A SEGURANÇA DEMOCRÁTICA.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista - UNIP e Escola de Comando e Estado Maior do Exército - ECEME, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia e do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de S.Paulo.

Escrevi, na década de 1970, estudo sobre a legitimidade do poder, formulando uma teoria de alcance alicerçada nos fundamentos do direito natural para justificá-la.

No estudo, mostrei que a democracia de acesso (escolha dos governantes) seria uma etapa, mas não a mais importante. A realização democrática apenas se obteria com o controle exercido pela sociedade através de mecanismos que não dependessem dos governantes, pois, caso contrário, não haveria controle, senão pela via eleitoral, ao fim de cada período (1).

(1) Escrevi: "Já verificamos que a manutenção do poder depende, fundamentalmente, da força em que se mantém e na tolerância dos que lhe são submetidos, sendo a legitimidade de acesso por escolha popular, consentimento revolucionário ou mera assunção de comando, elemento de maior ou menor relevância, enquanto representativo, exclusivamente, de simples conquista de governo.

A Alemanha Nazista, com o poder atingido de forma não democrática, representou a detectada aspiração nacional, numa aparente consonância entre governante e governados. O acesso ao poder, por vias democráticas, de Jango Goulart, não representou a referida consonância. Por vício de origem, pois apenas aparente a consonância no primeiro caso e por falta total de semelhança entre as aspirações nacionais e o governo, no segundo caso, ambos os exercícios do poder resultaram em soluções ilegítimas, com alcance limitado.

Por esta razão, entendemos que o aspecto exterior do acesso ao poder, em face da multiplicidade de fatores que lhes possam influir, em regimes democráticos ou de força, é, para a sua legitimação, elemento de contorno formal, que não se confunde com aquele decorrente da conjunção

governante escolhido era sempre aquele que não desejava o poder. Bastaria, qualquer cidadão, demonstrar um mínimo de ambição política, para já ser afastado do pleito.

É que o poder é deletério e corrosivo e, quem o busca, o faz mais pela ambição de exercê-lo, do que para colocar-se a serviço da comunidade. E mesmo quando presta serviços públicos, o seu móvel maior não é servir, mas assegurar-se no poder. Com entonação, mais ou menos cínica, Platão, Aristóteles, Políbio, Maquiavel, Mazarin, Montesquieu, Hegel, Marx, Carl Smitt etc. diagnosticaram essa realidade: quem tem o poder, deseja mantê-lo a qualquer custo; quem não o tem, luta por derrubar aquele que o detém. Nenhum dos dois se importa de utilizar os procedimentos mais aéticos, desde que o poder seja assegurado (2).

Rotrou e Racine bem descrevem esta ambição:

---

(2) Platão ("Gorgias"), Aristóteles ("Politia"), Políbio ("História"), Maquiavel ("O Princípe"), Mazarin ("O Breviário dos políticos"), Montesquieu ("Do Espírito das leis"), Hegel ("Lições de História da Filosofia"), Marx ("O Capital"), Carl Smitt ("O conceito do político").

"Tous les crimes sont beaux, dont un trône est le prix" (Rotrou, Inocente fidelidade, I, 2).

"Le nom de père, Atale, est un titre vulgaire:
C est un don que le ciel ne nous refuse, guère.
Un bonheur si commum n'a pour moi rien de doux,
Ce n'est pas un bonheur, s'il ne fait les jaloux,
Mais le trône est un bien dont le ciel est avare;
Du reste des mortels ce haut rang nous separe" (Racine, A Tebaida).

Por esta razão, é que, apesar de a democracia ser uma péssima forma de exercício do poder --pois a maioria das nações apenas vivencia a "democracia do acesso" e não a "democracia da continuidade"-- ainda constitui a melhor maneira de a sociedade tentar controlar aqueles que a dirigem.

A Constituição Brasileira cuida dos 3 Poderes dos

artigos 44 a 135. Dedicando os de 44 a 75 ao Legislativo, os de 76 a 91 ao Poder Executivo e os de 97 a 135 ao Poder Judiciário, Ministério Público e advocacia.

E trata da "democracia de acesso" nos artigos 14 a 17.

De rigor, todavia, o cerne da democracia brasileira reside no artigo 5º, incisos LIV e LV, que assegura o direito de defesa e a independência do Poder Judiciário perante os demais poderes, pois o responsável para assegurá-la (3).

Nas ditaduras, não há direito de defesa. Um único Poder define quem será condenado, sendos os

---

(3) Estão os incisos LIV e LV assim redigidos: "LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Poderes Legislativo e Judiciário, quando existem, meros fantoches. Quando da revolução cubana, sem direito de defesa, milhares de pessoas foram executadas em paredões por um ditador que matou mais pessoas que Pinochet e que, ainda hoje, detem um poder absoluto. E acaba, o famoso genocida, de fazer aprovar, em seu país, lei que impede o aparecimento de oposições, considerando-as subversivas e sujeitando quem as fizer à pena de 20 anos de reclusão!!! O mesmo ocorreu quando o partido republicano tomou conta da Espanha, executando, entre sacerdotes e religiosos, mais de 6.000 ordenados, até ser derrubado pelos nacionalistas, que geraram, todavia, outro regime de força.

Nas ditaduras, o ditador comanda o direito até ser derrubado, enquanto nas democracias o poder controla o poder, pois, como diz Montesquieu, "o homem não é confiável no poder" (4).

---

(4) Escrevi: "Montesquieu, ao idealizar o seu "Do espírito das leis", fá-lo a partir de duas realidades que o impressionam vivamente, a saber: o sucesso político do modelo inglês e a absoluta descrença na natureza humana. Do modelo inglês tira, pelas lições de Locke e por sua observação pessoal, a certeza de que o controle exercido

pela monarquia e pelo povo sobre o Parlamento e o Gabinete ofertaria a estabilidade à harmonia de poderes, posto que ninguém poderia exercê-los de forma absoluta, em função dos freios e contra-freios inerentes ao sistema.

Montesquieu introduz, de forma didática, o estudo da tripartição dos poderes, acrescentando à observação da experiência inglesa e aos ensinamentos de Locke o Poder Judiciário como poder independente.

*É interessante notar que a lição inglesa --não permitindo seja realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça, na tradição costumeira insular, é menos dádiva do Estado e do monarca que um direito conquistado pelo povo-- leva Montesquieu a nele descortinar um complexo orgânico formado a partir da **praxis** dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente e da lição dos bárbaros e povos autóctones, cuja existência milenar tornara o direito repetitivo.*

Não se esquece, por outro lado, da presença da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante à época de Montesquieu o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça tenha evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chega a descortinar força própria de separação, como o faz Montesquieu.

Montesquieu intui a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza, a serviço da força do poder, provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fá-lo separar o exercício de feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: "Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites" e ao concluir que é necessário que o "poder constitua um freio para o poder", sintetiza sua

Ora, é exatamente o direito de defesa, principalmente contra o Poder, que constitui a "democracia da continuidade" e não a mera "democracia de acesso", cabendo ao Poder Judiciário fazer justiça para manter o equilíbrio das instituições.

Ocorre, todavia, que, no Brasil de hoje, o

---

concepção a partir da descrença na natureza humana.

À clássica tipologia externa dos governos bons ou maus, assim como governos monárquicos, aristocráticos ou democráticos, ou ainda na preocupação da época, a sua divisão em repúblicas, monarquias e governos despóticos, acrescenta-se, em Montesquieu, a tipologia interna da divisão dos poderes, quaisquer que sejam as formas exteriores apresentadas. Sua pessoal visão exclui, entretanto, os governos despóticos, isto porque a tripartição apenas se torna possível em governos moderados.

É Montesquieu criticado no período, poque se entendia que o poder dividido não é poder, não sendo acionável, convenientemente, nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado" (Comentários à Constituição do Brasil, 1º volume, Ed. Saraiva, 1988, p. 75/76).

formalismo tomou conta do Poder Judiciário. Assegurar a defesa e promover a justiça constituem, cada vez mais, ideais distantes, pois mais importante que fazer justiça é cumprir bem os formalismos --muitos deles sem que lei os tenha criado-- ainda que impeçam que a justiça seja feita.

Gostaria de me fixar, neste breve artigo, em questão que me parece de particular relevância, que diz respeito, no dizer de John Marshall, ao "poder de destruir", qual seja, o da política tributária e sua discussão em juízo (5). Levanto questão que, a meu ver, fere, cristalinamente, as garantias constitucionais de acesso ao Judiciário e que, na maior parte das vezes, serve ao Erário para atalhar justas reivindicações de contribuintes, na aética tentativa de manutenção

(5) "Taxation (or confiscation) consists of direct seizure of private money or property by the State, backed by the threat of force.
Confiscation ("appropriation to the State treasury", colloq. "legal robbery with sanction of ruling power") implies neither total seizure, as is commonly thought, nor any element of penalty, Nevertheless, as Chief Justice John Marshall pointed out: "The power to tax is the power to detroy" (D.R. Myddelton, The Power to Destroy, Johnson, Londres, 1969, p. 15).

de receitas obtidas contra a lei e a Constituição.

O "déficit" público acumulado pelas mais de 5.500 entidades federativas, nada obstante ser a carga tributária brasileira --examinada segundo os critérios PIB-capacidade contributiva-nível de prestação de serviços públicos-- a mais alta do mundo, tem levado as três esferas de Poder a se utilizarem, cada vez mais, de expedientes aéticos e ilegais para gerar ingressos, na certeza de que são poucos os contribuintes que discutem e, mesmo assim, com o aval do Judiciário, a eliminação de grande parte das reivindicações legítimas do pagador de tributos acaba sendo obtida, em virtude de pretensas "falhas processuais".

É de se lembrar que a carga tributária brasileira, em relação ao PIB, é altíssima, superior à dos EUA e Japão, estando em 33%, quando, na Argentina, situa-se em 15%; no México, em torno de 17%; no Paraguai, em torno de 11%. Em relação ao PIB e à capacidade contributiva, que, em 1996, era de 36%, a carga sobe para 80%, perdendo, o Brasil, apenas para Dinamarca e

Suécia, que têm em torno de 85%. E se se relacionarem ao PIB a capacidade contributiva e o nível de prestação de serviços públicos, a carga é a maior do mundo, pois entre todos os países emergentes importantes e os desenvolvidos, a prestação de serviços no Brasil é a pior que se conhece no globo.

Temos, portanto, o "privilégio" de entregar 1/3 do produto interno bruto para o Estado, desdobrado em 5.500 entidades federativas, para remunerar políticos e burocratas. Estes, que deveriam servir o povo, servem-se da sociedade para dela retirar, sem retribuição, tributos destinados a manter seus privilégios, distribuídos por 5.500 Casas Legislativas, 5.500 Poderes Executivos e uma infinidade de "servidores", em todo território nacional (6).

(6) Escrevi: "Por outro lado, a máquina administrativa brasileira é das mais esclerosadas, arcaicas e ultrapassadas. E a "inflação legislativa" num país que tem vigendo, entre Constituições, leis orgânicas, leis complementares, ordinárias e atos normativos, mais de 1.000.000 de diplomas legais distribuídos pelos 5.500 entes federativos, gerou uma "inflação de obrigações burocráticas" inúteis, de tal maneira que nada, neste país, se faz sem um papel, um documento, uma certidão,

Somos autênticos "escravos da gleba" do século XX, se comparados com os contribuintes de todos os demais países emergentes importantes e dos

---

uma autorização, chegando ao paradoxismo de ser necessário obter "senhas oficiais" para que se possa entrar na fila e aguardar a expedição de um dos inúmeros documentos que todo o brasileiro é obrigado a ter para mostrar que "existe".

Pagamos tributos para sustentar uma máquina administrativa que não gera riqueza, mas atraso, na medida em que é criadora de obstáculos, a título de controlar o "cidadão", afastando desenvolvimento, investimentos e destruindo a produção e o emprego.

Por isto, o ideal da maioria dos brasileiros é ingressar no serviço público, e integrar a classe de privilegiados, que, quando aposentados, recebem 10 vezes mais, em média, que o cidadão comum, sobre não correrem os riscos de desemprego e da luta pela existência.

Embora a maioria dos que ingressam na Administração Pública dos Estados, Municípios e da União, tenha mais por objetivo ser beneficiária do sistema, do que dele servidor, não cabe a generalização. Tal postura, termina por atingir a dignidade e a honra dos verdadeiros servidores públicos, ou seja, daqueles que entraram na carreira por vocação, e que, na maior parte das vezes, por serem "servidores" e não "políticos", terminam, inclusive, não sendo promovidos, embora o mereçam, pois, no país, têm mais facilmente acesso aos altos escalões os que se servem do poder, que aqueles que servem ao público" (artigo "O peso de uma Federação falida", publicado no jornal O Estado de São Paulo, 15/02/99, p. A-2).

desenvolvidos.

Nesta luta por manter receitas e privilégios dos detentores do poder e do corporativismo, a ilegalidade grassa na elaboração legislativa, muitas vezes mantida por decisões do Poder Judiciário, que, acumulado por excesso de questões, busca proteger-se levantando "questiúnculas processuais", adotando interpretações limitativas dos direitos dos cidadãos com base em formalidades excessivas e desnecessárias. Comprovam a assertiva os entraves criados para a subida de recursos como: falta de recolhimento de porte de retorno dos recursos extraordinários, independentemente de exigência dos tribunais inferiores, exigência de certidão da tempestividade da interposição do recurso perante o tribunal local, mesmo que a apreciação da admissibilidade, feita nessa instância, demonstre que o prazo foi cumprido e que as peças necessárias foram trasladadas; e, principalmente, o "pré-questionamento", que faz o processo brasileiro voltar aos tempos primitivos do direito romano (o período formulário), em que a não utilização da palavra correta ("videira" em vez de "árvore", por exemplo) prejudicava a

apreciação do direito do postulante (7).

O Brasil, hoje, em matéria de direito processual, é mais retrógrado do que os romanos, no início de seu direito, pois há maior preocupação em observar os rigores da forma do que em fazer Justiça. Processualistas e magistrados estão mais voltados a tornar o rigorismo processual cada vez maior, deixando de lado a função principal do Poder Judiciário, que é fazer Justiça.

Lendo recente parecer de Galeno de Lacerda, o

---

(7) Vicente Greco Filho lembra que: "No Direito Romano primitivo vigorava o princípio do absolutismo da lei ou da sacramentalidade das formas. As próprias palavras da lei deveriam ser reproduzidas sob pena de nulidade. Conhecido é o exemplo dado pelo jurista Gaio: se a lide se referia a uma videira e o autor usava o termo vitis (videira), mas a lei (no caso a Lei das XII Tábuas) prescrevia arbor árvore), a ação não podia ser conhecida. Ainda no Direito Romano do Ocidente, o princípio foi abrandado, já no período formulário e, mais ainda, no terceiro, chamado da cognitio extra ordinem, exatamente em virtude da possibilidade do conhecimento de ações ou exceções fora das previsões expressas da lei ou dos éditos pretorianos" (Direito Processual Civil Brasileiro, volume 2, 4ª ed., Ed. Saraiva, 1989, p. 11).

eminente jurista gaúcho sustenta, com fortes argumentos, que o "prequestionamento", levantado pelo Judiciário para não fazer Justiça e denegar a prestação jurisdicional, é, desde 5 de outubro de 1988, rigorosamente "inconstitucional". Não condiz com o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, até porque fruto de elaboração jurisprudencial, e não de expresso texto legislativo (8).

---

(8) "A segunda tentativa de desafogo dos Tribunais Superiores, o prequestionamento, também não merece aplausos. Trata-se de um subterfúgio para não conhecer do recurso, porque o Tribunal inferior não teria julgado a questão suscitada pelo recorrente, embora fundado este nas mais evidentes razões. O pior é que, muitas vezes, o Tribunal "a quo" não julga porque não quer, porque repele sumariamente embargos declaratórios dizendo que "nada há a declarar". E, mesmo assim, os Tribunais Maiores, lavando as mãos e furtando-se de sua missão constitucional, não conhecem do recurso por pretensa falta de prequestionamento.

O assunto se torna mais grave quando se tratar de questão constitucional, que, a rigor, deveria ser conhecida e julgada até de ofício, pela Corte Suprema. Mesmo que haja omissão do advogado da parte, não é concebível que o instituto artificial do prequestionamento, não previsto na Constituição, condicione e paralise a missão indisponível do Supremo, de guardião maior da Carta Magna, às carências de um juiz de primeiro grau ou à inexperiência de um jovem advogado, que deixaram de plantar no processo, com os requisitos de um formalismo exagerado, a semente da

Não desconheço que o excessivo número de processos com que se defronta o melhor dos três Poderes da República, torna desumano o trabalho dos magistrados, mas também não posso entender que esteja o Judiciário menos preocupado em fazer Justiça do que em se utilizar de inúmeros expedientes, que não têm matriz legal, para deixar de julgar processos que lhe são encaminhados, e, assim, aliviar-se da pesada carga que lhe pesa sobre os ombros.

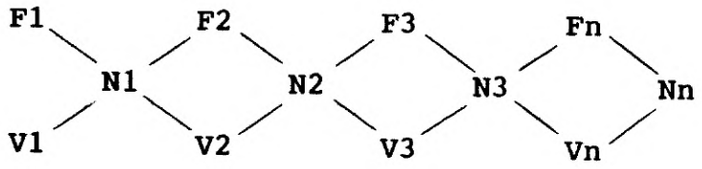
---

questão constitucional, e, só por isso, por mais aberrante, por mais absurda que se ostente a lesão ao Estatuto Supremo, e a eventual calamidade política, social e econômica dela advindas - a Corte Suprema nada possa fazer, simplesmente porque o juiz deficiente e o advogado inexperiente teriam, com sua inópia, poder de disposição sobre a matéria constitucional!!!

Por melhores que sejam os argumentos em favor do prequestionamento, expresso nas Súmulas indicadas do STF, cedem eles ante a simples evidência de que se trata, na verdade, de uma ***condição*** *artificial, imposta ao emprego dos recursos extraordinário e especial, não prevista na Constituição. Trata-se, portanto, de um* ***artifício inconstitucional****, que leva as Cortes Maiores a descumprir sua função indisponível" (p. 6 do parecer de Galeno Lacerda).*

De rigor, o art. 5º, inciso LV, ao falar em ampla defesa administrativa e judiciária, veda que essa garantia seja frustrada, por óbices processuais criados pelo próprio Poder Judiciário --no papel de "legislador positivo" e não "legislador negativo"-- cerceando a defesa do cidadão e violentando a Constituição, sobre criar a sensação nítida de que estaria aberto, apenas, a uma elite capaz de contratar excelentes advogados para que tais percalços sejam evitados, e não à disposição da maioria da população, carente de recursos para tanto.

Miguel Reale, em seu livro sobre a "Teoria Tridimensional do Direito", ao considerar a dialeticidade dessa teoria que não prescinde do fato e do valor para produzir a norma, a que o Poder Judiciário oferta segurança e certeza, lembra que, em cada produção de ato legislativo, cria-se nova tensão e o processo dialético se inicia, ou para manutenção da norma adaptada à evolução do tempo e das circunstâncias, ou para a elaboração de novas normas, o que pode ser graficamente representado da seguinte forma:



(9).

De rigor, esses óbices processuais que o Poder Judiciário institui independentemente de fundamentação legal, para se auto-proteger contra o acúmulo de processos --e que são habilmente utilizados pelas 3 esferas governamentais, preocupadas em manter receita a que não têm direito, por decorrerem de leis inconstitucionais-- geram, como acentuado pelo mestre gaúcho, inequívoca inconstitucionalidade. Na tridimensionalidade dialética realeana, a alteração da norma decorre de uma indevida assunção de poderes do legislador positivo.

Estou convencido de que a função do Poder Judiciário é, antes de tudo, fazer justiça. Sempre que seus integrantes superem incidentes processuais criados por atos de menor estatura

---

(9) Há edição recente publicada na Espanha com o título "Teoria Tridimensional del Derecho".

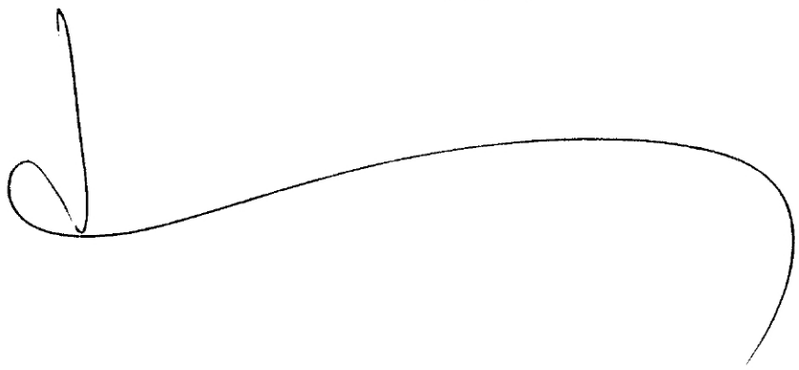
que leis emanadas do Legislativo, estarão cumprindo sua missão de fazer Justiça. Quando assim não agem, movidos pela intenção (compreensível) de auto-proteção, em face do acúmulo brutal de serviço, principalmente nos Tribunais Superiores, os magistrados deixam de atender aos jurisdicionados, e fazem com que o direito retroaja ao primitivo "período formulário" de 2.500 anos passados. Promovem, na verdade, a volta à idade da pedra do direito processual (10).

Creio que a matéria mereça reflexão, pois o Poder Judiciário é a última salvaguarda de uma Democracia e, quando a "forma" vale mais do que o

(10) Escrevi à abertura do II Forum Jurídico da Academia Internacional de Direito e Economia e da Fundação Dom Cabral, quando da promulgação da Constituição (19 e 21/09/1988): "Por esta razão, ao terminar, eu, pessimista em relação ao texto, sou otimista em relação àqueles que vão interpretá-lo e aplicá-lo. E, principalmente, na posição sempre serena do Poder Judiciário, porque, na verdade, estou convencido de que, a partir de agora, a grande nação que o Brasil deve ser dependerá não mais dos Constituintes, mas daqueles que, como nós, têm sua vocação voltada para o Direito e fazem do ideal de justiça o seu grande ideal de vida. Era o que tinha a dizer" (A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações, 2ª ed., Ed. Forense Univr., 1990, p. 8).

"direito", está-se colocando em risco a própria democracia e promovendo-se uma "justiça elitista", não direcionada ao povo.

São Paulo, 19 de Fevereiro de 1999.



IGSM/mos
asegdemo