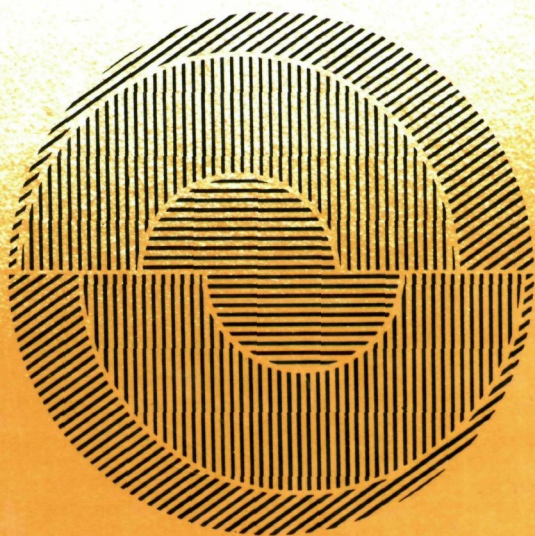


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
JULHO A SETEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 99

Criminalidade e política criminal

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO

Ministro do Tribunal Federal de Recursos

Após as saudações de praxe, desejo iniciar esta preleção com alguns dados estatísticos fornecidos recentemente pelo DEPEN, órgão do Ministério da Justiça.

Os presídios brasileiros estão superlotados. Temos, ao todo, cerca de 41.250 lugares nesses estabelecimentos (capacidade de lotação), mas o número de presos já ascende a, aproximadamente, 71.000. Todavia, o que mais impressiona é, ao lado disso, a existência de 251.000 mandados de prisão expedidos e ainda não cumpridos. Como fazê-lo? É simplesmente impossível.

Esses dados nos revelam que o Direito Penal, no Brasil, é duplamente ineficaz: de um lado, quase nada se pode fazer, em estabelecimentos superlotados, em prol da regeneração do condenado; de outro, o maior número de condenações fica no papel, já que não são prontamente executadas.

O que falha em tudo isso?

Notem os senhores que o valor do Direito Penal, em seu aspecto de prevenção geral ou especial, está na sua eficácia. O Ministro CORDEIRO

Conferência proferida em 21-11-87, no I CICLO MARANHENSE DE CIENCIA DO DIREITO, em São Luís — MA.

GUERRA, do Supremo Tribunal, costuma dizer que ninguém mete o dedo em uma tomada elétrica porque sabe, de antemão, que, se o fizer, leva um choque. *A pena criminal deve assemelhar-se a esse choque, para que produza efeitos sobre o delinqüente no meio social. Mas, em um país em que a pena criminal não passa de mera ficção, isto é, consta da sentença e não se executa, ou se executa mal, é como se estivéssemos diante de uma tomada que não funciona, na qual se pode meter o dedo, sem perigo de levar choque.*

E o criminoso sabe disso. Tanto que, freqüentemente, temos notícia de crimes bárbaros, praticados nas ruas de nossas cidades, por quem já está condenado a 10, 30 ou 40 anos, mas permanecia solto.

Por que estava nas ruas esse multirreincidente? *Será possível ou desejável continuarmos na linha da falsa pregação de que é necessário agravarem-se ainda mais as penas, aumentar o número de condenações etc., se não damos conta sequer do que aí está?*

O que falha entre nós? Eis a questão.

O exame desses fatos, de conhecimento público, freqüentemente mencionados pela imprensa, leva a uma reflexão de política criminal, ou melhor, conduz à necessidade de refletirmos um pouco sobre a política criminal brasileira.

E a isso nos propomos nesta conferência.

A política criminal brasileira começou, precisamente, com o Código Criminal do Império, de 1830. Sua ideologia está na Carta Constitucional de 1824.

Esse primeiro estatuto penal significou um grande avanço, foi objeto de elogios pela comunidade internacional, serviu de modelo para o Código Espanhol e, por via reflexa, para os códigos dos países latino-americanos. Mas esse mesmo Código nasceu sob a inspiração da fé no cárcere, da fé na pena de prisão e na pena de morte. A política criminal que o informa é uma política criminal de índole repressiva, baseada na idéia que arranca da crença na pena criminal como instrumento único, bastante e suficiente ao combate ao crime, à contenção da criminalidade. Depois desse, tivemos o primeiro Código Republicano, de 1890, que evolui, de certa forma, em relação ao Código de 1830: atenua uma série de penas, mas situa, ainda, no centro da legislação penal, a mesma idéia da repressão ao crime, do combate ao crime, da fé na pena de prisão. *Sobretudo, na pena de prisão que começa a adquirir relevância desde então. A Consolidação das Leis Penais mantém-se na mesma linha, e o Código de 1940 aprimorou a técnica, mas não abrandou o caráter nitidamente repressivo, orientando-se pela idéia de que a pena de prisão continuava como o remédio único e definitivo contra o fenômeno do crime. Estes Códigos, o primeiro de 1830, passando*

pelo Código Republicano, pela Consolidação das Leis Penais, e chegando até o nosso Código de 1940, são Códigos que foram elaborados a partir de idéias então vigorantes em países da Europa Ocidental. Recentemente, em Congresso Internacional de Direito Penal, trocava idéias com um grande penalista latino-americano, RAUL ZAFARONI. Dizia-me ele que, na Argentina, não há tantos problemas. Para uma população, se não me falha a memória, de vinte milhões de habitantes, existiam 10 ou 50 mil presos. E todos cumpriam suas penas razoavelmente. Se isso ocorrer em outros países de menor população, pode-se antecipar a conclusão de que o Direito Penal de índole repressiva, com todos os equívocos que possa ter, funciona em lugares de menor número de habitantes, ou de menor densidade demográfica. O que não é o caso do Brasil ou de nossas regiões urbanas, de grande densidade demográfica.

Há, pois, no Brasil, urgente necessidade de se repensar nosso ordenamento jurídico-penal, já que a Reforma de 1984 ainda continua incompleta.

O Código Penal de 1940, com o que dele ainda permanece, feito e editado no clímax do Estado Novo, foge aos padrões desejáveis. Foi, para a época, um estatuto avançado, incorporando o que havia de consenso na doutrina então dominante. Essa doutrina, porém, tem um grave pecado: remonta ao primeiro quartel do século XX e se estrutura sobre a crença da necessidade e suficiência da pena de prisão para o controle do crime. A política criminal que a inspira é marcadamente parcial e repressiva. Tão repressiva que transformou, entre nós, a medida de segurança, de caráter eminentemente preventivo, em uma espécie de pena complementar da pena retributiva ou em pena de prisão para portadores de doença mental, em celas de horríveis manicômios judiciários. Não desejamos repetir, aqui, as críticas que temos endereçado a esse Código, por já serem bastante conhecidas (cf. *Princípios Básicos de Direito Penal*, pp. 58 e ss.).

Frise-se, porém, que a malsinada fé no cárcere tornou-se responsável, entre nós, por coisas como estas:

a) a falsa noção de que a cadeia é o remédio para todos os males sociais, noção essa que obteve enorme difusão entre a população, e hoje se poderia considerar solidamente instalada na opinião pública brasileira;

b) a aplicação de penas de prisão superiores ao tempo médio de duração da vida humana, como se esta ficção das ficções pudesse assustar ou intimidar bandidos que enfrentam a morte constantemente, como rotina do cotidiano;

c) os milhares, muitos milhares de mandados de prisão, resultantes de condenações ou de medidas processuais, que não podem ser cumpridos, por desaparecimento policial ou por falta de espaço nos estabelecimentos penais, gerando a consciência da impunidade do crime e o descrédito da Justiça Criminal;

d) o abarrotamento, o submundo dos atuais estabelecimentos penais e a rotulagem, com a conseqüente marginalização social, de um bom número de indivíduos que, sem retorno possível, descambam para a criminalidade mais grave;

e) por fim, o círculo vicioso ancorado na falsa idéia de que a solução, agora, seria agravarem-se e ampliarem-se ainda mais as hipóteses de penas de prisão: o crime conduz à pena, a pena conduz ao crime e este a mais penas, e assim por diante.

A Reforma de 1984, que, como se sabe, não se constituiu em ato de generosidade de um Governo, mas nasceu de um pensamento penalístico reformador, que se desenvolveu entre nós durante mais de duas décadas (o primeiro projeto de reforma de NELSON HUNGRIA data de 1963), busca alterar esse panorama, mas não o tem conseguido: primeiro, por estar incompleta (ainda não se reformou a Parte Especial nem se editou o novo Código de Processo Penal); segundo, pelas naturais dificuldades de implementação de alguns institutos, ante a falta de recursos para tanto. Além disso, registram-se, agora, em algumas áreas, tendências muito fortes e preocupantes, no sentido de um retorno a orientações de legislações pretéritas, o que soma novas dificuldades àquelas já existentes.

Como os debates em torno dessa nova legislação ainda estão quentes, dispenso-me de repetir o que tenho dito e escrito, reiteradamente, a respeito, para poder dedicar algumas palavras sobre o que reputo fundamental no momento presente.

Há, no Brasil, uma Constituinte instalada que nos dará, em breve, a nova Constituição da República. Nessa nova Lei Maior, como não pode deixar de ser, estabelecer-se-ão os limites da atuação dos Poderes do Estado, frente aos direitos e garantias individuais. Estabelecer-se-á o tipo de Estado e de regime sob os quais iremos viver em futuro próximo. Parece-me confortador saber que o ideário da reforma penal brasileira está expressamente consagrado no texto do projeto recém-aprovado na Comissão de Sistematização, ao estabelecer as formas de pena criminal. Como prepararmo-nos, entretanto, para a implementação, no Brasil, de uma autêntica política criminal?

A dogmática penal atinge, em nossos dias, nível elevadíssimo de desenvolvimento. Os conceitos que elaborou nos últimos 50 anos parecem suficientes à construção de um sistema jurídico penal mais do que razoável. De tal sorte que seus pontos ainda polêmicos são de uma tessitura tão fina e periférica que já não conseguem situar-se antiteticamente em termos de "certo" ou "errado". Deve o dolo localizar-se no tipo, na culpabilidade ou em ambos? A consciência da ilicitude é elemento do dolo ou da culpabilidade? Pena e medida de segurança, ou a primeira desempenhando a função de ambas?

Qualquer que seja a resposta que se dê a estas indagações — e citamos algumas apenas exemplificativamente —, não põe em questão os temas fundamentais, consensualmente já resolvidos, tais como: o princípio da culpabilidade, os elementos subjetivos e objetivos do crime, a sanção penal com seu dúplice caráter retributivo-preventivo etc.

A questão — esta, sim, difícil de se resolver — situa-se na esfera de atuação da política criminal. E aqui a polêmica instaura-se sobre pontos fundamentais, ainda sem respostas com trânsito pacífico.

A política criminal identifica e seleciona princípios, meios e métodos para o controle do fenômeno do crime.

Agora, vejamos este exemplo: que meios selecionar e que volume de recursos canalizar para as instâncias estatais de controle do crime? Ou até mesmo esta perspectiva será discutível?

A mesma pergunta poderia ser formulada de modo diverso, assim: que preço estaremos dispostos a pagar, em termos de restrição à liberdade, de desvios de recursos de outras áreas igualmente prioritárias, ou de maiores encargos tributários, para a obtenção da tão sonhada segurança pública e pessoal?

Estas indagações, ainda sem respostas entre nós, por falta de um consenso em torno de discutíveis propostas conflitantes, conduzem ao que poderíamos chamar de “a hora da verdade”, no âmbito da política criminal brasileira. E, para não fugir pela tangente e ter que enfrentar essa realidade, permitam-me colocar como premissa do raciocínio que se seguirá uma proposição simples, que pode ser facilmente intuída a partir da experiência brasileira. Ei-la: da mesma forma que não se podem revogar, por ato legislativo, a causalidade do mundo da natureza ou as leis que regem os fenômenos sociais, assim também não se podem revogar, por simples decreto, os fatores causais do crime.

A insuficiência das leis penais, por mais severas e abrangentes que sejam, para conter ou reduzir a criminalidade de nossos dias, atesta a validade dessa premissa.

Não obstante, da mesma forma que é possível utilizarmos-nos das leis da natureza, em certa medida, para a obtenção de resultados valiosos, e influirmos nos fenômenos sociais, para criar respeitáveis instituições, canalizando poderosas forças para objetivos valiosos, contendo algumas tendências, direcionando outras, eliminando certos fatores deletérios, assim também deve ser possível intervirmos na área da criminalidade para submetê-la às instâncias de controle.

Qualquer que seja, porém, a solução que se pretenda, assim como as grandes obras de engenharia, tem ela um preço, tem um custo, que não

pode deixar de ser pago, por exigir projetos e realizações concretas dispendiosas.

E quando falo em preço, começo pelo significado mais prosaico dessa palavra, o seu significado econômico. Considerem que, presentemente, necessitamos reformar e construir estabelecimentos penais, em todo o País. Essa é uma atribuição dos Estados. Todavia, a maioria dos Estados da Federação se encontra em difícil situação financeira. O Ministério da Justiça, que poderia acudi-los, tem dotação orçamentária de aproximadamente 120 milhões de cruzados para socorrer a área penitenciária, neste exercício. Só a reforma e ampliação do complexo penitenciário do Distrito Federal, projetada para menos de 1.000 presos, exigiria, em números atuais, cerca de 200 milhões de cruzados. Se considerarmos que o Distrito Federal tem população total bem inferior a 2 milhões de habitantes e que sua situação penitenciária, embora ruim, não é das piores, em confronto com a de outras unidades federativas, não será difícil projetar esses números para o restante do País, com uma população que se aproxima dos 130 milhões de habitantes.

E note-se que aí não estão computadas as despesas de pessoal e de manutenção, nem as que dizem respeito ao reaparelhamento das Polícias, Ministério Público e Justiça Criminal.

Há meios de pagar esse preço? Um modo de fazê-lo sem o desvio de recursos de outras áreas prioritárias seria, por exemplo, a instituição de uma taxa de segurança pública, e/ou de algum tributo com o mesmo objetivo, para criação de um fundo cujos recursos ficariam vinculados e rigorosamente fiscalizados. Mas isso nos faz retornar à indagação inicial: estaremos dispostos a pagar esse preço?

A isso conduz a política criminal de índole acentuadamente repressiva, em um país com a população do Brasil.

Há, também, um preço, de natureza diversa, que não pode ser quantificado numericamente. Qualquer estratégia séria de prevenção do crime exige iniciativas em áreas melindrosas, de que são exemplos: a participação dos meios de comunicação de massa; a paternidade responsável; a educação e assistência ao menor; as correntes migratórias desordenadas, com a evasão do campo para centros urbanos explosivos; as estruturas sociais arcaicas; a necessidade de maior participação de empresas e de particulares que preferem estabelecer, com elevados dispêndios, um tipo de segurança própria que não se projeta para a coletividade; a humanização dos presídios etc.

Como em um Estado democrático essas iniciativas só podem ser tomadas com o assentimento da maioria, volta a pergunta: estaremos dispostos

a mobilizarmo-nos, ainda que com algum sacrifício de certas parcelas de benefícios pessoais — e em que medida? —, para oferecer soluções a tão magnas questões? Em outras palavras: estaremos dispostos a pagar também esse preço?

As respostas a essa ordem de indagações poderão redirecionar a nossa política criminal, de modo a influir poderosamente sobre o ordenamento jurídico-penal do futuro, tornando-o *racional, praticável e efetivo*. Penso mesmo que a grande tarefa dos penalistas brasileiros atuais — dos penalistas que ouvem os anseios de nosso povo, diga-se de passagem — é deslocar, agora, o foco de suas preocupações, de um direito penal repressivo, cheio de teias sutis sobre detalhes de menor importância, para este tema de política criminal: a *praticabilidade e efetividade* de nosso Direito Penal material e processual, deixando de lado certas ficções jurídicas que a nada conduzem, de que é exemplo o tamanho desmesurado das penas criminais que se têm como solução do crime; aplicam-se, mas, em boa parte, sequer se executam.

O apelo que tenho formulado em congressos, repetido nesta ocasião, dirige-se, pois, a todos nós, estudiosos das ciências penais: façamos, de uma vez por todas, a união do Direito Penal com o Direito Processual Penal. E que seja uma união indissolúvel, de tal sorte que o Direito Penal material se torne processualmente exequível e encontre eficácia no campo social. São palavras de HEINS ZIPF, às quais nada tenho a acrescentar: toda problemática no campo dogmático deve ser considerada, ao mesmo tempo, sob o aspecto processual de sua realização. Uma solução dogmática processualmente inviável é imprestável na área da política criminal...

O atual momento penalístico brasileiro não é, pois, penso eu, após anos dedicados às questões dogmáticas, próprio para as filigranas rendadas de uma dogmática penal pura, mas para a procura de idéias simples e factíveis, diria mesmo quase cartesianas, que não desconsiderem o valor da pessoa humana e o Estado social de direito que pretendemos edificar, mas que sejam verdadeiramente eficazes, para afastar os fantasmas ou o pesadelo de uma criminalidade que a todos assombra.

Tenho plena consciência das dificuldades e dos obstáculos que se levantam ante um desafio dessa natureza. Confio, entretanto, na capacidade da inteligência brasileira para, um dia, superá-los.

DEBATE

1.ª Pergunta: Como encontrarmos meios para construir casa de albergue, estabelecimentos industriais agrícolas, manicômios judiciais etc.? Como podemos, desse modo, cumprir o que está nas leis das execuções penais — tudo isto não redundaria em mais uma quimera ou ficção?

Resposta: Esta primeira pergunta é muito importante, porque vai me permitir dizer aos senhores o que tenho dito e dizia já na época em que

essa lei estava em elaboração. A lei é constituída de normas, as normas se identificam tecnicamente como algo que deve ser, volta-se, para o futuro. Nenhuma norma exprime um juízo de realidade, O QUE É, mas sim, O QUE DEVE SER.

Na área da execução penal, a lei exprime um projeto de política criminal. Não poderia instituir normas que refletissem o que aí está, a saber: os presídios devem ser abarrotados, o preso deve ser castigado, a desumanidade fica instituída. A lei é programa para um futuro melhor; para tanto, torna-se necessária a elaboração de uma nova política criminal. Isto significa que a Lei de Execução Penal objetivou estabelecer um projeto para os próximos 20 anos. O que nos cumpre, já que essa lei se insere dentro de uma política criminal moderna, é procurar implementá-la. Isso significa excluir dos estabelecimentos fechados aqueles que não necessitam estar dentro desses estabelecimentos fechados, mas necessitam de outra forma de punição ou de uma censura de parte do ordenamento jurídico, para que saibam que a infração cometida não deve ser cometida, para que os demais tenham um exemplo da eficácia do Direito Penal e um desestímulo à prática de infrações. Em uma palavra: dentro dessa política criminal, que situa na periferia do Direito Penal a microcriminalidade ou os crimes de menor importância, previu-se, na Lei de Execução Penal, o regime aberto, no qual se inserem as casas de albergados. Mas a própria lei, ante a deficiência do sistema penitenciário brasileiro, instituiu etapas paulatinas, para a implantação do projeto nela inserido. O que cumpre é lutar para que a realização dessas etapas não se eternizem. O Ministro PAULO BROSSARD, assessorado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tem-se empenhado nesse sentido. Esperemos que tenha êxito.

O Brasil não é um só. São vários Brasis. Em função das peculiaridades regionais, é possível que haja uma solução diferente. Lembro-me que, em uma das vezes em que estive em São Luís, fui informado de que havia algumas comarcas de interior permitindo ao preso trabalhar na lavoura. É uma forma de albergue, embora o ideal seria que a casa do albergado fosse isolada, para evitar a mistura dos presos. Preso que retorna ao próprio presídio se comunica com os demais delinqüentes que estão ali, não beneficiados pelos favores da prisão-albergue. E isso é um mal.

2.^a Pergunta: Vossa Excelência disse que a política criminal identifica e direciona os instrumentos de prevenção, e entendi que até condiciona ou viabiliza, ou não, a eficácia do Direito Penal. E, com vista a essa hora da verdade que Vossa Excelência nos conclamou, nós sabemos que o Governo poderia retirar recursos, não da Previdência ou da Educação, ou de outros setores tão prioritários, mas aplicar melhor os seus recursos e até evitar sua aplicação de forma condenável, para podermos canalizar o que sobra para a política criminal ou, pelo menos, para as opções encontradas

pela política criminal. Se nós temos essa realidade a partir do momento em que assumimos nossa verdade — e nós sabemos que a impunidade é uma condicionante para a eficácia da política criminal —, pergunto a Vossa Excelência: não seria a política criminal um exercício intelectual também na estratosfera?

Resposta: Ela é, sem dúvida, uma forma de exercício intelectual, precisamente porque é uma ciência. E a ciência, antes de passar às aplicações práticas, trabalha na parte teórica. Mas creio que já não temos muita opção nos grandes centros urbanos, em que a criminalidade ultrapassou aquele nível tolerável pelo meio social, produzindo a deteriorização da qualidade de vida. Há, pois, que se procurar uma solução para isso. E cumpre à política criminal, mesmo enquanto teoria ou exercício e uma atividade científica, revelar, nas universidades, aos magistrados, aos promotores, aos advogados, àqueles que labutam nessa área, os equívocos que têm sido a causa do nosso fracasso nessa área. No momento em que nos conscientizarmos dos nossos verdadeiros problemas, o mais virá como consequência. Por enquanto, realmente estamos trabalhando na parte ainda teórica.

3.ª Pergunta: Vossa Excelência falou que a impunidade incentiva o cometimento de mais crimes, e depois diz que se o juiz colocar em dia os processos criminais, talvez isso não resolvesse, por falta de vagas nos presídios. Pergunta-se: não seria melhor a atualização dos processos, mesmo sem vagas nos presídios, pois que isso tiraria dos criminosos a primariedade?

Resposta: Não. Infelizmente, meu pensamento, a minha resposta é negativa. Em primeiro lugar, devo dizer o seguinte: não sou a favor do retardamento do processo; claro que nós todos devemos lutar para que os processos tenham a celeridade necessária. Mas acho que o mal estrutural anteriormente apontado leva à ineficácia da pena criminal. Então, devemos ter maiores opções quanto à modalidade de cumprimento de pena e quanto aos tipos de pena, para acabar com a ineficácia do nosso sistema penal.

Pena não executada significa condenado marginalizado, explorado, necessitado de reincidir para sobreviver. E isto é um círculo vicioso indesejável. Quem passa a atuar na clandestinidade só pode ser um estimulado à prática de novos delitos. A pena, nesse caso, atua como fator criminógeno.

4.ª Pergunta: Partindo da realidade de que o Estado tem-se mostrado impotente para executar um efetivo policiamento, intenso e ostensivo, de caráter eminentemente preventivo, e de que os guardas das empresas de segurança têm contribuído para diminuir os cometimentos de crimes em suas áreas de atuação, que acha Vossa Excelência da implantação de uma

política de quarteirão, polícia particular através da interligação de guarda de empresa ou mesmo de guardas contratados diretamente pela coletividade?

Resposta: Sou inteiramente favorável ao policiamento ostensivo, pois essa é uma das melhores maneiras de se prevenir o crime, ou, pelo menos, os crimes mais graves. Penso que todos os Estados da Federação vão se empenhar nisso. Onde há um policiamento ostensivo, reduz-se de um dia para o outro o índice de criminalidade. Não é que os criminosos fiquem bonzinhos a partir daí; o policiamento ostensivo cria obstáculos, dificulta a prática de infrações. Há, todavia, outros meios de prevenções igualmente eficazes. Agora, devo dizer que não sou francamente favorável a polícias particulares. Essas polícias necessitam de outra para controlá-las, para fiscalizá-las e para evitar que elas próprias não pratiquem desvios. Há, pois, duplicidade de recursos para o mesmo fim. A solução seria uma polícia municipal bem fiscalizada, que possa estender-se àquelas áreas que não pudessem ser atendidas pela polícia estadual. Quanto ao policiamento ostensivo, parece que há consenso inteiramente favorável.

5.ª Pergunta: Vossa Excelência primeiro abordou lucidamente a política criminal, apontando os problemas cruciais, indicando soluções. Pergunto a Vossa Excelência sobre os pontos que se impõem, ao lado dessa proposta: não seria de se considerar, nesse processo, a fixação ou atração do homem ao meio rural, de onde provém, com ênfase à reforma agrária e a outros benefícios de ordem social?

Resposta: Correto, corretíssimo. Reforma agrária pode ser a solução. Nós não podemos sequer pensar que é possível drenar 140 milhões de habitantes para os centros urbanos. Quem vai plantar o feijão, quem vai plantar o arroz, quem vai criar o boi, no pasto, quem vai fornecer o alimento para esses 140 milhões de urbanizados? Chegará o instante em que os habitantes dos grandes centros urbanos vão ter carência de alimento. E pior que isso: São Paulo já drenou vários rios para fornecer água a todas as suas torneiras. Um dia, além de comida, poderá faltar até água.

Numa das conferências que fiz, se não me engano em Goiânia, falei sobre essa constelação dos fatores causais do crime, quando alguém me fez esta pergunta: qual é a maior estrela dessa constelação? Respondendo, disse que, para mim, não há dúvida que essa estrela solar são as grandes concentrações urbanas.

A reforma agrária deve ser feita não sei de que forma, não sou especialista nisso, mas impõe-se como a mais séria possibilidade de fixação do homem na terra, porque o homem que lavra a terra é um cidadão pacato, trabalhador e bom. Na periferia de São Paulo, nas favelas do Rio, ou em lugares equivalentes, se marginaliza e acaba por engrossar os grupos rebeldes, descontentes ou delinqüenciais.

As eleições municipais de 1988 (*)

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Juiz Federal — Juiz-Membro do TRE-MG

ROUSSEAU, no capítulo IV do livro III de seu *Contrato Social*, diz que na acepção rigorosa da palavra nunca existiu e jamais existirá democracia. “É contra a ordem natural que o maior número governe e o menor seja governado” (1).

De fato, não se tem como fazer com que o povo governe a si mesmo. O próprio governo indireto, isto é, o governo através de representantes, é sempre incapaz de refletir a vontade geral. A vontade é sempre a de um ou de poucos, ainda que em nome do todo. “Todo governo é oligárquico, comportando, necessariamente, o domínio de um grande número por um pequeno” (2).

Mas, a despeito dessa “impossibilidade natural”, desde a Antiguidade (3) que se luta para que o povo preserve pelo menos a “titularidade” do poder político, ainda que seu “exercício” fique nas mãos de um ou de poucos.

Na Idade Média, sobretudo depois das glosas de AZONE no *Digesto* e da publicação do *Defensor Pacis*, de MARSÍLIO DE PÁDUA, é que se afirma que o povo nunca abdicou da titularidade de fazer leis. Nunca o povo fez a *traditio imperii* ao governante. Sempre houve uma mera *concessio imperii*. E, se se trata de uma “concessão” do poder, o povo, que nunca o perdeu, pode, a qualquer momento, tirar a concessão do mau governante e outorgá-la a outrem. É o “direito de resistência” que se faz, na concepção aristotélica, através do “regime político, ou real” (4).

É através das eleições que o povo, periodicamente, renova seus delegados no corpo legislativo e no corpo executivo. É através do voto (5) que

(*) Conferência pronunciada no “Minascentro” no 1º Congresso Mineiro de Estratégias Eleitorais e Marketing Político.

(1) Edições e Publicações Brasil Editora — 4ª ed., p. 80.

(2) MAURICE DUVERGER in *Os Partidos Políticos*, Editora UnB, 2ª ed., p. 457.

(3) Ver a discussão entre Otane, Megabizo e Dario na palavra de HERÓDOTO (III, 80/83) sobre a melhor forma de governo para a Pérsia.

(4) YVES SIMON in *Filosofia do Governo Democrático*, Agir, 1955, pp. 77 e segs.

(5) O sufrágio universal por si só não garante um governo democrático. É preciso que o eleitorado tenha certa consciência política, que saiba votar. No Brasil ocorreu fenômeno inverso do que se deu na Grã-Bretanha, sobretudo na Escócia, por estímulo participativo da Igreja presbiteriana. Aqui a outorga do direito de voto, que veio de cima para baixo, chegou antes da educação política. Lá, diferentemente, o povo foi amadurecendo politicamente e, em decorrência, passou a exigir a extensão do *ius suffragii*.

o povo, ainda que dentro de lista de nomes imposta pelos partidos políticos, escolhe aqueles que melhor convêm ao país, dentro de uma óptica.

O partido político, a despeito de seus ferrenhos opositores⁽⁶⁾, é o único instrumento institucional de que o cidadão, numa democracia representativa, dispõe para escolher seus legisladores e governantes. Daí dizer WILLIAM BENNETT MUNRO, em seu clássico *The Government of the United States*, que “o governo através de partidos políticos livres é simplesmente outro nome para governo democrático. Em parte alguma jamais existiu um governo livre sem partidos políticos”⁽⁷⁾.

No Brasil, sobretudo com a Emenda Constitucional n.º 25/85⁽⁸⁾, que acabou com a “fidelidade partidária” e aboliu a “proibição de coligação partidária”, temos um regime político que leva à proliferação desenfreada de partidos políticos.

A própria Lei n.º 7.664, de 29 de junho do corrente, republicada no DOU, de 1.º-7-88, permite que às eleições deste ano — as eleições municipais — concorram não só os partidos políticos com registros definitivos no TSE — já são 9 —, como aqueles com registros provisórios — são 18 —, bem como os que se “organizarem em tempo hábil” (art. 6.º, caput). Enseja, também, a participação dos partidos — *verbis* — “que tiverem, entre os seus fundadores, membros integrantes do Congresso Nacional representantes de, pelo menos, 5 (cinco) Estados da Federação” (art. 7.º).

Como se vê, essa lei, casuística como quase todas as leis eleitorais, é um incentivo aos “rachas” partidários. Ora, tudo isso não deixa de en-

(6) GEORGE WASHINGTON, que foi eleito unanimemente para dois mandatos (1789-1797), ao pronunciar seu *farewell address* (discurso de despedida), advertiu contra o “*spirit of party*” que então se estava esboçando nos EUA. Também JAMES MADSON em *O Federalista* (nº 10) procurou fazer ver ao povo de Nova Iorque as vantagens que o federalismo traria na contenção e controle das violências das facções políticas. MENDIETA Y NÚÑEZ, em seu *Los Partidos Políticos*, firme nas idéias de KARL MARX, vê nos partidos um mal necessário, que se extinguirá com o advento do Estado comunista. HANS KELSEN, a seu turno, fala em *Estado de Partidos (Parteienstaat)*, não conseguindo vislumbrar democracia sem partidos políticos livres. Sir YVOR JENNINGS em *A Constituição Britânica* (UnB — Pensamento Político n.º 30, p. 23) diz que “um estudo realista da Constituição britânica, hoje, deve começar e terminar com os partidos e discutí-los pormenorizadamente”.

(7) The MacMillan Company, New York, 1947, 5th Edition, p. 113.

(8) Antes da EC 25/85, a CF consagrava, no art. 152, incisos V e VIII, “disciplina partidária” e “proibição de coligações partidárias”. Também exigia, no caso de a fundação do partido novo sair do Congresso Nacional, que 10% de cada uma das Casas — Câmara dos Deputados e Senado Federal — assinassem o “ato constitutivo” do novo partido. O art. 152 de nossa Carta política é baseado no art. 21 — *Parteien* — da Lei Fundamental de Bonn. Também nossa LOPP — Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 5.682/71) — não deixou de sofrer influência da *Parteiengesetz* alemã, de 24-7-67.

fraquecer os partidos políticos, como um todo, e, em decorrência, a democracia representativa que deles não pode prescindir.

Nas democracias tradicionais, como a norte-americana e a inglesa, embora existam mais de dois partidos, o sistema eleitoral é tipicamente bipartidário⁽⁹⁾.

Uma grande conquista do Projeto de Lei n.º 201-F, que se transformou na Lei n.º 7.664/88, era o do "segundo turno" de votação para os cargos majoritários (prefeito e vice), caso nenhum dos candidatos, em Municípios com mais de 200.000 eleitores, atingisse a maioria absoluta de votos úteis⁽¹⁰⁾. Essa inovação foi vetada, o que não impedirá, por certo, que o TSE, se a nova Constituição for promulgada antes de 15-11-88, regulamentar a matéria. O art. 16 da Constituição a ser promulgada, é verdade, dispõe que "a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação". Assim, poder-se-ia entender que, mesmo na hipótese da nova Carta Magna ser promulgada antes das eleições, não haverá segundo turno, por força desse dispositivo constitucional. A eficácia desse artigo, porém, foi suspensa para as eleições de 15-11-88 (A.D.C.G.T., art. 11).

É verdade que os dois turnos, segundo estudo feito por MAURICE DUVERGER, tendem a favorecer o pluripartidarismo e, ao contrário, um turno só reforça o bipartidarismo⁽¹¹⁾. Efetivamente, os partidos em melhor situação serão obrigados a prestigiar os mais fracos, fazendo-lhes concessões em troca de apoio na segunda rodada. Mas, creio que no Brasil, onde os partidos políticos não têm tradição, isso será de pouca monta, pois a votação, no segundo turno, que se dará em Municípios mais politizados, se fará mais em torno do "candidato" do que de sua legenda partidária.

De acordo com a lei em comento (arts. 1.º e 2.º), as eleições serão realizadas em todo o País, em um só turno, no dia 15-11-88. Delas participarão não só os Municípios que têm prefeitos, mas aqueles Municípios criados até 15-7-88.

(9) Na Inglaterra só dois partidos têm peso nas urnas: o Conservador e o Trabalhista. O Partido Liberal, que ultimamente vem reagindo, começou a perder forças a partir de 1924. Seus antigos membros e eleitores bandearam para os dois partidos. Nos EUA, só o Democrata e o Republicano é que disputam, na verdade, as eleições nacionais, embora haja partidos liliputianos como o dos fazendeiros, o progressista etc. Ao two-party system não faltam críticos mordazes, como MICHAEL PARENTI (*Democracy for the Few*, St. Martin's Press, N. York, 4th Edition, pp. 199 e segs.). Sobre a mecânica eleitoral para Presidente da República americana, ver BERNARD SCHWARTZ in *Direito Constitucional Americano*, Forense, pp. 117 e segs.

(10) Trata-se de "ballottage", isto é, nenhum dos candidatos consegue a metade mais um de votos úteis.

(11) Obra citada, pp. 252 e segs. DUVERGER, ao estudar o bipartidarismo, aponta como uma de suas causas históricas o sistema majoritário em um só turno.

Para o Executivo, vale dizer, para os cargos de prefeito e vice-prefeito, o sistema é o majoritário: quem tiver mais votos, não importa quantos, ganha (art. 3.º) ⁽¹²⁾. Para a Câmara Municipal, o sistema é o proporcional, isto é, fica assegurada à minoria, dentro de determinado limite, a sua representatividade ⁽¹³⁾.

Nas eleições deste ano, somente os eleitores inscritos até 6 de agosto é que votarão (CE, art. 67). Assim, o maior de 16 anos e menor de 18, caso não sofra alteração a Constituição em andamento na Assembléia Nacional Constituinte, não votará. O analfabeto eleitor, como já ocorreu anteriormente, escolherá seu candidato ou seu partido através de cores, fotos, números ou símbolos partidários estampados no quadro próprio da cédula oficial (art. 20).

A Justiça Eleitoral, como se sabe, já divulgou o número de vagas de vereadores para cada Município (art. 15).

No dia 7 de agosto se encerrará o prazo para que as convenções partidárias escolham os candidatos (CE, art. 93, § 2.º). Todos os atuais vereadores são candidatos natos dos partidos aos quais estejam filiados no dia da convenção (art. 61, § 1.º). O prazo para o candidato se inscrever na secretaria da Comissão Executiva ou Comissão Diretora Municipal Provisória vai até 48 horas antes do início da convenção (art. 16, § 2.º). Na convenção deverá haver dois escrutínios separados: um para as eleições majoritárias, outro para as proporcionais (art. 16, § 3.º). Uma vez escolhidos os candidatos, fica a cargo dos presidentes dos Diretórios Municipais ou das Comissões Municipais Provisórias protocolizar o pedido de registro no Cartório Eleitoral. O prazo vai até às 18 horas do dia 17 de agosto (art. 11, *caput*). Caso esse pedido não seja feito dentro do prazo, o próprio candidato pode fazer seu pedido de registro até às 18 horas do dia 19 de agosto (art. 17, § 2.º).

Na hipótese de morte, renúncia ou indeferimento pela Justiça Eleitoral do nome do candidato, o partido pode, desde que o faça por maioria absoluta da Comissão Executiva ou da Comissão Diretora Provisória, apresentar outro nome. A Lei n.º 7.664/88 fala que esse requerimento deve ser no prazo de 10 dias. O fim desse prazo, numa interpretação teleológica, só pode ser antes do dia 27 de setembro, vez que nessa data o TRE já terá julgado todos os recursos, com publicação dos respectivos acórdãos.

O candidato, que tem no máximo três opções, pode se registrar com variações nominiais. Assim, pode colocar o seu nome todo, o nome abreviado ou o apelido, desde que esse não "atente contra o pudor, não seja ridículo ou irreverente" (art. 22).

(12) O sistema majoritário, defendido arduamente por ESMÊIN, dá maior estabilidade política ao país. Tem, porém, a desvantagem de afastar a minoria do corpo de representantes.

(13) Ver FAVILA RIBEIRO in *Direito Eleitoral, Forense*, 2ª ed., pp. 65 e segs.

O art. 25 permite que o candidato servidor público (*latissimo sensu*) se afaste, com vencimentos ou salários, desde o dia do registro de sua candidatura até o dia 16 de novembro. O candidato empregado público, que não tiver estabilidade no emprego, não pode, nesse período de afastamento, ser demitido, dispensado ou transferido (art. 27, § 1.º). Quanto aos empregados das empresas privadas, o empregado-candidato tem direito de se afastar para os mesmos fins, sem prejuízo de seus direitos, salvo quanto ao recebimento da contraprestação salarial. Vale dizer, o contrato de trabalho fica suspenso.

A Lei n.º 7.664/88 dá destaque especial à propaganda eleitoral e cuida, inclusive, de regulamentar as prévias, as pesquisas eleitorais e os testes pré-eleitorais.

Quanto às prévias⁽¹⁴⁾, às pesquisas e aos testes, a Lei estabelece três requisitos, além do nome da *fonte patrocinadora*: o *período* em que se fez a realização do trabalho, os *locais pesquisados* e o *número de pessoas entrevistadas*. Estabelece o último dia para divulgação da pesquisa: 14 de outubro (art. 26, § 1.º). A infração a essas exigências é considerada crime, capitulado no art. 322, do CE. A pena é de até um mês de detenção ou 60 a 90 dias-multa (art. 26, § 2.º).

No tocante à propaganda eleitoral através do rádio e da televisão, ela só poderá ser feita no horário gratuito estabelecido pela Justiça Eleitoral. Começa no dia 29 de setembro e vai até 12 de novembro, às 22h30m (art. 28). As emissoras reservarão 90 minutos por dia à Justiça Eleitoral para fins de propaganda partidária. Metade desse tempo — 45 minutos — deve ser no denominado “horário nobre”, isto é, entre 20h30m e 22h30m.

O art. 28, alínea *a*, inciso I, da Lei, permite que também os partidos sem representantes no Congresso Nacional participem da propaganda pelo rádio e televisão. A evidência, o tempo, nesse caso, é praticamente para constar: 5 minutos para os partidos, com um máximo, para cada partido, de 30 segundos.

Nas eleições de 86, o TRE-MG decidiu, através de mandado de segurança impetrado pelo Partido Socialista, onde fui o relator, que o art. 1.º da Lei 7.508/86, que vedava a participação de partidos sem representantes no Legislativo, era inconstitucional. Feria o princípio da igualdade perante a lei. Hoje, como se viu, a Lei 7.664/88 já corrigiu, em parte, esse tratamento odioso. A filosofia por ela utilizada é a mesma dada pela jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional) alemão, que passou a entender que o tempo de televisão e rádio deve

(14) Segundo WALTER COSTA PORTO in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 57, as “prévias eleitorais” tiveram sua gênese num resultado publicado pelo *Harrisburg Pennsylvanian*, em 1824, quando se colheram 335 votos a favor de Andrew Jackson, contra 169 dados a John Adams, na disputa pela Presidência da República americana. KARL POPPER, inspirado na tragédia *Edipo Rei*, de SÓFOCLES, denominou de “Efeito de Edipo” aquele que a “prévia” exerce psicologicamente sobre os indecisos.

ser proporcional à representatividade dos partidos, sem a supressão do partido fraco. A *Parteiengesetz* alemã, de 24-7-67, no § 5.º, cristaliza o princípio do “igual tratamento” (*Gleichbehandlung*) dos partidos. Essa igualdade de oportunidade na propaganda eleitoral, que é um “direito fundamental (*Grundrecht*) do partido e do candidato, não pode ser, como bem entendeu o TRE-MG, em termos absolutos. O importante é que o partido novo, sem representantes no Congresso Nacional ou nas Assembléias Legislativas, também participe, ainda que com tempo mínimo, da propaganda eleitoral.

Além do tempo gratuito, permite-se que as emissoras divulguem debates entre os candidatos (art. 28, X).

A lei em comento trouxe uma importante novidade, que vai, sem dúvida alguma, melhorar o nível da disputa e politizar os eleitores: a possibilidade de não-candidato, desde que credenciado pelo partido, participar da propaganda eleitoral gratuita (art. 29). Também permite que o candidato ou terceiro ofendido no programa gratuito possa, no mesmo tempo e veículo, defender-se (art. 29, § 2.º).

O candidato poderá, ainda, fazer propaganda, através da imprensa escrita, de seu *curriculum vitae*, desde que faça dentro das medidas estipuladas: 360 cm² para a eleição majoritária e 240 cm² para a eleição proporcional (art. 31). Pode, à evidência, fazer propaganda em bens particulares (imóveis, veículos etc). Quanto à colocação de faixas, cartazes, quadros e painéis, a Lei, em seu art. 32, diz que tal propaganda só pode ser em locais indicados previamente pela Prefeitura.

A Lei, em seu art. 33, é peremptória quanto à propaganda no dia das eleições. Comina uma pena que para o não-candidato vai de 6 meses a um ano de detenção. Para o candidato, além dessa pena privativa de liberdade, a da perda do registro e, se for o caso, a do mandato. A proibição no dia do pleito se estende — *verbis* — à “divulgação de qualquer espécie de propaganda política na data da eleição, mediante publicações, faixas, cartazes, dísticos em vestuários, posto de distribuição ou entrega de material e qualquer forma de aliciamento, coação ou manifestação tendente a influir, coercitivamente, na vontade do eleitor, junto às seções eleitorais ou vias públicas de acesso às mesmas”.

Entendo que o mesmo dispositivo existente na Lei 7.508/86, em seu art. 2.º, parágrafo único, que proibia a censura prévia, continua de pé, pois se harmoniza com o § 8.º do art. 153 da Carta política em vigor. Assim, penso que é inconstitucional e atentatória à liberdade de expressão de pensamento a atitude de alguns juízes eleitorais, quando exigem do partido e do candidato gravação prévia da propaganda nas emissoras de rádio e televisão. Se o candidato se exceder, que sofra as sanções penais *a posteriori*. “Não se pode” — como escrevi em artigo publicado na RDP 82, p. 178 — “é sacrificar um direito maior, fundamental, sob a alegação de se estar a aplicar legislação eleitoral. A responsabilidade deve ser a tônica numa democracia.”