

# ESTADO DE DIREITO E SEGURANÇA NACIONAL \*

BERNARDETTE PEDROSA (\*\*)

## SUMÁRIO: 1 — Questão prévia

1.1 — Forma e conteúdo da ordem estatal

1.2 — Todo Estado é Estado de Direito

1.3 — Alguns Estados não são Estados de Direito

## 2 — Conceito de Estado de Direito

2.1 — A ordem justa

2.2 — O Estado de Direito liberal ou burguês

2.3 — O Estado de Direito democrático

## 3 — O problema da segurança nacional

3.1 — As agressões à dignidade da pessoa

3.2 — O conceito de segurança nacional

3 — A segurança como direito e como dever

3.4 — Segurança e justiça

## Conclusões

### 1 — Questão Prévia

#### 1.1 — Forma e conteúdo da ordem estatal.

Antes de abordar o tema das relações entre Estado de Direito e Segurança Nacional, é indispensável que fique bem claro o sentido aqui atribuído ao termo Estado de Direito. Essa precaução impõe-se por duas boas razões: primeiro, pela necessidade de delimitação do âmbito da argumentação, a fim de prevenir a tendência à dispersão muito comum em assuntos dessa natureza; segundo, pela circunstância de que o uso indiscriminado do termo contribui para que se estabeleça uma certa confusão útil a inconfessáveis propósitos políticos.

Para alcançar com suficiente clareza o duplo sentido do termo Estado de Direito é forçoso partir das noções básicas de **forma e conteúdo**. Sob as peculiaridades dos Estados existentes há um elemento comum, que é de natureza formal e sem o qual não é possível dis-

(\*) Tese apresentada à VII Conferência Nacional da OAB.

(\*\*) Professora da Fac. de Direito de Recife, Universidade Federal de Pernambuco.

tinguir o típico fenômeno estatal. Esse elemento é a **ordem**, no sentido exato assinalado por GARCIA MAYNEZ, quando diz que "ordem es el somentimiento de un conjunto de objetos a una regla o sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante". (**Filosofía del Derecho**, México, 1974, pg. 23). No caso do Estado, os objetos ordenados são condutas e a ordem é normativa. Mas, como as normas que compõem a ordem estatal não são outras que normas jurídicas, o Estado vem a confundir-se com o Direito. Destarte, o Estado não **tem** uma ordem, mas é uma ordem que é a sua **forma**.

Dizer que o Estado é ordem significa afirmar que os tipos de relação entre as condutas dos indivíduos pertencentes a uma mesma comunidade política **devem** corresponder a pautas normativas previamente estabelecidas, e que as hipóteses configurativas da conduta infringente **devam** ser solucionadas com base nos critérios que a própria ordem estabelece, aplicando-se aos casos concretos as sanções abstratamente fixadas.

Sob esse particular aspecto, a ordem estatal (ordem jurídica) garante a sua eficácia pela possibilidade de suprir o cumprimento espontâneo às pautas normativas com a aplicação coativa de suas regras, através da mobilização de um aparato de órgãos e procedimentos por ela mesma criado. Nisto, aliás, reside o traço distintivo da ordem estatal quando confrontada com outra qualquer ordem.

Sendo a coação não um elemento constitutivo da ordem jurídica, como pretende a doutrina de modo quase unânime, mas uma garantia de sua eficácia, torna-se evidente que nela, como garantia fundamental, repousem todas as demais garantias, incluindo as relativas aos direitos individuais, quando sejam estes reconhecidos positivamente.

A ordem política não é uma ordem ideal, mas ordem que resulta de fatos e verte-se sobre fatos (ordem positiva). Ora, por mais abrangente que seja essa ordem (e a ordem totalitária, sem dúvida, é o melhor exemplo) existe sempre a possibilidade da ocorrência de fatos **contra** a ordem, que se apresenta como perigo potencial ou atual, de cuja previsibilidade depende a segurança da própria ordem estabelecida. Daí a necessidade de todo um sistema de autodefesa da ordem enquanto ordem.

Formalmente, isto é, enquanto ordens, os Estados situam-se em uma mesma e única categoria; são simplesmente Estados, sem qualquer qualificativo. A questão de saber se a ordem é justa ou não é justa escapa à perspectiva formal, pois se é certo que toda ordem

política denota a intenção de realizar determinados fins valiosos, estes não têm que ser necessariamente coincidentes com valores ideais arbitrariamente concebidos.

O abandono da perspectiva forma e conduz a uma outra visão do Estado, igualmente importante, que é a visão política. Nesse âmbito os problemas são equacionados em função do **conteúdo** da ordem estatal, entendendo-se por conteúdo para esse fim, a natureza e a extensão dos limites impostos à liberdade dos destinatários da ordem, incluídos os governantes. Se o Estado é ordem de conduta, todas as regras (normas) competentes do sistema encerram ou permissões, atribuindo faculdades, cu proibições e obrigações, estatuindo deveres. **O permitido, o proibido e o obrigatório** são, pois, as categorias nas quais se verte, em caráter exaustivo, todo o conteúdo da ordem estatal; são, em outras palavras, as molduras que enquadram a conduta individual ou grupal.

Quando se pretende questionar a justiça de uma ordem dada, o pensamento, partindo do pressuposto da existência de faculdades (direitos) e deveres, orienta-se no sentido de uma avaliação dos fundamentos de legitimidade (política) dos ordenantes, para, em seguida, submeter ao exame crítico as proibições e obrigações em face das permissões. Trata-se, portanto, em qualquer hipótese, de proceder a uma medida, base para a formulação de uma estimativa do "quantum" de justiça.

No entanto, nenhuma mensuração é possível sem a referência expressa ou implícita a determinados valores, que funcionam como critérios de aferição dos dados mensuráveis. Assim, afirmar a justiça de uma ordem é afirmar a coincidência entre o conteúdo dessa ordem e os valores inseridos em uma ordem ideal ou padrão. Como essa coincidência jamais pode ser absoluta (nem mesmo na medição física, conforme o demonstra KARL POPPER, in **A Lógica da Pesquisa Científica**, Ed. Cultrix, S. Paulo, 1975, pags. 134 e segs.), a ordem estatal positiva e a ordem ideal não se confundem, podendo, no máximo, ser colocadas em estreita proximidade. O que vale dizer que, encarando-se o conteúdo da ordem estatal, cada Estado é inconfundível com os demais, pois cada um ocupa uma posição singular com referência a uma ordem política ideal ou justa.

### 1.2 — Todo Estado é Estado de Direito.

A tradicional oposição entre Estado e Direito fica inteiramente destituída de sentido quando se tem em consideração apenas o dado formal da existência do Estado. Coube a KELSEN destacar que o dualismo Estado-Direito é teoricamente indefensável: "El Estado, como

comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca". (...) "El Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico..." (Teoria General del Derecho y del Estado, México, 1958, pags. 217 e 225).

Mas quando, a uma determinada ordem, cabe a qualificação jurídica? Sem ultrapassar os limites dos dados empíricos, a resposta a essa indagação, se não estiver intencionalmente destinada a cumprir uma finalidade persuassiva, mas tão somente atender à função descritiva do conhecimento científico, dirá o que é que confere a uma ordem o sentido jurídico, desprezando o acidental ou contingente (variável de sentido) que nela se contiver.

A conduta é objeto de ordem jurídica na medida em que se transforma em pressuposto ou consequência dentro de um esquema normativo, sem que possa o destinatário da ordem modificar arbitriamente os termos da relação esquematicamente determinada, subvertendo-a. Que do ponto de vista fático ou existencial essa possibilidade exista, não se discute; no entanto, quando convertida em ato, em face da ordem vigente, configura-se também como pressuposto de consequência normativa (aplicação da sanção). Em última hipótese, a conduta configurativa de subversão da ordem, se alcança os próprios fundamentos da ordem estabelecida e logra êxito de modo global, extingue a própria ordem, por outra substituída. Mas, então, a conduta já não pode ser tipificada pela ordem que deixou de existir. É o caso das revoluções em sentido jurídico (v. sobre a matéria LOURIVAL VILANOVA, **Teoria Jurídica da Revolução**, in As tendências atuais do Direito Público — Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos, Forense, Rio de Janeiro, 1976, pgs. 454 e segs.).

Com exclusão dessa hipótese-limite, quando a conduta não pode ser inserida na ordem subvertida por haver se sobreposto a ela, em todas as demais hipóteses a conduta pode ser determinada coativamente, isto é, independentemente do assentimento dos sujeitos de conduta e da coincidência com idéias, crenças ou convicções de indivíduos ou grupos. É nisso, aliás, que reside a possibilidade de existência de uma ordem jurídica; impossível ela seria se condicionada ao consenso unânime da comunidade. Constitui um postulado político e não jurídico, entre outros, o que estabelece que a ordem deva repousar, para ser legítima, no consentimento do maior número.

Dentro dessa linha de raciocínio, as monarquias absolutistas do começo da idade moderna e as atuais repúblicas autocráticas são Es-

tados no mesmo sentido em que o são as mais aprimoradas democracias representativas, isto é, ordens coativas. São, se se preferir usar a expressão já agora carente de sentido, Estados de Direito.

### 1.3 — Alguns Estados não são Estados de Direito.

Se, ao invés de considerar o Estado sob o ângulo formal, a análise for orientada para o conteúdo da ordem com a qual ele se identifica, a expressão Estado de Direito ganha um novo sentido, um sentido, político. A ênfase concedida à **natureza** da ordem jurídica, peculiar à perspectiva anterior cede lugar a considerações sobre **fins e meios**, sempre e necessariamente vinculadas a uma concepção ideal do Estado.

O Estado, agora, já não é apenas ordem, mas sobretudo, **deve ser** uma determinada ordem, orientada para determinados fins, animada por certos valores, e cuja aplicação exige a ponência de procedimentos compatíveis. Uma ordem assim deve ser uma ordem **justa**.

Há-de se convir, porém, que a idéia de justiça (acrescida à noção de ordem) está sujeita a conotações variadas, dada a íntima conexão que guarda com as filosofias sociais de distintos matizes. Basta recorde, sem necessidade de descer a maiores detalhes, a metamorfose sofrida pela concepção de justiça tomando-se como pontos de referência o individualismo extremado do liberalismo clássico e o coletivismo radical do marxismo ortodoxo. Entre os extremos, situam-se as incontáveis posições conciliatórias, que buscam a síntese como solução justa para a questão política.

Não é de surpreender que, traduzida em termos práticos, essa plurivocidade da idéia de justiça seja o móvel por excelência de todos os conflitos políticos. "La ideología de la justicia" — diz ALF ROSS — "conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso." (**Sobre el Derecho y la Justicia**. B. Aires, 1964, Trad. de E. Carrió p. 267). Isso explica, segundo o mesmo Autor, que todas as guerras e conflitos sociais tenham acontecido em nome da "exaltada idéia de justiça".

Apesar das dificuldades de que se reveste o problema da justiça, mais cedo ou mais tarde todo jurista defronta-se com ele e experimenta a necessidade de eleger um critério que lhe permita formular juízos críticos sobre a experiência do Direito. Esse critério há de revestir a forma de um dever-ser ideal, contraposto ao dever-ser posi-

tivo da normatividade jurídica, porquanto não coincidentes os respectivos conteúdos. O segundo apanha os fatos (condutas) e lhes dá um sentido específico, qualificando-os juridicamente; o primeiro faz desse sentido o suporte de uma valoração positiva ou negativa.

Historicamente, o pensamento constitucionalista do século XVIII não procedeu de outra forma ao definir o Estado de Direito. A burguesia liberal, em luta aberta contra o poder político exercido despoticamente pelos monarcas absolutistas, contrapunha às estruturas reais de poder a exigência de um novo Estado, cuja Constituição se caracterizasse pelo reconhecimento das liberdades individuais e pela técnica da divisão dos poderes. "De esta forma", assinala SCHMITT, "surge un concepto singular, distintivo, de Constitución, sino que hay Estados con y sin Constitución, Estados 'constitucionales' y Estados 'no constitucionales'". (**Teoria de la Constitución**, México, 1961, p. 41).

Identificado com o Estado constitucional burguês, o Estado de Direito é originalmente o Estado liberal por excelência; os Estados que não adotem o mesmo modelo político não são Estados de Direito, mas ditaduras ou despotismos. A ideologia liberal, de cunho individualista, foi praticamente assimilada por quase todos os Estados do mundo moderno, onde a idéia de ordem justa encontra-se associada ao princípio de tutela e preservação da liberdade do indivíduo contra o exercício abusivo do poder.

Todavia, os mesmos fatos que assinalaram a falência do Estado liberal clássico contribuiram para a reformulação do conceito ideal de organização política, sob o influxo da ideologia democrática. Por conta dessa evolução, forma-se o entendimento de que o autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em fixar o modo **como** deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer **quem** deve exercê-lo. Assim, um terceiro elemento vem juntar-se aos outros dois (liberdades individuais e divisão de poderes), exigidos pelo liberalismo burguês, para enriquecer a noção de Estado de Direito; esse terceiro elemento é a participação efetiva do povo nos atos de criação e aplicação da ordem estatal. O Estado liberal de Direito faz-se Estado democrático.

## 2 — Conceito de Estado de Direito

### 2.1 — A ordem justa

Com toda razão ALF ROSS quando afirma que "Una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas — por ejemplo, un sistema impositivo — es injusto, no indica ninguna cualidad discernible en las reglas. No da ninguna razón para su actitud; simplesmen-

te se limita a darle una expresión emocional" (ob. cit. pg. 267). Com efeito, nc qualificar uma ordem jurídica como injusta o que se manifesta, na verdade, é um juízo de reprovação que tem seu correlato subjetivo no **sentimento de justiça** ofendido pelo conteúdo da ordem, quer essa reprovação seja dirigida à ordem em sentido global, quer tenha por objeto uma norma isolada. Nesta última hipótese, ainda é à ordem que se visa com o juízo reprobatório, embora de forma mediata, pois o sentido de uma norma é função do sistema do qual é parte constitutiva.

Em que consiste, porém, o sentimento de justiça? Será ele mais uma das noções metafísicas com que se deleita o espírito humano, sem nenhuma correspondência com a realidade empírica? Ou será algo pertinente, por natureza, a um tipo de experiência — a experiência do Direito. O posicionamento da questão conduz inegavelmente a uma região meta-científica, e isso convém deixar bem claro; a ciência do Direito não poderá aventurar-se nessa região sem comprometer o seu peculiar objeto, desvirtuando-se como conhecimento metodicamente estruturado.

O sentimento de justiça é um estado de consciência, uma realidade subjetiva, em cuja gênese participam fatores de natureza objetiva e de natureza ideal. Entre os primeiros destaca-se o fator elementar da convivência; entre os últimos, o valor liberdade. O conviver, não sendo simplesmente viver em proximidade com outros, mas viver de acordo com regras estabelecidas, põe, inevitavelmente, a questão concernente à **legitimidade** das regras de convivência, ou, em outras palavras, a questão de saber se as regras estabelecidas são ou não compatíveis com a liberdade. Assim ao dado de fato, empírico (a convivência), acrescenta-se o dado ideal, pressuposto (a liberdade humana); da conjugação desses dados brota o sentimento de justiça, que pode ser definido como o **estado de consciência que se manifesta no juízo de aprovação de uma regra ou conjunto de regras de convivência, fundado no pressuposto da liberdade humana**.

## 2.2 – O Estado de Direito liberal ou burgues

O Direito é criação do homem para servir à finalidade superior do homem, que é sua realização como ser de convivência (ser de conduta). Ora, como essa finalidade não pode ser atingida a menos que se converta a dignidade da pessoa humana em valor fundamental da ordem política, compete ao Direito e, portanto, ao Estado criar as condições necessárias e suficientes ao livre desenvolvimento da personalidade.

Coube ao liberalismo burgues o mérito histórico de lançar as

bases de uma organização política centrada sobre o valor da pessoa; mas, ao incorrer no equívoco de pretender que "as aptidões individuais se concretizam à margem de todo esboço de coação estatal", frustrou a possibilidade de ver concretizar a ordem justa pela qual lutara, onde a liberdade encontrasse condições de pleno exercício. São por demais conhecidas, para que se dispense relembrá-las aqui, as graves consequências sociais oriundas da concepção liberal sobre o Estado de Direito. "Sua essência", conforme destaca PAULO BONAVIDES, "há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social", e com isso a liberdade, direito fundamental, tão apaixonada e solenemente defendida em termos teóricos, é asfixiada pela presença de componentes políticos adversos.

Necessárias, porém não suficientes, são as técnicas de limitação do poder estatal incorporada pela experiência liberal para garantir os direitos da pessoa. O dogma político da separação dos poderes, por exemplo, por mais significativo que tenha sido o seu papel no processo de aprimoramento das instituições públicas, não foi bastante eficaz para impedir os surtos de arbitrariedade ofensivos àqueles direitos. É que tal separação, em sua idéia original, reduzia o Estado à imobilidade, minimizado à função de guardião das liberdades individuais. (Não se pode esquecer, a propósito, que o conceito liberal-burgues de Estado de Direito é, antes de mais nada, um conceito polêmico em oposição ao Estado despótico).

Por outro lado, a confiança irrestrita na lei, sobre a qual se fundamenta a exigência do Estado legalista, aliada ao princípio da independência dos tribunais frente ao Governo, valiosas conquistas da ideologia liberal, não lograram, por si sós, assegurar o efetivo exercício dos direitos humanos.

O Estado de Direito burgues era, em síntese, tão somente a estrutura formal do Estado de Direito; faltava-lhe aquilo que LEGAZ y LACAMBRA chamou de "la vigéncia social de aquellas valoraciones en las que el ideal jurídico se centra en torno a los valores de la personalidad humana. La ineficacia de una posición meramente "racionalista" — continua o mestre espanhol — "se traduce en la radical insuficiencia de la técnica jurídica para patentizar la existencia de un Estado de Derecho". Com efeito, por mais importantes que sejam as técnicas jurídicas concebidas pela ideologia liberal, tipicamente racionalista, pouco ou nada significam para a existência do Estado de Direito, "si la constitución contiene limitaciones políticas al principio de respeito a la persona humana", pois "crear las condiciones formales del Estado de Derecho es fácil; puede ser cuestión de un dia. Ya no es tanto hacer que las valoraciones bási-

cas del Estado de Derecho sean algo más que una ideología normativa: que sea, pura y simplemente, la forma de vida social efectiva, el Derecho de los hombres conviventes en una comunidad política histórica". (Derecho y Libertad, B. Aires, 1952, pgs. 83/84).

### 2.3 – O Estado de Direito democrático

A tensão entre liberdade e autoridade, que se encontra na base de toda questão política, foi experimentada de forma extrema no Estado liberal do passado. Levada ao limite crítico, haveria de romper-se a tensão em detrimento da autoridade, ocasionando o desequilíbrio social, como de fato aconteceu. Em consequência, a liberdade teoricamente defendida como direito inalienável do ser humano transformou-se, na prática, em privilégio de minorias.

A situação criada pela falência do liberalismo, na tentativa de estabelecer o Estado de Direito, inverteu o rumo do processo político no sentido de revitalizar o princípio de autoridade e, através dele, recompor o equilíbrio rompido. Mais uma vez era a liberdade que se punha no âmago da questão política. Só que, agora, o pendular da História assinalaria o surgimento de novas formas de despotismo; os sistemas autoritários irromperam em vários Estados em resposta agressiva ao liberalismo desagregador. A inversão do processo, em substância, apenas alterou as regras do jogo sem solucionar o problema da liberdade.

O desafio de nossa época, assinalada por dolorosas e inesquecíveis experiências, consiste exatamente em recolocar, em termos justos, a clássica antítese liberdade-autoridade. Aliados o liberalismo e o autoritarismo por incapazes de atender à exigência de realização do ser humano, forçosamente há de se buscar em uma terceira via o acesso a tal finalidade: a ideologia democrática.

Com efeito, o Estado democrático é a única ordem que pode proporcionar as condições indispensáveis à existência do verdadeiro Estado de Direito, onde a **liberdade-autonomia** cede lugar à liberdade-participação. Esta pressupõe, como conteúdo da ordem instituída, a adoção de determinados princípios e técnicas, que afetam diretamente o núcleo das decisões políticas e o fundamento de legitimidade dessas decisões.

Em primeiro lugar, a ordem democrática deve assegurar a formação da vontade geral, de que nos fala ROUSSEAU, fundamentando-se no instituto da representação política e no respeito ao direito das minorias. Para isso não basta apenas garantir o direito de voto em eleições periódicas; esse direito também existe nos regimes de

partido único e nem assim podem eles ser tidos como democráticos. O direito de voto não constitui o sentido da democracia; muito pelo contrário: é a democracia que empresta o sentido específico ao direito de voto.

Sendo o voto a expressão de uma decisão de caráter político, a vontade por ele representada exige, para sua formação, todo um processo normativo integrado, desde a organização pluripartidária — representativa das várias correntes da opinião pública — às garantias de livre manifestação de pensamento, incluindo o direito de crítica a instituições e a procedimentos. Sem essas garantias, que se nos afiguram fundamentais, ter-se-ia, conforme ressalta HAROLD LASKI, "la condición esencial para la perversión del poder". Argumenta o ilustre trabalhista inglês: "Una vez que hemos prohibido la libertad de palabra, hemos prohibido la crítica a las instituciones sociales. En tal caso, las únicas opiniones logrado hacerse oír por los detentadores del poder". E ainda avverte: "Historicamente, el camino hacia la tiranía ha sido siempre allá en el Estado Moderno, B. Aires, 1946, pg. 67).

A liberdade tem sido muitas vezes definida como "ausencia de coação", e até certo ponto pode-se admitir como válida tal definição. Politicamente falando, porém, não se lhe deve emprestar sentido absoluto, uma vez que a ausência total de limitação à liberdade de cada indivíduo redundaria na aceitação da tese anarquista da supressão da autoridade, com a conseqüente desorganização social. No Estado de Direito democrático, contraposto tanto à anarquia quanto à tirania, tem-se a **não-coação** como regra e a coação como **exceção** justificada pela defesa do interesse coletivo. Em última análise, as exceções, no caso, demonstram a necessidade de autodefesa da ordem democrática enquanto coincide com o direito que todos os indivíduos têm, **igualmente**, à liberdade.

Dessa forma, a igualdade passa à categoria de postulado político da mais alta significação do Estado de Direito, na medida em que é a igualdade a limitação natural (não apenas positivo-legal) da liberdade, pois, "en cualquier Estado donde la libertad haya de orientarse hacia sus fines naturales, es importante que también exista igualdad". (LASKI, ob. cit. pg. 20). O próprio sentimento de justiça está vinculado à idéia de igualdade, porque nada parece tão repugnante a esse sentimento quanto as medidas discriminatórias adotadas contra indivíduos ou grupos por motivos preconceituosos.

Todavia, se a igualdade há de ser assegurada pela ordem democrática, não serão os particulares competentes para tornar efe-

tiva essa garantia, impulsionados que são pelos seus interesses privados. Competente é tão somente o poder público, vocacionado para o interesse coletivo e detentor do monopólio da força. E tanto mais legítima será sua atividade nesse sentido quanto mais fiel à expressão da vontade geral, isto é, à lei. Subordinada à lei, a autoridade democrática, fundada no consentimento da comunidade, exerce a função política de mediadora da liberdade. Nessa dimensão, a autoridade constituída ingressa no processo social como componente necessário, restabelecendo a tensão (rompida pelo liberalismo clássico) necessária ao equilíbrio de forças no seio da sociedade.

Já foi por alguns assinalado que o grande risco a que se expõe a democracia atual tem muito que ver com o problema da igualdade pela possibilidade de aniquilação da individualidade por força de uma política de massificação. O fenômeno, estudado magistralmente por ORTEGA Y GASSET, acarreta, inagavelmente, a hipertrofia da autoridade e o conseqüente comprometimento da liberdade. GASSET revelou sua apreensão sobre o assunto ao dizer: "Este es el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización; la statificación de la vida, el intervencionismo del Estado, la observación de toda espontaneidad social por el Estado; es decir, la anulación de la espontaneidad histórica, que en definitiva sostiene, nutre y empuja los destinos humanos". (*La Rebelión de las Masas*, B. Aires 7.º ed., 1944, p. 129).

O intervencionismo estatal é hoje, sem dúvida, um fenômeno universal e até mesmo inevitável. No entanto, dentro de uma ordem verdadeiramente democrática a margem de risco representada pela ameaça de esmagamento da autonomia individual pode e deve ser minimizada por técnicas jurídicas, sem as quais dificilmente poderia a ordem ser realizada. Entre essas técnicas merece lugar de destaque o **controle jurisdiccional** dos atos da autoridade pública. "Los sistemas judiciales de control constitucional y, sobre todo, de defesa de derechos humanos", — diz CASTAN TOBEÑAS — tiene una justificativa muy clara. Son una secuela del **principio de legalidad**, propio del **Estado de Derecho**, que obliga a la observância no sólo de la ley, sino en general del Derecho objetivo por todos y, consiguientemente, en todas las actuaciones de los órganos estatales". (*Los Derechos del Hombre*, Madrid, 2.ª ed., 1976, p. 131).

Se a ordem democrática não pode tolerar qualquer lesão aos direitos fundamentais da pessoa por parte de indivíduos ou entidades privadas, com maior razão não poderá admitir que tal lesão decorra de ato de autoridade constituída, cujo dever jurídico precípua é proporcionar as condições indispensáveis à efetiva realização

daqueles direitos. Admitir o contrário é admitir a licitude da subversão da ordem pelos seus próprios agentes. O absurdo político.

As restrições eventuais à liberdade, síntese dos direitos humanos, somente se tornam legítimas na medida em que visam à preservação do interesse coletivo; mas, ainda assim, o poder do Estado encontra um limite infranqueável na dignidade da pessoa e sua atividade nessa órbita, estando em questão os valores mais altos da ordem instituída (sua verdadeira razão de ser), não pode ser subtraída ao controle dos tribunais competentes, pois nesse controle reside a suprema garantia dos direitos da pessoa. Ressaltando a especial posição da magistratura no Estado constitucionalí comenta LEIBHOLZ: "El hecho de que hoy la sociedad democrática políticamente constitucional haya incluído como uno de sus poderes constitucionales del orden establecido al poder judicial constituye un reconocimiento de los más antiguos e indiscutibles principios de la moral humana, que sin juicio ni tribunal son impensables". (**Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna**, Madrid, 1971, p. 179).

### 3. – O problema da segurança nacional

#### 3.1. – As agressões à dignidade da pessoa

As mais graves agressões à dignidade da pessoa têm sido perpetradas, no nosso século, em nome da segurança nacional, eufemismo sob que se disfarça a "segurança do Estado" ou "segurança do sistema" com o qual se identifica um determinado grupo no poder. Não há o menor interesse, aqui, em evocar o elenco desses atentados, mesmo porque é de todos sabido o que tem sido feito e o que se está fazendo em todos os quadrantes do mundo sob a invocação da segurança. O que interessa, realmente, é procurar situar o problema (pois é, de fato, um problema) nos limites do Estado de Direito.

Contudo, não se pode passar ao largo de um fato que motivou, historicamente, o recrudescimento da preocupação dos Estados democráticos em torno dos esquemas de segurança, tornados a cada dia mais rígidos. Referimo-nos ao ressurgimento da autocracia, sob as novas formas do nacional-socialismo alemão, do fascismo italiano e do comunismo soviético. Sob o influxo de ideologias políticas agressivas, as liberdades individuais foram drasticamente suprimidas ou de tal modo minimizadas que delas, podemos dizer, restou apenas a consagração formal, sem qualquer garantia de efetividade. Não há, porém, que se deixar confundir com a diversidade de for-

mas, pois existe um denominador comum a todas essas ordens autocráticas: a **finalidade**, distinguida por LOEWENSTEIN com referência ao fascismo. Essa finalidade é “evitar cualquier peligro para el monopolio del poder de la camarilla dominante”, pois “la genuína tiranía política no le queda otra elección que cerrar el circuito del poder y mantenerlo permanentemente cerrado, o perder el poder”. (**Teoria de la Constitución**, Barcelona, 1964, pg. 402). E o perigo maior é, sem sombra de dúvida, a liberdade dos indivíduos.

A ordem autocrática, considerada em si mesma, é perfeitamente coerente em sua hostilidade aos direitos fundamentais da pessoa. Afinal ela é, no nosso tempo, uma réplica ao liberalismo; enquanto na ideologia liberal o indivíduo vê no Estado um inimigo, na ideologia autocrática é o Estado que identifica no indivíduo seu mais perigoso adversário. Em ambas a estratégia é a do “garrote”.

Mas que dizer da ordem democrática quando, sob a justificativa de autodefesa, utiliza o mesmo procedimento e as mesmas técnicas que caracterizam os modelos autocráticos? LOEWENSTEIN, com clareza e objetividade, diz qual é o dilema com que se defronta o atual Estado democrático: “En el intento de enfrentarse contra la amenaza totalitaria a sus propios valores y existencia el Estado democrático constitucional se ve confrontado con el mayor dilema desde su implantación. Si decide a usar fuego contra fuego y a negar a los agitadores totalitarios el uso de las libertades democráticas para evitar la destrucción última de toda libertad, actuará precisamente en contra de los principios de la libertad y de la igualdad sobre los que él mismo está basado. Si por otra parte, se mantiene firme en sus verdades fundamentales democráticas aun en beneficio de sus enemigos declarados, pone en juego su propia existencia” (ob cit. pg. 405).

Postos diante do dilema, inúmeros Estados, principalmente aqueles que se vêem a braços com condições adversas à estabilidade do poder (economia precária ou desorganizada e toda seqüela de problemas sociais), inclinam-se francamente para a primeira alternativa e, à proporção que reforçam a defesa da ordem instituída pelas limitações progressivamente mais amplas à liberdade, acabam por se transformar eles mesmos em outras tantas tiranias. Veja-se, por exemplo, a que têm conduzido as fobias anti-comunista e anti-liberal: a uma política repressiva de extrema violência, que põe sob suspeita permanente a todos sem distinção e que mantém em estado de alerta um verdadeiro aparato de força, pronto a ser acionado contra a comunidade ao menor sinal de alarme. O resultado

é o que já se conhece: um clima de terror em sua pior forma, o terror do Estado.

### 3.2 — O conceito de segurança nacional.

No núcleo da questão está a elasticidade do conceito de segurança nacional, que permite invocá-lo sob os mais diversificados pretextos, inclusive como justificativa para o decidido arbítrio. O conceito de segurança nacional pertence àquela categoria de **conceitos jurídicos indeterminados**, mencionada por ENGLISH, que os define como conceitos "cujo conteúdo e extensão são em larga escala incertos". (**Introdução ao pensamento jurídico**, Lisboa, 1968, 2.ª ed., p. 173). Sendo conceito eminentemente político, o de segurança presta-se a esse uso indiscriminado tão perturbador da certeza do Direito, se se considerar que a certeza jurídica está na razão direta da interpretação das normas pertinentes à matéria pelos órgãos encarregados de aplicar o Direito vigente.

Ora, quando o intérprete da norma procede à subsunção da conduta concreta à hipótese legal abstrada no procedimento de aplicação do Direito, presume-se que haja fixado previamente o sentido do conceito — hipótese. Mas, se o conteúdo e a extensão desse do conceito são incertos, vê-se o intérprete na contingência de escolher entre os vários sentidos possíveis aquele que lhe parecer mais razoável. Disso decorre, precisamente, a incerteza sobre a decisão do órgão aplicador do Direito, que passa a atuar em área de amplíssima discricionariedade. Nessas condições, aberto está o caminho para toda sorte de injustiça.

Se o conceito de segurança nacional há de ser acolhido pelo Estado de Direito, o seu sentido não pode ser qualquer sentido. Por isso, torna-se indispensável submetê-lo a um verdadeiro processo de "decantação" lógica, a fim de apurar o que nele entra em sintonia com os princípios da ordem democrática. O resultado da operação pode não ser a precisão absoluta (que essa não existe), mas pelo menos ter-se-á contribuído para reduzir a margem de incerteza decorrente das flutuações de sentido a que se acha sujeito.

Antes de mais nada, a segurança objetivada pelo Estado de Direito só pode ser **segurança jurídica**, que se traduz na certeza de que os valores inseridos na ordem vigente serão efetivamente realizados. A segurança assim concebida possui duas dimensões, corretamente assinaladas por GEIGER (cit. p. GARCIA MAYNEZ): a primeira consistente na **segurança de orientação ou certeza da ordem**; a segunda, na **segurança de realização ou confiança na ordem**.

A segurança de orientação é incompatível com o arbítrio e até mesmo com a descrição excessivamente ampla, pois em ambos os casos os destinatários da ordem nunca estão seguros da conduta a ser adotada, porque nunca estarão seguros sobre o conteúdo da decisão dos órgãos aplicadores do Direito, e com isso compromete-se irremediavelmente a possibilidade de justiça. O mesmo acontece no tocante à segurança de realização, que "exige no solo el **cumplimiento** de las normas por los particulares", mas ainda "demanda, sobre todo, la **correcta aplicación** de aquellas por los órganos del poder público". (GARCIA MAYNEZ, *Filosofia del Derecho*, México, 1974, (p. 478).

Se a ordem democrática é uma ordem valiosa, digna de estima, o é justamente porque "realiza eficazmente os valores que lhe dão sentido". Portanto, a segurança jamais poderá ser pensada como algo distinto dos ou contraposto aos direitos fundamentais da pessoa sobre cuja dignidade está edificada a ordem. Desse modo, a segurança dita nacional não se confunde com as odiosas "razões de Estado" nem com "segurança de sistema", enquanto com tais expressões pretenda-se indicar um irredutível antagonismo entre Estado e indivíduo ou a desconfiança, nem sempre declarada, de um determinado sistema para com os propósitos dos indivíduos. Segurança nacional é fundamentalmente, no Estado de Direito, **segurança dos nacionais**, tanto no âmbito de validade da própria ordem estatal quanto em face dos demais Estados, traduzindo-se na certeza de efetividade dos objetivos da ordem.

### 3.3. — A segurança como direito e como dever

Considerada a distinção funcional entre governantes e governados, no âmbito do Estado de Direito, a segurança nacional ora se apresenta como um **direito** ora como um **dever**.

Se os governantes, na democracia, nada mais são que os executores da vontade política dos governados, àqueles se atribui o dever de assegurar a realização do conteúdo da ordem, prevenindo ou reprimindo as ameaças ao pacífico desenvolvimento dos seus objetivos. O legislador cumprirá esse dever na criação das normas disciplinadoras do ilícito político, nos limites dos preceitos constitucionais; a administração pública (sentido amplo), quer em sua atividade preventiva quer repressiva, fará o mesmo agindo em estrita subordinação à lei; os tribunais, não somente aplicarão as sanções legais, mas, sobretudo, exercerão o controle da constitucionalidade dos atos da autoridade pública. Em qualquer hipótese, o dever dos governantes tem por fundamento a necessidade de cumprir e fazer cumprir

a Constituição do Estado. As chamadas medidas de exceção, se cabíveis, somente adquirem legitimidade condicionadas à previsão constitucional.

Correlatamente, assiste aos governados o direito de ver assegurados os princípios e valores políticos da ordem instituída contra qualquer forma de exercício arbitrário do poder público. Quando se abandona a concepção da segurança como direito, entende LEGAZ Y LACAMBRA, "triunfa la concepción sustantivadora de lo social y se afirma la primacia de la sociedad política organizada, o sea, del Estado. (...) El ente colectivo se convierte en titular de un derecho a la seguridad que, simplemente, es la transposición del derecho individual de seguridad individual. El individuo se anula, la colectividad — unas veces vagamente entendida y otras veces personificada en el Estado — se sublima y santifica. Esta sustantivación y personificación implica el reconocimiento o la atribución de unos fines, que desde luego se consideran superiores a los individuos. Esto puede ser, — concluye o mestre espanhol — dentro de ciertos límites, una forma de expressar la primacía del bien común sobre el bien particular. Pero puede ser también — transpassados esos límites — una manera de anular la libertad personal". (**Humanismo, Estado y Derecho**, — Barcelona, 1960, p. 173). Não é sem razão que, nas ideologias totalitárias, o direito de segurança transfere-se para o Estado com a neutralização conseqüente das liberdades individuais.

### 3.4 — Segurança e justiça

A segurança não é apenas condição de justiça. E muito mais: a segurança é, por si mesma, aquele **mínimo de justiça** que subsiste ainda quando a ordem jurídica não realiza a idéia universal do justo. A existência desse mínimo corresponde à necessidade básica do homem enquanto ser de conduta; quando esse mínimo desaparece, cedendo lugar à insegurança, o sentimento de justiça, mortalmente atingido, orienta-se pela idéia de justiça (indissociável da idéia de Direito), reivindicando a restauração da segurança perdida.

Esse processo está na base das revoluções políticas populares que se explicam como movimentos acionados pelo sentimento de justiça (antes mesmo que pela idéia de justiça), inerente a todo ser humano, toda vez que este se sente em perigo por lhe faltar o mínimo de condições que assegure o fato básico da subsistência. Como a subsistência humana, por seu turno, é função da convivência e esta é praticamente impossível sem segurança, é à segurança, que somente o Direito proporciona, que visa, em primeiro plano, a

ação revolucionária. Em última instância, trata-se da luta pelo Direito a mais árdua e a mais nobre das lutas, pois "A atitude dum indíviduo ou povo diante duma ofensa ao seu direito", escreve HERING, constitui a melhor prova do seu caráter".

### CONCLUSÕES

1. O verdadeiro Estado de Direito identifica-se com a ordem democrática, que é, essencialmente, orientada para o estabelecimento das condições necessárias e suficientes à realização do homem como pessoa.
2. Por isso mesmo, o Estado de Direito é o Estado em que a autoridade tem seu fundamento de legitimidade na livre manifestação da vontade da maioria e no respeito ao direito das minorias.
3. No Estado de Direito, o exercício do poder político deve ser exercício de competência normativa, e os direitos fundamentais encontram sua mais efetiva garantia na independência dos tribunais, em sua função de controle dos atos da autoridades públicas.
4. Esse controle tem por finalidade, sobretudo, assegurar que os valores e princípios da ordem instituída não sejam negados pela arbitrariedade dos governantes, cujo dever é, no Estado de Direito, executar a vontade política dos governantes.
5. No Estado de Direito, "segurança nacional" só pode significar "segurança dos nacionais", que se traduz na certeza de efetividade dos objetivos da ordem democrática.
6. Segurança é o "mínimo de justiça" correspondente à existência de uma ordem e indispensável à convivência, mas não é bastante, por si só, para realizar a idéia do Direito justo, centrado sobre a dignidade da pessoa humana.

princípio inequívoco acolhimento e dele faz, em vários dispositivos, oportunamente recordados, larga aplicação. Merece registro a circunstância de que o dever de motivar não fica adstrito às **sentenças**, em sentido próprio, isto é, às decisões que ponham "termo ao processo", consoante a definição do artigo 162, § 1.º: também as "demais decisões" (interlocutórias) devem ser fundamentadas, "ainda que de modo conciso" (artigo 165, 2.ª parte). Além disso, a regra da motivação obrigatória tanto apanha os pronunciamentos de primeiro grau quanto os de grau superior, conforme ressalta da expressão alusão a "acórdãos", na primeira parte do artigo 165.

São motivadas, como as dos outros órgãos judiciais, as decisões do Supremo Tribunal Federal. De cada julgamento se tomam notas taquigráficas, que registram o relatório, a discussão e os votos fundamentados, e se juntam aos autos, com o acórdão, depois de revistas e rubricadas (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigo 92, **caput**), a menos que o Ministro Relator dispense a juntada; neste caso, porém, caber-lhe-á fazer constar do acórdão "o resumo das alegações das partes, os motivos e as conclusões do julgamento" (artigo 94, **caput**). Como é notório, recentemente se criou uma exceção ao disciplinar-se, pela Emenda n.º 3, de 12.06.1975, a "argüição de relevância da questão federal", destinada a afastar as restrições constantes do texto regimental ao cabimento do recurso extraordinário com base no artigo 119, n.º III, letras **a** e **d**, da Carta da República. A apreciação das "argüições de relevância" é feita pela Corte em sessão secreta e dispensa motivação; da ata da sessão, que se publica para ciência dos interessados, consta apenas a relação das argüições acolhidas e das rejeitadas (Regimento Interno, artigo 308, § 4.º, incisos VII e IX).

12. A inovação introduzida pela Emenda Regimental n.º 3 inspirou-se, ao que tudo indica, no direito norte-americano, onde a concessão do **writ of certiorari** — remédio até certo ponto análogo ao nosso recurso extraordinário — fica à discreção da Suprema Corte, que não precisa justificar a denegação<sup>(18)</sup>. Mas nos Estados Unidos, consoante já se notou, inexiste regra geral, escrita ou consuetudinária, que imponha a motivação das decisões judiciais, de sorte que o regime do **certiorari** não reveste caráter excepcional, não quebra a sis-

Excluímos deliberadamente do plano de nosso trabalho o exame de tal problema, que nos levaria por força a exceder os limites aqui toleráveis. Sobre a questão surgida ao propósito no direito italiano, com a consagração em nível constitucional do dever de motivar, vide AMODIO, *L'obbligo costituzional ed i motivazione e l'istituto della giuria*, in *Riv. di dir. proc.*, vol. XXV (1970), págs. 444 e segs.

18 "A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of sound judicial discretion, and will be granted only where there are special and important reasons therefor" (U.S. Supreme Court Rules, Part V, Rule 19, n.º 1, princípio)

temática do ordenamento, ao contrário do que manifestamente sucede no Brasil com qualquer norma que dispense a motivação. Observe-se, de passagem, que nem sequer lá se tem considerado satisfatória a solução dada ao problema<sup>(19)</sup> e isso a despeito de bastarem os votos de quatro juízes para **deferir-se** a revisão, o que atenua em medida considerável o risco do arbítrio.

A doutrina brasileira não recebeu bem a inovação<sup>(20)</sup>, que chegou a ser tachada de inconstitucional<sup>(21)</sup>: de um lado, não obstante a ausência de disposição expressa na Carta da República, o direito à motivação das decisões judiciais seria deduzível do artigo 153, § 4.º, como desdobramento necessário do direito de ação; de outro lado, a competência outorgada ao Supremo Tribunal Federal para, no Regimento Interno, disciplinar o processo e o julgamento dos feitos que lhe toquem, originariamente ou em grau de recurso (Constituição Federal, artigo 119, § 3.º, letra c, na redação da Emenda n.º 7, com o acréscimo de referência específica à "argüição de relevância", a rigor mero incidente do recurso extraordinário), não o autorizaria a fugir aos princípios consagrados na legislação processual comum, entre os quais, precisamente, o da obrigatoriedade motivação das decisões.

13. Que a dispensa de motivação para a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a relevância ou irrelevância da **federal question** argüida pelo recorrente é incompatível com a garantia da "justificação formal", inerente ao Estado de Direito, resulta necessariamente de quanto se expôx até agora e prescinde de ulterior esforço de demonstração. A circunstância de que, ao rejeitar a argüição, o Tribunal barra em definitivo o caminho para a revisão do pronunciamento recorrido imprime ao ponto especial da gravidade.

Nem se diga que o fato de inexistir critério legal vinculativo, a ser observado na qualificação da questão como "relevante", torna inócuas a exigência da motivação. Já se acentuou que as opções do órgão judicial devem ser justificadas ainda quando (ou melhor:  **sobretudo** quando) descansem sobre juízos de valor. É evidente que, ao deliberar acerca da argüição de relevância, o Supremo Tribunal Fe-

19 Referem-se STERN e GRESSMAN, *Supreme Court practice*, 3.ª ed., Washington, 1962, págs. 123/4, a um "growing internal and external criticism" quanto à discricionariedade; tem-se criticado também a não divulgação dos motivos por que se rejeita a *petition id.*, pág. 177, nota 15).

20 A crítica formulada em nossos *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1967, pág. 547, juntou-se a de Sérgio Bermudes, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. VII, 2.ª ed., São Paulo, pág. 312.

21 Assim, Calmon de Passos, em conferência (não publicada) que proferiu sobre o tema na Universidade Católica de Goiás, e de cujo texto recebemos cópia, por gentileza do autor.

deral há de guiar-se por algum critério. Na medida em que esse critério, embora desprovido de rigidez, seja **racional** — e não puramente “voluntarístico”, ou ditado pelo “sentimento” ou pela “intuição” — pode ser explicado, e diríamos mais: reclama explication. Até porque, elástico que seja, o critério, para conservar-se digno desse nome, há de ser aplicado com um mínimo de coerência e de homogeneidade. Se dois litigantes, em casos análogos, arguem a relevância da mesma questão federal, é de esperar, em princípio, que recebam iguais respostas; e, na hipótese de as receberem desiguais, faz-se indispensável ao controle extraprocessual do funcionamento do mecanismo assecuratório que se conhecem os motivos da diferença de tratamento, que se identifiquem as peculiaridades em virtude das quais um viu acolhida e outro rejeitada a sua arguição.

Não nos parece útil, todavia, de **iure constituto**, discutir o problema ao ângulo da compatibilidade ou incompatibilidade entre a disposição regimental e a Carta da República. Afigura-se-nos irrealística a expectativa de que o Supremo Tribunal Federal, autor da norma, venha a reconhecer-lhe a alegada constitucionalidade. Seja como for, do ponto-de-vista em que neste trabalho nos situamos, preocupa-nos menos o exame da garantia da motivação no contexto das instituições político-jurídicas tais **como hoje existem** do que na perspectiva das exigências do Estado de Direito **cuja restauração se almeja**. A essa luz, julgamos relativamente pouco importante indagar se a disciplina desta ou daquela matéria se harmoniza com as regras superiores em vigor, pela simples e óbvia razão de que as regras superiores em vigor nem sempre se harmonizam, elas próprias, com os postulados do Estado de Direito.

14. Nossa olhar dirige-se, neste momento, ao futuro. O restabelecimento do Estado de Direito, em sua plenitude, é preocupação constante e instantânea dos advogados brasileiros. A consecução de tal objetivo exige, sem dúvida, a reforma profunda das instituições sob que vivemos. Mas a nossa pregação não pode diluir-se em genéricas e vagas declarações de princípios. Somos convocados a contribuir com sugestões específicas e concretas para a grande tarefa de reconstrução de uma ordem jurídica que atenda aos anseios do País. Incumbe a cada qual trazer o seu adminículo, modesto que seja, para dar forma visível e precisa ao ideal comum.

No aspecto particular de que trata o presente trabalho, é nossa convicção que o princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, por espelhar garantia inerente ao Estado de Direito, merece consagração expressa em eventual reformulação da Lei Maior. Sua significação, como esperamos ter demonstrado, transcende de muito

o nível da técnica processual. Está bem que o afirmem os Códigos; mas não é o bastante. Ele precisa ser posto a salvo de postergações como a que se configurou na Emenda n.º 3 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O único meio seguro de preservar-lhe a invulnerabilidade é inseri-lo, **expressis verbis**, no texto constitucional, a exemplo do que têm feito outros países. Ressalve-se, se assim se entender, o caso dos veredictos do tribunal do juri, cuja preservação é cara a tantos espíritos. Feita abstração dele, enunciamos como se seguem as nossas.

### CONCLUSÕES

1. A motivação das decisões judiciais, como expressão da "justificação formal" dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito;
2. O princípio de que as decisões judiciais devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau de jurisdição, sem exclusão dos que possuam índole discricionária ou se fundem em juízos de valor livremente formulados;
3. É conveniente a inclusão, na Constituição da República, de dispositivo que consagre em termos expressos o princípio da obrigatoriedade da motivação.