

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE



Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Ciências Jurídicas
n.º 4, janeiro/julho de 1994

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Departamento de Ciências Jurídicas

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº4, janeiro/julho 1994

Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - nº 4, janeiro/julho de 1994.

Direção do Departamento de Ciências Jurídicas

Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez

Ana Lúcia de Lyra Tavares

Joaquim de Arruda Falcão Neto

José Eduardo Campos de Oliveira Faria

José Ribas Vieira

Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino

Tânia da Silva Pereira

Coordenação de Publicação

Gisele Guimarães Cittadino

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, nº 4,

1994

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade

Católica do Rio de Janeiro,

Departamento de Ciências Jurídicas.

I. Direito

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - Rua Marquês de São Vicente, 225/ Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - Brasil.

SUMÁRIO

Os Direitos Humanos e a Defesa da Constituição <i>Carlos Roberto de Siqueira Castro</i>	1
O Tribunal do Júri : Justiça Popular ou Mistificação <i>Carlos Rodolfo Tigre Maia</i>	15
Ações Cautelares no Direito de Família: Arrolamento de bens. Alimentos Provisionais. Separação de Corpos. Busca e Apreensão <i>Firly Nascimento Filho</i>	19
Direito e Ética no Brasil de Hoje <i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	31
A Perícia nos Processos em que é Parte a Fazenda Pública. Responsabilidade pelo Adiantamento das Despesas <i>José Eduardo Carreira Alvim</i>	39
Breves Considerações Sobre o Modelo Político Burocrático-Autoritário <i>Marcello Raposo Ciotola</i>	45
Violência Brasileira: O Papel da Criminalidade <i>Maria Lúcia Karam</i>	55

Considerações acerca da Conveniência da Manutenção no Direito Brasileiro da Ação Direta de Constitucionalidade, Introduzida pela Emenda Constitucional nº3/93 por ocasião da Revisão Constitucional prevista na art. 3º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988

Regis Fichtner Pereira.....71

Exceção de Suspeição nº 92.0066466-0

Salete Maria Polita Maccáloz.....85

Segurança Pública no Estado de Direito

Winfried Hassemer.....97

Recaséns-Siches e a Lógica do Razoável

Gustavo de Brito Freire Pacheco.....117

Burocracia e Disciplina

Luis Antônio Cunha Ribeiro.....127

OS DIREITOS HUMANOS E A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO*

Carlos Roberto de Siqueira Castro**

Caros Mestres e alunos da Universidade Estadual do Norte Fluminense

É com incontida satisfação que venho ao vosso encontro, na sessão inaugural da Universidade Estadual do Norte Fluminense, para expor algumas idéias em defesa da Constituição Brasileira de 1988, presentemente ameaçada pelo revanchismo das elites reacionárias, que não poupam argumentos falaciosos para desacreditar a nossa novíssima Carta Política e antecipar uma revisão constitucional que lhes restaure os privilégios castiços e interrompa a ascensão do povo trabalhador aos predicados da cidadania.

Nunca se atacou tanto, e com tamanho furor destrutivo, um diploma constitucional responsável pela restauração do convívio democrático, como presentemente se assiste em nosso país. Contra a Constituição de 1988 levantam-se hoje alguns dos mais funestos personagens do período ditatorial, a vociferar seu desdém para com as causas populares e os legítimos interesses da soberania nacional. São os mesmos áulicos do regime autoritário que há pouco defendiam a manutenção a qualquer custo da famigerada Carta outorgada pela Junta Militar nos idos 1969, acedendo, apenas e cinicamente, quanto a algumas emendas oportunistas que desse uma sobrevida ao sistema de poder onde nutriram-se de prestígio e fortuna. Trata-se, enfim, dos reacionários de sempre, agora travestidos de

* Aula *Sapiens* proferida na inauguração da Universidade Estadual do Norte Fluminense, em Campos, no dia 16 de agosto de 1993.

** Subprocurador-Geral da República, Doutor em Direito Público, Professor de Direito Constitucional da PUC-Rio e Secretário de Governo do Estado do Rio de Janeiro.

neo-liberais e de arautos da modernidade, que recém sustentaram a inconveniência de uma Assembléia Nacional Constituinte corregedora das trapaças institucionais que perpetraram e, sobretudo, que resgatasse os malefícios inflingidos aos direitos humanos e ao povo trabalhador na fase obscurantista da vida brasileira pós 64. Infelizmente, esses *partisans* do arbítrio e do elitismo em fim de linha possuem lugar cativo em certos setores da mídia cartelizada, que acolhem e não raro se associam aos seus apetites de poder e de lucro fácil. É isto o bastante para disseminar a desinformação e a dúvida do grande público acerca das virtudes e do sandável roteiro de transformações sociais descortinado pela nova Constituição.

Creio, antes de mais nada, que devemos bem compreender a importância histórica da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 para o processo democrático em nosso País, especialmente para as conquistas, no plano jurídico-formal, dos direitos humanos e sociais de que tanto carece o grande povo brasileiro.

Após 20 anos do regime autoritário que caracterizou o "governo dos generais", iniciado com o golpe militar no ano de 1964, a sociedade brasileira não mais escondia seu desprezo e inconformismo para com a hedionda e brutal experiência da ditadura.

A par do imperativo histórico da anistia ampla, geral e irrestrita que resgatasse todos os compatriotas que amargaram no exílio, na clandestinidade ou no simples banimento social e político os horrores e a intolerância da ditadura, generalizava-se, de um lado, a reivindicação por eleições diretas para Presidente da República que pusesse fim ao seriado de nomeações de presidentes decididas nos quartéis, de resto sempre homologadas por um Congresso Nacional subserviente e destituído das prerrogativas de independência e de controle do Poder Executivo. De outro lado, as forças da resistência democrática — sediadas sobretudo no então único partido de oposição e em instituições de vanguarda intelectual e política, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), as universidades, os sindicatos e também em setores da Igreja progressista — pregavam a inadiável convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte. Esta era vista como única via capaz de encerrar o ciclo do barbarismo jurídico representado pelas dezenas de atos institucionais e complementares editados pelos governos militares que conspurcavam o ordenamento constitucional, com o propósito declarado de centralizar o poder governamental nas mãos do Executivo militarizado, de maneira a fragilizar a atuação do Poder Legislativo, a subtrair as garantias da Magistratura e a desfalcas as liberdades públicas e os direitos fundamentais do homem.

Eram, pois, sentimentos da nação o de que só o pleno e incondicionado exercício do Poder Constituinte Originário, mediante uma Assembléia Nacional Constituinte livremente eleita pelo povo, estaria habilitado, de forma insuspeita e confiável, a reconstruir a comunidade política pátria após duas décadas de arbítrio e de ressentimento popular em face das autoridades escudadas na arrogância das baionetas.

Não foi mera coincidência, portanto, diante do exaurimento do regime militar e do inexorável da reconstrução democrática, que tanto as eleições presidenciais quanto a Constituinte sobreviessem praticamente juntas num espaço de dois anos. Primeiramente, instalou-se a Assembléia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987, convocada que fora pela Emenda Constitucional nº 26, promulgada pelo Congresso Nacional em 27 de novembro de 1985. Em seguida, e já por determinação da nova Constituição do Brasil, esta finalmente promulgada em 5 de outubro de 1988, fez-se possível a realização do sufrágio direto para Presidente da República há tanto reclamado pelo povo brasileiro, que ocorreu em 15 de novembro de 1989, segundo o sistema de dois turnos estabelecido no art. 77 do novo estatuto constitucional, semelhante àquele previsto no art.7 da Constituição francesa de 1958.

É certo, todavia, que o ato convocatório da Constituinte (a Emenda Constitucional nº 26/85) não cuidou de instalar uma Assembléia autônoma e unicamente dedicada à tarefa monumental de editar e promulgar a nova Constituição. Em realidade, elegeu-se um novo Congresso Nacional integrado por 487 Deputados e 72 Senadores, nos moldes da tradição bicameral brasileira herdada no constitucionalismo republicano norte-americano. Tal circunstância infortunada provocou, por certo, o refugio da candidatura de inúmeras personalidades expoentes do pensamento nacional, que não se animaram a disputar um mandato eletivo com políticos profissionais, tanto mais que o sucesso de uma postulação eleitoral num sistema partidário rigidamente proporcional exigia, além da concorrida indicação dos poucos partidos historicamente respeitáveis, a disponibilidade de vultosos recursos financeiros. Por isso, a Constituinte, apenas num primeiro momento, refletiu mais a representação da classe política do que propriamente da sociedade civil. Sua composição exibiu em grande parte parlamentares já detentores da mandato eletivo ou egressos da militância político-partidária nas últimas décadas, ora de tendência conservadora, ora de inclinação progressista, mas de um modo geral comprometidos com o esquema da transição constitucional lenta e gradual projetada pelos arquitetos do declínio da ditadura, o que vale dizer, sem qualquer vocação para a ruptura drástica com o recente passado autoritário. Era, enfim, a Nova República cumprindo o seu papel de caruagem rumo ao governo civil e aos umbrais da democracia representativa.

Nada obstante, esse perfil ideológico temperado da Constituinte, onde predominou o chamado grupo do Centrão, cujos componentes tinham um pé no passado e outro em diversos degraus de um projeto utilitarista de sobrevivência política, foi bastante energizado e enriquecido com a agitação provocada nos debates e votações pelas bancadas progressistas da esquerda democrática instaladas notadamente, para gáudio nosso, no Partido Democrático Trabalhista — o PDT, que alcançaram para a sociedade brasileira e para o povo trabalhador as mais retumbantes vitórias no Plenário da Constituinte. Por outro lado, a intensa participação popular que envolveu o processo constituinte, desde a subscrição de emendas pelos mais diversos segmentos da sociedade civil até o assédio avassalador aos parlamentares dentro e fora do Congresso Nacional, traduziu fenômeno da psicologia social de certa maneira inédito em nossa formação político-cultural, que ganhou notoriedade na esteira das jubilosas manifestações populares em prol da realização das

eleições diretas para Presidente da República — a memorável campanha das Diretas já, que empolgou as ruas e praças de todo o País. Pode-se afirmar que o entusiasmo participativo diante da Constituinte revogou a denúncia trágica de JOÃO BARBALHO — de que a "República no Brasil não teve povo". De fato, na campanha das diretas e na Constituinte, a massa deu testemunho de seu vigor e maturidade, o que possibilitou um leque de alianças jamais visto em torno do desejo de mudança, embora fadado a desatar-se em favor das indispensáveis definições ideológicas e partidárias, uma vez esgotada a penosa caminhada para a democracia representativa. Em que pese a bem comportada transição democrática, é inegável que a alma da nação rejubilou-se com o rechaço ao regime de arbítrio. Se as representações da soberania popular apresentaram as apontadas imperfeições de origem, a sociedade em si mesma sublimou-se na paixão constituinte e no repúdio uníssono às práticas nefandas do autoritarismo. Pode-se afirmar, nesse sentido, que, no cotejo entre o Congresso Constituinte e as instâncias primazes da sociedade civil, quem ganhou foi a nação.

Considere-se, com efeito, que a Constituição de 1988 não resultou, sob o aspecto histórico-formal, de um desafio às instituições anteriores. A bem dizer, a nova Carta Magna não foi precedida de um ato de independência ou de insurreição institucional, a exemplo do que ocorre com a primeira Constituição brasileira na fase imperial, em 1824, ou com a queda do império formalizada com a Carta Política inaugurante da era republicana em 1891, ou com a derrocada da república oligárquica pelas armas da Aliança Liberal em 1930, ou, ainda, com a ruína do Estado Novo simbolizada com a Constituição de 1946, restauradora da claudicante democracia liberal no Brasil.

Como típica Carta-compromisso, a atual Constituição encarnou excelentemente a síntese de nossas contradições e ideais de mudança. Dada a mescla ideológica de seus autores, traduz o encontro das águas encapeladas entre as forças conservadoras e as aspirações mudancistas. Sua linguagem politicamente híbrida, não raro inconclusa, dispersiva, até mesmo intrigante, à maneira "dos olhos de rêsaca" da Capitu machadiana, mas por certo inconfiável para as elites detentoras de fortuna e poder, e que mistura dezenas de regras de princípios com centenas de preceitos analíticos, transformou o texto supremo num estimulante manancial exegetico para a discussão do ideário brasileiro. Inspirada nos mais consequentes postulados do humanismo solidarista em que radica a social democracia neste fim de século, a nova Constituição retrata, com alta positividade, muito mais um elenco de direitos à esperança do que propriamente uma solução acabada de organização social e política para um país marcado por impenitentes contrastes classistas e regionais. Aí reside a sua virtude: esse hibridismo ideológico, que caracteriza a tipologia das constituições mistas do pós-guerra, segundo a festejada classificação de SANCHES AGESTA, é que tornou consistente a reanunção constitucional de um País que exibe, de forma odiosa, focos de soberba riqueza em meio ao alastrante pauperismo da população.

Não tendo partido de um projeto preconcebido de Constituição, fosse ele elaborado pelo Executivo, pelo próprio Legislativo ou por alguma comissão de juristas proeminentes, a nova Carta Política foi receptiva de toda sorte de demandas da sociedade civil, traumatizada por 20 anos de autoritarismo, o que lhe valeu a visível e benéfica

influência das Constituições de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978. Tal se deveu não apenas em função dos laços histórico-culturais que associam a formação política do Brasil à península ibérica, mas sobretudo ao fato de que essas nações por igual emergiram de longo e agônico período ditatorial — o Salazarismo e o Franquismo — tendo buscado, na seiva da Constituinte, um nutriente de redemocratização e de pacificação nacional. Além do mais, devido ao seu caráter pós-moderno, como ainda à estrutura extensiva de seus respectivos textos, capaz de agasalhar as multiformes e catárticas aspirações de sociedades recém libertas dos grilhões da ditadura, as Constituições portuguesa e espanhola serviram de atrativo natural ao constituinte brasileiro, na medida em que se ocuparam em dicção minuciosa de toda sorte de temas que cativam a sociedade de massas e os ambientes das megalópoles da atualidade. Assim, por exemplo, haurimos nesses ordenamentos peninsulares a preocupação constitucional quanto à ecologia e ao meio ambiente, à proteção do consumidor, à tutela da imagem e da intimidade, ao direito à informação, ao processo de urbanização e à qualidade da vida nas cidades e no campo, ao papel dos partidos políticos para a democracia pluralista, às formas de exercício direto e não delegado da soberania, através do plebiscito e da iniciativa popular das leis, aos meios de comunicação de massa, muito especialmente no relativo ao controle dos órgãos de imprensa, rádios e televisão, ao avanço tecnológico e aos efeitos da automação industrial, à salvaguarda dos materiais e atividades nucleares, aos instrumentos de participação da cidadania nos negócios do Estado, ao sistema educacional, de saúde pública e de seguridade social, e, de um modo amplo, quanto ao alargamento dos direitos individuais e coletivos, que traduz a reciclagem constitucional da questão democrática na generalidade de seus aspectos sociais, políticos e econômicos nesta antevéspera do terceiro milênio.

Se tudo isso é verdadeiro, não menos o é o fato de que a Constituinte de 1988, mais do que todas as anteriores em nossa saga constitucional, soube sentir o pulso da nação, para retratar com vistosa fidelidade as "forças reais do poder" imperantes na vida brasileira, a que aludia FERDINAND LASSALE na segunda metade do século passado, na Alemanha. Nesse contexto, o novo estatuto político destoa, aqui e ali, das categorias universais e comuns às constituições liberais e individualistas da era contemporânea. Ao incorporar traços peculiares da realidade brasileira, pintando-os até mesmo com tintas de exuberante brasilidade, a nova Constituição abre sucessivos espaços para a proteção do negro e do índio, da nossa empregada doméstica, dos meninos de rua, do velho aposentado a ruminar lembranças e queixanças nos bancos das praças, dos filhos naturais e adulterinos, fruto de encontros e desencontros furtivos, como ainda a proteção das riquezas da fauna e da flora, da mata atlântica, do Pantanal e do santuário amazônico.

Por outro lado, investindo contra os vícios deformadores de nossa cultura patrimonial e política, a Constituição recém promulgada condena a devassidão moral de nossas instituições governativas, notadamente o nepotismo e o paternalismo no serviço público, além de impor um código ético para a Administração em todos os níveis da Federação, que vem de ser testado e aprovado, sem qualquer rasura do rito democrático, no exitoso processo de *impeachment* do governante que desonrou o mandato presidencial. Aprofundando a investida moralizadora no mundo privado e financeiro, a Lei Magna deplora e incrimina a ciranda dos juros extorsivos que tanto infelicitam o nosso povo,

limitando em 12% ao ano os juros reais cobráveis nos empréstimos em dinheiro, cuja aplicabilidade, lamentavelmente, foi postergada por desastrosa decisão do Supremo Tribunal Federal, para alegria geral do vampirismo dos banqueiros que se alimentam e enriquecem com a inflação. Indo mais longe, a nova Carta questiona o endividamento externo e as perdas internacionais que comprometem a soberania nacional e sangram as virtualidades do nosso desenvolvimento, exigindo a instituição de comissão mista do Congresso Nacional para o seu exame analítico e pericial. É assaz significativo, também, o resgate indenizatório do recente passado autoritário, expresso nas normas que consagram e ampliam a anistia política, bem como nos dispositivos que criminalizam a prática da tortura que grassou nos subterrâneos da ditadura, qualificando-a como delito inafiançável de graça ou indulto.

Esse cortante realismo constitucional evoca-nos a máxima de ODUVALDO VIANA FILHO — o saudoso VIANINHA — para quem "OLHAR NO OLHOS DA TRAGÉDIA É DOMINÁ-LA". De fato, esta Constituição, por sua apaixonante brasilidade, é o teatro vivo das tragédias e esperanças recônditas de um povo. É uma Constituição CARMEM MIRANDA, rica de bananas, de tropicalismo e balangandãs. Pode ser declamada ao som da Aquarela do Brasil, de ARI BARROSO, ou de um "rock" nordestino de ALCEU VALENÇA. Proclamaram as elites egoístas que trata-se de uma Constituição tresloucada, retrógrada, brega. Mas, o País é brega, de uma breguise tropical, sensual, perfumante, acalorada, carregada de ternura difusa, espargida. Trata-se, sim, de uma Constituição sem peias, uma Constituição "viúva Porcina", sem papas na língua, sem vergonha, de saco cheio com a hipocrisia expropriativa do nosso povo, uma Constituição "SEVERINA" — JOÃO CABRAL DE MELLO NETO, "MOCAMBA" — GILBERTO FREYRE, "MAÍRA" — DARCY RIBEIRO, mestiça, desdentada, com a face escalavrada pelas endemias do JECA TATU, cujo pecado maior para as nossas elites emperdermidas é ter a "cara do Brasil" — CAZUZA. É, sobretudo, uma Constituição bravura, de têmpera, esperta com a espreteza dos vendilhões da pátria, que orgulha o sentimento nacional e destrata os preconceitos enrustidos nas pautas centenárias do autoritarismo. É a Constituição "MOSCA NA SOPA DAS ELITES" — RAUL SEIXAS, por onde o SERTÃO VAI VIRAR MAR E O MAR VIRAR SERTÃO — GLAUBER ROCHA. Diante dela, OSWALD DE ANDRADE daria uma pausa no sarcasmo e a reconheceria irmã antropofágica, macunaímica, selvagem, sedutora, ardente. É, enfim, uma Constituição para quem ama o Brasil.

Terrível a sanha dos detratores da Lei Maior, que nunca ergueram uma só objeção às Cartas e atos institucionais outorgados pelo regime militar de então e, pior que isso, governaram com eles, com eles endividaram a nação, demoliram a estrutura educacional do país e deixaram os direitos humanos em frangalhos. Agora, buscam esses coveiros das liberdades públicas praticar o crime de aborto contra a Constituição que mal vingou a primeira infância, reduzindo-a à condição de uma *soft law*, consumível e descartável ao sabor de seus interesses imediatistas. Chegam ao acinte de considerarem a Constituição "inflacionária", como se o diploma organizador da vida nacional pudesse ter a consequência de atrapalhar os economistas, causar recessão e disparar o gatilho da inflação. E isto num país em que, só nos últimos dez anos, se experimentou nada menos do que oito programas de estabilização econômica, 15 políticas salariais, 54 controles de preços, 18

políticas cambiais, 21 propostas de negociação da dívida externa, 11 índices da taxa de inflação, cinco congelamentos de preços e salários, 19 decretos sobre austeridade financeira e controle dos gastos públicos, sem esquecer o confisco da poupança e das contas correntes decretado em 1991 pelo ex-Presidente destituído do cargo.

Em realidade, nunca o elitismo economicista engordado na estufa da ditadura esteve tão assanhado contra a Constituição. Habitados ao Estado sem direito, ao direito sem liberdade, aos arranjos extra-constitucionais, extravasados nas resoluções e portarias dos feitores do caos travestidos nas equipes econômicas sem charme, insanguíneas, de pouco riso, sobretudo hilariantes no seu cinismo monetarista. Esses sadoeconomistas que tanto martirizaram o povo brasileiro com as fórmulas da fome e do arrocho salarial querem agora, despudoradamente, revisar o diploma constituinte da nação, que traduz por certo, sem embargo das imperfeições de sobrenos, uma autêntica carta de alforria da cidadania em nosso país. Na reedição dessa lógica autoritária, apregoa-se a imperiosa revisão global da Constituição como condição da governabilidade, quicá a mesma receita de governabilidade que ainda há pouco esses neo-conservadores maquiados de neo-liberais impuseram à nação com a *overdose* de humilhações e sofrimentos indescritíveis.

Mas, não se pense que a Constituição, pelo expediente mal interpretado do artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, atinente à revisão constitucional aprazada para cinco anos após a sua promulgação, possa ser inteiramente alterada, como se estivéssemos diante de um renascido fenômeno do Poder Constituinte dito "originário", este sim ilimitado e autônomo. E isto pela via de um processo de discussão e deliberação ultra simplificado, como seja o "quorum" da maioria não qualificada e apurado em sessão conjunta do Congresso Nacional, destarte contrastante com as solenidades reforçadas pelo artigo 60, § 2º, da Constituição para a aprovação de emenda constitucional, que condiciona e limita a atuação do Poder Constituinte designado "derivado".

A toda as luzes, os autores da nova e democrática Constituição, fixaram, no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, imediatamente antecedente ao da hipótese da revisão, a data para a realização do plebiscito que permitiu ao povo brasileiro soltar o brado retumbante contra o golpe parlamentarista e manifestar sua opção definitiva pela República e pelo Presidencialismo, num sinal inequívoco de sua inquebrantável confiança na próxima eleição de um Presidente da República coerente e capaz de tornar realidade os anseios gerais da nação. Esse veredito plebiscitário determina a manutenção da Constituição, eis que a forma republicana e o sistema presidencialista já se encontram perfeita e democraticamente delineados no diploma constitucional, o que dispensa e por certo desautoriza a ampla e ilimitada revisão pretendida pelos derrotados na Constituinte do povo brasileiro. Querem os neo-golpistas, hoje mascarados em neo-liberais, transformar a revisão em revisionismo constitucional, reencetando o golpe contra a Constituição coarctado por LEONEL BRIZOLA em 1961, quando Governador do Rio Grande do Sul, na memorável campanha da legalidade.

Nem se invoque, em abono da tese da revisão ampla e irrestrita, a inexistente similaridade entre o processo revisionista previsto na parte transitória da Constituição brasileira e aquele contemplado nos artigos 284 e segs. das disposições permanentes da festejada Constituição portuguesa do ano de 1976, com as alterações ditas pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/82 e 1/89. Considere-se, nessa ordem de idéias, em primeiro lugar, que o sistema constitucional lusitano, de forma bastante original e, por certo, singular, prevê a modalidade de revisão quinquenal da Constituição por parte da maioria de dois terços dos membros da Assembléa da República, isto ao ensejo de cada nova legislatura, que perdura por quatro sessões legislativas anuais. Assim sendo, a cada eleição para a renovação do Poder Legislativo instaura-se a oportunidade de uma revisão constitucional, através da discussão e votação da chamada "lei constitucional", que faz com que as eleições para o parlamento unicameral em Portugal tenham o sabor de uma "mini constituinte", com as limitações materiais e circunstanciais elencadas nos artigos 288 e 289. Não é por outra razão, aliás, que as normas e princípios considerados irreformáveis naquele diploma constitucional, que a doutrina designa de "cláusulas pétreas", contam-se em grande número, de certo com o propósito de se proteger e dotar de estabilidade a essência da Constituição em face das sucessivas revisões quinquenais. Por outro lado, a Constituição portuguesa adota, na esteira da maioria das Cartas Políticas da atualidade, o procedimento de emenda constitucional a qualquer tempo, ou seja, com dispensa do interregno de cinco anos contados da publicação de qualquer lei de revisão, desde que com a observância do elevado "quorum" de quatro quintos dos Deputados no efetivo exercício de suas funções legislativas, respeitados, por igual, os limites materiais e circunstanciais ordenados pelo constituinte originário. Por isso mesmo, em Portugal afirmou-se mais o processo da revisão quinquenal, atendível por uma maioria parlamentar menos concorrida e sempre estimulado pelo resultado das eleições para a Assembléa da República, ao invés do mecanismo tradicional de emendas à Constituição, sujeito a um "quorum" de votação assaz difícil, quase impossível de ser obtido nas democracias pluralistas ou em que vários partidos políticos disputam a vontade do eleitor.

Bem se vê, pois, que a hipótese de revisão constitucional disciplinada nas disposições transitórias da Constituição brasileira não guarda qualquer semelhança com o processo português, vez que, além da tônica da transitoriedade, acha-se, como antes demonstrado, jungido ao resultado da consulta plebiscitária que perenizou entre nós a forma republicana e o sistema presidencial de governo.

Com efeito, a interpretação que melhor serve aos destinos da nacionalidade é, sem dúvida, aquela que prestigia a Constituição, que harmoniza os cogitados artigos 2º e 3º, de maneira a indicar que a revisão constitucional figura no texto supremo tão só para possibilitar os ajustamentos na estruturação dos Poderes do Estado em face da eventual alteração da forma ou do sistema de governo, perspectiva essa que se exauriu de vez com a avassaladora opção do nosso povo em prol da República e do Presidencialismo.

Ora, se o próprio exercício do Poder Constituinte originário segundo a expressão cunhada pelo Abade francês EMMANUEL SIEYÈS, nos idos de 1789, no

festejado opúsculo revolucionário *Qu'est que c'est le Tiers Etat?*, que editou a Constituição e recriou o Estado brasileiro, observou o "quorum" da maioria hiper qualificada para a tomada das decisões constituintes, com a agravante de rito de que as deliberações se fizessem em dois turnos de votação; e se, por outro lado, a aprovação de emenda constitucional sujeita-se, por força do art. 60 da Lei Maior, ao processo de votação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, sendo necessário em ambas a aquiescência de 3/5 dos respectivos membros; não é razoável muito menos lícito supor que possa sobrevir uma global e ilimitada revisão da Constituição sem o escopo preciso de adaptar a forma e o sistema de governo ao resultado da vontade popular manifestada no plebiscito, a ser imposta à Nação pela via simplificada e ilegítima do turno único de votação, com o concurso de maioria menos representativa que a da Constituinte originária e, quiçá, liberta dos limites materiais ditados ao poder de emenda, conforme presentemente intencionam os revisionistas mais afoitos.

Tal seria sobrepor o Poder Constituinte derivado ou revisional ao Poder Constituinte originário, com inaudita afronta aos cânones mais elementares do Direito Público que inspiraram a edição das Constituições rígidas da era moderna, segundo o propósito do racionalismo publicista de hierarquizar o sistema normativo e instalar no estatuto culminante das comunidades nacionais os postulados e valores considerados vitais à sua preservação e desenvolvimento.

Adverti-vos, pois, contra a enganosa pregação dos falsos defensores da governabilidade, cuja intenção malévola é trivializar os temas constitucionais, máxime as formidáveis conquistas do povo trabalhador no campo dos direitos humanos e sociais, submetendo a Constituição aos interesses contingentes de uma maioria congressual sem legitimidade para impor ao País um ordenamento supremo que seja servil aos interesses do grande capital e descompromissado com os destinos da nacionalidade. Esses cúmplices da pretensa modernidade e da privatização a qualquer preço do patrimônio público fazem por ignorar, porque lhes convém, a lição insuspeita do renomado liberal GUY SORMAN, constante da obra "A Nova Riqueza das Nações", de que todos os países desenvolvidos, inclusive e especialmente os novos "tigres asiáticos", são economias em que o setor público engloba, direta ou indiretamente, não só os monopólios clássicos, como combustíveis, energia, transportes de massa e telefonia, mas também parte do setor bancário e de seguros, da petroquímica, da siderurgia e até mesmo da construção civil, de maneira a suplementar a iniciativa privada naquilo que interessa ao abastecimento essencial da população. Em verdade, o próprio mercado nacional, consoante reconhecido por KARL POLANYI, no importante livro "A Grande Transformação", foi preponderantemente uma criação do Estado moderno.

Nessa linha de exposição, merece ser invocada a recente nota oficial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a propósito do modismo revisionista urdido pelas elites contra a Constituição: — "A constituição de 1988 foi o resultado de um grande esforço nacional, a somatória dos interesses conflitantes na sociedade brasileira, resultado que foi da contribuição de todos os segmentos representativos da nação. Nela

não há radicalismos nem hegemonia. Consagrou-se em seu texto um Estado Social moderno, marcado pela preservação de nossos valores histórico-culturais e comprometido com a realidade sócio-econômica brasileira. Tem harmonia e equilíbrio. Respeita a pessoa humana e seus valores, e garante a propriedade e a empresa. Encerra, como toda obra humana, defeitos e qualidades que funcionam como um mecanismo de pesos e contrapesos. A revisão geral pretendida dilacera a Constituição. Não altera a Constituição: fere-a de morte, subtraindo-lhe importantes conquistas do povo brasileiro".

Meus caros Amigos:

Uma Constituição não é apenas um texto-legal. É, antes, uma vivência, um carma histórico-político, uma saga a ser cumprida pelos povos na trilha da civilização. A Constituição de 1988 é recém nascida. Suas virtudes devem florescer e seus defeitos revelar-se no longo caminho da maturidade cívica que coroa a união nacional e sedimenta os valores da pátria. Portanto, antes de se remodelar uma Constituição recém promulgada há que se possibilitar a sua plena aplicação, o seu conhecimento e discussão pela sociedade civil, a formação de um acervo doutrinário e jurisprudencial que esclareça e construa a dimensão normativa de seu texto, enfim, a aderência da cidadania ativa aos seus princípios e diretrizes capaz de forjar entre nós o sentimento constitucional de que tanto carecemos e que vem a ser o mais vigoroso antídoto de um povo contra as tentações tirânicas e as intempéries da vida das nações. Desfigurar-se, já agora, o estatuto supremo, antes mesmo de haver sido regulamentado pelas dezenas de leis complementares e ordinárias que lhe conferirão eficácia plena, significa interromper as virtualidades essenciais do povo brasileiro que nele se expressam. Tanto mais quando, ao tempo das conveniências amadurecidas pela experiência e pelo consenso social, poder-se-á aperfeiçoar o diploma constituinte da nação segundo o natural mecanismo de emenda nele próprio disciplinado.

Tanto mais, ainda, quando se verifica que as manobras revisionistas são hoje encetadas pelos velhos oligarcas esclerosados no poder e pelo parasitismo estamental a que alude MANOEL BONFIM no recente e admirável livro sobre os males de origem da América Latina (Editora Topbooks, 1993), prefaciado por DARCY RIBEIRO, que não aceitam a democracia das massas e o usufruto da riqueza nacional por todos os brasileiros. Por isso, e para conquistarem a governabilidade que tanto os encanta, querem por que querem suprimir da Constituição a proteção à empresa nacional, a limitação dos juros bancários, o monopólio do petróleo e a presença insubstituível do Estado nos setores estratégicos para a soberania do País, as garantias básicas da função pública e dos serviços essenciais à coletividade, os direitos fundamentais do homem e do povo trabalhador que intercedem com a acumulação abusiva do capital. Mais que isso, querem por que querem eliminar as limitações constitucionais ditadas aos conglomerados de comunicação, sobretudo aos concessionários de televisão, de resto ainda não concretizadas pela vontade política do Poder concendente da União. Querem, enfim, deixar a Rede Globo — o braço eletrônico da ditadura recente — livre e em permanente plantão para dominar o inconsciente coletivo e, com isso, preservar os seus próprios e egofsticos interesses. Nessa estratégia de alienação e dominação que certamente recrudescer nos períodos eleitorais, é preciso que a Rede Globo continue a exercer o "stalinismo" na comunicação e a despejar o napalm eletrônico na

mente do nosso povo para corroer as reservas de cidadania, invadindo os lares de todo Brasil com os sub-produtos enlatados no exterior, com as cenas de corrupção, de banditismo, de jogatina, de violência contra os pobres e as etnias excluídas, de exploração sexual, de vícios degradantes, de subjugação da dignidade, de eliminação sumária de meninos de rua e de total desapareço pela vida de milhões e milhões de irmãos brasileiros bestializados pela fome e pela ignorância. Tudo isto a fim de que a questão social se vulgarize e se resolva pela via da repressão polícial, ou militarizada se necessário, procedendo-se à faxina humana na paisagem social para o deleite das elites privilegiadas e segregacionistas. E por falar em menino de rua, tenha-se em conta que não se trata de nenhum andrógono, mas de pessoas reais em desenvolvimento, com etnia específica — são negros, com perfil social específico — são miseráveis, todos eles frutos das políticas econômicas brutalmente recessivas dos últimos tempos, da falência do sistema educacional, das perdas internacionais de nossa economia e do lucro extorsivo dos bancos que alimenta a inflação e a ciranda financeira.

Por tudo isso, e por consubstanciar a Constituição de 1988 um avanço civilizatório para o Brasil, não espantam os vitupérios contra ela assacados. Para alcançar seu projeto paralisante da trajetória de afirmação do nosso povo, valem-se os poderosos de hoje e de sempre de um Congresso de maioria parlamentarista rotundamente desautorizado pelo plebiscito popular, que tornou peregrino o sistema presidencial de governo e depositou na eleição de um Presidente da República, ecoante dos anseios da população, o decisivo compromisso de reencontro dos destinos de grandeza, de justiça e prosperidade geral da nação. Trata-se do mesmo Congresso que ainda ontem autorizara o confisco da poupança popular, permitira a privatização lesiva e o sucateamento do patrimônio público construído por décadas de suor do trabalhador brasileiro, e que hoje espatifa a última cota de credibilidade ao consentir o golpe mortal contra a Constituição através de uma revisão insana que só agravará a crise e os descaminhos em que colocaram o nosso País.

Contra os ataques à Constituição respondamos com o herói enlouquecido de CERVANTES — DON QUIXOTE DE LA MANCHA e seus moinhos imaginários: *"Por onde quer que a virtude se encontre em grau eminente, é perseguida: pouco ou nenhum dos famosos varões do passado deixou de ser caluniado pela malícia dos pérfidos".*

Prezados ouvintes:

O nosso País, como sabeis, à custa do autoritarismo elitista, da subjugação consentida de nossa soberania econômica e de políticas brutalmente recessivas, prossegue sendo um supercampeão nas estatísticas da miséria, da mortalidade infantil, da criminalidade de fundo social, da degradação do meio ambiente e da qualidade de vida, enfim, do distanciamento entre os poucos que muito possuem e os muitos que nada têm. Em verdade, não logramos, ainda, encerrar o ciclo do colonialismo político e econômico, como faz ver ALFREDO BOSI em recente e notável livro sobre a dialética da colonização: *"A barbarização ecológica e populacional acompanhou as marchas colonizadoras entre nós, tanto na zona canavieira quanto no sertão bandeirante; daí as queimadas, a morte ou a*

preação dos nativos. Diz Gilberto Freire que o açúcar eliminou o índio. Hoje poderíamos dizer: o gado expulsa o posseiro; a soja, o sitiante; a cana, o morador. O projeto expansionista dos recentes anos 70 e 80 foi e continua sendo uma realização em nada menos cruenta do que foram as incursões militares e econômicas dos tempos coloniais" (em "A dialética da colonização", Ed. Cia. da Letras, 1992, pág. 22). Basta ver, de forma objetiva e isenta de preconceitos, que 52 milhões de brasileiros, que constituem a população policamente ativa do País, concentram-se nas faixas salariais mais baixas, percebendo não mais do que dois salários mínimos, sendo que a metade sobrevive na economia informal, como biscateiros ou assalariados sem carteira de trabalho assinada. Ao mesmo tempo, de um eleitorado com cerca de 90 milhões de pessoas, somente 7,5 milhões, ou seja, o equivalente a menos de 10%, são contribuintes do imposto de renda. Tal está a demonstrar que a capacidade econômica nada tem a ver em nosso País com a capacidade eleitoral ativa, e que a grande massa de eleitores é faminta, analfabeta, desinformada e sem condições sociais e culturais de atuar soberanamente como sujeito da história, amargando a sina de ser simples objeto do sistema hegemônico de dominação. São essas, enfim, as duras realidades que separam os "dois Brasis" vislumbrados de longa data por JACQUES LAMBERT e EUCLIDES DA CUNHA.

Vivemos, pois, uma genuína "democracia dual" (*dual democracy*), segundo a expressão cunhada por ROBERT DAHL, nos Estados Unidos da América, na qual, para os indivíduos que estão integrados no processo e nos resultados da economia divisionista existem mecanismos efetivos de participação e influência, enquanto para a maioria marginalizada ou simplesmente explorada vige um regime de coerção ou de subcidadania. Daí o triste quadro do submundo do sistema penal que combate a desigualdade com a repressão, povoando nossas prisões com clientela típica do capitalismo predatório que arrasa o terceiro mundo: os negros, os indigentes, os desempregados, os egressos das favelas e do lumpem da sociedade. Em tal contexto, como adverte FRANCISCO WEFFORT em obra atualíssima dedicada à democracia no Brasil, impõe-se ao Estado uma alternativa inadiável: ou promove o estabelecimento de uma comunidade nacional, o que implica na construção de uma democracia de massas, ou opta pela exclusão das massas no processo de convivência política e, neste caso, põe em risco a possibilidade de uma comunidade nacional desenvolvida (em "Qual democracia?", Ed. Cia das Letras, 1992, pág.17).

Passado o cortejo de desgraça da ditadura, da Nova República, da eleição presidencial e do *impeachment* patrocinados pelas elites utilitaristas deste País, e nas vésperas de um novo século que já assombra os habitantes do planeta, é preciso defender a Constituição. Pois a história é cruel para aqueles que repetem equívocos, desatendem as lições de experiência, quedam-se inertes na janela do tempo e sossobram na correnteza que arrasta as gerações e fertiliza o amanhã.

Cumpra, pois, a todos quantos um dia puderam sentir ou perceber o significado da ausência da democracia em nosso País cerrar fileiras em defesa da Constituição, que, longe de ser causa dos desarranjos na economia ou comprometedora da governabilidade, preserva absoluta atualidade e meritória aptidão para reger os destinos

nacionais em sintonia com as mais novas categorias de direitos e deveres individuais e coletivos ditados pelo humanismo solidarista deste fim de século.

COMPANHEIROS E AMIGOS QUE TESTEMUNHAM ESTE DIA E ESTA NOITE

HISTÓRICOS

MESTRES E ALUNOS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE FLUMINENSE

Une-nos o futuro.

O arco empunhado pelas mãos de LEONEL BRIZOLA — o estadista da educação — lançou ao firmamento a flecha luminosa e visionária de DARCY RIBEIRO, que cingrou os céus fluminenses para aterrissar aos vossos pés, na bela e fidalga baixada de Campos dos Goytacazes, sagrando com o dom da vida esta Universidade do Terceiro Milênio. Num período infausto para o nosso País e nossos irmãos brasileiros, vergados por toda sorte de traições e dificuldades, quando muito se destrói e pouco se constrói para a grandeza da nacionalidade, o nosso Governo de LEONEL BRIZOLA mais uma vez honra a herança do "Fio da História", desbravando os caminhos da educação que soerguem os povos e as nações. As colunas que erguem-se a nossa volta, mercê do gênio de OSCAR NIEMEYER, são as colunas sementeiras de um novo tempo, em que o progresso justo e fraterno, a esperança e a paz cobrirão o Brasil e seu grande povo.

MESTRES E ALUNOS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL NORTE FLUMINENSE

GENTE AMIGA DE CAMPOS

PARABÉNS!

CUMPRAM O FUTURO!

O TRIBUNAL DO JÚRI: JUSTIÇA POPULAR OU MISTIFICAÇÃO ?

Carlos Rodolfo Tigre Maia*

*"Que les jurés délibèrent en vue de rendre leur jugement", dit pour la vingtième fois, peut être, de la journée, le roi.
'Non, non! S'écria la reine. La condamnation d'abord... le jugement ensuite!'" Lewis Carrol,
Alice au pays des merveilles ¹*

1. Instituto jurídico de existência secular em nosso direito positivo, cujas origens históricas remontam a junho de 1822 (para delitos de imprensa) e já reconhecido pela Constituição Imperial, outorgada em 1824 (art. 151), o Tribunal do Júri tem despertado

* O autor é Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Penal do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio e representou o Ministério Público Federal no Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro no período de 1991/1993.

¹ Tradução francesa de Henri PARISOT, *apud* Oeuvres, ed. Robert Laffont, Paris, 1989, p. 115.

candentes polêmicas. Com efeito, o Júri divide os estudiosos do tema em dois campos radicalmente antagônicos, armados de argumentos definitivos e juízos conceituais irrefutáveis.

2. Não nos interessa em nossa abordagem, entretanto, perquirir acerca das virtudes e dos deméritos usualmente atribuídos ao instituto. Nosso escopo limitar-se-á tão somente à discussão e à tentativa de desmistificação de uma particularidade do Júri, reconhecida e proclamada por defensores e por detratores, qual seja, a de que ele representaria a presença de uma "justiça popular" no bojo de um ordenamento jurídico que preconiza a tecnicidade dos julgamentos (v.g. art. 93 da atual Carta Política).

3. Assim, impende desde logo estabelecer, se possível, os contornos desta categoria heurística "justiça popular" enquanto integrante da regulação jurídica concreta. Sob o ponto de vista formal, podemos dizer que tratar-se-ia de um julgamento efetuado por cidadãos comuns, pertencentes inclusive às camadas sociais subalternas (operários, camponeses, pequeno-burgueses), não investidos da função pública de julgar e, numa perspectiva material, defrontar-nos-fa-mos com um julgamento de consciência, dispensado da fundamentação técnico-normativa que é constitucionalmente exigível ao magistrado profissional (art. 93, IX da CF). Destarte, justiça popular nesta ótica seria aquela em que as decisões são tomadas pelos cidadãos comuns, segundo uma regulação formalmente subordinada aos cânones jurídicos tradicionais, com um rito fixado por normas processuais que o sacralizam, mas informada ontologicamente, no que pertine ao processo decisório e aos agentes deste processo, por uma lógica outra que a da ciência jurídica. Ao nível da veiculação ideológica formadora do imaginário social, o Júri seria a realização da Justiça pelo povo e para o povo: o julgamento dos iguais.

4. O primeiro óbice a uma tal concepção nos é fornecido por Michel Foucault ao assinalar que *"o tribunal não é a expressão natural de uma justiça popular mas, pelo contrário, tem por função histórica reduzi-la, dominá-la, sufocá-la, reescrevendo-a no interior das instituições características do aparelho de Estado"*.² Na realidade, como corolário desta formulação, teríamos a presença de uma instância pretensamente neutra, o Tribunal, organizada nos moldes jurídicos tradicionais, que em virtude do seu comprometimento ideológico "domesticaria" a expressão de uma efetiva vontade popular. Ou seja, a forma, o método e o próprio local descaracterizariam a feição popular dos julgamentos feitos no Tribunal do Júri. Interessante, nesta perspectiva, a própria topologia do cenário onde se desenvolve o julgamento popular. A posição do juiz, do órgão do Ministério Público, da defesa, do réu e do corpo de jurados é bastante reveladora do

² in Sobre a Justiça Popular, *apud* *Microfísica do Poder*, Ed. Graal, RJ, 1981, p. 39.

processo de sacralização do Tribunal do Júri. Aduza-se, ainda, que a integração do povo no Poder Judiciário destinou-se primigenamente a mitigar as sérias desconfianças populares em relação àquele poder, comprometido integralmente com o absolutismo monárquico, no processo de transição para o modo capitalista de produção, como se infere em especial dos eventos relacionados à Revolução Francesa de 1789. Nos diversos processos revolucionários de conteúdo popular (v.g. a própria revolução francesa, a revolução cultural chinesa, a insurreição sandinista na Nicarágua etc), entretanto, jamais rompeu-se — mesmo que constituindo mero simulacro — com os requisitos formais originários da denominada justiça burguesa.

5. Uma segunda objeção, específica de uma tradição jurídica inaugurada pela Constituição de 1946 (art. 146, § 28), diz respeito ao campo mínimo de atuação do Júri, assegurando-se hodiernamente apenas o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Em consequência, os fatos típicos sujeitos ao julgamento popular são os que pertinem ao bem jurídico vida, dentre todos os valores sociais protegidos pelas normas penais (patrimônio, economia popular, sistema financeiro etc.) o mais esvaziado de um conteúdo nitidamente classista e o menos susceptível à ideologização. Deste modo, via de regra, o aparecimento de embates que questionem a própria organização social, potenciais em qualquer questão jurídica, são nitidamente reduzidos nas hipóteses fáticas submetidas ao Júri.

6. O terceiro obstáculo, nesta ordem de questões, pertine ao estrato social que fornece os jurados populares. De fato, constatamos em nossa atuação, quer como jurado quer como órgão do *Parquet* estadual, que os funcionários públicos constituem em especial nas capitais a grande maioria dos jurados em atuação. Tal fato decorre em larga medida de deficiências intrínsecas ao processo de seleção dos jurados e ao funcionamento dos tribunais com pautas mensais de sessões, bem como, em consequência, do lapso de tempo não remunerado no qual o cidadão estará à disposição do Tribunal do Júri. Os trabalhadores da iniciativa privada correm o risco permanente de demissão tão logo retomem ao seu mister e os autônomos (profissionais liberais, lavradores, taxistas etc) têm evidente prejuízo financeiro com um longo período de inatividade. Logo, por exclusão, seleciona-se de preferência funcionários públicos. Assim, o julgamento pelo Júri seria essencialmente um julgamento pequeno-burguês, qual seja, na imagem já utilizada alhures, efetuado por representantes da classe integrada por indivíduos cuja situação concreta de vida os aproxima do proletariado mas cujos anelos conduzem às classes dominantes.

7. Finalmente, existe a limitação concernente à dinâmica do processo decisório no Júri. Como se sabe, as decisões resultam da maioria dos votos dos sete jurados que compõem o Conselho de Sentença e manifestam-se através de votos secretos, recolhidos na denominada sala secreta. Os votos são absolutamente individuais e não resultam de um processo de discussão formador de um consenso. Sendo absolutamente

vedada qualquer comunicação entre os jurados, reforça-se o individualismo em detrimento da visão de coletivo. E, acrescente-se, refoge ao âmbito do poder decisório dos jurados a fixação do *quantum* e da natureza da reprimenda punitiva a aplicar-se em cada caso, que se reserva ao campo dos competentes no domínio da técnica jurídica, os magistrados. A própria soberania de seus veredictos é relativizada pela possibilidade de reforma de suas decisões pelos tribunais superiores que podem anulá-las se "contrárias às provas dos autos".

8. Se o conjunto de limitações expostas pode desnaturar o caráter "popular" do Júri, não se pode olvidar que mesmo assim se encontram presentes em seu funcionamento diversas conquistas populares, expressas sobretudo nas garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa etc., que consubstanciam verdadeiros direitos opostos ao próprio Estado, limitando a "servidão voluntária" e a "violência legítima". Sua existência e manutenção questionam permanentemente a legitimidade do Poder Judiciário e das leis que ele cegamente aplica. Reflete os anseios pela democratização de uma justiça que chega aos excluídos apenas através da mão pesada e da face sombria do Direito Penal. Revela ao oprimido que mesmo quando convidado formalmente a participar da novela judiciária reserva-lhe um papel mesquinho e secundário.

AÇÕES CAUTELARES NO DIREITO DE FAMÍLIA: ARROLAMENTO DE BENS. ALIMENTOS PROVISIONAIS. SEPARAÇÃO DE CORPOS. BUSCA E APREENSÃO.*

Firly Nascimento Filho**

SUMÁRIO

Introdução
Ação de Arrolamento de Bens
Alimentos Provisionais
Separação de Corpos
Busca e Apreensão
Outras Medidas Cautelares

1. Introdução do tema.

A título isagógico cumpre referir que as ações cautelares objeto da presente prelação estão adequadas à moldura tradicional do Processo Cautelar, obedecendo às regras usualmente utilizadas na aplicação de tal instrumento processual.

* Palestra proferida na Universidade Católica de Petrópolis, em junho de 1993.

** Professor de Direito Processual Civil do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

Dessa forma, são as referidas ações autônomas, instrumentais, provisórias, preventivas. Obedecem ao princípio da fungibilidade; nelas há possibilidade de deferimento de medida liminar, preenchidos os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Trata-se de ações cautelares típicas, reguladas no Código de Processo Civil: o Arrolamento nos arts. 855/860; os Alimentos Provisionais nos arts. 852/854; a Busca e Apreensão nos arts. 839/843; a Separação de Corpos normatizada no art. 888, VI, com referência também na Lei de Divórcio (art. 7º, § 1º).

Como o tema objeto de nosso modesto estudo é relacionado com o Direito de Família, a metodologia adotada constituiu-se em analisar as medidas pelo distanciamento, iniciando a análise daquelas que, embora vinculadas à aplicação em tal ramo do Direito, têm maior amplitude de utilização.

Dessa forma, passaremos a dissecar, em rápidas palavras, as ações referidas, certos de que não esgotaremos o tema, procurando também não esgotar a paciência dos ouvintes.

2. Da Ação de Arrolamento de Bens.

A referida ação já se encontrava prevista no CPC de 1939, no art. 676, inciso IX, sendo que, segundo fontes autorizadas, o único Código alienígena que prevê tal instituto é o Código de Processo Civil Português (art. 421 e seguintes)¹.

É ação cautelar nominada ou típica, pois expressamente previsto seu procedimento no atual CPC.

Pode ser proposta incidentalmente ou como medida preparatória de ação denominada principal.

Não se confunde a medida em exame com o arresto, pois nesta ação cautelar há preparação para futura execução por quantia certa, sendo medida garantidora de liquidez do devedor. No caso do arrolamento o objetivo é a garantia do patrimônio para posterior partilha.

¹ Claudio PEDRASSI, *Ação Cautelar de Arrolamento de Bens*, in RP nº 52 - pág. 79.

Do mesmo modo não há que se confundir o arrolamento com o seqüestro, eis que esta via exige a litigiosidade sobre a coisa e a especificação na peça exordial, o que nem sempre acontece com o arrolamento, que permite a especificação no próprio auto².

Ovídio Batista restringe a aplicação da presente medida em casos pertinentes ao Direito de Família ou Sucessório.

Realmente, em determinadas situações poderia haver confusão na utilização de uma ou outra via cautelar para obter segurança em relação a determinados bens, pois ambas são ações reais e podem ter por objeto coisa litigiosa, embora tal característica seja essencial para o seqüestro e não seja para o arrolamento. Poderíamos, nessa linha, ter situações protegidas por duas medidas, o que não causaria qualquer prejuízo à parte ante a aplicação do princípio da fungibilidade das cautelares.

Poderá haver também medida executória de busca e apreensão em caso de determinação de depósito judicial.

Outro instituto próximo é o da arrecadação no Direito falimentar (DL nº 7661/45 e nos casos de insolvência civil CPC, art. 766, I) sobre o qual não nos deteremos, por não incluídos no objeto de nosso estudo.

2.1. Da Competência.

Como cautelar típica a ação de arrolamento de bens deve ser proposta perante o Juízo da ação principal. Quando incidente, distribuída por dependência do Juízo de Vara de Família, Vara Cível ou Vara de Órfãos e Sucessões, dependendo de norma do Código de Organização Judiciária Estadual.

É importante ressaltar que em tema cautelar parte da doutrina entende que o juiz incompetente pode conceder medida liminar (*quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*).

2.2 Condições da ação.

² Ob. citada, pág. 82.

Classificação originária do processualistas italianos, difundida entre nós com maior força por Enrico Tullio Liebman, as condições da ação estão expressamente previstas no atual CPC, no art. 267, VI.

Sem maiores delongas, ante o conhecimento prévio da matéria pelos nobres participantes deste Curso, podemos identificar o interesse de agir no arrolamento no fundado receio no extravio ou dissipação dos bens; a legitimidade *ad causam* da cautelar, segundo lição já assente, deve ter correspondência com o pleito na ação satisfativa. Há evidente possibilidade jurídica do pedido ante a expressa previsão legal a respeito da ação de arrolamento.

2.3. Do pedido.

Sendo a pretensão meramente assecuratória de direitos, o pedido cinge-se em relacionar os bens sobre os quais versará a discussão, cujo destino final estará na ação principal.

2.4. Procedimento.

A peça exordial obedecerá aos requisitos do art. 801 c/c art. 282, do Digesto Processual Civil.

Podem propor a ação de arrolamento o marido em face da mulher e vice-versa, bem como o companheiro em face da companheira, com reciprocidade. A ação principal poderá ser a Separação Judicial, a Anulação de Casamento, a Dissolução de Sociedade de Fato etc.

O valor da causa na ação cautelar não corresponde necessariamente ao da ação principal, podendo ser mero valor de referência.

3. Dos Alimentos Provisionais.

Analisando as Medidas Preventivas nas ações matrimoniais, o emérito Jurista Lopes da Costa elenca os Alimentos Provisionais, previstos no art. 676, n° VII do CPC, de 1939.

Aquela época, a citada medida era vinculada às ações de desquite e de anulação de casamento, certo de que inexistia ação de alimentos de procedimento especial, surgida entre nós com a edição da Lei n° 5.478, de 1968.

A típica medida cautelar para ser concedida necessita da prévia comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Poderão os alimentos provisionais, quando vinculados às ações de desquite (hoje separação judicial) e de anulação de casamento abranger não somente os denominados alimentos naturais, como os civis, bem como os *ad litem*, a teor do disposto no art. 852, parágrafo único.

Em se tratando de alimentos sempre é bom lembrar que sobre os mesmos *in cidem* as tradicionais regras da irrepetibilidade, irrenunciabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e atualidade.

Lembramos que existe o verbete n° 226 do Sumo Areópago do seguinte teor: "Na ação de desquite, os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que os concede".

Por outro lado, o art. 13, § 3° da Lei 5478/68 prescreve que os alimentos provisórios serão devidos até decisão final, inclusive julgamento do recurso extraordinário (hoje recurso especial, pois, em regra não caberá mais R.E., mas sim R.Esp., dado que a discussão deverá ser circunscrita à questão atinente à lei ferreal, cf. C.F. arts. 102, III e 105, III, da C.F./88).

Quanto ao termo inicial da dívida alimentar o art. 13, § 2° da Lei 5478, determinou que os mesmos seriam devidos desde o ato citatório.

Tendo em vista a edição da Lei 5478/68 a medida cautelar passou a ter seu campo de aplicação naquelas ações de família que buscam reconhecer ou desconstituir o

estado civil, como as de anulação de casamento, de investigação de paternidade e a ordinária de alimentos.³

É certo, também, que somente caberão alimentos provisionais na ação investigatória após a decisão de primeira instância favorável (art. 5º, da Lei nº 883, de 21.10.49: Na hipótese de ação investigatória de paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja desta interposto recurso.)

Tal dispositivo parece ter sido revogado pela Lei nº 8.560, de 29.12.92, que, no seu art. 7º prevê que na sentença de reconhecimento de paternidade haja fixação de alimentos provisionais. Tal diploma legal modificou amplamente o sistema de reconhecimento da paternidade.

A petição inicial da cautelar obedecerá aos requisitos dos arts. 801 e 282 do Código de Processo Civil. Haverá necessidade de postulação do *quantum* pretendido, respeitado o binômio necessidade/possibilidade.

Sendo ação cautelar, o deferimento da liminar poderá ensejar audiência prévia de justificação.

Não se deve confundir alimentos provisionais com alimentos provisórios (Lei nº 5478/68, art. 4º).

Yussef Said Cahali, notável civilista das terras de São Paulo, informa que a jurisprudência e a doutrina são firmes no sentido de rechaçar qualquer discussão sobre a inocência ou culpa do cônjuge pela separação quando em jogo alimentos provisionais⁴, fazendo remissão ao saudoso João Claudino de Oliveira e Cruz, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entendia ser possível a concessão de alimentos mesmo ao cônjuge acusado de adultério, eis que a decisão final caberia ao Juiz, não bastando quaisquer provas colhidas sem a análise do Poder Judiciário⁵.

Os alimentos provisionais podem ser postulados como medida antecedente ou incidentalmente. Caso seja preparatória necessário se torna a obediência ao preceito insculpido no art. 806, do CPC ("Cabe à parte propor a ação, no prazo de trinta dias,

³ Ernane Fidélis dos SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1989, vol. 5, pág. 100. O nosso pensamento está de pleno acordo com o Mestre das Minas Gerais.

⁴ Yussef Said CAHALI, *Divórcio e Separação*, 5ª edição, 1986, RT, pág. 315.

⁵ Ob. citada, pág. 316. A crítica do ilustre juriconsulto é endereçada a acórdão do TJSP que considerou que a adúltera não teria direito a alimentos, mesmo antes do julgamento (RT 126/106).

contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório"), sob pena de perder sua eficácia.

Havendo resistência poderão ser fixados ônus decorrentes da sucumbência.

Como em todos os campos do Direito há entendimento no sentido de que o descumprimento do prazo de trinta dias para a propositura da ação principal não desonera o alimentante⁶.

Não existe qualquer óbice que a execução dos alimentos provisionais siga o rito executório previsto nos arts. 732/735, inclusive com a cominação da pena de prisão, consoante autorizativo constitucional (C.F., art. 5º, LXVII: Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel).

O professor Ernane Fidélis dos Santos defende a tese de que em havendo improcedência do pedido de alimentos provisionais ou ocorrendo quaisquer das hipóteses dos incisos II a IV, do art. 811 ("Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - omissis; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro de 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, desde código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.), será devida indenização, desde que haja prova do prejuízo, o que se fará por liquidação de sentença ou em caso de verificação de inexistência de fundamento para a postulação alimentar, como, por exemplo, inexistência do casamento⁷.

4. Separação de Corpos.

O festejado Lopes da Costa elenca entre as tradicionais medidas cautelares nas ações matrimoniais a de separação de corpos (CPC de 1939, art. 676, X). Sob a

⁶ CAHALI, ob. citada, págs. 319-320. O autor refere-se a dois acórdãos de E. TJSP. Um deles menciona a existência de ação de desquite, certamente proposta fora do trintídio. Tal lição deve ser entendida no sentido de que há tolerância na admissão da ação principal fora do prazo de eficácia (trinta dias), não se podendo interpretá-la como salvaguarda para que a ação não seja proposta em tempo algum.

⁷ SANTOS, op. citada, pág. 104. O autor menciona, ainda, a hipótese de o cônjuge mulher possuir rendas superiores às do marido. Nesse caso, incidiria a regra da irrepetibilidade dos alimentos, ousando discordar do ilustre Mestre, eis que permaneceria o vínculo base. Afinal, se até a adúltera poderia recebê-los...

vigência do antigo estatuto processual, entendia-se não ser obrigatório a ação cautelar referida, apesar da redação do art. 223, do Código Civil, que manda o autor postular antecipadamente a cautelar separatória. Na verdade, seria preceito sem sanção, incabível que seria a *astreinte pécuniaire* ⁸.

O Código de Processo Civil de 1973 prevê a medida de separação de corpos no art. 888, VI (o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal). A Lei do Divórcio, a seu turno, prevê que a separação de corpos poderá ser pedida por medida cautelar (Lei nº 6.515/77, art. 7º, § 1º: A separação judicial importará na separação de corpos e na partilha de bens. § 1º. A separação de corpos poderá ser determinada por medida cautelar (art. 796 de CPC).

Por outro lado, a sentença na ação de separação judicial poderá ter seus efeitos retrotraídos à data da decisão que tiver concedido a separação cautelar, conforme preceitua o art. 8º. A mesma data pode servir de base para a futura conversão da separação em divórcio (art. 25, na redação dada pela Lei 8408, de 13.02.92).

Ernane Fidélis dos Santos entende que a cautelar de separação de corpos é de natureza satisfativa, valendo transcrever a lição do mestre:

"Tanto o afastamento voluntário quanto o forçado são medidas satisfativas, porque é irrelevante sua concessão para a eficácia prática da solução da lide. É ele concedido, porém, em caráter temporário, mas não necessariamente sujeito ao prazo de trinta dias, que será, por aplicação do princípio das medidas cautelares, apenas o supletivo, quando o juiz outro não fixar" ⁹.

Não se discute também aqui da culpa de quaisquer dos cônjuges, eis que a avaliação deverá cingir-se à mera questão de desarmonia do casal, impedindo a convivência sob o mesmo teto.

Entendem alguns doutrinadores que durante o período de separação de corpos deve o cônjuge manter abstinência sexual, pois poderá ser acusado de violação do dever de fidelidade conjugal.

⁸ Alfredo de Araújo LOPES DA COSTA, *Medidas Preventivas*, Livraria Bernardo Alvares Editora, 1958, págs 105-106.

⁹ op. citada, pág. 124.

Em existindo filhos, normalmente a decisão é pela permanência da mulher, juntamente com a prole, sendo retirado do lar o marido.

Excepcionalmente, admite-se a retirada da mulher do lar conjugal, por questões de saúde, econômicas etc.

Cabe a renovação da medida, ante a incidência de fatos novos.

Havendo mero requerimento de afastamento do lar, a medida torna-se meramente administrativa, não havendo sucumbência. Havendo resistência, há condenação no ônus da sucumbência.

5. Busca e Apreensão.

O termo "busca e apreensão" não é exclusivo da seara cautelar, ensejando diversas confusões na aplicação prática da referida ação.

Bastante difundida é a ação de busca e apreensão prevista no DL 911, de 1968, diploma regulamentador da alienação fiduciária em garantia. A referida ação é de conhecimento, podendo, inclusive, ser convolada em depósito.

Por outro lado, a busca e apreensão é, muitas vezes, mera medida de execução de outras cautelares ou até de ações de conhecimento, não se podendo, *concessa venia*, confundir tais atos com a medida típica prevista no CPC.

O seu campo mais comum de incidência está no Direito de Família, com a busca e apreensão de menores, filhos de casais em litígio.

A citada medida pode ser proposta com caráter incidente ou antecedentemente.

Em alguns casos poderá até se tornar satisfativa.

Permitida é a concessão de limitar *inaudita altera parte*.

Podem propô-la aquelas pessoas com qualificação para ser parte.

A petição inicial deverá conter os requisitos dos arts. 282 e 801, do Código de Processo Civil.

Em caso de guarda dos menores ou incapazes, o Juiz poderá nomear guarda idôneo, para fins de proteção.

A ação permite cláusula de arrombamento a ser cumprida por mandado portado por dois oficiais de Justiça, devendo o auto conter referência a duas testemunhas presenciais.

Embora a presente medida possa ter por objetivo também coisas (incluindo documentos), ela é de pouca utilização no Direito de Família.

Poderá haver cumulação dos pedidos de busca e apreensão com o de guarda dos incapazes.

6. Outras medidas cautelares aplicáveis no Direito de Família.

Yussef Said Cahali, ao comentar a posição jurisprudencial em torno da utilização das denominadas provas ilícitas, critica aqueles que inadmitem, como provas, documentos obtidos através de violação de correspondência, como, por exemplo, cartas endereçadas ao cônjuge por pretense amante, ou vice-versa. Sugere que, no caso, cabível seria a ação exibirória (CPC, arts. 844 e 845; 355/363; 381/382)¹⁰.

O seqüestro, autêntica medida de natureza real, também é de aplicação no Direito de Família, na hipótese prevista no inciso III, do art. 822 (dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando)

Cabíveis nas ações de família, inúmeras medidas previstas no art. 888, do CPC: II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos; a posse provisória dos filhos, em caso de separação judicial ou anulação de casamento; IV- o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais; o depósito dos menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; VI- o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal; VII- a guarda e educação dos filhos, regulado o direito de visita). Quanto à regra do inciso VI ela informa a separação de corpos já analisada anteriormente.

¹⁰ CAHALI, *op. citada*, pág. 392.

DIREITO E ÉTICA NO BRASIL DE HOJE*

José Carlos Barbosa Moreira**

É sempre uma honra insigne e uma intensa emoção voltar a esta Universidade, onde lecionei no princípio de minha carreira acadêmica, já lá se vão trinta anos, e de cuja congregação faz parte hoje um filho meu. Sou particularmente grato à Professora Maria Celina Tepedino pelo convite, com que me distinguiu, para, no começo do novo ano letivo, dar as boas vindas e formular os votos tradicionais quer aos que vão ainda iniciar-se no aprendizado do direito, quer aos que, retomando a caminhada, enfrentam mais uma etapa do itinerário acadêmico.

Uns e outros, sem dúvida alguma, estarão suficientemente advertidos da riqueza imensa do fenômeno jurídico. Percebem, com maior ou menor clareza, que o universo do direito pode ser encarado de numerosos pontos de vista e se desdobra numa impressionante multiplicidade de dimensões. Em grande parte das disciplinas do curso, a perspectiva que habitualmente predomina é a da técnica. Nada há nisso que surpreenda. Seja enquanto ciência, na construção de suas estruturas dogmáticas, seja enquanto arte, na solução de problemas práticos do convívio social, de que pretende ser um dos principais mecanismos de controle, o direito, como toda ciência e como toda arte, exige a utilização de uma técnica. É natural e desejável que os professores se esforcem por adestrar os estudantes no uso das regras técnicas de que terão de valer-se para bem manejar os instrumentos de ofício. Ninguém pode aventurar-se com esperança de êxito a qualquer profissão jurídica se não se familiarizou com as peculiaridades da linguagem do direito descartadas obviamente as

* Aula inaugural proferida no Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, em 09 de março de 1994.

** Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

esquisitices de um pedante e grotesco jargão forense. Ninguém será bom advogado, bom promotor, bom defensor público, bom juiz, se não apreendeu os métodos básicos de interpretação das normas, se não adquiriu a aptidão para orientar-se na rede complexa e sutil em que se articulam os institutos jurídicos.

No particular, diga-se de passagem, o direito não constitui exceção alguma. O rigor terminológico, por exemplo, é indispensável em todos os terrenos do conhecimento humano. Experimente alguém substituir por qualquer outra, no enunciado do famoso teorema, a palavra "hipotenusa", ou a palavra "catetos": terá instalado na geometria, com essa simples troca, confusão suficiente para fazer dar muitas voltas na tumba o que porventura reste dos despojos mortais de Pitágoras... Não se estranhará, portanto, que, no discurso jurídico, qualificar de "nulo" um ato anulável, ou chamar "roubo" ao furto, ou "arresto" ao seqüestro, ou "imposto" a uma taxa, possa gerar trapalhada de idênticas proporções.

É erro de extrema gravidade e de conseqüências funestas menosprezar a dimensão técnica do direito. Mas não será menos grave o erro, nem menos funestas as conseqüências, se quiser limitar o direito a essa dimensão. Cumpre ter em vista que toda norma jurídica traduz uma solução de compromisso entre interesses contrapostos, e que todo compromisso necessariamente implica uma ponderação de valores, positivos ou negativos que nos pareçam. O legislador só pesa os valores em jogo e atribui prioridade a um sobre outro. Seus critérios, essencialmente políticos, nada mais fazem, por certo prisma, que refletir o placar momentâneo do jogo do poder. Daí não devemos concluir que se mostrem refratários a outras ordens de aferição. No universo humano, fenômeno algum é suscetível de explicação cabal por um único fator; os monismos de todas as cores não passam de caricaturas da realidade. Diversamente do que sonha um romantismo ingênuo, o ordenamento jurídico não se reduz a manifestação de princípios éticos fundamentais, havidos como imprescindíveis para possibilitar a convivência harmoniosa dos membros da coletividade. Mas tampouco seria reconhecível uma imagem do direito que o figurasse totalmente estranho a inspirações da moral.

Friso que, ao menos em parte, a dimensão ética do direito independe das motivações e das intenções do legislador, e com freqüência as ultrapassa. Nisso o direito assemelha-se à obra de arte: assim como o observador tantas vezes capta numa estátua ou num poema sugestões em que não pensara o artista, ao intérprete e ao aplicador da norma jurídica é dado extrair dela ressonâncias alheias à chamada *mens legislatoris* - entre outras coisas, para revelar um significado moral de cuja presença talvez não se suspeitasse à simples vista dos trabalhos preparatórios, ou mesmo do teor literal do dispositivo.

Nesse sentido, há, e não pode deixar de haver, uma seiva ética a circular nos canais do ordenamento jurídico: se não é ela que o explica todo, é ela, sem sombra de dúvida, que em grande parte o legitima, e o vivifica, e o converte em algo diferente de um insípido regulamento burocrático. Pouco importa que princípios morais sejam a cada passo

hipocritamente invocados para justificar manobras de egoísmo, da ânsia de dominação, do medo de perder privilégios ou de sofrer abalo em posição de mando. Que se abuse de uma idéia não é argumento bastante para contestar-lhe a validade. O fato de existir moeda falsa não demonstra que inexistam moeda verdadeira, e a contrafação de uma tela de Rembrandt nada subtrai à inefável beleza da "Ronda da Noite". Quando Madame Roland proferiu a célebre exclamação sobre os crimes que se estavam cometendo em nome da liberdade, seguramente não era a liberdade, em si, o alvo de sua denúncia. Também em nome da ética muitos crimes se cometeram e se cometem; mas seria absurdo condenar por eles a própria ética. O que se impõe é resgatá-la.

Ao longo da história do Brasil, os costumes políticos — e com eles o funcionamento das instituições, vale dizer setor relevante da vida do direito — jamais primaram por uma excepcional delicadeza de escrúpulos morais. Parece que o vezo de pleitear sinecuras para os membros da família remonta à carta de Pero Vaz de Caminha ao rei D. Manoel I. Controvertem os eruditos sobre as causas de tal modo de ser: há quem coloque a ênfase em fatores culturais, quem proponha explicações psicológicas, quem recorra à genética; a própria geografia já foi responsabilizada, conforme atesta a proposição, divulgada até em música, de que "não há pecado abaixo do Equador"... Seja como for, um ponto afigura-se indiscutível: se os praticantes do credo do "vale-tudo" precisassem de respaldo teórico, facilmente o encontrariam em tantas doutrinas que não se cansaram de pregar, século após século, o mais radical relativismo ético-jurídico. Quantas gerações de filósofos não andaram ensinando, com efeito, que os valores pertencem todos ao campo da pura subjetividade, e a cada ser humano compete, em liberdade plena, e sem qualquer referência a padrões objetivos, estabelecer a sua tabela individual?

É difícil compreender com que base poderíamos, em semelhante perspectiva, censurar, por exemplo, os manipuladores do orçamento pela sem-cerimônia com que desviaram fundos públicos em seu proveito pessoal. Não parece provável que algum deles tenha o hábito de ler pensadores extremadamente relativistas — nem, acrescento, pensadores de qualquer tendência; mas não há dúvida de que demonstraram de modo eloquente até onde podem ir as conseqüências práticas de determinadas teorias. Cada "anão" terá estabelecido a sua tabelinha própria de valores: e, se nenhum critério suprapessoal pode aspirar à objetividade, nem portanto à aplicabilidade geral, com que direito os condenaremos por não haverem tomado opção mais do nosso agrado?

A essa luz — se é próprio usar neste contexto a palavra "luz" —, não passaria de um equívoco filosófico o estrépito produzido pelo descobrimento das falcatruas... No fundo, estaríamos diante de condutas tão legítimas como outras quaisquer, e todo o clamor público por elas suscitado seria mera tempestade em copo d'água. A única maneira de evitar a conclusão melancólica é admitir que, feitas todas as contas, levadas em consideração todas as circunstâncias, debitado tudo quanto se possa debitar ao ambiente histórico (e, se quiserem, geográfico), resta a noção irredutível de que há coisas que se devem e coisas que não se devem fazer. Em outras palavras: que na ética e no direito existe,

sim, largo espaço para a relatividade; isso porém, não exclui que algumas verdades — poucas, talvez, mas importantes — sejam absolutas.

Episódios da nossa recente história política fizeram brotar em muitos corações a esperança de que o país estivesse disposto a promover o resgate da ética. Com todas as forças do nosso espírito queremos enxergar na iniciativa de apurar responsabilidades pelas fraudes orçamentárias uma atitude inspirada em sincero propósito de emenda por parte do Congresso Nacional. Seria profundamente triste que tudo se resumisse num espetáculo encenado para acalmar as indignações mais simplórias: assentada a poeira, o panorama em substância permaneceria como dantes. Com certeza nos sentiríamos menos tentados por essa amarga interpretação, se não víssemos deputados e senadores, impenitentes, a continuar realizando só duas ou três sessões por semana, com as faltas nos outros dias sistematicamente abonadas pela mesa diretora. Também acreditamos com maior facilidade na pureza de intenções dos congressistas se, depois de aprovarem a elevação — ao meu ver, correta — de alíquotas do imposto de renda exigível das pessoas físicas, se houvessem abtido da incoerência de negar *quorum* para a votação do aumento relativo às pessoas jurídicas.

Está confiada ao Congresso Nacional, neste instante, missão de inexcusável magnitude: a de rever a Constituição da República. Pouco importa, já agora, saber se a revisão se justifica realmente em face dos textos, ou se o período que atravessamos é o mais propício ao empreendimento. Ouso supor que a ambas as indagações seria possível dar, com razões ponderáveis, resposta negativa; mas a ocasião adequada passou. Os trabalhos, mal ou bem, começaram, e a situação nacional não consente que se arrastem por tempo excessivo. Será demais esperar que todos os membros do Congresso Nacional, sem exceção, se compenentrem da necessidade de participar de uma tarefa de cujos resultados vão depender, em tantos aspectos, os futuros rumos de nossa história? Será também demais esperar que os números das votações espelhem a honesta convicção de cada votante sobre a conveniência de tal ou qual solução para os problemas em pauta, avaliada à luz do bem comum? Ou teremos ainda de ver certas questões fundamentais resolvidas de acordo com os interesses de indivíduos ou de grupos, arrançados e costurados com os laços e pespontos da matreirice rasteira? Vai-se decidir como convém estruturar o sistema tributário, ou que regime jurídico melhor quadra às telecomunicações, em função dos reflexos favoráveis ou desfavoráveis da decisão sobre as perspectivas eleitorais deste ou daquele candidato à presidência da República? Que predominará: o debate franco e sincero dos argumentos ou o cochicho do "toma-lá-dá-cá", do "vota comigo hoje que eu voto contigo amanhã"?

É bom que fiquemos atentos ao resultado desses testes, para nele fundarmos um critério quando chegar, dentro de alguns meses, a nossa própria vez de votar. Se é genuína a nossa preocupação com a ética, teremos então a oportunidade de promover o grande e imprescindível expurgo, a fim de que todos possamos, daí em diante, acompanhar a rotina da vida política brasileira sem tanto receio de nos defrontarmos, involuntariamente, com cenas de pornografia explícita. E note-se que não me refiro em termos específicos a episódios carnavalescos, nos quais pouca gente, a esta altura, deveria encontrar motivo de

espanto: é notório que a ética nunca figurou entre os "vips" convidados para os camarotes do sambódromo, bem mais acessíveis a coelhinhas e a outras espécies zoológicas...

"Se é genuína a nossa preocupação com a ética", disse eu: estranhará alguém a condicional? Chego aqui à parte mais delicada desta fala; e assumo o risco de ser mal compreendido, na serena convicção de que, sem o que vou dizer agora, quase nada valeria o que já ficou dito. Nenhum crítica merece respeito, ao que penso, se não se faz acompanhar de uma autocrítica. Não temos o direito de submeter os outros a testes que para nós mesmos recusamos. Atrevo-me a convidá-los, por isso — não só os estudantes, mas todos os que me honram com sua atenção —, a uma sorte de exame de consciência, do qual em absoluto não me excluo, antes o aplico a mim mesmo em primeiro lugar.

Sáímos às ruas — alguns, de caras pintadas — para protestar contra casos escandalosos de malversação de fundos públicos. Que princípio justifica a nossa indignação? Obviamente, o de que a ninguém é lícito destinar ao proveito individual aquilo que pertence a todos, locupletar-se à custa da coletividade. Pois bem: há muitas outras formas, decerto menos grosseiras, mais sutis — se quiserem, mais elegantes — de violar esse mesmo princípio. Estaremos todos inocentes de qualquer violação? Permitam-me que especifique: teremos sido sempre verazes e completos em nossas declarações de renda? Jamais aceitamos a proposta de dispensar recibo, em troca da redução do preço do serviço? Não nos passa talvez pela cabeça a idéia, contudo irrefutável, de que lesar o fisco, ou ajudar alguém a lesá-lo, é também um modo de nos apropriarmos de dinheiro público, ou de nos acumplicarmos com quem dele se apropria. O furto de um automóvel, ou das notas de dólar cuidadosamente guardadas num cofre, causa dano à propriedade privada; a sonegação fiscal prejudica a inteira comunidade. Qual dos dois será mais grave? Quem torna pior o mundo: o punquista que bate minha carteira no ônibus ou o empresário que deixa de repassar ao crário as importâncias descontadas, a título de imposto ou de contribuição previdenciária, da folha de pagamento dos empregados?

Entre os temas prediletos dos círculos jurídicos firmou-se, de alguns anos para cá, o da proteção dos chamados interesses e direitos coletivos: ao equilíbrio ecológico, à preservação da paisagem e dos monumentos históricos, à honestidade da propaganda comercial, à proscricção de produtos nocivos à saúde, e assim por diante. Cada vez mais me convenço de que se ganharia em profundidade, na discussão dessa problemática, se maior atenção se dedicasse ao aspecto complementar, não raro deixado na sombra: o dos nossos deveres para com a coletividade. O dever de pagar tributos é apenas um exemplo; há tantos outros, que tentar enumerá-los de maneira exaustiva seria retribuir a distinção do convite para lhes falar com um abuso inominável contra a paciência do auditório.

Vou limitar-me, pois, a duas ou três observações, que aliás roçam o óbvio. Reclamamos todos da falta de limpeza das vias públicas. Quem nos ouça imaginará que jamais contribuimos para a lamentável situação. Será exato, porém, que nenhum de nós

costume tratar o logradouro como se fosse a sua lata de lixo particular? Queixamo-nos de que as praias estão imundas. Porventura nos damos sempre trabalho de procurar os recipientes próprios para neles colocar o copo de plástico e o palito do picolé? Muito mais cômodo e agradável é continuarmos deitados, a bronzear-nos ao sol, deixando que objetos tão prosaicos e insignificantes se acumulem sobre a areia, ao nosso redor. A poluição das águas arranca de nós imprecações violentas. Acaso não são mãos humanas, todavia, que nelas atiram, entre outras mil coisas, determinados apetrechos de que outrora só se costumava falar aos sussurros, "entre homens", e hoje se anunciam aos quatro ventos, em todas as cores e tonalidades (o feito, compreensivelmente, não varia muito), glamourizados na imagem cintilante da telinha? Não discutirei aqui a possível utilidade profilática desses apetrechos em certos embates deleitosos; mas, se não me engano, eles se destinam a visitar apenas corpos voluntariamente receptivos, e não a resvalar sobre terceiros, que nada mais desejam que refrescar-se com um rápido mergulho...

É fácil entoar hinos à ética, e vituperar quem lhe infrinja os preceitos, quando estes coincidem com os nossos próprios interesses. Percebem como é forte a nossa propensão a identificar uma e outra coisa? Para quase todos nós, imoral é simplesmente aquilo que nos acarreta algum prejuízo. Já o que nos beneficia, ah, o que nos beneficia é sempre, por definição, eticamente inatacável: inspira-se — quem ousará duvidar? —, nos mais puros e elevados princípios. A esse tipo bem se ajustaria a designação de "fio dental": ela cobre o mínimo que interessa e deixa de fora todo o resto.

Pois bem: contra semelhante cultura, de raízes tão profundas na alma brasileira, é que, pondo de lado o receio de andar na contra-mão, eu gostaria de conchamar a juventude acadêmica — muito particularmente, a juventude que se destina a operar com o direito. Dela depende, em grande parte, que a ética possa na verdade ser resgatada. Há muito, em nossa atual sociedade, de gritantemente imoral, a começar pelos absurdos da distribuição de renda: de acordo com o relatório do Banco Mundial, de 1991, os 20% mais ricos apanham 62,6% da renda nacional, enquanto os 20% mais pobres têm de contentar-se com 2,4% dela. Como qualificar a maneira pela qual se explora a concessão dos canais de televisão, com desprezo acintoso dos imperativos constitucionais acerca da matéria? E a desfaçatez com que os oligopólios sabotam quaisquer planos de estabilização econômica, explicitamente confiantes numa impunidade até agora nunca desmentida? E a omissão — quase ia dizendo a cumplicidade — de certos órgãos públicos para com a audácia do narcotráfico, hoje, bem se sabe, confortavelmente inserido nas malhas da finança internacional e alçado à condição de poder muito mais atuante e efetivo, em várias zonas, que qualquer dos tradicionalmente denominados poderes públicos? Os operadores do direito têm nisso tudo uma palavra a dizer: não será a única, mas é insubstituível.

Para que essa palavra seja eficaz, no entanto, é preciso que ela se purifique de todo laivo de farisaísmo. Devemos tomar consciência de que cada um de nós tem seu "anão" interno, ao qual não se justifica dar tratamento menos severo do que aquele que preconizamos para os outros anões. Dos valores que proclamamos há de estar impregnada

não só a nossa vivência. Viver a ética; viver o direito; viver eticamente o direito — eis o desafio que nos lança o momento, que nos lançam, afinal, todos os momentos. As gerações anteriores não souberam responder de maneira adequada a semelhante desafio. Praza a Deus que da nova se possa colher uma resposta à altura das necessidades e das esperanças do povo brasileiro nesta virada de século.

A PERÍCIA NOS PROCESSOS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE PELO ADIANTAMENTO DAS DESPESAS.

José Eduardo Carreira Alvim*

1. O processo moderno é informado, dentre outros, pelo princípio da **celeridade**, que lhe assegura desenvolvimento rápido, de forma a proporcionar também uma rápida solução da lide. Este princípio, expresso no art. 2º da Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984 (Juizado Especial de Pequenas Causas), vem contemplado, igualmente, no art. 125, II, do CPC, nos termos do qual o juiz dirigirá o processo, de modo a **velar pela rápida solução de litígio**. Completam-no, os poderes conferidos ao juiz para determinar a reunião de processos (arts. 105 do CPC), **determinar e indeferir provas** (art. 130 do CPC) e impulsionar de ofício o processo (art. 262 do CPC).

2. O maior obstáculo à celeridade do processo, notadamente nos em que é parte a Fazenda Pública, tem sido a produção da prova pericial, não só pelas despesas que acarreta, como, sobretudo, pela recusa do ente público em adiantá-la, invocando o privilégio contido no art. 27 do CPC.

3. Como se sabe, a **prova pericial**, de regra requerida pelas partes, pode ser determinada *ex officio* pelo Juiz, com base no art. 130 do CPC, quando necessária à instrução do processo ou à formação do convencimento do julgador, pelo que, sendo ele o destinatário direto das provas, cabe-lhe aferir a utilidade da sua produção no caso concreto.

* Professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio

A presença de matéria a exigir a colheita de prova pericial torna obrigatória a determinação da sua realização, de ofício, pelo próprio magistrado (AC nº 90.04.00283-9-RS, TRF-4º Reg., un., DJ 7/8/91, p. 18.089).

4. No contexto dessa prova, adquire especial relevo as despesas que ela provoca, por envolver, muitas vezes, a participação de profissionais altamente qualificados, e, conseqüentemente, custos elevados, especialmente os honorários do perito, cujo adiantamento, em princípio, está a cargo das partes, ou, mais precisamente, daquela que, segundo a lei processual, deva suportá-lo.

5. Estabelece o art. 33 do CPC que, cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, e que "a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz. Esta regra mantém sintonia com o § 2º do art. 19, nos termos do qual compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Por fim, o art. 27 do mesmo estatuto prescreve que "as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido".

6. A questão não oferece dificuldades nos processos entre partes privadas, mas adquire relevância quando a lide envolve a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e respectivas autarquias que, gozando de isenção de custas (art. 9º, I, da Lei nº 6.032/74), se arrogam a prerrogativa de não estarem obrigados a adiantar as despesas da perícia, nos termos do art. 33 do CPC, ao argumento de que lhes ampara o art. 27 do mesmo Código.

7. Esse posicionamento vem tornando uma verdadeira *via crucis* a realização da perícia, nos processos em que são partes tais entidades, notadamente para o Juiz que, em muitas circunstâncias, se vê na contingência de nomear *expertos* profissionais sem a desejada qualificação, por serem os que aceitam o exercício do *munus* para só receber a final.

8. Não contando a Justiça com peritos em seus quadros, não dispõem os entes públicos do privilégio que se arvoram — de não terem o dever de adiantar as despesas e honorários necessários à execução da perícia — nem encontra tal pretensão amparo no art. 27 do CPC, em que pese entendimento em contrário de certa corrente jurisprudencial.

9. Primeiramente, o princípio da paridade, que assegura às partes igualdade de tratamento no processo — agasalhado pelo art. 125, I, do CPC — não permite se conceda aos entes públicos direitos ou prerrogativas processuais, além dos limites legais, pelo que deve o art. 27 do CPC ser interpretado dentro dessa ótica, sob pena de se impor a

terceiros encargo *contra legem*, obrigando-os à prestação de serviços sem a correspondente prestação pecuniária.

10. O que dispõe o art. 27 do CPC é que "as despesas dos atos processuais efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública (inclusive as autarquias), serão pagas a final pelo vencido", entendendo-se por tais atos os compreendidos no âmbito das atribuições dos serventuários da Justiça ou de outros agentes públicos — como, v.g., requisições de processos administrativos, documentos e informações, buscas e diligências em órgãos públicos, expedição de precatórias, atividades ligadas à fiscalização, e análogos — não alcançando os que, como a perícia, envolvem serviços de terceiros, sem qualquer ligação com o Poder Público. Da mesma forma que a testemunha tem direito ao pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, (art. 419 do CPC), tem o perito direito à remuneração, mediante adiantamento da parte onerada, uma vez concluído o seu trabalho (art. 33 do CPC).

11. Entender-se de outra forma, seria admitir-se a requisição de serviços técnicos, ao largo do preceito constitucional, tutelar da liberdade individual (art. 5º, II, da CF), impondo-se a profissionais liberais a obrigação de emprestar o concurso de seu trabalho à Justiça, no interesse da parte, sem a devida remuneração. A hipótese seria, então, de indenização e não de pagamento, pois quem (como o ente público) requer prova, cuja realização está a cargo de outrem (o perito), sem contraprestação atual, faz requisição, e quem requisita, não paga: indeniza.

12. Exatamente por importar a perícia em sacrifício do patrimônio do *experto*, obrigado, quase sempre, a despesas imediatas, em função da diligência — como, v.g., custos da perícia, viagens, estadas, auxiliares — foi necessário que a Lei nº 1.060/50 incluisse, expressamente, no âmbito da assistência judiciária, a isenção dos honorários do perito (art. 3º, V), impondo aos profissionais liberais o dever de cumprir esse *munus* (art. 14), eximindo a parte beneficiária de qualquer adiantamento a esse título. Disposição análoga não se encontra, relativamente aos entes públicos, no contexto do Código de Processo Civil.

13. A orientação pretoriana emanada do ex-TRF, coerente com a correta interpretação dos textos legais, fixou-se — nos processos expropriatórios — no sentido de que as despesas de condução do perito devem ser adiantadas pelo expropriante "pois é inadmissível que tais gastos, pela sua amplitude, corram por conta de pessoas que apenas colaboram para atingir-se o objetivo da ação, sem exercerem cargo público, como é o caso do avaliador" (RTFR 102/25). No mesmo diapasão, afinam-se os acórdãos emergentes dos Tribunais Regionais Federais, como v.g. AI nº 89.04.16703-5-RS, TRF-4º Reg., DJ 22/11/89, p. 14.848; AI nº 89.01.182432-GO, TRF-1ª Reg., 3ª T., un., DJ 25/6/90, p. 13.771; AI nº 90.04.14656-3-RJ, TRF-4ª Reg., 2ª T., un., DJ 24/10/90, p. 25.093; AI nº 91.01.16570-2-MG, TRF-1ª Reg., 3ª T., m., DJ 11/3/91, p. 4.204. Não porém, sem alguma divergência, havendo precedentes em prol do privilégio da Fazenda Pública e autarquias de

não estarem obrigadas a depositar antecipadamente os honorários do perito, somente respondendo pelos mesmos ao final, no caso de sucumbência (AI n. 56.710-RJ, TFR, 2ª T., un., DJ 21.11.88, p. 30.248; AI nº 53.901-SP, TRF, DJ 29/10/87, p. 23.632-3; AI nº 90.02.07392-5-RJ, TRF-2ª Reg., 1ª T., m., DJ 25/9/90, p. 22.190; Resp nº 4.841-SP, STJ, 1ª T., un.; DJ 18/3/91, p. 2.776). Essa orientação traz em si o inconveniente de deixar sem a percepção de honorários o perito, quando vencedor na demanda o ente público — com perícia por este requerida, ou determinada no seu interesse, em sendo autor — e sucumbente a parte beneficiária de assistência judiciária, ou naqueles casos em que, após a concretização da diligência, vier a ocorrer a extinção do processo sem julgamento do mérito, nas causas sob os auspícios da justiça gratuita.

14. A propósito do tema, decidiu o eg. STJ, *verbis*:

HONORÁRIOS DE PERITO. FAZENDA PÚBLICA.

A Fazenda Pública, quando parte na causa, deve depositar previamente os honorários do perito judicial.

Recurso especial de que se não conheceu.

Unânime (Resp. nº 10.945-0-SP, 4ª T., un., rel. Min. Fontes de Alencar, DJ 7/12/92, p. 23.315).

15. Correto, nessa mesma linha de orientação, o eg. TRF da 5ª Região, quando do julgamento do Ag nº 1706/91, 2ª T., un., DJ 20/3/92, p. 6.365, ao assentar que cabe à União antecipar as despesas necessárias para que o perito judicial leve a efeito a perícia, bem assim o eg. TRF da 1ª Região, no julgamento do AI nº 92.01.23613-1-GO, 4ª T., un., DJ 23/11/92, p. 38.988, ao decidir que o expropriante deve adiantar as despesas da avaliação, incluindo-se os honorários do perito que não tem vínculo com a Justiça Federal.

16. E assim é porque os honorários do perito não se incluem no conceito de custas (cf. art. 2º da Lei nº 6.032/74), emolumentos ou despesas (cf. AI nº 90.04.15467-1-PR, 1ª T., un., DJ 3/4/91, p. 6.250; AC nº 89.04.01284-8-SC, 1ª T., un., DJ 29/8/89, p. 9.148), devidos em função da sucumbência — tanto que pode haver perícia tão-só para se determinar o valor da causa — mas adiantamento a cargo da parte a quem interessa, e, por isso, obrigada a suportá-lo, nos termos do art. 33 do CPC, independentemente da sua qualidade de ente público. Merece ser transcrito o v. acórdão do eg. TRF da 1ª Região, que, com muita acuidade, ocupou-se do tema:

Processo Civil — Despesas Judiciais — Fazenda Pública — Artigo 27, do CPC.

1. Aplica-se literalmente o preceito do art. 27, do CPC, nas execuções fiscais, tão-somente (Súmula 154, do TRF).

2. A Fazenda Pública em juízo deve responder antecipadamente pelas despesas da prova pericial, sendo inconcebível que o perito do juízo seja pago após o término do processo e por precatório - art. 19, § 2º, do CPC.

3. Incompatibilidade do privilégio do art. 27 do CPC, com a realidade enfrentada pelo juiz "a quo".

4. Agravo improvido. (AI nº 93.01.06124-4-DF, TR-1ª Reg., 4ª T., un., Rcl. Juíza Eliana Calmon, DJ 26/4/93, p. 14581).

17. O fato de não disporem, eventualmente, essas entidades, de verba para acorrer a tais adiantamentos, é problema de ordem financeira e orçamentária, que cumpre à Administração providenciar, não podendo servir de pretexto para eximi-las de encargos que a lei lhes comete (art. 33 do CPC).

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO POLÍTICO BUROCRÁTICO-AUTORITÁRIO

Marcello Raposo Ciotola*

Nossa intenção no presente artigo é expor o modelo político burocrático-autoritário, a partir da formulação e do desenvolvimento que lhe foi dado por GUILLERMO O'DONNELL, na tentativa de explicar a nova forma de autoritarismo político que surge no Cone Sul com o golpe de 1964 no Brasil, aparecendo dois anos mais tarde na Argentina e, na década seguinte, se incorporando às realidades chilena e uruguaia, além de reaparecer naquele segundo país com o golpe de março de 1976. Não se pode ignorar, no entanto, que no México e na Espanha haviam surgido estados burocrático-autoritários ainda no final da década de 50, com a diferença marcante de que não foram resultado de um golpe de estado, mas consequência de modificações nos autoritarismos já então vigentes¹. Os regimes burocrático-autoritários do Cone Sul, por sua vez, foram todos implantados por golpes de estado, exceção feita ao caso do Uruguai. Nesse país o que houve foi um contínuo avanço das Forças Armadas no controle tanto da sociedade, como do aparelho estatal, num processo que pode ser delimitado entre os anos de 1972 e 1974².

* Professor de Introdução à Ciência do Direito do Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC-Rio e das Faculdades Integradas Candido Mendes - Ipanema.

¹ Vide Guillermo O'DONNELL, *Reflexões sobre os Estados Burocrático-Autoritários*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, pág.57

² Para um detalhamento do processo uruguaio, ver Alain ROUQUIÉ, *O Estado Militar na América Latina*, São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1984, págs. 294-303. Esse autor, ao contrário de O'Donnell, se refere às transformações no Uruguai como constituindo um longo golpe de estado, o que de modo algum invalida sua análise.

A implantação de um estado burocrático-autoritário (BA) é a resposta para uma crise, para uma ameaça na qual alguns atores envolvidos no desfecho do golpe viam por vezes ser colocada em risco a própria continuidade e sobrevivência do sistema capitalista. Um ponto que merece destaque nas análises de O'DONNELL é exatamente esse relativo à emergência do BA. Segundo esse autor:

"A instalação do BA costuma ser em grande medida resposta a processos de alta e rápida ativação política do setor popular que é percebida por outros setores como uma ameaça à continuidade dos parâmetros sócio-econômicos (aumento de inflação, caídas do produto bruto e na taxa de investimentos, fuga de capitais, déficits de balança de pagamentos e outros), caracterizando esses períodos prévios. Esta situação é antagônica às necessidades objetivas de estabilidade e previsibilidade social de qualquer economia complexa, que parecem particularmente agudas no tipo de capitalismo existente nesses países e, sobretudo, para o seu aprofundamento."³

Logicamente, a crise econômica e também política anterior à implantação do BA apresenta gradações quando examinamos as diferentes situações em que esses regimes foram implantados. Esse aspecto permite estabelecer uma crucial diferença entre os golpes da década de 60 e aqueles (entre os quais nos permitiríamos incluir o longo processo uruguaio) ocorridos nos anos 70. Nos primeiros, Brasil (1964) e Argentina (1966), o nível de ameaça era bem menor e talvez fosse exagero falar num possível colapso da sociedade capitalista. Nos demais — Chile (1973), Uruguai (1972-1974) e Argentina (1976) — o grau de ameaça era incomparavelmente maior, o que entre outras coisas explica a repressão muito mais brutal que a eles se seguiu. O que não se pode deixar de admitir é que a ameaça, independentemente de seu grau, é uma condição necessária para a solução golpista responsável pela implantação do BA.

Se o estado burocrático-autoritário tem em sua origem o medo das classes superiores relativo à possibilidade de ruptura na dominação capitalista, a sua instalação é fundamental para a ocorrência daquilo que O'DONNELL denomina de aprofundamento (aprofundamento da industrialização), ou seja, uma expansão da produção industrial, que passaria a incluir, além dos bens de consumo, os bens intermediários e de capital necessários ao processo de produção. Toda a problemática relacionada à questão do aprofundamento

³ Guillermo O'DONNELL, op.cit., pág. 22.

— aspecto no qual certamente alguns autores chamariam a atenção para uma tendência economicista presente nas análises de O'DONNELL — envolve traços de certo modo distintivos entre o BA e os demais regimes autoritários. É assim que O'DONNELL, referindo-se ao estado burocrático-autoritário, leciona:

"Este emerge como resposta de exclusão do setor popular à crise em que desembarcam o populismo e os seus epígonos desenvolvimentistas. Após essas crises a exclusão do setor popular aparece para muitos como requisito para conseguir e — para a garantia da futura manutenção — de uma 'ordem' social e de uma estabilidade sócio-econômica que, por sua vez, são condição necessária para atrair, na continuidade e quantidade necessárias, o capital internacional. Sem este, por seu lado, o aprofundamento destes capitalismos não pode ser seriamente empreendido. Desde o Estado BA se transforma profundamente a sociedade, procurando controlá-la e torná-la predizível, não de qualquer maneira mas na forma que torna possível obter as transfusões de capital externo necessárias para o aprofundamento. Se se perde de vista esta problemática, o estudo do BA fica reduzido a uma descrição fenomenológica de atributos que não conseguem distingui-lo no leito de Procusto dos autoritarismos ou dos regimes militares."⁴

É preciso salientar que na tarefa de aprofundamento do capitalismo tanto a expansão do BA como o capital internacional desempenham um papel essencial, havendo entre eles uma relação complementar, o que não impede, por sua vez, a existência de tensões e conflitos de interesse.

A relação simbiótica existente entre o estado, ou melhor, sua expansão, e o capital internacional, de modo a que se efetive a "*profundización*", nos leva ao tema das bases sociais do regime burocrático-autoritário. Entendemos que os aspectos relativos à base social de um sistema político não só representam um interessante tema de estudo, como podem fornecer subsídios úteis para a diferenciação das formas de dominação política. Sendo assim, o exame dos setores que oferecem sustentação aos BAs, se outras utilidades não tivesse, ao menos serviria para evitar confusões entre estes e, por exemplo, os fascismos. Tal exame, no entanto, é básico para que se compreenda pontos importantes, como o referente às tensões intrínsecas ao BA, cujo desconhecimento pode levar a interpretações simplistas, como seria o caso de considerá-lo fantoche do capital

⁴ Guillermo O'DONNELL, op.cit., pág. 33.

internacional, menosprezando-se ou mesmo ignorando a influência e a participação de consideráveis setores internos no seu aparecimento e perpetuação.

A sustentação a que nos referimos se dá a partir de um tripé constituído pelas Forças Armadas, por setores médios locais e pela denominada grande burguesia, formada pelas frações superiores da burguesia local e pelo capital internacional. Sem ignorar que uma análise como essa pode por vezes pecar por uma comprometedora generalização, não seria errôneo afirmar que no período inicial do BA ocorrem modificações na aliança que havia anteriormente apoiado sua implantação, com o descontentamento trazido pelas primeiras medidas econômicas aos setores médios e mesmo a alguns setores mais fracos da burguesia nacional. A consequência disso é um estreitamento da aliança e a percepção de que a principal base social do BA acaba sendo o grande capital, seja ele nacional ou não. Essas questões parecem intimamente ligadas a duas tarefas que forçosamente cumpre ao estado burocrático-autoritário realizar e que se referem à normalização da economia, englobando fatores como o combate à inflação e o estabelecimento de condições favoráveis para os investimentos estrangeiros, e à reimplantação da "ordem", entendida como a eliminação de toda e qualquer reivindicação e participação política popular, sem a qual a grande burguesia não se sentiria segura — e aqui nos referimos ao capital estrangeiro — para atuar no país. Podemos agora estabelecer uma relação entre o enfraquecimento da aliança inicial e as prioridades assumidas por seus atores remanescentes, relacionadas à coação e à dominação econômica. Comentando o sistema institucional do BA, é O'DONNELL quem leciona:

"As instituições especializadas na coação ocupam o mais alto lugar desse sistema, pelo direito que dá haver imposto a ruptura da situação precedente e porque ficam encarregadas de impor a ordem e — não menos importante — de ser uma garantia contra possíveis alterações futuras. Por outro lado, a normalização da economia fica a cargo de 'técnicos' civis, que vêm do coração da grande burguesia e dos organismos financeiros internacionais; eles acreditam na racionalidade da ortodoxia econômica, sabem como a aplicar e são reconhecidos como interlocutores confiáveis pelo grande capital local e internacional. Estes são os dois eixos das políticas e do peso institucional do BA na sua primeira etapa. As duas grandes tarefas de imposição de ordem (e os seus agentes organizacionais, as Forças Armadas), e de normalização da economia (e a sua base social na grande burguesia, com as suas prolongações nos 'técnicos' que as tentam) se introduzem institucionalmente no BA. Por isso esse aparece,

também aqui, como uma conjugação diáfana de coação com dominação econômica".⁵

Num momento de exclusão, ou seja, quando, já implantado o BA, ocorre a desintegração da aliança inicial com a marginalização de setores médios e de parte da burguesia local e se percebe a formação de um duo entre estado e capital internacional (no que daríamos um sentido amplo a este último de modo a incluir em seu bojo a alta burguesia nacional aliada), podemos entender melhor o aspecto relativo às tensões inerentes ao estado BA, vistos os percalços que marcam as relações entre as Forças Armadas e a grande burguesia internacionalista (devido à tendência contrária ao nacionalismo que esta última apresenta, em nítido e óbvio contraste às aspirações das primeiras).

Todas essas dificuldades fazem com que o BA seja, utilizando a expressão de GUILLERMO O'DONNELL, uma forma subótima de dominação burguesa. Esse autor, num ponto no qual inequivocamente se afina com a tradição marxista, vê no estado fundamentalmente uma relação social de dominação, negando assim o postulado liberal de um estado acima da sociedade civil e envolvido numa função de arbitragem das disputas inerentes àquela. De acordo com esse cientista político:

"O estado é fundamentalmente uma relação social de dominação ou, mais exatamente, um aspecto — como tal, só perceptível analiticamente — das relações sociais de dominação. São resguardadas e organizadas pela capacidade de pôr em movimento, para exigir a efetiva vigência dessas relações, instituições que costumam contar com a supremacia da coação num âmbito territorialmente restrito, cuja idéia de resguardar e organizar as relações sociais costuma ser considerada justa. Como tal o estado deve ser entendido na e desde a sociedade civil, mesmo que as suas objetivações institucionais apareçam, e assim se costumam proclamar, como colocadas acima da própria sociedade civil."⁶

Somente a partir dessa perspectiva, não aceitando o estado visto fora e acima da sociedade civil, é que podemos compreender a afirmação no sentido de o BA representar uma forma subótima de dominação burguesa, e isso porque é uma alternativa viável em face da ameaça mas, por outro lado, apresenta pontos fracos em decorrência de suas tensões

⁵ Guillermo O'DONNELL, *Contrapontos: Autoritarismo e Democratização*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, pág. 27.

⁶ Guillermo O'DONNELL, *op.cit.*, pág. 16.

intrínsecas e também dos custos com que alguns segmentos sociais acabam tendo que arcar na implementação das tarefas de normalização econômica e restabelecimento da "ordem".

Em última análise poderíamos afirmar que esse caráter subótimo da dominação representada pelo BA está intimamente relacionado a um ponto bastante enfatizado por O'DONNELL e que se refere à falta de mediações entre sociedade e estado. Em outras palavras, o BA é um tipo de estado que acaba com aquelas possíveis mediações — nação, cidadania e povo — existentes entre ele e a sociedade. A nação, no entendimento desse autor argentino, seria.

"...o plano de identidades coletivas que define um 'nós' que se estende, por um lado, como um arco de solidariedade imposto ao fracionamento e antagonismos da sociedade civil, e, por outro, como o reconhecimento de uma coletividade diferente do 'eles', constituídos por outras nações. A nação se expressa numa densa simbologia, da qual são epítomes a bandeira e o hino, assim como numa história oficial que celebra esse "nós" como identidade prevaiente sobre as que se poderiam elaborar a partir dos alicerces (não só de classe) da sociedade." ⁷

Num estado cuja principal base social é a denominada grande burguesia, compreendendo não só as frações superiores da burguesia local mas também o capital internacional, fácil é perceber a impossibilidade de se utilizar a nação como mediação legitimadora. As outras mediações políticas fundamentais, no entanto, também são suprimidas. Assim, não se pode recorrer à cidadania, que O'DONNELL percebe no seu

"duplo significado de igualdade abstrata fundadora do poder exercido desde as instituições estatais pelos ocupantes dos papéis governamentais (com o seu correlato de instituições da democracia política), e de direito a recorrer a procedimentos juridicamente regulados face a possíveis intromissões ou arbitrariedades das instituições estatais." ⁸

Tampouco resta a opção de recorrência ao povo, ao popular, mediação essa entendida pelo mesmo autor como sendo

⁷ Guillermo O'DONNELL, op.cit., pág. 18.

⁸ Ibidem.

"... um nós portador, já não como na cidadania de direitos abstratamente iguais, ou como a nação de direitos concretos, mas genericamente sem diferenças com respeito à condição social daqueles que pertencem a ela, mas de exigências de justiça social dos que deviram obrigações estatais com respeito aos menos favorecidos." ⁹

A não vigência dessas formas de mediação traz problemas de legitimidade, acarretando sérias dificuldades para que o estado apareça como representante de um interesse geral acima de todas as divisões e conflitos existentes na sociedade civil. É oportuno observar que, embora por caminhos diversos, JUAN LINZ e GUILLERMO O'DONNELL chegam a conclusões semelhantes no que se refere aos obstáculos enfrentados pelo autoritarismo para lograr a legitimação, valendo apenas a ressalva de que este último autor trata especificamente do autoritarismo burocrático-autoritário, enquanto LINZ empreende uma análise mais generalizante ¹⁰. Embora não seja nossa intenção aprofundar esse ponto, é necessário chamar a atenção para o surgimento da questão democrática, vista por O'DONNELL como prova da debilidade do estado BA, ou seja, não atingindo um grau satisfatório de legitimidade, esse estado acaba se defrontando com a possibilidade da redemocratização, mesmo que se trate de uma democracia bastante limitada mas que, apesar de todas as restrições, possa oferecer alguma forma de consenso e mostrar o aparelho estatal como responsável por algo mais que a simples coação ¹¹. O prosseguimento desse tipo de abordagem nos levaria ao tema da transição política a partir dos regimes autoritários, mas esse é um assunto que, embora julgássemos importante mencionar, pretendemos deixar de lado em função dos objetivos bem mais modestos que norteiam nosso estudo.

Não poderíamos encerrar essas considerações acerca do modelo político burocrático-autoritário sem enumerar as várias características do estado BA, que servem para diferenciá-lo de outras formas de autoritarismo, embora não exista por parte de

⁹ Ibidem.

¹⁰ Lembremos que Juan LINZ, em um conhecido texto, nega a institucionalização autoritária ocorrida no Brasil pós-64. De acordo com seu entendimento, ao invés de um regime autoritário plenamente institucionalizado, a experiência brasileira representaria aquilo que denomina de uma mera situação autoritária. Esse autor vê na falta de uma posição ideológica atraente a causa básica para o que poderíamos chamar de fragilidade dos regimes autoritários, como se estes, no lugar de alcançar uma situação de estabilidade e institucionalização, estivessem fadados a se mover na direção de um sistema democrático competitivo ou até mesmo de um regime totalitário. A tese de Juan Linz negadora da institucionalização autoritária no Brasil pós-64 se encontra em "The future of an authoritarian situation or the institutionalization of an authoritarian regime: the case of Brazil" in Alfred STEPAN, *Authoritarian Brazil: Origins, Policies and Future*, New Haven, Yale University Press, págs 233-254.

¹¹Essa discussão sobre o aspecto da redemocratização relacionado à falta de mediações políticas fundamentais pode ser encontrada em Guillermo O'DONNELL, op.cit., pág. 35-42.

O'DONNELL a preocupação de estabelecer uma tipologia dos regimes autoritários, ao inverso do que acontece com LINZ¹². Antes de mais nada, gostaríamos de lembrar que esse cientista político espanhol fala nos denominados regimes autoritários burocrático-militares, no que percebemos uma generalização maior que a efetuada por O'DONNELL. Tal argumento fica claro a partir do resumo empreendido por MARIO STOPPINO a respeito desse tipo de autoritarismo examinado por LINZ. Segundo STOPPINO:

" Os regimes autoritários burocrático-militares são caracterizados por uma coalizão chefiada por oficiais e por um baixo grau de participação, política. Falta uma ideologia e um partido de massa; existe frequentemente um partido único, que tende a restringir a participação; às vezes existe pluralismo político, mas sem disputa eleitoral livre. É o tipo de autoritarismo mais difundido no século XX: são disso exemplo o Brasil e a Argentina em alguns períodos de sua história; a Espanha de PRIMO DE RIVERA e os primeiros anos de SALAZAR em Portugal."¹³

LINZ, como se percebe, dá uma conotação abrangente ao significado de regime autoritário burocrático-militar, de modo que este não coincide exatamente com o modelo proposto por O'DONNELL, embora aquele autor espanhol se refira diversas vezes a esse citado modelo e chegue mesmo a apresentar certas variações terminológicas no

¹² Juan LINZ tem toda uma preocupação no sentido de estabelecer uma tipologia dos regimes autoritários, tendo por traço diferenciador básico o aspecto do pluralismo político, entendido este como um dos caracteres dessa forma de regime. Um competente e didático resumo dos tipos ideais de regimes autoritários — sete ao todo, sendo cinco principais e dois secundários — vislumbrados por LINZ, nos é fornecido por MARIO STOPPINO. Assim, de acordo com esse autor italiano, teríamos em primeiro lugar os regimes autoritários burocrático-militares, que representam a forma mais difundida de autoritarismo nas últimas décadas. Em segundo lugar teríamos os regimes autoritários de estatismo orgânico, cujo exemplo maior seria o Estado Novo português, embora tendências corporativas também possam ser percebidas na Espanha de FRANCO e no fascismo italiano. Depois poderíamos enumerar os denominados regimes autoritários de mobilização em países pós-democráticos, que se confundem com aqueles regimes normalmente tidos como fascistas. Exemplo inquestionável seria o próprio fascismo italiano. Como quarto tipo ideal de regime autoritário STOPPINO cita os chamados regimes autoritários de mobilização pós-independência, com presença marcante no continente africano, cenário das lutas anti-coloniais do período pós-guerra. Há ainda os regimes autoritários pós-totalitários, surgidos nos países comunistas com o processo de desestalinização. Enumerados esses cinco tipos principais de regimes autoritários, STOPPINO observa que a eles LINZ acrescentou não só o totalitarismo imperfeito, que representa uma fase transitória de um regime que, não logrando atingir o totalitarismo, acaba se encaminhando para o autoritarismo, como também a curiosa democracia racial, exemplificada pela África do Sul, onde, com base em critérios raciais, a maioria da população é excluída da vida política, enquanto a minoria dominante usufrui das liberdades democráticas. Vide Norberto BOBBIO et alii, *Dicionário de Política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, pág. 102, e também Juan LINZ, *Regimes Autoritários*, in *O Estado Autoritário e Movimentos Populares*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, págs. 141-148.

¹³ Norberto BOBBIO et alii, op. cit., pág. 102.

decorrer de sua análise, ora falando em regimes burocrático-autoritários, ora, se referindo ao Brasil e mostrando uma prodigalidade nas adjetivações, em regime burocrático tecnocrata militar autoritário. A terminologia utilizada por LINZ tem, no entanto, o mérito inegável de revelar o papel proeminente desempenhado por burocratas e militares dentro desses sistemas políticos¹⁴. As generalizações, contudo, parecem inevitáveis e O'DONNELL, apesar de em grau menor, também incorre nelas, principalmente a partir do momento em que não limita o seu modelo aos autoritarismos surgidos no Cone Sul nos anos 60 e 70, visto que, conforme ressaltamos no início desse estudo, faz referências, entre outras, aos casos mexicano e espanhol da década de 50.

Voltando ao tema que aqui nos preocupa, vamos examinar os caracteres do regime burocrático-autoritário, entendido este como um tipo de estado autoritário, um modo, entre diversos outros, de dominação autoritária. A especificidade do estado BA em relação às demais formas de autoritarismo nos é dada, afinal, por essas características. É exatamente a partir delas, embora não haja nos textos de O'DONNELL desenvolvimentos tipológicos, conforme dissemos linhas atrás, que se pode evitar confusões e/ou equiparações incorretas entre o BA e os autoritarismos restantes, como seria o caso do fascismo, apenas para citar um exemplo óbvio.

Primeiramente pode-se dizer que o estado BA garante e organiza uma dominação que tem a grande burguesia oligopolizada e transnacionalizada, sua principal base de apoio, como maior beneficiária. Em termos institucionais, por sua vez, o BA se revela um conjunto de organizações no qual, em função das duas grandes tarefas relacionadas à reimplantação da ordem e normalização da economia, adquirem importância significativa aquelas responsáveis pela reorganização econômica e pela coerção, no que podemos visualizar um papel de destaque para dois atores políticos: tecnocratas e Forças Armadas. Como terceira característica é correto afirmar que se trata de um sistema excludente, eliminando do cenário político o setor popular, setor que, antes da implantação do BA, se encontrava ativado. Conseqüentemente há a supressão da cidadania e do popular, mediações políticas examinadas anteriormente. A exclusão do setor popular se efetua também no domínio econômico, em proveito de instituições estatais e unidades privadas oligopólicas, acentuando o processo de concentração de renda. O penúltimo traço do estado BA diz respeito às tentativas sistematicamente feitas no sentido de despolitizar as questões sociais com o objetivo de submetê-las a critérios pretensamente neutros e técnicos, distantes de toda e qualquer "irracionalidade". Por fim, temos um estreitamento dos canais de acesso ao governo, que ficam limitados aos membros da cúpula das Forças Armadas e das grandes empresas públicas e privadas, não havendo, portanto, canais democráticos de acesso governamental¹⁵.

¹⁴ A análise desse cientista político espanhol acerca dos regimes autoritários burocrático-militares se encontra em Juan LINZ, *Regimes Autoritários*, in *O Estado Autoritário e Movimentos Populares*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, págs. 149-169.

¹⁵ É preciso salientar que não tivemos a preocupação de examinar mudanças dentro do pensamento de O'DONNELL. Nossa intenção foi apenas fazer uma síntese do modelo político burocrático-autoritário, sem

Todos esses traços, enfim, marcam a especificidade do estado burocrático-autoritário, que embora não esgote o repertório dos autoritarismos, é imprescindível para a compreensão da realidade política pós-64 no Brasil.

enfocar as possíveis diferenças existentes entre os textos daquele autor em cima dos quais trabalhamos. Em relação às características do estado BA que enumeramos, elas podem ser encontradas de modo pormenorizado em Guillermo O'DONNELL, *Análise do Autoritarismo Burocrático*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990, págs 60-62 e também em *Contrapontos: Autoritarismo e Democratização*, págs. 21-22.

VIOLÊNCIA BRASILEIRA: O PAPEL DA CRIMINALIDADE

Maria Lúcia Karam*

I - Um Conceito de Violência

Nos últimos anos, vem se acentuando, no Brasil, um clima de pânico e de alarme social em torno do fenômeno da violência, acompanhado por uma cadeia discursiva de apelo à ordem, de demanda de maior repressão, de aplauso ao castigo, de anseio por um sistema penal mais rigoroso, mais severo, clima e discurso estes característicos das chamadas campanhas de lei e ordem.

Há no discurso dominante, prontamente assimilado pelo conjunto da sociedade, uma clara aproximação entre violência e crime, identificando-se a ação individualizada da criminalidade convencional como tradução da idéia de violência, através da ocultação de dados essenciais e da manipulação de sentimentos de medo e insegurança, de emoções provocadas por uns poucos crimes mais cruéis, por uns poucos fatos que comovem e assustam, especialmente roubos, seqüestros, estupros e alguns homicídios (homicídios nem sempre comovem e assustam, só costumando repercutir quando vitimizam membros das camadas superiores da população).

* Juíza de Direito no Estado do Rio de Janeiro

Esta aproximação entre violência e crime, esta identificação da criminalidade convencional com a idéia de violência, que gera o clima de pânico e de alarme social, desencadeado e alimentado pelas campanhas de lei e ordem, coincide com o aprofundamento do antigo e grave processo de deteriorização econômica e social que atravessa nosso país. E, efetivamente, as épocas de deteriorização econômica e social caracterizam-se por maior repressão e mais castigo — e não, como se costuma imaginar, por mais delitos. São épocas que exigem o desvio das atenções, para, focalizando-as na criminalidade, ocultar ou minimizar outros fatos mais danosos; são épocas propícias e necessárias à demonstração do terrorismo oficial, para, reprimindo a criminalidade (e, assim, a suposta violência), prevenir reações mais conseqüentes e transformadoras.

Uma compreensão mais racional do fenômeno da violência faz-se, portanto, necessária, não só por um sempre recomendável compromisso com o real, mas, mais do que isso, pelo próprio compromisso com a superação deste processo de deteriorização econômica e social, pelo próprio compromisso com a transformação social.

Para superar a parcial visão de violência que, reduzida pelo discurso dominante à ação individualizada da criminalidade convencional, serve para, ocultando fatos mais danosos e permitindo o terrorismo oficial, manter a injustiça e desigualdade, deve-se partir da investigação dos bens indispensáveis à sobrevivência da espécie humana, como entidade biológica, espiritual e cultural, de modo a, identificando as necessidades fundamentais para esta sobrevivência e os direitos dela decorrentes (necessidades e direitos que, naturalmente, não são eternos e imutáveis, mas historicamente determinados) construir um outro conceito de violência — um conceito que, mais real e abrangente, desvendando a nocividade da formação social brasileira e repudiando o autoritarismo possa contribuir para a transformação: **definir, assim, como violentos todos os fenômenos que, impedindo a satisfação daquelas necessidades fundamentais e, portanto, violando os direitos básicos do homem, constituem atentados à sobrevivência biológica, espiritual e cultural da espécie humana.**

II - A Violência na Sociedade Brasileira

A partir deste conceito mais real e abrangente, torna-se possível construir um quadro da violência na sociedade brasileira, que, rompendo com o discurso dominante, desvende as efetivas manifestações deste fenômeno em nosso país.

Seguir-se-á, aqui, a classificação proposta pela Professora Lola Aniyar de Castro, que, reunindo-as em sete grandes grupos, identifica as necessidades fundamentais à sobrevivência da espécie humana, bem como os direitos delas decorrentes, a partir de características que tornam possível sua generalização. Identificadas tais necessidades e

direitos, se identificarão também os fenômenos que, constituindo atentados à sobrevivência biológica, espiritual e cultural da espécie humana, podem ser qualificados de violentos.

1. As necessidades relacionadas com o metabolismo e o sustento biológico do homem (direitos à alimentação, à nutrição e ao acesso aos recursos naturais):

Habitam o Brasil milhões de crianças e adultos subnutridos. Dados do IBGE e do Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição revelam que 5% das crianças menores de 5 anos no Brasil sofrem de desnutrição grave, 15% de desnutrição crônica e 31% de má nutrição. O consumo de leite, que, dos 4 aos 20 anos, deveria idealmente ser de 1 litro diário, é inteiramente negado a 22,3% das crianças e jovens desta faixa de idade que habitam as cidades brasileiras e a 34,9% dos que vivem no campo, que, conforme dados fornecidos pelo Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição, nunca tomam leite. A estes percentuais somam-se os 7,9% das crianças e jovens das cidades e os 10,9% do campo, que quase nunca têm acesso a este produto fundamental.

A subnutrição se espelha na frágil compleição física dos brasileiros, que são, em média 10 cm mais baixos do que os norte americanos, povo etnicamente semelhante a nós. O Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição revela que 1/5 dos jovens adultos brasileiros (20 a 25 anos) são nanicos e que o menor índice de crianças até 5 anos consideradas nanicas no Brasil, registrado em Santa Catarina (4,9%), ainda é superior ao dobro do índice padrão da OMS, registrado nos países centrais (2,3%). No Rio de Janeiro, este índice é de 9,5%, alcançando nos Estados do Norte e do Nordeste variações de 22% a 33%. A pesquisa do Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição mostra ainda a relação direta entre baixa estatura e pobreza: há quatro vezes mais nanicos em famílias com renda mensal de 1/4 do salário mínimo por pessoa do que em famílias de renda igual ou superior a 2,2 salários por pessoa. A igual conclusão se chega a partir de pesquisa realizada pela Fiocruz com crianças de 9 anos, em que se constatou que alunos do Colégio de Aplicação da UERJ eram, em média, 10 cm mais altos e pesavam mais 11 Kg do que alunos de um CIEP em Nilópolis.

Mas, a negação do direito à satisfação da fome no Brasil dispensa estatísticas, bastando lembrar a tão degradante quanto comum busca de alimentos em depósitos de lixo, a retratar de forma especialmente eloqüente o triste espetáculo da miséria a que cotidianamente se assiste em nosso país.

A organização da produção impede o acesso da maioria do povo brasileiro aos imensos recursos naturais aqui existentes. A concentração da propriedade da terra, aliada ao incentivo à produção para exportar, em detrimento do mercado interno, se faz sentir na escassez e nos altos preços dos produtos alimentícios. A isso se soma a falta de

planejamento para obtenção de produtos mais nutritivos e baratos, apesar das possibilidades oferecidas pelo instrumental científico disponível nesta área e pela abundância de recursos naturais. E onde faltam estes recursos naturais, o Estado privatizado prioriza os já privilegiados. Basta lembrar do exemplo da seca: em toda história do Departamento Nacional de Obras contra a Seca, 72,9% dos poços perfurados se encontravam em propriedades privadas do Nordeste e de Minas Gerais, percentual que no período de abril de 1992 a abril de 1993 se elevou para 74,35%.

2. As necessidades relacionadas à reprodução (direitos de identidade familiar e nacional, de pleno exercício da cidadania e dignidade social):

A desproteção da família no Brasil começa por se manifestar na falta de um programa de planejamento familiar sério, abrindo espaço para um grande e crescente número de esterilizações de mulheres e de abortos. Dados da OMS revelam que a taxa anual de interrupções da gravidez, no Brasil, supera a de nascimentos. E a criminalização ainda agrava este quadro, ao fazer com que, pelo fato da ilegalidade, a maioria dos abortos se dê em condições precárias, com mortes e danos à saúde de milhões de mulheres, naturalmente atingindo apenas as camadas subalternizadas, já que, apesar da proibição, as mulheres das camadas mais altas realizam seus abortos livremente, em clínicas bem equipadas, de endereços conhecidos, sem enfrentar quaisquer riscos.

O precário atendimento pré-natal, especialmente nas zonas rurais, é um dos dados mais relevantes nos altos índices de mortalidade infantil. Registram-se no Brasil 67 mortes para cada 100 nascidos vivos, dados do UNICEF que revelam que, dentre os países da América Latina, apenas a Bolívia e o Peru apresentam situação ainda mais grave.

As discriminações de sexo e de raça são uma marca da história do Brasil. As agressões contra mulheres e os atentados sexuais reproduzem as relações de poder, a hierarquização presente em nossa sociedade, a imposição da vontade do mais forte. O tratamento desigual se manifesta de forma bastante objetiva, quando se considera o aspecto econômico: ingressando no mercado de trabalho, as mulheres, segundo dados do IBGE de 1990, têm remuneração, em média 58% inferior à dos homens. Igual discriminação ocorre com os negros, que, naquele mesmo ano de 1990, receberam, em média, 41% menos do que foi ganho por brancos.

Mas, há uma discriminação ainda maior: a que separa pelo acesso às riquezas, pela exclusão dos deserdados, brancos ou negros, homens ou mulheres. Esta discriminação, dividindo o país em uns poucos privilegiados e milhões de miseráveis - o 1% mais rico da população brasileira retém 14,6% da renda nacional, percentual superior ao que cabe aos 50% mais pobres - se reflete na negação da dignidade social e da cidadania àqueles milhões

de miseráveis: a luta pela sobrevivência, a desinformação, a inconsciência do real excluem as mais amplas camadas da população da participação política e do exercício de direitos, tomando os bens do poder político tão escassos quanto os bens materiais.

3. As necessidades relacionadas com o bem estar corporal e o abrigo (direitos a uma habitação confortável e inviolável e a um meio ambiente saudável):

O processo de concentração da propriedade, expulsando milhões de trabalhadores do campo, tirando-lhes o abrigo, tirando-lhes a terra onde viver e de onde extrair sua subsistência, é ainda gerador dos graves e repetidos conflitos de terra, com suas mortes anunciadas e impunes. Dados da Comissão Pastoral da Terra registram 4127 conflitos desta natureza, no período de 1985 a 1992, envolvendo cerca de 2 milhões e 900 mil pessoas e resultando em 740 homicídios.

O mesmo processo que expulsa os trabalhadores do campo leva à inchação dos centros urbanos, onde o espaço também é desigualmente dividido, onde também são muitos os que não têm onde se abrigar, onde são milhões os que vivem em habitações precárias. Segundo dados do IBGE, 12,4% dos domicílios do Rio de Janeiro se encontram em favelas, percentual que, em Recife, se eleva para 42,2%.

Famílias inteiras, muitas vezes, vivendo em um único cômodo, habitam estas submoradias, precariamente construídas em locais inseguros, sem água encanada, sem ligação a redes de esgoto e de tratamento de lixo. São também os dados do IBGE que revelam que 29% dos domicílios no Brasil não têm serviço de água, 45% não têm serviço de esgoto e 40% não têm acesso à coleta de lixo.

Os mesmos dados são exemplares, na indicação de uma das formas mais graves de negação do direito a um meio ambiente saudável: 75% do total do lixo no Brasil permanece em céu aberto, percentual que, no Nordeste, chega a 90%.

4. As necessidades relacionadas ao crescimento [direitos à proteção da infância, ao acesso a elementos de desenvolvimento espiritual e corporal (educação, cultura e informação), à proteção da velhice]:

No país em que meninos e meninas vivem e acabam sendo brutalmente assassinadas nas ruas, a desproteção à infância é tão tragicamente eloqüente que dispensa maiores comentários.

Mas, alguns dados, de todo modo, devem ser registrados: pesquisas do IBGE revelam que 53% das crianças e adolescentes brasileiros vivem em situação de pobreza absoluta, em famílias com renda mensal inferior a 1/2 salário mínimo por pessoa. Resultado disto é o fato, constatado também pelo IBGE, que 7,5 milhões de crianças e adolescentes trabalham, sendo que 65% mais de 40 horas semanais, destes 7,5 milhões de crianças e adolescentes, 2,9 milhões têm entre 10 e 14 anos, quase a metade trabalhando durante aquelas mais de 40 horas semanais, para receber em sua quase totalidade no máximo um salário mínimo. O trabalho infanto-juvenil, antes concentrado no campo, se acentua nos centros urbanos, para o que, além do fator básico da pobreza, vem contribuindo o processo de terceirização das empresas, permitindo e incentivando o emprego de um número cada vez maior de crianças e adolescentes. Ressalte-se que 31,7% do total destas crianças e adolescentes ocupados só trabalham e não estudam.

Das crianças que ingressam nas escolas, apenas 22% concluem o 1º grau. Existem 4 milhões de crianças em idade escolar (7 a 14 anos) fora da escola. Somente 15% da população em idade escolar cursa o 2º grau, percentual ainda mais estarrecedor quando comparado com o quadro existente nos países centrais, em que, em média, como demonstram dados da UNESCO, pelo menos 80% da população em idade escolar cursa o 2º grau. Os mesmos dados revelam que até mesmo países periféricos e mais pobres, como Honduras e o Paraguai, têm o maior percentual da população em idade escolar cursando o 2º grau (21 e 24% respectivamente).

As pesquisas do IBGE constataam, ainda, 19,6% de analfabetos na população com mais de 7 anos. Aqui também a discriminação racial se desnuda: entre a população negra, aquele percentual sobe para 30%, enquanto, entre os brancos, o número de analfabetos corresponde a 12%.

O descaso com a educação se manifesta igualmente no desprezo pela cultura e na falta de acesso à informação, esta controlada por uns poucos e poderosos empresários privados, que decidem o que deve ser divulgado, que se apropriam do imaginário coletivo, editando a realidade conforme os interesses da ordem dominante.

No que se refere ao direito à proteção da velhice, verifica-se que a expectativa de vida, no Brasil, é, em média, de 62 anos, doze a menos do que vive, em média, um habitante dos países centrais. Mas, os que conseguem chegar à velhice, chegam desprotegidos. A aposentadoria mal paga agrava o quadro da desproteção: 98% das

aposentadorias não ultrapassam os 5 salários mínimos, sendo que 80% dos aposentados recebem apenas um piso salarial.

5. As necessidades relacionadas à saúde (direitos de tratamento com os recursos técnicos e científicos conhecidos, de assistência durante a invalidez, de acesso à medicação devida, de proteção aos pacientes físicos e mentais):

Os fenômenos mais gerais, que geram a pobreza da grande maioria do povo brasileiro, geram também o desatendimento das necessidades relacionadas à saúde. A primeira trágica referência neste campo é o crescimento das chamadas doenças da miséria — as doenças infecciosas, já controladas na maioria dos países, e que, aqui, mais do que continuarem presentes, registram curvas ascendentes: a hanseníase, a malária, a doença de Chagas e, mais recentemente, o cólera.

Registra-se, ainda, em nosso país, a falta de controle até mesmo de doenças preveníveis por vacinas: dados do UNICEF revelam que uma criança morre a cada hora por falta de vacinação. São aproximadamente 8600 mortes anuais de tétano, difteria e até mesmo sarampo, que, em grande parte se dão por negligência do Estado: meio milhão de crianças deixam de ser vacinadas por ano no Nordeste, onde 2/3 das doses de vacina ficam inutilizadas e se deterioram em postos de saúde.

As técnicas avançadas e equipamentos caríssimos, a que só uns poucos privilegiados têm acesso, são negados à maioria da população brasileira, submetida à situação calamitosa dos hospitais públicos. Esta situação calamitosa constitui um dos retratos mais eloqüentes do descaso com que a saúde é tratada no Brasil. O sucateamento dos hospitais públicos vem se fazendo, ao longo dos anos, em benefício da rede privada, que, segundo dados do Ministério da Saúde, conta com 3000 dos 6500 hospitais brasileiros, beneficiando-se das verbas públicas distribuídas pelo Estado privatizado.

Às precárias condições materiais em que se encontram os hospitais públicos, soma-se a desvalorização dos profissionais da saúde, com médicos mal pagos, sem condições de trabalho e acumulando empregos, levando ao pacto perverso, de que fala Sérgio Arouca, em que o Estado finge que paga, o profissional finge que trabalha e o paciente não pode fingir que tem saúde.

Medicamentos essenciais que, com seus preços descontrolados, se tornam inacessíveis para a maioria da população, convivem com o excesso de remédios desnecessários e nocivos, muitos deles de comercialização proibida em seus países de origem.

Os deficientes físicos e mentais, ao mesmo tempo que têm negada a assistência e a proteção devidas, sofrem toda uma carga de discriminação e estigma, que, em relação aos deficientes mentais, se agrava com a regra da internação em instituições totais, em tudo semelhantes às prisões: esta absurda regra se mostra de forma eloqüente, quando se considera que, conforme dados do Ministério da Saúde, as doenças psiquiátricas constituem a segunda causa de internações hospitalares no Brasil.

6. As necessidades relacionadas ao movimento corporal e espiritual (direitos à liberdade física e mental, locomoção e opinião; direitos ao trabalho e a seus opostos, o repouso e o lazer):

A política econômica recessiva nega o direito ao trabalho a parcelas cada vez maiores da população. Só na cidade de São Paulo, em abril de 1993, conforme dados do Dieese, haviam 1.287.000 desempregados, número correspondente a 16,1% da força de trabalho daquela cidade.

Os que conseguem permanecer integrados ao mercado de trabalho têm sua remuneração aviltada. Do total da população brasileira ocupada, como revelam dados do IBGE, 52,9% recebem no máximo duas vezes o salário literalmente mínimo, que, nos últimos anos, vem atingindo, em termos reais, os mais baixos níveis, desde sua instituição. Os mesmos dados revelam ainda que, daquele total de 113.629.325 pessoas ocupadas (a partir dos 10 anos de idade), 82% não recebem mais do que 5 salários mínimos.

O único preço que as sucessivas políticas econômicas não permitem subir é o preço da venda da força de trabalho. Estas sucessivas políticas de achatamento salarial se refletem na decrescente participação dos salários na renda nacional. Dados do Dieese mostram claramente esta curva decrescente: em média, no período de 1980 a 1982, a participação dos salários na renda nacional foi de 50%, caindo para 47%, no período de 1983 a 1984 e para 37%, no período de 1985 a 1991.

As opções de moradia distante e o precário sistema de transportes coletivos tornam penosa a locomoção da maioria da população. As longas horas gastas para se locomover, aliadas ao trabalho excessivo, que costuma caminhar junto com o trabalho mal remunerado, deixam pouco tempo para o repouso e o lazer, lazer este que, além disso, se restringe a poucas opções, concentradas nos bairros privilegiados, que recebem os maiores investimentos do Estado nesta área, sob o pretexto de incentivo ao turismo.

O direito de liberdade, se avançou com o fim da ditadura e a conquista das liberdades democráticas mais elementares, continua negado, de muitas formas, às camadas subalternizadas, que são as vítimas preferenciais das prisões ilegais ou apenas aparentemente legais (prisões para averiguações, como a vadiagem e a prisão temporária), como são também a clientela de uma sistema penal seletivo e injusto, que tem na prisão o seu centro.

7. As necessidades relacionadas à segurança (direitos à conservação da vida e da integridade pessoal, à sua preservação contra qualquer forma de dano corporal produzido, seja pela natureza, por indivíduos, coisas, ou atividades empresariais ou públicas):

Este último grupo de classificação adotada trata dos atentados à sobrevivência da espécie humana provocados pelas chamadas causas externas (ou traumas), onde se incluem as mortes e lesões produzidas pela ação da criminalidade convencional.

A série de atentados a esta sobrevivência, que veio sendo apontada, já mostra o papel reduzido ação da criminalidade convencional na sistemática violência que caracteriza a sociedade brasileira.

Mas, mesmo na consideração apenas deste último grupo de necessidades e direitos, relacionados à segurança, verifica-se que, nem aqui, é a criminalidade convencional a maior responsável pela violência.

Dentre as mortes provocadas por causas externas, é o trânsito que ocupa o primeiro lugar (cerca de 1/3 do total de mortes por traumas), sendo responsável, conforme dados do Ministério da Saúde, por uma média de 50 mil mortes por ano, em todo país, o que já demonstra que preocupações verdadeiras com a segurança deveriam se concentrar, muito mais, neste terreno, do que na histeria do combate à criminalidade convencional — e a estes dados, ainda devem se somar as lesões corporais, resultantes da circulação de veículos, em média, três vezes superiores ao número de mortes.

A vida e a integridade corporal tampouco se preservam na atividade laborativa: os acidentes do trabalho (que, somados aos acidentes domésticos, são responsáveis por 25% das mortes por trauma, mesmo percentual dos homicídios dolosos), constituem uma das principais causas de morte e violações à integridade corporal no Brasil; em 1991, foram registrados pelo INSS 640.520 acidentes no trabalho, resultando em 4.523 mortes, dados que não incluem os acidentes no trabalho e as conseqüentes mortes, ocorridos nas atividades da economia informal.

Dentre os homicídios dolosos, destaca-se o papel da violência punitiva realizada fora do direito — a chamada repressão informal.

Aqui, em primeiro lugar, devem ser mencionadas as atuações ilegais das agências policiais. Dados da Polícia Militar de São Paulo registram, no período de 1982 a junho de 1992 (sem contar, portanto, os 111 presos mortos no Massacre do Carandiru), 5718 supostos criminosos ou suspeitos mortos em alegados enfrentamentos, enquanto, entre os policiais, o número de mortos, nos mesmos alegados enfrentamentos, foi de 426, ou seja, mais de 90% de mortos encontravam-se entre os supostos criminosos ou suspeitos, numa desproporção não esperável em situações de confrontos abertos, que pressupõem um certo equilíbrio de baixas entre os contendores. Os mesmos dados revelam que, entre os supostos criminosos ou suspeitos, o número de feridos não chegou à metade do número de mortos, enquanto do lado dos policiais, o número de feridos, como é normal em conflitos dessa natureza, foi 15 vezes maior do que os mortos, evidenciando-se, no mínimo, uma clara disposição, por parte da polícia, no sentido de atirar para matar.

Este elevado número de mortes torna-se ainda mais impressionante, quando se toma, por exemplo, o ano de 1991, comparando-se o total de mortos pela Polícia Militar em São Paulo — 1171, com o número de mortos pela polícia de Nova York — 27.

Dados da Anistia Internacional revelam que, neste mesmo ano de 1991, o número de homicídios praticados pela Polícia Militar de São Paulo correspondeu a 25% do total de homicídios, registrando-se um crescimento significativo — em 1987, o número de homicídios praticados pela Polícia Militar de São Paulo atingiu a 7% do total, percentual que, em 1988, já subia para 10% — crescimento que coincide com a intensificação das campanhas de lei e ordem.

O levantamento feito pelo repórter Caco Barcellos, no livro ROTA 66, em que foram identificados 3.545 do total de mortos pela Polícia Militar de São Paulo, no período de 1970 a 1992, demonstra que apenas 34,6% daqueles supostos criminosos ou suspeitos registravam antecedentes criminais, sendo que, dentre o total de mortos, pouco mais de 5% eram autores de homicídios e apenas 1% registrava antecedente relativo a latrocínios e estupros.

Paralelamente às atuações ilegais das agências policiais, a repressão informal prossegue fazendo suas vítimas, através da ação dos grupos de extermínio, que, para proteger o patrimônio de seus contratantes, se encarregam de eliminar os supostos criminosos e, mais recentemente, os futuros supostos criminosos — as crianças e os adolescentes das ruas. Estatísticas fornecidas por agências policiais apontam aproximadamente 5.000 crianças e adolescentes mortos nos últimos três anos, a maioria entre 9 e 16 anos, sendo que 90% a tiros. Levantamento na 2ª Vara da Infância e da

Juventude, nos Institutos Médico-Legais do Rio, Niterói, Caxias e Nova Iguaçu registra, de julho de 1991 a maio de 1992, 371 crianças e adolescentes mortos, sendo que 95% a tiros. Somente nos seis primeiros meses do ano de 1993, já se registravam 320 crianças e adolescentes vítimas de homicídios dolosos no Grande Rio, ainda sem contar, portanto, os 8 meninos da Candelária, brutalmente assassinados, enquanto tentavam dormir, abrigados na rua com seus precários cobertores, em pleno centro da cidade do Rio de Janeiro.

Registre-se que a repressão informal segue a mesma linha da repressão formal do sistema penal: no citado levantamento de Caco Barcellos, verifica-se que, dentre as vítimas com antecedentes criminais, o maior número se referia a autores de roubos e furtos. O mesmo ocorre no sistema penal, onde o maior número de presos é de autores destas condutas, características das camadas subalternizadas: o Censo Penitenciário, realizado no Rio de Janeiro em 1988, mostrou que 53% das condenações sofridas pelos internos se referiam à prática de roubos e furtos, seguidos de condutas relativas a drogas e homicídios, estas num percentual de cerca de 10% cada. O mesmo ocorre ainda com os adolescentes ditos infratores: dados divulgados pela Folha de São Paulo, em julho de 1993, revelam que entre os internos nas Febem de São Paulo, 76,4% lá estavam pela prática de roubos e furtos.

Esta concentração da repressão formal e informal sobre autores ou suspeitos da prática de crimes convencionais contra o patrimônio, que caminha paralelamente à idéia disseminada pelo conjunto da sociedade de que roubos são a grande ameaça à segurança da população, contrasta com a pouca relevância do número de mortes e lesões corporais resultantes de roubos. Dados da Divisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro revelam que o número de roubos com resultado de morte ou lesões corporais graves, na cidade do Rio de Janeiro, não costuma passar de 5 a 6% do total de roubos registrados, o que representa uma média de 60 a 70 mortes anuais. Compare-se esse número, por exemplo, com as mortes ocorridas no trânsito no Rio de Janeiro, no ano de 1991, que atingiram 3038 pessoas, conforme pesquisa da Volvo do Brasil, e, mais uma vez, se poderá constatar o que já se disse aqui: preocupações verdadeiras com a segurança deveriam se concentrar, muito mais, no terreno do trânsito do que na histeria do combate à criminalidade convencional.

III - Ação Violenta do Sistema Penal

A precisão do conceito de violência e o compromisso com a realidade demonstram a falácia do discurso dominante que, encobrindo os principais fenômenos configuradores de atentados à sobrevivência biológica, espiritual e cultural da espécie humana, concentra na criminalidade convencional a idéia de violência.

Ao se falar de violência no Brasil, portanto, é preciso ter em conta o pequeníssimo papel da criminalidade convencional na produção deste fenômeno. Também é

costuma ser dito por muitos que, com uma visão, às vezes até bem intencionada, confundem pobreza e miséria com criminalidade e violência, equivocadamente pensando que a pobreza e a miséria seriam geradoras da criminalidade e da violência.

Os dados aqui levantados são suficientes para demonstrar que, ao contrário, os pobres e miseráveis deste país, longe de serem os produtores da violência, são suas principais vítimas, inclusive da repressão informal, determinada por aquela mesma falsa idéia que, confundindo-os com criminosos, leva à aceitação, ao incentivo e ao aplauso de seu extermínio. São também os pobres e miseráveis deste país as vítimas do sistema penal, da repressão formal, que o mal entendido sentimento de medo e insegurança, que o discurso dominante, mistificador e perverso, ainda querem mais rigoroso.

Mesmo que se queira dar alguma importância a esta parcela ínfima da violência, produzida pela criminalidade convencional, é preciso ter claro que o sistema penal tem um papel insignificante em sua contenção.

Quando se fala em combate à impunidade, quando se apela para a necessidade de maior aparelhamento, de maior eficácia do sistema penal, esquece-se e oculta-se que, na realidade, o sistema penal só opera (e só pode operar) marginalmente, em um número reduzidíssimo de casos. A quantidade infinita de crimes, que permanece desconhecida ou impune, não é fruto de questões conjunturais ou de uma eventual deficiência operacional. A excepcionalidade da atuação do sistema penal é, ao contrário, uma de suas regras básicas.

O sistema penal não se destina a punir todas as pessoas que cometem crimes e nem poderia fazê-lo. A lógica de seu funcionamento se baseia sim na seleção de um ou outro autor de condutas definidas como crimes, para que, preso, processado ou condenado, seja identificado e, assim, passe a desempenhar o papel de criminoso, enquanto os demais seguem desempenhando seus papéis de cidadãos respeitadores da lei.

Esta excepcionalidade da atuação do sistema penal, que constitui uma condição de sua própria existência, demonstra, mais do que a ineficácia, a injustiça que lhe é inerente e que acaba por produzir, direta ou indiretamente, um enorme volume de violência.

Ao provocar o isolamento, a estigmatização e a submissão ao inútil e desumano sofrimento da prisão daqueles que seleciona para que, presos, processados ou condenados, sejam identificados e, assim, passem a desempenhar o papel de criminoso, o sistema penal faz destes poucos selecionados pessoas mais desadaptadas ao convívio social e, conseqüentemente, mais aptas a cometer novos crimes e agressões à sociedade, funcionando como um alimentador da criminalidade, o que torna a demanda de maior repressão penal uma atitude um tanto sadomasoquista.

A idéia de pena, de afastamento do convívio social, de punição, baseia-se no maniqueísmo simplista, que divide as pessoas entre boas e más: o criminoso passa a ser visto como o "mau", o "outro", o "diferente", o que irá permitir e alimentar a violência punitiva realizada fora do direito (a repressão informal), de que é exemplo mais visível e recente o extermínio coletivo dos oito meninos da Candelária. Produz-se neste campo, um processo semelhante ao que alimenta a repressão política das ditaduras em que a idéia de que é preciso manter a ordem, aqui se traduz na idéia de que é preciso combater o crime, gerando todo tipo de violência — da tortura ao extermínio — nas ditaduras, contra os dissidentes, e, nas democracias mais ou menos reais, contra os "delinqüentes", vistos como os inimigos, os "perigosos", violência que acaba por ser admitida e aplaudida pela maioria da população, que, mesmo eventualmente comovida com uma ou outra ação mais divulgada e mais particularmente cruel, como o recente extermínio coletivo dos oito meninos da Candelária, não se comove e, ao contrário, admite e aplaude o extermínio silencioso e cotidiano dos que, como os oito meninos da Candelária, são identificados como criminosos ou futuros supostos criminosos.

A seleção dos que vão desempenhar esse papel de criminoso, dos que vão ser submetidos à repressão formal e informal, naturalmente, obedece à regra básica da sociedade capitalista, ou seja, a desigualdade na distribuição de bens. Tratando-se de um atributo negativo, toda carga de estigma, de injustiça e de violência direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, vai recair preferencial e necessariamente sobre os membros das camadas subalternizadas.

Para confirmar tal afirmação, basta olhar para quem está preso ou para quem é vítima da repressão informal no Brasil. O Censo Penitenciário, realizado no Rio de Janeiro em 1988, revelou que, entre os presos, 25% eram analfabetos e 44% tinham instrução apenas primária, ou seja, 69% dos presos tinham instrução apenas até o 1º grau. No levantamento realizado pelo repórter Caco Barcellos, aqui já referido, a identificação do tipo de trabalho de 3.812 das vítimas dos homicídios praticados pela Polícia Militar de São Paulo, no período considerado (1970/1982) revelou que os operários da construção civil foram os mais visados — 877, representando mais de 20% dos mortos. As mesmas pesquisas evidenciam o componente racista da violência punitiva formal ou informal: no levantamento de Caco Barcellos, foram encontrados entre as vítimas dos homicídios praticados pela Polícia Militar de São Paulo, 51% de não brancos; o Censo Penitenciário, realizado no Rio de Janeiro em 1988, classificou como pardos e negros 68,5% dos internos no sistema penitenciário.

Mas, mesmo nos chamados Estados do bem-estar social, onde as desigualdades não são tão acentuadas como aqui, é fácil verificar como a ação do sistema penal obedece àquela regra básica do capitalismo: pesquisa do Bureau de Estatísticas dos Países Baixos constatou que, na categoria mais desfavorecida da população, representando 35% do total de habitantes, 1 homem em cada 5 esteve na prisão, enquanto da categoria

mais favorecida, representando 15% da população, a proporção caía para 1 homem a cada 70.

Esta desigualdade, tão clara e facilmente verificável, é, no entanto, surpreendentemente ignorada até mesmo pelos setores mais conscientes e progressistas, que, seduzidos pela solução penal, não costumam questioná-la, apenas reivindicando maior punição para os delitos dos poderosos, esquecidos daquela regra básica do capitalismo, que só permite a retirada da imunidade dos poderosos em pouquíssimos casos, em que conflitos entre os setores hegemônicos permitem o sacrifício de um ou outro membro das classes dominantes (ou de algum criminoso enriquecido e, assim, identificado como poderoso), que colida com o poder maior, a que já não sirva, esquecidos ainda que a excepcional punição de um ou outro membro das classes dominantes (ou de algum criminoso enriquecido) serve apenas para legitimar o sistema penal e ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução da desigualdade e da opressão características da sociedade capitalista, esquecidos de que a pena funciona fundamentalmente como manifestação do poder de classe do Estado capitalista.

IV - Conclusão

Uma visão real e não mistificadora do fenômeno da violência na sociedade brasileira aponta, portanto, no sentido de reformas profundas e radicais, de forma a superar as escandalosas desigualdades e injustiças sociais que são a marca da história desse país, de forma a redistribuir a renda, promover a reforma agrária, inverter as prioridades orçamentárias em favor dos serviços públicos de saúde, educação, transporte e habitação, a fim de atender as necessidades básicas da população e, assim, romper com a sistemática e brutal violência nascida da violação dos direitos à alimentação, à habitação, à saúde, à educação, ao trabalho, à dignidade social, à cidadania, à conservação da vida.

Uma visão real e não mistificadora do fenômeno da violência aponta também no sentido de uma política de contenção máxima da violência punitiva, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, através do rompimento com a falsa solução penal, que além de ineficaz e inútil, causa sofrimentos desnecessários, desigual e seletivamente distribuídos, provocando, com a repressão formal e informal, um grande volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação de liberdade e morte.

No campo da criminalidade convencional, vista em sua real — e, portanto, pequena — dimensão na produção da violência, é preciso caminhar na contra-mão do discurso e da prática dominantes e afirmar a necessidade de redução do sistema penal; é preciso realizar a idéia de intervenção mínima, através da aplicação das técnicas de descriminalização e dos princípios limitadores do processo de criminalização: o princípio da

proporcionalidade da pena à gravidade do dano social do delito, o princípio da idoneidade, que impõe a prévia demonstração de que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social; o princípio da subsidiariedade, que impõe a prévia comprovação de que não existem outras alternativas que não a criminalização; o princípio da racionalidade, que exige que se compare os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização buscando-se, por outro lado, mecanismos não-penais de controle, abrindo espaço para outros estilos que não o punitivo (os estilos compensatórios terapêutico-assistencial, conciliador), privilegiando-se medidas preventivas, desde as mais gerais às mais simples e imediatas.

É preciso, finalmente, entender que só com a construção de uma sociedade mais justa e solidária será possível reduzir significativamente as situações problemáticas e os conflitos, que se traduzem nas condutas socialmente negativas produtoras dessa forma de violência — repita-se, de pequena dimensão — traduzida na ação da criminalidade convencional.

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONVENIÊNCIA DA
MANUTENÇÃO
NO DIREITO BRASILEIRO DA AÇÃO DIRETA DE
CONSTITUCIONALIDADE, INTRODUZIDA PELA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 3/93, POR OCASIÃO DA REVISÃO
CONSTITUCIONAL PREVISTA NO ART. 3º DO ATO DAS
DISPOSIÇÕES
TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Regis Fichtner Pereira*

As normas jurídicas são consequência necessária da vida em sociedade, tendo em vista que visam a regular os conflitos que necessariamente surgem em decorrência do fato de os bens existirem em número limitado, quando o homem tem demonstrado em sua história possuir aptidão ilimitada para a sua acumulação. O conteúdo das normas jurídicas, assim, vai ser determinado pelo nível de desenvolvimento da comunidade em que se inserem e pela forma como nela se produzem as relações sociais.

O legislador, ao elaborar a norma, precisa, no entanto, realizar determinadas opções políticas. Necessariamente, ao atribuir a alguém algum direito frente a determinado objeto, estará o legislador cerceando o direito de outra pessoa a pretender esse mesmo bem da vida.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A crise no Direito de uma determinada sociedade irá surgir na medida em que o legislador realizar as opções políticas não de acordo com a vontade ou necessidade da maioria da população, mas canalizando para a norma aspirações de determinado ou determinados grupos detentores do poder, ou produzindo a norma em favor do Estado, em detrimento do cidadão, sem que o Estado assuma efetivamente seu papel de realizar tanto quanto possível o bem comum, vindo a servir de instrumento para o favorecimento de uma minoria privilegiada.

O Brasil atravessa atualmente uma de suas mais sérias crises. Saber qual a razão para a existência dessa crise não é papel do estudioso do Direito, mas fato é que inexoravelmente ela produz sérias conseqüências no mundo jurídico.

O Direito Brasileiro, como não poderia deixar de ser, também está em crise, justamente porque o modelo jurídico atual não encontra consonância com as relações sociais efetivamente em vigor no País. As normas jurídicas existentes ou no nosso Ordenamento alcançam apenas uma parte da população. Mesmo para esses, no entanto, nem sempre as normas possuem conteúdo suficiente e adequado para a solução dos conflitos e atendimento às suas aspirações. Além disso, repita-se, há boa parcela da população que se encontra totalmente à margem do Direito. O legislador não possui olhos para esse grupo de cidadãos, que não tem, por igual, qualquer forma de acesso ao aplicador da lei, o Poder Judiciário.

Há alguns anos foi convocada no Brasil uma Assembléia Nacional Constituinte, a fim de que se dotasse o Brasil de uma Constituição em sintonia com o novo Estado Democrático de Direito, que voltava a se afirmar após alguns anos de exercício de regimes ditatoriais.

O trabalho desses legisladores resultou na Constituição Federal promulgada a 5 de outubro de 1988. Esse texto legislativo contém uma série de importantes e salutares inovações, bem como também inúmeras imperfeições, as quais não cabe aqui nesse trabalho examinar. Mas não há como deixar de se observar que também ele se encontra muito distanciado da realidade do País e que a ilusão de alguns de que a Constituição democrática iria resolver os problemas nacionais restou frustrada.

Muitas normas da Constituição Federal de 1988 visam a alterar o perverso sistema social brasileiro, o que levou a que alguns a denominassem de "a Constituição social brasileira". Essas normas, no entanto, em sua maioria, caíram no vazio. Seja pelo fato da lei por si só não revogar a realidade; seja porque as regras jurídicas infra-constitucionais necessárias a conferir plena efetividade à Constituição não foram editadas pelo Poder Legislativo; seja porque os Poderes constituídos, mesmo na medida de suas limitações, não têm se empenhado em lhe atribuir plena eficácia.

Pior do que deixar no vazio alguns direitos constitucionais dos cidadãos, o legislador tem nos últimos tempos editado normas jurídicas cujo conteúdo altera substancialmente as suas vidas, sem que seja realizada a necessária e salutar discussão acerca da conveniência e da oportunidade de sua promulgação e sem se atentar para as sérias conseqüências que delas advêm para a maior parte das pessoas a elas submetidas. Além disso, o conteúdo de algumas dessas normas tem sido considerado como atentatório a regras e princípios constitucionais.

Diante de tal situação, fora o protesto muito pouco eficaz que alguns setores da sociedade civil realizam contra a norma atentatória aos interesses da sociedade como um todo, nada mais resta ao cidadão, que apelar ao Poder Judiciário, a fim de evitar ou tentar reparar a violação do seu direito constitucional. Nesse momento é que pode surgir também como alternativa a perigosa e indesejável figura da desobediência civil, com a conseqüente transgressão da norma.

Alguns exemplos de questões jurídicas decorrentes da expedição de normas desse tipo podem facilmente ser apresentados e servem de paradigma a ilustrar as nefastas conseqüências da desorganização jurídica da sociedade e do divorciamento entre os interesses do Estado e de um determinado grupo detentor do poder de um lado e a maior parte dos seus cidadãos de outro.

Basta verificar o que ocorreu após a edição do chamado "Plano Brasil Novo" ou "Plano Collor", mediante o qual o Governo de então impediu o acesso das pessoas aos seus ativos financeiros, ou o que ocorreu com o aumento de 147% (cento de quarenta e sete por cento) a que os aposentados afirmavam ter direito e o Governo sustentava não ser devido e não ter como pagar.

Esses fatos jurídicos determinam uma verdadeira corrida da população ao Poder Judiciário, que tentou, muitas vezes com sucesso, através do instituto das medidas cautelares, obter a tutela imediata do seu direito contra a agressão efetivada pelo Poder Público.

Além desses casos, inúmeros outros ocorreram nos últimos anos, principalmente no que se refere a normas de caráter tributário, os quais determinaram o acesso em massa de cidadãos ao Poder Judiciário em busca da tutela jurisdicional.

Duas conseqüências nefastas diretas decorreram dessa corrida ao Poder Judiciário por um número de pessoas maior que o normal, buscando por vezes a tutela imediata do seu direito. A primeira delas concerne à multiplicação de Processos submetidos ao Poder Judiciário, que ocasionou um volume tal de trabalho, principalmente para os Juízes Federais, que comprometeu e ainda compromete seriamente o funcionamento da Justiça,

tendo em vista ser humanamente impossível para um número determinado de Juízes julgar em tempo razoável milhares de processos. A segunda delas diz respeito ao próprio resultado prático obtido pelas pessoas que acorreram ao Judiciário.

É que no sistema jurídico brasileiro vigora o princípio do livre convencimento do juiz, o que quer dizer que o magistrado soluciona a questão que lhe é colocada para julgamento conforme a sua interpretação pessoal das normas jurídicas invocadas como violadas. Esse princípio gera a possibilidade de vários juízes julgarem de forma diversa a mesma questão que lhes seja submetida. No caso concreto do bloqueio dos ativos financeiros, alguns juízes determinavam liminarmente o desbloqueio de contas, qualquer que fosse a hipótese apresentada pelo requerente da medida cautelar, por entenderem ser inconstitucional a lei que determinou tal bloqueio. Outros juízes ordenavam o desbloqueio somente em determinadas hipóteses, nas quais se demonstrasse a real necessidade do capital bloqueado. Um terceiro grupo de juízes não admitia o desbloqueio sob hipótese alguma. Essa diversidade de entendimentos gerou para os jurisdicionados e para o Governo uma enorme instabilidade jurídica. A propositura da ação de desbloqueio de cruzados assemelhava-se a uma loteria. Dependendo do juiz a quem coubesse por sorteio a distribuição da medida cautelar o requerente iria ou não obter a medida liminar requerida e, em consequência, a satisfação do seu direito.

Em meio à confusão gerada pela interferência excessiva e indevida do Governo no sistema jurídico e na esfera privada dos cidadãos, através de leis de constitucionalidade pelo menos duvidosa, surgiu a idéia de se criar um instrumento jurídico pelo qual o Poder Executivo poderia obter a edição de determinada lei pelo Poder Legislativo e evitar a disseminação de ações judiciais tendentes a questionar a sua constitucionalidade, ou pelo menos evitar a ocorrência do fenômeno pelo qual as decisões judiciais para uma mesma hipótese divergem entre si, em virtude do acima referido princípio do livre convencimento do juiz.

Essa idéia acabou por tomar forma em um Projeto de Emenda Constitucional, o qual foi aprovado e alterou a redação do art. 102, I, da Constituição Federal, para o fim de se criar na Constituição a ação de declaração de constitucionalidade, pela qual, após a edição da lei, pode o Poder Executivo, ou qualquer outra das pessoas legitimadas, obter de imediato um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a norma seria constitucional.

O advento da Revisão Constitucional me afigura ser o momento propício para se discutir a questão referente à ação direta de constitucionalidade, discussão essa que me parece não ter sido suficiente realizada no momento da sua instituição, tendo em vista que essa ação envolve a aplicação de princípios jurídicos de direito processual fundamentais do Direito brasileiro.

O Atual Sistema de Controle da Constitucionalidade das Leis

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis prevê que a fiscalização da submissão da lei à Constituição deva se dar em várias fases e por todos os poderes constituídos; a saber, Legislativo, Executivo e Judiciário.

No Poder Legislativo essa fiscalização se dá no próprio momento em que se submete a norma à votação e aprovação, principalmente através do controle realizado pelas comissões constituídas para tal fim; no Poder Executivo, através do instituto do veto do projeto inconstitucional, previsto no art. 66, § 1º da Constituição Federal, quando a iniciativa da lei seja do Poder Legislativo, ou através do controle prévio realizado quando da elaboração da norma, quando a iniciativa seja do próprio Poder Executivo. No controle da constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo assume capital importância o órgão constituído para o fim de lhe prestar assessoria jurídica - as Procuradorias Gerais dos Estados e a Advocacia Geral da União, que a partir de agora passará a englobar também a Consultoria Geral da República - tendo em vista que tal órgão mantém em seus quadros profissionais do Direito habilitados a colaborar na prevenção da edição da lei atentatória à Constituição.

Já na esfera do Poder Judiciário, prevê a Constituição Federal duas formas de controle da constitucionalidade das leis. A primeira delas se dá através do denominado controle concentrado, pelo qual determinadas pessoas são legitimadas (art. 103 da C.F.), após a promulgação da lei, a propor diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a" da C.F.) a ação direta de inconstitucionalidade. Por meio dessa ação persegue o autor a declaração da inconstitucionalidade da lei em tese pelo Tribunal incumbido diretamente do resguardo da Constituição. No caso de procedência, comunica o Supremo Tribunal Federal sua decisão ao Senado Federal, o qual poderá determinar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional (art. 52, X da C.F.).

A segunda forma de controle exercida pelo Poder Judiciário é denominada de controle difuso, mediante a qual qualquer juiz pode, ao examinar determinado caso concreto, entender ser inconstitucional a lei invocada por qualquer das partes como fundamento do direito objeto da sua pretensão ou da sua resistência. A declaração da inconstitucionalidade nessa hipótese se dá diante do caso concreto, é realizada incidentalmente pelo juiz e apenas surte efeitos para as partes litigantes.

É certo que seja qual for a forma pelas quais está autorizado o Poder Judiciário a declarar a inconstitucionalidade da norma jurídica, tal declaração dependerá de provocação da parte interessada e legitimada para tanto, segundo as regras Constitucionais e processuais em vigor. Ao Poder Judiciário é vedado, portanto, tomar a iniciativa de se pronunciar sobre a constitucionalidade de qualquer norma jurídica. Na hipótese de controle

difuso, constitui princípio do sistema de controle da constitucionalidade a vedação a qualquer órgão do Judiciário de se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei, a não ser que tal declaração incidental seja absolutamente necessária à decisão do caso concreto ¹.

Do exposto se pode observar que no caso concreto qualquer juiz tem competência para considerar a norma inconstitucional e deixar de aplicá-la à hipótese sob exame. Essa possibilidade persiste ainda que o Supremo Tribunal Federal julgue improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. Nesse caso, abrir-se-á a possibilidade para a parte contrária de obter a reforma dessa decisão pelo próprio Supremo Tribunal Federal, através do julgamento de Recurso Extraordinário eventualmente interposto, com base no art. 102, III, "b", da Constituição Federal.

Essa possibilidade de controle difuso da constitucionalidade das leis é que tem gerado a proliferação de ações judiciais contrárias a normas editadas de interesse direto do Governo. Surgiu, portanto, confessadamente como uma tentativa de combater essa prática, a idéia de se prever no sistema constitucional brasileiro a ação direta de constitucionalidade, pela qual, como já dito, poder-se-ia obter a declaração do Tribunal Constitucional (STF) de que uma determinada norma não infringe qualquer dispositivo Constitucional.

A previsão de remédio jurídico dessa natureza, efetivada pela Emenda Constitucional nº 3, se apresenta, ao meu ver, totalmente inconveniente, motivo por que deve ser extirpada da Constituição Federal, pelas razões que passarei a demonstrar.

Das razões pelas quais não deve ser mantido no sistema de controle da constitucionalidade das leis a ação direta de constitucionalidade

O principal argumento apresentado pelos defensores da ação direta de constitucionalidade consiste em que a proliferação de ações judiciais tendo por objeto uma mesma questão jurídica provoca o abarrotamento dos tribunais do País, bem como o surgimento de inúmeras decisões conflitantes sobre a mesma matéria, gerando muitas vezes resultados díspares para pessoas diferentes submetidas à mesma situação jurídica. Esses resultados díspares são por vezes definitivos, principalmente nas hipóteses de deferimento de medida liminar de caráter satisfativo, o que o Poder Executivo fez força para também evitar, através da edição de Lei tendo por objeto essa matéria.

Os que defendem a instituição e manutenção desse remédio jurídico têm em vista, portanto, privilegiar a questão da segurança jurídica, na medida em que uma vez

¹ Cf. Alfredo BUZÁID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Saraiva, São Paulo, 1958, pág. 23.

editada a lei de constitucionalidade duvidosa, poderão todos saber de imediato, ou pelo menos em prazo mais curto, a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, com a diferença essencial consistente em que o próprio Poder Executivo poderia provocar o pronunciamento desse Tribunal quando lhe convenha determinada norma seja considerada constitucional. Têm em vista também evitar o já mencionado excesso de trabalho por parte dos órgãos judiciais do País.

No que se refere à questão da segurança jurídica, é sabido que o julgamento dos conflitos de interesses na sociedade se realiza segundo duas vertentes; a primeira referente à necessidade de se apresentar aos jurisdicionados a solução mais rápida possível para o conflito, na medida em que a demora na prestação jurisdicional gera em regra danos pelo menos a uma das partes e é causa da manutenção e até agravamento da instabilidade jurídica; a segunda referente a que a decisão deve ser a mais justa possível, sendo que a decisão justa necessita por vezes de instrução probatória mais eficaz, de julgamento por mais de um órgão e de tempo para que a questão esteja madura para julgamento.

A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal imediatamente após a edição da lei vir a se pronunciar de forma positiva sobre a sua constitucionalidade, pode gerar riscos enormes de essa decisão vir a ser tomada em momento em que a questão ainda não esteja suficientemente madura para uma solução definitiva.

Esse risco já ocorre na ação direta de inconstitucionalidade, o que poderia servir de argumento para que alguns entendam que não haveria razão para não ser também assumido no que respeita à ação declaratória de constitucionalidade. Ocorre que ao prever a Constituição a possibilidade de propositura da ação direta de inconstitucionalidade, tem ela em vista a defesa dos seus próprios dispositivos, que podem restar violados pela norma flagrantemente inconstitucional. Em atenção à necessidade de se realizar a defesa mais rápida e eficaz das regras e dos princípios constitucionais, admite-se o julgamento de questão que ainda possa não estar suficientemente madura. A preferência pelo legislador da proteção da norma constitucional, em detrimento de uma maior segurança quanto à qualidade do provimento jurisdicional obtido, justifica a ação direta de inconstitucionalidade.

Ademais, o Direito Constitucional é informado por um princípio segundo o qual a presunção é a de que a norma editada está de acordo com a Constituição. Na dúvida, portanto, deve o aplicador da lei privilegiar a sua vigência, sem necessidade de que o Supremo Tribunal Federal declare que tal ou qual norma sejam constitucionais.

O aspecto da questão estar madura para julgamento assume importância tão grande no sistema constitucional norte-americano, que a Suprema Corte desse País, em algumas oportunidades, de forma muito pragmática, já deixou de julgar determinadas questões em certos momentos, sob o fundamento de que a situação sob exame ainda não estaria suficientemente amadurecida ². Uma decisão como essa me parece que não seria

admissível no nosso sistema jurídico, tendo em vista que equivaleria a negativa de jurisdição, violando, assim, um dos princípios brasileiros do sistema de tutela de direitos brasileiros, segundo o qual o Poder Judiciário, quando provocado, tem a obrigação de dar uma solução (provimento) para a hipótese legal a ele submetida.

No que respeita à questão da falta de maturidade para o Supremo Tribunal Federal decidir sobre a constitucionalidade da lei de forma direta e em tese, poderíamos colocar um exemplo de fato a demonstrar que a decisão prematura pode não ser a mais justa, em razão de ser precipitada. Veja-se a situação dos aposentados do INSS, no que se refere à sua recente batalha por um reajuste determinado no valor de suas pensões. Muitos juízes pelo Brasil inteiro concederam medidas judiciais para o resguardo imediato dos pensionistas do seu direito de terem mantido um valor mínimo para suas necessidades alimentares, apesar das enormes pressões do Poder Executivo em contrário, sob o fundamento de que a concessão do "benefício" iria quebrar o sistema de seguridade social. É possível que a utilização pelo Governo de uma medida como a ação direta de constitucionalidade resultasse em êxito para a sua pretensão, quando posteriormente, após amadurecida a questão, comprovou o Governo que havia recursos suficientes para se pagar a justa reivindicação de grande parte da população brasileira.

O que se observa é que a ação direta de constitucionalidade toma ares de antiga advocatória, que se constituía de instrumento legal "constitucional" posto à disposição do regime ditatorial, para que fosse afastado o princípio básico do juiz natural no Direito brasileiro, segundo o qual o juiz da causa deve ser previamente determinado por um sistema legal de distribuição de competências.

Com efeito, a possibilidade de o Poder Executivo vir a provocar o Supremo para que este se pronuncie positivamente quanto à constitucionalidade de determinada lei me parece que dá ensejo à utilização de instrumentos de pressão para obtenção do provimento desejado. O Supremo Tribunal Federal, a par de se constituir em órgão do Poder Judiciário, encarregado, portanto, da interpretação e aplicação das leis, não está, nem pode estar, à margem da Política, tomado este termo na sua expressão mais nobre. Os seus julgamentos necessariamente possuem forte conteúdo político, na medida em que a interpretação da lei não se realiza de maneira objetiva, mas segundo os valores carreados pelo intérprete, valores estes que na medida do possível devem coincidir com os da sociedade, sendo aconselhável que o aplicador da lei sirva de instrumento de captação da "vontade política" do povo.

Não há, no entanto, como se deixar de admitir que o órgão judicial máximo do sistema brasileiro esteja também sujeito à pressão política usual dos sistemas democráticos. Por essa razão, entendo que a retirada da ação direta de constitucionalidade do sistema de controle da constitucionalidade das normas jurídicas previsto na Constituição, se constitua em providência de defesa do próprio Supremo Tribunal Federal, na medida em que este instrumento poderia ensejar maior pressão política por parte dos dois outros poderes sobre suas decisões.

Além disso, a diversidade de interpretações por vários juízes de uma questão legal é muito salutar e imprescindível para que a questão sob exame venha a se tornar madura no momento do julgamento definitivo em última instância. Nada melhor para aprimorar o diagnóstico da sociedade quanto à norma jurídica, que o seu exame por um número grande de órgãos judiciais. Veja-se a respeito, a seguinte lição do eminente jurista EROS ROBERTO GRAU³, *verbis*.

"Todo intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja vinculado pelo "espírito da lei" ou pela "vontade do legislador", estará sempre vinculado pelas normas jurídicas - e, em especial, pelos princípios -, que deva interpretar. Dirá então, quem não seja versado no Direito, diante dessa minha última afirmação, que os fatos a negam: pois é certo que pode variar, ainda em determinado e específico espaço de tempo, o entendimento que diversas autoridades judiciárias atribuem a uma mesma regra ou a um mesmo princípio jurídico, ao decidir questões inteiramente idênticas entre si.

Vem à tona, neste instante, a tese da única interpretação correta, à qual podem fazer adesão irrestrita todos quantos visualizam no intérprete - e no juiz - um servo do "espírito da lei" ou da vontade do legislador", negando-lhe a possibilidade de atuar discricionariamente.

Não é esta, porém, a circunstância que me leva a recusá-la. A primeira razão que me conduz a afastá-la encontra-se na impossibilidade de atribuirmos a qualquer decisão interpretativa a qualidade de verdadeira ou falsa, concebida a verdade, aí, como *adequatio rei et intellectus*. Poder-se-á, quando muito, afirmar que estas ou aquelas, entre elas, são logicamente verdadeiras, na medida em que se relacionam, logicamente, os argumentos usados para justificá-las e elas próprias. É que as decisões da espécie são tomadas no

âmbito de uma *prudência* e não de uma *ciência*. Vale dizer: a Jurisprudência não é ciência - Jurisprudência (?) - porém prudência. E o porque a lógica jurídica, como observa Fábio Konder Comparato, é lógica da decisão e escolha entre várias possibilidades - lógica da *preferência* e não da *consequência*.

Ademais, a par de não serem, interpretação e aplicação do Direito, uma ciência - no sentido de que voltadas à perseguição da verdade enquanto adequação entre a realidade e o pensamento -, as decisões interpretativas são sempre tomadas em função e em razão de um problema. E as soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de um ou outro significado a determinada norma, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas. Questão de fato e questão de direito se interpenetram. Em um quadro de vida - de movimento, pois - é que suportamos o desafio da prudência do Direito: o da coexistência, diante de um mesmo problema, de uma multiplicidade de soluções corretas. Daí porque força é sustentar que inexistem, no Direito, o *verdadeiro*, mas tão-somente o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta, sempre, mais de uma solução."

Até aqui foi realizado exame da ação declaratória de constitucionalidade mais sob os aspectos da conveniência e oportunidade, ou seja, foram levadas em considerações questões atinentes aos resultados práticos que podem ser obtidos com esse remédio jurídico e as considerações políticas envolvidas com o tema.

O tema pode, no entanto, ser também debatido sob os aspectos da técnica jurídica e do sistema legal brasileiro, principalmente tendo em vista os princípios que regem o direito processual civil.

Para esse exame, vale a pena transcrever a redação definitiva do § 2º do art. 102 da Constituição Federal, de acordo com a Emenda Constitucional nº3, de 1993, *verbis*:

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

O que se depreende da regra jurídica acima transcrita, é que uma vez decidido pelo Supremo Tribunal Federal que determinada lei seja constitucional, estará impedido qualquer outro órgão do Poder Judiciário de deixar de aplicar essa regra legal.

Essa circunstância se apresenta inédita no sistema processual civil brasileiro, no qual, como já se disse, vigora o princípio do livre convencimento do juiz natural da causa, que, conforme determinação do sistema de distribuição de competências previamente estabelecido, pode decidir a questão que lhe é submetida de acordo com suas convicções pessoais, ou seja, de acordo com a sua interpretação do fato jurídico que lhe é apresentado e da norma que se pretende deva incidir sobre esse fato.

Seria de se perguntar quais seriam as consequências decorrentes da decisão de outros órgãos judiciais no sentido de entenderem ser inconstitucionais normas já consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de constitucionalidade.

Logicamente uma decisão desse teor ensejaria a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal. Ocorre que a interposição de recurso se constitui em ônus processual da parte. Se a parte sucumbente não desafiar a decisão recorrível estará ela coberta pela proteção da coisa julgada. Como conciliar essa situação com a regra que diz que a decisão do Supremo Tribunal Federal tem "efeito vinculante"?

Se o efeito fosse vinculante por força de lei, seria razoavelmente sustentável que o julgamento em instâncias inferiores contrário ao precedente do Supremo Tribunal seria nulo, independentemente da interposição do recurso pela parte, do que decorreria que a decisão não estaria coberta pelo manto da coisa julgada.

Poder-se-ia, por outro lado, sustentar, que a não interposição do recurso implica em aceitação da parte sucumbente quanto à decisão proferida, ainda que estivesse deixando de aplicar norma jurídica declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão de, repita-se, efeito vinculante. O raciocínio seria aceitável para as hipóteses de

aplicação de normas jurídicas de natureza dispositiva. Seria, no entanto, aceitável, para normas de incidência obrigatória (regras jurídicas cogentes)?

De qualquer forma, verifica-se desde já que o novo remédio processual introduzido pela Emenda Constitucional nº 3 pode dar ensejo a sérias controvérsias doutrinárias e jurisprudências, o que pode contribuir sensivelmente para o recrudescimento do problema da eficácia da decisão judicial. Ao invés de surgir para atribuir segurança, a ação direta de constitucionalidade pode ser instrumento propiciador de maior segurança para os jurisdicionados.

Outro aspecto que deve ser considerado é de natureza funcional. A criação pela Constituição do efeito vinculativo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal aos demais órgãos do Poder Judiciário cria para os seus integrantes o dever funcional de não decidir em sentido contrário?

Ou seja, além do recurso cabível contra a decisão que deixa de aplicar norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou a eventual configuração de nulidade da decisão, é admissível a aplicação de pena de natureza funcional ao magistrado prolator dessa decisão?

Se a resposta for no sentido afirmativo, estará essa regra do § 2º do art. 102 da Constituição Federal ferindo de morte os caros e imprescindíveis princípios da independência e do livre convencimento do juiz. Se a resposta for negativa, estar-se-á admitindo que essa regra legal pode ser caracterizada como norma jurídica imperfeita, no sentido de que se apresenta como um preceito sem sanção.

Entendo inadmissível que um juiz ou um órgão colegiado sofram qualquer tipo de punição por interpretarem determinada norma jurídica de forma diversa da interpretação do Supremo Tribunal Federal. Essa possibilidade fere a independência do magistrado. Inadmissível também se me afigura que um juiz tenha que julgar determinado conflito de interesses de certa forma apenas porque outro magistrado possui interpretação diversa da norma invocada pelas partes, o que feriria princípio da moral segundo o qual cada indivíduo deve agir de acordo com o que dita sua consciência (coerência e honestidade intelectual), quando seja possível a uma mesma situação a existência de interpretações e condutas diversas.

Em se entendendo que haveria a possibilidade de sanção de natureza funcional para o juiz, estaria essa norma constitucional alterando substancialmente também outro basilar princípio do Direito brasileiro, o da independência do magistrado quanto às questões jurídicas a ele submetidas, no sentido de que não há hierarquia entre os vários

órgãos do Poder Judiciário no que respeita à decisão de cada órgão, a não ser no que se refere à possibilidade de revisão da decisão em grau de recurso.

Imagine-se que na época da edição do "Plano Collor" houvesse este remédio processual da ação direta de constitucionalidade e que o Supremo tivesse julgado procedente a ação proposta pelo Presidente da República para julgar constitucional o bloqueio dos cruzados. Proposta perante um juiz federal medida cautelar de desbloqueio de cruzados, por uma senhora de 80 (oitenta) anos de idade, sob o fundamento de que seria inconstitucional a medida e para o fim do capital ser utilizado para tratamento de saúde imprescindível, estaria esse juiz impedido de lhe deferir a medida liminar?

Esse exemplo não é fictício e fantasioso. Casos como esse ocorreram aos milhares no Brasil inteiro, o que me faz remeter ao trecho acima transcrito, da lavra do ilustre Professor EROS ROBERTO GRAU, em que defende esse renomado jurista a tese segundo a qual o julgamento justo necessita do exame de cada caso concreto. A equidade é em muitos casos elemento fundamental para a decisão judicial justa.

Conclusões

Diante de tudo quanto se expôs, são as seguintes as conclusões a que se chega relativamente à ação declaratória de constitucionalidade:

- a) a crise da sociedade brasileira e a crise do Estado brasileiro originaram recentemente uma verdadeira corrida da população ao Poder Judiciário, em busca de tutela contra os efeitos de normas de constitucionalidade duvidosa editadas;
- b) a multiplicidade de decisões judiciais sobre a mesma matéria geraram instabilidade jurídica na sociedade brasileira, o que levou a que se introduzisse no nosso Ordenamento Jurídico, através da Emenda Constitucional nº 3, a ação direta de constitucionalidade da norma jurídica infra-constitucional;
- c) a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ação direta de constitucionalidade tem efeito vinculante para todos os órgãos judiciais do País;
- d) esse efeito da ação direta de constitucionalidade discrepa do modelo jurídico processual brasileiro, tendo em vista que até agora vigorava de forma absoluta o princípio do livre convencimento do juiz, pelo qual o magistrado soluciona a questão que lhe é submetida

conforme sua interpretação pessoal dos fatos e das normas jurídicas invocadas como violadas;

e) a multiplicidade de decisões acerca de uma mesma questão jurídica é fenômeno salutar no Estado de Direito, tendo em vista a necessidade de se realizar tanto quanto possível a justiça do caso concreto. Além disso, tal possibilidade colabora para que a matéria sob exame amadureça até que se realize o julgamento definitivo em última instância;

f) a ação direta de constitucionalidade gerará problemas no campo da eficácia das decisões judiciais de instâncias inferiores, em virtude do efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal;

g) a ação direta de constitucionalidade é desaconselhável sob o aspecto de propiciar maior pressão dos demais Poderes junto ao Supremo Tribunal Federal;

h) a ação direta de constitucionalidade deve ser extirpada da Constituição quando da Revisão Constitucional prevista no art. 3º do Ato das Disposições Transitórias.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO n° 92.0066466-0 *

Salete Maria Polita Maccalóz**

Vistos, etc...

"P- O Sr. tem muitos aposentados na família?

R- Meu pai se aposentou em dezembro de 1960, como ferroviário, e um mês depois precisou arrumar outro emprego para se sustentar. Trabalha até hoje, no mesmo emprego, na cooperativa dos funcionários do Banco do Brasil em São Paulo. Ele talvez pudesse se aposentar novamente, com mais de 30 anos de serviço. Bem sei o que significaria para ele, no que recebe como ferroviário aposentado, ganhar os 147%. Meu sogro está em situação mais difícil, porque não consegue mais trabalhar. E um irmão meu faleceu este ano, era funcionário do Banco do Brasil, aposentado, e deixou viúva, que é

* Manifestação da Dra. Salete Maria Polita Maccalóz, nos autos do processo em epígrafe, que versa sobre a correção dos proventos dos aposentados da Previdência Social em 147,06%.

** Juíza Federal da 7ª. Vara, no Rio de Janeiro, e Professora de Direito do Trabalho do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

pensionista. Tenho, do lado materno, pelo menos umas 40 pessoas aposentadas, atingidas diretamente pelo problema. Ficam até revoltadas comigo. Minha decisão contra o pagamento atinge até agora só os metalúrgicos de São Paulo e os aposentados de Brasília, e estou triste, não só por parentes e amigos, mas porque minhas decisões atingem toda essa gente pobre." (Entrevista do Ministro Presidente do STF, Dr. Sydney Sanches, à Revista ISTO É SENHOR).

1. O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS ingressou com Exceção de Suspeição, no dia 27 de janeiro de 1992, oportunidade em que me encontrava em Campos, respondendo também por aquela Vara. No dia 31 de janeiro juntamos ao processo o despacho, de fls. 535, conforme cópia, em anexo, através do qual declaramos a ilegitimidade dessa Autarquia, cuja modalidade correta de se manifestar, nos autos, seria por meio de agravo, na condição de "terceiro interessado", vez que ainda não havia requerido a sua participação como litisconsorte ou assistente.

Determinamos a juntada por linha, da petição de exceção e, desde essa data até a presente, não praticamos nenhum ato que justificasse a imediata correção parcial, tal como se pode constatar nos autos do mandado de segurança coletivo.

2. Recebemos, no dia 19 de fevereiro de 1992, o ofício nº 047/92 - SUB/TP, de 17.02.92, acompanhado de cópias do relatório e voto embaixadores do provimento da CORREIÇÃO PARCIAL nº 92.02.03848-1 (0027/CPAR/RJ). Antes disso, no dia em que recebemos o Telex com a ementa dessa decisão, determinamos a atuação de exceção de suspeição, que ora examinamos.

3. Em sua oposição a mim, pessoalmente, o INSS alinha muitos fatos, em dois argumentos básicos:

3.1. - O interesse no resultado da ação:

Por opiniões expressadas através da imprensa foi demonstrado um interesse que não é material mas, sim, moral de "acalantar o ego". Além do interesse filial, persigo a melhoria de minha imagem pública com aspirações políticas, já demonstradas em candidatura passada. Esse interesse também está evidenciado no "excesso de zelo" que me levou a visitar algumas agências bancárias para verificar o correto cumprimento da ordem judicial.

3.2. - A causa já foi pré-julgada:

Nas diferentes entrevistas à imprensa, manifestei a minha opinião sobre o assunto, bem como comentários depreciativos sobre a iniciativa do Governo em refazer a taxa de contribuição previdenciária. Como eu me desvinculei do Partido dos Trabalhadores para ingressar na magistratura, e esse é oposição ao Governo Central, "tem-se" que as suas opiniões e comentários são meus. Por esses aspectos, desrespeitei o inciso III, do artigo 36 da LOMAM - Lei Complementar nº 35, de 14.03.79, que veda a manifestação pública do juiz sobre caso pendente de julgamento.

4. Não admito a suspeição levantada, por razões estritamente técnicas e jurídicas, distintas dos argumentos apresentados pelo INSS, mas que açambarcam todos os preconcebidos itens, elencados acima, e que explorei em três tópicos:

A - "A Questão Pública"

Esta é uma oportunidade para refletirmos sobre as especificidades da JUSTIÇA FEDERAL, cuja existência continua sendo duvidosa, por ter sido criada (com a Carta de 1891) e recriada com a Lei nº 5.010, de 30.05.66 (isso porque fora extinta com a Carta de 1937). Essa justiça é especializada em razão da pessoa - UNIÃO FEDERAL. Aqui, são conhecidas e julgadas todas as questões em que a mesma tenha interesse direto ou indireto, através de sua ampla organização.

A UNIÃO FEDERAL, na sua atuação, geralmente, apanha a todos os seus nacionais e, excepcionalmente, pessoas isoladamente. De qualquer forma, para agir, tem todos os seus atos regulamentados. Na sua ação normal, quando contempla todas as

peçoas, jamais excepcionou a figura do Juiz ou de qualquer outra autoridade judicial ou administrativa.

O conteúdo material de seu proceder é sempre precedido de debates públicos, pela imprensa e os demais meios de comunicação, bem como no próprio dia a dia de todas as peçoas.

É IMPOSSÍVEL IMAGINAR QUE OS ASSUNTOS DA UNIÃO FEDERAL POSSAM SER DE UNS E NÃO DE OUTROS. ELES SÃO PÚBLICOS, CONSEQÜENTEMENTE DE TODOS, INCLUSIVE DOS JUÍZES, OU PRINCIPALMENTE DESSES PELA OBRIGATORIEDADE DE JULGAR.

Assim, qualquer atitude da UNIÃO FEDERAL que atinja os nacionais, seja expressivamente ou não, quando chega ao Judiciário para ser revista, em cada caso é de domínio público, de tal ordem que todos já têm o seu conceito sobre o assunto, sendo hipocrisia querer que o Juiz ainda não tenha opinião formada sobre o mesmo. A única coisa que se pode exigir dele é uma reserva absoluta até a edição de sua primeira sentença sobre a questão.

Muitas dessas atitudes, manifestas pelo Poder Executivo, quer como medidas provisórias, quer referendadas pelo Legislativo, em forma de leis, não abrangem apenas os jurisdicionados, mas também os próprios Juízes. Historicamente vou me referir a alguns grandes casos:

— na década de 80, o Sistema Financeiro de Habitação;

— a política salarial, em todas as mudanças de planos econômicos e suas leis, os índices que foram negados a todos os trabalhadores, também foram negados aos vencimentos dos magistrados federais;

— os empréstimos compulsórios, em suas diferentes ofensas a Carta Constitucional, também apanharam os Juízes Federais quando, para si ou seus familiares, adquiriram passagens internacionais, dólares, automóveis, combustíveis, energia elétrica, etc...

— o bloqueio de cruzados atingiu mais de 50 milhões de contas bancárias, entre elas, também, a dos Juízes, todos;

— a matéria previdenciária, não apenas no que diz respeito ao aumento de 147,06%, mas na revisão e correção de proventos, atinge diretamente, a todos os brasileiros, individualmente, ou seus parentes, conseqüentemente, a todos os Juízes.

Assim, a tradicional "imparcialidade" da legislação processual e doutrina que ele interpreta não pode ser aplicada no âmbito da questão pública federal. É PRECISO REVER O CONCEITO DE "INTERESSE" NO RESULTADO DA DEMANDA. POR PARTE DO JUIZ, NA QUESTÃO PÚBLICA, com profissionalismo, para que não sirva de chantagem ou hipocrisia. O remoto interesse que eu possa ter no aumento de 147%, porque a minha mãe é aposentada e o meu pai não, ambos domiciliados em Soledade/RS, não se equipara ao interesse nos aumentos salariais, como o IPC de 84,32%, relativo ao Plano Collor, em relação ao qual tenho demandas de funcionários e colegas.

Será que a minha isenção é admitida pelo fato de não ter ingressado com um pleito idêntico?

Não podemos mais empurrar este assunto para debaixo do tapete. Precisamos convocar a ajuda da intelectualidade jurídica e rever os primados do impedimento e da suspeição do magistrado na Justiça Federal, por serem expressivamente diferentes dos motivos que levaram à elaboração do CPC, voltado com exclusividade para as ações entre particulares. Se não andarmos depressa com esse debate, dia a dia, os problemas relativos à questão pública, na administração do processo, ficarão maiores, pois o impedimento e a suspeição têm sido muito mais usados como o novo nome da preguiça e, quem sabe, uma forma de escolher os assuntos sobre os quais se vai julgar. Como juiz não ganha o suficiente para comprar uma moradia, só pode fazê-lo pelo SFH, conseqüentemente, dessa matéria mais nada deve conhecer. Em sua casa, usa energia e telefone, controlados por empresas federais, logo, também não pode conhecer de suas

demandas. Sendo contribuinte direto de imposto de renda e indireto de todos os demais tributos federais, como pode um contribuinte julgar os impostos que ele paga? A sua remuneração não é destacada na política salarial federal, como então apreciar as reivindicações dos servidores públicos? E a previdência? E a responsabilidade civil?

A filosofia do direito abre um caminho pelo qual podemos iniciar a solução desse problema. Em anexo, junto cópia de minha primeira liminar na Justiça Federal, exatamente sobre a "suspensão da URP", ocasião em que continuei julgando, apesar de ser parte em um processo idêntico.

Se é a semelhança, a identidade, o pressuposto ético do julgamento, qual será o seu balizamento diante da QUESTÃO PÚBLICA? A nomeação de Tribunais Especiais ou a confiança de que o Juiz age com discernimento necessário? Como é tratado o assunto em outros países? A comparação fica muito difícil, porque eles não apresentam exemplos tão gritantes de conflitos entre os planos governamentais e o ordenamento jurídico vigente. Por isso, as suas Justiças Federais, normalmente, examinam os casos individuais de interpretação em face da legislação vigente, a responsabilidade civil, enfim, aqueles fatos em que cada um implica uma decisão diferente.

Essas situações de lesões coletivas, de massa, em que uma infinidade de pessoas é prejudicada e, cada uma, de *per si*, vem a Juízo buscar a sua reparação, impondo uma uniformização de decisões, chegando ao ponto das sentenças impressas, fazendo do Juiz um mero conferente de papéis e, da Justiça o meio de protelamento das indenizações e pagamentos, é um fenômeno típico, cujos fatores e análise são conhecidos de todos.

B - "A Questão Pública e o Processo Coletivo"

Porque, no Brasil, a lesão coletiva, a ofensa ao direito comum de muitas e muitas pessoas, se tornou alguma coisa quase diária, essa coletividade impôs ao Constituinte modalidades processuais também de saneamento coletivo. O individualismo jurídico-processual, em face de uma agressão de massa, era o instrumento de uma desarmonia democrática insuportável. No âmbito do Judiciário é a causa de um "inchaço" cujo custo financeiro, administrativo e operacional, está até hoje insuportável.

Um início de solução para esses dois graves problemas, o primeiro, as lesões coletivas, e o segundo, a impossibilidade do Judiciário proceder a reivindicação de dez por cento dos interessados, está no dissídio coletivo que comporte uma decisão de efeitos *erga omnes*, daí a substituição processual para associações, sindicatos e partidos políticos, prevista no último texto constitucional.

O mandado de segurança coletivo é um desses novos instrumentos, dirigido ao saneamento do direito líquido e certo da população, indistintivamente, quando impetrado por um partido político ou de categorias profissionais, quando da iniciativa de associações ou sindicatos, tal como previsto no inciso LXX, do art. 5º, da CF/88.

Como uma ação absolutamente nova, criada constitucionalmente como remédio heróico da cidadania coletiva, veio para situações como essa dos aposentados e pensionistas da Previdência Social. É uma ação cuja eficiência e necessidade política ainda estão em prova. Não sabemos se veio para ficar ou será letra morta no texto maior. De qualquer forma, foi o caso exemplar até então, por sua originalidade e, principalmente, dimensão: mais de 600.000 pessoas no Estado do Rio de Janeiro, tratando de um interesse de todos.

ESSA AÇÃO É PÚBLICA, POR SUAS DIMENSÕES, POR SUA MATÉRIA, CONTEÚDO, não pelo Juiz que a administra. Qualquer Juiz, nessa ação, vai ser matéria de jornal todo o dia.

Convençam-se todos os administradores: uma ação dessa natureza é uma janela pela qual todos os seus atos serão questionados, revisados, falados, comentados, criticados. E não é o juiz o instrumento disso, mas a quantidade de pessoas nela interessada, no assunto que ela comporta e, porque não dizer, na lesão perpetrada em cada uma.

Todos os integrantes do Judiciário precisam estar atentos a essa nova modalidade processual, principalmente, em suas repercussões que serão sempre políticas, pelo interesse de todos, e de cada um, em seus resultados. Precisam ficar muito alertas, porque os seus julgados não mais se perderão na clandestinidade de milhares de processos, no silêncio da palavra escrita, sepulta em autos volumosos. A questão pública trazida em único processo fará do Judiciário um poder transparente, sujeito ao crivo da sociedade, presente em todas as suas manifestações, ao sabor de todas as suas emoções.

A transparência do Judiciário, nesse tipo de pleito, conscientizará a sociedade de que o que a traz aqui são os atos e decisões de seus governantes, onde não serão refeitos, competência do Legislativo, mas examinados quanto a sua fidedignidade com a matéria legal. Essa claridade dos atos judiciais contribuirá para o seu conhecimento, bem como a dos demais Poderes, de tal forma que o Executivo não mais poderá se escudar em sua morosidade, em seu mutismo, na sua impossibilidade de comentar as demandas em curso.

Antes desse caso, jamais falei aos jornais, na televisão, nas rádios. Decidi assumir uma fala pública, em caráter meramente didático, com o intuito de esclarecer e elucidar. Isso porque, inúmeras pessoas começaram a comparecer na 7a. Vara, a telefonar, inclusive para a minha casa, querendo saber sobre os pagamentos, suas implicações, possibilidades de devolução, e, principalmente, por não saber o que é um mandado de segurança coletivo, se iriam, ou não, receber, se tinham, ou não, que dar o seu nome, se tinham, ou não, que entrar com um processo, procurar, ou não, um advogado. Eram tantas e tantas as indagações, que esclarecimentos públicos e técnicos também começaram a fazer parte do próprio processo, disso me convenci logo, em face da massificação das perguntas e dúvidas.

C - "A Questão Pública e do Prejulgamento"

Alguns assuntos públicos federais, quando anunciados à coletividade, ainda passam por um intervalo de amadurecimento, onde o debate se dá e as pessoas resolvem suas incertezas e dúvidas. Nesse momento, os especialistas são ouvidos e todas as opiniões consideradas, até a montagem de um certo consenso e a pacificação de ânimos em algumas poucas vertentes, ou, como não é raro, uma única conclusão.

Alguns outros assuntos públicos, quando anunciados à coletividade, já chegam de forma conclusiva, porque não são oferecidos aos debates, são declarações definitivas. Na área econômica, normalmente, as decisões governamentais são definitivas, com pouquíssimas ou nenhuma possibilidade de discussão. Quando isso acontece, a formação da opinião pública não existe. O posicionamento pessoal é inutilizado pela imposição, pela sujeição. De qualquer forma, sobra sempre um Juízo de valor no íntimo de cada ser humano, isso porque todos têm discernimento.

Com esta introdução, quero dizer que muitos assuntos chegam ao Judiciário já "decididos", pelo menos em um certo patamar jurídico, não cabendo a ele fazer outra coisa, sob pena de absoluta desmoralização. Exemplo: empréstimos compulsórios. Como o próprio nome diz, significa futura devolução. A Fazenda Nacional, na oportunidade, não devolve, obrigando todos a irem a Juízo. Perguntava-se: qual é a decisão aqui? Qual a elocubração interpretativa para fundamentar a sentença? Não dá para dizer que o Judiciário está decidindo, julgando, quando ele está sendo usado para a demora de um pagamento que já deveria ter sido feito.

Conseqüentemente, existem questões que chegam ao Judiciário já decididas pelo próprio Executivo, cabendo a este a mera execução. Como fica a tradicional imposição de conduta de não prejudicar, tão fácil de ser delimitada quando se trata de um caso de pensão

entre marido e mulher, tão fácil de ser delimitada num caso de divisa entre dois terrenos particulares?

Como falar de prejulgamento numa situação como a correção dos proventos de inatividade de 13 milhões de pessoas, sendo que em todos os pleitos, individuais e coletivos, a magistratura foi unânime em concluir pelo pagamento imediato do índice de 147,06%. Foi o próprio Governo quem proclamou essa diferença percentual, ao promover a correção do salário mínimo. De qualquer forma, tive todo cuidado, em minhas manifestações públicas, de jamais abordar o problema sob o ponto de vista do direito. Não pôde o INSS apontar; simplesmente, aludiu à entrevistas e opiniões, mas não pôde sublinhar, nos artigos que trouxe à colação, falas minhas onde estivesse expresso um Juízo de valor, sobre o problema em julgamento.

Não quero estabelecer a minha isenção de ânimo, respondendo cada um dos argumentos do INSS, exatamente para não cair no jogo que armou: uma execução pautada em fatos volúveis, quanto a sua oportunidade técnica, mas com objetivo muito claro de me surpreender, no exato momento em que a DATAPREV estava promovendo a mudança de todo o seu centro de computação para Brasília, como uma de suas diferentes modalidades de dificultar, se não obstar de vez, o pagamento ou cumprimento das ordens judiciais.

Quero, em verdade, refletir com os meus colegas a necessidade urgente de revermos alguns conceitos básicos do processo, fazendo a sua adequação à Justiça Federal, em razão de sua especialidade. Neste ponto, em relação ao prejulgamento (que não houve, sequer foi provado, e, muito menos é matéria de suspeição, vide art. 135, do CPC, onde o INSS só encontrou, no inciso V, o interesse "no julgamento de causa em favor de uma das partes"), retomo situações, social e juridicamente graves, assim tidas aquelas já conhecidas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e, em relação às quais, mesmo depois disso, o Executivo e o próprio INSS não cumprem administrativamente, em desrespeitosa atitude de confronto entre Poderes. É o caso da correção de proventos pela política salarial. Nessa situação, todas as causas começam mais que prejudgadas, a contestação é impressa, a sentença também.

Assim, quando os Tribunais, todos, porque o Supremo já concluiu pela correção dos proventos através da política salarial, praticam essa orientação, a pergunta que cabe não é sobre o prejulgamento, mas sobre o que sobrou para o Juiz decidir... Afinal, o que estamos decidindo? Cada vez mais abraço a certeza de que decido cada vez menos. Certeza proibida de ser falada, de ser comentada. Essa certeza muda, e que não é só minha, tem servido, enquanto cilada para contemplar este tipo de arguição: convivemos com matérias mais que julgadas, apesar de pleitos novos todos os dias, mas a imputação de prejulgamento fica como uma carta na manga para uma hipótese recursal esdrúxula. Sei que a presente arguição não é pessoal, ela seria apresentada em relação a qualquer Juiz, em processo exaurido e termos recursais, embora as alusões ao Partido dos Trabalhadores, além de irresponsáveis e gratuitas, não alcancem o caráter pessoal que quiseram estabelecer.

Se este é o procedimento do "terceiro interessado", visualizado por todos, penso ser mister do julgador lúcido desconsiderá-lo em cada oportunidade, principalmente se estiver orientado pelo questionamento constante das mudanças sociais, das necessárias mudanças processuais.

5. Orientei-me na presente análise da arguição de suspeição pelas reflexões, ora apresentadas, como forma de comprovar uma atuação sem qualquer dos elementos apontados na impugnação. Nesta questão, que nunca foi individual, e para dar a idéia de sua dimensão deve ser chamada de nacional, a minha situação não é mais confortável que a dos Juizes dos Tribunais Superiores, também apanhados por parentes interessados, como na citação, acima transcrita, ou em conflito permanente com o seu envolvimento político, como:

"P- O raciocínio político influi na decisão do Juiz?

R- Pode servir para reforçar uma decisão jurídica.

Se há argumentos jurídicos para uma decisão, e o Juiz encontra também razões de ordem econômica, política e social, elas só fortalecem a sentença. Mas se o argumento jurídico se contrapõe ao argumento político, o Juiz, pelo menos um bom Juiz, deve ficar com o argumento jurídico." (Entrevista do Ministro, Dr. Sydney Sanches à Revista ISTO É SENHOR).

E, por concordar com este ponto de vista, fiz, nesta ação, o que sempre faço em todas as demais. Vejam, por exemplo, o caso do Condomínio Rio das Pedras: não excedi em zelo, ao contrário, procurei dar eficácia a uma decisão liminar do Dr. Sérgio Feltrin, confirmada duas vezes pelo TRF- 2a. Região que, por todos os meios o Impetrado não cumpriu e, inclusive, através da DATAPREV, desencadeou todas as modalidades de obstáculos possíveis e imagináveis. Nesse ponto, a situação do Juiz de primeiro grau é muito mais difícil e vulnerável. Não existem tempo e lugar para relatar todas as mesquinhas, fatos, problemas, dificuldades, gestos, atitudes debochadas, chistes, ameaças... Temos sido vítimas, não apenas eu, mas também os funcionários desta Vara, ao tentar dar cumprimento a uma decisão judicial. Vejo perplexa a "sem cerimônia" com que o INSS exhibe a fragilidade do Judiciário. Penso que, no afã de esconder a sua péssima administração, a inexistência de Procuradores concursados e a sua estranha defesa na pessoa de Advogados Credenciados, a qualidade de suas manifestações nos processos, as perdas de prazos constantes, passíveis de toda advertência e censura, independente de ações de perdas e danos.

Não posso deixar de citar determinados fatos, porque me vem a lembrança o artigo de Celso Fernandes Campilongo (cópia, em anexo), cuja essência é o seguinte:

"O Judiciário tem dificuldades para lidar com essa situação. Temeroso da "contaminação política do Juiz" procura distinguir corretamente, o magistrado do político. Contudo, na ânsia de delimitar esses territórios, menospreza o peso político inerente à atividade jurisdicional. Não há dúvida que a função do Juiz não se confunde com a do político profissional mais isso não significa que o papel do magistrado deixe de ser político."

6. Assim, diante de tantas considerações, aguardo do Tribunal Regional Federal - 2a. Região uma decisão em que declare a insubsistência dos motivos alegados para a suspeição, indeferindo-a para restabelecer a minha competência no Mandado de Segurança Coletivo nº 92.0115863-5, identicamente a todos os demais processos em que litiga a Previdência Social.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 1992.

SALETE MARIA POLITA MACCALÓZ
Juíza Federal da 7a. Vara

SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO*

Prof. Dr. Winfried Hassemer**

SUMÁRIO:

- I. Situação Atual da Política de Segurança Pública
- II. Criminalidade de Massas e Criminalidade Organizada
- III. O Enrijecimento do Direito
- IV. Questões de Fundo
- V. Saídas

I. Situação Atual da Política de Segurança Pública

1. Criminalidade e violência ocupam atualmente o centro das preocupações dos cidadãos da Alemanha. Uma política que adote por divisa "segurança da liberdade" mais que "combate ao crime" também deveria figurar no debate, pelo menos com igual prioridade.

Tenho a impressão de que o tema segurança pública numa política não-conservadora há longo tempo tem trazido mais dores de cabeça e receios do que despertado

* Tradução do Procurador da República Carlos Eduardo Vasconcelos, a quem a Revista Direito, Estado e Sociedade credita seus melhores agradecimentos.

** Catedrático de Ciências Penais da Universidade de Frankfurt, Alemanha

interesse. Esta política tende atualmente — quando não consegue remover a discussão de seu caminho — a conformar-se com posições que uma vez mais defendem a exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime e reduzem o complexo "violência e criminalidade" a duas questões: a investigação por meio da "grande escuta", isto é, a possibilidade de colher eletronicamente conversas ocorridas no recesso do lar para fins investigatórios, e a autorização legal para que agentes policiais secretos possam cometer pequenos ilícitos penais típicos do *milieu* onde buscam infiltrar-se.

Esta simplificação dá origem a um cenário de segurança pública perigoso:

Segurança pública, criminalidade e violência vêm adquirindo, tanto na opinião pública quanto na percepção dos indivíduos, uma importância crescente. Graves transgressões das leis penais e ameaças a bens jurídicos fundamentais infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam. A par disso, o complexo criminalidade e violência adquire hoje uma posição de particular destaque por duas razões:

— Com a "criminalidade organizada", hoje em dia incessante e enfaticamente relatada, entra em cena um fenômeno ao mesmo tempo encoberto e ameaçador. Fala-se nele sem que se saiba ao certo o que é e quem o produz; sabe-se apenas que é altamente explosivo, pensa-se até que pode devorar-nos todos.

— Já na criminalidade de massa o Estado investigador mostra sua incapacidade para combater os ilícitos penais. Quando arrombamentos de apartamentos e assaltos nas ruas multiplicam-se epidemicamente, quando o furto de automóveis e bicicletas não mais é combatido mas apenas "administrado" — como pode um tal Estado ainda ter a pretensão de combater a "criminalidade organizada"? Seria recomendável incitá-lo a pôr-se em marcha e colocar em suas mãos todos os meios de combate que ofereçam alguma chance apenas razoável de sucesso?

O resultado desta forma de discussão é uma caricatura da real situação e de suas exigências:

- Política criminal reduz-se a política de segurança;
- O aspecto da segurança da liberdade é argumentativamente negligenciado;
- Não existe uma proposta progressista de segurança pública;
- Os problemas que nós temos com esta segurança são apresentados unilateralmente e vêm-se reduzidos aos desejos policiais de exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime.

Nada contra a polícia, apenas ela não pode ser a única voz no coral da segurança pública.

2. Criminalidade e combate ao crime são temas políticos conservadores e adaptam-se privilegiadamente a estratégias populistas. Uma política progressista de segurança da liberdade encontra-se no tema combate ao crime há muito tempo de costas voltadas para a parede: não tem nada a sugerir a não ser advertir quanto às restrições à liberdade que o tema comporta.

Não é por acaso que inexistia uma proposta progressista de segurança pública. Incidentalmente pesquisas empíricas comprovaram à saciedade que "lei e ordem" são de fato temas políticos conservadores. Demonstrou-se que o tema criminalidade e seu combate constitui um sutil regulador de sentimentos de ameaça na população. Estes sentimentos encontram-se profundamente enraizados e são portanto poderosos. Eles podem ser prontamente ativados ou despertados sobretudo quando dois fatores convergem na percepção pública:

- a ameaça é ao mesmo tempo difusa e intensa, e
- a impotência do Estado em controlar a criminalidade é notória.

Ambos estes fatores estão presentes e caracterizam nossa situação atual: C.O. ("criminalidade organizada") é um produtor de medo de alta efetividade, os índices de criminalidade aumentam e os de sua elucidação caem. A invocação de Direitos e Liberdades fundamentais no combate ao crime afigura-se, nesse contexto anacrônico, ingênuo e teimoso, ao passo que o vocabulário conservador adaptou-se prazerosamente à discussão pública em tais circunstâncias.

É preciso reconhecer que uma concepção de segurança pública garantidora da liberdade se apresenta mal aparelhada não apenas em relação a sua posição na arena política como também no tocante ao conteúdo de seus argumentos. Ela não logrou indicar temas ou prioridades na agenda de discussões; contenta-se em seguir a pauta conservadora imposta pelo momento presente e o respectivo discurso de "necessidade de agir" e limita-se a gestos de discordância e advertência.

O atrevimento e a impassibilidade do arbítrio criminal cruzam incessantemente nossa mídia e nossas cabeças, desencadeando torrentes de intimidação e indignação, que eliminam qualquer concepção de segurança pública asseguradora da liberdade. O crédito progressista que o Tribunal Constitucional alemão nos concedeu há muitos anos em sua festejada "decisão do recenseamento" — na qual o "direito à privacidade dos dados sobre o cidadão" adquiriu contorno de Direito fundamental com

assento na Constituição — parece agora irremediavelmente esgotado: a proteção do dados pessoais sofre hoje a mesma corrosão que outros Direitos de liberdade na alça de mira do combate ao crime: recebe o adorno de "exagerado" e o carimbo de "fora da realidade".

Todavia, uma verdade vale ainda hoje: uma política criminal que a longo prazo disponha livremente da asseguaração da liberdade e da proteção dos Direitos fundamentais com o propósito de ceder às exigências de um efetivo combate ao crime, coloca em jogo todas as nossas tradições do Estado de Direito, não importa quem e com que eficácia deva ou possa proclamá-las e defendê-las.

II. Criminalidade de Massas e Criminalidade Organizada

3. *Quando atualmente se alude a violência e criminalidade, torna-se necessário distinguir dois campos que, se bem provoquem repercussões públicas semelhantes, distinguem-se radicalmente no tocante à origem, potencial de ameaça e possibilidades de combate: criminalidade de massas e criminalidade organizada.*

"Criminalidade organizada" apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes. As profundas incisões nas garantias tradicionais do poder de polícia e do processo penal estão sendo operadas ou estão por acontecer sempre e invariavelmente em nome desta criminalidade. Isto deforma a situação completamente. Na verdade a população encontra-se realmente sobressaltada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada: é a criminalidade de massas. Quem mistura ambas dificulta uma Polícia criminal racional.

Assaltos de rua, invasões de apartamentos, comércio de drogas, furtos de bicicletas ou delinqüência juvenil crescem, ao passo que sua elucidação policial bem como sua real persecução tendem a zero. Estas manifestações da criminalidade afetam-nos diretamente, seja como vítimas reais ou possíveis. Os efeitos não são apenas físicos e econômicos, mas sobretudo atingem nosso equilíbrio emocional e nosso senso normativo: trata-se da sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos leva a duvidar da força do Direito. Esta dúvida atinge o cerne da experiência jurídica, abala a expectativa de neutralização de superpoderes sociais em questões centrais da vida cotidiana com os instrumentos do Direito, elimina a chance de que também os mais fracos, os seguidores da lei possam afirma-se com o auxílio do Direito. Quando nada disso mais vale, não é apenas a jurisdicionalização da proteção jurídica, mas sua própria efetividade que estão chegando ao seu fim.

Agentes secretos, observações policiais prolongadas e outros meios de investigação modernos só ajudam no combate à criminalidade de rua se este se reveste de forma organizada, o que não ocorre na maioria dos casos. Aqui os remédios deveriam ser de outra natureza, se se quisesse realmente produzir a cura: prevenção técnica, policiamento ostensivo, chance de sobrevivência aos jovens, inovações na política de drogas, apenas para mencionar algumas das variadas possibilidades (pormenores em V abaixo).

Quando se aborda o fenômeno criminalidade de massas em sede de Política criminal e quando se elaboram estratégias aptas e direcionadas ao seu combate, então a importância da C.O. relativiza-se e o debate se aproxima das necessidades cotidianas dos seres humanos de liberdade e segurança.

4. *A manipulação do medo coletivo difuso da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de Política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários de pessoas frente à criminalidade de massas.*

As contínuas vivências e narrações de criminalidade de massas condimentam um clima generalizado de medo do crime, impotência do Estado e promessa por parte dos órgãos de segurança pública de que, com um pouco de arrocho, a situação melhoraria. Eis aqui uma mistura altamente explosiva. O certo porém é que nada vai mudar, enquanto a Política criminal real não se debruçar sobre a criminalidade de massas. Este redirecionamento pressupõe consideráveis meios e uma virada na mentalidade político-criminal, nos quais ninguém parece realmente interessado atualmente.

Criminalidade de massas em nosso meio compreende, há muito tempo, arrombamento de apartamentos, roubo e outro tipo de violência contra os mais fracos nas ruas, furto de automóveis e bicicletas, nas grandes cidades o abuso de drogas. Ultimamente surgiu também a violência contra minorias politicamente mascarada. Aqui emergem dois aspectos com clareza cristalina:

- As fontes desta forma de criminalidade situam-se mais profundamente e são consideravelmente mais difíceis de estancar do que, por exemplo, o lucrativo tráfico internacional de drogas e de armas (veja-se também abaixo IV, tese 8);
- As formas de criminalidade ora em apreço requerem outros meios de prevenção que os normalmente empregados contra a criminalidade organizada (veja-se também abaixo V, teses 11 e 12).

Salta aos olhos que uma Política criminal voltada à exacerbação e ampliação do arsenal investigatório tem seu centro de argumentação não na criminalidade de massas e

sim na criminalidade organizada. Só aqui esta esta forma de Política criminal pode colher frutos.

Por conseguinte, um novo começo na política de segurança pública não pode prescindir das seguintes condições: conhecimento mais preciso das formas de criminalidade que ora nos trazem problemas, especificação de seus distintos cenários e formas de combate, distribuição bem proporcionada do arsenal teórico e prático entre ambas as formas atuais de ameaça.

5. A criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade de massa. Os especialistas ainda não conseguem chegar a um consenso sobre no que ela realmente consiste. A participação de bandos bem organizados ou a atividade criminosa em base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros. Tais características são-nos conhecidas desde que passamos a conviver com a criminalidade moderna, estão presentes em praticamente todas as formas de criminalidade e, daí, tornam o conceito supérfluo. Proponho portanto usar a expressão "criminalidade organizada" somente quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais.

O que "criminalidade organizada" realmente é, como ela se desenvolve, quais suas estruturas e perspectivas futuras, não sabemos precisar. A definição atualmente em circulação é por demais abrangente e vaga, sugere uma direção em vez de definir um objeto, não deixa muita coisa de fora. Pesquisas empíricas, por exemplo, do BKA (Bundeskriminalamt, Departamento Federal do Crime), encontram-se ainda nos seus primeiros passos rumo a um esclarecimento criminológico confiável do que seja o fenômeno.

Uma coisa decerto já é clara a esta altura: C.O. é apresentada desde o início da discussão pública a seu respeito como uma folha de criminalidade com um potencial de ameaça gigantesco e até agora incomensurável. Os meios cogitados para seu combate (pormenores abaixo, III, teses 6 e 7) são de altíssimo calibre: no mínimo, eles subvertem as estruturas fundamentais do poder de polícia. Daí decorre, em todo caso, que seria contraditório abrigar no conceito de "criminalidade organizada" manifestações criminosas com características habituais, profissionais ou de bando, apenas por serem particularmente perigosas, ou planejadas com grande astúcia ou dissimulação. Aqui não haveria nada de novo, mas apenas o crescimento ou a modernização quantitativa de fenômenos dos quais a legislação policial, penal e processual penal trata desde longa data. Um conceito útil de C.O. precisa isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo.

Este potencial eu vejo no assalto, usurpação ou infiltração de instâncias centrais da ordem estatal, procedido por organizações criminosas. Somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento de violações

penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado. Neste momento confundem-se os limites entre criminalidade e combate à criminalidade que constituem um Estado de Direito. Tenho a impressão de que é precisamente esta corrupção da persecução penal estatal por meios criminosos, a exemplo de práticas mafiosas, que de uma forma inédita nos sobressaltam profundamente.

O delineamento ora proposto significa um passo decisivo no sentido de se encontrar um núcleo objetivo e palpável de C.O.. Desde logo convém assinalar que uma tal concepção não deve ser entendida como um "adiamento" do combate à C.O., ensejado por artifícios terminológicos. Não se há de esperar até que as práticas corruptas se estabilizem para que medidas penais sejam adotadas. O Direito penal e o poder de polícia encontram-se desde longa data equipados com noções tais como prevenção de perigos e delitos de perigo, instrumentos de pronta atuação que não ficam à espera de que o circo pegue fogo.

Esta conceituação visa a um significado mais preciso e rico de conteúdo de C.O., que permita sua abordagem conseqüente e eficaz nos planos criminológicos e da política de segurança pública. É imperativo reconhecer que nós nos encontramos ainda num estágio bastante primitivo do nosso conhecimento criminológico e de pré-cogitações terminológicas do fenômeno. Este atraso não deve causar estranheza e nada indica que progressos significativos ocorram a curto prazo, por uma soma de razões:

"Criminalidade organizada"

- é um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada (exemplo, o tráfico clandestino de lixo nos países industrializados);
- compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levado ao conhecimento da autoridade pelo particular;
- intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de "pedágios" por organizações criminosas);
- possui tradicionais solos férteis em bases nacionais e, em outras latitudes, não viceja ou produz resultados diversos (ex. Máfia em outros países que não o seu berço);

— dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.

Daqui não se deve extrair a conclusão de que medidas de prevenção e combate devam aguardar a aquisição de um conhecimento mais preciso sobre o objeto de atuação, para que possam ser implantadas. Esta seria de fato uma posição ingênua. No entanto, uma Política criminal de Estado de Direito deve necessariamente extrair conseqüências da circunstância de que o objeto contra o qual deve atuar ainda é inacessível ou precariamente conhecido. Não se lhe pode permitir uma prática atualmente em voga: compensar ignorância criminológica com intensidade da ameaça e, em situações que considere particularmente ameaçadoras, desferir golpes a esmo desesperadamente.

As conseqüências a serem extraídas do conhecimento deficiente do objeto de intervenção são as seguintes:

— emprego massivo de pesquisa e conhecimento voltado à delimitação criminológica da C.O.: se a situação se apresenta ameaçadora, deve-se envidar todos os esforços para vê-las com clareza o mais breve possível;

— emprego mais cuidadoso e prudente de meios mais enérgicos de combate e elucidação: quem não conhece vê seu alvo com precisão e por isto necessita atirar com chumbo miúdo, deve pelo menos dominar a trajetória do tiro o mais longe possível;

— permanente verificação com auxílio das ciências empíricas, quando e se e onde os meios de combate alcançam ou não resultado: quem anda no escuro deve firmar cada passo.

III. O Enrijecimento do Direito

6. O medo da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia, mas também do Direito penal, nos últimos tempos. Princípios fundamentais ou não valem mais ou valem apenas limitadamente:

— o princípio *in dubio pro reo*

— a antes nítida separação entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão);

— a limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do verificado no poder de polícia e do suspeito na persecução penal;

— a regra básica da transparência das investigações.

O atual debate público sobre Política criminal veicula a impressão de que a solução do problema consiste em conferir às autoridades da segurança pública, de uma vez por todas, todos os meios e instrumentos necessários que sempre reivindicaram, a fim de que possam assenhorear-se da C.O.. Nada mais falso e enganoso. Precisamente nos últimos anos as autoridades da segurança pública foram equipadas com uma gama de poderosos instrumentos legais coercitivos que vinham incessantemente reclamando. Na Alemanha eles foram acolhidos tanto nas legislações policiais e de ordem pública do Estado quanto nos códigos penal e de processo da federação: agentes secretos, testemunhas da coroa (aquelas que, em troca da revelação do crime e seus autores, têm a sua própria participação perdoada ou tratada com benignidade), observação policial prolongada da vida das pessoas, escuta telefônica ampliada, proteção de testemunhas (que retringe a ação da defesa), captação e armazenamento de dados pessoais em larga escala, licitações para a prática da observação policial, escuta por meios eletrônicos, penas patrimoniais, punibilidade da lavagem de dinheiro. O que agora se pede (veja-se também tese 7) não é pouco, mas em vista do já concedido, uma bagatela.

Vista da perspectiva dos acontecimentos reais, o rumo de nossa discussão deveria ser dirigido no sentido de que as autoridades da segurança pública viessem a público esclarecer qual o êxito que elas obtiveram com os instrumentos legais postos a seu dispor. Com base nestas experiências práticas poder-se-ia discutir mais racionalmente sobre a aptidão destes instrumentos para seus fins. Em vez disto, os setores liberais e progressistas da opinião pública vêm-se na mesma situação defensiva de antes, isto é simplesmente vociferam contra a concessão de meios irrecusáveis para o combate à criminalidade organizada. Este é mais um sintoma da fraqueza argumentativa de uma política de segurança orientada para os Direitos fundamentais a que já aludimos acima (tese 2).

Os instrumentos legais coercitivos aqui enumerados produziram fundamentais mudanças nas nossas tradições de Estado de Direito nos campos policial, penal e processual penal. O "combate preventivo ao crime" como objetivo da atividade policial acaba por apalinar os limites entre prevenção e repressão, entre prevenção de perigos e combate ao crime que, até então separaram nitidamente os domínios policial e processual penal. Métodos de investigação tais como escuta telefônica, observação policial, apurações secretas e captação de dados estendem-se necessariamente e em regra a terceiros não-partícipes, até então uma nítida exceção. A freqüente inclusão nas investigações dos chamados "elementos de contato" visa, na verdade, a esta intromissão. Todos estes meios são utilizados nas costas do atingido, sub-repticiamente: até o presente as investigações

eram por princípio abertas — já para que o atingido pudesse cuidar de sua defesa a tempo. As chamadas "pré-investigações" removem os limites de intervenção delineados pela noção de indício, que tradicionalmente serviu para legitimar transtornos na vida de pessoas inocentes, somente aceitáveis mediante pressupostos e balizas claros. A pena patrimonial transfere doravante para o atingido o encargo de provar a decência dos seus ganhos.

Não defendo pura e simplesmente um recuo destas mudanças. Sugiro apenas que não se perca de vista o caminho até agora percorrido, quando de novo se discute mais medidas coercitivas e exacerbações.

7. Há no momento principalmente três novas reivindicações de coerção:

- a introdução da chamada "grande escuta" como meio instrutório no processo penal;
- o direito de agentes secretos cometerem infrações penais típicas do "milieu" onde atuam;
- emprego de meios e dados dos serviços secretos de informações no combate à criminalidade.

A satisfação destas reivindicações muito provavelmente não trará muitos benefícios mas certamente realizará enormes estragos.

É muito difícil formar uma opinião fundamentada sobre as reivindicações das autoridades de segurança pública no sentido de mais meios coercitivos, enquanto não se sabe o que de positivo ou negativo os meios coercitivos já disponíveis trouxeram. A própria circunstância de que não se prestem contas dos passos já dados, antes que novos passos na mesma direção sejam autorizados, já torna as reivindicações altamente duvidosas. E aqui a carência de informações e dados não se reduz a um querer saber meramente teórico, mas indica a suspeita de que meios coercitivos sejam simplesmente amontoados para o desfrute de seus titulares.

Salta aos olhos que as intervenções abrangentes até agora concedidas pelo legislador não são tão eficazmente abrangentes do ponto de vista criminalístico. A escuta telefônica depara com avanços na tecnologia de informações, o armazenamento de dados pessoais em larga escala esbarra na modificação de comportamento das pessoas procuradas, os agentes secretos têm problemas quando devem agir entre grupos étnicos minoritários. É bastante presumível que os mesmos problemas surgirão com os meios coercitivos

atualmente na pauta de reivindicações. O Direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado; isto vale com mais ênfase no tocante às medidas de força do inquérito policial. O Direito processual penal não se adequa a pálio de estacionamento para depósito ou empilhamento de faculdades coercitivas. Antes que estas faculdades sejam distribuídas, é preciso saber para que servem e até onde alcançam.

Os argumentos relativos a cada uma das novas reivindicações de arrocho foram amplamente apresentados e são conhecidos da opinião pública. Neste passo, desejo apenas descrevê-los sucintamente.

Pode até ser que a efetividade do combate ao crime cresça com estes novos instrumentos; maiores pormenores não são porém conhecidos. Sabe-se apenas, e com pormenores, quais tradições do Estado de Direito deverão ser sacrificadas para a obtenção deste objetivo:

- Quando a casa do cidadão (sim, agora já não se tratará apenas do "indiciado", como sempre foi, mas, na melhor das hipóteses, de "suspeitos") passa a ser franqueada indiscriminadamente às intervenções estatais, aí o Direito fundamental do Art. 13 da Carta Fundamental (inviolabilidade do domicílio) perde seu âmbito de vigência: o que mais, se não este recinto, constitui o núcleo da privacidade individual?
- Quando funcionários policiais no desempenho de seu trabalho passam a legalmente poder cometer infrações penais, aí então desaparece para o cidadão a nítida fronteira entre criminalidade e combate ao crime, e a superioridade moral do Estado frente à delinquência se esvai. Para mim, os recentes eventos de Bad Kleinem (morte a tiros, em circunstância a princípio pouco esclarecidas, de um suposto terrorista da RAF em confronto com a polícia, que a ele chegou graças a um agente infiltrado, e que culminou, pelo só fato da veiculação de informações inverídicas à imprensa, com a renúncia ou demissão do Ministro Federal da Justiça, do Procurador Geral Federal e do chefe do serviço de informações, N. do T.) confirmaram o postulado de que o Estado não pode dar a aparência de usar os mesmos métodos daqueles que ele, com boa razão, persegue justamente devido ao uso destes métodos.
- Quando se autoriza que os serviços de informações possam participar da investigação criminal com os meios que lhes são específicos (presumivelmente mais efetivos), então será o fim da transparência e do controle: não apenas para os atingidos, mas para toda a opinião pública e até para os políticos.

Lamentavelmente, nós já nos habituamos a uma técnica enganosa de avaliação: quando uma ameaça nos parece particulamente intensa, nada mais é sagrado para nós, nem mesmo os Direitos fundamentais (como o mencionado Art. 13 da Constituição) ou

tradições outrora intocáveis (como a necessária separação entre polícia e serviço de informações).

IV. Questões de Fundo

8. O fato de que criminalidade e violência ocupem papel de destaque em nossas preocupações atuais remete-se a causas ou origens que, a longo prazo, são estáveis. Elas são uma parte de nossa vida diária.

Os filósofos sociais falam hoje de "sociedade do risco", referindo-se a que nós na vida diária nos defrontamos com crescentes dificuldades em encontrar orientações estáveis. A complexidade de nossas relações sociais é, antes de mais nada, vivenciada como algo ameaçador, os riscos de lesões são ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos. Conseguimos preparar-nos apenas precariamente para as lesões esperadas, e não conseguimos remediar os danos inesperados. Os grandes riscos da tecnologia moderna, da qual dependemos, afiguram-se-nos incontroláveis e produzem um clima generalizado de ameaça, de estarmos entregues à própria sorte.

Os filósofos sociais falam hoje de "narcisismo", referindo-se ao fato de que as normas de nossa vida diária tornaram-se quebradiças e sem força de persuasão.

Estas tendências são responsáveis também por nossas concepções frente à criminalidade e à violência. Levadas aos seus extremos limites, estas tendências produzem uma alteração de longo prazo das normas sociais, das quais as normas jurídicas dependem para sua observância fática e sem as quais elas não conseguem nenhum resultado: para exagerar na linguagem, num mundo de diabos nem a polícia nem o Direito penal têm alguma chance.

Por outro lado, fenômenos superficiais como as exibições de violência na televisão, tidos como responsáveis pelas tendências descritas, são menos as fontes do que já manifestações do mal. Acaso tivéssemos uma outra concepção da violência, estas exibições não encontrariam espaço nos programas e sua eliminação da telinha atingiria menos a mensagem que o mensageiro.

9. Criminalidade e medo do crime não são como a coisa e sua imagem no espelho. Sentimentos de ameaça e insegurança não são meros reflexos de ameaças reais, mas também consequência de circunstâncias da des-solidarização e intranquilidade sociais.

Não é a ameaça real da criminalidade e da violência que constitui o fator decisivo para a política de segurança pública e sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Estes sentimentos de ameaça dominam a população, são canalizados para reivindicações de imediato arrocho nos meios coercitivos e tornam o relaxamento dos Direitos fundamentais bem como sua corrosão pelo Estado não só toleráveis como objeto de exigência da população. Porém, não existe a mais remota relação causal entre ameaça e sentimento de ameaça, pelo contrário: há mais medo do crime entre grupos sociais onde a probabilidade de ser sua vítima é mais remota. A recíproca também é verdadeira.

A política de segurança pública deve portanto não apenas considerar as causas da criminalidade e da violência como também levar em conta os múltiplos fatores da sua percepção social. Isto complica o problema à primeira vista.

As pesquisas empíricas neste tema ainda não descenderam a pormenores. Mas já se tem como certo que os fatores que criam e fomentam os sentimentos de ameaça têm sua causas remotas nos processos de erosão das normas sociais, de isolamento individual e de des-solidarização. Numa palavra, estes fatores resultam de desestabilização normativa. O sentimento de ameaça não se encontra em agressões criminosas; ele é difuso, estende-se em múltiplas direções. Por conseguinte, a fundamental diferença entre ameaça da criminalidade e sentimento de ameaça não exigiria afinal qualquer diferenciamento numa política de segurança pública e chegaria à mesma conclusão estratégica para uma Política criminal e de segurança pública de longo prazo: iniciar e favorecer processos de solidarização e estabilização das normas.

V. Saídas

10. Se meu balanço da situação for pelo menos aproximadamente válido, então não existe nenhum remédio de cura completa e imediata, nenhum tratamento de choque eficaz. A saída correta passa preferentemente por uma política de segurança pública pragmática, diferenciada e voltada para o futuro.

Criminalidade e medo da criminalidade têm raízes profundas e ramificadas. Por isto, é inadequado e equivocado reduzir a discussão sobre a correta política criminal e de segurança pública aos meios de investigação acaso constantes da nova lista de desejos das autoridades de segurança pública. A consequência desta redução é a expectativa de uma população atenta e de boa-fé, de que os problemas da criminalidade e da violência resolver-se-ão mediante a distribuição farta de poderes investigatórios. Isto seria uma fraude, qualquer leigo o percebe. Portanto, cumpre romper os parâmetros tacanhos da discussão e tentar compreender as verdadeiras dimensões que uma política de segurança apresenta na atualidade.

O que isto concretamente significa, penso demonstrar em três pontos.

Política de segurança pública não equivale a política policial, mas compreende também uma Política Criminal que, por sua vez, compreende não apenas o ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais. Mesmo assim, ainda é muito pouco. Conforme as questões de fundo permitem entrever (supra IV, teses 8 e 9), política de segurança pública sem consideração para com a juventude, a mão de obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperanças e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz algum sentido no contexto de uma verdadeira Política interna bem definida, sincronizada e coordenada.

Discussões em torno da política de segurança precisam ser pragmáticas. Com esta afirmação, não quero me referir apenas a um distanciamento frente às indagações científicas da Criminologia que, por certo, só atingem resultados sólidos se conseguem desligar-se das questões prementes do dia-a-dia. Refiro-me sobretudo a uma disposição de romper com os limites estreitos da discussão, ora concentrada em posições dogmáticas cristalizadas do tipo "contra" ou "a favor", a exemplo da "grande escuta" ou das "infrações penais típicas do *milieu* e tantos outros meios exacerbados de corrosão do Direitos fundamentais. Cumpre-nos abrir os olhos e dirigi-los sem vendas para os problemas da criminalidade e da violência que efetivamente estão à nossa frente, e então indagar que meios poderão funcionar contra eles.

Pragmática significa também assegurar-se dos efeitos reais decorrentes das decisões de política de segurança e, se necessário, efetuar as devidas correções aconselhadas pelos efeitos verificados. Até a presente hora está valendo o seguinte: desde quando nos decidimos pela introdução de meios coercitivos, estes permanecem em geral vagando pelos códigos e pelo mundo e seguem sua sina sem nenhum controle ou conhecimento. Política exercitada com pragmatismo, ao contrário, considera não apenas o êxito e o fracasso dos efeitos desejados, mas também os efeitos colaterais não desejados mas necessariamente causados. As louváveis resistências contra as alterações atualmente cogitadas para a política de segurança devem considerar em seus programas não apenas os arrochos, mas também recuos, correções e amenizações.

Por fim, uma resposta política à violência e à criminalidade deve ser capaz de reconhecer distinções. Isto diz respeito, como atrás mencionado (II), à diferenciação entre os diversos tipos de criminalidade, hoje sobretudo a criminalidade organizada e a de massas. Mas diz respeito também às dimensões temporais da política. É óbvio que, em vista das atuais ameaças, não se pode pensar apenas em processos de mudanças de longo prazo. Mas é também igualmente óbvio que medidas de curto prazo só podem ser avaliadas e mesmo

discutidas numa perspectiva de longo prazo. Lamentavelmente, nossas políticas de segurança atuais não têm projetos de longo prazo.

11. A longo prazo, os efeitos da sociedade de risco não serão controlados por meios políticos. sequer político-criminais. Todavia, nossa política de segurança pública pode e deve, no âmbito de suas possibilidades, diminuir a des-solidarização da sociedade e amenizar suas conseqüências para os seres humanos.

Processos de erosão de normas, economicização ou des-solidarização (tese 8) são certamente impenetráveis à intervenção política direta. Se assim não fosse, abrir-se-ia a questão de se e até que ponto seria desejável reverter estes processos. Não se pode "revogar" a modernização, apenas conviver com ela.

Todavia, uma política de segurança no contexto de uma política interna pode amortecer ou repartir certos efeitos indesejáveis da modernização, pode estimular tendências de segurança e solidarização ou, na pior das hipóteses, omitir a conduta oposta. Aqui se cuida das chances de vida dos mais fracos, das crianças, dos jovens, dos velhos e das minorias étnicas. Neste contexto, convém lembrar uma verdade que não é de hoje, de que Política social é a melhor Política criminal. Não se trata de elaborar programas caros e ambiciosos, que em parte até já existem. Trata-se sobretudo de reconhecer as bases socio-políticas de uma política de segurança e, de posse deste conhecimento, dirigir pelo menos uma fração das energias, da fantasia e dos recursos que nós atualmente estamos dispostos a empregar em objetivos de segurança de curto prazo, para uma perspectiva de longo prazo.

Também no conceito desenvolvido por Habermas de um "patriotismo constitucional" eu vejo um caminho para solidarização a longo prazo. A existência, a harmonia, a igualdade e a justiça de uma sociedade se definem por parâmetros não apenas econômicos, mas também normativos. Os direitos civis fundamentais de nossa constituição européia podem converter-se, mais ainda na Alemanha em função dos problemas de nossa história recente, num fermento sobre o qual poderiam crescer um espírito comunitário e uma consciência solidária dos cidadãos. O óbvio e irrecusável respeito pelos direitos do outro constitui-se também numa eficaz barreira contra a dissolução da sociedade e o resvalamento para a criminalidade. Isto deveria levar-nos a pensar um pouco, quando colocamos nos pratos da balança eficácia policial e Direitos humanos.

Uma última observação sobre uma perspectiva de longo prazo da política de segurança. Nossas discussões atuais favorecem o aspecto "segurança" em detrimento do aspecto "política". Com isto quero dizer sobretudo que nós fixamos apenas um do olhos nos elementos de um controle da criminalidade tecnicamente eficiente, ao passo que aspectos normativos, tais como pressupostos de longo prazo da segurança, alternativas ou custos deste controle atraem nossa atenção apenas marginalmente. Uma repolitização do debate sobre política de segurança teria porém também o efeito de que ele voltaria a ser conduzido

pelos cidadãos interessados mais que pelos *experts*: questões gerais e não apenas criminalísticas saltariam para o primeiro plano.

Decerto os indicadores atuais não favorecem esta postura. Os desenvolvimentos recentes compreendidos na expressão "fastídio da política" indicam que o meio Política vem perdendo seu vigor na administração de problemas, que este indispensável meio de solução de problemas tendencialmente se decompõe na percepção da população. O fenômeno é altamente perigoso para a Política interna. Pois precisamente neste setor é onde se faz mais indispensável uma política estatal racional voltada para o futuro. A sociedade não pode resolver os problemas da violência e da criminalidade sozinha.

12. A médio prazo precisamos introduzir na Política interna razão pragmática em lugar de guerras de trincheiras e guerras de crença. Precisamos responder diretamente a diferentes formas de criminalidade, devemos realizar experimentações controladas e abandonar passo a passo os caminhos percorridos que não deram certo.

A pragmatização da política de segurança é uma perspectiva que não se alcança num só dia, mas pode desde já começar e, em muitos aspectos ela já está em curso.

A renegação de posições simplistas abrirá o horizonte para as concretas distinções entre manifestações da criminalidade e possibilidades de reação. Este novo cenário poderá motivar as forças atualmente comprometidas com reivindicações rumo ao novo a que se engajem na cooperação e no aproveitamento das múltiplas possibilidades de combate à criminalidade desde já ao nosso dispor.

Aqui se cuida — e este é o primeiro aspecto — de recursos concretos e não apenas legais. Nossa polícia, por exemplo, retira-se para a retaguarda na luta contra o crime em favor das empresas de segurança precisamente no campo das formas de criminalidade que mais imediatamente atemorizam os cidadãos. Este fato constitui-se num escândalo da política de segurança e num perigo para o Estado de Direito. Aqui se privatiza um campo que é o cerne do Estado e isto tem conseqüências: desigualdade entre os ricos e os pobres no tocante à proteção contra o crime; perda da sujeição à lei, da proteção dos Direitos humanos e do controle do Estado de Direito no combate ao crime.

Uma política de segurança pragmática fará face a este problema a médio prazo não apenas e não primordialmente com reformas na legislação policial ou processual penal. Deve antes de mais nada dedicar-se a soluções próximas ao problema: dotação e presença ostensiva da polícia, aprimoramento da política de recrutamento, formação e remuneração, favorecimento da prevenção técnica, regulamentação do acesso aos serviços de segurança privada e de sua fiscalização, maior ênfase do fator humano na polícia do que

do fator tecnologia de informações, e assim por diante. Estou convencido de que só com estes meios já estaremos atingindo uma proteção mais eficaz do cidadão contra a violência.

Como segundo aspecto de modificações de médio prazo na política de segurança pública gostaria de lembrar algumas propostas atualmente correntes, no sentido de atenuar a tensão na área de segurança pública, mediante uma redução do âmbito do Direito penal aos setores que realmente pode combater; noutras palavras, descriminalizar os setores onde o Direito penal enganosamente tranquiliza, mas em verdade atua contra-produtivamente no âmbito da política de drogas. Tais propostas já estão colocadas sobre a mesa, pelo que pretendo apenas situá-las no contexto de que aqui se cuida.

A política das drogas é um dos poucos campos onde a criminalidade organizada e a criminalidade de massas se encontram: C.O. compreende o comércio internacional de estupefacientes; por outro lado, o pequeno tráfico e outras formas de criminalidade que os dependentes das drogas praticam para manter seu vício constituem uma boa fatia da criminalidade de massas. Portanto, é preciso encontrar aqui uma saída urgente no campo da política de segurança.

Esta saída conduz para fora do Direito penal das drogas rumo a uma concepção de saúde pública do problema das drogas. O incomensurável sofrimento dos atingidos e dos seus, o temor dos pais por seus filhos, os imensos custos de toda natureza que todos nós temos que suportar — tudo isto nós devemos fundamentalmente creditar à singular circunstância de que nós reagimos ao problema das drogas com proibições e castigos ao invés de ajuda e assistência. O mercado negro agradece sua existência à ilegalidade. Ao mercado negro se devem os exorbitantes lucros e as fabulosas fortunas dos "dealers", mas também as contaminações, morte, miséria diária e sedução dos dependentes.

Não defendo "heroína na próxima drogaria". Defendo sim uma "saída à francesa", gradual, do Direito penal das drogas em favor de experimentações controladas, que acompanhem passo a passo esta retirada. Pragmatismo sensato não é o nosso ou-isto-ou-aquilo dogmático, mas um passo-a-passo que a cada etapa dê uma chance para o aprendizado através da experimentação e a formulação de novas decisões. No final do percurso poderá desvendar-se como mais sensata uma política de drogas como a que já praticamos para o tabaco, o álcool e os medicamentos: controle estatal rigoroso, flanqueado também por disposições penais, tanto da produção quanto da distribuição diferenciadas destas substâncias perigosas, repúdio moral generalizado pelas drogas, ajudas diferenciadas aos dependentes.

Isto nos conduz para um último aspecto da estratégia de médio prazo. Mesmo uma política pragmaticamente orientada não trará a médio prazo solução para o problema das drogas, se com "solução" se pretender a eliminação total das drogas. Desde que existem seres humanos na face da terra existem drogas, e enquanto existirem seres

humanos vivendo em sociedade também existirá a criminalidade. Justamente a correta compreensão do medo da criminalidade (tese 9) permite a uma visão não estreita dos fatos perceber que — ao contrário das simplificações populistas — a "erradicação" da droga ou da criminalidade em geral é uma meta inalcançável do ponto de vista criminológico e insuportável para o Estado de Direito. Senão vejamos.

Sempre foi uma marcante característica do pensamento autoritário (por último na Política criminal da extinta Alemanha Oriental) acalantar a população com a cantiga da "sociedade isenta do crime". O reverso da medalha (que é o que conta na elaboração da política de segurança) consiste na obstinação em produzir esta "purificação da sociedade" mediante iterativos arrochos nos parafusos do controle social (que não terão fim, já que a meta jamais será alcançada). Uma política de segurança pública pragmática, ao contrário, deve convencer-se do fato de que a criminalidade, mesmo a médio prazo, vai continuar existindo. Somente assim será possível articular equilibradamente eficácia técnica com proteção dos Direitos Humanos, de maneira que os direitos dos atingidos não se afigurem como custos evitáveis do bom trabalho policial.

13. A curto prazo, devemos novamente aceitar que a política de segurança pública compreende não apenas a eficácia como também a justiça e a proteção dos Direitos Humanos. Restrições aos Direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente, devem ser aplicadas concentradamente e, em todo caso, ser guarnecidas com instrumentos que permitam o seu controle.

Com isto, estou de volta ao início da discussão. A curto prazo o debate acerca da segurança pública deve ser ampliado em seu conteúdo para abranger a dimensão da segurança da liberdade e dos Direitos fundamentais, negligenciada no calor das paixões com que as posições são defendidas (supra I, teses 1 e 2). Esta necessidade deixa-se concretizar em sentido técnico e normativo.

Do ponto de vista normativo, cumpre resgatar sem ambigüidades o valor tradicional dos Direitos Humanos que, historicamente, surgiram no campo da segurança pública como resistência aos abusos do Estado e não como barreiras a serem removidas para um "sensato" trabalho policial. Isto significa, por exemplo que o núcleo dos Direitos fundamentais volte a ser considerado indisponível e portanto subtraído à livre disposição do Estado, inclusive ou sobretudo em tempos de crise; que a tradição de nossa cultura jurídica não seja cada vez mais corroída e negociada pela esperança de investigações eficientes.

Isto significa, em outro exemplo, que nós de uma vez por todas deixemos de acreditar na lenda, segundo a qual os meios de coerção cogitados atinjam apenas "o criminoso", como se houvesse uma linha demarcatória para tais coerções capaz de excluir os bons cidadãos dos "outros". Como toda lenda, esta também seria muito boa, mas lamentavelmente a realidade é outra: Acaso tivéssemos o "criminoso" (ou o "ladrão" , o

"bandido", o "traficante", qualquer que seja o estigma), não haveria necessidade de investigação, e, já que investigamos, não se trata de "criminoso", mas quando muito de suspeito ou elemento de ligação, porque na Europa a presunção de inocência continua valendo. Mesmo a curto prazo, aqueles que participam do debate deveriam abster-se destas manipulações verbais.

Já do ponto de vista técnico, não se trata de tradição e sim de fantasia e criatividade. Cumpre imaginar possibilidades de assegurar os Direitos fundamentais sem inviabilizar a atividade investigatória. Estas possibilidades na verdade já existem, nós é que nos ocupamos muito pouco delas em nossas guerras de crenças. Aponto apenas alguns exemplos, que podem ser agrupados segundo duas metas: concentração e controle. Provavelmente existem outras metas para a limitação dos meios coercitivos e com toda a certeza existem outros exemplos.

Quanto mais precisa a coerção em relação ao seu alvo, mais ela se torna tolerável, porque produz menos estragos normativos. Acaso fosse possível atingir sempre e somente o "criminoso", como o eufemismo sugere, então nosso problema perderia seu objeto; porém conseguimos na melhor das hipóteses alcançar meros suspeitos, isto é, inclusive inocentes ou mesmo terceiros não-partícipes.

Nosso Direito coercitivo já consagra este princípio da concentração da intervenção ao vincular a medida coercitiva à presença de indícios. Também no campo do Direito da proteção de dados, o princípio da vinculação ao fim, segundo o qual os dados só podem ser empregados no propósito para o qual foram coletados, deveria favorecer a concentração; deveria, ressaltado, porque ele está todo perfurado de exceções. Por fim cumpre mencionar a elaboração de um catálogo das infrações penais para as quais medidas como escuta telefônica e confronto de dados se legitimam; isto favorece a concentração das investigações em um alvo o mais delimitado possível: quanto maior precisão no atingimento do alvo, mais tolerável juridicamente será a intervenção.

Neste campo ainda seria possível colher outros exemplos. No entanto, a tendência atual não se dirige para a concentração, antes se inclina para a teoria, segundo a qual a polícia deve utilizar tudo o que caia em suas garras: achados "casuais" não são intencionais, mas sempre agradáveis. Sendo assim, é compreensível a desconfiança geral tributada à atividade investigatória. Acaso fôssemos mais rigorosos na utilização das informações, aprimoraríamos o acerto no alvo e, assim, poderíamos ser mais generosos na busca e obtenção de informações. Concretamente no tocante à C.O. (admitindo-se um acordo acerca desde conceito): acaso fossem as informações aproveitáveis apenas em fins previamente definidos, então só se poderia agir faticamente quando o acerto no alvo fosse altamente provável e deste modo a restrição ao Direito fundamental seria mais aceitável.

Também a categoria do controle já é conhecida no nosso direito coercitivo, por exemplo na competência jurisdicional para autorizar certas coerções ou na tutela jurisdicional contra a sua efetivação. Aqui também se podem imaginar aprimoramentos. A regra básica deveria ser: quanto menos uma restrição aos Direitos fundamentais for controlável — pelo atingido e pela coletividade — mais inaceitável ela será do ponto de vista normativo. Este é aliás um dos argumentos contra o emprego dos serviços secretos de informações no nosso campo.

Nós desenvolvemos o mal hábito de bisbilhotar demasiadamente o varejo e o espetacular da polícia e da justiça e de não olhar com a necessária atenção o seu atacado. De qualquer modo, considerando a ameaça representada pela criminalidade organizada e as pretendidas exacerbações nos meios investigatórios, seria recomendável que as autoridades ensinassem a participação da coletividade pelo menos em nível informativo através da prestação de contas periódica dos êxitos e fracassos, utilidade e custo de suas medidas coercitivas. Certamente a prestação de contas não se faria designando casos concretos ou nomes, e sim apresentando um balanço transparente de suas atividades concernentes à restrição de Direitos fundamentais com fins investigatórios. Esta sugestão constituir-se-ia num exemplar experimento controlado, válido para uma fase de transição rumo à elaboração de um Política criminal fundada na experiência. É previsível um significativo interesse público nestas informações, a depender da prioridade que a violência e a criminalidade assume nas preocupações diárias. Em todo caso, a iniciativa deveria compreender o Direito de requisição e vista das informações em favor de parlamentares ou pessoas comissionadas pelos cidadãos, sempre assegurando-se o anonimato dos casos concretos.

Dir-se-á que estas propostas não se adaptam ao nosso sistema. A esta objeção cumpre responder: os novos meios coercitivos também não. Se nós queremos avançar numa política de segurança pública digna do Estado de Direito, é preciso que também as autoridades da segurança pública aprendam a percorrer novos caminhos.

RECASÉNS-SICHES E A LÓGICA DO RAZOÁVEL

Gustavo de Britto Freire Pacheco*

I. Introdução

A filosofia jurídica acadêmica do século XX não tem desempenhado papel importante no desenvolvimento do Direito de nossa época. Baseado nesta constatação, Luís Recaséns-Siches, eminente jurista espanhol, tem-se proposto a contribuir através de seus escritos para alargar os horizontes de juízes e advogados, proporcionando idéias que sirvam como fonte de inspiração para o aperfeiçoamento do Direito positivo de nosso tempo¹.

Dentre suas contribuições, a que mais se destaca, tanto pelo seu propósito ambicioso como pela repercussão que atingiu nos meios jurídicos em todo mundo, é a proposta articulada de uma nova filosofia da interpretação do Direito que propõe uma revisão das concepções tradicionais da função judicial e dos métodos interpretativos, mas também e sobretudo procura definir as bases teóricas de uma lógica material do Direito, a ser utilizada de maneira complementar à lógica tradicional: trata-se da lógica do razoável.

O que move Recaséns-Siches é uma preocupação bem concreta: seu objetivo é esclarecer e solucionar os problemas decorrentes da interpretação e aplicação judiciais do

* Aluno de Graduação do Departamento de Ciências Jurídicas e bolsista do Programa Especial de Treinamento, PET-JUR- PUC-Rio.

¹ Luís RECASÉNS-SICHES, Nueva filosofía de la interpretación del Derecho, págs. 7-9.

Direito. Mais especificamente, proporcionar razões teoricamente justificadas para fundamentar a decisão justa dos juízes que afastam o resultado de um raciocínio jurídico empreendido a partir da lógica tradicional que conduza a uma conclusão injusta, irritante e agressiva aos valores prestigiados pelo direito ².

Para realizar tal intento, propõe-se Recaséns-Siches a trabalhar segundo três perspectivas: primeiro, descobrir que a lógica material do Direito é uma lógica diferente da lógica tradicional; segundo, perceber que as normas jurídicas não são promulgadas em função de princípios com validade abstrata, mas sim por obras humanas e necessidades concretas; e terceiro, compreender qual é a índole da função jurisdicional, e qual a relação entre a norma geral (a lei) e a norma individualizada (a sentença) ³.

Passemos agora a examinar mais detalhadamente cada um desses aspectos.

II. A lógica formal e a lógica do razoável.

Em que medida se pode falar de uma "lógica jurídica"? Certamente não se trata da mera aplicação da lógica tradicional ao Direito; afinal, como bem aponta Perelman, não há mais sentido em falar de "lógica jurídica" quando nos referimos à aplicação da lógica geral aos fins específicos do Direito, do que falarmos em "lógica bioquímica" ou "lógica zoológica" ao utilizarmos as leis da lógica geral à bioquímica ou à física ⁴.

Excluída esta concepção, encontramos no pensamento jurídico duas tendências básicas sobre o conceito de lógica jurídica: para alguns, a lógica jurídica é parte de uma disciplina mais abrangente, a lógica deontica, que se ocupa de todos os campos do conhecimento que lidam com normas - jurídicas, morais, religiosas ou técnicas. Para esta corrente, a lógica jurídica é uma lógica que se ocupa da formalização da linguagem jurídica, e tem por objetivo examinar as estruturas formais do Direito ⁵.

Outra vertente doutrinária constatou que a experiência jurídica tem demonstrado que, na prática cotidiana, os aplicadores do Direito se utilizam de uma série de técnicas intelectuais peculiares ao seu campo, técnicas estas que consideradas em conjunto configuram inegavelmente uma espécie diferente de saber. Essa outra lógica, assim definida, chamada por alguns de lógica material do Direito (em oposição à lógica formal tradicional, e

² Fabio Ulhoa COELHO, *Lógica jurídica - uma Introdução*, pág. 101.

³ Luís RECASÉNS-SICHES, *op.cit.*, pág. 29.

⁴ Chaim PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, pág. 13.

⁵ Para maiores informações a respeito dessa corrente, Lourival VILANOVA, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*.

à lógica formal deontica, acima mencionada) é denominada por Recaséns-Siches de lógica do razoável.

A expressão "lógica do razoável" denota a convicção de que este saber a que nos referimos é um saber que atua dentro do campo da razão, mas ao mesmo tempo transcende as categorias da lógica formal. Trata-se de uma forma de conhecimento que, não obstante funcionar de maneira diferente da lógica analítica, ainda reivindica para si o *status* da racionalidade.

As limitações da aplicação da lógica tradicional ao Direito são demarcadas com precisão por Recaséns-Siches: "A lógica jurídica formal e a teoria geral do Direito se ocupam de essências (conceitos, relações, juízos, raciocínios) *a priori*, isto é, necessárias e universais, essências que inevitavelmente se encontram presentes em todas as normas e situações jurídicas que existem, existiram e existirão (...) tratar formas *a priori*, isto é, essências necessárias e universais, por métodos de lógica, gnoseologia e ontologia formais parece sem dúvida adequado e correto. Em compensação, é bastante discutível aplicar estes mesmos métodos ao tratamento dos conteúdos jurídicos, da matéria jurídica, que é uma realidade empírica que se originou em certo lugar e em certo tempo, em função de certas necessidades históricas e com vista a certos fins particulares"⁶, e mais: "a lógica tradicional é meramente enunciativa do ser e do não ser, mas não contém pontos de vista nem estimativas sobre a correção dos fins, nem sobre a congruência entre meios e fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação a um determinado fim"⁷. Não se trata, portanto, de excluir a utilização da lógica tradicional no campo do Direito; o que Recaséns-Siches pretende é mostrar que tal lógica tem um campo de aplicação bastante limitado na esfera jurídica, e que querer transcender esse campo leva inevitavelmente à possibilidade de que sejam proferidas sentenças que, ainda que estejam de acordo com os requisitos da lógica tradicional, são notoriamente injustas. Durante muito tempo, juristas conscientes buscaram evitar as decisões injustas através de malabarismos técnicos que procuravam mostrar que a solução justa estava de acordo com a lógica tradicional. Mostrando as verdadeiras razões que fundamentam as soluções justas que repelem a lógica tradicional, Recaséns-Siches se propõe a mostrar a estes juristas que o seu procedimento era e é correto, eliminando o "complexo de culpa" decorrente da não aplicação da lógica tradicional.

Como funciona a lógica do razoável? Recaséns-Siches responde esta pergunta analisando detalhadamente um caso concreto, já aventado anteriormente por outros juristas. Em uma estação ferroviária da Polónia havia uma placa transcrevendo um artigo do regulamento da ferrovia, que proibia a presença de cachorros na plataforma. Certa vez uma pessoa tentou entrar acompanhada por um urso, e o empregado encarregado da vigilância lhe barrou a passagem. A pessoa protestou, alegando que o artigo do regulamento proibia apenas a presença de cachorros, e não de outros animais. Surgiu portanto um conflito em torno da interpretação daquele artigo.

⁶ Luís RECASÉNS-SICHES, *op. cit.*, pág. 141.

⁷ Luís RECASÉNS-SICHES, *op. cit.*, pág. 157.

Recaséns-Siches mostra a partir daí como a aplicação estrita da lógica tradicional a esse caso levaria forçosamente à conclusão de que a pessoa que trazia o urso tinha direito a entrar com ele na plataforma. Não há nenhuma maneira de se atribuir à norma em questão outro sentido; o autor do regulamento não usou uma designação ampla, tal como "animais perigosos", "animais de grande porte", nem sequer simplesmente "animais": usou a palavra "cachorros", de significado absolutamente unívoco. É claro que até mesmo um leigo perceberia que a conclusão a que se chegou é absurda, mesmo sendo a única correta do ponto de vista da lógica tradicional, e está portanto demonstrado que a lógica tradicional é inadequada, pelos menos em parte, para a interpretação do conteúdo das normas jurídicas.

O passo seguinte é analisar as diferentes razões que levaram o empregado a proibir a entrada do urso, ou seja, quais são as razões dessa outra interpretação, indiscutivelmente mais justa e adequada. Estas razões são algo diferentes do racional de tipo matemático, utilizado pela lógica tradicional; dizem respeito a outros campos do *logos*. É por isso que Recaséns-Siches utiliza a denominação *lógica do razoável*, em oposição à lógica tradicional ou lógica do racional. Ao analisar as múltiplas questões levantadas por esse caso tão simples, Recaséns-Siches mostra o raciocínio empregado para se chegar à interpretação *razoável*: "Quais são os valores apropriados à disciplina de uma determinada realidade (congruência entre a realidade social e os valores)? Quais são os fins compatíveis com os valores prestigiados (congruência entre valores e fins)? Quais são os propósitos concretamente factíveis (congruência entre os fins e a realidade social)? Quais são os meios convenientes, eticamente admissíveis e eficazes, para a realização dos fins (congruência entre meios e fins)?"⁸

Concluindo, é interessante registrar aqui uma crítica ao caráter "lógico" da lógica do razoável. Recaséns-Siches supõe que todo raciocínio (encadeamento de razões) é pensamento lógico, o que não é verdade. Como bem aponta Fábio Ulhoa Coelho, "a só presença de razões para a rejeição de um enunciado não significa o desenvolvimento de um pensar lógico (...) é necessário que esse pensar se guie pelos princípios da identidade, do terceiro excluído e da não-contradição, para que possa ser entendido como lógico. Na chamada lógica do razoável, o pensar se guia por outros princípios (investigação da congruência entre a realidade, os valores, os meios e os fins referentes a uma norma jurídica). A razoabilidade é a negação da identidade"⁹.

III. Interpretação

⁸ Fábio Ulhoa COELHO, op. cit., págs. 102-103.

⁹ Fábio Ulhoa COELHO, op. cit., pág. 104.

Outro ponto importante do pensamento de Recaséns-Siches diz respeito à interpretação do Direito, fundamentalmente o problema da suposta "escolha" do método interpretativo a ser utilizado.

A partir do momento em que a experiência jurídica utilizou como referencial uma norma positivada ao invés do mero arbítrio da autoridade, tornou-se inquestionável a necessidade de interpretação. Nunca uma norma foi absolutamente clara nem previu todas as hipóteses possíveis, e portanto foram-se desenvolvendo diversos métodos para extrair da norma o seu suposto significado:

"o *literal*, que se atém ao significado das palavras da lei, regulamento ou da doutrina estabelecida pela jurisprudência; o *subjetivo*, o qual trata de indagar o que de fato o legislador pensou, quis decidir e quis alcançar com a norma por ele elaborada; o *subjetivo-objetivo*, que consiste, nos casos que parecem não ter sido previstos pelo legislador, em indagar, tomando como base o espírito e os critérios que animaram ao legislador, qual haveria sido sua vontade se este efetivamente tivesse pensado naqueles casos; ou seja, consiste em determinar não o que o legislador pensou sobre determinado ponto de que não teve conhecimento, pois de fato não pensou nada, mas em adivinhar o que haveria pensado e querido se tivesse levado em conta tal ponto; o *objetivo*, que consiste em ir à caça do sentido radicado na própria lei, em suas idéias e na consequência por ela implantadas, fundando-se na suposição de que a ação criadora humana, e portanto a ação do legislador, possui a virtude de dotar a seus produtos de um sentido mais profundo e de mais amplo alcance do que o próprio legislador vislumbrara; assim, esse método se propõe a desentranhar o sentido das idéias contidas na lei, e construí-lo com estas um sistema, tratando desse modo extrair novas consequências à medida em que se apresentam novos casos, novas situações sociais não previstas pelo legislador; o *recurso ao costume*, para levar em consideração a maneira como as pessoas entenderam efetivamente as normas legais na interpretação prática que lhes deram mediante sua conduta real; o *histórico*, que pretende conseguir luz vasculhando os antecedentes, para encontrar o sentido que reputa mais autêntico; o *analógico*, ou seja, estabelecer primeiro a semelhança entre um caso claramente coberto pela lei e outro não previsto por ela, e então investigar qual é o critério com o qual a lei enfoca o caso que previu e finalmente, aplicar esse mesmo critério ao caso não previsto; o da *equidade*; o da *referência* aos princípios gerais do Direito; etc."¹⁰

Diversos juristas tentaram escolher um desses métodos como sendo o correto, e repudiar os outros; outros tentaram estabelecer uma hierarquia entre eles, ou produzir um método seguro para escolha de um deles, de acordo com cada caso determinado. Nenhum deles conseguiu sucesso. Alguns ordenamentos jurídicos também

¹⁰ Luís RECASÉNS-SICHES, op. cit., págs. 169-170.

tentaram obrigar os juízes a escolher um determinado método, chegando em alguns casos até mesmo a proibir a interpretação. Desnecessário dizer que não obtiveram êxito duradouro, pois não é próprio da função legislativa se pronunciar sobre os domínios da ciência jurídica. O legislador tem por tarefa reger a conduta humana prática, e não utilizar sua autoridade para, num rasgo de soberba, pretender fixar a trajetória intelectual a ser seguida pela ciência do Direito.

O problema da suposta escolha do método interpretativo é solucionado de maneira simples por Recaséns-Siches, com base nas especulações da Escola Sociológica norte-americana:

"em cada caso o juiz deve interpretar a lei segundo o método que leve à solução mais justa entre todas as possíveis, inclusive quando o legislador impertinente tiver ordenado um determinado método de interpretação (...) O ordenamento jurídico positivo, e portanto o legislador, se propõe através das normas que emite obter o maior grau de realização da justiça, e dos valores por ela implicados, em uma determinada sociedade. Tal é, ao menos em princípio, a intenção de todo sistema de Direito positivo, independentemente de qual seja o grau, maior ou menor, em que tenha conseguido realizar com êxito este intuito. Assim, o legislador se propõe com suas leis a realizar da melhor maneira possível as exigências da justiça. Portanto se o juiz trata de interpretar essas leis de modo que o resultado de aplicá-las aos casos singulares traga a realização do maior grau de justiça, não faz outra coisa senão servir exatamente ao mesmo fim a que se propôs o legislador. O juiz é muito mais fiel à vontade do legislador, e à finalidade a que este se propôs, quando interpreta as leis precisamente de tal maneira que sua aplicação aos casos singulares resulte o mais próximo possível da justiça, do que quando as interpreta de uma maneira literal, ou reconstruindo imaginativamente a vontade autêntica do legislador, se esses métodos aplicados ao caso aventado produzem uma solução menos justa" ¹¹.

É importante ressaltar que em nenhum momento Recaséns-Siches prega o abandono do dogma da submissão do juiz ao Direito positivo, considerado por ele como garantia básica de justiça e do pleno funcionamento do ordenamento jurídico. Contudo, seu conceito de Direito positivo é peculiar: "note-se que o Direito positivo não é um conjunto de palavras, nem um sistema de conceitos que se possa derivar através das vias do raciocínio dedutivo. Pelo contrário, Direito positivo é a justa interpretação das normas vigentes" ¹². Ora, sempre que Recaséns-Siches procura explicar o que é uma solução justa ou satisfatória esbarra em critérios valorativos; não há em sua obra um conceito formal de justiça, o que torna a solução por ele apresentada passível de diversas críticas. Como limitar uma eventual arbitrariedade dos juízes em relação à sua decisão sobre o que é justo ou injusto? Como

¹¹ Luís RECASÉNS-SICHES, op. cit., págs. 172-173.

¹² Luís RECASÉNS-SICHES, op. cit., pág. 164.

harmonizar o princípio da submissão do juiz à lei e o princípio da submissão do juiz a um ideal abstrato de justiça? Como escolher entre diversas soluções potencialmente justas?

IV. A função judicial

Como consequência da aplicação da lógica do razoável, faz-se necessária uma revisão do conceito da função judicial.

O juiz julga; tal frase, longe de constituir mera obviedade, traz em si a chave para a compreensão da natureza da função judicial.

"O julgar do juiz traz sempre um juízo estimativo, não um juízo cognitivo. Com seu juízo estimativo o juiz expressa o que *se deve fazer* no caso controvertido. O centro de sua decisão é uma norma, uma norma singular, concreta, mas norma, tão norma como uma regra geral. Toda norma envolve uma estimativa, supõe um juízo de valor. Quero dizer que a sentença em sua parte substancial, isto é, a decisão, não é uma declaração de realidades, não é uma descrição de fatos, não é uma narração, mas sim uma estimativa normativa, dotada de força executiva. É certo que a sentença contém declarações de fatos, assim como contém constatações de regras jurídicas, mas ambos são elementos inseparáveis ou ingredientes essenciais da estimação ou do juízo de valor que efetivamente está contido na decisão. O juiz não é um historiador de fatos, nem é tampouco um historiador da legislação, dos costumes jurídicos ou da jurisprudência anterior. Pelo contrário, o juiz é um julgador, que através dos efeitos do juízo normativo por ele pronunciado leva em conta a partir do ponto de vista desse juízo normativo determinados aspectos de certos fatos e determinados aspectos da existência de certas regras jurídicas em vigor. E tanto os aspectos dos fatos como os aspectos das regras jurídicas são levados em conta a partir do ponto de vista da valoração." ¹³

Para Recaséns-Siches, a função do juiz é sempre e inevitavelmente criadora. Na medida em que "uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada" ¹⁴, sempre que for aplicada tal norma é revivida e experimenta modificações para adaptar-se às novas circunstâncias em que e para que é revivida ¹⁵. O Direito, tal como se encontra cristalizado nas normas jurídicas, é um Direito incompleto: o processo de produção do Direito só será

¹³ Luís RECASÉNS-SICHES, op. cit., pág. 176.

¹⁴ Luís RECASÉNS-SICHES, op. cit., pág. 132.

¹⁵ Luis Fernando COELHO, op. cit., pág. 153.

concluído quando a regra geral for aplicada a um caso concreto. O juiz é tão criador quanto o legislador.

Quanto ao mecanismo decisional, Recaséns-Siches defende o ponto de vista segundo o qual "o juiz deve antever mentalmente os resultados da aplicação da norma. Se houver concordância entre este e os visados pela norma, deve o juiz aplicá-la; em caso contrário, deve ser declarado na sentença que a norma é inaplicável, por mais que se afigure aplicável. O intérprete é assim fiel à norma e, uma vez declarada a inaplicabilidade, deve o magistrado procurar outra, mais conveniente, humana, para a solução do contencioso. No caso de não ser encontrada esta outra, deve-se declarar a ocorrência de uma lacuna na legislação" ¹⁶. É interessante notar que esta concepção se assemelha em certos aspectos à de certos doutrinadores constitucionalistas na medida em que os "resultados visados pela norma" são substituídos por preceitos constitucionais, e a "declaração de inaplicabilidade" é substituída pela declaração de inconstitucionalidade da norma¹⁷.

¹⁶ Luis Fernando COELHO, op. cit., pág. 158.

¹⁷ Nesse sentido, veja-se por exemplo Clémerson Merlin CLÉVE: "Uma constituição democrática é uma fonte inesgotável de argumentos que podem ser utilizados com o sentido de democratizar o direito, inclusive, se for o caso, para o fim de negar aplicação à lei que viole valor protegido pela lei fundamental. Em face da Constituição brasileira atual não é difícil sustentar-se a potencial inconstitucionalidade de qualquer lei injusta, na medida em que o Constituinte definiu entre os princípios fundamentais da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I)." (*Temas da Constituição*, pág. 230).

BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica Jurídica, uma Introdução; um Ensaio sobre a Logicidade do Direito*. Educ, São Paulo, 1992.

COELHO, Luís Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1981.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. Editora Acadêmica, São Paulo, 1993.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Fundação Calouste Gulbenkian, 6ª edição, Lisboa, 1988.

PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Editora Civitas, Madrid, 1988.

RECASÉNS-SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa, México D.F., 6ª edición, 1981.

_____. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1956.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

BUROCRACIA E DISCIPLINA

Luís Antônio Cunha Ribeiro*

Introdução

Nosso título pode a princípio parecer enigmático. Todavia, ao esclarecermos nossa proposta de trabalho, cremos que tudo deverá parecer mais claro.

Escolhemos a obra de George Lapassade, **Grupos, Organização e Instituições**, para, contrapondo-a a alguns conceitos desenvolvidos por Michel Foucault em **Microfísica do Poder**, esclarecermos nossa compreensão deste último.

O fato de tratar-se de um autor de Psicologia Institucional não invalida a proposta; pelo contrário, possibilita verificar de que maneira teóricos de diferentes ramos do conhecimento desenvolvem, aproximando-se em alguns momentos, questões ligadas ao poder.

É fato que a amplitude de análise de cada autor é própria. Lapassade enfoca as coletividades em que vislumbra realidades que possam interessar à atuação institucional do psicólogo, em especial do psico-pedagogo, não se limitando, porém, a tangenciar a

* Aluno do Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio.

temática do poder, ou limitando-a ao interior das instituições. Lapassade percebe a intensidade das relações entre o poder e a educação e mergulha no primeiro, buscando caminhos para a última.

Foucault pretende ter como objeto de análise pura e simplesmente o poder, voltando-se todavia para suas micro manifestações no cotidiano da existência humana, não se havendo limitado a identificar poder e Estado. Também não se limitou ao exame de instituições totais, para usarmos o conceito de Erving Goffman¹, apesar de haver constituído muitas de suas teorias sobre a formação do saber e do poder, na primeira fase de seus estudos — a arqueologia do saber — partindo da análise destas realidades panópticas, segundo Bentham.

Tentamos desenvolver em especial os conceitos de disciplina em Foucault e burocracia em Lapassade, já que, apesar de suas peculiaridades, ali aproxima-se a nosso juízo os autores, estando ambos colocados no ponto focal das respectivas obras.

Lapassade

É preciso que se diga que George Lapassade não limitou seus estudos ao campo das organizações, ou seja, a certas coletividades dotadas de normas peculiares que determinam a vida do grupo, os diferenciam no corpo social, e que visam a fins determinados. É justamente a este conjunto de normas que Lapassade denomina instituições.

Todavia, o que parece interessar mais de perto ao autor é analisar nas instituições contemporâneas sua burocratização, e ver que grau de universalização atribui ao fenômeno.

Lapassade parte da análise hegeliana. Para Hegel o Estado deve ser o triunfo da Razão, a superação dos conflitos, a expressão da maturidade do homem. Neste sentido, a missão da burocracia é introduzir este espírito do Estado na sociedade civil. É a própria razão em ato no mundo. Hegel, ao passo que anuncia o advento da sociedade burocrática, a justificada, faz sua apologia.

Marx, debruçando-se sobre o tema, escreve sua *Crítica de Filosofia do Estado de Hegel*. Para Marx a burocracia não possui conteúdo próprio. É tão somente forma, formalismo utilizado pelo Estado para atingir fins, realizar conteúdos que não são

¹ Erving GOFFMAN, *Manicômios, Prisões e Conventos*, Ed. Perspectiva, 1974, São Paulo.

determinados pela burocracia. Marx opõe o significado burocrático das coisas a seu significado real, afirmando que o "o Espírito geral da burocracia é o segredo, o mistério, guardado em seu seio pela hierarquia (...)." É na trajetória que vai da cooperação entre os homens ao maquinismo moderno que Marx vislumbra o nascimento da burocracia, por exemplo, no interior da empresa industrial, processo que dissecará em *O Capital*.

Lukács vai além. Identifica na burocratização um processo de reificação, e portanto, irracional, que a Lapassade evoca a literatura de Kafka.

Essencialmente, do ponto de vista político, a burocracia é o monopólio da organização.

Valendo-se da produção de Marx, Weber produzirá sua própria teoria da burocracia, que consiste em um sistema de administração ou de organização que tende à racionalidade integral, retomando praticamente o conceito de Hegel. Há, porém, em Weber um outro conceito de burocracia que não remete o normas de organização mas a um corpo burocrático, o qual, para o autor, deixaria de ser mero elo de ligação, formalismo, para dominar a sociedade.

Lapassade afirmará que um certo poder burocrático domina o homem não apenas no seio das organizações, desenvolvendo, por exemplo, sua análise de como a burocracia domina desde a produção industrial até o lazer.

Pode-se resumir o conceito de burocracia em Lapassade pela sujeição do ser humano a regras elaboradas através de processo decisório do qual ele não participa.

No interior do Estado, Lapassade afirma que a burocracia é instrumento da repressão permanente por ele exercida. É que o Estado reprimiria o sentido, o significado das ações humanas, pois, através da prática repetitiva de um conjunto de normas, o homem tende a alienar-se do significado de suas atitudes. A isto chama *ideologia*: "desconhecimento do sentido estrutural de seus atos, do que determina suas opções, suas preferências, rejeições, opiniões e aspirações, pela ação do Estado, através das mediações institucionais que penetram em toda a sociedade"².

Com isso, afirma a repressão estatal à revolução, conceituando-a como "liberação da palavra social dos grupos", ou, em outras palavras, a participação dos indivíduos nas tomadas de decisões que determinam os rumos de suas próprias vidas.

² Op. citada, págs. 22-23.

"O que é mais reprimido é a Revolução. É para evitá-la que as instituições dominantes funcionam e mantêm a adesão coletiva ao domínio ao mesmo tempo em que evita o conflito e a luta que poderiam pôr termo à dominação."³

Porém, a burocracia é uma questão política, é um certo tipo de relação de poder que atravessa toda a vida social, desde as relações de produção até o lazer, passando pelos partidos políticos, pela pesquisa científica e pela educação. Não se identifica apenas com o corpo administrativo do Estado, ou da empresa, mas existe onde quer que se separe a decisão da execução, o pensar do saber.

Burocracia é a "organização de separação". Neste sentido, a relação social burocrática é uma relação entre desiguais; de um lado aquele que cumpre a decisão muitas vezes sem perceber de que a cumpre ou de que não participou de sua elaboração; de outro, aquele que decide, gerando a regra burocrática, ao definir o que de ve ser feito e como deve ser feito.

É verdade que a preocupação de Lapassade é com a educação, com a pedagogia burocrática. Isto, no entanto, não invalida o vivo interesse que a nós causaram suas teorias acerca do poder.

Foucault/Lapassade

A produção teórica de Foucault poderia ser compreendida a partir de duas fases. A primeira delas, a arqueologia do saber, representada, nas palavras de Roberto Machado, pelas obras *História da Loucura*, de 1961, *O Nascimento da Clínica*, de 1963, e *As Palavras e as Coisas*, de 1966, concluído com o próprio *Arqueologia do Saber*, de 1969, consistiu no estabelecimento da constituição dos saberes, privilegiando as inter-relações discursivas e suas instituições. Trata-se, em outros termos, de determinar como os saberes se constituem.

Em um segundo momento, entretanto, a questão que se imporá, e da qual o autor não pretenderá fugir, é "explicar o aparecimento dos saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que imanentes a eles, (...) os situam

³ *Idem*, pág. 23.

como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica"⁴. Trata-se de explicar o porquê do surgimento dos poderes específicos. É a *Genealogia do Poder*, marcada por Vigiar e Punir, 1975 e *A Vontade de Saber*, 1976.

Daqui já se pode com certeza dizer que a análise foucaultiana do poder não se limita e extravasa o âmbito do Estado. Neste ponto, encontra-se com Lapassade, o qual, no momento em que sua produção imerge na questão do poder, igualmente, com vimos, não limita-se ao exame do Estado.

Ambas as produções, neste sentido, rompem com a tradição de identificação poder-Estado, sendo certo que Foucault o faz do interior de seu domínio próprio, enquanto que Lapassade constrói suas teorias de fora do terreno da ciência política.

Foucault optará por ter como objeto de análise as relações de poder analisadas a partir de um prisma micro, no detalhamento de seu controle sobre o corpo — gestos, atitudes, comportamentos, hábitos do indivíduo.

Se a análise de Lapassade se inicia no Estado, ela está, pelo contrário, direcionada para a discussão de um tipo de poder manifestado microdimensionalmente. Aquele inerente à educação. A relação mestre-discípulo, professor-estudante.

É verdade que Foucault preocupa-se em não fazer o caminho do macro para o micro. Este é um de seus pressupostos metodológicos: recusar a dedução de todos os micropoderes do poder Estatal, crendo tratem-se de ramificações ou reflexos do mesmo. Foucault nega isto, recusa este método pretendendo buscar a originalidade da constituição de cada micropoder, distinto cada um deles do Estado.

Desta forma, enquanto Foucault nega o Estado com foco central do poder, Lapassade claramente o admite como tal. Em Foucault o poder não se localiza, com exclusividade, em um único ponto da estrutura social, mas encontra-se disperso por toda ela, funcionando como uma rede de relações de que ninguém pode escapar. Não há fuga possível do poder disciplinar. O poder, em sua concepção, desenvolve um saber próprio, que passa a ser instrumento do poder que gerou. Neste sentido, os saberes, ao mesmo tempo que gerados a partir de certas condições dadas de poder, funcionam como ferramentas para a manutenção, reavaliação e reestruturação do poder. As lutas do homem contra o poder, seus sonhos de libertação, seus desejos de mudança, tudo resultará, quando muito, na ruptura de uma estrutura determinada de poderes disciplinares para fundar uma nova estrutura de igual natureza, à qual necessariamente voltará a se sujeitar o ser humano.

⁴ *Op. citada*, pág 10.

Lapassade vê em certa medida uma alternativa para a dominação da burocracia, dentro dela própria. É o que denominará de auto-gestão, conceito em que, entretanto, não chegamos a aprofundarmo-nos. Todavia, de forma semelhante à de Foucault, reconhecê-la-á, a burocracia, em todos os setores da vida do homem contemporâneo.

Para ambos o poder é relacional. Contudo, em Lapassade a relação é reificante, coisificante. É relação desigual e, assim, implicará no domínio que se estabelecerá sobre uma das partes da relação, pela outra, semelhante aos poderes que se exercem sobre objetos. Os homens, submetidos à burocracia, automatizam-se, porque se alienam.

Foucault não recusa reconhecimento aos aspectos negativos de poderes específicos, mas sua compreensão relacional do poder o leva a concebê-lo, antes de mais nada, como reconhecimento da individualidade alheia. Não se pode pretender estabelecer relação política de poder sobre alguém que não se esteja reconhecendo como pessoa, e que não desenvolva em contrapartida um certo poder em sentido contrário.

Se a ninguém é dado escapar do alcance do poder e se o poder é uma relação bilateral, implicando que ambas as partes exercem algum controle, tem certa influência uma sobre a outra, ambas se reconhecendo reciprocamente como pessoas, logo, ninguém, para Foucault, está isento de poder. Na verdade, o indivíduo é produção do saber e do poder, já que ele é o alvo, por excelência do poder disciplinar. Não é, portanto, todo poder que se estabelece mediante uma individualização de seu objeto, o indivíduo. Estes são os micro poderes disciplinares examinados, como o penitenciário, o educacional, o médico, etc., alguns deles objeto de análises mais profundas em outras obras já citadas do autor.

Lapassade certamente conhece e combate a pedagogia do adestramento, do controle rigoroso de horários, do confinamento, de origem religiosa. Panóptica. Todavia, a repressão não será seu único aspecto. Mas apenas um deles. A criação da noção individualizada do aluno sobre o qual possam se aplicar os saberes, mesmo desta pedagogia "repressora", é um outro aspecto a ser abordado. Poder não é, pois, unicamente repressão, como Lapassade parece querer afirmar em sua concepção de Estado e se entrevê da idéia de reificação.

Falou-se aqui do conceito de ideologia, em sua concepção marxista e em sua aplicação por Georges Lapassade. Trata-se de conceito rejeitado por Foucault no sentido de que à falácia da ideologia se opõe a verdade da ciência, a qual o autor não admite. Desde sua arqueologia, Foucault trabalha com o conceito de saber demonstrando que não há saber neutro, seja ele científico ou ideológico, já que depende de condições políticas para sua constituição e estabelecimento.

Eis o que, de forma despretensiosa, cremos se poder extrair da leitura confrontada dos autores escolhidos.

BIBLIOGRAFIA

Michel FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, Ed. Grall, 9ª edição, 1990, Rio de Janeiro.

George LAPASSADE, *Grupos, Organizações e Instituições*, Ed. Francisco Alves, 3ª edição, 1989, Rio de Janeiro.