

Aos 28 anos, não sabemos se o tempo está fazendo bem à Constituição



Marcelo Casseb

procurador do estado
de Pernambuco

Mais um ano passou, e a Constituição completou 28 anos de idade. Não se

sabe, ao certo, se o tempo corre-lhe favoravelmente ou não. Se a cada ano atravessado, enraíza-se a Constituição na cultura e na prática da comunidade política, lançando os alicerces de um “sentimento constitucional” (Konrad Hesse), ou se, ao invés, o caminhar dos anos testemunha o inarredável processo de desidratação constitucional, que terminará em futuro próximo por evidenciar o fracasso do projeto constitucional da década de 1980.

É difícil concluir, na atual conjuntura, considerado o transcurso dos últimos doze meses, se a passagem do tempo há de ser compreendida como sinônimo do enraizamento da cultura constitucional, alicerçando em solo fértil a Carta de 1988, ou se estaria a deduzir-lhe a vitalidade e a energia próprias da juventude, particularmente num país onde a história constitucional é repleta de idas e vindas, avanços e retrocessos, vivência conturbada essa confessada com eloquência por números: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, 1988...

A pouca referência à data (o 5 de outubro) soa bem suspeita, para dizer o menos. Salvo uma ou outra exceção aqui e acolá (uma delas, diga-se, bastante representativa, conforme se verá adiante), quase nenhuma palavra foi-lhe dirigida; uma reflexão mais ampla e crítica sobre seu impacto na vida dos brasileiros, nem pensar. E se é que existe uma data mais favorável a esse tipo de reflexão, as datas simbólicas, a exemplo do aniversário de nascimento, são uma boa oportunidade.

Mais um ciclo que se encerra, portanto, o que faz com que se reflita a experiência passada e se projetem os horizontes futuros.

Aproveitando-se o gancho do jurista e historiador espanhol Bartolomé Clavero (do livro *Happy constitution: cultura y lengua constitucionales*), pode-se tentar refletir sobre o último ano constitucional brasileiro em termos de uma *Happy ou Unhappy Constitution*. A felicidade, assim como pode configurar um índice de aferição de qualidade de vida dos homens e das mulheres, também pode ser apropriada como critério de avaliação das ciências e, em particular, da aclamada “ciência do direito”, tal qual



mostrou com maestria o prof. José Souto Maior Borges, em seu antológico livro “Ciência Feliz”.

Destarte, a felicidade revelaria a capacidade de autorrealização de uma comunidade política através de sua Constituição e, ao mesmo tempo, a condição de cada um de seus membros integrantes, que tem sua liberdade assegurada nos termos da Constituição, de alcançar sua própria felicidade individual.

É inegável que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), houve decisões importantes ao longo deste último ano, que deram ensejo a sentimentos tanto de felicidade quanto de tristeza, para uns e outros. Recentemente, no julgamento do RE 898.060, o STF, à luz do princípio da paternidade responsável, decidiu que o reconhecimento da paternidade socioafetiva não afasta a responsabilidade do pai biológico.

Na semana que ora se encerra, no próprio dia 5 de outubro, ao apreciar os pedidos liminares nas ADCs 43 e 44, sob vaias e aplausos, o STF ratificou o entendimento inaugurado em fevereiro de 2016, exarado no HC 126.292, em que passou a admitir, superando jurisprudência de longa data assentada, o início de cumprimento da pena pelo réu após confirmação da condenação em segunda instância, embora a decisão judicial não tenha transitado em julgado definitivamente. No dia subsequente, na ADI 4.983, o STF julgou inconstitucional lei cearense que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural, ao argumento de que o dever constitucional de proteção do meio ambiente não se coaduna com o tratamento cruel e desumano dispensado aos animais envolvidos.

Ainda, encontram-se em fase adiantada de julgamento os REs 566.471 e 657.718, em que se discute o direito fundamental à saúde relativamente ao fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Não seria de todo impróprio dizer que esse julgamento impactará profundamente na vida de milhões de brasileiros.

No âmbito do direito criminal, processual e penitenciário, o STF julgou casos extremamente sensíveis e gravosos: a decretação da prisão preventiva de senador da república em exercício de mandato diante da caracterização de um estado de crime permanente, consistente na formação de associação criminosa voltada a impedir investigações criminais (“Caso Delcídio”); a configuração do “estado de coisas inconstitucional” no que tange à realidade das penitenciárias e às condições físicas e morais dos presos (ADPF 347); diversas ações envolvendo os mais variados aspectos de validade e de regularidade do processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, gerando verdadeiro clamor social. Isso para não falar do próprio processo de julgamento da presidente pelo alegado cometimento de crime de responsabilidade, que, mesmo não havendo transcorrido em instância judicial, é autêntica manifestação de jurisdição constitucional.

Todas essas decisões têm acenado para o enfrentamento de questões políticas delicadas no âmbito da efetivação de princípios estruturantes. Tais julgados põem ao centro do debate político os direitos fundamentais e o problema de sua concretização como necessidade inerente à realização dos mais altos *standards* da ordem constitucional, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Não se sabe bem, entretanto, que tipo de Constituição essas decisões têm ensejado: *happy* ou *unhappy*. O que é certo é que têm provocado, em certos casos, profunda cisão na comunidade política e jurídica quanto à melhor forma de interpretação das normas constitucionais. A ciência do direito e a dogmática



jurídica, tão à vontade para trabalharem com suas categorias peculiares, agora, veem-se questionadas por conceitos até então pouco usuais, como “ruptura”, “história” e “golpe”. O de “crise”, com toda sua história semântica (que envolve fim dos tempos, ruptura, urgência pela mudança, aceleração do tempo, salvação coletiva etc.), ocupa lugar de destaque na linguagem política e jurídica atual.

Na semana passada, em Congresso promovido pela Associação de Linguagem e Direito (ALIDI), sob a batuta da prof. Virgínia Colares, sediado na Universidade Católica de Pernambuco, a partir da instigante reflexão da professora Margarida Lacombe, nota-se a tentativa de compreensão do atual momento constitucional à luz de categorias da psicanálise (v.g.: “trauma”, “silêncio”, “vazio”), o que estaria a sugerir que o tempo presente do Estado Constitucional brasileiro se marcaria por um “silêncio que é vazio”, uma “angústia”. Mais especificamente, a citada professora se referia a seu peculiar modo de compreender e interpretar o processo do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, que, à mingua da verificação dos pressupostos válidos e legítimos, teria minado a legitimidade da ordem constitucional e democrática.

Sobre o mesmo tema, há poucas semanas o professor João Maurício Adeodato defendeu a regularidade e a legitimidade de todo o processo que culminou com a deposição da presidente. Foi contraditado por inúmeros outros pensadores. O debate vai muito além das ferramentas teóricas oferecidas pela ciência e hermenêutica jurídicas.

Daí, poder-se renovar a pergunta: *happy* ou *unhappy Constitution*?

Dado que a legitimidade das decisões também se respalda em âmbito que extrapola as técnicas de argumentação da dogmática jurídica, imprescindível ter-se em mente a dimensão pragmática do discurso judicial. Nessa perspectiva, o papel dos juízes está a desafiar questionamentos os mais diversos, o que tem contribuído para polemizar decisões judiciais e/ou aceitá-las. Tanto mais num mundo complexo e plural, onde as mesmas normas jurídicas conseguem com muito êxito tutelar interpretações antagônicas entre si.

O comportamento do juiz, do promotor, do procurador, do defensor e do advogado, portanto, importa. E muito.

É preocupante, pois, ver noticiada, na grande imprensa, peregrinação de ministro presidente do STF a reivindicar, de porta em porta de parlamentares, aprovação de projeto de lei de aumento dos próprios subsídios, nada obstante o STF esteja por decidir questões fundamentais do interesse do governo/parlamentares e o país, a enfrentar uma das mais profundas crises econômicas e políticas dos últimos tempos, na qual a palavra de ordem tem sido corte dos gastos públicos.

Sob o viés remuneratório, o Poder Judiciário perde sensivelmente sua credibilidade, quando se omite em apreciar liminar monocrática, há mais de um ano deferida por ministro do STF, para assegurar a todos os juízes brasileiros o direito de receber parcela indenizatória de “auxílio-moradia”, passando a impressão à sociedade de que os limites constitucionais e orçamentários somente se aplicam às demais categorias do serviço público, estando à magistratura à parte; o que é, sem dúvida alguma, bastante questionável do ponto de vista jurídico e moral e, por consequência, termina por minar a própria autoridade e legitimidade da autoridade responsável por decidir em última instância as questões políticas e jurídicas do país. Ou, pelos mesmos motivos, torna-se injustificável à luz da Constituição reconhecer aos

magistrados o direito ao “auxílio-alimentação” por suposta isonomia com os membros do Ministério Público, mas indeferir, com base na Súmula 339 e na Súmula Vinculante 37, todo pleito remuneratório similar em favor de qualquer categoria de servidor público, que com o mesmo fundamento da isonomia requeira a extensão de parcela remuneratório.

Happy ou unhappy Constitution? Para uns ou para todos?

Constata-se de modo surpreendente como juízes prontificam-se em entrevistas e manifestações públicas sobre o mérito de questões que logo mais haverão de julgar. Veem-se ainda juízes, aderindo a manifestações políticas e partidárias em um dia, e, no outro, a julgarem processos contra quem se mobilizaram. É de se estranhar, o que mereceu inclusive críticas de ministros do STF, membros do ministério público, adotando atitudes televisivas e pouco usuais para a prática de atos de ofício, o que, como se viu, voltou-se contra a própria razão de ser do ato jurídico executado, que, não fosse tamanho expediente, não sofreria censura dessa natureza.

Seria possível alinhar outros tantos exemplos. Esses, porém, servem para sugerir a configuração de um quadro extremamente delicado no âmbito da legitimação das decisões e da própria Constituição. O Brasil precisou de muitos anos, décadas e mais décadas, para desvencilhar a imagem do juiz da imagem do político e, correlatamente, firmar a imagem do juiz profissional, que por isso conquistou a respeitabilidade no exercício de suas funções. Não basta apenas o ato de aplicação pretensamente científica das normas à luz de uma teoria da ciência do direito, que dará ao caso a legitimidade condicionadora de sua aceitabilidade política, jurídica e social.

É importante entender que a Constituição, para tornar-se efetiva, precisa ser vivenciada por cada um de seus destinatários, particularmente por aqueles que são responsáveis por guardá-la e aplicá-la. Aliás, não foram outras as palavras do decano do STF, ministro Celso de Mello^[1], por ocasião do 28º aniversário da Constituição, quando destacou incumbir “aos magistrados e aos tribunais, notadamente aos juízes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho do grave encargo que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana”.

Porque a legitimidade das decisões não se sustenta apenas no tecnicismo da linguagem e na noção de “verdade”, do juiz exige-se mais. Até porque, como se sabe, as teorias argumentativas não são neutras; menos ainda científicas, por mais que insistam seus autores em defender-lhes o caráter técnico, racional e imparcial.

Sendo assim, a ética de quem julga ou faz atuar as leis (v.g.: promotores, procuradores, defensores e advogados), considerada em seu sentido mais antigo, de *habitus*, é um importante instrumento de legitimação das decisões. Como presente de aniversário da Constituição, é preciso dizer-se que a legitimidade das decisões depende umbilicalmente da autoridade jurídica e social que as produz, portanto, de suas qualidades e comportamentos, conforme a história política e jurídica mostra de longa data.

Consoante mencionado acima, houve uma considerável exceção à letargia que há quase 30 anos predomina no 5 de outubro. A posse da ministra Cármen Lúcia deixa uma luz de esperança acesa. Ao esquivar-se de fórmulas protocolares e tradicionais tão comuns à solenidade de posse de presidente do



STF, dirigindo-se inicialmente ao povo brasileiro (e não ao presidente da república, do Congresso ou do STF) e, encerrada a cerimônia de posse, oferecendo aos convidados apenas café e água em vez de banquetes palacianos, a presidente do STF deu sinais franciscanos de que as instituições — formadas aos longos dos séculos — dependem umbilicalmente da coerência moral dos atos de cada um de seus ocupantes. Discurso e prática.

Com isso, e já para finalizar esta breve reflexão, quer-se ponderar que os últimos meses chamam à discussão e à responsabilidade em especial duas instituições que têm suas imagens compreensivelmente confundidas com a da justiça. Mas, a justiça e as instituições, consoante dito acima, dependem das pessoas de carne e osso, e se elas não dobrarem seus ímpetos mais egoísticos às exigências jurídicas e institucionais, haverá falência múltiplas dos órgãos constitucionais.

Destarte, o tempo passado não será de mais Constituição, de *Happy Constitution*, e sim de menos Constituição, *Unhappy Constitution*. Cada momento que se vive nunca é mais, é sempre menos... como dizia o poeta.

As instituições, os poderes, os códigos e a Constituição, por mais que transcendam as pessoas, dependem dessas mesmas pessoas, que têm nome, endereço, interesses e sentimentos, para darem continuidade e cumprirem com seu mister. Os primeiros anos da Constituição de 1988 bem o demonstraram. A mudança constitucional mais profunda somente ocorreu (e ocorre) muitos anos depois, para o bem e/ou para o mal.

É preciso, pois, tornar-se vigilante, afinal, para evitar um *unhappy end* da Constituição, é necessário cultivar-se uma *Happy Constitution*. E, pode-se começar pela sua parabenização: *happy birthday*. A ministra Carmén Lúcia começou seu mandato com o “pé direito” pela forma e pelo conteúdo, registrando simbólica e historicamente o “dia da Constituição” e o dever de uma vivência constitucional.

[1] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoCF88.pdf> [5 de outubro de 2016].

Meta Fields