crises em que o poder foi modificado, na solidificação de um constitucionalismo autêntico, algo que, a bem da verdade, pouco existiu no Brasil, onde as elites se apoiaram em diversos documentos constitucionais que, no fundo, expressaram o continuísmo de seus interesses políticos e econômicos. O imprevisto constituinte de que fala Zagrebelsky foi pouco vivenciado na nação brasileira, cujas raízes culturais são demasiadamente frágeis para formatarem uma consciência coletiva alicerçada em valores plurais originários.

Marcado nos primeiros séculos de sua existência por uma geração de mamelucos que desconhecia seus próprios pais colonizadores, o povo brasileiro fora gestado a partir de uma orfandade pátria peculiar, pois os portugueses que aqui desembarcaram visavam unicamente à expropriação de riquezas e à exploração sexual das nativas. Não havia interesse português na fixação duradoura e permanente no território colonizado, realidade que se modificou efetivamente apenas com a vinda da família real à colônia.

3. A HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

3.1. O período imperial

A História do poder constituinte brasileiro começou com a Constituição de 1824. Pouco antes, de Dom Pedro I foi exigido o retorno imediato para a Corte portuguesa, fazendo com que, atendendo aos apelos dos liberais radicais, que reuniram diversas assinaturas pedindo a permanência do monarca, o referido estadista optasse por ficar no Brasil. O fato ficou eternizado como o “Dia do Fico”. No ano seguinte, Dom Pedro I convoca uma assembleia constituinte, mas as pretensões marcadamente liberais

que ameaçavam o poder autoritário da majestade fizeram com que, em substituição àquela assembleia, fosse criado um Conselho de Estado para elaborar um novo projeto de Constituição que, em 1824, sagrou-se vitorioso com uma Carta outorgada por um autocrata.

A Constituição de 1824 foi decorrente de uma independência proclamada pelo próprio monarca colonizador. Ficou famosa por ser a mais duradoura e pela existência de um Poder Moderador que se sobrepunha aos demais, caracterizado por um intenso centralismo administrativo e político, uma ideia bem-sucedida de Benjamin Constant para resguardar a estabilidade do imperador durante o seu reinado. As eleições para o Legislativo eram, de algum modo, indiretas. Nem todos tinham acesso ao exercício do sufrágio (oportunizado apenas àqueles que detinham condições econômico-financeiras diferenciadas).

O elitismo do sufrágio encaminhou a nação brasileira para uma independência meramente formal em relação à coroa portuguesa. Não houve a ação de um efetivo poder constituinte, pois a conformação da Constituição monárquica fora gestada nos salões da realeza, portanto, com o povo excluído até mesmo do poder de participar da construção de seu próprio destino.

3.2. A República do café com leite

O nascimento da República decorreu do enfraquecimento da monarquia. Os historiadores apontam como ponto importante nesse processo de mudança de regime o sentimento de descontentamento dos militares que lutaram durante a Guerra do Paraguai, além do empenho dos liberais que propugnavam pelos ideais republicanos (AQUINO, 2009, p. 23). Em 15 de novembro de 1889, sem derramamento de sangue, o Marechal Deodoro da Fonseca proclama a república e a dinastia dos Bragança é afastada do poder. É instalado um poder provisório que aposta na formação de um estado federado, uma assembleia constituinte é eleita e uma nova Constituição é redigida por Rui Barbosa, que via na experiência norte-americana um exemplo de federalismo que deveria ser implantado às marras no Brasil, sendo promulgada em 1891.

Mais uma vez, o processo se fez sem a participação popular, permanecendo o poder nas mãos das elites que viam a saída do rei como algo normal dentro de um movimento necessário de rearranjo do poder. Iniciava-se o período da República Velha, em que os presidentes se revezavam dentro da política do café com leite, uma espécie de conchavo para que a governabilidade nunca saísse das mãos dos cafeicultores e dos pecuaristas poderosos. Era uma coalização travada entre as elites paulistas e mineiras para preservarem o acúmulo de riquezas por intermédio de um ajuste tácito (AQUINO, 2009, p. 112). A ruptura do pacto entre paulistas e mineiros deu ensejo à ascensão de Getúlio Vargas.

3.3. A Revolução de 1930 e a ascensão de Vargas

A República Velha se enfraqueceu quando o pacto entre mineiros e paulistas foi quebrado. Ferreira (1999, p. 54), ao se referir à Revolução de 1930, pontuou que as coisas não teriam mudado se Washington Luís não forçasse a sucessão em favor de Júlio Prestes, candidato de São Paulo, quando, pelo acordo até então vigente, a lógica era que Antônio Carlos fosse o sucessor, representando Minas Gerais. Barroso (2006) acresce outros fatos que desencadearam o nascimento do episódio revolucionário, a exemplo da Grande Depressão de 1929 e do advento de uma classe operária inconformada com o processo de industrialização.

Mas, a bem da verdade, tais fatos apenas catalisaram o processo, não sendo o fator determinante. O determinante mesmo foi o papel das Forças Armadas. Foram elas que, mais uma vez, intercederam, depuseram o presidente e compuseram a junta provisória que ascendeu Getúlio Vargas ao poder. O governo provisório precisou se legitimar formalmente perante uma nova Constituição, a de 1934, promulgada sem grandes abalos sociais e sem o amadurecimento popular. De acordo com Aquino (2009, p. 325), nessa época, a oligarquia paulista, buscando resgatar poderes políticos perdidos, levantou a bandeira da legalidade constitucional, no que resultou o Movimento Constitucionalista de 1932, culminando com a convocação da Assembleia Constituinte de 1933 e com o enfraquecimento do Tenentismo, no que o historiador conclui na linha de que o “domínio oligárquico sobre a Assembleia Constituinte buscou o retorno ao federalismo e ao domínio coronelístico”, realçando-se a postura do

governo federal pela inclinação aos acordos com as elites políticas regionais, em completo desprestígio aos grupos marginalizados.

Conforme anotam Marques e Miragem (2014, p. 82), na aludida época, a sociedade brasileira aprofundava sua marginalização social e econômica e o modelo político daí decorrente se baseava em alianças das elites políticas regionais, as quais se alinhavam entre si pela troca de parcelas da autonomia local. No fatídico 30 de setembro de 1937, o Exército novamente interferiu na história brasileira para a decretação de um novo golpe, que consolida Vargas no Poder, a pretexto de frear um suposto plano comunista. Iniciava a era do Estado Novo, com a Constituição de 1937, influenciada por preceitos autoritários que constituíam o perfil da ordem jurídica que prevaleceu na Europa de então.

A ideia veiculada no início era de que a nova Constituição deveria ser submetida a plebiscito nacional, fato que nunca aconteceu, já que Vargas, para além de fechar o Parlamento, dominava o Judiciário, enfraquecia o federalismo com a presença dos interventores e cassava direitos fundamentais. Mais uma vez se negava ao povo o direito de construir sua história e de assumir o poder constituinte. A participação popular em qualquer quadrante que questionasse os fins do Estado Novo era neutralizada pela censura e o parlamento não gozava nem sequer de legitimidade popular, pois os deputados eram eleitos indiretamente e o Senado foi extinto para, no lugar dele, funcionar o aberrante Conselho Federal, cujos integrantes eram representantes dos Estados-membros ou autoridades nomeadas diretamente pelo Presidente da República, consoante previa o art. 50 da Constituição Federal de 1937.

3.4. O fim da era Vargas e o contexto que culminou na ditadura militar

O governo Vargas, contudo, sofreu severas críticas de seus adversários que ecoaram na sociedade da época, vez que, embora vigente uma Constituição inspirada em preceitos autoritários, no contexto da guerra mundial que então se desenvolvia, o país se aliava ao bloco composto por Estados Unidos, Grã-Bretanha e França. A aliança no cenário bélico com nações democráticas apontava ao presidente uma contradição insolúvel, vez que subsistia no Brasil uma Carta apelidada de Polaca, redigida em torno de preceitos coadunados com o autoritarismo totalitário.

Segundo Aquino (2009, p. 451-452), diante de várias pressões, inclusive internacionais (Washington almejava usar aeroportos e o litoral brasileiro para instalação de bases militares), o presidente deveria ser deposto, não porque fosse essa a vontade popular, mas porque assim queriam os militares preocupados com o ímpeto comunista que acompanhava alguns setores e intelectuais da época e que angariava paulatinamente seguidores dispostos a mudar o cenário posto.

Declarando repúdio ao estado totalitário e ancoradas na propaganda de que era preciso redemocratizar o país, as forças armadas criaram as condições necessárias para que o General Eurico Gaspar Dutra disputasse uma eleição e chegasse ao comando do Executivo. No final de 1945, uma lei foi criada para atribuir poderes constituintes aos parlamentares que seriam eleitos um mês depois.

Alguns doutrinadores veem na promulgação da Constituição de 1946 um superávit de legitimidade do poder constituinte brasileiro, quando comparada com as demais, tendo em vista que, ao menos em tese⁴, o povo contribuíra na eleição de representantes a quem se incumbiu a criação de condições para a vigência de uma nova ordem constitucional. Mas é forçoso reconhecer que o projeto constituinte não foi desencadeado espontaneamente pelas massas, mas pelas elites que, sempre quando confrontadas, recorriam às forças armadas para retomar o projeto hegemônico de poder e dissipar os ânimos dissidentes.

Alguns anos passaram até que, em agosto de 1961, o presidente Jânio Quadros, por razões ainda hoje não suficientemente claras, renunciou à presidência. Temendo que o governo fosse assumido pelo vice-presidente, João Goulart, a quem os conservadores acusavam de associação ao comunismo – sob a vigilância constante dos norte-americanos, que, de Washington, acompanhavam os desdobramentos da política brasileira – novamente as forças armadas ficaram em alerta (GASPARI, 2014, p. 64).

Jango, como era conhecido, voltara ao Brasil sob a ameaça de não assumir, mas, atendendo às orientações de Tancredo Neves, concordou em ensaiar o regime parlamentarista no Brasil como uma estratégia de governabilidade. Ele assume o poder, mas em três meses o experimento fracassa. O povo, até então raramente

⁴ Em tese, pois os analfabetos não podiam votar.

chamado a intervir nas grandes deliberações nacionais, rejeita o parlamentarismo, fazendo com que Jango se efetivasse no comando do país.

Novamente, as forças armadas entraram em cena, destituíram o governo e executaram o Golpe Militar de 1964.

A Constituição seguinte [1967] deu a tônica da ditadura militar e sua vigência perdurou até a redemocratização do país. Tecer comentários sobre a ausência de participação popular na construção de uma identidade constitucional nesse período é desnecessário, dada a obviedade ululante, pois, nas precisas palavras de Gaspari (2014, p. 143), ao tempo em que a direita possuía forças para desmobilizar a sociedade não apresentava desenvoltura para disciplinar os quartéis, minando-se as bases do regime totalitário. Por isso, há de se avançar diretamente para a Constituição Federal de 1988.

3.5. A Constituição Federal de 1988

Há muito entusiasmo a respeito da Constituição Cidadã. Com efeito, o documento minudencia preceitos em inúmeros dispositivos e prima pelo estabelecimento de direitos e garantias fundamentais que reavivaram a esperança em dias melhores.

De qualquer modo, a despeito das virtudes da Lei Fundamental vigente, o processo constituinte que a antecedeu foi gestado, de algum modo, dentro do próprio regime militar. E isso é importante compreender quando se pensa na difícil tarefa de conferir às suas regras à efetividade tão propalada.

Havia movimentos populares exigindo a redemocratização, mas o motor constituinte enveredou pela estratégia da sutil transição. A um militar foi entregue o encargo de deflagrar o processo de redemocratização. João Figueiredo então articulou para uma mudança sem sobressaltos.

A respeito da transição democrática gradual, Kaufmann (2011, p. 59-60) pontua que “o regime autoritário militar foi superado aos poucos, dentro de um processo lento de transição e de abertura política”, não se rompendo completamente com as bases do regime cuja derrocada abrupta e totalizante muitos setores exigiam. O que se viu nesse processo foi o mesmo órgão funcionando concomitantemente como poder

constituído, no que toca à Constituição de 1967/1969, e como Poder Constituinte, no que atine à Constituição de 1988.

Nessa mudança, o povo, que clamava pelas eleições diretas nas ruas do país, apareceu como coadjuvante na transmutação dos rumos nacionais e uma comissão de notáveis foi escolhida pelo então presidente José Sarney para elaborar o texto constitucional atualmente em vigor, aparando as arestas da insatisfação popular rumo a um regime negociado por setores que se adaptaram a algumas exigências do presente sem se desvincularem dos hábitos elitistas profundamente arraigados no passado.

Ao tratar da Comissão Afonso Arinos, Pilatti (2008, p. 21) registra que “o caráter congressional da futura Constituinte e a criação da Comissão Afonso Arinos foram questionados pelas esquerdas e por entidades civis e religiosas”, além de experimentar resistência de setores progressistas.

3.5. Fecho da história constitucional brasileira

A exposição até agora exposta sintetiza que os brasileiros migraram de constituições ao sabor das conveniências dos setores hegemônicos da sociedade, cujas bases de controle político se mantêm inalteráveis desde os primórdios.

Enfatiza Zagrebelsky (2011b, p. 36) que há no poder constituinte uma pretensão de limitar a história num reducionismo paralisante, com a perspectiva de confinamento do futuro no presente, predeterminando-se problemas e planejando-se soluções, numa incontida aceleração forçada dos eventos rumo a uma imediata detenção do desenrolar histórico. Para o jurista italiano, a história constitucional é mudança, é contingência política, acumulação da experiência do passado no presente, com a imprevisibilidade de problemas e espontaneidade de soluções. Já o poder constituinte, é fixação dos valores políticos, um puro dever-ser que reduz o futuro ao presente, numa aceleração artificial dos acontecimentos em vistas a uma detenção abrupta das modificações.

Nenhum desses elementos que distinguem a história constituinte do poder constituinte foi visualizado de maneira categórica nos movimentos constituintes existentes no Brasil. Nenhum dos projetos políticos que se sucederam em nossa

nação teve um efeito histórico paralisante, pois as constituições advieram da necessidade formal de fixar documentos simbolizantes da continuidade de um poder elitista, com ranço colonialista, desapegado das classes menos favorecidas (que não intervinham na tomada das decisões relevantes), escamoteando os grandes interesses nacionais, conquanto se imponha realçar os méritos da Constituição Cidadã naqueles pontos que fugiram a essa lógica.

Esse desenho político, desde o seu nascedouro, nunca sofreu solução de continuidade, a ponto de se ansiar realmente pela detenção do movimento histórico. A análise da nossa história revela que as constituições surgiam sempre como estratégias eficientes na readequação das estruturas de poder, para quem a mudança sempre era vista com reservas. Não havia efeito paralisante no poder constituinte brasileiro, pois a força política das elites não era ameaçada de forma preocupante por outros setores. Não havia por que temer que os fatos seguissem seu curso normal, com a apropriação crescente da riqueza nas mãos de poucos e o empobrecimento catastrófico das camadas que ficaram à mercê dos mais elementares direitos e garantias constitucionais, muitos deles enunciados em meras folhas de papel, mas destituídos de efetividade. O que importou, ao longo da experiência brasileira, foi problematizar a maneira como distribuir o poder entre as classes dirigentes, de tal modo que o povo pouco interferisse no desenrolar dos eventos constituintes.

As cartas constitucionais brasileiras davam uma nova roupagem aos interesses das elites, sem que houvesse realmente o intento da ruptura brusca com o passado, pois o poder constituinte à brasileira sempre prestigiou o pretérito, sempre se propondo a perpetuar as origens excludentes de uma nação profundamente desigual e sectária, ainda que recebendo os influxos positivos da Carta Cidadã na enunciação de direitos e garantias fundamentais passíveis de contemplar a voz que ecoava das ruas.

4. DO PLURALISMO POLÍTICO E DA SOCIEDADE DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

4.1. Os direitos fundamentais: entre aplicabilidade, eficácia e mínimo existencial

A deformidade do processo constituinte brasileiro consagrou, no final das contas, e contra a lógica de tudo o que se imaginava, uma Constituição prodigiosa na enunciação dos direitos humanos e da proteção das liberdades. Buscando apaziguar interesses e ideologias conflitantes, o referido documento conferiu às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, consoante dicção do artigo 5º, § 1º. E hoje, algumas décadas depois, um dos temas que mais aflige os constitucionalistas é o fracasso na realização desses enunciados, mormente no que diz respeito às prestações de cunho positivo, como as relacionadas à saúde, à educação e à segurança.

A propósito, quando o tema diz com eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet (2018, p. 294) distingue os direitos subjetivos de conteúdo negativo (direitos de defesa e de liberdade) dos direitos prestacionais (ou sociais). Segundo Sarlet, mesmo para a efetivação dos direitos de conteúdo negativo há gastos decorrentes da manutenção das instituições políticas e judiciais garantidoras delas. Daí entende que a distinção primordial deva se pautar na necessidade de que os direitos sociais geralmente possuem de reclamarem por gastos adicionais, decorrentes da alocação de novos recursos e de receitas arrecadatórias do Estado. Outros pensadores, de que é exemplo Silva (2014, p. 56), veem como problemática a tese da propalada aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, para sustentar uma distinção entre eficácia (capacidade em tese de gerar efeitos) e aplicabilidade (efetiva conexão da norma com os fatos do caso concreto), atentando para a necessidade de se conferir à Constituição um sentido coadunado com a realidade prática, e não apenas com o mundo teórico das pretensões almejadas e perseguidas – às vezes romanticamente – pela crença maximizada de que as normas constitucionais tudo alcançam ou podem alcançar.

O fato é que, apesar de sua minudência na estipulação de direitos fundamentais e da sua proclamação de aplicabilidade imediata, a sociedade brasileira permanece desigual, sectária e elitista. Os direitos fundamentais ainda hoje constituem privilégios das classes abastadas, pois a maioria da população padece na miséria, na doença e na insegurança.

4.2. A tese da reserva do possível enquanto um problema de eleição de prioridades

Dir-se-á, como aliás é recorrente pontuar, que a ineficácia constitucional decorre da ausência de dinheiro para que o Estado implemente as políticas públicas, a chamada tese da reserva do possível. No entanto, é importante ressaltar que a implementação de qualquer direito dependerá de recursos públicos, pois, até mesmo para garantir os direitos negativos, o Estado precisará aparelhar os órgãos públicos responsáveis por efetivá-los.

Mas é no plano dos direitos sociais que o tema ganha maior relevância, pois, segundo Sarlet (2018, p. 296), a necessidade de alocação de recursos para a implementação dos direitos sociais leva ao estudo da reserva do possível, que constitui espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, garantia da salvaguarda do núcleo essencial dos outros direitos fundamentais, exigindo-se um equacionamento adequado e proporcional dos recursos na perspectiva da máxima efetividade constitucional.

Contudo, o argumento de que o orçamento é pífito para conferir aos cidadãos o mundo mágico disposto na Constituição oculta a circunstância de ser o Estado o órgão responsável pela execução de suas próprias prioridades políticas. O que se quer dizer é que a maneira como se gasta o dinheiro se explica pelo desenho estrutural dos grupos que concentram em suas mãos o prestígio político. Em outras palavras, quando o Estado tributa demasiadamente um setor menos favorecido e concede incentivos fiscais (ou imunidade tributária) às grandes fortunas, está fazendo uma opção na escolha das prioridades.

Do mesmo modo, quando o governante investe em suntuosas obras públicas enquanto menospreza a deficiente realidade das escolas públicas ou, ainda, quando

o governador aumenta a quantidade de cargos comissionados em detrimento do investimento em saneamento básico nas comunidades desfavorecidas, também prestigia uma opção. E tudo no governo segue essa lógica. E a lógica não é aleatória, serve a um plano de manutenção de poder calcado na pretensão da permanência no governo e na consolidação dos interesses de grupos específicos em torno dos quais todo o aparato social funciona. É o legado a ser pago pela apatia do processo constituinte acumulada através dos séculos.

A escolha das prioridades públicas é, portanto, resultado da história constitucional. Quando os setores mais carentes não participam do processo constituinte é natural que sejam esquecidos pelo poder público. A título exemplificativo, especificamente no que concerne à escolha de prioridades levada a cabo pela agenda governamental, Streck (2017, p. 126) nos lembra o teor da PEC 55, confabulada para acabar com a vinculação orçamentária nas áreas da saúde e educação, limitando despesas primárias por vinte anos, para daí realçar que, ao invés de implodir o Estado Social previsto no texto constitucional, o que efetivamente se deveria fazer era enfrentar os privilégios que grassam na estrutura do poder estatal.

Daí se vê que o poder trabalha pela manutenção dos segmentos que efetivamente o mantêm, determinando o curso da história.

4.3. O pluralismo participativo: um difícil e necessário caminho

Só há uma conclusão: se o povo é alijado do processo constituinte é natural que também o seja na escolha das prioridades orçamentárias, mesmo que formalmente a carta política lhe conceda o melhor dos mundos, mormente porque ainda se ressentem da adoção, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, daquilo que Ferrajoli (2010, p. 29-30) chama de técnicas apropriadas de garantia, ao registrar que a desatenção por parte do Estado da concessão de direitos sociais não é confrontada com técnicas de invalidação jurisdicional análogas às previstas para as violações dos direitos liberais de propriedade e liberdade.

Não é por outra razão que Ferrajoli (2010, p. 54-55) assenta a evolução do constitucionalismo sob a perspectiva da progressiva ampliação da esfera pública dos direitos fundamentais, demonstrando que, ao longo dos tempos, as rupturas

institucionais foram a causa catalisadora da proteção dos direitos fundamentais, mormente em favor dos mais fracos.

Por isso, Zagrebelsky (2011b, p. 88-91) vê o pluralismo como o caminho para que a Constituição seja constantemente adaptada segundo as necessidades atuais, incumbindo aos cidadãos a permanente atuação questionadora sobre a aplicação e interpretação dos preceitos magnos, a fim de que o processo de construção constitucional não fica a cargo dos grupos de pressão sobre os quais convergem os grandes interesses políticos. Sendo assim, Sarlet (2018, p. 296) pontua que a escassez de recursos deve ser enfrentada através do controle democrático da administração pública (gestão democrática do orçamento público) e controle judicial da Administração Pública, particularmente através dos princípios da moralidade e da eficiência administrativa.

Essa necessidade de continuamente reinventar o alcance das normas constitucionais levou Peter Haberle a teorizar sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Para Haberle (2003, p.34), a reflexão sobre a obra constituinte deve ser realizada por todos os atores sociais. Ele rompe com a ideia de que a interpretação constitucional esteja restrita ao Poder Judiciário ou a órgãos meramente estatais.

Nessas veredas, convém sinalizar que o déficit de legitimidade do nosso poder constituinte implica reconhecer a necessidade de que os atores sociais constantemente participem do processo de mutação constitucional, pois, ainda segundo Haberle (2003, p. 35) o constituinte deve ser compreendido como o “elemento precursor da interpretação constitucional”, cabendo ao cidadão reinterpretar a lógica do poder para nele se inserir e mudar o curso de sua trajetória existencial.

Por isso, a necessidade de que a sociedade brasileira sempre dialogue com a norma constitucional, tendo sempre em conta que os direitos fundamentais consagrados conclamam pela participação das gerações seguintes em sua proteção, determinando-lhe a efetividade e o alcance.

4.4. O amplo debate público de ideias e a democracia substancial dos intérpretes constitucionais

Nos últimos anos, assistiu-se a uma crescente participação popular no debate das grandes questões que abalam a convivência social brasileira. Na sociedade da era virtual, o acesso às redes sociais se afigura como um dos mecanismos mais eficazes para que a sociedade acompanhe a maneira como o gestor gasta o dinheiro público, quais são seus reais interesses, a quem serve a tributação excessiva, que políticas foram eleitas como prevalentes.

E a partir daí é possível falar-se no pluralismo, não se olvidando, contudo, de que, ainda assim, haverá uma massa de vulneráveis desprovida de qualquer capacidade para interferir na mudança social, seres humanos invisíveis aos olhos da sociedade e do Estado, relegados ao mais completo esquecimento, para quem o conceito de Constituição e democracia são ininteligíveis, dada sua preordenada incapacidade de interação. Para Mouffe (2003, p.24-26) é preciso lutar por “uma ordem mundial pluralista, onde um grande número de unidades regionais coexista, com suas culturas e valores diferentes”, de modo que haja uma pluralidade de compreensões dos “direitos humanos”. No mesmo sentido, Sarmiento (2006, p. 11-12) explica que, para haver democracia, as pessoas precisam de condições para expor e debater suas ideias e projetos, num ambiente de deliberação onde todos sejam tratados como livres e iguais. Portanto, uma democracia com "ausência de procedimentos e de garantias" pode ser considerada uma democracia totalitária.

A dignidade humana está no epicentro da interpretação constitucional e de todas as discussões sobre democracia substancial, pois é um dos fundamentos da república, sendo imperativa a preocupação do gestor em garantir, antes de executar qualquer plano de poder, o mínimo existencial, pressuposto para que qualquer sociedade assuma um aceitável patamar civilizatório e possa, a partir de então, apostar num futuro digno enquanto nação que almeja o desenvolvimento econômico e o respeito da comunidade internacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto constituinte brasileiro, em sua função genuína de alterar as forças políticas de poder, fracassou ao longo dos séculos, pois seguiu o curso dos interesses das elites, alijando as camadas desfavorecidas da tomada das decisões relevantes. Foi um poder constituinte que pouco se constituiu, remodelando-se num movimento de renovação constante de um passado colonial, elitista e sectário.

No início do século XIX [1824], o Brasil não vivenciou o mito do poder constituinte revolucionário, mas a realidade do poder constituído que Portugal nos legou. Do final do século XIX até todo o período do século XX, foram anos de golpes de estado e de intervenções militares que em muito pouco alteraram a rotina do povo brasileiro, não raras vezes manobrado pelos interesses elitistas do capital conservador e da política do coronelismo.

Mas a história constitucional, ainda assim, por caminhos transversos, presenteou o brasileiro com uma Constituição de carga densamente principiológica, rica na estipulação de direitos e garantias fundamentais, que congrega preceitos alvissareiros na programação de uma sociedade justa e fraterna.

O passado nos serve apenas como uma lição para a execução de um futuro melhor. O projeto constituinte que dia existiu ficou no pretérito e a geração dos que colheram o legado da ditadura e dos golpes silenciosos proclamados nos porões dos palácios é diuturnamente chamada a reinterpretar a constituição e a participar do processo político de inclusão social, rumo a uma sociedade que evolua na efetividade dos direitos fundamentais e se desgarre das origens colonialistas de concentração de riquezas e de exclusão social. Tudo converge para o entendimento de que as políticas prioritárias respondem ao apelo daqueles que se inserem no jogo político e expõem suas pretensões malogradas. É necessário viver diuturnamente o processo constituinte para superar séculos de abandono do poder público para com a imensa maioria do povo brasileiro.

Com Zagrebelsky (2011b, p. 87) fica a lição de que o projeto político-social estabelecido deve ceder lugar a um constitucionalismo interessado em encontrar “respostas que possam ser compartilhadas entre os questionadores para os casos

difíceis da vida constitucional”, dado que a realidade vivida determina o alcance da Constituição.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubim Santos Leão et al. **Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

GASPARI, Elio. **As ilusões armadas: a ditadura envergonhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 2003.

KAUFMANN, Rodrigo. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima & MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª ed.: revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOUFFE, Chantal. **Democracia, cidadania e a questão do pluralismo**. In: Política & Sociedade, Florianópolis, v. 1, n.3, p. 11-26, out. 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed.: revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. Tradução de Monica Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011a.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y Constitución**. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2011b.