

A CARTA DOS SONHOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Francisco Meton Marques de Lima^(*)

1. Os vários sentidos da Constituição

A Constituição de 1988 é um sonho! Porém, acreditemos nela, pela nossa capacidade de nunca deixar de sonhar!

O **Constitucionalismo**, movimento que se alevantou no Século XVII, dentro do *Iluminismo*, teve em vista a idéia de submeter todos os Estados a uma Constituição, um documento político mediante o qual a vontade do rei fosse substituída pela vontade da lei.

Logicamente, em todos os tempos todos os Estados tiveram Constituição. Porém, como documento meramente simbólico, sem força coercitiva e sem que o povo partilhasse dela. Até na Democracia de Atenas, apenas os cidadãos, em torno de 10% da população adulta, tinha direito ao voto. Cidadão, dizia Aristóteles, era o homem livre que não precisava trabalhar para viver.

Mas a Constituição que sobressaiu do Constitucionalismo foi outra coisa: trata-se de um documento político que racionaliza a organização do Estado, sua forma e seu governo, os Poderes e a repartição de competências, bem como os direitos e garantias individuais.

^(*)Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC, Prof. Associado da UFPI, Desembargador do TRT 22ª Região

No entanto, as constituições que vingaram a partir desse movimento ideológico funcionaram como instrumento pelo qual as várias funções do Poder exerciam o controle do Poder. Funcionava no nível dos Poderes, pondo limites à atuação de cada qual. Porém, para valer em favor do cidadão, dependia totalmente de regulamentação. A Constituição, por si, não gerava direito subjetivo diretamente.

A partir do Pós-Positivismo jurídico, em que se reconheceu a força preceptiva dos princípios jurídicos, levanta-se um correspondente movimento ideológico constitucional: o NEOCONSTITUCIONALISMO.

O Neoconstitucionalismo caracteriza-se por inúmeros eventos, valendo destacar, a partir do magistério de Luiz Roberto Barroso:

- a) a admissão da força normativa dos princípios constitucionais;
- b) a judicialização dos direitos constitucionais;
- c) o controle judicial da constitucionalidade das normas e atos normativos;
- d) a fluência de direitos constitucionais subjetivos;
- e) o garantismo constitucional
- f) e a interpretação valorativa da Constituição.

Com efeito, dentre os valores máximos que a CF/88 proclama destaca-se o pluralismo, o qual deve ser potencializado em todos os seus matizes: pluralismo social, político, ideológico, religioso, profissional, ético, étnico e sexual.

Ora, no contexto de um pluralismo tão esférico, adicionado ao respeito a um reconhecido individualismo, torna-se

absolutamente impossível imaginar conceitos normativos fechados, dada a necessidade de múltiplas leituras para atender às diversas hipóteses que o mesmo texto enuncia. Daí uma certa razão a Rabenhorst, segundo o qual a normatividade dos textos brota dos fatos.¹ Equivale ao positivismo diário de Luhmann, segundo o qual o positivismo consiste em ir revelando a norma contida no texto de lei diuturnamente, conforme bem analisado por Höffe.²

O Prof. Luiz Moreira fala da *Constituição como simulacro*.³ Simulacro vem de simulação, algo aparente que esconde uma realidade, é apenas a sombra do real, algo muito distante do real. Ou significa que o textualizado não corresponde à realidade.

De fato, há mais de século e meio se duvida do texto escrito. Em 1862 Lassalle fala da Constituição de Papel, que, segundo ele, nada vale se não estiver de acordo com os fatores reais do poder. Estes é que compõem a constituição real. Na versão normativista, confrontando com Lassalle, Konrad Hesse acredita na força normativa que emana do texto.

Marcelo Neves escreveu *A Constituição Simbólica*,⁴ para dizer que a Constituição, antes de potência jurídica, funciona mais como símbolo, ou encarna vários símbolos. Ou seja, na sua visão, a Constituição não é para valer. Símbolo, na versão de Ricoer, assinala Freitas:

¹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *A normatividade dos fatos*. João Pessoa-PB: Vieira Livros, 2003.

² HÖFFE, Otfried. *Justiça Política - Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991. Tradução de: *Politische Gerechtigkeit*.

³ MOREIRA, Luiz. *A constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

⁴ NEVES, Marcelo. *A Constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

sugere ou dá, na transparência opaca do enigma, um sentido segundo, que se abre e amplia indefinidamente através do mito e do rito. Enquanto o sinal, como convenção arbitrária, deixa o significante e o significado indiferentes um ao outro, o S. pressupõe a homogeneidade do significante e do significado no sentido de um dinamismo organizador.⁵

O Professor Baracho falava em suas aulas da Constituição emblemática. Ivo Dantas refere-se a uma Constituição Semântica.

Mártires Coelho⁶ fez referência à constituição elástica, de borracha, portanto, moldável no tempo como condição de sua durabilidade.

De fato, o que nunca se percebeu é que a Constituição não tem um valor intrínseco, mas, sim, um valor condicionado ao meio social. Ou seja, este é que vai dando sentido ao àquela.

Por isso, é que defendo que toda interpretação é axiológica, gira em torno de um eixo hirto de valores, o valor da Constituição vai se revelando de acordo com o âmbito social.

Veja-se que a Constituição de Pedro I continha quase toda a declaração de direitos das constituições republicanas. A diferença da atual diz respeito ao campo axiológico. A população atual é mais exigente e a sociedade dá amplo apoio à realização dos direitos de cidadania para todos. É graças a essa receptividade social que o Poder Público tem coragem para executar políticas públicas tais e tais, que os Juízes decidem em favor de teses sociais, que o

⁵ FREITAS, Manuel da Costa. In LOGOS, *Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1997.

⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Palestra proferida no Congresso da FAETE em homenagem aos 20 anos da Constituição, no dia 7 de maio de 2008.

Ministério Público se sente encorajado para agir, que o Legislativo se apressa em regular direitos etc.

No entanto, como em uma versão dos valores, estes são a progressiva revelação do ser, a Constituição, como um catálogo de valores a promover a integração nacional, vai se revelando progressivamente. Significa que, sempre, em qualquer tempo, existe e existirá uma reserva adormecida, não realizada e irrealizável em dada época.

Com base nessas premissas, eu escrevi na UFMG uma monografia de disciplina em que tratava da **Carta dos Sonhos**. É isso mesmo, para mim, a Constituição de 1988 é a Carta dos Sonhos, emanada da fada-madrinha, em contrafrente à maldição da bruxa malvada. Assim imaginei em relação ao conteúdo atualmente onírico o distanciamento da Constituição da plebe rude. A Constituição está próxima das classes média e alta, mas mesmo assim, o Estado-policial que ora se instala de fato vem suscitando sérios questionamentos sobre a sua efetividade. Por outro lado, como falou o Prof. José Albuquerque Rocha, as grandes decisões tomadas no País, que afetam toda a população, o são por órgãos não democráticos, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional, a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Curador do FGTS, o BNDES etc. Nessa seqüência, veja-se o malsinado fotocensor, que obriga o cidadão a ficar retido nos sinais à noite, sem segurança, restando-lhe duas opções: o assalto do assaltante, ou o assalto do Governo.

Escrevi no Manual de Direito Constitucional que a Constituição ainda está em estado gasoso, evoluindo para o estado líquido para, algum tempo passar para o estado concreto.⁷

2. O Estado necessário e os Direitos Fundamentais vivos

⁷ *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: LTr, 2005.

No alvorecer do III milênio, impressiona a insistência na retórica dos direitos humanos, de sonoridade poética e pretensão universalista.

Fazendo analogia com a assertiva segundo a qual só se legisla sobre fatos, quando se insiste em determinado assunto é porque os fatos atinentes a ele estão em evidência. Assim, falar tanto de direitos humanos denuncia a sua violação em massa e prenuncia tempos piores, lembrando a prisão americana de Guatânamo, as sentenças italianas em processos de cinco minutos para expulsar imigrantes africanos que entram através da Líbia, o afundamento de gaiolões de africanos que tentam chegar à costa européia, a condição da mulher em muitos países islamitas.

Parece até mais uma insistência para manter vivo o agonizante cardíaco (ser humano), tantas vezes reanimado, mas prestes a sucumbir por suas próprias mãos. Isto é uma lástima, pois o dinossauro, com apenas cem gramas de cérebro, foi capaz de viver na terra por 150 milhões de anos, enquanto o ser humano, com dois milhões de anos já dá sinais de auto-extinção.

O interlocutor de Sócrates questiona-o sobre o tamanho que deve ter o Estado, e ele responde que não deve ser grande nem pequeno, não importa o tamanho, o necessário é que seja suficiente.

O *Tamanho do Estado*, não se relaciona com a extensão territorial, mas com a atuação do poder público no cumprimento das suas atribuições em prol do bem estar social e na guarda da cidadania.

Este é um tema que faz a história atual, especialmente na América Latina, que implantou um amplo programa de privatização das empresas estatais, terceirizando o serviço público e particularizando o ensino e a saúde. É a doutrina do Estado

mínimo, preconizada por Hayeck e radicalizada na doutrina de Nozick. Veja-se que, em pleno Governo do Partido dos Trabalhadores, o Ministério do Trabalho e Emprego tem mais servidores terceirizados do que efetivos. Há hoje menos fiscais do trabalho do que na década de 70.

É o Estado encolhendo nas suas funções essenciais e inchando no empreguismo político. Mas até que tanto o Estado tem que encolher? E já não será pequeno demais? No conceito socrático, o Estado brasileiro ainda é nanico no que tange a oferecer vida digna e segurança a todos os seus cidadãos. E é porque o Governo do Partido dos Trabalhadores (iniciado em 2003) moderou o processo de privatização, ou não tinha mais o que privatizar.

Não detectamos ainda como a desestatização, a flexibilização das normas trabalhistas e a redução do serviço público vai otimizar a atuação do Estado na construção da cidadania. Até que ponto um programa de desemprego em massa pode ser caracterizado como moderno e proporcionador de bem estar social?

Diante da gritante desigualdade social, não vemos como o Estado brasileiro sair da intervenção na economia e na propriedade privada sem causar dano irreparável. Do jeito que estão sendo conduzidas as reformas constitucionais, não tenho dúvida, vai aumentar a dívida social e a agressão aos já esfarrapados direitos humanos.

A propósito, é oportuno abordar os direitos humanos do sobrado e os do mocambo, fazendo um paralelo do direito com os fatos, da Constituição real e da Constituição formal.

Os direitos fundamentais constituem a matéria constitucional por excelência nos modelos contemporâneos, porque protege o cidadão contra o arbítrio oficial e estabelece as

“cerquinhas” de direitos e liberdades subjetivas dos indivíduos reciprocamente considerados. Nessa condição, esses bens já se impõem como uma ordem supraestatal e supraconstitucional.

LASSALLE escreveu que “*as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social*”.⁸

Contestando Lassalle, Konrad Hesse partiu em defesa da Constituição, afirmando que no embate entre os fatores reais do poder e a Constituição escrita a situação deve resolver-se em favor desta.⁹

Ambos têm razão. O primeiro faz uma análise sociológica dos fatos constitucionais, partindo dos fatores reais que ditam as regras a serem escritas e conseqüentemente orientam a respectiva interpretação e aplicação. Já o segundo parte do texto escrito para a sua própria finalidade enquanto dever-ser. Assim, a contestação de um não se aplica à assertiva do outro, porque estão falando de coisas diferentes. Um fala do direito constitucional de fato e o outro comenta o direito constitucional formal. São duas categorias distintas.

Na verdade, é palpável a dissociação entre as duas constituições, um fosso abissal as separa, sem que isso implique a negação ou afirmação categórica de qualquer uma. Na verdade, cada estrato social tem a sua constituição. A tensão entre a faticidade e a validade só existe nos limites de cada constituição real com o seu bloco social imediato e mediato. Entre a constituição das primeiras camadas sociais e a das últimas não se estabelece

⁸ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1985, p. 67.

⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 96.

qualquer tensão, pois a liga há muito se rompeu. No *apartheid* social uma opera no inferno dantesco da massa social; a outra opera do purgatório para o Paraíso, porém já sobre as lambidas labarais vindas lá de baixo.

Com efeito, partindo da estimativa de que a Terra possui seis bilhões de habitantes, apenas dois bilhões habitam as democracias. Os demais vivem em países de regime totalitário, ou de democracia aparente. Logo, só por esse dado geográfico, constata-se que dois terços dos seres humanos vivem sob os regimes tribais africanos, ortodoxia religiosa islamita e oriental e ditatorial chinês, norte-coreano e outros. Aí, direitos humanos são a mais pura ficção.

Dentre os habitantes das chamadas democracias, dois terços enquadram-se no estado de miserabilidade e mais de três quartos sobrevivem na linha de pobreza e uma crescente faixa de excluídos, cujo estado não lhes permite sequer apreender o significado da expressão. Só os que se enquadram acima da linha de pobreza reúnem condições mínimas de apreender o significado das instituições oficiais.

Deduz-se desse quadro que apenas 10% dos moradores do Planeta Terra são usuários reais dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Leonardo Boff diz que no Brasil ainda não se pode falar de direitos humanos, pois ainda se luta por direitos animais: um prato de comida e uma toca para morar. Direitos humanos, para a grande parcela da população, não passam de retórica. Na verdade, quem não tem alimentação e moradia dignas não pode pensar em outro bem. A rigor, “Direitos Humanos” pressupõem já satisfeitos os direitos animais do ser humano. Essa legião de desvalidos encontra-

se no estágio inicial de sobrevivência. Para ela, direitos humanos são um prato de comida por dia e um teto para abrigar-se.

A lei é pródiga em garantias e proteções da cidadania, mas não põe a comida na mesa nem educação pública e gratuita eficiente a todos os necessitados, pois nos últimos anos a retórica educativa dos governos traduz-se na construção de uns “chiqueiros”, para quais as crianças são “tangidas”. Não há a mínima preocupação com a qualidade.

Conseqüentemente, os direitos fundamentais constituídos são letra morta em relação aos estratos inferiores da sociedade, dado que as autoridades não os observam em relação a eles, assim como não lhes fornecem os serviços públicos essenciais. As polícias não respeitam a inviolabilidade de domicílio nem a presunção de inocência.

Os direitos humanos, na verdade, são direitos burgueses, oponíveis só por pessoas instruídas e/ou abastadas, que têm acesso ao processo e à Justiça. Destarte, a Constituição de 1988 é de Primeiro Mundo, de elite, muito complexa, absolutamente inacessível ao povo.

Os que saqueiam o Erário são ricos, ou porque já eram ou porque se tornaram com tal prática, enquanto os sem teto e os famintos são miseráveis. Os primeiros invocam os direitos e garantias constitucionais, os quais, bem manipulados pelos Doutores que a Universidade pública formou e que o Erário custeou as suas pós-graduações, asseguram a impunidade. Os pobres, sem direito a Direitos Humanos já estão sob a pronta providência do Poder Público, que já constrói mais cadeias e importa mais armas para lhes fazer frente.

A presunção de inocência afirmada na Declaração dos Direitos Humanos, albergada na Constituição Federal, é ampliada

eletronicamente, em favor dos cidadãos (os privilegiados da sociedade) de maneira que um átomo de dúvida no oceano de certeza é suficiente para a absolvição. Enquanto isso, contra o réu nato (os tradicionais marginalizados) a presunção é a de culpabilidade. Deduz-se isso do direito vivo, efetivamente praticado, em que a autoridade utiliza eletrônicos microscópios na identificação de um grão de culpa num mar de inocência.

A hipocrisia legal ajuda muito nesse processo de repartir a justiça. O rico faz tudo, todos têm conhecimento da sua conduta, o fato é de notoriedade pública, mas a simples negação é o suficiente para levantar dados que caracterizam o *in dubio pro reo*. O inculto carente não peca muito, mas confessa tudo. Mesmo a autoridade sabendo que o primeiro é criminoso potencialmente mais perigoso que o segundo, prefere o rigor formal – liberta o sagaz e encarcera o ingênuo.¹⁰

Sim. Mas a cadeia compõe um dos incisos dos direitos humanos humildes.

Dessa análise, sociologicamente falando, sobressai que o artigo 5º da Constituição Federal é interpretado pelas autoridades assim:

- Todos os pobres são livres para morrer de fome e morar debaixo da ponte, com direito a frio, doenças, surra da polícia e até incêndio pelos vadios da sociedade;

- todos os pobres têm direito a não comer nem a possuir moradia;

- todos os necessitados têm o direito de ser preso sem motivo ou sem flagrante, com tortura e até morte oficial;

¹⁰ MARQUES DE LIMA. Francisco Meton. *As mais novas implicações da velha justa causa*. Cuiabá-MT: Oásis JurídicoEditor, 2001.

- todos os pobres têm o direito a jogar os seus filhos na rua para cheirarem cola e prostituírem-se;

- todos os necessitados em protesto pela sobrevivência têm direito a violenta repressão policial, com ferimentos graves e morte;

- os operários têm o direito à espoliação e a baixíssimos salários nesse nefasto processo de terceirização;

- todos os trabalhadores têm direito à instabilidade no emprego, para permitir a crueldade capitalista;

- todos os trabalhadores, inclusive do setor público, têm o sagrado direito à demissão injustificada, sem (ou quase) indenização;

- todos os brasileiros pobres têm direito de morrer nos corredores dos hospitais, à falta de assistência;

- todos os favelados têm o sagrado direito de invasão dos seus barracos pela polícia a qualquer hora do dia ou da noite;

- todos os favelados têm direito a ser despejado liminarmente pela justiça de suas possessões, mesmo em se tratando de posse velha;

- é assegurado a todo cidadão pobre o rigor e a presteza da justiça, quando acusado, e a lentidão, quando for autor da ação contra rico.

Parágrafo único - Além dos direitos acima declinados, é assegurado a todo brasileiro pobre outras garantias que se deduzam dos princípios gerais, inclusive o de virar bicho.

Por sua vez, os que já viraram feras estão alimentando as fileiras do crime profissional, descendo o morro e atacando os indefesos cordeirinhos do bairro nobre, disseminando o terror, através de assalto, seqüestro, furto, roubo, saque e até homicídio. Suprimem o sabor da riqueza, o prazer do gozo dos bens materiais, tiram o sossego dos banhistas, dos turistas e dos transeuntes em geral.

É tempo de construirmos a ponte da amizade entre o sobrado e o mocambo, mediante um pacto social verdadeiro, e não aquele em que um entre com a faca e o outro com o pescoço.

Tomara que não se repita o mesmo que se verificou quando se tentou construir a ponte da amizade entre o céu e o inferno: o anjo bom e o anjo mau ajustaram construir a ponte da amizade entre o céu e o inferno. Passado o prazo assinado, a metade que competia ao inferno estava pronta e a parte do céu nem se havia iniciado. Diante da queixa do demônio, o secretário geral do céu informou o problema: os dispostos e operosos estavam todos no inferno.

Tomara que não falte operário do lado do sobrado e só a banda do mocambo seja feita.

Notas conclusivas

Do exposto, é forçoso concluir que a Constituição de 1988 ainda está longe de refletir seu ideal textualizado na realidade, pois é um documento complexo, de Primeiro Mundo, para regular direitos da maioria inculca da população e de Terceiro Mundo.

Com efeito, em um Estado em que ainda se persegue direitos animais, como direito a um prato de comida e uma toca para morar, os direitos fundamentais se restringem a um pequeno contingente da população. Da mesma forma, a democracia propalada representa mais uma farsa, ante a realidade de carentes dominados por esmolos oficiais e extraoficiais, por isso sem liberdade de voto.

Por sua vez, o Estado policial que aflora na prática, conduzido pelos triunvirato - Ministério Público-Imprensa-Polícia, que agem em processos kafkianos, sem contraditório nem defesa, vem pondo em cheque as garantias individuais dos cidadãos de todas as classes. Mas em relação às camadas sociais da base da pirâmide, não existe sequer Constituição. Para os carentes, Constituição é um prato de comida e um abrigo.

Impõe-se, pois, se teça um pacto social realmente libertador, mediante políticas públicas afirmativas de estabilização social, a qual passa primeiro pelo pacto trabalhista de direito ao emprego e respeito do empregado contra caprichos rescisórios do empregador. Ratifiquemos o mais urgente possível a Convenção 158 da OIT e demos-lhe efetividade o mais rápido possível. O Brasil e os brasileiros saberão retribuir com trabalho e estabilidade social.

Francisco Meton Marques de Lima