

JUSTIÇA CIDADANIA

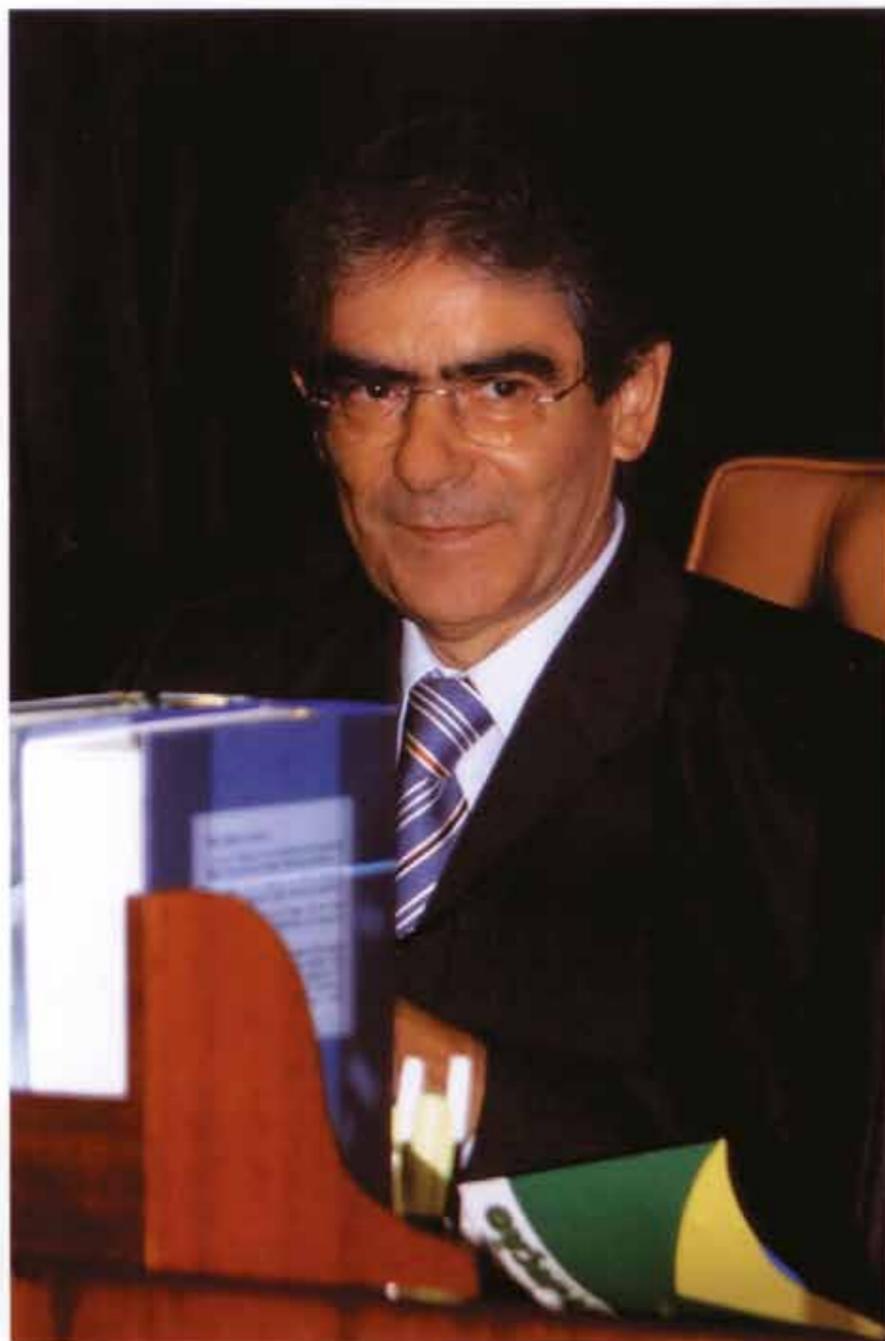


Ministro Carlos Ayres Brito

**COMPROMISSO
COM A CONSTITUIÇÃO**

COMPROMISSO COM A CONSTITUIÇÃO

Ministro Carlos Ayres Britto



FOTOS: STF

Começo por lembrar um sergipano intelectualmente de vanguarda, um *jus* filósofo portentoso, que foi Tobias Barreto, quando disse que o Direito não era, como não é, um presente do céu. O Direito é um produto da história, é fruto da experiência humana, é um objeto cultural, que conhece os seus avanços e os seus recuos, experimenta dificuldades e também fatores de propulsão, deixando, felizmente para todos, um *superávit*, um saldo de qualidade, porque as dificuldades, os embaraços, os percalços se mantêm, por algum tempo, mas terminam por ruir. E isso nos anima a prosseguir, sobretudo no exercício da nossa profissão, nas diversas áreas do Direito, fazendo dele, Direito, mais do que um meio de vida, uma razão de viver.

De certa forma, o tema é novo, mas sem a preocupação de me fazer de especialista. É uma proposta aberta. É apenas uma visão entre tantas que se pode ter de um fenômeno jurídico-positivo, que venho chamando de Constitucionalismo Fraternal.

Retorno a Tobias Barreto para dizer que, realmente, o Direito tem uma linha evolutiva, segue uma espiral histórica ascensional e, por isso, o Constitucionalismo deságua nos dias fluentes nessa dimensão fraternal de que me cabe

falar. O Constitucionalismo, todos sabem, foi um movimento ético-humanista e, ao mesmo tempo, político-ideológico, que irrompeu nos Estados Unidos a partir de 1776, e, mais de perto, em 1787, com a Federação Americana. Prosseguiu com a Revolução Francesa de 1789, embora deitando raízes na Revolução Liberal Inglesa, a partir do luminoso pensamento de John Locke, embora os ingleses não elaborassem constituições prontas e acabadas num só texto sistematizado como os outros países citados o fizeram. Mas o Constitucionalismo surgiu como, digamos, a mais revolucionária novidade de todos os tempos nos quadrantes do Direito positivo. Antes do Constitucionalismo, o que havia era essa experiência inglesa, sobretudo a partir da Magna Carta Libertatum, de 1215, postulando o reconhecimento da dignidade da pessoa humana na sua dimensão religiosa, na sua dimensão penal, na sua dimensão tributária, no plano da manifestação do pensamento, da liberdade de locomoção e até contendo, como efetivamente continha, a Magna Carta de 1215, os pródromos do devido processo legal. Quando os barões e outros segmentos estamentais da sociedade inglesa impuseram ao Rei João Sem Terra esse documento chamado de Magna Carta, eles inauguraram o que hoje se chama Estado de Direito: um Estado que respeita o Direito por ele mesmo criado, ou seja, o Estado pode revogar o Direito, mas, enquanto não o faz, tem de respeitar o direito por ele mesmo instituído. Em linhas muito simples, o sumo conceitual do Estado de Direito, a síntese conceitual é essa. Com o tempo, novos elementos foram agregados, mas, em última análise, é isso.

Esse Estado de Direito significou uma ruptura com o que se tinha de cultura jurídica universal a partir da Grécia, onde

todos sabem disso, a pólis fazia do cidadão um cidadão *fulltime*, um cidadão o tempo inteiro; era uma concepção democrática solidarista ou comunitária, mas distorcida, porque não separava o cidadão do indivíduo. O cidadão abarcava o indivíduo, ou açambarcava, ou exauria. De sorte que, quem não participasse da vida pública, não tinha maior dignidade jurídica.

Péricles, um pensador e um administrador grego de nomeada, chegou a dizer, a propósito desse experimento grego de cidadania em tempo integral, que, aquele que não se interessa pelos assuntos da pólis não é apenas uma pessoa que não se interessa pelos assuntos da pólis, é um inútil. De maneira que as mulheres, os adolescentes, as crianças, os escravos, os estrangeiros, os povos conquistados não tinham maior dignidade jurídica. Os gregos não diziam, como dizemos hoje: "Participo porque sou livre." Os gregos diziam: "Sou livre, porque participo". Então, não havia essa distinção, essa dignidade do trabalhador, do inativo, do religioso, se não estivesse tudo acoplado a dimensão cidadã. O que interessava era o cidadão. Uma espécie de totalitarismo que a Rússia tentou revitalizar ou ressuscitar, atualizadamente, com a sua Revolução de 1918.

O fato é que, muito lentamente, o indivíduo foi se desidentificando com o cidadão, e novas dimensões da individualidade foram recebendo, do Direito, qualificação.

O próprio Sócrates morreu por contestar os valores dominantes na Grécia à época. O pensamento de Sócrates era tido como prejudicial ao sistema, aos valores então predominantes. E todos conhecem a história de Sócrates. Ele preferiu beber cicuta a renegar os seus pontos-de-vista, que, no fundo, estavam certos. O que, talvez, nem todo mundo conheça de Sócrates é uma passagem que vou me permitir lembrar. Um discípulo

E os direitos chamados individuais surgiram com essa característica de exigir do poder público uma postura de inação

perguntou: "Mestre, o homem deve se casar ou permanecer solteiro?" E Sócrates respondeu: "Seja qual for a decisão, virá o arrependimento". Essa passagem da vida dele é pouco conhecida. Mas, de digressão em digressão, vou falando de outras coisas, no fim volto para o tema central. Pesquisei a vida de Sócrates para saber a razão dessa resposta, e a conclusão a que cheguei foi a seguinte: Sócrates viveu solteiro, 50 anos. Finalmente, resolveu se casar, certamente pressionado pela sociedade da época e, quem sabe, com alguma maledicência: "Como uma pessoa passa 50 anos e não se casa?" Mas ele não foi feliz no casamento. Ele se casou com uma mulher ranhenta ou ranheta- como outros pronunciavam. Enquanto ele era uma personalidade instigante, ela era uma personalidade intrigante e infernizou a vida do filósofo a ponto de derramar uma chaleira de água quente no rosto dele. Isso deixou marcas perenes na fisionomia do mestre. A mulher tinha um nome assim pouco eufônico, um nome de xarope, chamava-se Xantipa e não era bem dotada fisicamente.

Sócrates não se deu bem no casamento. Mas um discípulo voltou a ele, o mesmo discípulo, e disse: "Mestre, agora que o senhor está casado, continua com o ponto de vista de que o homem deve casar ou permanecer solteiro?" E o senhor respondeu: "Seja qual for a decisão, vira o arrependimento." O filósofo respondeu: "Não, meu filho, case.

Se você tiver sorte de encontrar uma mulher compreensiva e bonita, será feliz. E se der o azar de encontrar uma mulher igual a minha, será um filósofo.”

De sorte que a Magna Carta de 1215, ao impor ao monarca restrições de ordem religiosa, penal, tributária etc, significou um extraordinário avanço nessa caminhada da humanidade em busca de si mesma. E o constitucionalismo significou um ponto luminoso na afirmação da dignidade da pessoa humana, na dimensão inicial do constitucionalismo, que foi a dimensão liberal. O nome já diz: liberdade! Liberdade acima de tudo. Era preciso reconhecer ao ser humano a titularidade de direitos oponíveis à Coroa, oponíveis aos monarcas e governantes com um único fundamento: todo ser humano é portador de uma dignidade inata pelo fato exclusivo da humanidade que mora nele. A humanidade, em si mesma, é suficiente para que o Direito reconheça ao homem essa proteção perante a opressão política. A primeira preocupação do Direito Constitucional recém-nascido foi com a liberdade, porque a instância que mais conspurca a liberdade é exatamente a pública, a política, a governamental.

E os direitos chamados individuais surgiram com essa característica de exigir do poder público uma postura de inação, porque, de ordinário, a condição para o gozo ou desfrute dos direitos individuais é a inação, é a passividade do poder público: liberdade de pensamento, de religião, de trabalho, de iniciativa no campo econômico, de locomoção. Esses direitos são chamados públicos subjetivos ou subjetivos públicos, porque referentes a um sujeito em particular e oponíveis ao poder público, instância política, opressora por excelência.

Convivemos com essa fase áurea do constitucionalismo liberal, que se iniciou com declarações e se complementou com garantias no

plano processual. Hoje, lembramos de cor e salteado do *habeas corpus*, do mandado de segurança, logo acrescidos pela Constituição Federal de 1988, de *habeas data* e mandado de injunção.

Já tínhamos a ação popular. A própria Constituição Federal consagrou a ação civil pública. O Direito Constitucional saiu da fase meramente declaratória e ingressou na era garantística, mas não só processualmente, também institucionalmente. O Direito Constitucional mais e mais aparelhou racionalmente com prerrogativas

as instituições encarregadas de aplicar o Direito. Os Tribunais, os Juizados – e já incluo o Ministério Público –, os Tribunais de Contas, as Defensorias Públicas. Mais e mais, na perspectiva garantística, o Direito Constitucional foi aparelhando instituições para bem cumprir os designios protetivos e titulares das Constituições.

Acontece que o século XIX e quem milita no Direito do Trabalho sabe bem disso, até o primeiro quartel do século XX, foram anos de comprovação do caráter quase que retórico ou meramente simbólico



da liberdade que as Constituições consagravam. Só se é verdadeiramente gente a partir de condições materiais objetivas mínimas. Ou seja, para que alguém seja, é preciso que tenha alguma coisa no plano material. Santo Agostinho dizia que sem um mínimo de bem-estar material não se pode sequer servir a Deus.

É claro que a Constituição Federal foi antecipada pela Consolidação das Leis do Trabalho, mas não é demasiado lembrar que o nosso constitucionalismo social começou em 1934, com a gloriosa Constituição Federal de 1934, única, aliás, a deter o galardão de haver sido elaborada por uma Constituinte exclusiva.

Nunca tivemos, na história do Brasil, uma constituinte exclusiva, salvo a de 1934, que produziu um constitucionalismo social que se podia produzir à época. Devemos ter orgulho dessa Constituição Brasileira. O fato é que estava estabelecido o entrelace, o imbricamento normativo-constitucional de franquias liberais e franquias sociais, indissociavelmente.

Sucedem que a Constituição de 1988, evolutiva, uma Constituição superadora de um período ditatorial, empresarial-militar e que faz despertar, nas consciências, o reconhecimento da importância da liberdade, da igualdade e até da fraternidade, esse direito nosso, evolutivo por definição, esse consubstanciado na Constituição de 1988, trouxe outra novidade, que estou chamando de constitucionalismo fraternal. E que a fraternidade é uma outra dimensão do ser humano. Os direitos fraternais não são sociais nem são, rigorosamente, individuais. Eles vieram para expandir o conceito de dignidade da pessoa humana, para dilatar a compreensão do que significa humanismo. Os direitos individuais, liberais por definição — já foi dito — pressupõem o indivíduo enquanto indivíduo, o indivíduo forrado exclusivamente

por sua humanidade, o indivíduo enquanto ilha, não o indivíduo enquanto península. O ser humano, se é parte de algo, é também algo à parte. Se ele é parte de um todo, ele é também um todo à parte. Ele é um microcosmo, uma totalidade íntegra. Daí o povo dizer: “gosto não se discute”; “cada cabeça, uma sentença”, porque o ser humano, mais do que número um, é número único. A natureza é o mais original dos artistas e não se repete jamais. Todo ser humano porta consigo essa dignidade intrínseca que atesta o fato de a natureza ser rigorosamente plural. O pluralismo é da essência não só da sociedade como da natureza. Todo homem é diferente e quer ser feliz diferentemente, a partir do seu modo peculiar de ser.

A Constituição Federal, no art. 3º, inciso IV, consagrou, na condição de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, os direitos fraternais, dizendo que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, promover o bem-estar de todos, sem preconceito de origem, de idade, de cor, de sexo, de raça ou qualquer outra forma de discriminação. Discriminar é mais do que distinguir, porque, se discriminar é sempre distinguir, nem toda distinção é uma discriminação. A Constituição Federal consagrou o constitucionalismo, que tenho chamado de fraternal, a partir do preâmbulo, porque, no preâmbulo, está dito que o objetivo da Assembleia Nacional Constituinte foi instituir um Estado democrático.

A democracia foi o supremo objetivo da Assembleia Nacional

Todo homem é diferente e quer ser feliz diferentemente, a partir do seu modo peculiar de ser

Constituinte, porque está dito: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir...” Instituir o quê? “Um Estado democrático.” Mas uma democracia de conteúdo, cujos conteúdos foram de logo indicados: “Um Estado democrático destinado a assegurar os direitos sociais...” Curioso que os direitos sociais vêm antes dos individuais no preâmbulo. E mais seis valores: “...a liberdade, a segurança e a igualdade...” de um lado e de outro “...o bem-estar, o desenvolvimento e a justiça”. E o arremate do discurso preambular da Constituição: “...enquanto valores de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos”. Aliás, esses três elementos se imbricam: pluralismo, fraternidade e não preconceito.

Quando o pluralismo se exerce na bitola do não-preconceito, ele se concilia com a fraternidade. E fraternidade de que trata a Constituição, coletivamente considerada, é comunhão de vida, é comunidade, de comum unidade. É uma vida não justaposta, não linear, não mecânica, mas uma vida entranhadamente vivida, convivida, ou seja, é uma vida orgânica. Isso confere uma alma coletiva, uma identidade cultural à população, que se conhece, que se estima, que se curte — em uma linguagem coloquial — e assim, com essa auto-estima coletiva no ponto, a sociedade enfrenta com criatividade e coragem as dificuldades da vida sem rupturas institucionais, ou seja, no plano pacífico.

Esse preâmbulo da Constituição é magistral, ele está à espera de interpretações mais e mais atiladas. Esse preâmbulo é uma cláusula pétrea, axiológico que é, servindo de norte para interpretação de toda a Constituição e, por consequência, de todos os ramos do Direito.

Pois bem, a Constituição avançou normas que, mais do que proibir preconceitos, consagram políticas públicas. E políticas públicas não distributivistas, porque estas estão no campo social, mas sim políticas públicas afirmativas. Afirmativas de quê? Da igualdade civil-moral, que deve ser reconhecida a todas as pessoas, a todos os segmentos humanos.

Por exemplo, o "Fome Zero" é política pública distributivista. O mandado de injunção é política pública liberal, mas as cotas raciais são políticas públicas afirmativas.

Volto à Constituição Federal, em seu art. 7º, para lembrar que ela proíbe distinção entre trabalho técnico, manual ou intelectual, e entre os profissionais respectivos. É a Constituição Federal dizendo que não interessa o trabalho, interessa o modo como se trabalha, todo trabalho é digno, que não pode haver discriminação. Todas essas normas proibitivas são bastantes em si, são auto-aplicáveis, prescindem da mediação da lei ordinária. É a Constituição, por conta própria, adotando políticas públicas afirmativas.

No parágrafo único do art. 7º vem a reabilitação de outro segmento social historicamente humilhado, qual seja, o dos empregados domésticos aquinhoados com nove direitos subjetivos consagrados ao trabalhador não doméstico, ao trabalhador urbano.

Aliás, a Constituição, no art. 7º, emite o seguinte discurso didático: o trabalhador é hipossuficiente, o empregador é hipersuficiente. Por isso, a Constituição lista trinta e quatro direitos dos empregados oponíveis aos dos empregadores.

Assim como o art. 5º consigna a hipossuficiência do indivíduo perante o Estado, o art. 7º reconhece a hipossuficiência do trabalhador perante o empregador, e é assim como a Constituição deve ser interpretada na perspectiva do hipossuficiente.

Depois, a Constituição, no art. 8º, a propósito dos sindicatos, sai em defesa de outro segmento vilipendiado historicamente: dos aposentados, dos inativos, dizendo que o filiado aposentado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais.

Vejam, então, que é um novo patamar de direitos, já não são direitos sociais, já não são direitos individuais, mas direitos de uma terceira geração. Direitos que se voltam para o resgate dessa igualação de oportunidade de trânsito pelos espaços institucionais de que se compõe a sociedade pluralista dos nossos dias.

A nossa vida se passa de instituição em instituição. Transitamos debaixo de uma marquise sem fim, que são as instituições das sociedades civis: condomínio, igreja, escola, sindicato, partido, clube, e é preciso que esse trânsito se dê com as pessoas recebendo o mesmo tratamento, a mesma atenção, o mesmo respeito, a mesma deferência e, assim, já nos situamos no plano do constitucionalismo fraternal.

Temos a Constituição mais avançada do mundo, ainda mais avançada do que a gloriosa Constituição portuguesa de 1976. Temos uma Constituição verdadeiramente redentora e não redutora de oportunidades; uma Constituição que inaugura uma era não constrictiva, mas construtiva de direitos; uma Constituição que se abre para a futuridade a partir de uma rede de princípios que se imbricam e os colocam no patamar do pós-positivismo, esse pós-positivismo axiológico que faz do Direito um locus, um espaço de lutas avançadas, de lutas progressistas.

Reclamamos demasiadamente do

principal de leis processuais, leis que possibilitam recursos a perder de conta, seja na fase do conhecimento do processo, seja na fase da execução. Reclamamos com justiça de que não dispomos de magistrados suficientes — o número é pequeno para a população —, ou de equipamentos físicos e tecnológicos. Tudo é verdade. Mas há um espaço de trabalho que nos cabe ocupar e que, talvez, não o estejamos ocupando devidamente.

Assim, pergunto a nós, magistrados, quem nos proibiu de concretizar a Constituição? Quem nos proíbe de aproximar a Constituição dos hipossuficientes? Com todas as deficiências estruturais que timbram nosso trabalho, quem nos impede de, na hora do vamos ver, concretizar os desígnios fraternais e sociais desta Constituição? Será que não temos, também, uma parcela de culpa? Temos muitos mais poderes do que supomos, porque é da lógica do sistema jurídico, no mundo todo, que a lei fale pela boca dos juizes. Osvaldo Aranha Bandeira de Melo dizia que "a lei diz o que o juiz diz que ela diz". Martin Luther King, que não foi jurista nem nada, mas sabia das coisas, visitou um certo país e disse para seus anfitriões: "Não me interessa o seu direito, interessam-me seus intérpretes".

E a conclamação que faço a partir de mim mesmo, no Supremo Tribunal Federal, é esse compromisso irrestrito com a Constituição de 1988. Tivemos a era declaratória de direitos, a era garantística de direitos. Chegou a hora, a vez, da necessidade de se implantar uma era concretista de direitos. Uma era concretista da Constituição de 1988, que deve funcionar para nós como uma fonte, um imã e uma bússola, tudo simultaneamente, tudo ao mesmo tempo.

**Ministro do
Supremo Tribunal Federal**