



EDITORIAL

Reforma do Judiciário: a inequívoca aposta na rapidez



É provável que logo mais haja fortes frustrações para a sociedade, que acalenta expectativas muito otimistas com a Reforma do Judiciário. Não vai mudar grande coisa. Os maiores problemas estão numa certa mentalidade que domina nosso ambiente jurídico, particularmente o Judiciário. E mentalidade não se muda de repente, com meras reformas legislativas.

Sabe-se que a atuação do Judiciário é balizada por dois valores conflitantes: segurança e rapidez. A sociedade precisava optar por um deles, e o fez agora, inequivocamente, pela rapidez. Tanto é assim que a Emenda faz inserir mais um inciso à Constituição Federal para deixar expresso que todo cidadão tem direito a um processo judicial célere.

Pág. 2

CAPACITAÇÃO

A importância da formação profissional dos magistrados

Em seu artigo, Franco Ippolito, juiz da Corte de Cassação de Roma, afirma que a capacitação profissional é indispensável para que o juiz possa cumprir sua função com independência. A formação exigida atualmente não pode se limitar ao saber jurídico tradicional. Deve abranger conceitos interdisciplinares, nos diversos setores da ciência e do saber.

Pág. 6

INEFICAZ

O modo errado de combater a violência

Rômulo de Andrade Moreira trata do Regime Disciplinar Diferenciado, que, como tantas outras leis, foi ditada para satisfazer a opinião pública e dar uma resposta à criminalidade.

Pág. 3

DISCUSSÃO

Lei da adoção: uma subversão de princípios

Para Reinaldo Cintra Torres de Carvalho, a Lei Nacional da Adoção deveria ser retirada por seu autor, o deputado João Matos (PMDB-SC). Caso contrário, espera-se que os parlamentares a rejeitem.

Pág. 3

LEGISLAÇÃO

O direito à vida de anencéfalos

Leonardo Martins traz uma análise constitucional da questão. O desafio, diz, é saber o que a Constituição ordena fazer a todos os órgãos estatais para que o STF exerça sua função de controle.

Pág. 5

CONSCIÊNCIA

A quebra de sigilo terapêutico

Opsicanalista Fábio Herrmann defende o sigilo médico e afirma que ele, se cumprido à risca, nada tem a ver com permitir que um paciente se suicide ou mate.

O sigilo, diz, não é um par de algemas atando-nos ao silêncio. "O sigilo é um pequeno signo, um selo, como diz o nome, o selo da escuta do psicanalista."

Pág. 8



Considerações sobre a Reforma aprovada

Como já foi dito em editorial anterior, é provável que logo mais haja fortes frustrações para a sociedade, que acalenta expectativas muito otimistas com a Reforma do Judiciário. Não vai mudar grande coisa. Os maiores problemas estão numa certa mentalidade que domina nosso ambiente jurídico, particularmente o Judiciário. E mentalidade não se muda de repente, com meras reformas legislativas.

De qualquer modo, a Reforma aí está, existem pontos positivos e cumpre extrair dela suas virtudes e aplicá-las sem preconceitos e com bom espírito.

Sabe-se que a atuação do Judiciário é balizada por dois valores conflitantes: segurança e rapidez. Em cada época a sociedade faz predominar um ou outro. O direito está acostumado com esses vaivéns.

O que não é possível é pretender ao mesmo tempo uma Justiça rápida e que ao mesmo tempo dê plena segurança ao jurisdicionado. Essa pretensão, além de inviável, é demagógica.

Um desses dois valores estará sempre prejudicado, pelo menos em parte.

A sociedade, que é senhora da decisão, precisava optar por um deles, e o fez agora, inequivocamente, pela rapidez. Tanto é assim que a Emenda faz inserir mais um inciso (n. 38) ao art. 5º da Constituição Federal para deixar expresso que todo cidadão tem direito a um processo judicial célere. De qualquer modo, a verdade é que a opção pela celeridade foi muito lenta: levou 13 anos...

Na opção pela rapidez, a Reforma refletiu anseio

geral das pessoas. As críticas contundentes e frequentes estão mais ligadas à lentidão da Justiça do que à insegurança ou parcialidade dos julgamentos.

Essa opção pela celeridade vai exigir graves alterações da legislação processual e procedimental, com predomínio acentuado do princípio do consensualismo em detrimento do formalismo.

Segundo o noticiário, as modificações atingirão o sistema dos recursos, do inventário, da separação e divórcio, de penalidades para o demandista contumaz, incluindo o advogado, e de redução de prazos. Essas alterações estão a caminho, sendo prometidas pelo Ministério da Justiça para este ano.

Permanecem, todavia, inteiramente válidas as críticas à Reforma já aprovada, particularmente no que diz respeito à despreocupação com a democratização interna do Judiciário.

A Reforma teve em vista quase que exclusivamente os dramas dos tribunais. O primeiro grau foi ignorado. No entanto, é no primeiro grau que o cidadão entra em contato e fica conhecendo de perto a Justiça. A maior parte dos litígios é decidida nessa fase e nem chega aos tribunais. No entanto, os juizes de primeiro grau ficam inteiramente alheios às decisões políticas e administrativas do Judiciário. Nesse ponto, a Reforma é omissa, tudo ficará como antes. Os sinais de aristocracia entre os dois graus de jurisdição irão permanecer por muito tempo.

Não faz sentido que, no Estado democrático de direito, um dos Poderes não respire democracia internamente.

É verdade que a Reforma, em certo momento, aponta nesse sentido: metade dos componentes do Órgão Especial dos tribunais deverá ser eleita pelo tribunal pleno.

Ainda não se sabe como a matéria será regulamentada, mas é certeza que o panorama dos quadros dirigentes vai sofrer modificações relevantes em certos Estados, particularmente no Estado de São Paulo.

Com a extinção dos Tribunais de Alçada, o Plenário do Tribunal de Justiça passará de 132 para mais de 350 membros. Com esse novo colégio eleitoral, os novos desembargadores terão poder para comandar as eleições, seja para preencher metade do Órgão Especial, seja para definir a eleição do presidente, vice e corregedor.

A gerontocracia - que há tantos anos já não tinha razão de ser - sofrerá, logo mais, forte abalo.

Mas, no principal, as perspectivas não são boas, pois o processo de democratização interna do Judiciário só poderá ser desencadeado por meio de um colégio eleitoral muito mais amplo, com a participação da totalidade dos juizes vitalícios. Caso contrário, o fosso entre primeiro e segundo graus permanecerá.

As indigências do primeiro grau serão vistas com outros olhos quando todos os juizes puderem votar. E certas regalias desnecessárias do segundo grau serão contidas mais facilmente.

Por todos esses motivos é que vamos propor que a Associação Juizes para a Democracia adote como tema central de sua atuação em 2005 a Democratização do Judiciário. ■

LEI DE FALÊNCIAS

"A crônica de uma verdade não anunciada"

A "Folha de S. Paulo"

de 24/11/04, em reportagem de Ney Hayashu da Cruz, informa que em outubro a inadimplência dos empréstimos bancários atingiu o nível mais baixo desde setembro de 2001 e que, ainda assim, os juros continuam a subir, indicando que o "spread" guarda relação com a taxa Selic e não com a inadimplência. O artigo poderia ser intitulado de "crônica da verdade sabida e não anunciada"; não anunciada porque não atende o interesse do capital financeiro, nacional e internacional (se é que se pode perquirir a nacionalidade do capital). Diversos outros artigos neste sentido estão por aí, nos diversos jornais, dispensando-se a transcrição aqui.

O projeto da nova Lei de Falências está sendo "vendido" como solução para a recuperação das empresas e, no entanto, não terá qualquer condição de propiciar recuperação de qualquer empresa, em qualquer tempo. Embora o projeto proclame como declaração de princípios, a intenção de recuperar a empresa em estado de crise (art. 47), na realidade destina-se a propiciar a recuperação dos créditos financeiros e tributários. Isto porque, o pedido de recuperação exclui de seu âmbito os créditos com garantia (alienação fiduciária, arrendamento, reserva de domínio, etc.) e o adiantamento de contrato de câmbio (art. 49); mais ainda, a recuperação apenas será deferida se for apresentada certidão negativa de tributos (arts. 73 e 57). A pergunta que já está respondida é: como se pode imaginar a recuperação de uma empresa, se esta perde todos os bens dos quais necessita para manter-se funcionando e tem que pagar os adiantamentos de contrato de câmbio, além de colocar em dia os tributos. Fazer recuperação com a colaboração de quem? Do porteiro da empresa?

Enquanto isto, há pesado sacrifício imposto aos

empregados, para os quais está prevista redução salarial como contribuição ao esforço de recuperação (art. 50); ou a limitação de recebimento preferencial até 150 salários mínimos, em caso de falência (art. 83, I); ou a limitação ao pagamento de 5 salários mínimos por conta de atraso salarial no plano de recuperação judicial (§ único do art. 54). Para os bancos e fisco, privilégios; para os empregados, redução de salário e limitação de pagamento dos valores em atraso.

Pois bem; apesar de tudo isto, o projeto segue adiante e deverá ser aprovado pelo Poder Legislativo, cujos integrantes, por sua maioria qualificada, certamente não sabem o que estão votando, com o cúmplice silêncio dos raros que sabem.

E, para aqueles que gostam de perquirir a origem das coisas, segue uma tentativa de explicação. Há mais ou menos quatro anos, o World Bank percebeu que poderia ter "lucro" no projeto e destacou para o Brasil seu brilhante porta-voz, funcionário Gordon Johnson, para convencer o Banco Central de que os juros bancários são reduzidos na medida em que se afasta o risco da inadimplência. Com isto, trouxe em sua bagagem o livro "Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems" com 35 "princípios" (ou seriam "determinações") a serem seguidos no projeto. Em consequência (observe-se a perversidade do raciocínio), como a empresa nacional precisa de crédito barato para expandir-se, e como o crédito barato depende do afastamento do risco da inadimplência, é necessário afastar tal risco dos empréstimos feitos pelos banqueiros. Daí, a conversão da lei de "recuperação de empresa" em lei de "recuperação de crédito bancário".

Evidentemente, não se trata de qualquer xenofobia extemporânea, embora pareça que patriotismo só

é virtude em outros países, aqui é sentimento tachado de retrógrado. Trata-se de dar nome às coisas e tentar demonstrar, se é que ainda há tempo, que o projeto da Lei de Falências não deve ser aprovado como está, pois será óbice ao sucesso de qualquer tentativa de recuperação de empresa em dificuldades, agravando mais ainda o já descontrolado problema do desemprego, gerador da miséria e da criminalidade.

É, sobretudo, o mais dramático é constatar que haveria forma mais eficaz de procura de efetiva recuperação, com a alteração de, no máximo, uma ou duas dezenas de artigos da lei em vigor. Se se permitisse a chamada "concordata branca", que na prática já existe e funciona, como aliás está acontecendo com as empresas aéreas; se se alterassem algumas regras quanto à responsabilidade tributária e trabalhista do sucessor da empresa em dificuldade; se ocorressem pequenas alterações de natureza processual visando agilizar o andamento da falência e da recuperação, estaríamos caminhando em direção à possibilidade de recuperação.

No entanto, para isto, precisaria haver vontade política. E, como visto, a vontade política que preponderou aqui não foi a do empresário que quer recuperar sua empresa; foi a do banqueiro que quer recuperar seu crédito a qualquer custo, aliado ao Fisco. Aliás, tamanha é a preponderância da pressão do capital, que como última alteração, pretende-se colocar o Fisco em segundo lugar, atrás dos créditos do sistema financeiro.

Enfim, mais uma lei que virá para nada, para quase nada de positivo. ■

Manoel Justino Bezerra Filho
Membro da AJD

Este monstro chamado RDD

Recentemente foi promulgada uma lei que alterou o Código de Processo Penal e, de quebra, modificando também a Lei de Execução Penal, instituiu entre nós o chamado Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Como outras tantas leis no Brasil, esta também foi ditada no afã de satisfazer a opinião pública e como uma resposta à violência urbana (ao menos no que concerne à alteração produzida na Lei de Execução Penal).

Mais uma vez, utiliza-se de um meio absolutamente ineficaz para combater a criminalidade, cujas raízes, sabemos todos, está na desigualdade social que ainda reina no Brasil (apesar da esperança que ainda também nos resta). Efetivamente, nos últimos anos temos visto várias leis criminais serem apresentadas como um bálsamo para a questão da violência urbana e da segurança pública, muitas delas com vícios formais graves e, principalmente, outros de natureza substancial, inclusive com mácula escancarada à Constituição Federal.

Como afirma Paulo César Busato, “é necessário centrar a atenção no fato de que legislações de matices como os da Lei 10.792/03 correspondem por um lado a uma Política Criminal expansionista, simbólica e equivocada e, por outro, a um esquema dogmático pouco preocupado com a preservação dos direitos e garantias fundamentais do homem. Por isso, há a necessidade de cuidar-se com relação aos perigos que vêm tanto de um quanto de outro”.¹

Efetivamente, há entre nós um mau vezo em se interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional em vez do contrário, ou seja, procurar-se uma interpretação das leis ordinárias à luz da Constituição Federal. O resultado, por óbvio, é desastroso, apesar de agradar a alguns (ora por ignorância, ora por conveniência). Pois bem: temos agora a Lei nº 10.792/2003 que, a par de trazer interessantes modificações na disciplina do interrogatório (como a exigência de defensor para o interrogando e a possibilidade de participação efetiva das partes), alterou a Lei de Execução Penal que, aliás, está fazendo aniversário de 20 anos (sem motivos, aliás, para comemorações).

Pela norma, estabelece-se que a “prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: **duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada**; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol”. Também por força da referida lei, o RDD “poderá abrigar presos provisórios (leia-se: aqueles ainda sem uma condenação definitiva e, portanto, presumivelmente não culpados, segundo a nossa Carta Magna) ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, bem como “o preso provisório (idem) ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”. O que seriam mesmo fundadas suspeitas? Afinal, a presunção constitucional não é a de não-culpabilidade? E o que seria mesmo uma organização criminosa? Como se sabe, não há no Brasil uma lei que traga tal definição, ferindo-se, destarte, o princípio da legalidade, também de índole constitucional.

A inclusão no RDD será determinada por “prévio e fundamentado despacho do juiz competente”, a partir de “requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa”, sendo imprescindível a “manifestação do Ministério Público e da defesa”, devendo ser “prolatada no prazo máximo de quinze dias”. Pergunta-se: quem seria esta outra autoridade administrativa? O secretário de Estado da Justiça? O governador do Estado? Estariam eles então, agora, a figurar como partes ou sujeitos do procedimento jurisdicional de execução penal?

Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranquilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”, CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Será que manter um homem solitariamente em uma cela durante 360 ou 720 dias, ou mesmo por até um sexto da pena (não esqueçamos que temos crimes com pena máxima de até 30 anos), coaduna-

“A inclusão no RDD será determinada por “prévio e fundamentado despacho do juiz competente”, a partir de “requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa...”

se com aqueles dispositivos constitucionais? Ora, se o nosso atual sistema carcerário, absolutamente degradante tal como hoje está concebido, já não permite a ressocialização do condenado, imagine-se o submetendo a estas condições. É a consagração, por lei, do regime da total e inexorável desesperança. Como afirma José Antonio Paganella Boschi,

“a potestade punitiva encontra limites na aspiração ética do Direito (...), inclusive quanto ao processo destinado à imposição, quantificação e posterior execução das penas, matéria do CPP e da LEP”.²

O saudoso Norberto Bobbio afirmava que os “direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”.³ Por outro lado, continua o filósofo italiano, “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.⁴

Mas, não é só.

Entendemos que o RDD também afronta a Constituição, agora o seu art. 5º., XLVI, que trata da individualização da pena. Não se olvide que a individualização da pena engloba, não somente a apli-

cação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução, com a garantia, por exemplo, da progressão de regime. Observa-se que o art. 59 do Código Penal, que estabelece as balizas para a aplicação da pena, prevê expressamente que o juiz sentenciante deve prescrever “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”, o que indica indubitavelmente que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena”. Assim, não podemos admitir que, **a priori**, alguém seja condenado a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de progressão, ferindo, inclusive, as apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão.

Como ensina Luiz Luisi, “o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo”. Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina: “Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução” (...). “Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução” (...). “Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais” (...). “Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa.”

E conclui o autor: “De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária e na executória, o concreto da pessoa do delinquente tem importância fundamental na sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução”.⁵

Assim, não restando dúvidas de que a possibilidade de progressão de regime é parte integrante da individualização da pena, afigura-se-nos também inconstitucional o RDD, desde que constitui elemento impeditivo daquela garantia.

Comentando o assunto, o mestre Tucci afirma que o RDD, “mais do que um retrocesso, apresenta-se como autêntica negação dos fins objetivados na execução penal, constituindo um autêntico **bis in idem**, uma vez tida a imposição da pena como ajustada à natureza do crime praticado – considerados todos os seus elementos constitutivos e os respectivos motivos, circunstâncias e conseqüências -, e à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente.”⁶

Esqueceu-se-se novamente que o modelo clássico de Justiça Penal, fundado na crença de que a pena privativa de liberdade seria suficiente para, por si só, resolver a questão da violência, vem cedendo espaço para um novo modelo penal, este baseado na idéia da prisão como **extrema ratio** e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Em todo o mundo, passa-se gradativamente de uma política paleorrepressiva ou de **hard control**, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras,

muitas das quais evadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas etc.) para uma tendência despenalizadora.

Hoje, ainda que o nosso sistema penal privilegie indubitavelmente o encarceramento (acreditando, ainda, na função dissuasória da prisão), o certo é que a tendência mundial é no sentido de alternativizar este modelo clássico, pois a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes. A idéia disseminada a partir do século XIX segundo a qual a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao crime perdeu fôlego, predominando atualmente “uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional” (Cezar Roberto Bittencourt).

Urge, pois, que encontremos uma solução intermediária que não privilegie o cárcere (muito menos a desumanidade no cumprimento da pena), nem espalhe a idéia da impunidade. Parece-nos que esta solução se encontra exatamente nas penas alternativas. É indubitável que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem

a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; em vez de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (por meio da liberdade), em vez de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma via crucis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de uma tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado. Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

Já no século XVIII, Beccaria, autor italiano, em obra clássica, já afirmava que “entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado” (Dos Delitos e das Penas, São Paulo: Hemus, 1983, p. 43).

Jean Paul Marat, em 1790, advertia que “es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los

suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación”. (Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78). A preocupação, vê-se, é antiga.⁷

Por tudo quanto exposto, o melhor seria cognominar o RDD de “Regime Diferenciado da Desesperança”, lembrando-se da advertência de Nilo Batista, comentando-o: “Quando os condenados começarem a se matar, saberemos muito bem, ‘sem sentimentalismos feminis’, de quem é a culpa”⁸.

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

Promotor de Justiça e Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça. Professor de Direito Processual Penal. Membro do Movimento Ministério Público Democrático.

¹ “Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo”, in Revista de Estudos Criminais nº. 14, Porto Alegre: NOTADEZ/PUC/ITEC, agosto/2004, p. 145.

² Ação Penal, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2002, 3ª. ed., p. 19.

³ Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, RJ: Campus, 1992, p. 01.

⁴ Idem, p. 05.

⁵ Os Princípios Constitucionais Penais, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs.

⁶ Boletim do IBCCrim, nº. 140, julho/2004, p. 4.

⁷ Leia-se Michel Foucault, no indispensável “Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões”, Rio de Janeiro: Vozes, 1998, 18ª. edição.

⁸ Boletim do IBCCrim, nº. 135, outubro/2003, p. 02.

EM DEBATE

Lei Nacional da Adoção: Qual a necessidade?

Em 7 de outubro de 2004, diversas entidades representativas da sociedade civil que possuem história na luta pela defesa dos direitos da criança e do adolescente (Núcleo de Debates sobre os Direitos da Criança e do Adolescente – NCA/PUC, Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – AASPTJ, Associação Paulista dos Magistrados – APAMAGIS, Ministério Público do Estado de São Paulo – CAO da Infância e da Juventude, Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e Juventude – ABRAMING, Associação Brasileira dos Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP, Associação dos Juizes para a Democracia – AJD, Associação dos Promotores de Justiça para a Democracia, Fundação da Criança de São Bernardo do Campo, entre outras) reuniram-se no teatro de arena da Pontifícia Universidade Católica para discutir o Projeto de Lei Nacional de Adoção – PLNA (PL no. 1756/2003), de autoria do deputado João Matos (PMDB/SC), em tramitação pela Câmara dos Deputados.

O PLNA no. 1756/03, em que pese a sua boa intenção, foi fruto do trabalho de poucos, que em momento algum buscaram consultar a sociedade civil a respeito da necessidade de uma Lei Nacional de Adoção, bem como não se preocuparam em discutir suas idéias com aqueles que vivem o dia a dia do trabalho com a infância e juventude.

O resultado disso foi a elaboração de um projeto de lei que não atende aos interesses de nossa infância e juventude e que não conta com o apoio daqueles que cuidam efetivamente das questões infanto-juvenis. A falta de diálogo que caracterizou a elaboração do projeto está a caracterizar a discussão do legislativo federal. As audiências públicas programadas não se realizaram em sua totalidade, continuando a sociedade civil alijada da discussão.

Os órgãos de classe e representativos dos assistentes sociais, psicólogos, sociólogos, juizes e promotores de Justiça não foram consultados; o Conselho das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional e os Tribunais de Justiça dos Estados não foram consultados a respeito do regramento que se pretende impor na questão da adoção internacional; as organizações não-governamentais que militam na defesa dos direitos das crianças

e adolescentes só tomaram conhecimento do PLNA por meio de terceiros e não de seu autor e colaboradores.

Como se vê, o PLNA está viciado em sua origem, pois não representa a vontade da sociedade organizada e que milita com as questões relativas à adoção.

A falta de políticas públicas de atendimento à família, encontrou-se a solução da adoção pra resolver o problema, sério e grave, das crianças e adolescentes que permanecem por muito tempo no abrigo. A solução para questão do abrigamento está no fortalecimento da família, no incentivo ao convívio familiar com a família biológica - e não na adoção.

Resumidamente, pode-se dizer que as discussões travadas levaram à conclusão de que o PLNA:

- 1- Subverte o princípio constitucional do direito da criança e do adolescente à convivência familiar no seio de sua família biológica, regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dando clara preferência à convivência familiar em família substituída por adoção;
- 2- Coloca o instituto da adoção como política pública para resolver a questão do abrigamento;
- 3- Abranda os requisitos legais para a destituição do poder familiar, incentivando a retirada das crianças e adolescentes do convívio com suas famílias, situação essa que atingirá, em especial, as famílias de menor capacidade econômica ou intelectual;
- 4- Cria incentivos tributários, fiscais e trabalhistas para quem adota crianças e adolescentes com necessidades especiais, negando tais vantagens às famílias biológicas, em flagrante ofensa à isonomia constitucional entre os filhos biológicos e por adoção e entre as famílias biológicas e por adoção;
- 5- Ao cuidar do regramento relativo à colocação da criança e do adolescente em medida protetiva de abrigamento, à forma de funcionamento, organização de deveres e direitos das entidades de abrigamento, à destituição e suspensão do poder familiar e à colocação em família substituída por adoção, o Projeto de Lei Nacional de Adoção mutila o Estatuto da Criança e do Adolescente e afasta esses institutos do princípio geral da proteção integral à criança e ao adolescente.

Em razão dos motivos supra alinhados, dentre outros, entende-se que o PLNA não atende aos objetivos a que se propôs e, muito ao contrário, representa um retrocesso em matéria de convivência familiar, adoção e abrigamento.

Necessária é a discussão primeira no sentido de se saber da necessidade de uma Lei de Adoção. No entender dos participantes do encontro do dia 7 de outubro, a legislação existente não é suficiente para assegurar o direito da convivência familiar em família substituída por adoção quando frustradas as possibilidades de convívio com a família biológica. O Estatuto da Criança e do Adolescente, se bem aplicado, atende integralmente as necessidades dos operadores do direito e dos aplicadores das políticas públicas de atendimento à família e às crianças e adolescentes.

A segunda discussão seria aquela relativa à adequação da lei postposta aos fins objetivados. Quanto a isso, entende-se que o PLNA não contribui para a correta aplicação da política de atendimento integral à criança e ao adolescente.

Além disso, ele nada acrescenta ao instituto da adoção, mas ao contrário, subverte seus princípios. Eventuais alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser precedidas de ampla discussão com a sociedade e com aqueles que trabalham diretamente com a proteção da criança e do adolescente.

Enfim, o Projeto de Lei Nacional de Adoção, por ser desnecessário e conter princípios inconciliáveis com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, impossibilita a sua emenda ou mesmo a sua substituição por outro projeto.

Em nosso entender, a retirada do projeto pelo seu autor, o nobre deputado federal João Matos, do PMDB de Santa Catarina, seria a solução que melhor atenderia aos interesses de nossas crianças e adolescentes, para que a matéria pudesse ser objeto de democrática discussão com os operadores do direito e aplicadores das políticas públicas de defesa à convivência familiar.

Caso contrário, esperar-se a sua rejeição pelos senhores deputados. ■

Reinaldo Cintra Torres de Carvalho
Membro da AID

Do Direito à Vida de Anencéfalos e do Direito à Liberdade da Mulher Gestante na ADPF 54

O STF acaba de enfrentar uma questão jurídica bastante controversa trazida pela ADPF 54. A questão é controversa porque envolve aparentemente uma colisão de direitos fundamentais, o que suscita discussões dificilmente abstraídas de colorações políticas.

Politicamente falando, tem-se um amplo leque de posições que vão desde o liberalismo extremo que advoga pela total descriminalização da conduta da mulher que se decide pelo aborto até as posições mais conservadoras pautadas em convicções religiosas e/ou filosóficas que, considerando o valor da vida potencial (ou mesmo ainda somente da vida intra-uterina independente do potencial de vida pós-parto) absoluto, admite o cerceamento da conduta abortiva com aquela medida de intervenção que corresponde à chamada *ultima ratio*, qual seja, a aplicação de pena de reclusão. Mas o foro de discussão na esfera estatal neste caso são os órgãos do Poder Legislativo e não o STF, de tal sorte que, respondendo à pergunta formulada pelo professor Ives Gandra em sede de título de seu artigo publicado no Estado de São Paulo¹ e anuindo plenamente à sua conclusão, o STF não pode legislar para suprir suposta lacuna legislativa. O desafio é, todavia, outro, qual seja, saber o que a Constituição Federal ordena fazer a todos os órgãos estatais dos três poderes constituídos para que o STF exerça sua função de controle de constitucionalidade, a começar pelo controle do chamado Primeiro Poder, o Legislativo.

Se há, é preciso primeiro esclarecer onde reside a inconstitucionalidade. O primeiro passo de uma dogmática jurídico-constitucional é identificar o objeto e a medida do exame de constitucionalidade. Nada obstante o respeitável saber jurídico do professor Gandra, ele não logrou, no referido artigo, realizar uma análise jurídico-constitucional. Talvez não fosse essa a sua intenção, o que pode ser presumido pelo fato de tê-lo publicado em um jornal direcionado ao grande público e não em uma revista jurídica. Ademais, de forma bastante honesta, lembra ao leitor que tem “clara posição contrária ao aborto” por “convicção” e porque o Brasil, ao assinar o Pacto de São José, assumira a proteção da vida do nascituro, vez em que seu artigo 4º definira que “a vida começa na concepção”.

O problema de sua tentativa de fundamentar constitucionalmente sua posição política foi a importação equivocada de uma figura desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a “interpretação conforme a Constituição”, muitas vezes citada de forma ainda um tanto retórica pela jurisprudência do STF.

Ao contrário do que afirma o professor Ives Gandra, pela interpretação conforme a Constituição “naquele país parlamentarista”, o juiz não pode suprir uma lacuna, que, no caso em pauta, existiria segundo ele na ausência de uma terceira causa excludente de ilicitude, o aborto eugênico.

Em primeiro lugar, não se trata de uma lacuna, pois o legislador penal, ao não prever a terceira hipótese de exclusão da ilicitude, criminalizou-a também. A questão é saber se essa criminalização não viola o direito de liberdade da gestante tutelado pelo art. 5º *caput* da CF que engloba, pelo menos a priori, o seu direito de livremente definir seu próprio destino, no caso, dar à luz ou não a um filho anencéfalo sem chances de sobrevivência. Esta deveria ser a medida do exame de constitucionalidade. O direito à vida do anencéfalo, admitindo-se que exista *prima facie* um dever estatal de tutelar sua vida intra-uterina figuraria como um limite do direito fundamental à liberdade da gestante que, eventualmente, justificaria o seu cerceamento perpe-

trado pela atual lei penal aplicável.

Em segundo lugar, a interpretação conforme a Constituição é uma das variantes de decisão do Tribunal Constitucional Federal que visa justamente o oposto do assertado pelo ilustre tributarista: ela visa à não declaração de inconstitucionalidade de norma válida, o que poderia - isto sim - pelo menos provisoriamente gerar uma lacuna. A “interpretação conforme a Constituição” é cânone hermenêutico que ordena a escolha da interpretação que melhor se coadune ao texto constitucional. Ou seja, evita-se a “legislação negativa” pela corte constitucional sob a condição de se interpretar a norma atacada de uma determinada maneira. Críticos apontam, no entanto, o efeito colateral do estancamento do processo legislativo (a declaração de nulidade forçaria o legislador a enfrentar a matéria, atualizando a lei).

Mas resta ainda saber como resolver o conflito subjacente ao exame de constitucionalidade em pauta. Sem pretensões de completude, pode-se pelo menos focalizar melhor a questão a partir da jurisprudência constitucional alemã que já se ocupou deitadamente em duas de suas decisões (a primeira em meados da década de setenta e a segunda em me-

“A ‘interpretação conforme a Constituição’ é cânone hermenêutico que ordena a escolha da interpretação que melhor se coadune ao texto constitucional. Ou seja, evita-se a ‘legislação negativa’ pela corte constitucional sob a condição de se interpretar a norma atacada de uma determinada maneira.”

dos da década de 90) que tratavam do exame da criminalização do aborto em geral.

Aquele tribunal reconheceu o dever estatal de tutela da vida do nascituro, o que significa, em primeira linha, o dever do legislador de fixar medidas suficientes que fomentem o propósito da proteção da vida. Pode-se partir do mesmo dever no direito constitucional brasileiro com fulcro também no já referido art. 5º *caput* da CF (ao lado da tutela da “liberdade”). Diferentes são os efeitos das duas tutelas do art. 5º: de um lado, o dever do Estado de agir em prol da proteção da vida; de outro, o dever do Estado de abster-se de violar a liberdade por intervenção não justificada constitucionalmente.

Ainda que o propósito do legislador corresponda ao dever de proteção de um direito fundamental, deve-se partir da legislação penal vigente como possível violação da liberdade da gestante (se esta não existisse, partir-se-ia da omissão).

O art. 124 do CP prevê pena de detenção de um a três anos para o aborto praticado pela gestante ou com seu consentimento. Este foi o meio escolhido pelo legislador para fomentar a proteção da vida. O TCF alemão, ao analisar o dispositivo correspondente na Alemanha (§ 218 StBG), incorreu, na primeira decisão prolatada em 1975, no erro de começar o exame questionando se o Estado deve tipificar a conduta da gestante para proteger a vida. O voto dissidente da juíza

Rupp-v. Brünneck chamou a atenção para o fato de que a penalização consoante o entendimento clássico deveria ser vista como limitação da liberdade que deveria passar no crivo do exame da proporcionalidade. A idéia foi reforçada na segunda decisão sobre o aborto.

O exame da proporcionalidade da intervenção na liberdade da gestante significa a análise do meio utilizado pelo legislador para fazer jus ao seu dever de tutela da vida tendo em vista sua adequação e necessidade em face daquele. O primeiro requisito refere-se a um prognóstico sobre a aptidão do meio utilizado para fomentar o propósito perseguido. O segundo requisito refere-se à busca de outros meios aptos que cerceiem a liberdade de forma menos intensa, poupando-a ao máximo possível (dentro do universo dos meios adequados). Somente se atender a esses dois requisitos, a medida cerceadora restará justificada constitucionalmente.

Este é o exame jurídico-constitucional que cabe no caso em pauta. A batalha em torno de juízos de valor pertence à esfera legislativa. O exame de proporcionalidade corretamente aplicado parte de prognósticos que são expressões sobre relações futuras. O que lhe dá respaldo é a experiência passada, empírica. Na Alemanha, onde se avaliou a criminalização do aborto como um todo, muito se falou na qualidade da medida penal enquanto *ultima ratio* que ainda que considerada adequada, fora julgada como sendo muita intensa. Outros meios de cerceamento até o terceiro mês de gravidez como a necessidade da gestante de se entrevistar com seu médico e outras pessoas envolvidas em um processo de “aconselhamento” (Beratungskonzept) foram considerados igualmente adequados, refutando a necessidade do meio notoriamente mais intenso que é a tipificação penal deste exercício da liberdade.

A aplicação do critério da proporcionalidade como critério técnico-jurídico pressupõe uma análise circunstancial muito mais detida do que a que se pode fazer aqui. Salta aos olhos, todavia, a possibilidade de inadequação ou desnecessidade da criminalização. É claro que o fato da falta de perspectiva de sobrevivência do anencéfalo entra no exame da proporcionalidade no sentido ora proposto, apesar das dificuldades em se delimitar o juízo de valor de uma possível maioria política (que poderia se decidir pela proteção da vida intra-uterina apesar da certeza da morte pós-parto) do juízo de valor do tribunal, o que não é constitucionalmente permitido. Os dados empíricos encontrados na realidade brasileira dispensam, todavia, o enfrentamento desta dificuldade: a criminalização como um todo não tem fomentado seu propósito. Um paradigma de orientação e apoio material, intelectual e espiritual da gestante que incentive a prosseguir a gravidez é meio alternativo não só menos intenso como, ao contrário do utilizado pelo Estado legislador, adequado à proteção da vida do nascituro.

Fazer uma tal apreciação detida é tarefa e responsabilidade constitucional do STF. Esconder-se atrás de um mal compreendido princípio da separação de poderes ou um positivismo infra-constitucional estéril que esvazia o caráter de liberdade da CF e que ignora situações de precariedade da mulher neste momento especial e muitas vezes dramático de sua vida, pelo contrário, é viola-la. ■

Leonardo Martins

Prof. de Direito Constitucional da UFMT e de Direito Público Brasileiro da Humboldt Universität

¹Martins, Ives Gandra da Silva, “Pode o STF legislar?”, OESP 10/11/04, p. A2.

A formação dos magistrados

Um dos requisitos

para que o juiz exerça com independência sua função é a capacitação profissional. Sem ela, o juiz não pode cumprir a contento sua tarefa mesmo porque não logrará gozar da credibilidade dos jurisdicionados e da sociedade.

A capacitação profissional hoje exigida tampouco pode limitar-se ao saber jurídico tradicional. O juiz de nossos dias necessita também de uma formação interdisciplinar, nos diversos setores da ciência e do saber.

Dessas constatações nasce, em primeiro lugar, a exigência de uma magistratura profissional, tecnicamente bem dotada, para ter condições de sustentar confrontações com técnicos, especialistas, partes e os poderosos. Magistratura profissional implica formação profissional adequada, formação inicial e formação permanente, para as quais é indispensável uma escola judicial.

A escola de alto nível é fator necessário para o fortalecimento do Poder Judiciário e para a garantia da independência do juiz e dos direitos dos cidadãos. Cabe, no entanto, refletir sobre algumas questões. Formação para quem e para quê? Que tipo de formação, para qual juiz e para fazer o quê?

Para responder a essas indagações é indispensável saber o que significa ser juiz hoje. O papel do juiz tem sofrido alterações relevantes. Com o decorrer do tempo mudou o sentido do princípio liberal da submissão à lei. Como escreve Gustavo Zagrebelsky (*El derecho dúctil*, Trotta, Madri, 1995), houve uma época em que “o senhor do direito era o legislador, e esses elementos que compõem o direito se encontravam todos reunidos nele, na lei”. Naquela época, segundo a concepção positivista, era possível teorizar que o trabalho do juiz, depositário de conhecimentos técnico-jurídicos válidos como tais, se reduzia a um mecanismo lógico sem discricionariedade e “se limitava a representar um serviço ao legislador, ou seja, a ser expressão do verdadeiro significado contido nas fórmulas utilizadas pelo legislador”.

Hoje não é mais assim. Na realidade, mudou a função mesma da lei, que progressivamente vem perdendo seu caráter geral e abstrato. As leis são aprovadas sob a influência das mais contrastantes exigências, de maiorias não homogêneas, que frequentemente não tomam uma decisão mas realizam apenas uma aparente mediação entre os distintos interesses em conflito. A coerência do ordenamento é mera aspiração, por efeito da fragmentação social. A ausência de pontos de referência gerais e de valores amplamente compartilhados torna difícil conceber desenhos normativos orgânicos e sistemáticos. Não é por acaso que se fala de uma “era da descodificação” para evidenciar essa objetiva dificuldade.

A isso há que somar o caráter internacionalmente aberto das sociedades e dos Estados contemporâneos, marcados pela existência de diferentes centros de poder e por um sistema institucional policêntrico, insertos, por uma parte, em uma estrutura supranacional (União Européia, organizações dos Estados centroamericanos...) e, por outra, internamente organizados sobre a base da autonomia e da descentralização.

O ordenamento jurídico apresenta-se, portanto, como um universo formado por fontes múltiplas, às vezes incoerentes e com diferentes graus de força imperativa. O mesmo monopólio estatal de produção do Direito está em crise. Todo país é parte de um sistema jurídico internacional fundado sobre a Carta das Nações Unidas e sobre Declarações, Pactos de Direitos e Convenções progressivamente aprovadas e ratificadas. Tais atos especificam as obrigações que os Estados devem cumprir, tornando relativo o princípio da soberania nacional e fornecendo um estímulo ulterior à transformação da função da lei.

Nem todas as constituições reconhecem os mesmos direitos, mas quase todas as mais recentes contêm normas de referência às convenções, aos tratados, ao direito internacional fundado no sistema das Nações Unidas, cujas atividades têm como eixo e objetivo os direitos humanos.

Trata-se, como já observado alhures, de uma *Magna Carta in fieri*. Como juristas não podemos ignorar as questões que levam a reconhecer a natureza de normas jurídicas a tais resoluções internacionais nem os problemas relativos à integração entre direito interno e direito internacional. Mas os direitos internacionalmente reconhecidos, mesmo quando não têm vigência no interior dos países, seguramente podem valer pelo menos como critérios de interpretação para ampliar o rol de direitos do ordenamento interno. Rol que a história, a razão, a lógica querem “aberto” e progressivamente em expansão.

A complexidade do ordenamento, a pluralidade das fontes, a fragmentação social que produz a legislação setorial e às vezes contraditória, criam para o juiz uma tarefa complicada e difícil: a da reconstrução do sistema jurídico e da recepção e tutela de demandas e exigências provenientes da sociedade e da cidadania. Uma operação complexa à qual não faltam elementos de criatividade, no sentido de um trabalho capaz de extrair do ordenamento

“A capacitação profissional hoje exigida tampouco pode limitar-se ao saber jurídico tradicional. O juiz de nossos dias necessita também de uma formação interdisciplinar, nos diversos setores da ciência e do saber.”

e de seus princípios o embasamento institucional necessário para enfrentar situações e problemas inéditos.

A tudo isso é preciso acrescentar que o Estado constitucional transformou ainda mais a relação do juiz com a lei. Hoje, assinala também Zagrebelsky, “o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como partes do direito, não como todo o direito. O Estado constitucional de direito - o conjunto de limites e vínculos impostos ao poder do legislador, ou seja, ao poder da maioria - mudou de maneira irreversível tanto a relação juiz/lei quanto a concepção de democracia, da qual seguramente são partes imprescindíveis o consenso e a legitimação popular, mas igualmente são essenciais: a tutela dos direitos humanos fundamentais e dos cidadãos como limites à política e ao poder da maioria; a separação dos poderes, dos quais nenhum - nem sequer o legislativo - está acima dos demais; a garantia dos direitos e a interpretação das leis, que correspondem a instituições autônomas e independentes do círculo da maioria política.

No Estado contemporâneo, portanto, à jurisdição corresponde um papel mais complexo do que a simples resolução dos conflitos: finalidade da jurisdição é garantir - promover e restabelecer - a legalidade, no sentido de uma legalidade cujo fundamento está centrado na Constituição, metro e medida de validade de todo o ordenamento. O juiz, como garante dessa legalidade, concorre para o cumprimento das finalidades constitucionais, isto é, concorre para a efetividade dos direitos.

Desse modo, a atividade jurisdicional tem um irredutível e intrínseco papel político, considerada aqui a política da Constituição. Isso faz da função jurisdicional um elemento fundamental de propulsão do ordenamento em direção à adequação aos fins constitucionais e condena ao fracasso as

aspirações e tentativas de alijar os juizes da história e da sociedade. Como escreve nosso colega e amigo Perfecto Andrés Ibañez, os magistrados têm o dever de “assumir com rigor uma concreta responsabilidade histórica: a de abrir o direito a novos princípios que a Constituição expressa”.

O papel do juiz nesse contexto é de enorme relevância seja no plano jurídico, seja no plano social. Com efeito, reconhecer e garantir direitos significa interferir concretamente na organização dos poderes, impedir sua concentração e abusos e tornar efetiva uma distribuição racional da autoridade. Cada novo direito implica anulação ou forte limitação de um poder precedente: para citar um só exemplo, o direito de ser livre implicou extinção do poder de reduzir um homem à escravidão.

É necessária também a plena e crítica percepção do papel próprio da jurisdição, das relações entre ela e os demais poderes do Estado, entre ela e os cidadãos. Só esta consciência, amadurecida com a confrontação cultural das idéias e das interpretações, fora de toda pirâmide hierárquica ou imposição autoritária, permite viver a independência do juiz e faz efetivos os mecanismos institucionais capazes de assegurá-la.

Por isso, uma formação profissional, à altura daquilo que hoje é necessário, e uma verdadeira escola judicial não podem, durante o período de formação teórica e prática, limitar-se à capacitação técnica, mas devem estimular o espírito crítico, a atividade criadora, o sentido de liberdade e de responsabilidade, como também a consciência do exercício de uma função a serviço dos cidadãos e da coletividade.

Os magistrados têm de viver a jurisdição não como coisa própria, mas como instrumento para realizar os direitos do cidadão, como poder do cidadão comum, ou seja, de quem não tem outro poder, a não ser a força do direito, no qual possa depositar a esperança para melhorar sua vida.

Uma adequada formação há de manter e fazer difundir uma cultura e uma deontologia profissionais baseadas não só na consciência individual do dever, mas também no debate e no diálogo entre culturas e experiências profissionais diversas.

Por isso, é importante que da atividade de formação participem as associações de magistrados. Não por questão de poder ou de influência corporativa, mas porque o associacionismo implica confrontação democrática, que possibilita romper a separação da *casta judicial* e propicia sua abertura à sociedade, além de colocar em cheque os princípios hierárquico e de dependência jurídica, política e cultural da magistratura em relação a outros poderes.

Na escola judicial têm de existir a convivência e a confrontação de componentes culturais diversos que debatam e discutam pacificamente os mais distintos temas e problemas.

Essa convivência de diversos pode realizar-se pela superação, rechaço e substituição de qualquer posição fundamentalista que se baseie na pretensão e presunção de deter toda a verdade por uma atitude tolerante com o dissenso, reconhecadora da legitimidade das opiniões divergentes, já que cada uma destas pode ostentar uma parte da verdade ou razão.

Tomar em conta as razões de todos é a peculiaridade que deve caracterizar a jurisdição e o juiz. Esse deve ser o norte da convivência de diversos, a qual faz transformar o pluralismo em recurso e enriquecimento coletivo da magistratura e de todo magistrado. ■

Franco Ippolito
Magistrado da Corte de Cassação de
Roma e membro da Magistratura Democrática
Tradução: Antonio Carlos Villen

Función de investigación: ¿de los Jueces o de los Fiscales?

Desde hace

Desde hace muchos años, y de forma intermitente, aflora en nuestro país el debate sobre si la fase instructoria, la fase de investigación del proceso penal que desde 1882 viene atribuida al Juez de Instrucción, ha de pasar a ser responsabilidad del Ministerio Público, del Fiscal.

Es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico se recoge la afirmación de que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales (art. 117.3º de la Constitución de 1978 elevando a rango constitucional lo establecido en el art. 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870).

Pero también es cierto que la función de investigación, aportando materiales de prueba que puedan ser luego utilizadas por las partes, viene atribuida al Juez de Instrucción desde 1882. En tanto el Fiscal tiene únicamente la condición de parte - sometido al principio de legalidad- aunque puede asimismo llevar a cabo "diligencias preliminares" en las que debe cesar cuando tiene conocimiento de que ya un Juez de Instrucción ha abierto el oportuno proceso por los mismos hechos.

Resulta evidente la diferenciación entre uno y otro tipo de función (la de investigación y la de juicio), pero en nuestro sistema no existe obstáculo constitucional para seguir atribuyendo al juez la instrucción en el proceso penal, dados los términos de la propia Constitución, en el apartado 4º del citado art. 117: "los juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior (117.3º) y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho".

Parece innegable que puede ofrecer dudas en el ámbito de la "imparcialidad objetiva" el hecho de que un juez además de investigar sea el encargado de autorizar aquellos medios de investigación o medidas cautelares personales (prisión provisional) o reales (ocupación, embargo, etc. de bienes o derechos) que suponen injerencia en los derechos fundamentales de las personas afectadas por el proceso.

¿Debe atribuirse, por ello, esta función al Ministerio Fiscal?

Estimo que que la contestación debe ser realizada formulando a la vez otras preguntas: ¿tal cambio supondrá, en nuestro país, un aumento o un retroceso en el perfeccionamiento/profundización del Estado de Derecho? ¿Las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos quedarán o no mejor protegidas? ¿Se dará un paso adelante en la consecución del desideratum del pueblo español, recogido en el Preámbulo de la Constitución, cuando proclamó "su voluntad de...establecer una sociedad democrática

avanzada"?

Parece lógico afirmar que la respuesta a estas preguntas dependerá de cómo se vaya a normativizar esa atribución de funciones al Ministerio Público, y cuál sea el papel que el juez va a jugar en el control de esa actividad para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos intervinientes en las investigaciones que realice el fiscal.

Hoy por hoy, sería un paso atrás en el Estado social y democrático de Derecho en que el pueblo español se ha constituido, si el nombramiento y remoción del Fiscal General del Estado continuase en manos del Poder Ejecutivo (art. 124.4 de la CE). Porque sólo con un estatuto de independencia de los otros dos poderes, semejante al que tienen los jueces constitucional y estatutariamente, el cambio podría suponer un avance, una profundización democrática. El presupuesto de imparcialidad objetiva quedaría robustecido por el fortalecimiento de la independencia del fiscal.

Ahora bien, ello obligaría a un cambio constitucional de gran calado político. ¿El Poder Ejecutivo está dispuesto, en nuestro país, a renunciar a una parcela de poder como es el nombramiento/remoción del Fiscal General del Estado? Lo cierto es que los cambios de signo político en el Poder Ejecutivo durante los años de vigencia de la actual Constitución, no son una garantía de no injerencia en la independencia del Ministerio Público, según reiteradas denuncias ante la opinión pública atribuyendo al Fiscal General del Estado la condición de "defensor" del Gobierno. El riesgo de injerencia es real. Por tanto, no es suficiente normativizar por ley el traspaso de funciones, si no va acompañado de la pertinente reforma constitucional.

Y además, sería preciso que el legislador ordinario se atuviese, entre otras, a las siguientes pautas:

1º) Respeto absoluto a la función garante que nuestra Constitución otorga a los jueces en todos los actos de investigación que supongan injerencias en derechos fundamentales (prisión provisional, entrada y registro, intervención de comunicaciones, intervenciones corporales, o medidas cautelares de aseguramiento de carácter real).

2º) Control jurisdiccional de la actividad investigadora desarrollada por el Fiscal. Aunque con la importante limitación de que el "Juez de garantías" sólo debería actuar a requerimiento previo de los particulares afectados.

3º) Dotar al Ministerio Público de una Policía Judicial orgánica y funcionalmente dependiente del mismo. Este aspecto es tan esencial -si realmente se quiere avanzar en una línea de eficacia y profundización democrática- que aun manteniéndose la figura actual del Juez de Instrucción, habría que completar la actual dependencia funcional pre-

vista en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de las Unidades de Policía Judicial (art. 30 de la L.O.2/1986, de 13 de marzo) con la dependencia orgánica que está atribuida al Ministerio del Interior. Hasta el punto que las facultades disciplinarias que la vieja Ley Procesal Penal de 1882 atribuía a los jueces fueron suprimidas por la citada Ley 0. 2/1986, pues estos cuando aprecien que una determinada conducta de un policía judicial puede ser acreedora de sanción disciplinaria se limitarán a dar cuenta de los hechos al superior jerárquico del Ministerio del Interior. La experiencia viene demostrando que esa doble dependencia pone en grave riesgo la existencia de una auténtica dependencia funcional del Juez Instructor. ¿el policía judicial en su actividad investigadora seguirá las instrucciones del Juez Instructor (o del Fiscal) o las que reciba de sus órganos superiores del Ministerio del Interior, cuando sean contradictorias o incompatibles?. Sólo los héroes "obedecerán" a los superiores "funcionales", cuando los superiores "orgánicos", sus mandos naturales, son los que tienen con carácter excluyente las facultades disciplinarias. Regular la dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial del Juez (o del Fiscal) sería por otro lado, una mejor adecuación de la legislación ordinaria a la previsión constitucional del art. 126, donde se afirma que "la policía judicial depende de los jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal, en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente", sin distinguir entre una y otra dependencia.

La exigencia de una auténtica policía Judicial no es reciente. Ya fue reivindicada durante el franquismo por la entonces asociación clandestina "Justicia Democrática", como medio imprescindible para poder llegar en la investigación penal hasta cualquier peldaño del poder político o de los poderes de facto, hasta el punto que los constituyentes de 1978 la recogieron en el citado art. 126. Reivindicación que sigue manteniendo la actual asociación "Jueces para la Democracia", y de la que me hice eco en mi intervención hace unos días en el 3º Foro Mundial de Jueces de Buenos Aires, dado que nuestro legislador ordinario, en este concreto campo de la Policía Judicial, no acaba de entrar en el "senda constitucional" hacia una sociedad democrática avanzada.

El problema, en definitiva, no está propiamente en si debe ser el juez o el Fiscal el que dirija la investigación, sino en si tiene o no estatuto de independencia el que la lleva a cabo y determinar de quién depende la Policía Judicial. ■

Antonio Doñate

Juez de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Barcelona
Miembro de "Jueces para la Democracia" de España

Leia os textos dos membros da AJD às terças-feiras na revista

Última Instância. Com matérias especiais, notícias dos tribunais atualizadas

durante todo o dia, colunas e artigos dos grandes nomes do direito,

Última Instância é um fórum para os grandes debates jurídicos nacionais.

Última
Instância
Revista Jurídica

veja em www.ultimainstancia.com.br

Simplex Sigillum Veritas sobre a proposta de quebra do sigilo terapêutico

Para dizer o que é preciso ser dito, cumpre esclarecer que só o digo em meu próprio nome; não em nome dos analistas e das instituições. Porque, antes de tudo, devo confessar que, como analista, não sou um homem de princípios. O homem de princípios sabe o que faz. Ele passa de cada particular ao universal correspondente, onde encontra a coincidência com um de seus muitos princípios e, deste, volta ao particular sabendo como agir — sempre que a universalização de sua máxima não resulte auto-contraditória, corrigiria Kant.

Contudo, a imersão na psique exigida do psicanalista não costuma admitir esse tipo de operação. Aquilo que às vezes se declara, alto e bom som, princípio ético resume-se na maioria dos casos a questões práticas, que o bom senso resolve, ou a problemas técnicos específicos, ou ainda, na hipótese mais elevada, a um princípio metodológico. Mas, a rigor — metodologicamente falando —, o analista não sabe o que faz, contentando-se em fazer saber, que é como quem diz: trazer uma notícia a alguém ou dar-lhe a entender alguma coisa. Ao lugar de onde a notícia é trazida costuma-se chamar inconsciente, não sendo este um depósito enterrado nas profundezas da mente, senão um topos da superfície, o avesso da consciência, inacessível ao paciente e desconhecido do analista. Ao dom que dá a entender chama-se interpretação. Assim, cabe ao analista dar ao entendimento de seu analisando o que ainda desconhece ele mesmo, recebendo em paga deste último alguma pista sobre o conteúdo da notícia trazida, como quem entrega um envelope fechado e só no semblante do destinatário, um sorriso, um franzir de cenho, chega a ter idéia do sentido da carta. Numa palavra: mesmo não sabendo o quê, fá-lo saber. A este peculiar estatuto do conhecimento damos o nome de fantasia, que não é falsidade, mas uma verdade posicional.

Que poderia significar, portanto, um princípio ético de denúncia em tal domínio, onde mais se trata da posição inter-subjetiva que do fato? É sempre arriscado escrever seja lá o que for, em nosso mundo votado à especialização. O autor é tomado por especialista na matéria, atribui-se-lhe competência e o tema fica então colado na pessoa como etiqueta. Há muitos anos, uns 20 ou mais, isso se passou comigo. Havendo aceitado o primeiro convite, tive de escrever artigos e fazer conferências sobre a ética psicanalítica, e como “especialista em ética” — ridícula contradição — quase fui obrigado a participar da redação de um código. Safei-me, na ocasião, com uma declaração de princípio um tanto paradoxal. Parecia-me, ainda me parece, que o âmbito legítimo da ética é a intimidade do tecido de nossa prática, a minúcia sempre dubitativa de cada decisão, sendo por conseguinte o antípoda perfeito do excesso de normatização. Ou, para ser direto: códigos de ética tendem a ser anti-éticos. E este é um princípio ético! — bem como foi o fim de uma promissora carreira legislativa.

Os princípios multiplicam-se por divisão celular, torna-se necessário estipular regras para as exceções, que sempre ultrapassam em número as originais, e então os princípios se acotovelam por baixo da mesa, feito família brigada em ceia de Natal. Há mais certeza que razões, a simples frase há aí uma questão de ética... enuncia um argumento fortíssimo, mesmo que se desconheça qual. Por último, a ética reduz-se a oportunidade excelente de se falar mal do vizinho. Cada cabeça, uma sentença, repetia sempre Robespierre.

Ainda assim, existem princípios; poucos, mas existem. Sendo homem de poucos princípios, como antes declarei, tive de tomar uma decisão um tanto radical nos tempos que correm. Eu os cumprio. Acontece que um desses poucos princípios é o do sigilo médico, o qual tem a seu crédito, pelo menos, ser simples e ser antigo. Nós, médicos, o proferimos na formatura, pois consta do juramento de Hipócrates. Cobrindo o ato médico, cobre também, imagino, toda função terapêutica, de médicos, psicólogos, traba-

lhadores da saúde etc.

O sigilo médico, cumprido à risca, nada tem que ver com permitir que um paciente se suicide, estupe ou mate. Posto diante de situações-limite, o analista tem de decidir por sua própria conta e risco que ação tomar, exatamente da mesma maneira que o teria de fazer diante de qualquer situação trivial da clínica. O princípio do sigilo norteia-o como imperativo absoluto, a forma de o cumprir é outra conversa, outro diálogo, outra dialética. O sigilo não é um par de algemas atando-nos ao silêncio, o sigilo é um pequeno signo, um selo, como diz o nome, o selo da escuta do psicanalista, esse profissional da fantasia, dos matizes de sentido, da lógica emocional, da subjetividade periclitante. Por ser tão simples, aliás, é o selo ético de nossa verdade, não a do conceito, mas a da representação, a do ser-fora-de-si. Analistas vivem no mundo, como todos os mortais.

“O sigilo médico, cumprido à risca, nada tem que ver com permitir que um paciente se suicide, estupe ou mate. Posto diante de situações-limite, o analista tem de decidir por sua própria conta e risco que ação tomar...”

Como todos, procuram compreendê-lo. Mas há uma diferença, o método interpretativo. Compreendemos ao interpretar. A interpretação da psique do real levou-me, por exemplo, no início dos anos 80, a propor a teoria do regime do atentado. Tratava-se de ler os sinais ainda incipientes de um novo regime político, em sentido amplo, que começava a se impor. Uma vez que o controle sobre o mundo demandava já então a desagregação controlada das relações de comunidade, a resultante desproporção entre eficácia da ação pessoal e eficácia dos automatismos político-econômicos deveria descambar, suspeitava eu, num tipo peculiar de relação em todas as esferas: o ato puro, aquele que introverteu suas razões, ou seja, o atentado. Ações violentas e pontuais, seja de grupos militantes, seja dos estados dominadores, no âmbito internacional em primeiro lugar, mas também no das nações, ou do que delas restaria, e nas relações entre parte e conjunto, entre pessoas e instituições em geral.

Agora, quando infelizmente a teoria deixou de o ser para converter-se em prática aberta, a multiplicação de atos de violência, que incluem como é óbvio a sexualidade, parece suscitar ações rigorosas. Na realidade, na triste realidade, a violência das ações do conjunto institucional não representa uma resposta à violência das partes individuais, mas só a outra face da mesma gasta moeda do regime do atentado — hoje, provavelmente cotada em dólar. Um princípio de quebra de sigilo, vale dizer, de denúncia obrigatória, cairia sobre os psicólogos empenhados no trabalho analítico como atentado ao sigilo; por consequência, à verdade. Como disse, o sigilo, enquanto princípio, é selo e não algema, mas algo ele proíbe em absoluto: proíbe que se o proíba.

A construção de teorias como a do regime do atentado é fruto daquilo a que venho chamando clínica extensa. Não se trata, lógico, de confundir o mundo inteiro (ou qualquer estrutura social) com um indivíduo ampliado, nem muito menos de aplicar alguma de nossas teorias do psiquismo às determinações concretas da sociedade humana. Ao contrário, a extensão consiste em manter-se o analista na posição interpretativa, estendendo sua visão clínica às condições da existência individual e social. Este gênero de filosofia clínica foi praticado sistematicamente por Freud nos seus textos sobre a cultura, sobre os mitos e a literatura, sobre a guerra, sobre as práticas sociais. Nada tem de novo. Só caiu de moda nas publicações, mais voltadas à análise de consultório.

As considerações que propus neste pequeno escrito, o qual, partindo da posição do analista face às fantasias — o dar a entender como um dom, não como um juízo de realidade —, segue pela conseqüente antinomia entre ética e regulamento, para ensaiar uma exegese minimalista da noção de sigilo, terminando no questionamento do princípio de denúncia, movimento típico do regime do atentado — este conjunto de reflexões, dizia, não está assentado na dedução abstrata de valores éticos (numa axiologia como fonte deontológica, com perdão das más palavras), mas na simples filosofia clínica. É só clínica extensa, como Freud a praticava. A propósito, o mote *simplex sigillum veritas* encontra-se em sua obra. ■

Fabio Herrmann
Psicanalista da SBPSP, professor da PUC.

EXPEDIENTE

Conselho Executivo:

Presidente – José Osório de Azevedo Jr.
Secretário – Antonio Carlos Villen
Tesoureiro – João Carlos Garcia

Conselho Administrativo:

José Araldo da Costa Telles
Urbano Ruiz
Antonio Celso Aguilar Cortez
Jorge Luiz Souto Maior

Suplentes:

Clóvis Ricardo de Toledo Jr.
Ary Casagrande Filho
Umberto Guaspari Sudbrack

Coordenação editorial:

Ary Casagrande Filho
Vivian Wipfli
Clóvis Ricardo de Toledo Jr.
Erna Thekla Maria Hakvoort

Produção:

Entrelinhas Comunicação Ltda.
Tel. (11)3885-7707

Os artigos assinados não refletem necessariamente o entendimento da AJD. O material publicado pode ser reproduzido desde que citada a fonte.

Associação Juizes para a Democracia

Rua Maria Paula, 36 – 11º andar – conj. B
CEP 01319-904 – São Paulo-SP