

Carta de 1988. Ideário e Realidade. Reflexões sobre Nosso Dever de Magistrados

Luiz Felipe da Silva Haddad
Desembargador do TJ/RJ

Quase duas décadas já são decorridas do começo da eficácia da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, diga-se de passagem, já é a terceira mais duradoura de nossa história. A primeira, a Imperial outorgada, de 1824, durou 65 anos. E a segunda, da República do "Café com Leite", de 1891, emendada tardiamente em 1926, durou 39 anos. Tendo durado 3 anos, a da efêmera 2ª República (1934), 8 anos, a ditatorial "polaca" (1937) do Estado Novo e, na prática, menos de 18 anos a Constituição Democrática e Social de 1946. Isto, porque entre abril/1964 e março/1967, sua vigência não superou o caráter subsidiário, ante o predomínio dos Atos Institucionais baixados pelos governos militares; máxime, o nº 01, dias após a ruptura, e o nº 02, em outubro/1965. Sendo que a Carta de 1967, no princípio semi-outorgada, só durou, também na prática, 1 ano e 9 meses. Editado o sinistro Ato nº 5, em dezembro/1968, as regras constitucionais voltaram ao caráter subsidiário; e ainda esmaecidas pelo "Emendão", de outubro/1969, decretado pelos Ministros Militares; na manutenção do citado Ato; que só foi extinto em janeiro/1979. Por fim, até o dia 5 de outubro de 1988, 6 anos de "democracia tutelada", na última presidência castrense, e quase mais 4 anos de transição, entre 15 de março de 1985 e a data supra.

Não se podendo dissociar o Brasil do subcontinente latino-americano; ou, por mais correto, ibero-americano; positiva-se que os textos constitucionais, na contradição continuada entre o "legal" e o "real", de regra, têm tido vida curta e, mais no passado próximo, porém ainda de pouco no presente, têm sido revogados por golpes ou movimentos mais ou menos revolucionários. Por exemplo, têm sido diversas as cartas constitucionais, desde as independências no começo do Século 19 e até hoje, da Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela e países da muito sofrida América Central; também, mas em menor número, do Chile, México, Cuba, República Dominicana, Uruguai, Paraguai e Brasil. Excepciona-se a Argentina, cuja Constituição, após o penoso processo de união entre Buenos Aires e as outras províncias, data de 1853, vigorando até a atualidade, com as grandes reformas de 1957 e 1994, e outras menores no interregno. Contudo, dentro de uma "tradição", quando dos golpes, de serem suspensas, não revogadas, as normas legais de maior dimensão.

Em verdade, tanto em nosso país de língua lusitana, como nos vizinhos de língua castelhana, até hoje pagamos o preço de colonizações com fins exploratórios, no sugar de recursos para os tesouros das metrópoles, gerando o enriquecimento de pequenos grupos de privilegiados, em detrimento da enorme massa de "mestiços" analfabetos e afro-indígenas escravos ou ex-escravos; o que ainda se agravava pelos fatores negativos do dominante catolicismo romano, com poucas exceções que foram o prelúdio da hoje tão polemizada nos limites, mas tão necessária de *per si*, "teologia da libertação". Dissertar-se por intenso sobre tais assuntos fugiria ao ponto central destas modestas linhas, e nada acrescentaria à abundante literatura pertinente, na qual se destacam as **Veias Abertas da América Latina**, de Eduardo Galdeano. O que importa frisar-se é que, nestas plagas, por contrário ao ocorrido nos Estados Unidos e no Canadá, colonizados pelos que migraram da Grã-Bretanha e da França no intuito do povoamento e na idéia construtiva de novas comunidades nacionais, os valores, incentivados pelo iluminismo, da *República* e da *Democracia*, ao ocorrerem as independências políticas, nasceram como puras teorias, abraçadas por pequena elite in-

telectual, totalmente alheias ao "grosso popular"; aceitos pelas oligarquias dominantes por pragmatismo; para que, com formais alterações, tudo permanecesse na substância. Assim, no Brasil, a evolução da monarquia semi-absoluta de Pedro I para a liberal e parlamentarista de Pedro II, passando pelo conturbado interregno regencial, mascarou uma delongada época de estagnação econômica, sustentada pelos braços dos negros cativos, voltada a exportação de "café e açúcar". "Conservadores" e "liberais", alternando-se em governos efêmeros, com base em maiorias parlamentares instáveis, e sob o arbítrio do "poder moderador" - "farinha do mesmo saco", na expressão popular. Quase 66 anos entre o "grito do Ipiranga" e a "Lei Áurea", que aboliu formalmente a escravidão, mas não impediu os negros libertos, entregues ao abandono, de buscarem condições humilhantes de emprego nas cidades e nos campos. Das senzalas para as favelas. Quadro esse que pouco mudou na "República Velha", em que expressões regionais do "Partido Republicano" se revezavam no poder nacional, por força dos mesmos pleitos fraudulentos de antes, dos quais eram excluídas as mulheres e vastos segmentos de homens. Somente depois do movimento revolucionário de 1930, em que pesem suas debilidades e contradições, o povo brasileiro, como um todo, passou a participar, em alternâncias crescentes e decrescentes, mas sem volta à "estaca-zero", do processo político pátrio. E tal participação plena, tentada, mas frustrada, quando dos Pactos de 1934 e 1946, só encontrou sua consolidação na vigente Carta de 1988, cuja denominação "Carta da Cidadania", emanada de saudosos íclito parlamentar bandeirante, se constitui, ao mesmo tempo, em suma de ideal e em suma de desafio.

Apesar de já ter sido emendada mais de 50 vezes, e na maior parte por culpa do próprio legislador constituinte, que pecou por excesso de prolixidade, querendo abranger assuntos que caberiam perfeitamente em normas de inferior hierarquia, a Constituição permanece intocada em seus ditames básicos, nas chamadas *cláusulas de pedra*. Isto é, na *forma federativa de estado*, na condição do *voto* como sendo *direto, secreto, universal e periódico*, na *separação dos poderes* e nos *direitos e garantias individuais*. A primeira, vedando qualquer intento de separatismo ou de unitarismo. A segunda, proi-

bindo investiduras de cargos eletivos por processos que não o *one person, one vote*, ou por tempos permanentes ou indeterminados. A terceira, na manutenção da sistemática de Montesquieu, impeditiva do despotismo (identidade dos poderes de executar e legislar) e da tirania (identidade acrescida ao poder de julgar). Quanto à última, notando-se a falha pela omissão acerca dos direitos e garantias sociais básicos, que nos primeiros somente se inserem por força de interpretações doutrinárias; e também se notando a ausência da dita expressão, "*básicos*"; que leva ao grave equívoco, com as vênias devidas, de considerar-se imutável a idade mínima para responsabilização criminal, ou o "direito do civilmente identificado de não ser constrangido em calcar suas impressões digitais ao ser criminalmente indiciado"; tal beirando a um ridículo que não encontra paradigma em qualquer outro país do mundo. Tudo, porém, assinalando que, de acordo com a vontade majoritária dos cidadãos e das cidadãs, quando dos pleitos hoje quadrienais, com espaço bienal entre os federal-estaduais e os municipais, quaisquer programas de governo são cabíveis; quaisquer opções ideológicas, no campo socioeconômico, são admissíveis. Mas desde que não venham a abolir os ditos princípios permanentes.

Valores, como os proclamados no artigo 1º; *soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, pluralismo político, o poder que emana do povo, direta ou indiretamente*, jungidos aos dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º), em *construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, e, no campo das relações internacionais (artigo 4º), na *independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação dos povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político e integração latino-americana em uma comunidade*; resumindo todos os encontrados nos plúrimos dis-

positivos seqüentes, e detalhando o escrito no Preâmbulo com o agregar da *proteção de Deus* (crido pela enorme maioria de nossa gente, mas com todo o respeito aos que não crêem), se forem cultivados e promovidos, hoje e no futuro próximo e remoto, pela cidadania consciente; se não forem solapados pelos que, embora não o digam, sonham com o retorno ao autoritarismo de antanho, e também pelos que, no escopo ideológico totalitário, pugnam pelo "quanto pior, melhor"; marcarão, por indelével, a consolidação do *Estado Democrático de Direito*. E como o termo "democrático" tem sido mais correlato às liberdades individuais, soa de maior peso qualitativo o *Estado Democrático e Social de Direito*.

Descendo-se a maiores detalhes, e exemplificando-se no que tenha maior relevo, protege a *Lex Legum* a economia de mercado, ou de livre iniciativa, ou de liberdade de empresa, que se costuma conceituar pelo termo "capitalismo", cuja antipatia deriva exatamente do "ismo", que faz concluir na predominância do poder do dinheiro sobre o do trabalho, e sobre os do espírito. Mas, tirando-se tal fator, não se duvida de que tal tipo de economia, revelada vitoriosa nos elementos básicos, integra por sólido o gizamento normativo pátrio. Mas não em caráter absoluto. Legitima-se a intervenção estatal para promover a função social da propriedade imobiliária rural e da urbana, para inibir a formação de monopólios ou oligopólios, para defender o consumidor, para combater o desemprego e o subemprego, para uma tributação distributiva mas não confiscatória. E neste diapasão, acompanhamos o rumo constitucional europeu moderno, bem mais correlato aos elementos humanísticos greco-romanos e judaico-cristãos, formadores de nossos "corações e mentes", do que outros, cujos alicerces se fulcram na competição brutal e no individualismo exacerbado, sob precários limites de um "Estado Mínimo", cuja força se restrinja a "fazer cumprir os contratos", e a sancionar os que não se enquadrem em normas de literal interpretação, perante as quais "o juiz seja um escravo".

Neste ponto, dos mais difíceis, sobretudo em casos concretos práticos, em que o julgador se veja no dilema de cumprir uma norma de menor hierarquia, cuja redação pura leve a uma solução injusta, ou de descumpri-la em nome de princípios que estejam implí-

ritos na Carta Magna (pois, se a lei não tiver sido recepcionada, ou for inconstitucional por explícito, não haverá maior problema), há que se buscar a interpretação racional, agregada à sistemática e à teleológica, em conjunto com a "gramatical"; há que se socorrer da analogia, da equidade, dos fins sociais escritos no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e dos princípios gerais de direito; estes, consistindo no lado mais positivo da chamada "globalização" nos tempos hodiernos, bastando fazer-se referência ao Tribunal Superior da União Européia e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. E ao que se espera, em futuro próximo, do MERCOSUL. Não mais tolera a consciência dos povos que algum aparelho estatal denegue a um ser humano, de qualquer condição, o exercício de direito fundamental. Costumes iníquos, como a subjugação da mulher ao homem, a violência no trato de filhos menores por pais, a escravidão em qualquer modalidade, a discriminação dos que "pensem diferente" ou "ajam diferente" sem prejudicar os demais, são hoje condenados em termos quase universais. Cabendo o "quase" em vista de exceções, ainda de relevo, em partes significativas do orbe terrestre, por conta de ditaduras de qualquer matiz, de "monarquias absolutas ou semi-absolutas", ou de tiranias de fundamentalismos religiosos. Estes, diga-se de passagem, muito encontrados em países islâmicos, mas incentivados por ambiciosas e perversas atitudes de "potências ocidentais", no gerar de extrema revolta por sentimentos de continuada humilhação.

Em tudo, não pode e não deve o magistrado abandonar a ponderação, simbolizada pela balança. Nem relegar ao abandono o direito da parte que for contido na pretensão ou na resistência. Por igual, nunca ceder à tentação do maniqueísmo; do "bem contra o mal", que, na esfera humana, nunca comporta visão absoluta. Bom exemplo é o concernente ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), cujas linhas normativas se qualificam, na feliz expressão de Sergio Cavalieri Filho, em *sobredireito infraconstitucional*. O rigor que merecem determinados fornecedores, ou prestadores de serviços, na manutenção de falhas e descon siderações, deve existir por certo, mas não ao ponto de divi-sar-se no autor de uma lide "de obrigação de fazer c/c indenizatória",

sempre uma vítima, e na entidade ré sempre um vilão; "o lobo feroz contra o inocente cordeiro". Tal errada mentalidade favorece a esperteza com fins de pecúnia, que, infelizmente, faz parte de nossa cultura, no patamar de erva daninha. Tal observação também abrange causas outras, em que o interesse social se apresenta com nitidez. Em síntese, não sendo as partes iguais no aspecto material, somente no formal, logo por inócuo em realidade, deve o juiz, para ser imparcial, sopesar e compensar o fator da desigualdade, tanto na cognição instrutória, em procedendo *ex officio* na busca da verdade real, quanto no provimento, à luz da interpretação conjuntural descrita supra. Mas *cum grano salis* e no *modus est in rebus*. *Quid* sobre as fronteiras? Elas serão demarcadas, em cada conflito específico, pela inteligência do julgador, aliada à sensibilidade. Pela racionalidade, jungida à espiritualidade. Também por adesão a uma doutrina e a uma jurisprudência construídas em semelhantes elementos. O monumental conceito de Ulpiano, de ser a *justiça* consistente em "viver honestamente, não causar prejuízo a outrem, e atribuir, a cada um, o que lhe seja devido", harmoniza-se com o ensinado, muitos séculos depois, por Recasens Siches, na festejada "lógica do razoável". Conjuga-se com o *virtus est in medius*, da filosofia aristotélica que se irradiou na medieval canônica de Santo Tomás de Aquino. Não discrepando, no âmago, de princípios encontrados no Judaísmo, no Islamismo e em outras correntes de pensamento religioso. "Nem sempre o legal é o justo. Mas, na medida do possível, deve ser próximo do justo." Daí a sadia interpretação *praeter lege*, que não se confunde com a *contra lege*. Pois esta, além de ofender gravemente o ordenamento maior, autoriza os outros poderes, em reação proporcional, a invadirem o campo próprio da tutela da jurisdição, ao tempo em que se mostra incoerente, no denotar de que, embora os poderes estatais emanem do povo, o Judiciário não é escolhido pelo voto do mesmo, para mandato periódico, mas sim por procedimento seletivo, através de concursos de títulos e provas que são apenas abertos a bacharéis em direito, com outros requisitos de qualificação. O que é perfeitamente democrático, desafiando melhoria no processo, já deflagrado aqui e alhures, de formação por cursos em escolas superiores, jungidos a concursos de admissão e

aprovação final; sistema advindo da França renovada pela 5ª República sob a preciosa liderança de Charles de Gaulle. Quando se fala em "direito alternativo", deve-se responder por "uso alternativo do direito". Quando se tenta criar antinomia de interesses, na referida tutela, entre "burguesia" e "massa trabalhadora", deve-se asseverar que tal viés ideológico radical, além de padecer de superação pela *débâcle* do "socialismo real" na última década da passada centúria, é manifestamente injusto para com as camadas sociais médias, cujo crescimento e prestígio são de sumo valor para que se logre edificar uma sociedade livre e solidária, no incluir paulatino dos "pobres", pelo padrão de vida melhorado; e dos "ricos", pela redução dos elevados rendimentos por tributação eficaz. E para tanto, de proêmio, no perseguir da Educação e da Saúde para todos.

Não mais se contenta a cidadania consciente com uma Constituição programática, bonita no texto, mas feia no divisar das realidades. Reclama-se efetividade das normas. Aliás, promessas, nunca cumpridas até hoje, de promoção a trabalho que assegure uma vida digna; da divisão da propriedade, com justa indenização, e igual oportunidade para todos; do acesso de toda pessoa aos cargos públicos por concurso; do ensino profissionalizante para os filhos de famílias carentes; só para lembrar-se de algumas, foram formuladas pelos constituintes republicanos desde o Pacto de 1934; o primeiro que se preocupou com o abandono infantil e juvenil que hoje, 73 anos depois, gerou o pesadelo social de violência, cuja solução, por tristeza, exige medidas profundas, em muito longo tempo, pouco bastando, na prática, as preciosas letras do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No dia-a-dia do convívio brutal em lares miseráveis, na desestruturação dos valores autênticos da família e da união que a embasa, no cotejo do intenso consumismo dos setores mais abonados, mostrando técnicas agressivas de "marketing", meninos e meninas de favelas e "subúrbios periféricos", tornados rapazes e moças, optam pela conduta de marginalização, por nela enxergarem eficaz caminho de ascensão em uma sociedade corrompida, senão no todo, deveras em grande parte. Igual opção é feita por adolescentes e jovens de "classe média" e "classe rica", por conta do vazio existencial que os acicata. O que deve fazer o Juiz?

Como dito acima, buscar satisfazer o interesse social, evitando excessos repressivos que de pouco adiantam, até ante a debilidade das estruturas estatais de internação e assistência, como disse, na coragem que lhe é habitual, o Colega Siro Darlan. Mas também tendo cuidado para não desproteger as vítimas; portanto, evitando-se exageros. E no demarcar de fronteiras acima analisado.

Também, nos dias atuais, não mais se toleram os "tabus", seja qual for o pretexto, em todo o campo do Direito. Todos os assuntos, por mais que desagradem, desde que tenham utilidade social, devem ser amplamente debatidos, tanto por pretérito à edição de normas, quanto por posterior, na justa interpretação. Aqui, refere-se, de específico, às pessoas de diferente orientação sexual; que, sendo minoritárias no conjunto, existem por significativo, como existiam no passado, só que "por oculto". Seus direitos fundamentais jamais podem ser obliterados; e entre esses, o que toca à dependência previdenciária, à partilha de bens adquiridos por esforço comum, e a uma regulação legal em semelhança à da união estável "homem-mulher"; mas sem que possa ser convolada em casamento; e pelo motivo de tal instituto ser indissociável de valores familiares tradicionais, jungidos a aspectos religiosos majoritários, que também não podem ser relegados ao oblívio. Pois "Estado Laico" não é sinônimo de "Estado Hostil à Religião". E esta, cristã, no abranger das múltiplas denominações, das maiores às menores em adeptos, é abraçada; dizem-no as estatísticas; por cerca de noventa entre cem brasileiros.

Para que se garanta a efetividade dos direitos individuais, coletivos, sociais e difusos; insculpidos na Carta-Cidadã; que se pretende assaz duradoura, importam muito mais as ações dos Poderes Executivo e Legislativo do que a do Poder Judiciário, cuja missão primacial é a de interpretação das normas. Porém, no atual quadro de conturbação político-partidária e de políticas pessoais, em que promessas eleitorais são cumpridas em parcelas mínimas, e em que os interesses da alta pecúnia, das clientelas fisiológicas, dos corporativismos e outras mazelas, toldam as esperadas medidas de profunda reforma, nós, juízes e juízas de todos os graus, que amamos o título como expressão de serviço e vemos em cada lide uma

ferida a ser cicatrizada, não podemos fugir ao dever. Mas, por igual, não nos cabe proceder como se fossemos políticos *stricto sensu*. Somo-los, decerto, *lato sensu*, como agentes de poder estatal. Como antes acentuado, entre a postura conservadora de intérpretes literais da lei, de "escravos" da mesma, e a pseudo-renovadora de "juízes ideológicos", presumindo como certo tudo o que favoreça aos "fracos, oprimidos e dominados"; e como errado tudo o que beneficie os "fortes, os opressores e os dominadores"; apresenta-se um grande espaço de ponderação, de exegese enriquecida por critérios de lógica, de equidade, de teleologia, e correlatos. Se o imortal patrício Rui Barbosa salientou, por muito feliz, que "fora da lei, não há salvação", advertem-nos as Sagradas Escrituras de que "a letra mata, o espírito vivifica".

Por fim, indispensável se afigura, por toda nossa grei, uma atitude de humildade e despojamento, aliada à outra, de firmeza e exigir de respeito. Tanto *interna corporis* quanto no relacionamento com partes, advogados, serventuários, autoridades de qualquer nível, e pessoas outras. Ou seja, uma conduta republicana, que repudie vaidades e prepotências, que dê prevalência ao *ser* sobre o *ter*, mas que também seja expungida da vulgaridade, da descortesia e da falta de decoro. Indispensável também se denota o resgate do espírito associativo, deveras "machucado" nos últimos tempos, e de especial na terra fluminense, por fatores bilaterais que ora dispensam ser comentados. Defendamos as legítimas prerrogativas, que interessam mais à sociedade do que à nossa citada grei. Mas nunca ao ponto de sermos vistos como um segmento aristocrático "acima do bem e do mal". Preservemos a hierarquia no Poder. Mas nunca se coloque um desembargador como um "marquês ou duque" diante de um juiz como "visconde ou barão". E nunca se coloque o último, diante daquele, como um "rebelde". Ao invés de tal agir malsão, procuremos maior diálogo, maior compreensão mútua, maior transparência, dentro e fora de nossos auditórios. Pugnemos pela celeridade de nossos decisórios, mas sem prejuízo da qualidade.

É o que de nos aguarda uma sociedade cindida e eivada de mazelas, mas, ao mesmo tempo, repleta de esperanças de vida, e vida em abundância. 📄