

NOTÁVEL SABER JURIDICO E REPUTAÇÃO ILIBADA

Desembargador Antônio Carlos Esteves Torres
Diretor Adjunto do CEDES

Em matéria denominada “leis em movimento”, o sociólogo Demétrio Magnoli (O Globo, 23.4.2015), sugere ao Senado que negue aprovação ao jurista Luiz Edson Fachin, indicado pela Senhora Presidente da República, Dilma Rousseff, para o ingresso no Supremo Tribunal Federal. As razões, embora ressaltando o atendimento ao critério do notório (notável) saber jurídico e calando-se, ou não sendo enfático a respeito da reputação ilibada, do art. 101, da CRFB, são as seguintes: admitindo o direito do cidadão de ter opção política, referindo-se ao fato de o *indicado ter-se manifestado a favor da então candidata* agora reeleita, no caso, aponta-lhe *militância específica na área do Direito*, porque participou, com destaque, de *manifesto coletivo de juristas, arregimentados em “partido”(sic), definindo “lado” (sic)*; prossegue o articulista, atribuindo ao Professor Fachin a adoção doutrinária de tese sobre o dever de o juiz que tem “lado”(sic) *abrir as portas para o futuro, guiando a sociedade numa direção virtuosa*; lembra que, em artigo, o sabatinando atribui *poucos méritos ao texto constitucional, Constituição, aliás, que não viu nascer, e qualificando o processo constituinte da redemocratização como “uma promessa” (sic) que se converteu em “ausência” (sic)*, pois o que pouco de Marx havia deu lugar a muito de Tocqueville; hesita quanto à introdução da crítica acadêmica na Corte Constitucional; o sociólogo autor revela que Fachin defende a ideia de que *o leito de Procusto do Direito é a economia de mercado, cuja mecânica de compra e venda transforma tudo em mercadoria e se interpõe entre os significados da equidade, democracia e direitos humanos*; a prevalência do mercado afasta o Estado legislador do centro dos poderes e *intenta limitar o Estado-juiz a retornar ao grau de bouche de la loi*; critica a retórica hermética do jurista, *acusado de usar de ativismo judicial ilimitado, cujo ideal seria o poder estadual concentrado e a autonomia do juiz para implodir o leito de Procusto e fabricar uma nova Constituição*; a aversão do jurista à estrutura de estabilidade da legislação e sua obsessão por searas de soberania popular, acrescenta o sociólogo, não podem passar em branco na sabatina; o “partido dos juristas” (sic) almeja reescrever a Lei (sic), interpretando livremente os princípios gerais do Direito para dinamitar as heranças constitucionais da “primeira modernidade”(sic); querem operar acima e além dos limites definidos pela separação dos poderes.

É longo o rol de fundamentos para justificar a desaprovação do indicado. Embora, para exame dos doutos parlamentares, esteja no relato que a circunstância de o professor ter feito campanha para Dilma, em 2010, não o desabona, considera-se particularmente ameaçador manifesto de juristas, declarando-se que se fosse de

intelectuais, economistas ou sambistas, seria só opinião. Reconhece, com todas as letras que, obviamente, o juiz tem a prerrogativa de interpretar a lei à luz de (sic) princípios gerais e circunstâncias singulares. Acrescenta não haver nada de errado com a crítica acadêmica à Constituição. Repete o entendimento do indicado sobre ser evidente que uma Constituição se faz Constituição no desenrolar de um processo constituinte material de índole permanente, pelo recurso a ações afirmativas e pelo resgate de dívidas históricas.

Releio a advertência aos Senhores Senadores. De plano, é contraditória, quando reconhece, como o próprio professor, indagado sobre as dúvidas, devolveu o aviso, avisando que as convicções do exercício da cidadania não interferirão no comportamento do magistrado. Não me recordo de nenhum colega que, fora da função judicante, tenha ignorado um fato político das dimensões de uma eleição para Presidente da República. É natural. É saudável. É garantia do direito de se manifestar.

Interpretar a lei é função do juiz. É através deste exercício mental que se abrem as portas do fazimento de justiça. É assim que se mantém a Constituição, cujo cumprimento todos nós magistrados juramos cumprir e fazer cumprir.

As restrições ao texto constitucional, longo, abrangente, atécnico, por que envolvido de seara infraconstitucional, são de conhecimento de todos. Um Presidente da República declarou, quando da promulgação da Lei Fundamental que, com ela, o país seria ingovernável. O nobre relator do Projeto, então deputado Bernardo Cabral, que andou a pisar em ovos, para garantir o equilíbrio político, era imprescindível votar e aprovar um texto básico, foi enfático: saiu um monstrengo, sim. Para a dispensa de maiores dilações, já se vai pela altura da 86ª Emenda Constitucional, sendo importante ressaltar que a EC40/2003 revogou o artigo 192, § 1º a 3º, invasor do universo financeiro e de sua política, ao fixar, em espetacular demagogia, a taxa de juros em 12% ao ano.

O ensaio da lavra do Professor Fachin, objeto das mais severas críticas por parte do sociólogo, diante de leitura técnica, revela que a tal primeira modernidade se refere ao legado eurocêntrico de um sistema patriarcal, codificado e arrimado em um Estado-nação, enquanto a segunda modernidade é identificada em uma sociedade econômica reguladas por leis próprias, na qual os direitos fundamentais deixaram o campo do debate da efetividade para consubstanciar um hiperconsumo das ideias destacadas da cidadania e da democracia. É tese doutrinária, para reflexão de quem puder compreender seu alcance cívico. A censurada identificação do pensamento com respeito à intromissão da compra e venda, que tudo transforma em mercadoria, no significado de equidade, democracia e direitos humanos, em verdade, se esboroa flagrantemente, até porque trata-se do fundamento

que presidiu a materialização do cânone inserto no art. 5º, XXXII, da Lei Maior: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Reconheça-se que o linguajar utilizado no fragmento submetido ao látego censor é de literatura alta, afastado dos que não têm alguma intimidade com história, filosofia, direito e... sociologia. Mas, sem grandes esforços, não creio seja tão difícil entender que, ao comentar a reação ao ente argentário, surgido nos espaços público e privado, na simultaneidade conservadora e inovadora, que os mais quinhentistas denominariam *oximórica*, o indicado estaria, como diz, em seguida, descrevendo as várias "...denominações dessa *persona* que se apresentou por meio de um rebanho de signos linguísticos domesticados para uma nova peregrinação, a reconstrução da vida privada".

Galbraith, num livro estranhamente "escondido", *A Economia das Fraudes Inocentes*, observa que não há diferença perceptível entre o público e o privado. Piketty, nas conclusões de seu *O Capital no Século XXI*, chama a atenção para o tema nuclear de sua obra: a contradição central do capitalismo, que, em suma, aborda a principal força desestabilizadora ligada ao fato de que a taxa de rendimento do capital privado (sempre associado ao público, de alguma forma) é sempre maior do que a taxa de rendimento dos salários e da produção, é a base da desigualdade. Num resumo mais contundente, *Le passé devore l'avenir* (O passado devora o futuro).

Estes pequenos excertos são a demonstração cabal de que Fachin não está a inventar coisa alguma, embora inove na forma corajosa de conceber teses que, mais dia, menos dia, figurarão dos seus julgados, como devem figurar nos de qualquer ministro do STF.

Está na apresentação do livro de J.J. Gomes Canotilho, Constitucionalista português que tem estado entre nós amiudadamente, em ementa inaugural a menção à obra de Konrad Hesse, *Constituição aberta ao tempo*. Canotilho, em sua obra editada pela editora Almedina, Coimbra, 2014, revela que, nas incursões na teoria da constituição, já detectara a profunda mudança dos paradigmas do constitucionalismo de finais do século XX e no dos começos do novo milênio. Adverte, ainda a início, que a linha que atravessa os seus escritos pretende sugerir que o espaço-tempo da historicidade constitucional é, em certo sentido, curvo. "Não basta, a nosso ver, estar contra os ventos. É preciso navegar entre o *Estado de Direito* e a *República constitucional comercial*, e compreender como a "fortuna" e a "virtude" se agitam no contexto das novas sociedades em rede." (pág.24/25).

Para os menos afeitos à ciência do constitucionalismo, Canotilho, durante anos, promoveu a tese da *Constituição Dirigente*, um livro seu. Neste das citações, ele mesmo, a demonstrar a coragem do cientista, confessa que "Esta expressão – "Constituição dirigente" -

revelou-se, posteriormente, um termo equivocado”. (pág. 31). Suas explicações para a equivocação passam pela virulência do ataque à identificação com o dirigismo pragmático, sob a ideia da *narratividade emancipatória*. O texto constitucional deixava de ser uma lei, para se transformar numa “bíblia de promessas” de “novas sociedades” (sociedade mais justa); o inaceitável determinismo normativo do texto, com incisividade imediatista e concretizadora da Lei Fundamental, a ponto de se evitarem queixumes da constituição não cumprida, e, por último, “a teoria da Constituição dirigente procurava fornecer arrimos jurídico-dogmáticos a uma fundamentação dos limites materiais-constitucionais vinculativos do legislador. No fundo, a doutrina explicava mal o enigma do legislador vinculado nos fins, quando, na verdade, alguns preceitos da constituição se revelavam suficientemente densos e determinantes para limitarem, em termos jurídicos, os “excessos” do poder legislativo”. (pág. 32).

É este o ambiente em que a inteligência do indicado se desenvolve. Assimilá-la é ofício de quem trata com a devida abertura e cuidado a doutrina da Constituição. Como deve fazer o julgador do Tribunal que dela conhece e decide, para lhe garantir a efetividade.

A propósito e com todo o respeito devido a quem tem o direito constitucionalmente garantido de expor seu pensamento, o que tem o título, leis em movimento, a ver com a advertência ao Senado de que “É hora de dizer “não”?”