



## Por uma Justiça única em segunda instância

### Uma nova Revista

**V**em aí, já no prelo, a nova edição da nossa Revista **Justiça e Democracia** (nº 3), agora mudando sua imagem externa e feitiço. Ficou mais leve na apresentação gráfica, reforçando o convite à leitura e à reflexão sobre os mais diversos temas tratados. Surge num momento de reformas constitucionais, uma das quais a do Judiciário.

Uma reforma significativa, como a que pensam os membros da **AJD**, teria de incluir bem mais que uma reforma administrativa. Teria de começar pela redefinição das funções institucionais do Supremo Tribunal Federal, passar pelo redimensionamento do sistema judiciário, de modo a evitar a concentração de poderes e os privilégios de certas pessoas serem julgadas em foros especiais, e, por fim, reforçar o papel político do Judiciário, criando espaço para que ele, na interação com os demais Poderes, seja partícipe da construção da Democracia.

É verdade que nenhuma reforma será suficiente para modernizar a administração da Justiça. Acima do problema dos meios e estrutura está o da cultura jurídica dos juizes. As Escolas de Magistratura, cuja missão é bem maior que a de suprir as falhas do ensino jurídico, deveriam ser centros de pesquisa interdisciplinar, ligados às universidades, objetivando desenvolver nos magistrados capacidade de percepção do perfil dos conflitos contemporâneos, para que dessem uma dimensão nova à legislação antiga, iluminando-a com a luz de uma nova e pouco aplicada ordem constitucional.

Tais assuntos — reforma do Judiciário e o papel do juiz, e, mais, o compromisso do juiz no Estado de Direito, são abordados em diversos artigos (entre outros, de Evandro Lins e Silva, Dalmo de Abreu Dallari e Alberto Silva Franco).

No mais, procuramos preencher o objetivo interdisciplinar da publicação. O objetivo é sempre aprimorar nossa comunicação com os operadores do Direito e outros profissionais, visando à consumação da Democracia, pois, afinal, mais que juizes democratas, somos **juizes para a Democracia**, num sentido dinâmico, militante, de construção e promoção dos valores próprios do Estado Democrático de Direito.

(O Conselho Editorial)

(V. sumário da Revista: pág. 9)

**A** **AJD** encaminhou, a 12 de maio último, a todos os deputados da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, o seguinte ofício:

“Considerando a polêmica que se trava nos meios jurídicos quanto à unificação da segunda instância do Poder Judiciário em São Paulo, a **Associação Juizes para a Democracia**, com base em seus objetivos estatutários, vem manifestar seu apoio à idéia, entendendo que a medida, certamente, viria melhorar a prestação jurisdicional no Estado.

“A entidade defende a unificação de todos os tribunais paulistas num único Tribunal de Justiça, de forma até mais abrangente que a que tem sido preconizada: extinguindo-se não apenas os três Tribunais de Alçada, mas, também, o Tribunal de Justiça Militar Estadual, que é órgão do Poder Judiciário no Estado, segundo o artigo 54, III, da Constituição Estadual, e de existência facultativa, a teor do que dispõe o artigo 125, § 3º, da Constituição Federal.

“As razões pelas quais a unificação seria saudável são as seguintes, em suma: (a) contenção de despesas, pela evidente economia aos cofres públicos que causaria a centralização administrativa; (b) racionalização da Justiça no Estado, com distribuição igualitária de processos aos juizes, evitando que persista a situação em que uns tribunais estão repletos de processos aguardando julgamento e outros relativamente em ordem com o serviço; (c) unificação de entendimentos quanto à aplicação de recursos, acabando com a incômoda autonomia dos tribunais inferiores no trato de assuntos como pagamento de verbas a juizes e servidores e interpretações da lei quanto a isto; (d) racionalização da atividade recursal, evitando os graves problemas de conflito de competência entre os tribunais, que acarretam longos períodos de espera do jurisdicionado para que ‘se julgue quem vai julgar’ o caso, muitas vezes com idas e vindas do processo de um tribunal para outro.

“Espera a Associação, assim, que os encarregados dos estudos sobre o assunto se mostrem sensíveis à idéia, já implementada em outros Estados da Federação, com sucesso no objetivo de agilizar e racionalizar a distribuição de justiça, pelo que tem sido divulgado.”

(Sobre o mesmo tema, v. artigo à pág. 7).

### Novos telefones

A sede da **Associação Juizes para a Democracia** teve seu prefixo telefônico alterado. Anote os novos números: **3105-3611** (também fax) e **3105-6751**.

### AJD na Internet

A **AJD** está lançando sua "home page" na Internet, no endereço [www.ajd.org.br](http://www.ajd.org.br). Neste site, além do histórico e do estatuto da **Associação**, é possível consultar números anteriores deste jornal e os sumários da Revista **Justiça e Democracia**. Para comunicar-se conosco, envie e-mail para [juizes@ajd.org.br](mailto:juizes@ajd.org.br).

### Direitos Humanos Cotidianos

Integrando as comemorações do segundo aniversário do Programa Nacional de Direitos Humanos, realizou-se em Brasília, dia 11 de maio, no Palácio do Planalto, o pré-lançamento do Manual "**Direitos Humanos do Cotidiano**". A **Associação** colaborou no texto com um comentário sobre o **Acesso à Justiça**, à vista do art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos (v. pág. 6).

# A lei e a jurisdição eleitoral

O tema da aplicação da lei eleitoral tem sido objeto de debates na Entidade, que tem no aprimoramento das instituições democráticas um de seus mais altos objetivos.

Temos uma visão crítica da forma como vem sendo aplicada a legislação eleitoral, no que se refere à apuração dos abusos de poder político, econômico e de comunicação às vésperas das eleições.

Entendemos que o papel da Justiça Eleitoral, quanto a isto, tem sido prejudicado pela maior ênfase que se dá ao aspecto organizativo dos pleitos, apuração, registro de candidatos e outras funções.

Há, hoje, formas muito sutis de desrespeito à vontade do eleitor.

A singela troca de voto por dinheiro, à moda antiga, é coisa do passado ou circunscrita a alguns rincões.

Impedidos de coagir o eleitor, de comprar diretamente seu voto ou de manipular o processo de apuração eleitoral por meio de fraudes, há candidatos que tratam de espalhar sua insidiosa influência por meio dos abusos, quebrando o jogo de iguais que deve caracterizar a eleição num Estado democrático.

São frequentes, infelizmente, os gastos desautorizados na propaganda eleitoral, decorrentes muitas vezes do apoio clandestino de pessoas economicamente fortes (abuso de poder econômico), a utilização de estruturas políticas em

apoio de candidatos (abuso de poder político ou de autoridade) e o acesso privilegiado a meios de comunicação, que, a pretexto de fazer jornalismo, alardeiam propaganda eleitoral (abuso do poder de comunicação).

O problema maior é que a legislação, ao tratar da contenção de tais fatos, que caracterizam a "corrupção eleitoral" da modernidade, pouco avançou. A Constituição fala em inelegibilidade pela "quebra da normalidade e legitimidade das eleições". A legislação infraconstitucional (Código Eleitoral e Lei Complementar 64/90) se limitaram a repetir a expressão "abuso", que pode gerar a inelegibilidade, a cassação do registro de candidato e até a perda do mandato, sem definir a que tipo de transgressão alude.

A jurisprudência, por seu turno, tem entendido que abusivo é o ato de transgressão à lei eleitoral capaz de interferir, comprovadamente, no resultado do pleito.

Como apurar, entretanto, matematicamente, o tanto de influência do ato abusivo no resultado eleitoral? Como conciliar esta apuração com a impossibilidade material de verificações pormenorizadas no comportamento de um universo de votantes, de difícil apreensão, sobretudo pela garantia do sigilo do voto, não menos importante que a liberdade com que ele é dado?

Exigir tal demonstração é fazer da lei letra morta.

Esperamos, pois, que, à falta de

mudanças na legislação, no que se refere aos abusos — que obviamente não interessam à maior parte dos nossos políticos —, assuma a Justiça Eleitoral uma postura mais abrangente e realista, trocando critérios de uma inapreensível matemática pelo exame da ética com que devem agir os candidatos, respeitando à risca as regras eleitorais.

Há casos em que, atingindo o abuso um grande universo de eleitores, é clara a influência no resultado eleitoral, exigindo a tomada de medidas sérias e imediatas pelos juizes a quem toca conhecer do assunto, sob pena de consolidar situações depois dificilmente reversíveis, gerando o descrédito da Justiça Eleitoral.

Afinal, aquele que transgredir a lei para alcançar seus objetivos eleitorais está moralmente impedido de ocupar cargo público. A democracia não pode ser condescendente com quem se julga acima da lei, desprezando o jogo de iguais que deve caracterizar o processo eleitoral. Quem não respeita as regras do jogo, nos meios de chegar ao poder, certamente não observará, quando eleito, os princípios da moralidade e da impessoalidade aos quais está vinculado o administrador da coisa pública.

Importantíssimo, então, é o papel da Justiça Eleitoral quando se trata de apurar os abusos e aplicar as penas de natureza política que a eles correspondem.

(V. também artigo na últ. pág.)



JUIZES PARA A  
DEMOCRACIA

**CONSELHO EXECUTIVO:**

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior (Presidente)  
Sérgio Mazina Martins (Secretário)  
Reinaldo Miluzzi (Tesoureiro)

**CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO:**

Sylvia Helena Steiner Malheiros  
Maria Fernanda de Toledo Rodovalho Podval  
Roberto Caldeira Barioni  
Hélio Egdio Matos Nogueira

**SUPLENTE:**

Thales Estanislau do Amaral Sobrinho  
Gil Ernesto Gomes Coelho  
Paulo Orval Rodrigues

**CONSELHO EDITORIAL:**

Antonio Carlos Malheiros  
Antonio Celso Aguiar Cortez  
Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior  
Kenarik Boujikian Felipe  
Marcelo Semer  
Marcos Pimentel Tamassia  
Maria Fernanda de Toledo Rodovalho Podval  
Reinaldo Miluzzi  
Roberto Caldeira Barioni  
Sérgio Mazina Martins  
Thales Estanislau do Amaral Sobrinho

**EDIÇÃO, DIAGRAMAÇÃO E REVISÃO:**  
Antonio Carlos Franco - Mtb. 7.863

**PERIODICIDADE:** bimestral

**PROJETO GRÁFICO:** Marco Mancini

**PRODUÇÃO GRÁFICA:**  
Ameruso Artes Gráficas - Tel.: 215-3596

**GRÁFICA:** Printing Press

**TIRAGEM:** 20.000 exemplares

Os artigos assinados não correspondem, necessariamente, ao entendimento da AJD, e todo o material publicado pode ser reproduzido desde que citada a fonte.

Rua Tabatinguera, 140 - conj. 912 - fone: 3105-6751 - fax: 3105-3611  
CEP 01020-000 - São Paulo - SP

## Nos crimes prevalece a identificação civil

A Associação Juizes para a Democracia, já em razão de seus objetivos sociais e, também, à vista do contido no artigo 5º, LVIII da Constituição Federal, tem-se preocupado com a regulamentação desse dispositivo, constantemente contrariado nos casos em que a autoridade policial entende necessária a identificação datiloscópica do indiciado.

Relembrando, referida norma maior estatuiu que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

Bem por isso e tendo em vista a tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 2.453/91, alusivo ao assunto, a Entidade encaminhou ofícios ao Deputado Michel Temer, Presidente da Câmara Federal, ao Dr. José Gregori, Secretário Nacional dos Direitos Humanos, e aos diversos líderes dos Partidos, encarecendo o empenho de todos na mais breve aprovação da matéria.

É que, conforme enfatizado na fundamentação das mensagens, "a falta de disciplina legal sobre o assunto tem dado margem a inúmeros enganos, ocasionando prisões de inocentes, situação que acaba atingindo sobretudo, as pessoas mais humildes, para as quais é sempre difícil comprovar o equívoco".

# A execução penal provisória

*A Associação Juizes para a Democracia e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais apresentaram representação à Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, para que se discipline o processamento das execuções penais provisórias, com a seguinte justificativa:*

**D**ispõe o artigo 2º, parágrafo único, da LEP que *esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária*. Portanto, segundo ampla corrente jurisprudencial, a legislação federal expressamente admite a possibilidade de serem processadas as chamadas execuções provisórias, admissão esta que vem de encontro aos princípios inspiradores da reforma legal de 1984 e que se reclama tanto pela técnica quanto, e sobretudo, à vista do tratamento humanitário devido às pessoas presas.

Pese a existência de algum posicionamento jurisprudencial em sentido adverso, não admitindo a execução provisória sob qualquer hipótese, é certo que a polêmica se reveste de caráter estritamente jurisdicional e, portanto, em princípio realmente não deve ser objeto de disciplina imperativa como ocorre, por exemplo, com as execuções de sentenças penais devidamente transitadas em julgado. Todavia, o que se tem visto é que muitos julgadores admitem em princípio o cabimento da execução provisória mas, por outro lado, têm sua atuação jurisdicional impedida por força exatamente da inexistência de uma disciplina para seu processamento.

Daf, portanto, a necessidade de ser a matéria regulamentada enquanto procedimento, cuidando-se expressamente para que sejam ressalvados todos os entendimentos jurisdicionais específicos, inclusive aqueles casos onde em concreto pode até mesmo ser jurisdicionalmente negado o prosseguimento da execução provisória. A regulamentação desse procedimento, tomando por parâmetro o processamento das execuções de condenações já transitadas em julgado, possibilitará exatamente a existência física dos autos onde as partes poderão apresentar suas postulações e o Judiciário apreciá-las, seja em grau originário, seja mesmo em grau de recurso. O que não convém admitir, de qualquer modo, é a persistência no modelo atual onde, sequer, há autos para o questionamento da possibilidade de existência da execução provisória.

De fato, a experiência vem apontando a existência no Estado de São Paulo — situação ainda mais gravosa particularmente na comarca da capital — de milhares de presos condenados em primeira instância por sentenças ainda sujeitas a apelações e mesmo recursos extraordinários e especiais. Muitos desses presos já se encontram recolhidos em estabelecimentos da rede COESPE, sendo que, apenas na Casa de Detenção de São Paulo, estimativas bastante realistas apontam número superior a 2.000 homens nessa situação. De todas as pessoas presas sem condenação transitada em julgado, uma parte significativa está recolhida em estabelecimentos compatíveis com o regime fechado (penitenciárias, cadeias públicas e distritos policiais) quando, a rigor, o título de sua custódia é já uma sentença que os condenou a iniciar o cumprimento da privação de liberdade sob o regime semi-aberto. Outros, e infelizmente não poucos, já cumpriram o total das penas impostas pelas respectivas sentenças condenatórias e ainda estão indevidamente recolhidos, algumas vezes simplesmente porque não se encontra uma autoridade jurisdicional que se declare competente para conhecer de seus reclamos e expedir o devido alvará de soltura. Por último, um enorme contingente de presos, ainda sem condenação definitiva transitada em julgado, está recolhido em precárias condições de dignidade humana mínima, sem acesso a qualquer medida ressocializadora e sem a devida assistência prisional e, sequer, com acesso a postos de trabalho prisional. Na grande maioria desses casos, tal se verifica simplesmente porque estão esses homens e mulheres exercitando um direito processual básico, qual seja o de recorrerem de suas condenações em primeira instância: desse modo lhes está sendo imposto um ônus processual não previsto em qualquer norma vigente e, muito menos, imaginado por qualquer estudo técnico-acadêmico, qual seja o ônus de ficarem à margem da lei para poderem exercer o direito de recurso, a ponto mesmo de haver aqueles que, embora inconformados com os termos da condenação, deixam de recorrer para poderem o mais rapidamente postular a aplicação dos institutos típicos da execução penal.

Importante também ressaltar que tradicionalmente o Presidente da República, nos textos dos seus decretos natalinos anuais, vem admitindo expressamente o deferimento de indultos e comutações coletivos a presos por condenações de primeira instância ainda não transitadas em julgado. Também nesses casos vislumbra-se muitas vezes a inacessibilidade dessas postulações a juízo, não sendo incomum os magistrados

de primeira instância recusarem-se ao processamento dos pedidos alegando a inexistência de previsão procedimental, ao passo que em segunda instância, onde está sendo processada a apelação, também não se admite o conhecimento desses pedidos (agora sim, justificadamente, à vista do imperativo do duplo grau de jurisdição).

Embora em princípio, para a execução provisória, seja de se dispensar o trânsito em julgado também para a acusação da condenação de primeira instância (pois tal seria tutelar jurisdicionalmente uma pretensão cuja aparência de bom direito foi rejeitada provisoriamente por uma sentença), repare-se que a proposta ora apresentada se afasta também dessa polêmica, relegando-a expressamente ao juízo competente para dela conhecer ao dispor que o processamento da execução provisória ficará a seu critério jurisdicional. Da mesma forma, não se adentra a polêmica sobre o cabimento da execução provisória em desfavor do acusado, matéria também relegada ao critério jurisdicional concreto.

Em suma, o espírito da introdução aqui postulada é exatamente o de possibilitar a muitos milhares de homens e mulheres presos, com condenações ainda não transitadas em julgado, exatamente o seu acesso à Justiça da execução penal, ainda que porventura esse acesso seja total ou parcialmente limitado por esse ou aquele entendimento jurisdicional em específico.

Com base nesse objetivo maior é que se abre a competência do juízo da execução para o conhecimento desses pedidos, mesmo porque aqui já impera o princípio da universalidade desse juízo, o qual assim se opõe à disseminação de inúmeras execuções provisórias por tantos juízos de conhecimento quanto sejam os processos em andamento respondidos pela mesma pessoa. Por certo é o juízo da execução o único em condições de unificar os vários títulos exequiendos, de forma a evitar o cumprimento simultâneo de decisões condenatórias, mesmo porque tal unificação é imprescindível para o cômputo do requisito temporal exigido por muitos dos institutos da LEP. Por outro lado, é o juízo da execução aquele que, via de regra, exerce a corregedoria permanente do estabelecimento prisional onde o condenado está recolhido, tendo assim melhor conhecimento de suas condições prisionais e maior acesso à administração que exerce a custódia imediata do preso.

Outrossim, não se vislumbra qualquer dificuldade técnica mais imperiosa para o processamento dessas execuções, seja unitariamente ou seja mesmo em pluralidade, com ou sem o recurso de execuções já transitadas em julgado. De fato, em momento algum a própria legislação federal consagra a imutabilidade do título exequendo, antes admitindo expressamente a possibilidade de sua modificação (LEP, art. 106, § 2º). No mesmo sentido, aliás, já seguem hoje as NSCGJ (Cap. V, item 34). Observe-se também que são frequentes as anulações ou absolvições por via revisional, sendo todas facilmente comportadas pelo processo e pelo juízo da execução sem maiores transtornos. O mesmo, rigorosamente, é aplicável às execuções provisórias, com as respectivas guias podendo suportar quaisquer modificações supervenientes em razão dos recursos de apelação ainda em processamento, nesse caso bastando a alteração do cálculo das penas, exatamente como hoje é procedido.

Igualmente, é de se referir que a presente sugestão, a médio e longo prazos, em muito auxiliará a administração da Justiça penal em nosso Estado. É sabido que a grande maioria das apelações criminais afinal não resulta em provimento ou em modificações substanciais na decisão de primeira instância. Nesse sentido, a admissão em tese (já que em concreto sujeita a critério jurisdicional) da execução provisória possibilitará que, desde logo, inúmeros casos possam ir sendo processados e definidos, desse modo reduzindo-se sensivelmente os clamores públicos contra a morosidade dos processos de execução penal, evitando-se assim muitas das situações iníquas e irresponsáveis que, infelizmente, ainda podem ser detectadas nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo. Mas não apenas os jurisdicionados serão em muito favorecidos: assim também ocorrerá com o próprio serviço judicial e cartorário das Varas das Execuções Penais, onde a antecipação nos processamentos trará, por certo, vantagens adicionais e significativas ao sistema agora proposto, evitando-se tramitações muitas vezes atropeladas até mesmo pelo vencimento da pena, sobretudo naquelas condenações de curta duração que, contraditoriamente, haveriam de receber máxima prioridade. É de se registrar que, mesmo na carência de regulamentação específica, atualmente já há diversas execuções provisórias em tramitação perante a Vara das Execuções Penais da Capital, sem notícia de qualquer obstáculo a seu processamento.

Em vista do exposto, requerem as entidades referidas que se digne V. Exa. a receber e a processar a presente representação, formulada após longo debate técnico entre seus associados e muitos operadores do direito da execução penal, de forma a afinal serem regularmente editadas as modificações aqui sugeridas, ensejando-se assim melhor e mais rápido acesso à Justiça penal por milhares de pessoas presas e que, como dito, hoje dela estão ainda distantes simplesmente porque optaram por exercer o direito aos recursos que a lei lhes assiste.

# A representação classista

**A** representação paritária no Brasil data de 1932, com a criação dos Conselhos de Trabalho, na esfera administrativa, integrados por um julgador com formação jurídica e dois representantes sindicais: um de empregados e outros de empregadores, estes sem qualquer exigência de nível de escolaridade. Os Conselhos eram vinculados ao Ministério do Trabalho e todos os seus integrantes eram nomeados. Nasceram em pleno Estado Novo, com a perspectiva de controlar a solução dos conflitos entre o capital e o trabalho, tendo como traço característico o intervencionismo estatal, a pretexto de harmonizar as relações de trabalho. Essa é, em síntese, a base da estrutura formal e política que deu origem à Justiça do Trabalho no Brasil, que, em 1946, passou a integrar o Judiciário.

O Poder Judiciário, entretanto, estava estruturado, já naquela época, no sistema denominado técnico-burocrático, no qual os juízes são recrutados, no início da carreira, por concursos públicos, priorizando a qualificação técnica em detrimento de sistemas que possibilitam a seleção ideológica e política e que acabam por estabelecer a dependência do juiz a pessoas ou grupos responsáveis por sua nomeação ou eleição. Não obstante os reparos que possa merecer o sistema judiciário brasileiro, esse modelo é reconhecido, pelos estudiosos modernos, como o mais eficiente e democrático, posto que melhor assegura a independência e a isenção dos órgãos julgadores.

Tais requisitos, contudo, não podem ser atendidos pelos representantes classistas da Justiça do Trabalho. É que o inciso III, do art. 8º da Constituição estabelece expressamente que cabe aos sindicatos, através de seus dirigentes, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas. Para ilustrar essa dicotomia, faço minhas as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, ditas na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, a propósito do projeto de reforma do Judiciário, que prevê a extinção da representação classista. *“Se o representante classista for um bom juiz, será um péssimo dirigente sindical. E, se for um atuante líder sindical, com certeza, será um mau juiz.”*

Essa é a primeira e talvez a principal reflexão que proponho no exame da matéria, porque suspeito que essa insólita contradição constitua-se no fator determinante da transformação do vocalato, de múnus público em verdadeira sinecura institucional.

A despeito dessa dicotomia, os defensores da representação paritária sustentam que a presença do classista afastaria a elitização do Judiciário e lhe daria dimensão democrática, ao mesmo tempo que traria ao juiz togado a vivência da realidade e, assim, contribuiria decisivamente na realização dos acordos judiciais. Afirmando, ainda, que a presença dos

classistas daria maior equilíbrio aos julgamentos.

A experiência sexagenária da composição paritária, entretanto, não produziu tais resultados.

A questão da elitização é fenômeno que costuma ameaçar toda e qualquer corporação e deve, por isso, ser combatida através da constante conscientização de seus membros. A par disso, como comprova recente pesquisa patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, nas últimas décadas os cargos de juiz togado vêm sendo ocupados por cidadãos oriundos de famílias de classe média baixa. A presença dos leigos, ao contrário do que se imagina, não evita o fenômeno da elitização. Em regra, eles também são contaminados por esse mal. Logo incorporam a posição de autoridade judicial, exigindo tratamento adequado das partes e dos advogados e promovendo as vexatórias “carteiradas” em situações da vida cotidiana, na busca de um tratamento diferenciado.

A idéia de que a presença de leigos contribui para a democratização do Judiciário também nos parece equivocada. A democratização, na verdade, está vinculada a outras questões, como o acesso ao Judiciário, a existência de instância recursal e a garantia de julgamento proferido com imparcialidade. Modernamente, acrescenta-se a efetividade das decisões judiciais. O principal atributo democrático do Poder Judiciário é a garantia de julgamento por órgão imparcial e independente. Nesse aspecto, a representação classista está absolutamente divorciada da concepção democrática do poder, pois seus integrantes — dirigentes sindicais — têm compromisso constitucional na defesa dos interesses da categoria a que pertencem, podem exercer outras atividades lucrativas e sua escolha recai nas mãos de uma única pessoa, o presidente do tribunal ou o presidente da República. Parece-nos impossível conciliar essas características com as garantias da imparcialidade e da independência.

O argumento de que a presença dos leigos introduz sua experiência no órgão julgante não tem significado real e atual, já que a complexidade das relações entre o capital e trabalho impossibilita a concomitância de experiências ao mesmo tempo profunda e múltipla. Por outro lado, o acesso amplo à informação, característica da modernidade, da qual evidentemente não estão excluídos os juízes togados, permite a estes um conhecimento até mais abrangente, determinado pela formação acadêmica e pela experiência da própria atividade judicante. Para melhor compreensão, indagamos: qual a contribuição prática que os representantes do Sindicato dos Criadores e Proprietários de Cavalos de Corrida (que têm vários classistas na 2ª Região) podem dar aos magistrados paulistas no julgamento das milhares de ações que tramitam no tribunal que abrange o maior pólo industrial e financeiro do País?

Quanto ao desempenho dos classistas na formalização dos acordos, a expe-

riência de 1994, vivenciada nos Tribunais do Trabalho de São Paulo e Campinas, das “audiências prévias de conciliação”, sepultou a afirmação recorrente de que a responsabilidade pelo alto índice de conciliação nas ações trabalhistas era dos classistas. Essas “audiências” só contavam com a participação dos classistas e visavam exclusivamente à conciliação. Os índices de conciliação nas JCs dessas regiões, funcionando em sua composição regular, oscilam entre 30% e 60% das audiências designadas. Nessa experiência, com a presença somente dos classistas, os índices oscilaram entre 17% e 30%. Cumpre registrar que, diante dos resultados, essa experiência foi abandonada e revelou que a presença do juiz togado na condução do processo, por seu conhecimento técnico, é que empresta maior segurança e respeitabilidade ao órgão jurisdicional, inclusive por ocasião da formalização dos acordos.

A idéia de que a presença dos classistas traria equilíbrio ao órgão julgador parece-nos por demais singela, pois se um representa os empregados e o outro os empregadores, evidentemente o fator de equilíbrio será dado pelo juiz togado, que não tem compromisso com qualquer das partes.

A presença dos classistas nos tribunais, onde normalmente só se discute matéria jurídica, parece-nos indefensável, pois ali o conhecimento técnico não pode se subjugar a qualquer outro quesito. A fundamentação da decisão judicial é a garantia do cidadão de que o Estado lhe destina tratamento igualitário, realizando justiça pelos caminhos indicados pela lei.

No dizer do jurista e juiz aposentado, Carlos Moreira De Luca: *“O argumento de que os classistas, nos Tribunais, podem valer-se de assessores na realidade é desfavorável: evidencia que o leigo deve necessariamente se apoiar em terceiros que acabam por ser os verdadeiros juízes apesar de permanecerem nas sombras, sem identidade e sem qualquer controle, por parte do Judiciário ou da sociedade. Intrincadas questões processuais, que são fundamentais à solução do processo, acabam sendo assim decididas por alguém que não assume qualquer responsabilidade pelo julgamento, pois nem sequer o subscreve.”*

Observe-se, ainda, que a atividade conciliatória dos classistas nos tribunais é nula, pois as sessões de dissídios coletivos são presididas por juízes togados que, por isso, são os únicos responsáveis pela conciliação.

Parece-nos evidente, assim, que a representação paritária na Justiça do Trabalho não contribui efetivamente para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, ao mesmo tempo que impõe pesados ônus ao erário federal, à independência da magistratura e ao aperfeiçoamento da atividade sindical.

Apesar de sua natureza de múnus público e da sua temporariedade, os classistas contam com benefícios incompatíveis, como vencimentos iguais ao do juiz togado nos tribunais, férias de 60 dias, licença-médica e anuênios. ➡

# As máfias emergentes brasileiras

**N**o mês de junho, o Brasil esteve participando de sessão extraordinária promovida pelas Nações Unidas. Na pauta, o combate à economia do crime transnacional. Como itens destacados, (a) a lavagem do dinheiro proveniente do narcotráfico e a sua reciclagem em atividades formalmente lícitas; (b) a abolição do segredo bancário nos territórios dos países-membros, valendo lembrar que a Suíça não integra a ONU; (c) os paraísos fiscais e centros de off-shore; (d) a cooperação internacional nas áreas judiciária e de polícia; (e) a eliminação das zonas de cultivo sob dependência da criminalidade organizada, com implementação de programas de reaproveitamento agrícola e apoio a camponeses; (f) a assistência a toxicodependentes; e (g) o controle rígido sobre comercialização de insumos químicos destinados ao refino das drogas pesadas.

Evidentemente, não houve lugar para se cogitar da repressão aos morros, favelas e esquinas. E também nossa realidade de país de máfias emergentes, de escassa fiscalização da atividade bancária e de moeda estabilizada, real, não permitiria demonstrar ingenuidade no trato com o fenômeno do crime planetário. A via apropriada é a da adesão aos países que proclamam o *follow the money*, pois sabedores de a lavagem ter se tornado imprescindível à sobrevivência das associações criminosas que operam sem limitação de fronteira.

A propósito, na radiografia das associações delinquentiais de tipo mafioso, os *Escadinhas* dos morros apenas aparecem como peças descartáveis em atividade de venda terceirizada.

Nas prisões, ocupam os lugares dos potentes criminosos internacionais, dificilmente apanhados em flagrante delito e que contam à disposição, espalhados pelo mundo, com mais de 8 milhões de consumidores de drogas pesadas.

Por isso, na especial sessão da ONU importaram bem mais os fios dos postes das grandes cidades. Fios que possibilitam, pela telemática (computador pessoal, modem, linha telefônica e código de acesso bancário), a transferência internacional de capitais sujos, inclusive os provenientes da corrupção. A ocasião será propícia, também, para se propor aos estados-membros a compatibilidade entre os sistemas eletrônicos de pagamentos, tudo conforme exaustivamente recomendado pelo FATF - *Financial Action Task Force*. O mencionado FATF (antigo GAFI - grupo de ações financeiras) combate a lavagem de dinheiro. Constituído pelos sete países mais industrializados (Grupo dos Sete ou G7), nasceu em 1989 por força da Convenção de Viena e em face de alerta quanto à indevida utilização dos sistemas bancários por narcotraficantes. Vale lembrar que o Brasil insiste em não integrar o

FATF, sediado em Paris, além de virar as costas para a adoção das suas 40 recomendações mínimas.

A sessão, para o Brasil, terá sido frutuosa. Até o Projeto Sivam terá sido barateado. O vice-secretário geral das Nações Unidas, Pino Ariacchi, anunciará, na ocasião, já estar quase pronto um sistema, por meio de satélite, capaz de detectar zonas de cultivo de papoula (ópio e heroína) e coca espalhadas pelo mundo. O monitoramento, a detectar regiões de trânsito como o Brasil, será realizada pela UNDCP - *United Nations Drug Control Program*, sediada em Viena.

Os trabalhos da sessão especial serão desenvolvidos à luz de novo mapa indicador de países produtores. Do chamado Triângulo do Ouro, sobrou apenas a forte produção do Myanmar, antiga Birmânia. A Tailândia e o Laos praticamente eliminaram as áreas de cultivo. Na denominada meia-lua-de-ouro, o Paquistão, cuja produção era de 800 toneladas de ópio por ano, conseguiu baixar para 20 toneladas. A cultura da papoula foi praticamente erradicada da Turquia e do Irã. O Afeganistão, maior cultivador da papoula, e a Colômbia aumentaram significativamente as áreas de produção. Até a China já possui zona de cultivo da papoula, localizada no vale de Yunnan. Os dependentes chineses de heroína, segundo a UNDCP, chegam a 250 mil.

Como decorrência do novo cenário, o Brasil e o México, países de trânsito e consumo das drogas, passaram a preocupar internacionalmente. Perto de 70% da droga entrada nos EUA passam pelo México, com máfias já consolidadas e conhecidas como Tijuana, Juarez e Sonora. As máfias emergentes brasileiras cuidam do transporte das drogas, cocaína e heroína, destinadas à Europa e aos EUA e provenientes da Colômbia, Bolívia e Peru. Fornecem os insumos químicos para os clandestinos laboratórios de refino da região amazônica. Recebem, como parte do pagamento das despesas do transporte, a própria droga, tendo tecido, por todo nosso território, flexível rede de distribuição.

Em resumo, o Brasil, no final do encontro de junho, terá podido ocupar lugar de destaque no combate ao crime transnacional. Se não, continuará sendo visto, a nível internacional, como o lugar da preferência de mafiosos do porte de Tommaso Buscetta, Alfonso Caruana, Caetano Badalamente, Pasquale Cuntrera e do brasileiro Antonio Salamone. Todos eles, importante recordar, nunca estiveram nos morros e nas favelas.

**Walter Fanganiello Maierovitch, Juiz de Direito em São Paulo, fundador do Instituto Brasileiro Giovanni Falcone e membro da AJD.**

## ➡ (A representação classista)

A aposentadoria com proventos integrais de juiz só foi eliminada recentemente por lei do final de 1997, que ainda aguarda apreciação do veto presidencial. Por isso, os gastos anuais para a manutenção dos classistas superam a casa dos 200 milhões de reais.

A permanência temporária dos classistas nos tribunais e sua formação laica, sem compromisso, por isso, com os destinos do Poder Judiciário e sua magistratura, não tem impedido que eles decidam em matérias administrativas e influenciem na indicação de altos funcionários e na promoção de juizes de primeiro grau, participando, ainda, na eleição dos dirigentes dos tribunais. Constituem, hoje, grave obstáculo à luta pelo fim do nepotismo na Justiça do Trabalho, pois além de empregarem seus próprios parentes, emprestam a sigla de seus sindicatos para a indicação de parentes de juizes togados ao cargo de classistas. A natureza eminentemente política das indicações dos classistas permite a ingerência indevida de pessoas, grupos ou corporações, nos assuntos internos do Poder Judiciário.

O *status*, os bons salários, o pouco trabalho e a possibilidade de empregar ami-

gos e familiares produziu seus efeitos nocivos também no meio sindical, com o aparecimento de entidades sem qualquer representatividade ou legitimidade para atuar em nome de categorias profissionais ou empresariais. São exemplos eloquentes o Sindicato dos Carregadores e Transportadores de Bagagens no Porto de Recife, o Sindicato das Práticas Orientais do Rio de Janeiro, Sindicato de Roupas Brancas e Camisas para Homens de São Paulo e o Sindicato das Menores Sexualmente Reprimidas do Espírito Santo.

Para compor e fechar esse cenário, indispensável, ainda que rapidamente, observar que as relações entre o capital e o trabalho ganharam, também no Brasil, feição absolutamente diversa da concebida na década de 30. O excessivo intervencionismo estatal é combatido, hoje, pelas lideranças empresariais e operárias. O fim da representação classista, a extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho em dissídios de natureza econômica, a pluralidade sindical e o fim das contribuições sindicais obrigatórias são os caminhos que apontam para a recuperação da essência da atividade sindical, que deve se pautar pela autonomia, independência e legitimação da representação de categorias.

A liberdade sindical e a legitimidade de sua representação podem e devem dar sustentação às atividades de autocomposição dos conflitos no plano coletivo e individual, mas no âmbito que lhes seja próprio. Essa prática fortalecerá as entidades sindicais e promoverá a maior responsabilidade de empregados e empregadores em relação às soluções adotadas. Ao mesmo tempo, desafogará o Judiciário do Trabalho, permitindo-lhe uma atuação mais célere, substancial e efetiva.

A magistratura togada trabalhista tem sido acusada de defender a extinção da representação classista motivada por razões menores. Os argumentos que ora relacionei, retratando o pensamento majoritário dos juizes do Trabalho, podem ser objeto da crítica e da discordância, mas, absolutamente, não podem ser tidos como menores. Não é demais lembrar que tramita no Congresso Nacional mais que 30 projetos que, de alguma forma, visam à extinção da representação classista, deixando-nos a impressão de que a sociedade também espera uma resposta para essa questão.

**Beatriz de Lima Pereira, Juíza do Trabalho em São Paulo, Presidenta da Associação Nacional dos Magistrado da Justiça do Trabalho (Anamatra) e associada da AJD.**

# Garantia de acesso à Justiça

**A**rtigo X - *Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a uma audiência justa e pública perante um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.*

Os conflitos entre as pessoas e entre estas e o Estado são resolvidos, freqüentemente, pelo Poder Judiciário, por meio de juízes e tribunais.

O artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem exprime a síntese de como devem se comportar os juízes e tribunais, segundo as regras da democracia.

O que significa uma *audiência justa*?

A justiça, bem se sabe, é um ideal. As expressões latinas *ius*, *justitia* e *justum* seriam derivadas do radical *ju* (*yu*), de uma língua antiga, o sânscrito, significando unir. Daí as primeiras civilizações a considerarem um sinal de união dos homens com a ordem eterna. Para Platão, a virtude suprema; para Aristóteles, a mais elevada forma de excelência moral.

Se a ordem ética e a ordem jurídica estiveram juntas entre os gregos e os romanos, a experiência histórica dos homens fez evoluir o conceito de justiça. Por um lado, o direito ganhou autonomia relativamente à moral; por outro, as leis cada vez mais passaram a se guiar por princípios tidos e havidos como o caminho para atingir aquele ideal.

Os princípios, escritos ou não, são os alicerces sobre os quais se edifica a ordem jurídica. A democracia tem os seus. Quando falamos, hoje, em audiência justa são esses princípios que devem ser postos em prática. Muitos estão em tratados ou pactos internacionais e na própria Constituição do Brasil. Dentre eles podemos citar: o princípio da presunção de inocência, pelo qual a pessoa acusada de crime não deve ser considerada culpada até que, produzida a prova de sua culpa, seja condenada, esgotados todos os recursos previstos na lei; o da igualdade, pelo qual todos são iguais perante a lei, seja pobre, seja rico, e que manda que o Estado dê defensor a quem não tenha; o da ampla defesa, que garante possa o acusado esgotar os meios para rebater as acusações; o do contraditório, pelo qual o acusado ou seu defensor deve sempre ser ouvido sobre um fato ou prova.

O artigo fala também em audiência pública.

Pública quer dizer aberta, à qual todos tenham acesso. Vivemos numa república, que quer dizer exatamente isto: *res publica*, ou coisa pública, em português. Público é o que é de todos e de ninguém em particular.

Todos têm interesse em como é realizada a justiça. A publicidade é fator de transparência sem a qual não há democracia. Visa a possibilitar ao cidadão o controle dos atos pelos meios legais. Por isto, a Constituição brasileira, em seu artigo 93, IX, diz que *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”*.

Do que já foi dito se extrai que o direito de uma pessoa ser ouvida por um tribunal deve ser exercido pessoalmente. Não se pode considerar audiência justa e pública o interrogatório feito por meio de rede interligada de computadores, em que o réu fica do outro lado da linha, num presídio, como tem sido feito por alguns juízes, no Brasil. Tanto que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos diz que o preso deve ser *conduzido sem demora à presença do juiz* (artigo 9, 3) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que ele deve ser *apresentado ao juiz* para ser ouvido com todas as garantias (artigo 8, 1).

Além da audiência pública e justa, exige a Declaração Universal dos Direitos do Homem que o tribunal seja *independente e imparcial*.

Tais atributos dizem respeito a cada um dos juízes. O juiz, ao julgar, não pode estar sujeito a pressões ou ameaças, sejam externas ou dos outros poderes do Estado, sejam de outros membros do próprio Judiciário. O ato de julgar é um momento de liberdade. A independência é o exercício consciente dessa liberdade, nos termos da lei do país.

As pessoas a serem julgadas têm interesse em que o juiz faça uma reflexão sobre o assunto, com serenidade e sem pressões. Têm direito também de que sua causa seja julgada por aquele juiz que se tornou certo, por sorteio e atribuições de cargo previamente previstas em lei, e que deve estar àquela vinculado até o final. A isto chamamos de princípio do juiz natural.

Os recursos, que significam revisão democrática, para garantir maior segurança ao sistema, e que são julgados de forma colegiada, por três juízes, no mínimo, podem ser usados por quem não esteja contente com a decisão.

E a imparcialidade? Seria o juiz imparcial um ser diferente do homem comum, que tem lá suas ideologias, preferências estéticas, preconceitos?

Nada disso. Como qualquer ser humano, o juiz não está impedido de ter suas convicções políticas. Não está livre de ser um homem, com as qualidades e defeitos que todos têm.

Não se quer juiz neutro. Exige-se dele, sim, que, em obediência aos mencionados princípios, se abra, com liberdade, tolerância e generosidade, a se deixar convencer pelos argumentos e pelas provas que cada litigante traga ao processo, procurando superar, com tal conduta, eventuais prejulgamentos. Em nome da justiça, que, exprimindo um certo consenso, uma direção, um vetor indicado pela experiência histórica dos homens, não pode ser jamais substituída por uns conceitos individuais, íntimos.

# A gratuidade do exame de DNA

**S**er pobre é difícil não só porque falta dinheiro para participar de coisas mínimas como uma boa alimentação, vestimenta adequada, moradia decente, boas escolas e bom atendimento médico-hospitalar, mas também porque até para definir a sua identidade o pobre enfrenta,

não poucas vezes, barreiras intransponíveis, em desconformidade com o avanço científico e tecnológico já disponível no país. É o que acontece quando bate às portas do Judiciário em busca de reconhecimento da paternidade sem ter testemunhas suficientemente esclarecedoras do envolvimento sexual de sua mãe com o suposto pai e a prova, embora corroborada por exame pelos sistemas HLA e outros que são capazes de excluir a relação de parentesco mas não de afirmá-la, se limita às palavras, uma contraposta à outra, da sua mãe e do suposto pai. Fica o juiz, em tais casos, num dilema: julgar improcedente a ação e deixar de reconhecer a paternidade por falta de prova suficiente da existência do vínculo, com o risco de estar barrando definitivamente a possibilidade de o autor obter a sua completa identificação e de exigir do pai a assunção das obrigações da paternidade; ou, com apoio apenas na palavra da mãe e no laudo pericial não excludente do vínculo paternal, declarar a paternidade, com o risco de atribuí-la a quem de fato não seja pai, risco ainda mais grave quando o réu também for pobre e não puder suportar as despesas do exame de DNA, de probabilidade praticamente igual à afirmação da existência da relação de parentesco pesquisada, em cotejo com os demais indícios existentes nos autos.

Se a ciência dispõe hoje de tecnologia suficiente para atingir um alto grau de convicção da existência da paternidade e se essa tecnologia já está à disposição dos brasileiros, tanto que vem sendo usada com freqüência nos processos que envolvam pessoas com capacidade financeira de custear a perícia fora dos quadros do IMESC, não se trata mais de que os pobres sejam “agraciados” pelo Estado com o acesso a tal tecnologia, mas, sim, de um direito de cidadão inscrito no art. 5º, LXXIV, da Constituição da República, que *manda* o Estado prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Não se está diante de regra programática, mas de norma constitucional de eficácia plena, dirigida ao administrador, e que confere direito subjetivo ao pobre, seja autor ou seja réu. A rigor, pleiteada a realização do exame de DNA pelo autor ou pelo réu pobres, e sendo a prova imprescindível para a apuração dos fatos, implicará ofensa ao devido processo legal indeferi-la porque o Estado não tenha profissionais e laboratórios destinados à sua realização (art. 5º, LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes o direito ao “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, meios os quais o desenvolvimento científico e tecnológico da nação já possibilitam e que se não estiverem disponíveis pelos pobres será por falta de determinação política).

Por isso, é com júbilo que deve ser acolhida a Lei estadual 9.934, de 16 de abril de 1.998, originada de projeto de lei do deputado Dráusio Barreto, que assegura, no Estado de São Paulo, “a gratuidade para realização do exame de código genético — DNA, às pessoas que comprovem a impossibilidade de pagar as respectivas despesas, quando determinada judicialmente em virtude de ação de investigação de paternidade” (art. 1º). Concedeu-se ao Poder Executivo o prazo de 120 dias, contados de sua publicação, para regulamentá-la (art. 2º).

Espera-se que o Governador Mário Covas, um político com preocupação social, coragem e coerência, e que tem na Secretaria da Justiça ninguém menos do que o reconhecido paladino das causas da cidadania, Belisário dos Santos Júnior, se apresse em tornar efetivo o mandamento da Constituição da República, agora secundado por lei estadual oportunamente promulgada.

# Muitos tribunais, Justiça incerta

**A** unificação da segunda instância, mediante absorção dos Tribunais de Alçada pelo Tribunal de Justiça, não é o remédio que irá sanar todos os males que afligem o Poder Judiciário em São Paulo.

Entretanto, forçoso convir que a concretização da medida eliminaria inúmeros desses males que afetam, notadamente, os nossos tribunais.

Os Tribunais de Alçada de São Paulo foram criados há cinco décadas e o nosso Estado foi a primeira unidade da Federação a adotá-los. Suas atribuições, em síntese, restringiam-se ao julgamento, no cível, de causas de pequeno valor econômico e menor complexidade, enquanto que no crime a eles eram reservados os delitos de menor importância, tais como as contravenções penais, tidas como “infrações anãs”.

Com o passar do tempo as alterações nas suas competências, necessárias, diga-se, eliminaram qualquer distinção na importância dos feitos por eles julgados e dos que são de competência do Tribunal de Justiça. Assim é que, na esfera criminal, enquanto o TACrim julga os recursos referentes ao delito de roubo, crime que com maior intensidade aflige a nossa população, à Seção Criminal do Tribunal de Justiça compete o julgamento do crime previsto no art. 16, da Lei nº 6.368/76, ao qual existe a possibilidade de se aplicar, tão-somente, a pena de multa.

Além do que, no campo cível estar-se-ia eliminando discussões intermináveis sobre a competência para julgamento de determinadas ações, como aquelas referentes às questões de condomínio e decorrentes de prestação de serviço. Aqui cumpre ressaltar que as constantes alterações da competência das Seções Cíveis dos Tribunais de Justiça e dos dois Tribunais de Alçada Civil, acarretam o deslocamento de grande quantidade de feitos, registrando-se que na última alteração o número de processos deslocados de um tribunal para outro girou em torno de dez mil.

Com a demora da distribuição em torno de um ano, pelo menos, para os dois tribunais, fácil verificar o enorme prejuízo sofrido pelas partes.

A verdade é que, com a instituição dos Juizados Especiais, tanto para causas cíveis como penais de menor importância, desaparece a razão primordial da existência dos Tribunais de Alçada, criados exatamente para atender às demandas que hoje se inserem, com maior abrangência, na competência daqueles Juizados.

Anote-se que, se não for de boa técnica atribuir maior importância a determinadas ações, quer cíveis, quer criminais, a verdade é que a distinção quanto à relevância das matérias já não existe entre os órgãos julgadores dos recursos, quais sejam, o Tribunal de Justiça, os dois Alcadas Cíveis e o Tribunal de Alçada Criminal.

A unificação da Segunda Instância se mostra recomendável e, até mesmo, necessária. Sua concretização implicará na racionalização dos serviços judiciais. A carga de trabalho dos juizes de Segunda Instância será mais equânime, com a conseqüente melhora da prestação jurisdicional, e este é o fato preponderante para a adoção da alternativa que ora se reclama.

Mas outros argumentos são elencados e que, por certo, dão sólidos suportes para que se adote a unificação.

Princípios de ciência política e direitos financeiro e administrativo evidenciam que não se mostra possível a quadruplicação de meios para o mesmo fim (secretarias, diretorias, bibliotecas etc.).

Dentro do campo administrativo, não é compreensível que cada presidente dos quatro tribunais se relacione diretamente com o governo do Estado. O mesmo ocorre no âmbito financeiro. A multiplicidade de orçamentos pode causar situações desiguais, tais como remuneração diversa para funções equivalentes. A autonomia de cada tribunal gera, não poucas vezes, desencontros e conflitos. Tudo isso poderia ser evitado com racional centralização por chefia única do Judiciário, logicamente ao presidente do Tribunal de Justiça.

Argumentam os que são refratários à unificação com o gigantismo de um único tribunal, acrescentando, alguns, ser aconselhável uma experiência preliminar em Segunda Instância, antes de se chegar ao Tribunal de Justiça.

Ora, quanto ao primeiro argumento, lembramos que o gigantismo do Tribunal de Justiça já se faz presente, pois é integrado por 132 desembargadores. Manter-se-iam as três seções já existentes, visto que qualquer outra divisão maior na área cível não resolveria o problema da competência que atualmente exige uma Câmara Especial para solucionar os conflitos. Além do que, dos serviços jurisdicionais comuns poderiam ser liberados os integrantes do Órgão Especial, reservando-se suas tarefas, prioritariamente, à administração da Justiça.

Quanto ao segundo argumento, é certo que o juiz, além de reciclar seus conhecimentos através de constante estudo, há de adquirir experiência ao longo de sua judicatura. Mas cremos que ao findar sua permanência na Primeira Instância, depois dos diversos degraus que teve que escalar até chegar à Entrância Especial, o juiz deve ter totais condições para exercer sua função no Tribunal de Justiça. Se assim não fosse, não estariam sendo recrutados juizes substitutos em 2º grau, ainda de Primeira Instância, para judicar nos tribunais, inclusive no Tribunal de Justiça.

Um outro argumento, contrário à unificação, é acenado e paira no ar: a vaidade daqueles que se converteriam de juiz de Alçada em desembargador, ou daqueles que já ostentam tal título, cuja relevância ficaria abalada em razão do número elevado de componentes que teria o Tribunal de Justiça.

Aqui, é de se transcrever o que exarou em artigo denominado “*Judiciário - A democratização necessária*”, alvitando o título único de juiz para todos os magistrados brasileiros, o eminente Juiz José Renato Nalini: “*É, a seu ver, o título próprio, mais condizente com a função e ainda o mais significativo. Assim se chamam os julgadores da Suprema Corte dos Estados Unidos e ninguém diria serem menos prestigiados do que juizes com outros títulos*” (jornal **O Estado de S. Paulo**, 11.5.98, p. 2).

## Novos telefones da AJD

A sede da **Associação Juizes para a Democracia** teve seu prefixo telefônico alterado. Anote os novos números: **3105-3611** (também fax) e **3105-6751**.

# Anencefalia fetal e doação de órgãos

## O fato

O nascimento do bebê da empresária M.I., previsto para este mês de julho, deveria ser o marco de uma nova alternativa de transplante no país; mais que isso, uma outra opção para os pais de bebês com malformação.

M.I. esperava um nenê anencéfalo (com ausência de cérebro) e resolveu manter a gravidez para doar os órgãos da criança. Ela poderia optar por um aborto, bastando, talvez, pedir uma autorização judicial.

Poderia, também, ter preferido deixar a criança nascer e, só, se conformar com sua morte inevitável: não há possibilidade de um anencéfalo sobreviver; sua sobrevida não ultrapassa, segundo a literatura médica, três meses.

M.I. decidiu, porém, que a vida do filho em gestação deveria ter algum sentido e, definindo-se uma espiritualista, sempre disse: "Tenho certeza de que, com meu gesto, posso salvar outras vidas. Sei que meu bebê não tem chance alguma de sobrevivência. Por que não ajudar um bebê que esteja precisando de um órgão?"

Sua decisão foi reforçada pela atitude, anterior, de um casal italiano que doou os órgãos de um bebê anencéfalo, logo após o nascimento (o transplante chegou a ser feito, mas o nenê receptor morreu um mês depois).

Nos meios médicos, ninguém sabia, ao certo, o que fazer. No início de março, os membros do Conselho Federal de Medicina manifestaram-se favoráveis à intenção da empresária, com uma única (e fundamental) objeção: "É preciso que ocorra a morte cerebral."

Ora, como o feto não tinha cérebro, era necessário que se registrasse a morte do tronco cerebral (responsável pela respiração, batimento cardíaco e por alguns reflexos como, por exemplo, mamar).

Acontece que essa constatação, se exigida, sempre pode inviabilizar um transplante (segundo o presidente do Conselho Regional de Medicina, Pedro Paulo Monteleone, no caso de recém-nascidos é preciso esperar uma semana para se detectar a morte cerebral).

Como a maioria dos bebês anencéfalos morre poucas horas após o nascimento, raras eram as chances de o bebê de M.I. sobreviver sete dias: se ele morresse antes desse período, não haveria como aproveitar os órgãos.

Ainda assim, M.I. estava convicta de que conseguiria realizar o transplante, e sonhava com isso. No início de abril, mais uma ultrassonografia revelava que era uma menina, aparentemente com todos os órgãos saudáveis.

A luta da empresária, então, era fazer com que a Central de Transplantes (responsável pela captação e receitação de órgãos no Estado de São Paulo) se empenhasse no caso e encontrasse um receptor para os órgãos do nascituro — ao mesmo tempo em que diligenciava os serviços de um advogado para que, judicialmente, o transplante pudesse ser concretizado.

Vindo à luz prematuramente, o bebê faleceu, após uma hora e quinze minutos de sobrevida, no fim de maio último.

A crônica ao lado é uma apreciação jurídica do caso.

**Cláudia Collucci, Jornalista da Folha de S. Paulo e Antonio Carlos Franco, Juiz aposentado e membro da AJD.**

ela está grávida. Diagnóstico: anencefalia fetal. O que fazer?

No caso dessa malformação fetal, não há possibilidade de vida extra-uterina e a gestante fica exposta a uma gravidez de alto risco. O que pode ou deve a gestante fazer, então, diante dessa situação? Praticar o aborto? Ou, uma sublime atitude de solidariedade, suportar a gravidez até o seu termo final, para, depois, doar os órgãos ou tecidos do filho para transplantes ou tratamento?

Inquestionavelmente, apenas a gestante pode dar respostas para esse tormentoso dilema.

No Estado de Direito Democrático, diante de uma situação que tal, à mulher deve ser assegurado o exercício pleno de seus direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, com irrestrito respeito à sua integridade física e à sua dignidade.

E há de ser assegurado à gestante, também, o direito a todas as informações técnicas e jurídicas cabíveis para que ela possa, ciente das consequências de sua opção, decidir livremente, sem a interferência de preconceitos religiosos e moralistas, impregnados das marcas da ideologia patriarcal de um sistema de dominação e exclusão. Não há confundir direito e moral nem crime e pecado. Não cabe ao sistema penal a imposição de pautas morais de comportamento, especialmente em face de situação que implica graves riscos para a saúde, para a integridade física e mental e para a vida da mulher.

A intervenção do sistema penal deve restringir-se à finalidade de proteção da pessoa, de forma a garantir a cada indivíduo o livre exercício de seus direitos fundamentais.

Assim, visando exclusivamente fornecer informações às gestantes que vivenciam a dramática situação em menção, abordarei, neste texto, as possíveis consequências jurídicas decorrentes das opções aventadas.

Em primeiro lugar, caso a gestante opte pelo abortamento, há de ser juridicamente reconhecida a incensurabilidade de sua conduta, que estará falta de culpabilidade. Com efeito, na estrutura da culpabilidade está a exigibilidade de um comportamento adequado ao dever, isto é, a conduta típica deve ser praticada em situação em que seja lícito exigir do agente, individualmente considerado no seu momento histórico, comportamento diferente. Não basta o cometimento de um fato típico e antijurídico para que surja a reprovação da conduta: é imprescindível que o agente, nas circunstâncias do fato, e em face de sua situação pessoal, tenha a possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A inexigibilidade de conduta diversa, portanto, exclui a culpabilidade. E, obviamente, além daquelas circunstâncias legais e específicas de exclusão da culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa (v. Código Penal, artigo 22), há outras que, posto não previstas expressamente em lei, devem se consideradas pelo julgador (Anibal Bruno, *Direito Penal. Parte Geral*, v. II, p. 102; Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, SP, Saraiva, 1986, p.316).

Portanto, a inexigibilidade de conduta diversa, legal ou supralegal, é causa de exclusão da culpabilidade e nos casos de malformação fetal, especialmente no caso da anencefalia, que acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco,

as circunstâncias desvelam a inexistência de reprovabilidade para a realização do abortamento, pois, à evidência, não se pode exigir que a gestante suporte a gravidez até o seu termo final, carregando todo o sofrimento físico e psicológico de tal situação histórica, com sérios, comprometedores e óbvios prejuízos para a sua saúde física, mental e emocional (v. José Henrique Rodrigues Torres, *Gravidez de Alto Risco, Abortamento Necessário ou Terapêutico*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, nº 8, p. 239).

Assim, se a gestante, no caso em exame, optar pela interrupção da gravidez, a sua conduta não será censurável nem reprovável.

Resta, pois, o exame da segunda opção: suportar os seríssimos riscos de uma gestação em tais circunstâncias, parir e, depois, doar os órgãos ou tecidos do filho para transplante ou tratamento.


Antes, porém, devo lembrar que, por mais nobre e elogiável que possa ser a atitude solidária da mulher que decide suportar tal gravidez, não se pode exigir de todas as gestantes, indistintamente, a mesma opção. Com efeito, não se pode querer enquadrar todas as mulheres, genericamente, dentro de padrões idealizados para o estereótipo de uma maternidade sacralizada, olvidando-se de sua história pessoal, de sua dignidade e de seus direitos fundamentais. O reconhecimento e a garantia dos direitos das mulheres exigem, em primeiro lugar, que não sejam elas aprisionadas em sua função reprodutora, impregnada de uma concepção moral ultrapassada, que, historicamente, decorre de relações específicas de dominação, estabelecidas no plano individual por uma estrutura social fundada no patriarcado.

Passo a examinar, agora, a segunda opção.

De acordo com o disposto na Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica.

Como se vê, para fins de transplante e tratamento, o legislador brasileiro adotou o critério da morte como um todo. É que o encéfalo é responsável pela integração de todos os órgãos e sistemas do corpo humano. Logo, cessada a função integradora do encéfalo, a morte de todo o corpo é inexorável, embora alguns órgãos possam ser mantidos vivos, artificialmente, por algum tempo, independentemente do funcionamento do corpo como um todo.

Assim, acolhendo as conclusões amplamente majoritárias da comunidade científica mundial e superando as questões éticas que envolvem tal situação, a Lei 9.434/97 adotou, expressamente, o conceito de morte encefálica para autorizar a retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo para fins de transplante ou tratamento. Enfim, para o conceito legal de morte, basta o diagnóstico de parada total e irreversível das funções encefálicas, ou seja, basta a morte do corpo como um todo.

Entretanto, diante da anencefalia e desse conceito legal de morte, exsurtem complexas indagações, que estão a reclamar profunda reflexão da comunidade científica e dos operadores do Direito. O diagnóstico da anencefalia basta para autorizar a retirada de órgãos ou tecidos da criança logo depois do parto? Há necessidade do diagnóstico de morte encefálica nos termos da Lei 9.434/97 e da Resolução nº 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina? 



➔ Há necessidade de que sejam mantidos vivos os órgãos dessa criança por nove dias, para que somente depois desse período possa ser realizada a retirada de órgãos e tecidos para transplantes ou tratamento? A rede pública de saúde está preparada para a captação de órgãos nessa situação? Há técnicos e profissionais preparados para transplantes de órgãos de crianças ou recém-nascidos?

Sem as respostas adequadas para essas indagações, a mulher que vivencia uma gravidez na situação em comento terá seríssimas dificuldades para optar, livre e conscientemente, pelo parto solidário, visando à doação dos órgãos ou tecidos do filho para transplante ou tratamento.

Em primeiro lugar, portanto, é preciso examinar os aspectos jurídicos dessa situação.

De acordo com o artigo 3º da Lei 9.434/97, o diagnóstico de morte encefálica (morte do corpo como um todo) há de ser exarado por dois médicos, que devem seguir os procedimentos e critérios clínicos e tecnológicos definidos pela Resolução nº 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina.

Todavia, a situação específica dos fetos anencéfalos não foi disciplinada pela mencionada Resolução. Com efeito, considerando que ainda não há consenso na comunidade científica a respeito da aplicabilidade dos critérios de diagnóstico de morte encefálica em crianças de sete dias e prematuros, o artigo 5º da Resolução em menção somente admite o início dos procedimentos clínicos e tecnológicos de diagnóstico a partir do sétimo dia do nascimento. Em conseqüência, se a mulher optar pelo parto solidário, e se ela e o feto sobreviverem aos graves riscos da gestação na situação em comento, haverá duas alternativas: (a) se for considerado imprescindível o diagnóstico de morte encefálica, nos termos da lei e da Resolução mencionadas, os órgãos do anencéfalo, depois do parto, deverão ser mantidos artificialmente vivos, por aparelhos, até o nono dia posterior ao parto, para que um primeiro exame seja feito no sétimo dia e para que outro exame seja feito 48 horas depois (v. Resolução nº 1.480/97, art. 5º, letra "a"); e b) se for considerado desnecessário o diagnóstico de

morte encefálica, nos casos de anencefalia, a retirada dos órgãos ou tecidos poderá ser realizada logo depois do parto.

Parece-me que a segunda alternativa é a correta: não há necessidade de diagnóstico de morte encefálica nos casos de anencefalia. É que a interpretação teleológica da Lei 9.434/97 permite a conclusão de que o diagnóstico de morte encefálica somente é exigível quando ocorre nascimento com vida, ou seja, quando houver vida extra-uterina do corpo como um todo com posterior cessação das funções integradoras do encéfalo, em razão de causa determinada ocorrida depois do parto.

A Lei e a Resolução em menção cuidam, exclusivamente, da morte violenta (acidente, homicídio, infanticídio etc.) e da morte não natural decorrente de patologias adquiridas depois do nascimento. A morte congênita, decorrente de enfermidades que acarretam a incompatibilidade com a vida extra-uterina, está fora do alcance da Lei e da Resolução em menção.

Não se olvide que a Lei 9.434/97 disciplina a retirada de órgãos *post mortem*, com diagnóstico de morte encefálica decorrente de causa conhecida depois do nascimento. Ou seja, para que seja aplicada a Lei referida, bem como a mencionada Resolução, é imprescindível que ocorra o nascimento do corpo como um todo.

Enfim, é necessário que haja vida no corpo como um todo e, depois, cessação da função integradora do encéfalo, ou seja, morte do corpo como um todo ocorrida depois do nascimento.

E isso não ocorre nos casos de anencefalia. O feto anencéfalo não nasce com vida no sentido adotado pela lei. O feto anencéfalo já não tem vida, na concepção legal, durante a gestação, ou seja, durante o período intra-uterino já não existe vida como um todo. Há, na realidade, apenas vida intra-uterina de alguns órgãos, que não estão em funcionamento sob a égide da unidade determinada pelo encéfalo, que já tem prejudicadas as suas funções integradoras.

Assim, se não há nascimento com vida do corpo como um todo, não há nenhuma necessidade jurídica de se buscar um diag-

nóstico posterior da morte como um todo.

Portanto, tenho para mim que, diante do diagnóstico de anencefalia durante a gestação, é perfeitamente possível a retirada dos órgãos ou tecidos da criança, logo depois do parto, sem a necessidade da observância do prazo e dos procedimentos estabelecidos pela Lei e pela Resolução em referência.

Diante do processo de isolamento individual e da ausência de solidarização no convívio social, os quais caracterizam este momento histórico mundial, há que ser prestigiada a atitude solidária da gestante que resolve arrostar os riscos de uma gravidez nessas circunstâncias, optando pela doação dos órgãos do anencéfalo.

Todavia, deve a ciência desenvolver, com rapidez, as técnicas necessárias para tornar, na prática, viável tal opção e para que não seja em vão o sacrifício da mulher.

Concluindo, é preciso afirmar: (a) se a gestante optar pelo abortamento no caso em comento, não há falar em culpabilidade em face da inexigibilidade de conduta diversa e a rede de saúde pública deve estar preparada para garantir à mulher, na prática, o exercício desse direito fundamental; e (b) se a gestante optar pela gravidez solidária, há de ser assegurada a ela toda a assistência médica e tecnológica, durante toda a gestação, para que ela sobreviva sem seqüelas, mas é imprescindível que seja mantida, especialmente no serviço público de saúde, a estrutura necessária para a captação dos órgãos ou tecidos do anencéfalo para transplante ou tratamento, sem a necessidade da observância dos critérios da Lei 9.434/97 e da Resolução 1.480/97 do CRM.

Por derradeiro, urge que os operadores do Direito e a comunidade científica se debruçem, imediatamente, com responsabilidade e rapidez, sobre os temas abordados neste artigo, para que a mulher possa exercer, com liberdade e segurança, o seu direito de opção, sem que seja obrigada a suportar um sofrimento ainda maior do que aquele que essa situação normalmente já lhe impõe.

**José Henrique Rodrigues Torres**  
é Juiz de Direito em Campinas (SP)  
e associado da AJD.

## A mais nova Justiça e Democracia

A edição nº 3 da Revista **Justiça e Democracia**, da Associação Juizes para a Democracia, prestes a deixar o prelo, contém matérias sobre temas da maior atualidade. A uma entrevista preambular, com **Dalmo de Abreu Dallari**, na seção "Judiciário" seguem-se dois estudos: **Direitos Sociais e Justiça Prática Institucional Comparada (Brasil-EUA)**, de **José Reinaldo de Lima Lopes**, e **A Reforma do Poder Judiciário**, de **Evandro Lins e Silva**. Na parte de "Doutrina", a publicação apresenta uma série de artigos e, a merecer atenção de todo interessado, seja operador do Direito ou não, pelo universo jurídico. Leia:

De **José Renato Nalini**, **Pós-Modernidade e a Profissão Juiz**; **Reinaldo Pereira da Silva** escreve sobre "**Mens Legislatoris, Mens Legis**"; **Antonio Alberto Machado**, sobre **O Direito e a Ética do Absurdo**; de **Thomaz Rafael Gollop** é **Ética, Direito e Aborto por Anomalia Fetal**; de **Amilton Bueno de Carvalho**, **Direito Alternativo: Uma Revisita Conceitual**; sobre **O Congresso, o Presidente e a Justiça Militar** disserta **Jorge Zaverucha**; e **Luís Cláudio Figueiredo** nos traz **Adolescência e Violência: Considerações sobre o Caso Brasileiro**.

Ainda mais, na seção "Jurídica" vêm as contribuições de **Alvino Augusto de Sá** (**Os Três Instrumentos de Avaliação dos Apenados na Legislação Penal Brasileira**); **Álvaro Luiz Valery Mirra** (**Princípios Fundamentais do**

**Direito Ambiental**); **Carlos Alberto Echeverry** (**A Nova Lei de Arbitragem e os Contratos de Adesão - Algumas Considerações**); **Gilson Delgado Miranda** (**Sistema Cautelar Brasileiro e Sistema Cautelar Italiano**); **Márcio Oliveira Puggina** (**Arbitragem ou Jurisdição Privada?**); **Reginaldo Melhado** (**Globalização, Terceirização e Princípio da Isonomia Salarial**); **Pedro Armando Egidio de Carvalho** (**A Defensoria Pública e a Participação Popular**); e **Rômulo Russo Júnior** (**A Justiça Real na Lacuna do Direito**).

Temos, na "Jurisprudência sobre Direitos Humanos", o **Ementário**, organizado por **Sérgio Mazina Martins**, e a compilação de variados **acórdãos, despachos e ementas**, nos ramos de **Direito Público, Civil e Penal**. Por fim, na seção "Noticiário", as participações de **Alberto Silva Franco**, **Sérgio Mazina Martins**, **Urbano Ruiz** e **Fábio Konder Comparato**, com matérias intituladas, respectivamente, **O Compromisso do Juiz Criminal no Estado Democrático**, **A Justiça Penal no Terceiro Milênio**, **As Perspectivas do Direito no Final do Século XX - As Funções do Juiz numa Sociedade em Mudança**, e **Saudação aos Novos Juizes por Ocasão de seu Vitaliciamento**. E **José Roberto Lino Machado** fecha a edição, assinando o artigo **Tolerância (Lembrando Griffith)**.

Não deixe de ler!

# A fotografia de um conceito

**N**a virada do ano de 1997 para 1998, quando o mundo se preparava para celebrar — ou lamentar — mais uma troca de calendário e menos uma etapa no caminho para o Século XXI, a imprensa brasileira estampou, com destaque e a cores, uma fotografia impressionante. Seu foco se centrava na figura de um policial militar armado, com o pé sobre a cabeça de indivíduo algemado, de braços sobre um meio-fio, amontoado a outro em igual posição, com a cabeça ocultada pelo primeiro. Em segundo plano, um monturo de destroços e ferros retorcidos compunha, com carrocerias - ou carcaças - de automóveis, barreira a separar da ação principal o grupo de observadores ao fundo: transeuntes ou habitantes locais pouco interessados. Quase todos de braços cruzados, alguns sequer olhavam para os protagonistas do evento. Apenas uma mulher, de criança ao colo, parecia assistir com alguma atenção à cena retratada.

Por se situar em Bonsucesso, no Rio de Janeiro, o flagrante fotográfico chocou ponderável parcela da consciência brasileira. Para alguns o impacto se devia à arrogância do gesto do PM, justificadamente punido com detenção imediata. A outros, que condenaram o *Jornal do Brasil* pelo destaque dado ao instantâneo (meia página na folha de rosto da edição de 30 de dezembro), preocupava não a ocorrência em si, mas a interpretação que eles próprios atribuíam a sua divulgação, como um instrumento maniqueísta de condenação à polícia e proteção aos criminosos.

Das cartas publicadas pelo JB em 3/1/98 contra a divulgação da foto, pelo menos uma delas se referia aos delinquentes da cidade como “monstros armados, cuspindo ferocidade”, “víboras que infestam a sociedade” e “escória”. E todas acusavam os indivíduos e organizações que se insurgem contra a violência policial, em particular as ONGs de direitos humanos, de estar sempre a favor de “direitos de bandidos”, indiferentes e impassíveis em face do crime comum.

É perfeitamente compreensível a sensação de insegurança e a ira dos cidadãos brasileiros diante dos roubos, assaltos, seqüestros, estupros e assassinatos que aterrorizam seu dia-a-dia. Tampouco se pode condenar por princípio o uso metafórico de epítetos animalescos contra quem quer que seja, em qualquer parte do mundo. A metáfora é figura insuperável do discurso que se quer veemente, e há interpretações lingüístico-epistemológicas fundamentadas segundo as quais, sendo as palavras signos convencionais arbitrários, toda linguagem é metafórica por definição. É, por outro lado, absurda a qualificação dos defensores de direitos humanos como protetores exclusivos ou preferenciais de “direitos de bandidos”, supostamente omissos perante a criminalidade comum. Esta, como é sabido, recai na alçada essencial do Estado, que tem como razão de ser principal, na visão de Hobbes, Locke e todos os demais contratualistas liberais, a tarefa de combatê-la, em obediência às normas vigentes. Já os direitos humanos, estabelecidos no Direito Internacional contemporâneo e no Direito Constitucional interno, são, por definição, direitos inalienáveis de todos os indivíduos, inclusive ladrões, assaltantes, estupradores, seqüestradores e assassinos, e só podem, numa democracia, ser suspensos de acordo com a lei. Ao exigirem a observância de tais direitos pelos agentes estatais no exercício de suas funções, entre as quais a de manutenção da ordem legítima, os ativistas de direitos humanos não protegem bandidos; monitoram democraticamente o Estado de Direito, protegendo-o contra abusos de quem atua em nome do poder. E o Estado de Direito se configura, em sua plenitude, mais do que pela realização de eleições livres e pluralistas, pelo exercício diuturno da Justiça, em defesa de toda a cidadania.

O que as presentes observações pretendem assinalar é, porém, algo muito mais grave do que o uso de metáforas fortes ou, até, a ânsia difusa de vingança por parte de uma população açoitada pela violência diária. As metáforas e a verbalidade agressivas propiciadas pela fotografia publicada no JB são reações reflexivas. Decorrem de um fenômeno cultural, disseminado no Brasil e na maioria das sociedades ao longo de toda a História, que se propõe justificar o desrespeito aos direitos fundamentais de determinadas pessoas: a desumanização do humano.

Não se trata aqui de repetir, com denominação diferente, o conhecido conceito da reificação do homem no sistema capitalista, analisado pela sociologia marxista, ora fora de moda não obstante a pertinência evidente. O que se deseja ressaltar, pela ótica atualíssima dos direitos universais, é a desqualificação, ostensiva ou velada, de certas categorias de indivíduos como integrantes verdadeiros da espécie. Embora existente desde tempos imemoriais, essa desqualificação se torna particularmente absurda em nossa “era dos direitos”.

Na medida em que praticamente nenhum governo ou sistema legal ainda se recusa a reconhecer a existência de uma série de direitos, consagrados pelas Nações Unidas na Declaração Universal de 1948, inerentes a todas as pessoas físicas pelo simples fato de serem humanas, sua violação deliberada, do ponto de vista dos perpetradores, frequentemente se dá, em toda e qualquer cultura, a partir de uma postura coletiva, mais ou menos assumida, que denega a humanidade da vítima.

Tal postura nem sempre se faz presente nas violações sistemáticas e programadas de direitos humanos. Quando decorrentes de políticas de Estado, elas costumam resultar de projeto mais frio. Cientes de que têm por alvo seres pensantes plenamente humanos, contrários ao poder ile-

gítimo que se quer perpetuar, as políticas repressivas são ponderadamente calculadas, recorrendo a práticas espúrias, condenadas pelo Direito Internacional e quase sempre também pelo Direito Interno.

Manipulada de maneira semi-racional pelos totalitarismos messiânicos, religiosos e seculares, mas dispensada, porque irrelevante, pelo arbítrio ditatorial, a desumanização do humano nestes tempos pós-Guerra Fria de grande liberalismo se dá, paradoxalmente, com freqüência crescente, no âmbito de regimes democráticos.

Consciente ou inconscientemente, para o policial que, na fotografia do JB ou no recôndito das delegacias, pisa a cabeça do transgressor dominado, assim como para as pessoas que se referem, por motivos compreensíveis, aos “monstros ferozes” e “víboras”, o criminoso detido e humilhado — ou torturado, estuprado e “desaparecido” — não é propriamente humano. Não tem — ou não deveria ter — direitos. Ele não é “gente como a gente” como o militante idealista em tempos de ditadura: um semelhante que a religião ensina a amar, e a razão a não ofender. O criminoso comum é “por natureza” um outro, um ser distinto ou uma outra coisa, que se diferencia, por sua atividade transgressora, da espécie a que pertencemos nós, cidadãos honestos e seres humanos verdadeiros. Sua eliminação pura e simples, mais do que o sentenciamento judicial a penas retributivas, expurga a humanidade de impurezas corrosivas, tanto mais ameaçadoras porque com configuração falsamente humana.

Inteligível pela ótica afetiva, mas inaceitável na esfera do Direito e da Justiça, essa postura diante da alteridade é ainda mais nefasta e mais tragicamente conseqüente quando baseada em outros critérios diferenciadores, algumas vezes “legais”, que nada têm a ver com a criminalidade. Foi ela que serviu de base, com contornos doutrinários, ao instituto da escravidão, desde a mais remota antiguidade. É ela que tem motivado a prática da “limpeza étnica” nas repúblicas que antes conformavam a Iugoslávia.

Comparada às manifestações mais violentas ou institucionalizadas do fenômeno da desumanização, a cena do PM que pisava a cabeça do jovem dominado, aparece como um evento menor. O coturno do policial fardado ofendia, mas não chegou a esmagar. Os leitores do JB e sua argumentação veemente provavelmente não tinham intenções sanguinárias. Com essas ressalvas em mente, não se pode deixar de observar, porém, que tanto a atitude do PM como as metáforas dos missivistas — e talvez o desinteresse dos transeuntes — decorrem dessa sensação de distanciamento para com o indivíduo transgressor como um ser não propriamente humano. Por mais difícil que o seja, para quem vivencia a violência como uma constante de seu cotidiano, é preciso não esquecer que tanto o PM arrogante como o abjeto criminoso comum são indivíduos de nossa espécie, produtos da mesma sociedade em que vivemos nós, seres humanos honestos e pacíficos, no caso em questão brasileiros, às vésperas do Século XXI.

Ao refutar as críticas à cobertura jornalística do incidente do final de 1997, o JB de 3 de janeiro de 1998 justificou a fotografia destacada como “um retrato típico do despreparo do policial”, assinalando não ter a intenção de “castrar ou acuar a polícia”, mas sinalizar seu desejo de que ela “seja eficiente sem arrogância ou arbitrariedade”. O editorial de 31 de dezembro em torno do mesmo episódio já havia, aliás, salientado o despreparo dos policiais do Rio “para enfrentar a responsabilidade de agentes da ordem”, recordando a inexistência, há setenta anos, de um plano de segurança, o que significaria “ausência de prioridades para a ação policial preventiva e investigativa”. O editorial recorria também ao exemplo de “outras cidades do mundo”, como Nova York, que, depois de passar por problemas semelhantes, lograram, por meio da reestruturação policial, com eliminação das “maças podres”, reduzir os índices da criminalidade “a patamar razoável”.

Dados estatísticos divulgados na mesma época indicavam, aliás, novas baixas no número de crimes de morte ocorridos em 1997 nas cidades norte-americanas. Em S. Francisco, conchado com 700.000 habitantes, teriam sido registrados apenas 65 homicídios, número mais baixo dos últimos trinta anos, sendo tal resultado atribuído à credibilidade de que gozam os agentes policiais junto à população local.

Os argumentos do JB soam, portanto, corretos e oportunos. A eles se poderia agregar, ainda, a interpretação de que a militarização da polícia brasileira, ao educar o agente para uma guerra contra “o inimigo”, portanto “o diferente”, facilita a desumanização ideológica do delinqüente e a conseqüente extrapolação da função de combate ao crime na forma de abusos inaceitáveis em tempos de paz.

A guerra, como é sabido, tem regras próprias no Direito Internacional. E o criminoso comum, por mais ignóbil que se nos afigure com sua atuação transgressora, é também um ser humano integral. Cabe ao Estado, portanto, não somente reprimi-lo, mas, ao fazê-lo, procurar respeitar seus direitos. Essa é a única garantia que temos de que os nossos sempre serão respeitados.

J. A. Lindgren Alves é Cônsul Geral do Brasil em S. Francisco (Califórnia, EUA), autor do livro *Os direitos humanos como tema global* (S. Paulo, Perspectiva, 1994) .

# Acordo Brasil-Canadá

**N**ova polêmica estabeleceu-se em torno do acordo de transferência de presos firmado entre Brasil e Canadá. Outro semelhante fora concretizado recentemente entre Brasil e Espanha e tudo passou “in albis”. A ONU, diga-se de passagem, vem estimulando tais entendimentos bilaterais há anos. Convênios desse tipo tornaram-se tendência mundial, sem qualquer contestação efusiva do movimento “law and order”, a não ser em casos “especiais”, os que poderiam abrir “perigosos precedentes”. Deixando de lado as incontáveis impropriedades jurídicas que foram externadas por vários “experts” (alguns chegaram a confundir “transferência” com “expulsão”, outros falaram em “extradição”), sabe-se claramente que o “protesto nacionalista” (“a pena imposta no Brasil deve ser cumprida no Brasil, sob pena de ofensa a sua soberania”) deve-se mais a razões institucionais ou ao “status” de uma vítima determinada (razões utilitaristas) que a serenas e equilibradas razões de justiça.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, na época do julgamento do recurso interposto pelos condenados, não vislumbrou caráter político no famoso seqüestro envolvendo um não menos renomado empresário nacional. Mas alguns dos seus Ministros não deixaram de manifestar estranheza quanto à não individualização das penas, assim como ao seu excesso. Não se tem notícia no nosso país de qualquer outro crime semelhante, sem morte, punido com penas tão exacerbadas. Embora Beccaria, em seu famoso “*Dei delitti e delle pene*” (1764, trad. Juan Antonio de las Casas, p. 36), já enfatizasse que a correta medida da pena está “no dano causado à nação”, não na intenção do réu ou na gravidade do pecado ou mesmo na “dignidade da vítima”.

Pensando em termos de tutela dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, se de um lado há que se abominar qualquer tipo de lesão a terceiros, sobretudo quando emanada de delitos graves como é o seqüestro (leia-se: a violência do particular contra a vítima), de outro, tampouco merece aprovação qualquer violência do Estado ou da vítima contra o infrator. “*In medio est virtus*”. O Direito Penal só se justifica no Estado de Direito se se apresenta como instrumento de contenção de qualquer tipo de violência (do infrator contra a vítima assim como da vítima e/ou do Estado contra o infrator).

Isso significa reconhecer que substancialmente qualquer acordo sobre transferência de presos é humanitário, porque enseja a possibilidade de o condenado

cumprir a pena perto de sua família, onde pode receber algum tipo de apoio, às vezes fundamental para sua reabilitação. Se no Direito interno se postula tanto para que o condenado cumpra sua pena no Estado de origem, do ponto de vista ético parece incensurável que o mesmo princípio tenha validade internacional. Se o Brasil tem lutado tanto para repatriar seus nacionais condenados no exterior (caso Lâmia, por exemplo, que foi condenada a prisão perpétua no Israel; depois de expulsa chegou a ser recebida pomposamente pelo Governo brasileiro), que obstáculos éticos existem para não se fazer o mesmo com os estrangeiros que aqui se encontram cumprindo pena?

Entrou em debate, no entanto, a possível ilegitimidade do acordo porque afetaria a soberania nacional. Quem pode hoje ignorar que o conceito de soberania nacional passa por profundo processo de mutação, particularmente depois da criação da Comunidade Econômica Européia? O mundo moderno avança irreversivelmente para o “país global”, marcado pela cooperação e pelo intenso intercâmbio entre os países. Os meios de comunicação atuais já não contam com limites nem fronteiras. Não queremos afirmar que os países não contem com soberania. O que pensamos é que os tratados internacionais muitas vezes estão em perfeita consonância com o espírito da Constituição brasileira, principalmente pelo seu conteúdo humanitário, razão pela qual superam facilmente qualquer norma conflitante com tal princípio, ainda que de natureza constitucional também.

Os países modernos chegam a intercalar inclusive a sofisticada tecnologia nuclear, que pode explodir o planeta em qualquer momento! Neste contexto, ganha ar de surrealismo sustentar a impossibilidade de se trocar prisioneiros por ofensa à soberania nacional. O argumento revela horizontes limitados (“territoriais”) e a quem o sustenta ainda custará muito perceber que o Direito Penal e a Polícia não conseguem debelar nem controlar a criminalidade organizada exatamente porque, enquanto esta se transnacionalizou, aqueles continuam apegados aos tradicionais (e pouco funcionais) conceitos de territorialidade e de soberania, que são muito antiquados seja para se alcançar um razoável nível de controle (repressão) do crime internacional, seja para fazer valer todas as conquistas humanitárias vindas do Iluminismo e integrantes hoje do patrimônio universal.

Em toda essa celeuma envolvendo o acordo Brasil-Canadá, o que não foi devidamente divulgado no nosso país foi

o horror que causou ao povo e ao governo canadenses a quantidade das penas fixadas: 26 e 28 anos de prisão, para um seqüestro sem morte, é, internacionalmente falando, excessivo, especialmente porque o homicídio quase nunca é punido entre nós com tanta “exemplaridade”. Esta, aliás, como afirma a melhor doutrina penal, não é boa companheira da proporcionalidade, que é o suporte do princípio (acolhido, por sinal, pelo nosso ordenamento jurídico penal) de que cada um deve ser punido “na medida de sua culpabilidade”. As penas fixadas em primeira instância (de oito a quinze anos) tinham mais afinidade com o Direito e a Justiça. Bem como com a proporcionalidade e, em consequência, com a igualdade.

Considerando que todos os condenados estão presos há quase nove anos, já fazem jus a algum tipo de benefício legal (progressividade de regime, livramento condicional). Considerando ademais que um desses benefícios já foi negado porque, “*tout court*”, tratava-se de estrangeiro, para não se perpetuar a injustiça (de negar favores legais apenas porque se trata de alienígena), o melhor mesmo seria transferi-los para que cumpram o restante da pena em seus países, desde que eles mesmos estejam de acordo. Afinal, grande parte da pena já foi cumprida no local do crime e, portanto, já foi atendido eventual efeito repressivo e preventivo. Pena justa é tão-somente a pena necessária.

Não estranha, por último, o fato de 78% da população ser contra a transferência de presos. A população, como “massa” dotada de pouca racionalidade punitiva, nunca perde ocasião de exprimir “suas profundas necessidades psicológicas e emocionais de condenação”. Recorde-se, no entanto, com Ferrajoli, que a legitimação do Direito Penal não tem “nas maiorias” a sua base axiológica. Sua legitimação filosófica e política reside no respeito aos direitos fundamentais da pessoa, como base para o desenvolvimento da sua personalidade.

---

**Luiz Flávio Gomes é mestre em Direito Penal pela USP, autor de vários livros e trabalhos jurídicos e ex-Juiz de Direito em São Paulo.**

---

**Nota do Editor:** Em meados de junho, os mencionados presos canadenses, e também os demais, envolvidos no seqüestro do empresário Abílio Diniz, encerrada a greve de fome que empreenderam, tinham em processamento na Vara das Execuções Criminais de São Paulo os pedidos que formularam, pelo seu direito ao regime semi-aberto. Assim prejudicada a aplicação do Tratado Brasil-Canadá, na espécie, por ora, entendemos, porém, conveniente manter a publicação do artigo acima, dada a sua notória generalidade e abrangência.

# Eleições, eco da voz da maioria

**U**ma das manifestações da democracia consiste na possibilidade de renovação periódica dos representantes e dirigentes de um povo, que tem o direito de livremente escolher os partidos, as pessoas e os programas de governo que lhe convêm. A escolha feita pela maioria há de prevalecer, sendo certo que as minorias, cuja liberdade de expressão deve ser respeitada, deve submeter-se à decisão daquela. A liberdade que estas têm de se organizar e de convencer outros a abraçarem suas teses e propostas anima-as a atuar em tal processo dialético que, com avanços e recuos, revela o perfil de uma dada sociedade.

Para ser verdadeiramente democrático, o processo eleitoral, de um lado, deve dar oportunidade a que todos os segmentos sociais possam ser ouvidos e, de outro, deve reger-se por normas tais, que permitam que a vontade da maioria seja efetivamente respeitada. Em suma, as regras e o processo eleitoral devem contribuir para que os anseios da maioria sejam de fato atendidos, e não se constituam em mecanismos espúrios destinados a que os interesses de oligarquias, sob a aparência de haverem sido "democraticamente" sufragados, passem a reger toda uma nação.

As leis eleitorais entre nós, como se tem visto, têm-se mostrado casuísticas, sendo evidente a aspiração geral no sentido de que venha a nascer uma verdadeiramente democrática e duradoura. Entrementes, aspectos positivos de algumas leis em vigor merecem reconhecimento. Assim, preceitos que punem com a inelegibilidade quem tenha abusado do poder econômico ou político para eleger alguém ou para ser eleito, são por tudo elogiáveis.

Entretanto, sabido é que os expedientes infratores da lei, que viciam a vontade popular e que pretendem legitimar situações queridas por minorias como se fossem aspirações gerais, são adotadas à sorrelfa; são precisos olhos de lince para serem detectados, posto que quem viola a lei, em geral, quer ficar a salvo da desconstituição do ato vicioso e quer forrar-se contra possível e eventual apenação prevista no ordenamento jurídico. Assim, quando situações de abuso do poder econômico ou

político são denunciadas à Justiça Eleitoral, delas, no mais das vezes, não se têm mais que indícios.

Estes, contudo, são meios de prova. E é preciso que o julgador, ciente de que quem comete ato ilegal procura não deixar rastros de suas ações, não despreze os indícios convincentes e não se satisfaça apenas com provas diretas de infrações que tais, sob pena de coonestar práticas espúrias, de legítimas ações ilegais e, enfim, de tornar legítima a vontade de minorias, como se proviesse ela da maioria.

A atuação rigorosa do juiz que contrarie interesses de quem não tem escrúpulos em infringir a lei, por certo sofrerá crítica pessoal, que tem o propósito de desmerecer o julgador e, assim, criar clima favorável à reforma da decisão, que não poderia estar sujeita senão à impugnação por fundamento jurídico, único apropriado para a fase recursal. Dizer que o juiz acolheu indícios por ser simpatizante do partido beneficiado com a decisão ou que ele é de esquerda, quando o vencido é de direita, ou que é de direita, em caso contrário, são argumentos comumente adotados que acabam influenciando no julgamento do recurso. O magistrado consciente de seu papel social, entretanto, não pode se abalar por essas críticas, que visam apenas perpetuar alguns no poder, contra a vontade da maioria.

A omissão de alguns, temerosos de críticas que tais, tem contribuído para que a democracia do País não tenha tido avanços desejados. É preciso, pois, que cada um cumpra seu papel social e destemidamente faça prevalecer preceitos legais como aqueles examinados, que, sem dúvida, mostram-se positivos e contribuem para a efetivação dos anseios democráticos entre nós. Urge que o processo eleitoral deixe de ser uma infundável encenação, para que os resultados das urnas, sem influências indesejáveis, sejam efetivamente respeitados e, assim, a vontade da maioria prevaleça enfim.

**Jorge Eustácio da Silva Frias, Juiz de Direito em Mato Grosso do Sul e membro da Associação Juizes para a Democracia.**

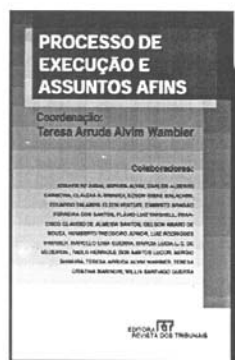
## Editora Revista dos Tribunais



720 páginas  
R\$ 62,00



282 páginas  
R\$ 34,00



544 páginas  
R\$ 49,00



164 páginas  
R\$ 23,00

Adquira estas e outras obras na **RT Livraria Virtual**.

A primeira livraria jurídica da Internet.

<http://www.rt.com.br>

Visite nosso site: <http://www.rt.com.br>

Atendimento ao consumidor: 0800 11 2433

EDITORA **RT**  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Loja 1 • R. Conde do Pinhal, 80 • CEP 01501-060 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 3107-2433 • Fax: (011) 3107-5802  
Loja 2 • R. Tabatinguera, 140 • Loja 2 • CEP 01020-901 • São Paulo • SP • Tel.: (011) 3115-2433 • Fax: (011) 3106-3772  
Loja 3 • R. da Assembléia, 83 • CEP 20011-001 • Rio de Janeiro • RJ • Tel.: (021) 533-7037/7038 • Fax: (021) 533-4660  
Loja 4 • R. Barão de Jaguará, 1.155 • CEP 13015-002 • Campinas • SP • Tel.: (019) 232-1280/3700/4420 • Fax: (019) 232-3554