

Os cruéis MODELOS JURÍDICOS de controle social

ROBERTO KANT de LIMA

Recentemente, a mídia nos tem bombardeado com inúmeros casos de denúncias de corrupção, envolvendo agentes do governo e empresários. É claro que a corrupção existe, sempre existiu e sempre existirá mas, aparentemente, os mecanismos da sociedade incumbidos de puni-la estão se mostrando mais visíveis.

No entanto, como aperfeiçoar esses mecanismos ou, mesmo, fazê-los abandonar a ênfase em seu feitiço repressivo e torná-los mais preventivos? Por que não se pensa mais em formas de promover a internalização de regras de comportamento dos funcionários públicos capazes de dotá-los de uma ética burocrática que não esteja fundada na apropriação particularizada de recursos públicos, mas em sua apropriação universalizada pela coletividade? Como promover esta internalização?

Este artigo discute alguns aspectos de nosso sistema de controle

das atividades burocráticas estatais, que apresenta afinidades e coerências com a organização da produção de verdades judiciais em nossa sociedade. A exposição faz uso de resultados de pesquisas realizadas pelo autor com sistemas judiciários do Brasil e dos Estados Unidos, sob a orientação do método comparativo, próprio da perspectiva antropológica contemporânea.

Meu objetivo aqui é discutir uma possível correlação positiva entre a igualdade jurídica formal, os processos acusatoriais de produção da verdade jurídica e a liberdade de optar pela conveniência de a autoridade atuar — princípio da oportunidade, ou *discretion*, em inglês — e a possibilidade de controle dos agentes públicos através do acompanhamento, avaliação e *responsabilização* — *accountability*, em inglês — de suas opções; e, de outro, a desigualdade jurídica formal, processos inquisitoriais de produção da verdade jurídica, a obrigatoriedade de atuar de determinada forma imposta aos órgãos do Estado e a possibilidade de *culpabilização* dos agentes públicos em função de seus erros ou omissões que possam ter contrariado essas obrigações.

Decorre daí que as estratégias repressivas de controle social próprias das sociedades de desiguais — em que as regras, por definição, não representam a proteção para todos, mas encontram-se externalizadas, isto é, exteriores aos sujeitos — ensejam justificativas aparentemente consistentes para sua violação sistemática pelos indivíduos, enquanto as estratégias preventivas, próprias das sociedades de iguais, em que o controle se faz pela internalização das regras pelos indivíduos, ensejam justificativas consistentes para sua obediência.

Em conseqüência, a punição das infrações nos sistemas repressivos, embora amplamente desejada, deve ocorrer, de preferência, em relação aos *outros*, desiguais, enquanto que nos sistemas disciplinares ou preventivos, anuncia-se como fundamental a imposição do cumprimento de regras para toda a coletividade de iguais, devendo ser exemplarmente punido aquele que, sendo igual, a ela não quer se submeter como o fazem seus pares.

Também é meu intuito, à guisa de exemplo, discutir o fato de que, do ponto de vista do *ethos* da instituição policial — cujo surgimento é geralmente apontado como ponto de inflexão e passagem de modelos de controle social, na sociedade contemporânea, das estratégias jurídicas repressivas para aquelas preventivas — a presença de estruturas funcionais e organizacionais internas fundadas na desigualdade explícita, aliada à predominância de formas de controle social repressivo que lhes são imposta internamente, constitui um paradoxo. Esta estrutura, tal como se reproduz nas polícias brasileiras, tem conseqüências relevantes para a eficiência dos mecanismos de controle da atividade policial, colaborando para que não sejam internalizados positivamente os efeitos da punição dos agentes e autoridades policiais que incorrem em faltas funcionais, usualmente denominadas como *desvio de conduta*.

Iniciarei a discussão explicitando um contraste clássico, mas persistentemente encoberto por nossas tradições jurídicas: de um lado, a associação entre a igualdade formal dos cidadãos, garantida pelo conjunto das liberdades públicas existentes na Constituição e pelo acesso universal aos tribunais, para defendê-las — os direitos civis — e a desigualdade oriunda da participação no mercado, própria das sociedades capitalistas contemporâneas; e, de outro, a desigualdade formal imposta a segmentos de uma sociedade aristocrática e a conseqüente inexistência de um mercado onde os membros da sociedade possam competir livremente, própria das sociedades ocidentais anteriores às revoluções liberais.

Há diferenças, do ponto de vista dos fundamentos da desigualdade, nos dois contextos: no Antigo Regime, a igualdade se estabelecia entre os membros do mesmo grupo (estamento) e a desigualdade, entre grupos, estava fundamentada moral e juridicamente no *status*, afirmando-se jurídica e politicamente um modelo social de cunho piramidal no qual, sendo a base maior do que o topo, a desigualdade está naturalizada; na sociedade republicana, em que se garantiu a igualdade jurídica a todos os cidadãos, vai-se justificar a desigualdade pelas diferenças de performance entre os cidadãos no mercado, já que, teórica e juridicamente, estão dispostos inicialmente na mesma posição, como se todos ocupassem a base de um paralelepípedo, cuja dimensão é a mesma do seu topo. É claro que esta representação tem por efeito naturalizar a igualdade.

Assim, é a igualdade jurídica diante da lei e dos tribunais, que vai fornecer a justificativa moral para a desigualdade econômica, política e social na sociedade cujo modelo jurídico-político pode ser representado por um paralelepípedo: a idéia de igualdade diante da lei e dos tribunais justifica a desigualdade de classes nas esferas econômica, política e social, inerente ao mercado.

Nas palavras de um autor consagrado da área:

“Não obstante, a verdade é que a cidadania, mesmo em suas formas iniciais, constituiu um princípio de igualdade, e que, durante aquele período, era uma instituição em desenvolvimento. Começando do ponto no qual todos os homens eram livres, em teoria, capazes de gozar de direitos, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram, ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato de que a cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem, como parte de seu *status* individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo.”¹

1. Marshall, Thomas .H. – Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro, Zahar, 1967, pp. 79.

Além disso, a sociedade de mercado é

representada, nesse formato, como uma sociedade contratual, cujo contrato substituiu uma outra forma de contrato:

“O contrato moderno não nasceu do contrato feudal; assinala um novo desenvolvimento a cujo progresso o feudalismo foi um obstáculo que teve que ser afastado. *Pois o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em status, embora não necessariamente em poder.* O *status* não foi eliminado do sistema social. O *status* diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único *status* uniforme de cidadania, que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada.”²

A definição de sociedade como um contrato entre indivíduos livres traz conseqüências para os modelos de controle social propostos para administrar seus conflitos. Enquanto na sociedade composta de segmentos desiguais — estamentos — a ênfase do modelo de controle social estava na repressão — uma vez que as regras, não sendo iguais para todos, certamente teriam que ser impostas àqueles segmentos a quem prejudicassem — na sociedade de indivíduos livres e iguais, onde as regras valem, igualmente, para todos, e por isso consistem em sua proteção contra o abuso de alguns e, sobretudo, contra o abuso do Estado, a ênfase estará na internalização das regras por todos, produzindo-se, em conseqüência, sua disciplinarização — ou normalização, como querem alguns autores. Outra conseqüência desta transformação do modelo de sociedade é que surge, com a idéia de mercado, a possibilidade de escolha entre as opções por ele oferecidas, que podem levar a resultados diferenciados as ações de seus componentes.

Ora, sabe-se que a desigualdade é um dos princípios organizadores da sociedade brasileira, oriundo da sociedade tradicional dos tempos coloniais que, entranhado na estrutura social, organiza, com freqüência, as relações nas instituições. Não é por acaso que o argumento sobre a igualdade, proferido em discurso de Ruy Barbosa do início do século XX, é freqüentemente citado para justificar a existência de institutos jurídicos legitimadores da desigualdade jurídica em um sistema que se diz republicano e democrático:

“*A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam.* Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros, no céu, até aos aljôfares do rocio na relva dos prados.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, à medida que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.”³

2. Marshall, Thomas H., op. cit., pp. 79-80, grifos meus).

3. Trecho do discurso de paraninfo “Oração aos Moços”, Faculdade de Direito de São Paulo. Obras Completas de Ruy Barbosa. Rio de Janeiro, Casa de Ruy Barbosa, V. 48, t. 2, 1921, grifos meus.

Este discurso, repetido à exaustão pela maioria de nossos juristas, desde sua enunciação pública, claramente opera uma transformação da *diversidade* da natureza em *desigualdade* da sociedade para, em seguida, rotular esta desigualdade de *natural*. Os ideais do princípio de igualdade formal ficam assim neutralizados em nossa cultura jurídica, expressa na prática de profissionais do direito. A situação paradoxal de vivermos em uma sociedade onde o mercado produz constantes desigualdades econômicas, que estão em tensão contínua com o princípio basilar da igualdade de todos perante a lei, não lhes desperta inquietações, porque tal situação de desigualdade é percebida como *natural*, devendo o mundo do direito reproduzir essa desigualdade para, eventualmente, distribuir também desigualmente o acesso aos bens jurídicos para, assim, *fazer justiça*. Desta forma, pretende-se resolver esse paradoxo, como se isto fosse possível. Temos bons exemplos no processo penal deste fenômeno, onde privilégios estão a desigualar o tratamento concedido a autores e co-autores dos mesmos delitos tipificados no Código Penal.

Conseqüentemente, neste modelo, na ausência de demarcação definida e estruturada em torno de eixos explícitos de legitimação da desigualdade, como em uma sociedade aristocrática, cabe a todos, mas, principalmente, às instituições encarregadas de administrar conflitos no espaço público, em cada caso, aplicar de maneira particular as regras disponíveis — sempre gerais, nunca locais — de acordo com o *status* de cada um, sob pena de estar cometendo injustiça irreparável ao não se adequar à desigualdade social imposta e implicitamente reconhecida. Desigualdade jurídica esta inconcebível em qualquer República constitucional, mas cuja existência, nesse contexto de ambigüidade em que nossa sociedade se move, goza de confortável invisibilidade. Eis por que a legislação processual penal admite tratamento diferenciado a pessoas que são acusadas de cometer infrações, enquanto estão sendo processadas, não em função das infrações, mas em função da *qualidade* dessas pessoas, consagrando, inclusive, o acesso à instrução superior completa como um desses elementos de distinção. Esta distinção de tratamento, na prática, significa atribuir a presunção de inocência àqueles que detêm tal privilégio e a presunção da culpa àqueles que não os detêm, pois estes últimos são, ainda enquanto estão sendo processados, alojados em péssimas condições e na companhia, em geral, daqueles que já estão condenados⁴.

4. Como mostraram os trágicos e recentes acontecimentos das Casas de Custódia de presos comuns que aguardam julgamento em Benfica, bairro do Rio de Janeiro palco de uma chacina entre os presos, que se verificou ao lado de uma instalação de presos especiais, aonde nada de extraordinário aconteceu. Para compreender quão séria é esta questão da desigualdade jurídica, acaba-se de aprovar, em julho de 2001, uma nova regulamentação da prisão especial, denominação jurídica deste instituto. O Executivo, inicialmente motivado a extingui-la para impedir a aplicação de privilégios a um juiz que se encontrava respondendo a processo criminal, abandonou sua intenção inicial e o assunto — que é claramente inconstitucional — foi apenas regulamentado pelo Congresso, em votação simbólica das lideranças, que incluiu uma nova categoria profissional — os militares em geral — no privilégio!

Como já mencionei, estas representações estruturais da sociedade — ora concebida como composta de elementos diferentes e opostos, mas iguais, ora como composta de segmentos internamente semelhantes, mas desiguais e complementares entre si — têm sérias conseqüências para os sistemas de controle social, em particular para os sistemas processuais penais. Pois, além de implicarem ênfases diferenciadas, ora na normalização dos indivíduos visando a prevenção de acontecimentos futuros, a igualdade dos cidadãos — ou dos elementos de um mesmo estamento entre si — enfatiza modelos acusatoriais de processo, que visam estabelecer consensos públicos sobre responsabilidades, enquanto a presunção da desigualdade entre os súditos ou cidadãos, aponta para a necessidade de métodos processuais inquisitoriais, que têm a finalidade de confirmar suspeições sistematicamente construídas para punir as infrações já cometidas. Daí decorrem também dois modos de representar os conflitos: no primeiro modelo, os conflitos que advêm da oposição inevitável de interesses são previsíveis e constitutivos da ordem social; no segundo, fundado na pressuposição de uma sociedade arrumada em rígida hierarquia de segmentos desiguais e complementares — cada coisa em seu lugar — os conflitos são disruptores e ameaçadores da ordem social.

De acordo com um processualista penal consagrado, também contemporâneo do início da República⁵, as características destes métodos podem ser assim resumidas:

“1º O sistema *acusatório* admite, em geral, uma acusação formulada no ingresso da instrução, *instrução contraditória*, defesa livre e *debate público* entre o acusador e o acusado, ao passo que o sistema *inquisitorial* procede a pesquisas antes de qualquer acusação, substitui à defesa o *interrogatório* do indigitado, ao debate oral e público as confrontações secretas das testemunhas e, em geral, a *instrução escrita e secreta* às informações verbais.

2º O sistema *acusatório*, subordinando-se ao método sintético, afirma o fato e, enquanto não o prova, *o acusado é presumido inocente*; o sistema *inquisitório*, subordinando-se ao método analítico, não afirma o fato, supõe a sua possibilidade, *presume um culpado*, busca e colige os indícios e as provas.

3º O sistema *acusatório* propõe-se a fazer entrar no espírito do juiz a convicção da criminalidade do acusado; o sistema *inquisitório* propõe-se a fornecer ao juiz indícios suficientes para que a presunção possa ser transformada em realidade.

4º Enfim, um preocupa-se principalmente do *interesse individual* lesado pelo processo, outro preocupa-se principalmente do *interesse público* lesado pelo delito”⁶

5. Mendes de Almeida Jr., João – O Processo Criminal Brasileiro. Rio de Janeiro, Typografia Baptista de Souza, 1920, 2 vols.

6. Op. cit., 1º vol. pp. 250, grifos meus.

Fica clara, portanto, a atribuição de uma função de promoção de justiça social compensatória às avessas — descompensatória? — à justiça criminal: ao invés de promover a igualdade jurídica das partes em seu âmbito, deve supor a sua desigualdade social e promover sua desigualdade jurídica e, sob a justificativa de proteger os mais fracos, arrogar-se a função de antecipar-se aos desequilíbrios de poder entre os litigantes, para administrá-los. Aqui, nada se diz quanto à igualdade jurídica formal das partes, que são dotadas de igual direito de postulação judicial no sistema acusatório.

Assim, a presença de métodos oficialmente sigilosos de produção da verdade — como no caso do inquérito policial em nossa legislação — próprios de sociedades de desiguais, que querem circunscrever os efeitos da explicitação dos conflitos aos limites de uma estrutura que se representa como fixa e imutável, confirmam a naturalização da desigualdade própria de nossa consciência cultural: as pessoas são consideradas naturalmente desiguais, e o Estado aparece como elemento que deve compensar a desigualdade. A função *compensatória* do Estado, portanto, não é uma promoção da igualdade para que as partes administrem seus conflitos em público, mas é vista como uma incorporação da desigualdade na fórmula jurídica de administração dos conflitos em público.

Esta fórmula era perfeitamente justificável em uma sociedade aristocrática, de desiguais:

“O sistema inquisitório contém elementos que não podem ser repelidos, tanto assim que foi, no século XIII a XVIII uma garantia de justiça e liberdade. Quando o homem de condição humilde estava exposto às arbitrariedades dos fortes, ricos e poderosos, não lhe era fácil comparecer ante às justiças senhoriais para acusar sem reboço, sem constrangimento e sem o temor e a quase certeza da vingança; o Direito Canônico, opondo ao procedimento acusatorial o procedimento inquisitório, foi o protetor da fraqueza perseguida e o adversário da força tirânica; se os abusos desnaturaram a instituição, causando mais tarde males superiores aos benefícios, isso não exige a abolição do sistema e sim a criação de cautelas para o seu aproveitamento. Foi por isso que, desde o século XVIII, as nações em sua maioria trataram de adotar um sistema misto, em que os direitos individuais se harmonizassem com as exigências da defesa social, em que nenhum desses sistemas, quer o inquisitório, quer o acusatório, “fosse entregue a suas próprias tendências.”⁷

Como que a confirmar o caráter inquisitorial dos procedimentos de produção da verdade judiciária, a Exposição de Motivos que introduz o texto do Código de Processo Penal em vigor explicita ser objetivo do processo judicial criminal, a descoberta da *verdade real*, ou material, por oposição à *verdade formal* do processo civil, que consiste em admitir como verdadeiro aquilo que o juiz seleciona do que lhe foi levado pelas partes. No sistema que privilegia *verdade real*, ao contrário, os juizes podem e devem tomar a iniciativa de trazer aos autos tudo o que pensarem interessar ao processo, para formar o seu *livre convencimento* examinando a *prova dos autos*. Assim também, todos os elementos que se encontram registrados, por escrito, nos volumes que formam os processos judiciais — incluindo os inquéritos policiais, de caráter inquisitorial — podem ganhar consistência para a formulação da sentença final. Neste sistema o juiz pode, até, discordar de fatos considerados incontroversos pela acusação e pela defesa, de acordo com autora consagrada da área:

“O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, constitucional e processualmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não-penal. E ainda, *agora exclusivamente para o processo penal tradicional, uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos*”.⁸

7. Op. cit., 1º vol. pp. 250-251.

8. GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 7, número 27, jul-set/99, pp. 79, grifo meu

Assim, vemos que o modelo de espaço público e de esfera pública da sociedade brasileira é uma mistura explícita de dois *modelos para* a sociedade, aos quais correspondem, também, dois modelos jurídicos de controle social. O primeiro assemelha-se social e juridicamente a um paralelepípedo, no qual a sociedade se representa como composta de elementos individuais, juridicamente iguais, mas diferentes de fato, que se opõe permanentemente na disputa por recursos escassos, que estão disponíveis a todos, em princípio. A diferença de posição que cada indivíduo apresenta na estrutura do paralelepípedo não decorre de uma distorção do sistema, mas de sua habilidade diferenciada para utilizar eficazmente os recursos disponíveis. As palavras-chave, aqui, são: a igualdade de oportunidades e as escolhas acertadas. Elas é que determinarão os méritos individuais. É necessário, portanto, garantir o acesso universal, isto é, de todos à informação. Sendo assim, só tem validade a informação que está disponível a todos, da mesma forma, em público. A informação universalizada, então, é um mecanismo de *normalização* da sociedade. Por esta razão, a exigência da publicidade para sua validade representa a garantia de que não haverá abusos que privilegiarão uns ou outros, punindo-se severamente a sua utilização de forma privilegiada.

O espaço público, assim, será o espaço coletivo, onde os impulsos individuais devem ser contidos. A igualdade, aqui, está associada à diferença, pois todos têm o igual direito de ver respeitada a sua diferença individual na esfera das normas e das práticas públicas. Neste sentido, há como que um *muro* entre o espaço público e o espaço privado, que só pode ser transposto através do cumprimento de muitas fórmulas rituais. Esta separação rígida se expressa no conceito de *privacidade* (*privacy*, em inglês).

O tratamento dado aos conflitos, no modelo igualitário de sociedade, consiste em considerá-los previsíveis e apreendê-los através de acusações públicas, que enfatizam a explicitação dos conflitos e a negociação de sua resolução, para possibilitar um mínimo de ordem necessária ao convívio social. Sua administração requer sucessivas barganhas, em que todos perdem um pouco para que a sua resolução seja possível através de construções, preferencialmente consensuais, de verdades coletivas. Por isso, há ênfase na estabilidade e previsibilidade dos procedimentos, mais no que no conteúdo das regras.

Finalmente, as regras que regem o espaço público no modelo igualitário são sempre consideradas como regras de um universo específico e determinado, localizado. Daí decorrem outras duas regras próprias deste modelo: as regras são presumidamente consensuais, o que implica que todos sabem o que elas querem dizer, o que faz sua compreensão ser literal; e aplicam-se a todos os que pertencem àquele universo da mesma maneira, isto é, de maneira universal. Ao governo, com seus instrumentos, assim como às instituições encarregadas de administrar conflitos, cabe promover a igualdade de oportunidades e a sua resolução sistemática, zelando pela previsibilidade da vida social. A igualdade prevalece sobre a liberdade.

Quanto ao segundo modelo, o de formato piramidal,

pode-se dizer que ali se enfatiza e naturaliza a desigualdade, pela própria constituição do modelo: sendo o topo da figura menor que a base, está claro que deverá haver mecanismos de exclusão para determinar quem está em cima e quem está em baixo da estrutura social. Presume-se a sociedade como constituída de segmentos desiguais e complementares entre si, que não se opõem no espaço público. Aqui a diferença está associada à desigualdade e a semelhança à igualdade entre os pares, uma vez que a igualdade é um fenômeno que só ocorre entre os membros de um mesmo patamar da pirâmide.

Daí decorre que os recursos não estão acessíveis a todos da mesma maneira e a informação de acesso particularizado é valorizada publicamente, pois indica que seu possuidor está mais próximo ao topo da pirâmide que os demais: a informação, que está acessível a todos, de nada vale. Assim, a informação privilegiada, obtida por meios sigilosos e apropriada em benefício particular, é valorizada positivamente.

Os conflitos, nesse modelo, significam uma inconformidade com a ordem estabelecida, uma desarrumação da ordem, uma tentativa de ruptura institucional. Devem, assim, ser evitados ou suprimidos a todo custo, pois representam uma ameaça à paz social. Aqueles que ousaram provocá-los e explicitá-los devem ser punidos publicamente. A sua administração deve ser feita através da repressão, visando sua extinção ou forçando-se a conciliação entre as partes em litígio.

O espaço público não é um espaço **construído** consensualmente por uma coletividade, mas um espaço definido previamente, cujas regras são desconhecidas da maioria de seus componentes. Não é à toa que, muitas vezes, associa-se a categoria público com a categoria estatal, ao invés de associá-la à categoria de coletivo. Também não é sem razão que o espaço público é concebido como passível de apropriação particular, por aqueles que conhecem a chave dos seus códigos de apropriação. É regido por regras próprias, que vêm de cima para baixo e que são tanto mais legítimas, quanto mais de cima vêm. A informação privilegiada produz efeitos públicos, como é o caso dos inquéritos policiais e dos procedimentos de angariação sigilosa de informações que alimentam o sensacionalismo da imprensa.

No modelo da pirâmide, o Estado atua como compensador das desigualdades sociais, que são concebidas como se naturais fossem, através da imposição de regras sempre gerais que, portanto, valem para toda a pirâmide, mas que são aplicadas de maneira particularizada, pois os segmentos da sociedade — que estão, eventualmente, em conflito — são desiguais. É necessária, para este fim, uma interpretação autorizada, que esteja acima dos protagonistas do conflito e tenha conhecimento de coisas que os demais, que estão embaixo, não têm. Quanto mais esotérica essa autoridade, mais particularizado e eficaz o seu conhecimento interpretativo. Só quem está no vértice da pirâmide sabe tudo. O sistema de controle social desta sociedade, portanto, é de suspeição sistemática do conflito, uma vez que este é associado à desordem e, por esta razão, deve ser reprimido. O saber importante é o que está implícito, o que está explícito é considerado banal. A liberdade de cada sujeito, assim, não depende daqueles que lhe são iguais, mas daqueles que ocupam uma posição social superior. A liberdade, neste modelo, prevalece sobre a igualdade: é tanto maior a liberdade do sujeito quanto mais perto do topo da pirâmide ele está ou demonstra estar.

A sociedade brasileira, *juridicamente*, enfatiza alternada e alternativamente os dois modelos, dependendo das circunstâncias e do contexto argumentativo que se deseja estabelecer. Este exercício de pseudoconciliação de paradoxos produz conseqüências: a sociedade brasileira se define jurídica e explicitamente como estruturada em um regime constitucional republicano e democrático, em que todos são iguais perante a lei, o que, em primeira análise, nos leva a poder identificá-la com o modelo igualitário acima descrito (paralelepípedo). No entanto, nosso sistema judiciário possui ênfases inquisitoriais e repressivas, próprias do modelo piramidal e quando confrontado aos princípios constitucionais acusatórios e preventivos, produz ruídos dissonantes.

Entretanto, a conciliação de princípios tão paradoxais não causa estranheza, uma vez que o sistema está baseado, tanto na dogmática jurídica, como na hierarquia das normas, e se articula através do princípio do *contraditório*, cuja função é opor, logicamente, posições contrárias. Pelo contraditório, o problema deve ser resolvido, *quando argüido*, validando, assim, automaticamente, aquelas normas situadas nos níveis mais altos da hierarquia. Seguindo esta lógica, no topo da hierarquia de normas estão os *princípios constitucionais*. Estes, aparentemente, parecem implicitamente enfatizar o modelo acusatório, assemelhando-se àquele do *due process of law* dos EUA. Por exemplo: asseguram a presunção da inocência, o direito à defesa — chamado, no direito brasileiro, de *princípio do contraditório* — conferindo, entretanto, um outro direito, denominado de *ampla defesa*, pelo qual os acusados podem e devem usar todos os recursos e meios de prova possíveis em sua defesa. Ao acusado é permitido mentir.

Ora, este sistema traz em si alguns paradoxos. O primeiro é que *não* é um *due process of law* — expressão traduzida em português de forma demasiado livre como *devido processo legal* — pois esta instituição jurídico-política dos EUA é uma *opção* do acusado, a quem é *devido* — *due* — pelo Estado, um determinado procedimento judicial, em condições estipuladas pelas quinta e sexta emendas constitucionais. Estas incluem, entre outros, o direito a um *speedy trial* — um julgamento rápido, o que não existe em nosso sistema de julgamentos obrigatórios e de temporalidade própria. Outra característica é que, não havendo no processo nem *exclusionary rules* (regras de exclusão das evidências levadas a juízo) — a não ser, depois da Constituição de 1988, aquelas que proíbem a produção de provas por meios ilícitos — nem hierarquia de provas, que separem os fatos provados daqueles que não o foram, dentro de um processo probatório progressivo e seqüencial — *evidence, fact, proof* — tudo, literalmente, pode ser alegado em defesa, ou em acusação. Este método de produção de verdade jurídica produz uma parafernália de meros *indícios*, tanto mais ampla, quanto mais abundantes forem os recursos do acusado e dos acusadores. Finalmente, ao assegurar, constitucionalmente, o direito do acusado não se auto-incriminar (direito ao silêncio), no Brasil não se criminaliza, como no direito anglo-americano, a mentira dita pelo réu em sua defesa, o que implica não haver a possibilidade de acusação e condenação por *perjury*, mas somente por falsidade de declaração por testemunha: é o *crime de falso testemunho*.

Abaixo da Constituição, tem-se o *Código de Processo Penal*, que regula três formas de produção da verdade: a policial, a judicial e a do Tribunal do Júri. Tais formas encontram-se hierarquizadas no Código da seguinte maneira: (a) o inquérito policial, onde o *procedimento* da polícia judiciária — e, não, *processo* — sempre foi, oficialmente, administrativo, não-judicial; o artifício de passar a considerá-lo juridicamente um procedimento e não um processo administrativo permite que continue a ser inquisitorial, não se regendo pelo princípio do contraditório, consagrado pela Constituição⁹ para todos os processos, tanto administrativos como judiciais; (b) o processo judicial, aplicado à maioria dos crimes e que se inicia, *obrigatoriamente*, quando há indícios suficientes de que um delito grave foi cometido (*materialidade*) e que sua *autoria* é presumida, com a *denúncia* feita exclusivamente pelo Ministério Público¹⁰. Esta *denúncia*, formulada pelo promotor, baseia-se nas informações registradas no cartório da polícia, nos autos do inquérito policial inquisitorial — que, assim, adquirem *fé pública*. Valem, portanto, contra terceiros e foram produzidas sem se ouvir previamente o acusado ou seu advogado. O processo é iniciado e só então aparece a oportunidade de defesa. Este processo é regulado pelo princípio do contraditório, até a sentença do juiz, que exprime seu convencimento justificado pelo exame do conteúdo dos *autos*; (c) no julgamento pelo Tribunal do Júri, procedimento que se aplica apenas aos crimes intencionais contra a vida humana e que se inicia por uma sentença judicial proferida por um juiz (*pronúncia*), após a realização de nova produção de informações, indícios e provas, que se soma àquelas do inquérito policial e da instrução judicial, comum a todos os processos judiciais criminais e também regido pelo contraditório e pela ampla defesa. Este processo exige a presença do réu, inclui um prolongado debate oral, que termina pelo veredito dos jurados, que não podem se comunicar entre si para que não *influenciem* uns aos outros nas suas tomadas de decisão.

9. Constituição de 1988, arts. V, LV.

10. Constituição de 1988, art. 129, I.

Entretanto, como se vê, devido à necessária busca da *verdade real*, nosso direito constitucional e processual, seguindo a tradição de transformar direitos em deveres — como fez com o alistamento militar e com o direito de voto, entre muitos outros — também faz do júri, não um direito do acusado, renunciável por definição pela lógica do sistema anglo-americano, por exemplo, mas um poder-dever do Estado, ao qual o réu-cidadão tem que se sujeitar, querendo ou não. Uma vez indiciado, denunciado e pronunciado em certos tipos penais — todos envolvendo crimes intencionais contra a vida humana — o réu deve, obrigatoriamente, submeter-se ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

Esta busca da *verdade real* também é responsável pelo princípio da *obligatoriedade* da persecução penal, a que estão submetidos tanto a Polícia como o Ministério Público, conforme determinação constitucional contida no art. 129, I, uma vez que o mesmo deve atuar sempre que houver suporte probatório mínimo da materialidade do fato criminoso e de sua autoria, como está prescrito nos artigos 24, 42 e 43 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Acresce a este contraste um outro, referente à seleção excludente, não universal, que não se assemelha ao sistema norte-americano, daqueles que podem ser jurados no Brasil. Os critérios adotados variaram no tempo, indo desde aqueles que se baseavam na renda, até o que se funda no *status* social, definido através da fidedignidade conhecida, ou supostamente afirmada diante do juiz. Os jurados que, no sistema dos Estados Unidos, cumprem o seu dever de cidadão participando dos julgamentos, no Brasil ganham privilégios jurídicos em função de serviços prestados ao Estado-juiz, como direito à prisão especial e preferência em concorrências públicas. Aquilo que, no sistema norte-americano, é um direito do cidadão-acusado e dever do cidadão-jurado, é atualizado, no direito brasileiro, por um lado, como um dever do acusado de submeter-se, em inapelável sujeição, ao julgamento imposto pelo Estado, no qual este assume o papel de persecutor da *verdade real* e, por outro lado, converte-se em um privilégio de alguns poucos escolhidos jurados de julgarem seus concidadãos.

Resumindo, no sistema brasileiro, sob a égide de preceitos constitucionais dignos das sociedades igualitárias, articula-se no processo de produção da verdade judiciária, especialmente no processo penal, a pressuposição da desigualdade social, com procedimentos e princípios inquisitoriais de produção da verdade. Tais procedimentos também se caracterizam por uma incorporação bastante flexível de argumentos e dados ao processo, que deixa a decisão sobre sua valoração ao chamado *livre convencimento do juiz*. Fácil concluir que no sistema processual criminal brasileiro não há processo de formulação *consensual* de verdade, pois os fatos descritos não são construídos pelo acordo sistemático entre as partes litigantes, mas são fruto das representações obrigatoriamente contraditórias delas, registradas nos autos através das interpretações que as autoridades judiciárias fazem a partir da perspectiva dos participantes — operadores jurídicos, partes ou testemunhas — quando *reduzem a termo* os atos processuais. Assim, sempre uma tese (posição) perde e a outra ganha: não pode haver consenso. Como a comprovar, lingüisticamente, esta relevante distinção, é usual, entre nós, dizer-se que se vai *apurar a verdade dos fatos*, expressão que não pode ser vertida, por exemplo, para o inglês, uma vez que nesta língua e nesta cultura, a noção de fato já implica a noção de verdade construída consensualmente.

O sistema brasileiro atualiza as garantias do acusado no *devido processo legal* como garantias do Estado, indisponíveis para o cidadão, portanto, para apurar a *verdade dos fatos* e atribuir culpa e responsabilidade. A forma brasileira de entender a garantia do direito ao processo acaba por retirar da lei seu caráter eminentemente definidor e garantidor dos direitos civis, para transformá-la em instrumento implacável de descoberta da verdade. Esta representação jurídica brasileira do instituto processual se justifica pela pretensa promoção de uma tutela jurídica aos segmentos inferiorizados e debilitados da sociedade, a ser exercida pelo Estado, que tem a função de compensar as desigualdades que são inevitáveis e naturais numa sociedade de desiguais e é auto-encarregado de manter a ordem e de assegurar o cumprimento da lei.

Numa sociedade que é concebida como composta de segmentos juridicamente desiguais e complementares, decorre tornar-se legítima, também, a aplicação desigual da lei aos mesmos, para que, como se costuma argüir, não se cometam injustiças. Como consequência, entre nós não se enfatiza, no âmbito do processo penal, a aplicação *universal* da lei — da mesma forma para todos e para cada um. Afastamo-nos assim do cerne do processo social de internalização da lei, cujo resultado seria a normalização da população, ou seja, sua socialização igualitária perante as leis, o direito e os tribunais. Assim, leis, regras e normas são vistas pela sociedade brasileira como algo externo aos indivíduos que, longe de os protegerem, os ameaçam, pois sua aplicação depende de interpretação particularizada, cujos resultados são sempre imprevisíveis, porque são distribuídos formalmente de maneira desigual. Como se vê, a ênfase está depositada no interesse público, identificado como aquele definido pelos funcionários do Estado e o processo tem a função de incrementá-lo, acima dos interesses individuais e/ou coletivos, através do método inquisitorial.

Além disso, o chamado *sistema* judicial criminal brasileiro se organiza de maneira a sobrepor distintos sistemas de produção da verdade jurídica, que obedecem a princípios distintos e, portanto, desqualificam mutuamente seus produtos, as verdades judiciárias neles produzidas: a prova do inquérito policial deve ser refeita no processo judicial, assim como a da instrução judicial deve ser repetida no Tribunal do Júri, por exemplo. Assim sendo, em cada etapa do processo judicial pode ser conhecida uma verdade diferente da anterior.

A esses procedimentos se juntam outros, instituídos pela Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, constitucionalmente previstos pela Constituição da República de 1988. Esta instância tem competência para julgar as infrações penais que tiverem pena inicialmente prevista de, no máximo, um ano — agora, de dois anos. São as contravenções penais e os crimes de pequeno potencial ofensivo. Em trabalho recente, divulgam-se dados de pesquisa qualitativa, em que se observa elevado número de renúncias das partes ao processo, estimuladas pelos conciliadores, o que parece confirmar a tradição da *conciliação*, que opera no sentido de abafar os conflitos, não de solucioná-los ou *resolve-los*¹¹.

Aspecto específico e peculiar do processo penal brasileiro poderia ser enfrentado, a partir da ambigüidade do *status* jurídico referente à atuação da polícia judiciária no inquérito policial, orientada pelos princípios da discricionariedade do direito administrativo, e da obrigatoriedade do processo penal. Nesta matéria, são freqüentes as confusões entre os operadores do sistema sobre o que seja o *poder de polícia*, atribuído a todos os agentes administrativos do Estado incumbidos da vigilância da sociedade e do cumprimento das normas, e o que se constitui no *poder da polícia*, associado ao monopólio do uso legítimo e comedido da força física, substantivado no uso de armas compatíveis com essa tarefa. Confunde-se, com freqüência, a *discretion* atribuída aos policiais e *District Attorneys*, que são os órgãos acusadores no processo criminal dos Estados Unidos da América, onde é entendida como a faculdade de decidir sobre a *oportunidade* da propositura da acusação penal, com a *discricionariedade* brasileira que, neste âmbito, não existe, uma vez que a Polícia e o Ministério Público, no que tange aos crimes de ação pública, estão obrigados a agir, instaurando o inquérito policial ou propondo a ação penal, pelo princípio da obrigatoriedade, como já mencionei.

A associação do princípio da *obrigatoriedade* ao princípio da *verdade real* não admite negociações em torno da verdade, que não será construída consensualmente. No outro sistema, que está baseado na associação entre o princípio da *oportunidade* e da *responsabilização* dos agentes públicos, há ênfase na construção consensual da verdade e ao compromisso pessoal do agente público com o exercício da sua função. É assim que tanto o processo — *o due process of law* — quanto a acusação, no sistema judicial dos Estados Unidos, são opções, respectivamente, do acusado e dos agentes públicos encarregados da persecução penal; ao contrário daqui, aonde tanto o processo quanto a acusação são obrigatórios quando se verificam determinadas circunstâncias¹².

Ora, entre nós, ao sistema de controle social fundado no princípio da obrigatoriedade também se associa um modelo repressivo de controle social, adequado à administração de uma sociedade onde o mercado e as opções não eram estimulados. Quando não há opções, ou elas se resumem a decidir entre o certo e o errado, o sistema de controle se atualiza através da verificação de *erros* — fruto de ações e/ou de omissões — quer dizer, de *culpabilizações*. Por outro lado, onde há opções, estas representam escolhas que devem ser realizadas com responsabilidade pessoal. Tais escolhas, tendo ou não alcançado os fins desejados, podem ser objeto de avaliação e responsabilização dos agentes que as fizeram, seja para puni-los, seja para premiá-los.

11. Amorim, Maria Stella, Kant de Lima, Roberto e Burgos, Marcelo. Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares. Niterói, Intertexto, 2003

12. Ferreira, Marco Aurélio Gonçalves. O Devido Processo Legal: um estudo comparado. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

Historicamente, a organização judiciária brasileira

representou originalmente a forma inspiradora da burocracia colonial portuguesa, que implementava um método de controle de comportamentos de seus agentes baseado num sistema rígido de obrigatoriedades de procedimentos e de punições severas pelo *erro* na execução de tarefas que lhes eram atribuídas. Esta forma de controle gerava nos agentes da Coroa, de um lado, a propensão para a inércia e, do outro, uma possibilidade permanente de *culpabilização* por parte das autoridades fiscalizadoras, diante das inevitáveis omissões e erros dos agentes burocráticos. Evidentemente, esta estratégia assegura a permanência de um estado de fragilização permanente entre os quadros da burocracia e a conseqüente formação de lealdades pessoais que neutralizem tais ameaças potenciais, mas permanentes, de punição¹³.

A possibilidade de ação, neste sistema, fica precipuamente incentivada nas circunstâncias em que, ou se tem a proteção de uma autoridade, que se responsabilizará pelas conseqüências da ação requerida e/ou se tem a pretensão de obter vantagens particulares, que compensem, de uma forma ou de outra, os riscos representados pelo agir. Ora, esse foi, comprovadamente, o modelo controle burocrático eficaz e adequado à administração de um império colonial, cuja dimensão, na época, era extraordinária face às restritas possibilidades dos meios de comunicação, que geravam dificuldades imensas para avaliação e controle de resultados das políticas implementadas pelo Reino.

Ausente este contexto, no caso do sistema burocrático judiciário criminal contemporâneo, o sistema da *obrigatoriedade* pode levar, por exemplo, a uma dificuldade no registro e acompanhamento dos procedimentos judiciários criminais, por operar distorções estruturais de difícil avaliação. Assim é que no Rio de Janeiro, a impossibilidade de a polícia cumprir o princípio da obrigatoriedade provoca reação correspondente na figura das verificações preliminares à abertura de inquéritos que, no entanto, são registradas oficiosamente e encapadas como se inquéritos fossem — em *autos*. O princípio da obrigatoriedade também leva, no âmbito do judiciário, a um desnecessário acúmulo de processos iniciados, mas não concluídos.

13. Schwartz, Stuart B. – Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. São Paulo, Editora Perspectiva, 1979.

Mas, mais do que isto, o princípio da obrigatoriedade como pedra basilar da persecução penal e do acompanhamento e controle dos procedimentos não parece atingir, de forma plena, seus objetivos explícitos. Se todos estão sempre sujeitos a errar quando agem, e a se omitir quando não agem, sem que esta opção de agir ou não agir, seja sua, quando o agente público é punido por ação ou omissão, tende a predominar, entre os operadores, a idéia de que houve uma possível injustiça, pois o operador punido poderia estar somente fazendo aquilo que todos tem que fazer sempre que se põe o sistema burocrático para funcionar ativamente. Assim, teria sido, apenas, *pego* em um erro, circunstância que pode a qualquer um advir. Isso em muito difere da responsabilização dos agentes no sistema de opções, onde aqueles que não se comportam de acordo as regras ferem a ética profissional: fizeram uma opção deliberada, sendo sua punição o preço que pagam por infringir regras que devem ser universalmente aplicáveis.

Para agravar os efeitos não desejados deste sistema de fiscalização e controle na polícia, suas estruturas funcionais são hierarquizadas de maneira excludente, na prática, de tal forma que a diferença de funções vai-se refletindo em uma *desigualdade* de posições: na polícia militar, por um lado, temos duas entradas na profissão, que correspondem a formações e funções diferenciadas, uma para *oficiais* outra para *praças*, sendo que estes dificilmente chegam aos postos mais altos do oficialato; na polícia judiciária, temos várias carreiras, mas a principal distinção — salarial — se verifica entre os *delegados* e a *tiragem* — quer dizer, os outros agentes policiais. Essas segmentações são acompanhadas de atribuições de autoridade e de regimes disciplinares diferenciados, o que provoca hiatos de comunicação profissional entre os segmentos das corporações, com prejuízo para todos. O sistema de culpabilização revela-se, assim, extremamente perverso, pois usa dois pesos e duas medidas com operadores que estão encarregados de funções equivalentes. Assim a desigualdade decorre, mais uma vez, da posição do sujeito na hierarquia da carreira e não em razão da responsabilidade pessoal decorrente da função. É claro que tal situação funcional não estimula a aprendizagem e a prática de formas de tratamento universal do público a ser atendido pela instituição.

Há outras evidências que apontam para uma ênfase nos modelos repressivos de controle social por parte da polícia. O tipo de formação institucional que os policiais militares e civis recebem é de caráter dogmático e instrucional, seja porque ligada ao direito, seja porque inspirada na formação militar. Esta formação, centrada na obediência aos rígidos cânones da lei e da hierarquia entre os postos, se revela completamente distanciada daquela necessária ao bom desempenho das funções policiais, que consistem em tomar decisões em tempo real, autônomas e independentes, sujeitas à responsabilização posterior, sobre a imprevisível variedade de assuntos que lhes chegam às mãos.

Finalmente, a questão da presença do Estado no âmbito dos direitos individuais que prima por promover a desigualdade jurídica suportada por cidadãos ditos juridicamente iguais, por definição constitucional, caracteriza uma interpretação do princípio da igualdade jurídica própria e específica da sociedade brasileira¹⁴. Esta prática, como argumentei, contém uma lógica própria da sociedade vigente no chamado Antigo Regime, não republicano, no qual a idéia de direito não implicava a idéia de universalidade de acesso mas, sim, a idéia de privilégios particulares, próprios de estamentos, que as transformações jurídica e sociais introduzidas pelas revoluções liberais, lideradas pela Revolução Francesa, encarregaram-se de desfazer.

Não é de admirar, portanto, que a obediência da lei tenha representação tão negativa no Brasil, sobretudo quando tal desobediência está associada a um sinal de *status* e de poder. Se no modelo do paralelepípedo a liberdade está submetida à igualdade, no modelo da pirâmide o contrário ocorre: a desigualdade é a medida da liberdade de cada um. Se não é aceita consensualmente, como instrumento de proteção de todos, a lei pode ser vista como arma de opressão de alguns. Entretanto, entre nós, são bastante comuns argumentos justificativos da desobediência da lei e, paradoxalmente, de clamor para que sua aplicação seja feita de forma severa e implacável sobre as faltas — geralmente, alheias — como imperativo da construção de uma ordem social mais justa. Não se cogita desenvolver esforços racionais e pacíficos em favor da necessária aceitação da lei plena e justa, como forma mais adequada aos tempos atuais de conseguir o seu cumprimento. Por outro lado, não parece paradoxal a ninguém o fato de se exigir a sua obediência por todos, de igual maneira, assim como a sua conseqüente internalização pelos cidadãos, embora deveres e direitos nela prescritos sejam desigualmente distribuídos entre eles.

14. Teixeira Mendes, Regina Lúcia. Princípio da Igualdade à Brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. In Revista de Estudos Criminais Ano 4, no. 13. Porto Alegre, TEC, 2004, pp.81-98

Como eu e outros cientistas sociais

temos reiteradamente argumentado em nossos trabalhos, é provável que as dificuldades do Brasil com a efetividade dos instrumentos institucionais de administração de conflitos no espaço público, que se refletem nos problemas que a sociedade brasileira tem enfrentado nas áreas da segurança pública e do acesso à justiça, estejam estreitamente relacionadas à inversão estrutural concedida ao significado atribuído à lei, que, ao invés de representar um mecanismo de proteção de todos, acaba por representar um mecanismo de opressão, por ser aplicada de forma desigual. Suponho, ainda, que a superação do princípio de oportunidade e dos mecanismos de responsabilização pelo sistema de obrigatoriedade/ culpabilidade, seja responsável pelo sentimento geral de impunidade que tradicionalmente se infiltra nas representações de nossa sociedade.

A consideração de alternativas que levem em conta os contrastes discutidos aqui e os efeitos desejados e não desejados de cada uma dessas combinações, me parece ser o caminho mais acertado para a formulação de políticas públicas mais eficazes para atender aos anseios contemporâneos de democracia e paz social da sociedade brasileira.

Agradeço a leitura atenta e as alterações sugeridas por Regina Lúcia Teixeira Mendes. Algumas das idéias aqui expostas foram previamente discutidas em Amorim, Maria Stella, Kant de Lima, Roberto e Teixeira Mendes, Regina Lúcia. Introdução. In Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil, no prelo.

e - m a i l : k a n t @ w e b 4 u . c o m . b r