

INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO*

JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES

Professor da EMERJ, da Faculdade Estácio de Sá e da PUC. Membro do Ministério Público da União

O tema que terei a honra de tratar, hoje, diz respeito ao magistrado como um dos intérpretes da Constituição. Evidentemente que em um seminário, o tempo é demarcado e, por essa razão, pretendo fazer apenas algumas observações e trazer algumas reflexões, um vez que em todo e qualquer seminário me vem à mente uma frase que li em um livro de Filosofia do Direito no qual, em determinado momento, o autor menciona: “algumas reflexões e observações valem mais, pelas indagações que elas deixam, do que pelas conclusões que, eventualmente, alguém venha tirar ou defender”.

A minha idéia, de fato, é instigar, trazer questões para debates, enfim, contribuir de alguma maneira para reflexão que todos nós, operadores do Direito, devemos constantemente fazer.

Pois bem, para refletir sobre a função do magistrado, principalmente enxergá-lo como um intérprete da Constituição, devemos iniciar por um pensamento oriundo da obra kelseniana. Hans Kelsen, em determinado trabalho, afirmou que não se aplica uma norma jurídica, o que se aplica é a interpretação que se confere à norma jurídica. Na verdade, essa me parece uma idéia difícil de contestar, uma vez que a norma jurídica não tem um único sentido que possa ser objetivado, descoberto. Ela é passível de interpretação e, diria eu, de interpretações. Principalmente se encararmos o Direito como um sistema onde valores e princípios também devem ser considerados.

Essa observação de Hans Kelsen nos faz pensar no magistrado como alguém que se coloca primeiro perante a ordem jurídica. Identifica uma norma que conhece e sabe que, para aplicá-la, deve, antes, buscar um sentido, um significado para essa norma. E, quando o magistrado está diante dessa situação, muito típica das suas funções, me vem à mente uma outra frase, já de um autor nacional, Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. Quando

* Exposição realizada em 29.06.01, na EMERJ, no seminário “Direito Constitucional”.

ele elaborou o prólogo aos comentários da **Constituição do Brasil**, de 1946, se valeu de uma frase que, até certo ponto, não é muito mencionada, mas que acho muito significativa, não só para o magistrado, como para qualquer operador do direito.

Em determinado momento, Pontes de Miranda afirma: “com antipatia não se interpreta, ataca-se.” Acho que essa é uma frase muito importante para todos nós. De fato, com antipatia não se interpreta nada mas, sim, ataca-se. Evidentemente que a questão da antipatia aqui, está colocada num sentido metafórico, na verdade, Pontes de Miranda certamente se referia a uma eventual má vontade, ou descrédito com a norma. Posturas que não podem ser adotadas. A primeira posição do magistrado deve ser: ter simpatia pela norma. O que eu quero dizer com isso? Ter uma preocupação de tentar extrair da norma o que há de melhor possível, o que há de mais benéfico.

Então essa é uma primeira observação: a questão do magistrado, como um dos intérpretes da Constituição, passa por esta perspectiva. A posição que o magistrado deve adotar perante a Constituição deve ser uma posição simpática, isto é, de benevolência, de preocupação com ela. A cada decisão interlocutória, a cada sentença, deve-se levar em consideração que princípios constitucionais devem ser tomados em conta, assim como valores constitucionais. Eu considero que essa postura de simpatia perante a Constituição é extremamente importante porque hoje, penso eu, o que se espera da magistratura, dentre outras coisas, é a efetividade da Constituição. O que se espera é que a nossa Constituição ultrapasse o plano normativo e realmente seja vivenciada, perceptível aos olhos daqueles que compõem a nossa sociedade.

Essa noção de efetividade não diz respeito aos efeitos jurídicos que uma norma pode ter em função da interpretação que seja conferida. Quando eu falo de efetividade, falo de realização do preceito na prática, de uma norma que, de fato, saia do plano normativo e seja aplicada, de modo que se perceba que o ordenamento jurídico produziu resultados desejados, interessantes, ao menos satisfatórios para a sociedade.

Na verdade, considero que essa efetividade é fundamental, uma vez que um dos grandes problemas do Brasil, na nossa história constitucional, tem sido a falta de efetividade. O que nós muitas vezes percebemos é que a nossa Constituição existe, tem validade, as normas que ali estão conferem

direitos, criam deveres, isto é, existe uma eficácia jurídica, mas fica faltando a eficácia social.

O que o professor Miguel Reale chama de eficácia social, eu prefiro chamar de efetividade, até para distinguir mais, só que, evidentemente, essa é uma questão de mera nomenclatura. É fundamental se ter uma preocupação com a efetividade da norma, fazer com que a Constituição, de fato, seja vivenciada por todos os que compõem a coletividade.

Qual será o oposto da efetividade que, muitas vezes, nós aqui no Brasil sentimos? Primeiro: temos normas em nossa Constituição que, a meu ver, permanecem sem efetividade. Normas que não conseguem ultrapassar o plano normativo. Alguns exemplos de normas não efetivas eu posso citar. Começaria por um dos casos que reputo dos mais graves, o artigo 196 da nossa Constituição, o qual prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Creio que essa norma está nitidamente definindo um direito subjetivo, de caráter social, em favor de todo e qualquer indivíduo e impondo um dever em contraposição. No caso, um dever que se impõe ao Estado.

No entanto, quando olhamos a nossa realidade, o contexto social do Brasil, o que se percebe é que essa norma ainda não é vivenciada e que a saúde ainda é um direito distante de grande parte daqueles que compõem a nossa sociedade. Enfim, esse seria um primeiro exemplo de norma não efetiva, porque a nossa sociedade não parece ainda ter meios para suprir essa imposição constitucional.

Mas a inefetividade também pode vir por outros caminhos. Às vezes, decorre não de um problema de realização concreta mas, sim, da própria interpretação que se dá à norma jurídica. Um exemplo nessa linha: sabemos que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho possuem uma posição quanto ao direito de greve por parte dos servidores públicos civis. De fato, o artigo 9º de nossa Constituição insere o direito de greve, como um dos direitos fundamentais. Já o artigo 37, VII, prevê que uma lei específica irá tratar do direito de greve quando for realizada por servidores públicos civis.

Pois bem, sabemos que, até hoje, essa lei específica para os servidores públicos civis não foi ainda elaborada e continua um vácuo no nosso ordenamento jurídico. Na falta dessa lei, a posição, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Tribunal Superior do Trabalho, tem sido, via de regra, no seguinte sentido: na falta da lei, a greve, simplesmente, não pode ser deflagrada por parte dos servidores públicos civis.

Percebam que aqui a norma também acaba sendo inefetiva; não por uma impossibilidade de realização material, não por dificuldades econômicas, não por falta de estrutura. Mas decorre da própria interpretação que se dá à norma. Conforme veremos mais adiante, o que vou questionar aqui é se essa seria a única interpretação possível, se seria a única maneira de enfrentar a questão.

Vejam o que procuro demonstrar, fazendo aqui um rápido apanhado: nós devemos ter uma postura simpática perante a Constituição, como dizia Pontes de Miranda. Devemos tentar tirar dela o que ela realmente tem de proveitoso, em função dos princípios que lá se encontram e dos valores nos quais ela se funda. E devemos ter essa postura simpática, porque é a maneira de realizar a Constituição, na prática.

Na seqüência, evidentemente, vamos inserir o magistrado com o papel que possui em um importante tema como esse. Mas essa realização da Constituição é fundamental para dar a efetividade que a Lei Maior merece. Nós ainda temos vários momentos de inefetividade. Aqui, mencionei dois: a inefetividade do artigo 196, uma vez que ainda não há saúde para todos os brasileiros; e a inefetividade do direito de greve para o servidor público civil. De fato, essa é uma norma que, tal como interpretada, não produz na sociedade os benefícios que ela deveria produzir.

Agora, além da inefetividade, existe um outro fenômeno muito similar que nós também devemos considerar: o que eu chamo de efetividade precária. Às vezes, a norma tem alguma realização, mas que é precária demais para os princípios que a Constituição contém e os anseios que ela cria. Qual seria um exemplo muito bom de efetividade precária, de uma má realização da Constituição? Nesse assunto, eu não vejo exemplo melhor, principalmente nos últimos sete anos, do que o artigo 62 da Constituição Federal.

Tal artigo preceitua que, em caso de relevância e urgência, compete ao Presidente da República editar medida provisória. Essa norma tem tido efetividade, não se pode negar isso, haja vista o número de medidas provisórias que são editadas. Dizer que esse artigo está esquecido, ou inaplicado, é ledô engano. Trata-se de um dos artigos que mais se aplica. Aliás, se aplica diariamente. Não há brasileiro, por mais leigo que seja, que não saiba o que é uma medida provisória. Então, a norma tem uma efetividade, mas precária, porque se tem considerado que o Presidente, como Chefe de Governo, é o único juiz sobre a relevância e a urgência para legitimar a medida provisória que irá editar.

Na verdade, o que hoje me parece, é que o Presidente pode editar medida provisória sempre que quiser. Pelo menos tem sido assim nos últimos anos da nossa história. Claro que hoje nos aproximamos, provavelmente, de uma mudança nisso, em função da reação que já se manifestou sobre o assunto.

Mas, de qualquer maneira, será que a intenção do nosso constituinte era que o Presidente da República pudesse editar medida provisória sempre que sentisse tal necessidade? Relevante e urgente toda lei, em certa medida, é. Não conheço, na história mundial, uma lei que tenha a seguinte exposição de motivos: “considerando que isso é irrelevante; e, considerando que não é urgente”; edita-se a seguinte lei. Isso nunca existiu. Toda lei, em certa medida, é relevante e vem para atender a um anseio social. E se é uma necessidade social, tem uma dose de urgência. Toda lei é elaborada por questões relevantes que fizeram com que fosse necessária a sua elaboração para atender a alguma necessidade que, em última instância, é também dotada de alguma urgência.

Ora, me parece que a relevância e a urgência legitimadoras da medida provisória deveriam ser qualificadas. Deveria ser uma relevância acima da normal que toda lei tem e uma urgência acima da normal que toda lei merece. Se se partir para uma interpretação como essa, as medidas provisórias seriam menos freqüentes e, desta maneira, esse instrumento passaria a ser de exceção, como sempre deveria ter sido. Nós teríamos não uma efetividade precária, mas sim uma efetividade tal como os valores e princípios constitucionais recomendam.

Enfim, o mal do Brasil não é apenas a inefetividade de alguns preceitos, mas também a efetividade precária de outros.

Quando a nossa Constituição foi elaborada, uma das preocupações que se tinha era evitar que os preceitos constitucionais não fossem regulamentados. Procurou-se de alguma maneira viabilizar que todo preceito constitucional tivesse algum meio de concretização e, nessa esperança, foi instituída a figura do mandado de injunção, do artigo 5º, LXXI, da Constituição de 88: “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

O mandado de injunção é um remédio voltado para permitir que se exerça um direito, mesmo enquanto falta a sua regulamentação por ato do

legislador infraconstitucional. No entanto, será que a norma do mandado de injunção trouxe a efetividade que se desejava? Apesar de o tema ser polêmico e dos defensores de tese em contrário, considero que a posição que, de regra, prevalece não é a melhor.

Considera-se que, quando alguém impetra mandado de injunção, o órgão jurisdicional, concedida a medida, daria ciência à autoridade omissa para que suprisse a omissão. Essa tese é a que o professor Alexandre de Moraes chama de tese ou teoria não concretista. Diz que o mandado de injunção seria um remédio para provocar uma instância competente, de modo que regulamentasse o direito dado pela Constituição, e aí sim, o direito se tornaria exercitável.

Na minha opinião, o mandado de injunção poderia ter uma outra interpretação. Quando se concede a injunção, melhor seria que a decisão judicial viesse para regulamentar o exercício do direito, no caso concreto, para o impetrante. Porque aí estaria dando efetividade ao mandado de injunção, e demonstrando a sua utilidade.

Só para exemplificar, vamos supor que o artigo 7º, XI, da Constituição de 88, ou seja, o direito dos trabalhadores à participação nos lucros, não estivesse ainda regulamentado por lei, assim, seria possível que determinado empregado impetrasse mandado de injunção e, concedida a injunção, a decisão judicial regulamentaria para o impetrante o direito à participação nos lucros perante o seu empregador. Desta forma, dar-se-ia efetividade ao preceito constitucional.

Parece-me que fazer com que o julgamento da injunção implique apenas uma comunicação a um ente competente para que ele supra a omissão, é dar efetividade precária ao mandado de injunção. Porque acaba sendo um remédio de muito pouca utilidade quando, na verdade, os remédios constitucionais, pela vocação que têm de utilidade, devem produzir resultados não só efetivos como, principalmente, rápidos.

Enfim, se por um lado temos que buscar efetividade, por outro temos que saber que, quando a buscamos, o que nós combatemos é a inefetividade de algumas normas e a efetividade precária de outras. E aqui, quando volto ao magistrado, eu penso que ele, no ato de julgar, deve levar em conta um postulado, que é o da máxima efetividade ou da maior efetividade. Diante do caso concreto, o magistrado, ao prolatar sua sentença, ou lavrar o acórdão, enfim, na função jurisdicional, deve ter muita atenção para evitar a inefetividade ou a efetividade precária. Deve haver uma preocupação, eu diria,

constante, interminável, de fazer com que a Constituição seja aplicada; fazer com que, de fato, ela seja vivenciada.

E, nesse assunto, acho importante destacar um outro ponto: aplicar a Constituição não é apenas aplicar os seus preceitos que lá encontramos, mas, fundamentalmente, levar em conta que eles, vistos sistematicamente, mostram que a nossa Constituição consagra implícita ou explicitamente alguns princípios. A nossa Carta Magna se fundamenta em determinados valores que não podem jamais ser desconsiderados.

A nossa Constituição se fundamenta em dois valores que, evidentemente, devem ser equilibrados. De um lado, a idéia de segurança; e do outro, a idéia de justiça.

Aliás, lembro-me das aulas do professor Ricardo Lobo Torres, nos meus tempos de UERJ, nas quais ele fez uma reflexão que achei perfeita. Comentou que cada instituto do Direito, se analisarmos bem, o vinculamos mais ao valor da segurança, ou mais ao valor da justiça. De fato, a prescrição extintiva é um instituto do Direito intimamente ligado ao valor segurança. Passado algum tempo, aquela situação se estabiliza, prescreve. De outro lado, a idéia da repetição de indébito está intimamente ligada à idéia de justiça, pois não se pode tolerar um pagamento que não tenha causa. Enfim, esse é um primeiro ponto: alguns valores são fundamentais na interpretação da Constituição. Tanto o valor da segurança quanto o valor da justiça.

E, alguns princípios também devem ser considerados. O primeiro deles é o da razoabilidade. O que é a idéia de razoabilidade? É a noção de que os meios que o legislador adota, que o julgador adota, ou que o administrador venha a adotar na sua função, devem ser adequados com os fins que se objetiva alcançar. O agir razoável é um agir por meios adequados, em função do que se pretende. Esse princípio é fonte muito rica para o Direito Constitucional, haja vista os trabalhos já elaborados a respeito. Acho que a razoabilidade nem sempre é levada em conta.

Um caso recente do Supremo Tribunal Federal me chama muito a atenção. Não sei se vocês estão a par, mas o caso é, no mínimo, curioso. Diz respeito a uma lei estadual do Mato Grosso do Sul, que fixa uma estatura mínima para os Delegados de Polícia, que é de 1:60m (um metro e sessenta centímetros). Temos um preceito legal vigente em um dos Estados que compõem a nossa federação. Pois bem, recentemente, um baixinho, creio eu, pretendeu se inscrever no concurso para Delegado de Polícia. Compareceu

ao local competente e postulou sua inscrição. Acabou não podendo seguir no certame em função de sua altura. E, conseqüentemente, impetrou mandado de segurança. Será que essa lei é razoável? No meu modo de ver, não.

Se nós formos às atribuições funcionais de um Delegado de Polícia, qual seria a atribuição básica dele? Presidir o inquérito policial. Ora, se a atribuição dele é de presidência de inquérito, determinação de diligências, atendimento de requisições do Ministério Público, se a atribuição dele é uma atribuição de gabinete, ainda que ele possa avançar nisso e até deva fazê-lo, o fato é o seguinte: será que a altura vai importar para o desempenho dessa função? Parece-me que de modo algum. Parece que essa lei não era razoável, porque se você quer escolher bem indivíduos para o desempenho de uma função, deve só levar em conta o que é relevante para a função que vai ser exercida. E, a altura não me parece um fator determinante para a qualidade de um Delegado de Polícia.

O Supremo Tribunal Federal, através de sua Primeira Turma, por maioria, denegou a segurança. Nesse caso específico, eu concordo com o Ministro Marco Aurélio, que foi vencido, e, em seu voto, fez uma colocação que acho perfeita: “o Delegado de Polícia não tem que ter um porte intimidador”. Ele deve conhecer as atribuições próprias da função e apenas isso. Aliás, uma pessoa com 1:61m dificilmente terá porte intimidador. Enfim, na verdade, considero que esta decisão foge a uma idéia que me é muito clara: a idéia de razoabilidade. O legislador quando fixou esse critério, não escolheu um critério que seja necessário, útil. Era um critério que deveria ser expurgado, via mandado de segurança.

Não se pode dizer que temos aqui jurisprudência do STF. Faço referência a um só caso, a um Recurso Extraordinário apreciado por uma das Turmas. Espero eu que, em outros casos, a decisão venha a ser outra. Mas, enfim, vejam, buscar, conhecer a Constituição e levar em conta o que nela se encontra, não é apenas levar em conta os preceitos lá escritos, mas levar em conta os princípios, como o da razoabilidade.

Outro princípio que reputo fundamental é o da moralidade administrativa, que serve para bem compreender a nossa administração pública, ou seja, o administrador público não deve apenas cumprir a lei, mas sim cumpri-la da melhor forma possível.

Outro princípio, é o da legalidade, a idéia de que somos livres e nossas restrições quanto a fazer ou não fazer só se encontram previstas em leis.

Eu fico, às vezes, um pouco entristecido, quando abro um livro de Direito Constitucional e o autor menciona a existência de princípios implícitos na Constituição, mas o livro acaba não explorando o tema como seria necessário. Muitas obras se limitam a sinalizar a existência do princípio implícito da razoabilidade e da proporcionalidade.

Mas, a bem da verdade, se explorarmos melhor a Constituição, e essa é uma função do magistrado, encontraremos outros princípios implícitos. Um princípio pouco mencionado é o princípio do mínimo existencial. O artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso IV, diz que o trabalhador receberá, no mínimo, um salário mínimo. Por outro lado, o artigo 201 da Constituição Federal preceitua que um aposentado ou pensionista receberá, no mínimo, um salário mínimo. Mais ainda, a saúde e a educação são direitos de todos.

Fica muito claro, analisando a Constituição, que algumas garantias mínimas são conferidas a todos. Existe uma preocupação em fazer valer, na nossa Constituição, a idéia de mínimo existencial; a noção de que, por mais que a nossa Constituição tolere diferenças, ela não tolera que alguém possa viver abaixo daquelas condições mínimas. Porque viver abaixo delas, é viver na miséria, e isso o Estado Democrático de Direito não pode permitir.

O que desejo demonstrar é que ter simpatia pela Constituição é ter preocupação com valores e princípios constitucionais. É levar sempre em conta que existe muito a ser explorado no texto da Constituição para, a partir disso, desenvolver interpretações mais ricas, que venham até a aprimorar a nossa legislação.

Eu costumo dizer que um dos papéis mais importantes que a jurisprudência pode ter é ser um mecanismo de aperfeiçoamento das leis. Pela história, não só do Brasil como de vários países, leis que um belo dia surgem foram, primeiramente, decisões judiciais que, na falta de uma lei, deram uma solução ao caso concreto analisado. E tal decisão, por se mostrar adequada, acabou ganhando uma eficácia *erga omnes* quando passou a constar na lei que veio a ser elaborada.

Acho que o magistrado deve saber que, ao levar em conta princípios constitucionais e valores, proferindo decisões pautadas neles, se está abrindo caminho para leis que virão, com base nestas decisões, e, por via transversa, com base em valores e princípios constitucionais. Acho que o Judiciário tem um papel que muitas vezes não é muito visível, que é o de dar, através da jurisprudência, o caminho para o aperfeiçoamento das leis.

E, quando eu falo em aperfeiçoamento das leis, é elaborá-las compatíveis com princípios e valores constitucionais.

Enfim, já comentei sobre a não-efetividade e falei sobre buscar efetividade. Buscá-la à luz desses princípios e valores. E, aqui, a tarefa do magistrado parece árdua porque ele vai se defrontar com todo o tipo de dificuldade, de obstáculo, dos mais práticos aos mais complexos. Entretanto, existe uma obra que todo magistrado deve levar em conta, denominada “A Força Normativa da Constituição”, do professor Konrad Hesse.

Para falar neste constitucionalista, tenho que falar em um mais antigo que foi Ferdinand Lassalle, que, apesar do nome, era alemão. Lassalle, em 16 de abril de 1862, proferiu uma palestra sobre a essência da Constituição e, o que ele pretendia nessa palestra, era demonstrar que quando se elabora uma Constituição, deve-se levar em conta os fatores reais de poder. Lassalle dizia: “a monarquia é um fator real de poder, porque controla o exército”. Os bancos são um fator real de poder. Segundo ele, o próprio povo, em menor medida, seria também um fator real de poder. As indústrias também.

Enfim, Ferdinand Lassalle tem, no meu modo de ver, um mérito inegável, por ser o pai do constitucionalismo sociológico. Ele demonstrou que, de fato, devemos ter preocupações com a realidade social. Devemos ser conhecedores da realidade social para a elaboração de uma Constituição.

Ferdinand Lassalle viveu época em que muitas preocupações eram eminentemente jusnaturalistas, contudo Ferdinand Lassalle seguiu um outro caminho de igual importância, ao considerar que ninguém elabora uma Constituição em um vácuo social. Elabora-se uma Constituição numa sociedade onde, inegavelmente, existem fatores reais de poder.

No entanto, Ferdinand Lassalle, como todo autor pioneiro, arrojado, deixou uma obra a ser aperfeiçoada, porque, em determinado momento, chega a afirmar o seguinte: “sempre que há um conflito entre os fatores reais de poder, tal como eles existem, e o texto da Constituição, prevaleceriam os fatores reais de poder”. Ele considerava que a Constituição escrita deveria reproduzir a Constituição real. Ele usava uma expressão até terrível, porque dizia que a Constituição escrita, quando não corresponde à Constituição real, não passaria de um pedaço de papel.

Enfim, essa colocação de Ferdinand Lassalle acabou revista por Konrad Hesse. Este último, já em 1959, ao escrever **A Força Normativa da Constituição**, pretendia afirmar que, na verdade, não se pode negar que fazer uma Constituição é algo que se faz a partir de uma realidade social

encontrada. Mas, quando se elabora uma Constituição, já pode inserir ali alguns objetivos realizáveis, inserir algo melhor do que se encontra na sociedade.

Na verdade, a Constituição, assim como é elaborada em função de uma sociedade existente, pode tentar avançar em relação à realidade que se encontra. A Constituição, na visão de Hesse, teria força normativa, isto é, a Constituição poderia desenvolver um papel de modificação da realidade social, quando essa é nefasta, não sendo desejada pelo constituinte.

E aqui, eu uso um exemplo, até aproveitando o que já falei há pouco. Reparem só uma coisa: creio eu que, por espírito democrático, todos nós nesse auditório consideramos que a saúde deve ser direito de todos. Espero eu que ninguém negue essa necessidade, mas enquanto isso não passa de um pensamento nosso, o alcance é reduzido. O alcance é aquele que tem qualquer opinião democrática que se possa proferir. Agora, quando essa mesma assertiva abandona o plano da opinião pessoal ou geral e passa a constar na norma constitucional, temos um dado novo. Agora, dizer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, não é apenas fazer uma afirmação sobre uma opinião política que eu tenho, fundada numa ideologia democrática. Fazer essa afirmação é repetir o que já está na própria Constituição.

Ora, quando passa a constar na Constituição, ganha exigibilidade. Vejam, sabemos que a saúde, hoje, não é de fato direito de todos os brasileiros; mas o magistrado, ao ter que julgar algum caso concreto onde alguém pleiteia acesso à saúde, terá que julgar pela procedência do pedido ante o que a Constituição indica.

Vocês diriam: “Ah, mas julgar um caso concreto não resolve o problema”. Se resolvermos cinco casos concretos, já vai ser melhor do que nenhum, é um primeiro passo para se buscar a efetividade da Constituição. O que pretendo com isso afirmar é que aqui uma simples interpretação literal resolveria o problema. A Constituição não está criando, a meu modo de ver, um preceito programático, algo para ser realizado. A literalidade nesse caso é o que basta. A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Esse é o esquema básico de uma relação jurídica: alguém titularizando um dever e outrem, o direito. Basta então reconhecer que o direito, por ser exigível, pode ser cobrado daquele que tem o dever a cumprir. Nesse caso, a própria literalidade responde. Não é porque a realidade não se adequa à Constituição que nós devemos nos render; ao contrário, temos que adequar

a realidade ao que a Constituição exige. E isso começa pela solução de casos concretos.

Bom, esse era um problema até simples, porque a literalidade da Constituição o resolveria. Mas, e outros casos que mencionei? E a inefetividade do direito de greve para o servidor público civil? Será se existe a solução para isso? Penso eu que é outra solução, também, que não demanda tanto esforço hermenêutico. Tudo bem, o artigo 37, VII, da Constituição Federal é muito claro: o direito de greve para o servidor público civil será exercido segundo uma lei específica. Lei ainda não elaborada; mas, só por causa disso, negar o direito de greve, um direito fundamental; negar o exercício de um direito fundamental, isso parece inaceitável, até pelo que diz o artigo 5º nos seus parágrafos finais, ressaltando que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Qual seria a solução para um caso como esse?

Nesse ponto, tenho uma postura diversa do TST e do STF. Eu considero que, enquanto nosso legislador não se dignar a regulamentar tal direito fundamental, existe um caminho muito simples: está em vigor a Lei nº 7.783/89, que versa sobre o direito de greve para os trabalhadores em geral e essa lei prevê um mecanismo para deflagração de greves em serviços essenciais.

Ora, vamos usar a Lei nº 7.783/89 e, em nome do postulado da máxima efetividade, aplicá-la analogicamente para os servidores públicos civis. Realmente a Constituição espera que haja uma lei específica, mas, na falta dela, me parece gerar inefetividade negar a possibilidade de se exercer o direito de greve. Mas vale usar o bom e velho expediente da analogia, que encontra fundamento não só na lógica, como na postura constitucional de que os direitos fundamentais devem ter aplicação imediata.

Vejam, os dois casos de inefetividade que mencionei ainda há pouco, são passíveis de reação. A inefetividade do direito à saúde, pela aplicação literal do artigo; a inefetividade do direito de greve pela aplicação analógica de uma lei que trate de um caso perfeitamente compatível com a hipótese.

E agora, os dois outros casos, como o do artigo 62 da nossa Constituição Federal: “*em caso de relevância e urgência, o Presidente pode editar medida provisória*”. Se, principalmente, o STF tivesse dado à expressão relevância e urgência uma interpretação mais restritiva, o poder do Presidente de editar medida provisória ficaria também reduzido.

Ao mesmo tempo em que toda lei é relevante e urgente em certa medida, para se elaborar medida provisória a relevância e urgência tem que ser

qualificada, de nível mais intenso do que as leis em geral. Aí, sim, reduzir-se-ia muito a quantidade das medidas provisórias. Reparem, costume dizer que o artigo 62 sempre foi uma norma constitucional de eficácia contida, ou segundo alguns, norma constitucional de eficácia restringível, porque temos ali um conceito jurídico indeterminado: relevância e urgência. O que são os conceitos jurídicos indeterminados? Expressões que têm um significado que pode ser captado, mas onde existe uma elasticidade, se pode dar mais de um sentido a essa expressão. Pois bem, se a relevância e a urgência que justificam a medida provisória são as de toda e qualquer lei, então sempre que se pode fazer lei, o Presidente pode editar medida provisória. E é ao que basicamente se assistiu na última década.

Agora, se se interpretar relevância e urgência de forma excepcional até para as leis em geral, ou seja, uma relevância e urgência acima do normal até para as leis, veremos que o poder de editar medida provisória ficaria mais restrito. Reparem que o artigo 62 da Constituição é uma norma de eficácia restringível. Dependendo do conceito dado para relevância e urgência, você dilata ou restringe o poder de se editar medida provisória.

Reparem, vamos fazer aqui um exercício de lógica, vamos sonhar que o Supremo Tribunal Federal, ainda na década de 1990, tivesse proferido decisão fundada em novo entendimento: a partir de agora, a medida provisória só pode ser editada quando a urgência e a relevância estiverem acima da normalidade de toda e qualquer lei. Se o STF, em certo momento, adotasse tal interpretação, o número de medidas provisórias reduziria, porque diminuiria a competência do Chefe do Poder Executivo.

Percebam, se o STF fizesse isso, ele estaria modificando a própria Constituição, não por ter modificado o texto, mas o significado do texto. Nós bem conhecemos a expressão mutação constitucional; às vezes modifica-se a Constituição não por se alterar o texto, mas por se dar nova interpretação a um texto que até então tinha outra interpretação. Se o STF tivesse promovido tal mutação constitucional, restringido o poder de editar medida provisória, caminharíamos para a democracia e, principalmente, ficaria muito claro para nós, o que hoje não é muito claro, mas no meu modo de ver, existe: eu considero que esse poder de realizar mutações constitucionais dá ao STF poder constituinte derivado.

Nós, no Brasil, quando falamos de poder constituinte derivado pensamos apenas nas modificações do texto, como se mudar a Constituição fosse mudar, acrescentando, suprimindo ou alterando a redação de um

artigo. Na verdade, o Tribunal Constitucional, por ser guardião e intérprete da Constituição, pode dar novas interpretações a um texto que já existe. E quando dá nova interpretação a texto que já existia, ele modifica a Constituição. Ora, se modificou, exerceu, ainda que de maneira informal, poder constituinte derivado.

É fundamental que o Judiciário tenha essa percepção do papel não só de aperfeiçoamento das leis através de decisões judiciais embasadas nos princípios constitucionais, como de aperfeiçoamento da própria compreensão da Constituição. Na verdade, apesar de estar aqui com um colega processualista, me arrisco a fazer uma observação: sempre que se vai discutir a atuação do juiz no nosso Estado, vem à mente aquela teoria do livre convencimento ou persuasão racional. A idéia de que o juiz vai decidir de acordo com a razão, sempre expondo os seus motivos, até para viabilizar o direito de impugnação.

É claro que a expressão livre convencimento e persuasão racional são expressões mais do que consagradas pelo Direito Processual Civil. Mas eu faço uma proposta: quando se falar em livre convencimento, por que não pensar também no livre convencimento constitucional?

O livre convencimento é o livre poder que o juiz tem de decidir conforme a Constituição. Por isso, sempre costumo alegar que o livre convencimento é um livre convencimento constitucional, é livremente se convencer, dar uma solução, não segundo uma opinião pessoal, ou a mera interpretação da lei, mas em conformidade com a Constituição.

Tenho essa preocupação de sempre mostrar o papel do Judiciário e, faço isso, até mesmo para buscar ânimo. Acho que toda palestra tem um pouco de autobiografia. Por sete longos anos, fui advogado da Fazenda Pública, defendi o Poder Público e é uma atribuição difícil, porque você não tem sequer o escudo da independência funcional. Mas tem uma missão a cumprir e terá que fazer de maneira ética.

Hoje, estou no Ministério Público, e sinto uma angústia que acho ser muito similar com a dos juízes, de ter noção da importância da função que desempenho, do tipo de resultado social que ela pode produzir, mas, em certas horas, me sinto um pouco desgastado porque o nosso Poder Executivo historicamente tem uma vocação autoritária e sempre procura se agigantar. O nosso Poder Legislativo, principalmente nos últimos cinco meses, tem vivido muito mais as suas próprias crises do que os problemas do País.

Vocês já perceberam que o Congresso, hoje em dia, fala mais dele do que do País? Nessas horas, acho que o Poder Judiciário e o Ministério Público devem perceber que esse é um espaço que deve ser preenchido. Temos que ir em busca de uma aplicação das leis que leve em conta princípios constitucionais, valores constitucionais, e temos que estar atentos porque os nossos governantes, basicamente, a cúpula do Executivo e do Legislativo, nem sempre estão atentos à Constituição.

E, para demonstrar isso, eu terminaria com um último exemplo de como hoje se tem pouca atenção com a Constituição. Na reforma da Previdência - Emenda Constitucional nº 20 - foram feitas alterações profundas no nosso sistema previdenciário. As alterações sobre as aposentadorias foram bem estudadas, mas tem uma questão que ficou esquecida. Na Emenda Constitucional nº 20, sobre a reforma da Previdência, se prevê o seguinte: que o auxílio-reclusão é benefício pago apenas ao dependente de segurado de baixa renda. E, segurado de baixa renda, hoje em dia, é quem ganha até R\$ 439,00 (quatrocentos e trinta e nove reais). Pois bem, o que é o auxílio-reclusão? É o que recebe o dependente de um segurado da Previdência que, por ter cometido um crime, está cumprindo a pena privativa de liberdade. Então, eis um benefício previdenciário que nunca trouxe maiores problemas. Pois bem: um segurado pratica um crime e, por estar cumprindo pena privativa de liberdade imposta pela prática do crime, o seu dependente recebe da Previdência um auxílio-reclusão. Recebe até porque se o indivíduo era segurado, ele anteriormente contribuiu para a Previdência, uma vez que o artigo 201 da Constituição diz que ela tem caráter contributivo.

A partir de agora, com a Emenda Constitucional nº 20, só o segurado de baixa renda deixa o auxílio de reclusão para o seu dependente, ou seja, se um segurado pratica um crime, vai preso, cumpre pena privativa de liberdade, e ganhava mais do que R\$ 439,00 (quatrocentos e trinta e nove reais), os seus dependentes não recebem auxílio-reclusão. Eu acho que essa regra, primeiro, viola o aspecto contributivo da Previdência; de fato, se houve contribuição deve haver pagamento de benefício. Mas tem um problema que acho mais nefasto: a pena está passando da pessoa do condenado, porque o dependente não praticou crime algum, mas como o segurado cumpre a pena privativa de liberdade e não mais obtém provento para o seu sustento, o dependente fica desamparado.

Portanto, essa Emenda Constitucional, nesse aspecto, violentou cláusula pétrea, pois a pessoalidade da pena está no artigo 5º, XLV, da Lei Maior.

Não se poderia por emenda, proporcionar tal situação. Hoje, no Brasil, se um sujeito é segurado da Previdência, condenado à pena privativa de liberdade e ganhava mais de R\$ 439,00, a pena passa, ainda que de maneira reflexa, da pessoa do condenado, vez que seu dependente nada recebe apesar de ter havido prévia contribuição.

Não há nenhuma observação ou crítica a respeito disso e, pior ainda, há uma ofensa também ao princípio da razoabilidade. Reparem só uma coisa: se o segurado ganha exatamente R\$ 439,00 e vive sozinho com sua esposa, é um segurado de baixa renda? É. Outro segurado que ganha R\$ 600,00 (seiscentos reais), tem uma esposa e quatro filhos, ele é segurado de baixa renda? De modo algum. Ora, você não apura a renda de alguém sem levar em conta o número de dependentes. Eu estou diante de duas situações: um indivíduo ganha R\$ 439,00 e tem uma esposa como dependente. Na família dele, a renda *per capita* é melhor do que aquele que ganha R\$ 600,00 tem uma esposa e quatro filhos. Mas esse último não é considerado segurado de baixa renda, logo seus dependentes não têm direito ao auxílio-reclusão.

Essa Emenda Constitucional nº 20, quando restringiu o auxílio-reclusão, fez com que a pena passasse da pessoa do condenado e ofendeu, flagrantemente, a idéia de razoabilidade. No entanto, as preocupações constitucionais não existem. Eu ainda espero uma decisão judicial e até uma atuação da Defensoria Pública, principalmente, que demonstre isso. Até porque, eu finalizaria dizendo o seguinte: por mais que o magistrado seja um intérprete da Constituição, não poderíamos esquecer que os advogados, os defensores e os operadores do Direito, de um modo geral, também o são. Essa é uma noção de Constituição aberta. A possibilidade de interpretar a Constituição está depositada em toda a sociedade, agora, inegavelmente, a decisão definitiva é do Poder Judiciário, daí o papel mais do que relevante dele, nesse tema.

INTERVENÇÃO DO DR. LUIZ ROBERTO AYOUB, DEBATEDOR - Cumprimen-
to a todos os componentes da mesa e os demais presentes aqui e, parabênizo
o professor João Batista Berthier, destacando que hoje sei um pouco mais
do que ontem e menos do que no próximo encontro, porque cada vez em
que nos encontramos eu aprendo, extraio alguma lição.

O professor Berthier fez algumas colocações, principalmente desta-
cando as questões da efetividade, mutação constitucional, o engessamento

da prestação jurisdicional, a questão da necessidade de uma interpretação de uma Constituição aberta e, destacou dois pontos que achei fundamentais: fez um cotejo entre valor-segurança e valor-justiça, donde se extrai os sistemas, respectivamente, racional e sociológico e, ao final, destacou a questão de ter sido advogado do Poder Público nos últimos sete anos.

Por conta disso, considerando o adiantado da hora, eu faria questionamentos breves e objetivos. O primeiro, em razão dessa necessidade de se romper o ortodoxismo, porque seria simplista demais acreditar que o Direito codificado, essa normatização, pudesse contemplar todas as situações que se verificam no mundo exterior, principalmente diante de uma situação em que o mundo globalizado, moderno, tecnologia a todo instante, faz com que várias situações novas aconteçam e, por óbvio, não estão normatizadas. Daí a necessidade de se romper esse sistema racional, buscar esse sistema sociológico, prestigiando valores, como bem colocou, valores na Constituição que, se por um lado, pode representar não tanta segurança, resultante da codificação, da interpretação do direito, por outro lado representará, necessariamente, a justiça genuína. Porque os valores da Constituição orientam nesse sentido, em razão de tudo aquilo que se falou.

Mas considerando exatamente que foi advogado do Poder Público, durante sete anos, eu queria fazer uma indagação: o professor Carreira Alvim, em determinado momento, sustentou que há um excesso de paternalismo em favor da Fazenda Pública, como de fato há, basta sustentar tão-somente a Lei nº 9.494 que proíbe a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Evidentemente, já interpretando aqueles dispositivos legais em cotejo com a Constituição, o Judiciário supera, muitas vezes, aquilo que seria, em tese, proibido por lei.

Recentemente, o mesmo professor Carreira Alvim escreveu um artigo, falando sobre o Decreto 20.910, que trata da prescrição quinquenal e, mais uma vez, a Fazenda Pública aí, estaria sendo beneficiada. Já que o professor Berthier fez uma colocação, dentre outras, do princípio da legalidade, gostaria que se manifestasse sobre o entendimento do Prof. Carreira Alvim que afirma que esse dispositivo não teria sido recepcionado por nossa Ordem Constitucional, em razão do princípio da legalidade porque, se cumpre à administração o papel de observar e cumprir a lei, evidentemente, não poderia ela se beneficiar da inércia do administrado. Antes da inércia do administrado, há o dever da Administração Pública de observar e fielmente cumprir a lei. Por conta desse posicionamento, evidentemente, sei que o professor

Berthier ainda traz raízes do Poder Público, porque agora, mesmo ao final, fez questão de tecer comentários sobre a emenda constitucional, exatamente no que tange ao Direito Previdenciário, eu gostaria que se manifestasse dentro dessa interpretação aberta da Constituição, destacando seus valores, o que acha dessa ponderação? Porque isso é algo de novo, que rompe o tradicional, o ortodoxismo e, cumpre a nós, juizes e operadores do Direito, tentar superar o sistema racional de que o que está na lei deve ser aplicado e o que não está na lei não deve ser conhecido pelo juiz.

E, a segunda questão, talvez hoje, já não nos aflija tanto em razão da evolução dos nossos tribunais no que tange à interpretação, fazendo, exatamente a valorização desse sistema sociológico. No passado, tão logo foi editada a lei que modificou e introduziu a tutela antecipada no nosso ordenamento, não era raro os operadores do Direito negarem a tutela antecipada, em razão do risco da irreversibilidade.

Porquanto o § 2º, do artigo 273, do CPC, assim prevê: havendo risco de irreversibilidade - e eu diria que quase sempre há - o juiz, mesmo que presentes os elementos que autorize a tutela antecipada, não poderia conceder. Dentro dessa visão, temos, por um lado, uma proibição exposta em lei e por outro, uma negação da própria justiça, considerando por exemplo, um valor constitucional, que é a dignidade do ser humano.

Dentro dessa visão aberta que o professor Berthier tem e explanou aqui, poderia enfrentar essas duas questões e dar a sua contribuição?

RESPOSTA DO EXPOSITOR DR. BERTHIER - Que vale que não sou mais advogado da Fazenda Pública, portanto, posso responder tranqüilamente, sem nenhuma Corregedoria me observando. Vejam bem, quanto à posição do professor Carreira Alvim, eu até queria acrescentar um aspecto: considera o professor Carreira Alvim, pela sua exposição, que o próprio princípio da legalidade do artigo 37, que impõe à Administração Pública cumprir a lei, impediria a alegação de prescrição, ou seja, a Fazenda Pública não poderia se escusar de pagar o que ela sabe que deve.

Nesta linha de raciocínio, ao encampar essa tese, poder-se-ia ir mais adiante, porque ao lado do princípio da legalidade, na própria Constituição, está o princípio da moralidade. Talvez, a idéia de cumprir a lei de modo ético, da forma mais adequada possível, possa levar a uma conclusão nesse sentido. É uma tese defensável e arrojada - e isso é positivo até para o tipo de indagação provocada - agora, esquecendo ao máximo que um dia

fui advogado da Fazenda Pública, considero que o valor da segurança das relações jurídicas recomenda que se admita a prescrição.

Mas reconheço que esse tipo de colocação me agrada tremendamente porque é um enfoque constitucional, é levar em conta que uma questão, como prescrição, se bem analisada, vai trazer à tona a compreensão da Constituição e dos princípios que lá se encontram e dos valores. Confesso que não adotaria a tese, mas, com certeza, merece reflexão. Não adotaria em função do valor constitucional da segurança das relações jurídicas.

De outro lado, quanto à antecipação de tutela, eu sempre fui simpático a esse instrumento processual. Sempre achei que era inovação das melhores, que traria bons frutos e, sobre esse aspecto, sempre tive uma posição de que essa questão de irreversibilidade não deve ser compreendida de maneira excessivamente literal, sob pena de afrontar princípios como o da dignidade da pessoa humana.

Lembrando, mais uma vez, o meu tempo de Fazenda Pública, se pode pensar na seguinte situação: vamos supor que amanhã, o Instituto Nacional do Seguro Social suspenda uma aposentadoria de dois salários mínimos, paga a um aposentado, por suspeitar que o benefício foi obtido de maneira fraudulenta. Digamos que esse aposentado ajuíze uma ação e postule a concessão de tutela antecipada para imediata reimplantação do benefício. O que se poderá dizer: se reimplantarmos o benefício de imediato, sendo o aposentado uma pessoa de poucas posses, o que ele receber não poderá depois restituir se, ao final, improcedente o pedido.

Então, pareceria aqui que falta a reversibilidade, o que levaria à não-concessão de antecipação de tutela. Essa é uma visão que não me parece a melhor. Pensem por um outro prisma: de um lado, um indivíduo que ganha dois salários-mínimos. Do outro, uma autarquia. Para o Instituto Nacional do Seguro Social, dois salários mínimos por mês não é nem reversível e nem irreversível, é irrelevante, suportável. Mas para o aposentado aqueles dois salários mínimos são o mínimo existencial, o princípio que ainda há pouco, acabei de enfatizar.

Então, na verdade, essa noção de reversibilidade deve ser interpretada à luz de princípios constitucionais. Repito: é inviável se considerar que a antecipação de tutela fique inviabilizada porque não é a situação reversível. De regra, elas não o são. Esse é um exemplo. Só que na realidade o ponto aqui, que me parece mais importante, é pesar o encargo que você gera quando impõe antecipação de tutela.

Ora, antecipar uma tutela contra uma autarquia federal, com o orçamento que tem o INSS, para onerá-la em dois salários-mínimos por mês, repito: isso não é nem reversível e nem irreversível, é simplesmente insignificante para a dimensão da autarquia. Por outro lado, aqueles dois salários-mínimos representam o meio de subsistência do aposentado. Parece-me que a antecipação de tutela seria inevitável, como o próprio Dr. Ayoub concedeu várias vezes, no nosso tempo de Procurador Federal e Magistrado.

DR. LUIZ ROBERTO AYOUB - Eu não queria tocar no assunto, mas o expositor me provocou e eu é quem sou o agente provocador aqui. Tive a satisfação de conhecer o professor João Batista Berthier quando foi Procurador do INSS e eu atuava na Sexta Vara Cível de Nova Iguaçu, que é uma Vara que tem competência previdenciária também. E, agora acabei de confirmar que, de fato, a mutação citada pelo professor Berthier, tem relevo. Pois, acabei de assistir a uma mutação, vez que o professor Berthier, na ocasião em que eu concedia as tutelas antecipadas e sustentava que o valor dignidade se superava ou se sobrepunha a todos os outros valores, principalmente em respeito aos princípios em cotejo da proporcionalidade e razoabilidade, vinha o professor Berthier, com os recursos do INSS, dizendo que aquilo era um absurdo, porque desrespeitava o preceito continuativo do artigo 273, § 2º do CPC.

Finalizando essa breve colocação, quero dizer que concordo plenamente, acho que a tendência, hoje, é de um Judiciário muito mais preocupado com a efetiva justiça e, sempre destacando aquilo que um dia ouvi e nunca mais esqueci: “o dinamismo social é inversamente proporcional à estaticidade do Direito”. Não havendo uma visão aberta em que se procure sempre adequar esse Direito posto, com os valores da Constituição, a segurança cederá espaço, sempre, para a injustiça. Agradeço ao professor Berthier e digo que foi extremamente interessante a resposta. ◆