

MPMG

Ano III - Edição Especial
jan./fev./mar. de 2008
ISSN 1809-8673

20
ANOS
CF 88

IMPRESSO ESPECIAL
7397091248/2005-DR/MG/PGJ
CORREIOS
IMPRESSO FECHADO
PODE SER ABERTO PELA ECT

jurídico

Publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EDIÇÃO ESPECIAL 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Marcus Paulo Queiroz Macedo

Renato Franco de Almeida

Fernando Rodrigues Martins

Gregório Assagra de Almeida

Marcelo Cunha de Araújo

Élida de Freitas Rezende

Rômulo de Andrade Moreira

Stela Valéria Cavalcanti

Eurico Ferraresi

Felipe P. Braga Netto

Emerson Garcia

Sergio Cruz Arenhart

Elton Venturi

Bruno Freire de Carvalho Calabrich

Rodolfo de Camargo Mancuso

Hugo Nigro Mazzilli

Luís Roberto Barroso

Disseminare

MP *MG* jurídico

**Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento
Funcional - CEAF
Procuradoria-Geral de Justiça / Ministério Público
do Estado de Minas Gerais**

Edição Especial - 20 anos da Constituição Federal
Ano III - janeiro/fevereiro/março de 2008
ISSN 1809-8673 - circulação nacional e internacional



Disseminare

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Jarbas Soares Júnior

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Corregedor-Geral

Procurador de Justiça Márcio Heli de Andrade

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Alceu José Torres Marques

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Paulo Roberto Moreira Caçado

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Fernando Antônio Fagundes Reis

Secretário-Geral

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

Chefe-de-Gabinete

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bitencourt

Coordenador da Central de Atendimento às Promotorias de Justiça – CAP

Promotor de Justiça Jairo Cruz Moreira

Diretor-Geral

Fernando Antônio Faria Abreu

Coordenação Editorial

Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

Direção de Produção Editorial

Alessandra Souza Santos

Revisão

Cláudio Márcio Bernardes

Daniela Paula Alves Pena

Hugo de Moura

Redação

Cláudio Márcio Bernardes

Fernando Soares Miranda

Samuel Alvarenga Gonçalves

Diagramação

Cláudio Márcio Bernardes

Marco Antônio Gibim

Pedro Henrique Borba Torres

Os artigos e textos publicados neste boletim são de responsabilidade exclusiva de seu autores e não representam, necessariamente, a posição ou ideologia do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA	6
Jarbas Soares Júnior	
II PREFÁCIO	7
Jacson Campomizzi	
III APRESENTAÇÃO	
Gregório Assagra de Almeida	8
IV CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL	9
1. Algumas considerações sobre os vinte anos do novel perfil constitucional do Ministério Público brasileiro	
Marcus Paulo Queiroz Macêdo	10
2. Política, Direito e Ministério Público	
Renato Franco de Almeida	12
3. A autonomia do Ministério Público: entre o seu passado e o seu futuro	
Emerson Garcia	15
4. A tese da exclusividade da investigação policial: um convite à honestidade no debate	
Bruno Freire de Carvalho Calabrich	19
5. A atuação do membro do Ministério Público criminal em uma república democrática	
Marcelo Cunha de Araújo	22
6. Princípio da não-obrigatoriedade da ação coletiva	
Eurico Ferraresi	35
7. Contribuição esperada do Ministério Público na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos	
Rodolfo de Camargo Mancuso	37
8. Uma nova visão do Ministério Público brasileiro pós-1988	
Hugo Nigro Mazzilli	41
9. Ministério Público e o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, caput, da CF/88): da perícia para as estatísticas e os indicadores sociais – necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária	
Gregório Assagra de Almeida	44

10. Apontamentos sobre o Ministério Público da Constituição de 1988	
Élida de Freitas Rezende	47
11. A violência doméstica contra a mulher e a atuação do Ministério Público após o advento da Lei Maria da Penha	
Stela Valéria Cavalcanti	48
12. O Ministério Público em busca de sua personalidade institucional: a problemática harmonização entre a independência funcional e a unidade	
Elton Venturi	52
13. O Ministério Público e a tutela coletiva: o advogado que queria ser juiz	
Sergio Cruz Arenhart	55
14. O sistema de invalidade das normas jurídicas infraconstitucionais em face do processo legislativo corrompido. Um novo paradigma?	
Fernando Rodrigues Martins	57
15. O parecer do Ministério Público na superior instância	
Rômulo de Andrade Moreira	61
16. Quanto vale uma vida?	
Felipe P. Braga Netto	63
17. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil	
Luís Roberto Barroso	65

I MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Jarbas Soares Júnior

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Estimados (as) Leitores (as),

A Constituição da República, promulgada em outubro de 1988, encerrou um período de obscurantismo sociopolítico. De todo o ocorrido, restou a maturidade da superação. Que nunca se instaure ditadura no País, seja de qualquer viés ideológico.

Dada a estatura política alcançada, a Constituição *Cidadã* tornou-se forte instrumento de garantia para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Pois bem, o Ministério Público de Minas Gerais não poderia ficar passivo diante dessa circunstância histórica. Assim, por intermédio do *MPMG Jurídico*, apresentamos uma série de artigos que fazem um balanço crítico da trajetória do Ministério Público no cenário nacional. Eles mostram a evolução do *Parquet*, de órgão atrelado ao Poder Executivo para instituição autônoma, com direito a capítulo próprio e *status* de função essencial à Justiça.

Na assinatura dos textos, figuram personalidades ilustres que contribuem a seu modo com a formação de opinião. Destacamos os colegas do Ministério Público mineiro: Marcus Paulo Queiroz Macedo, Renato Franco de Almeida, Fernando Rodrigues Martins, Gregório Assagra de Almeida, Marcelo Cunha de Araújo e Élide de Freitas Rezende.

Participam conosco, desta edição, os Promotores de Justiça de outros Estados da Federação, trazendo suas experiências na função ministerial: Emerson Garcia, Rômulo de Andrade Moreira, Stela Valéria Cavalcanti e Eurico Ferraresi.

Os Procuradores da República Felipe P. Braga Netto, Sergio Cruz Arenhart, Elton Venturi e Bruno Freire de Carvalho Calabrich também brindam o leitor com textos poderosamente reflexivos e provocadores.

Como não poderiam faltar, convidamos os professores Rodolfo de Camargo Mancuso, Hugo Nigro Mazzilli e Luís Roberto Barroso para participarem desta edição especial e fomos prontamente atendidos. Em seus artigos, o leitor poderá entender um pouco o motivo pelo qual os autores são amplamente citados na doutrina e na jurisprudência.

Em suma, esta edição especial do *MPMG Jurídico* pretende contribuir, que seja um pouco, para marcar importante etapa da vida democrática brasileira. E que ela não seja meramente uma publicação comemorativa mas sim uma síntese reflexiva dos últimos vinte anos da efetivação da democracia no País. Que seja também uma ferramenta para o dia-a-dia da prática jurídica e até, por que não dizer, um despertar crítico para o cidadão brasileiro. Afinal, ele é o principal destinatário da Constituição da República. Basta uma reprodução do primeiro artigo da Carta Política, em seu parágrafo único: “Todo o poder emana do povo”.

Celebrando a liberdade de pensamento, desejo a todos uma boa leitura!

II PREFÁCIO

Jacson Campomizzi

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Fazemos as homenagens para evidenciar valores, repeti-los para que não caiam no esquecimento e para que os compromissos enunciados iluminem nossos caminhos. Por isso, fatos são rememorados em suas respectivas datas; pessoas, seus feitos e seus escritos lembrados; instituições têm seu histórico, seus motivos e ideais registrados. O Ministério Público luta por ideias e condutas emancipacionistas que possam libertar os homens e mulheres das variadas formas de opressão presentes na sociedade e, por isso mesmo, apega-se a determinados valores que possam sempre motivar, causar estímulo e até entusiasmo no exercício de seu mister. Nossa vida institucional está recheada de homenagens, externadas nas comemorações e nos eventos culturais ou nas citações contidas nas peças processuais e no trabalho acadêmico daqueles mais doutos.

De todas as homenagens do ano que se encerra, não vejo mais justa, mais importante, mais indispensável que esta que ora se celebra, ao editarmos esta Revista comemorativa dos 20 anos da Constituição Federal do Brasil. Bastariam estas poucas palavras do Deputado Ulysses Guimarães, então presidente da Casa que a promulgou, para dizê-la: “A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia [...]. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: a *Constituição Cidadã!*”

O Ministério Público nesses 20 anos evoluiu, estruturou-se e testemunhou a luta de seus agentes para exercer a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – para cumprir o que lhe ordena a Carta. Os enfrentamentos são muitos. Um grande desafio está situado no campo da linguagem. Porque, como está no dito do Professor Marcos Roitman, *se não temos a capacidade para enunciar o mundo, outros impõem seu domínio sobre a realidade. Dar um significado à palavra democracia é parte de uma guerra teórica e política por controlar o mundo.*

Esta Revista celebra, de maneira simples, substanciosa e corajosa, nossa Constituição Cidadã. Ajuda-nos a compreender seu Texto a partir de seu potencial emancipacionista, trazendo uma agenda para a construção e difusão de conceitos – ou da linguagem – para que a realidade seja observada desde o ponto de vista do cotidiano que divide e exclui os seres humanos.

Os autores são nossos conhecidos, grande parte do Ministério Público, labutando nos escritos constitucionais certamente impulsionados pela repulsa às violências contra a terra e seus homens, visualizando nos direitos fundamentais o melhor remédio. Parabéns.

III APRESENTAÇÃO

Gregório Assagra de Almeida

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça*

Estamos vivenciando hoje no Brasil, na doutrina e na jurisprudência, os impactos positivos de uma nova concepção sobre o Direito Constitucional, que insere a Constituição no centro do sistema jurídico, conferindo-lhe força normativa vinculatória e irradiante sobre toda ordem jurídica e carga de eficácia máxima aos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está em perfeita sintonia com esse neoconstitucionalismo surgido e desenvolvido depois da Segunda Grande Guerra Mundial em vários países europeus, entre eles Alemanha, Itália, Espanha e Portugal. No entanto, a Constituição brasileira merece um destaque muito especial e significativo por adotar uma nova *summa divisio* no Título II, Capítulo I, alçando os direitos coletivos no plano da teoria dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais.

Todas essas diretrizes principiológicas e interpretativas do neoconstitucionalismo devem servir de parâmetros para a aferição do novo perfil constitucional do Ministério Público brasileiro, que passou a ser instituição de promoção da transformação da realidade social, assumindo natureza institucional autônoma que o retira da Sociedade Política e o insere, no plano da sua atuação funcional, na Sociedade Civil.

Com a CF/88, surgiram nitidamente dois modelos constitucionais do Ministério Público: o demandista, de atuação jurisdicional, e o resolutivo, de atuação extrajurisdicional. E mais: foi superado o modelo do Ministério Público como mero *custos legis* para ser adotado um novo modelo: o do Ministério Público como *custos societatis* e guardião da ordem jurídica (*custos juris*).

Diz o Texto Constitucional que o Ministério Público é instituição permanente (art. 127, *caput*, da CF/88), de forma que ele e as suas atribuições, princípios e garantias constitucionais são cláusulas pétreas (superconstitucionais). Os princípios, as atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas (superconstitucionais) poderão ser ampliados, mas não poderão ser eliminados ou restringidos.

Muitas dessas novas orientações constitucionais têm influenciado positivamente, nesses últimos vinte anos, a doutrina e a jurisprudência no País. Contudo, por quase duas décadas, a instituição teve de travar uma verdadeira batalha para confirmar, na prática, a legitimidade que o Texto Constitucional lhe conferiu expressamente. Agora, porém, já estamos conseguindo superar essa primeira etapa, partindo para uma nova discussão que envolve o mérito das demandas coletivas. Assim, grandes questões constitucionais passam a fazer parte das novas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, com destaque para o dano moral coletivo, a implementação de políticas públicas fundamentais pela via do Poder Judiciário, o que envolve o controle orçamentário e o mínimo existencial etc.

Muitas dessas questões constitucionais e outras estão sendo debatidas nesta edição especial e comemorativa dos 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na condição de Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, eu não poderia deixar de agradecer a todos os que se esforçaram para a construção deste MPMGJurídico especial.

Aos autores que enviaram seus textos e aos servidores do CEAF que confeccionaram a edição comemorativa: nosso muito obrigado!

Um grande abraço aos caríssimos leitores, na esperança de que gostem da leitura e das reflexões apresentadas!

IV CONVITE DO CONSELHO EDITORIAL

Prezados (as) Senhores (as),

O Conselho Editorial do *MPMG Jurídico* reitera o convite para que você também faça parte das nossas publicações como colaborador.

Para isso, você pode enviar os seus artigos ou comentários a fim de que eles sejam publicados em um boletim que, a cada dia que passa, consolida-se como um importante veículo de propagação da cultura jurídica no Brasil e no exterior.

Como sempre lembramos, os textos devem ser redigidos de forma clara, pontual, direta e ser de fácil compreensão bem como digitados no formato *Word for Windows* — versão mais atual — com, no máximo, 60 (sessenta) linhas; fonte *Times New Roman*; corpo 10 para o texto principal, corpo 9 para as citações que possuam mais de três linhas, as quais deverão vir destacadas do texto; entrelinhamento simples; parágrafos justificados; recuo de 1,00 para o texto principal e 1,50 cm para as citações; folha em tamanho A-4 (210 mm x 297 mm); títulos em corpo 12, utilizando-se da mesma fonte do texto, em negrito, e, por fim, indicação da fonte bibliográfica completa em caso de citação em formato de “Notas e referências bibliográficas” como nota de rodapé, onde se utilizará fonte *Times New Roman*; corpo 8.

O autor deverá identificar-se e, caso seja da sua vontade, também poderá encaminhar a sua foto 3X4 (ou digital com boa resolução) e titulação correspondente para serem divulgadas junto ao corpo do texto. É necessário ainda fornecer endereço (o qual não será divulgado) para encaminharmos um exemplar do boletim e certificado (ISSN) em que constar a sua contribuição.

Os textos deverão ser enviados, preferencialmente, para o e-mail mpmgjuridico@mp.mg.gov.br, ou para o Conselho Editorial do *MPMG Jurídico* — Av. Álvares Cabral, nº 1.740, 1º andar, Procuradoria-Geral de Justiça, bairro Santo Agostinho, CEP 30170-916, Belo Horizonte (MG).

CONSELHO EDITORIAL DO MPMG JURÍDICO

Promotor de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento
Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho
Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior
Promotor de Justiça Lélío Braga Calhau
Promotor de Justiça Marcelo Cunha de Araújo
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

CONSELHEIROS CONVIDADOS

Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)
Prof. Nelson Nery Junior (USP)
Profª. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG)
Prof. Nilo Batista (UERJ)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna)
Profª. Maria Garcia (PUC/SP)
Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Estado do Rio de Janeiro)
Promotor de Justiça Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)

1. Algumas considerações sobre os vinte anos do novel perfil constitucional do Ministério Público brasileiro

Marcus Paulo Queiroz Macêdo

Promotor de Justiça em Araxá/MG

Mestrando em Direito Processual Coletivo pela

UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Seria cedo demais para afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 estabelecerá um recomeço? Que o Supremo Tribunal Federal consolidará a democracia, fazendo com que a soberania popular institucionalize os direitos fundamentais?

(Bruce Ackerman¹)

Sendo toda e qualquer Constituição “[...] uma força ativa que faz, *por uma exigência da necessidade*, que todas as outras leis e instituições jurídicas existentes no país sejam o que realmente são”², não há dúvida alguma de que ela traça o perfil de atuação de tais instituições, podendo modificá-lo ou alterá-lo significativamente e cabalmente, tendo sido o que se deu com o Ministério Público brasileiro a partir da Constituição da República de 1988, que ora faz vinte anos de promulgação.

Tal assertiva não é inovação alguma e apenas traduz o pensamento intrinsecamente arraigado não só na comunidade jurídica brasileira mas também e principalmente na própria população do país, destinatária da atuação do Ministério Público, dentro da qual, conforme pesquisa do instituto IBOPE, 58% dos cidadãos têm imagem positiva dele, e para 86%, a atuação da instituição é importante ou muito importante para a sociedade brasileira³.

Certamente isso se deve ao fato de a Magna Carta ter consolidado um perfil pró-ativo de atuação ministerial na defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, já timidamente esboçado por iniciativas legislativas anteriores, como a Lei nº 7.347/85 (“Lei da Ação Civil Pública” – LACP), mudando estruturalmente o modo de agir do *Parquet*, uma vez que o Ministério Público deixou de ser apenas um ator fundamental na sociedade brasileira na área penal para atuar de

forma interventiva socialmente também na área civil em inúmeras situações, como na defesa do patrimônio público, da probidade administrativa, do meio ambiente, da saúde, do consumidor, dos menores, dos portadores de deficiência etc., vindo a ocupar um espaço que antes estava vazio, tornando-se uma instituição com importância social extremamente maior do que a que detinha anteriormente à promulgação da CR/88.

Assim sendo, pode-se concluir que a Constituição da República de 1988 ampliou o “poder” do Ministério Público, na acepção mais geral do vocábulo “poder”, entendido como a “capacidade ou possibilidade de agir, de produzir efeitos”⁴.

A Constituição, no sentido sociológico⁵ dado por Ferdinand Lassalle, é a soma dos fatores reais de poder que atuam em cada sociedade⁶. Pretendeu ele dizer com isso que a Constituição de um país é um retrato fiel das suas forças econômicas, sociais, políticas, financeiras, militares etc. Trata-se da Constituição “real” de uma nação, em contraponto com a Constituição “jurídica” dela, que, para Lassalle, nada mais é do que um “pedaço de papel”.

Combatendo esta tese, Konrad Hesse apregoa que a Constituição jurídica não pode ser vista apenas como um “pedaço de papel”, uma vez que ela é dotada de uma “força normativa” capaz de impor tarefas e detentora de uma vontade (“vontade de constituição”)⁷.

¹Nós, o povo soberano: fundamentos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. li.

² Ferdinand Lassalle, in: *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 10 e ss. (itálicos no original).

³ Disponível em: http://www.conamp.org.br/04_arquivos/pesquisa/ibope.pdf. Acesso em: 05 out. 2008.

⁴ Mario Stoppino, in: BOBBIO, Norberto et. al (org.). *Dicionário de Política*. Vol. 2. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 933.

⁵ Nomenclatura utilizada por José Afonso da Silva, in: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

⁶ Ob. Cit., p. 10 e ss.

De uma leitura conjunta desses dois autores, que a meu ver não se excluem, mas se complementam, é possível concluir que a partir da Constituição de 1988, por vontade sua e em derivação da força normativa a ela intrínseca, o Ministério Público passou a ser um fator real de poder no País, de uma forma muito mais intensa que era antes, sendo alçado à posição de um ator essencial nas relações jurídicas nacionais e na implementação de direitos fundamentais e de políticas públicas. Para tanto, deve ser observado que “[...] os direitos fundamentais devem sua atual força de prestação, essencialmente, a uma interpretação da constituição consciente de seu valor e de sua realidade”⁸.

Os órgãos de execução do Ministério Público devem ter, portanto, consciência de seu valor constitucional e de sua relevância fática, pois a “[...] força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”⁹.

Na mesma medida em que o poder “real” do Ministério Público foi incrementado sobremaneira pela ordem constitucional vigente, pode haver um decréscimo desse poder, uma vez que “[...] com a transformação dos fatores reais do poder, transforma-se também a constituição vigente no país”¹⁰, numa interação dinâmica entre eles.

Por isso, se o Ministério Público brasileiro quiser manter os avanços institucionais advindos da Constituição da República de 1988, seus membros devem se conscientizar da enorme importância dada ao *Parquet* por aquela e corresponder, na prática, à vontade constitucional neles depositada. Para isso, nada mais é exigível deles além de resultados fáticos concretos e conduta pessoal compatível com o perfil constitucional traçado.

Em decorrência, iniciativas como a de racionalização da atuação cível não podem implicar ócio; o respeito à jornada de trabalho, à pontualidade, ao comparecimento às audiências, à qualidade das manifestações e aos prazos processuais é fundamental; o atendimento ao público, que é o “usuário” dos serviços do Ministério Público, jamais pode ser olvidado; mas, sobretudo a atuação extrajudicial, que foi a mais amplificada pela novel ordem constitucional, deve ser a mais fomentada e incrementada, atingindo os fins constitucionalmente propostos, de uma forma instrumental e efetiva.

Se assim não for, o poder “real” constitucionalmente concedido ao Ministério Público brasileiro através da força normativa da Constituição da República de 1988 será arrefecido e indelevelmente perdido. Reconquistá-lo não seria tarefa de fácil consecução.

⁷ *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁸ Dieter Grimm. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 281.

⁹ Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 49. (itálicos no original)

¹⁰ Ferdinand Lassalle, ob. cit., p. 31.

Referências Bibliográficas:

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOPPINO, Mario. In BOBBIO, Norberto et al org. *Dicionário de Política*. vol. 2. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

2. Política, Direito e Ministério Público

Renato Franco de Almeida

Promotor de Justiça. Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça. Membro da Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria-Geral de Justiça. Especialista em Direito Público. Mestre em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Graduação e Pós-Graduação lato sensu. renatofranco@mp.mg.gov.br

1. Introdução

Os vinte anos da promulgação da vigente Constituição da República, comemorados em outubro, refletem uma específica estabilidade institucional pela qual passa o País, fenômeno político-jurídico poucas vezes detectado em nossa história republicana.

Muito se tem, portanto, a festejar. Não obstante e por outro lado, muito ainda se tem para caminhar no sentido da evolução.

Notadamente quanto ao ponto do imprescindível desenvolvimento, gostaríamos de tecer algumas considerações sobre a instituição do Ministério Público.

Dessa forma, intencionamos, no presente artigo, abordar o tema não de uma forma retrospectiva, senão prospectiva, da instituição, colhendo, entretanto, ao longo desses anos, a experiência haurida da empiria, em especial do relacionamento entre Política, Direito e o Ministério Público, no afã de desmitificar conceitos e concepções que ainda rondam o imaginário da instituição, notadamente de seus membros.

2. Política e Direito: uma relação imprescindível

Inicialmente, devemos investigar a relação estabelecida entre Política e Direito, com o nítido escopo posterior de aplicá-la ao *Parquet*.

É imperioso afirmar, como premissa inafastável, que Direito e Política, como ciências humanas, não se distinguem na sua essência. Isso porquanto devemos rejeitar a opinião “[...] *que o Direito e a política pertencem a mundos inteiramente diferentes e independentes.*” (DWORKIN, 2005, p. IX). Não obstante, devemos nos afastar do extremo oposto, segundo o qual

Direito e Política são exatamente a mesma coisa. Isso porque como afirma Dworkin (2005, p. IX) referindo-se ao julgador, em tudo aplicável ao membro do *Parquet*:

Mas também rejeita a visão oposta, de que Direito e política são exatamente a mesma coisa, que os juízes que decidem casos constitucionais difíceis estão simplesmente votando suas convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembléia constituinte.

Para chegar a esse raciocínio, o Professor da *New York University* elenca dois fundamentos: primeiro, os juízes (e os promotores de justiça) devem aplicar ao caso em consideração tão-somente aquilo que acreditam serem convicções políticas que componham a interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade (DWORKIN, 2005, p. IX); e oferta exemplos convincentes da tese (DWORKIN, 2005, p. IX):

Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma tradição religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita.

Destarte, o juiz e o membro do Ministério Público não podem, ao argumento de que determinada filosofia política seria melhor para a comunidade, colocar, como fundamento de sua atuação, convicções jurídico-políticas que acreditam serem corretas, conquanto não faça parte das convicções da comunidade, em outras palavras: embora não seja cláusula constitucional que se traduza, explícita ou implicitamente, em algum direito fundamental.

Nada obstante, o jusfilósofo arrola o se-

gundo fundamento para a rejeição da teoria segundo a qual Direito e Política são ciências completamente divergentes ou totalmente idênticas (DWORKIN, 2005, p. IX):

Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos.

Nessa linha de raciocínio, impõe-se reconhecer que a teoria proposta rejeita a fundamentação da decisão judicial – e, acrescente-se, a da atuação ministerial – colocada em termos de argumentos de política, segundo os quais a melhoria na vida da comunidade deve prevalecer como objetivo, em uma decisão judicial, mesmo que viole direitos fundamentais, inscritos, nos sistemas de *civil law*, nas constituições.

Ao revés, os argumentos de princípio, segundo a teoria em exame, devem prevalecer sobre políticas públicas que eventualmente tragam algum benefício para a sociedade. Daí afirmar Dworkin (2005, p. X) ainda que: “*Mesmo em casos controversos, embora os juízes imponham suas próprias convicções sobre questões de princípio, eles não necessitam e, caracteristicamente, não impõem suas próprias opiniões a respeito da política sensata.*”

Em compêndio, comparando o sentimento norte-americano e o inglês quanto a poder o juiz julgar ancorado em princípios políticos, afirma o autor colocar-se no meio-termo, na medida em que é mais progressista que os ingleses e mais conservador que os estadunidenses. (DWORKIN, 2005, p. 5-6). E esclarece sua opinião (DWORKIN, 2005, p. 6):

O debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumento políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção [...] entre argumentos de princípio político, que recorrem

aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

E conclui (DWORKIN, 2005, p. 6): “*A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político.*”

Dessa forma, fácil compreender das lições trazidas à baila que argumentos de política (ou, procedimento político) não devem fundamentar as decisões judiciais, assim como os atos ministeriais, na medida em que o suposto bem-estar social, a princípio, não pode se converter na fundamentação de uma decisão, pois é fruto de uma eventual maioria congressual.

3. A relação Política e Direito e o Ministério Público

Força é convir que o mito de rejeição da Política no exercício das atribuições ministeriais deve ser extinto, por completa falta de fundamento.

Destarte, é necessário fixar a idéia segundo a qual devem os juízes julgar e os membros do *Parquet* atuar com fundamentos políticos. A assertiva deve ser, entretanto, bem entendida. O uso de fundamento político, para basear a atuação de juízes e de promotores, não indica que esses procedem com argumentos de política partidária, uma vez que, assim exercendo suas atribuições, estarão irremediavelmente utilizando-se de argumentos de procedimento político. Ao revés, devem atuar em consonância com os fundamentos políticos escolhidos pela sociedade e compilados no documento constitucional.

É possível extrair dos ensinamentos doutrinários acima explanados que, considerando a realidade do Ministério Público no Brasil, com o perfil que a Constituição de 1988 lhe conferiu, os seus respectivos membros deverão, no exercício de suas atribuições, conduzir-se por argumentos de princípio político, e nunca por procedimento político.

Nessa esteira, impende registrar, à luz da teoria acolhida, que convicções pessoais não

poderão prevalecer, na medida em que, no limite, poderá dar ensejo ao “governo dos homens”, tantas vezes criticado, com razão.

O voluntarismo pessoal não pode sobrepor-se ao império constitucional.

Não obstante, é o que se tem visto, notadamente quanto às súmulas com efeito vinculante, recentemente editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A despeito de respeitosos posicionamentos, parece-nos que a crítica levada a efeito, especificamente com relação à Súmula com efeito vinculante nº 11, não tem razão de ser, conquanto ser deficitária no aspecto processual.

Isso porquanto vislumbramos no seu enunciado nada mais nada menos que a concretização do fundamento da República (CR, art. 1º, III), relativo à dignidade da pessoa humana, ressaltando, outrossim, que o seu enunciado não proíbe o uso de algemas, como se pode pensar; tão-somente restringe o seu uso às hipóteses de extrema necessidade.

Ademais, entendemos, ainda corroborando a idéia teórica do *Direito como integridade*, que o mesmo fundamento fulcrado em argumento de princípio deve ser conferido por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em relação à Lei nº 11.705/2008, à

medida que deve prevalecer a higidez do direito fundamental à não auto-incriminação no cotejo com políticas públicas de diminuição de gastos governamentais.

4. Conclusão

Destarte, já é tempo de desmitificarmos a idéia de que promotores e juízes não atuam com fundamento em Política. Não obstante, não podemos confundir os princípios políticos escolhidos pela sociedade – e plasmados no texto constitucional – com a vida partidária, o que redundará em uma atuação baseada em argumentos de procedimento político.

A evolução que nos parece necessária, portanto, ao Ministério Público, e, porque não dizer, a todas as instituições ligadas à função jurisdicional do Estado, é repensar – ou pensar – caminhos que levem, progressivamente, à concretização dos direitos fundamentais, assim como à ratificação cotidiana e ininterrupta dos fundamentos da República brasileira, notadamente o antropológico-axiológico da dignidade da pessoa humana, em detrimento de políticas públicas que, por característica, são efêmeras e fruto de eventual maioria parlamentar, não necessariamente comprometida com o bem-estar da população, uma vez que este reside no incondicional respeito àqueles direitos.

5. Bibliografia

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

3. A autonomia do Ministério Público: entre o seu passado e o seu futuro

Emerson Garcia

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça
Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do
Ministério Público (CONAMP)*

*Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa,
Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Universidade
Membro da International Association of Prosecutors (The Hague – Holanda)*

Autonomia, em seus contornos mais basilares, indica a “[...] liberdade de determinação consentida para um sujeito”.¹ Essa premissa inicial, quando transposta para o plano do Ministério Público, pode ser identificada no modo de ser da instituição, vale dizer, nas suas características existenciais, ou no seu modo de agir, mais especificamente ao exercer as suas atribuições finalísticas. No primeiro sentido, enquadram-se as autonomias administrativa e financeira; no segundo, a autonomia funcional.

A evolução do Ministério Público brasileiro bem demonstra que a instituição surgiu da ação isolada de agentes públicos, encartados na estrutura do Estado, quer do Judiciário, quer do Executivo, que exerciam as atribuições que lhe são características. No Brasil-colônia, com a criação, na Bahia, do Tribunal de Relação do Brasil, foi feita alusão ao *Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco*, que perante ele oficiaria (Alvará de 7 de março de 1609). Tratava-se de um verdadeiro cargo isolado, não propriamente de uma estrutura orgânica dotada de características existenciais próprias. A Constituição Imperial de 1824 também não dispensava disciplina específica à instituição; merece ser lembrado, no entanto, o teor de seu art. 48, situado no Capítulo “Do Senado”: “No juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”. O art. 163, por sua vez, determinou a criação do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação, sendo que, para funcionar junto a eles, era nomeado um de seus membros, que recebia a denominação de Procurador da Coroa. Nesse período, verifica-se a presença de uma autonomia funcional, isso apesar da constatação de que esses agentes deveriam observar as orientações

do governo, já que responsáveis pela defesa de seus interesses.

Assim, tanto no período colonial como no período que sucedeu à proclamação da independência, não havia que se falar em autonomia administrativa e financeira do Ministério Público. Em relação ao recrutamento, por exemplo, os seus membros, os Promotores Públicos, eram nomeados e demitidos pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, isso sem olvidar a possibilidade de nomeação de interinos pelo juiz.²

Com a proclamação da República, foram dados os primeiros passos para a alteração desse quadro. O Decreto nº 848, que criou e regulamentou a Justiça Federal, tratou do Ministério Público no Capítulo VI, conferindo-lhe, ao menos formalmente, organicidade e perfil institucional. Esse decreto manteve o sistema anterior, segundo o qual as funções do Ministério Público, em segunda instância, eram exercidas por um membro do Poder Judiciário, que seria o Procurador-Geral. Consoante o art. 23, “em cada seção da Justiça Federal, haverá um Procurador da República, nomeado pelo Presidente da República, por quatro anos, durante os quais não poderá ser removido, salvo se o quiser”, preceito que conferiu maior estabilidade ao cargo. O art. 24, por sua vez, dispunha que, entre as suas atribuições, estava a de “cumprir as ordens do governo da República relativas ao exercício de suas funções”, o que deixava claro o vínculo existente entre o Ministério Público e o Executivo. Esse Decreto, a exemplo do Decreto nº 1.030, é de autoria de Campos Sales, então Ministro da Justiça do Governo Provisório da República e que é considerado o patrono do Ministério Público brasileiro.

¹ Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 7. ed., Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

² Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal de 1832, art. 22.

A Constituição republicana de 1891 dispunha, na seção “*Do Poder Judiciário*”, sobre a escolha do Procurador-Geral da República dentre Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º), sistema adotado até 1934, e, em seu art. 81, § 1º, conferia atribuição a tal agente para a propositura de revisão criminal em favor do réu. Com a proclamação da República, cada Estado passou a disciplinar o critério de escolha do respectivo Procurador-Geral, que deveria ser integrante do tribunal estadual.

A Constituição de 1934, em que pese tê-lo associado ao Poder Executivo, conferiu individualidade ao Ministério Público, tendo-o inserido no Capítulo VI: “*Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais*” (arts. 95 a 98). O critério de escolha do Procurador-Geral da República foi alterado, não mais recaindo dentre os membros da Corte Suprema, passando a escolha a ser feita “*entre cidadãos com requisitos estabelecidos para os ministros da Corte Suprema*”, submetida a escolha à aprovação do Senado (art. 95). Além disso, previu a existência de Ministérios Públicos na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, a serem organizados por lei (art. 95); dispôs, ainda, sobre a estabilidade e as vedações incidentes sobre os membros do Ministério Público e a necessidade de prévia aprovação em concurso público para o ingresso na carreira.

A Carta ditatorial de 1937 não dispensou tratamento específico ao Ministério Público, somente se referindo à forma de escolha do Procurador-Geral, que seria de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República (art. 99 – dispositivo inserido no capítulo concernente ao Supremo Tribunal Federal).

A Constituição de 1946 voltou a conferir título próprio ao Ministério Público, tendo estabelecido a sua disciplina básica nos arts. 125 a 128, dissociando-o dos demais poderes do Estado. Foram previstas a estabilidade, a inamovibilidade (relativa) e a necessidade de concurso público (art. 127). O Procurador-Geral da República era escolhido com a participação do Senado Federal, que deveria aprovar a escolha do Presidente da República. A representação judicial da União era realizada pelos Procuradores da República, podendo a lei transferi-la, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público Estadual (art. 126,

parágrafo único), o que mantinha as amarras com o Executivo.

A Constituição de 1967, sem introduzir alterações substanciais, referia-se à instituição em seus arts. 137 a 139, inseridos no capítulo “*Do Poder Judiciário*”. A Emenda Constitucional nº 1/1969 disciplinou o Ministério Público em seus arts. 94 a 96, tendo incluído a instituição no capítulo “*Do Poder Executivo*”, sofrendo, posteriormente, algumas alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 7/1977, que previu, pela primeira vez, a edição de uma lei nacional com o fim de uniformizar os alicerces estruturais da instituição.

Com esteio no art. 96, parágrafo único, da Constituição então vigente, foi editada a Lei Complementar nº 40/1981, que estabeleceu as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público dos Estados. Entre outros avanços promovidos por essa Lei Complementar, podem ser mencionados os seguintes: a) o Ministério Público foi considerado instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; b) a fixação dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional; c) a outorga de autonomia administrativa e financeira à instituição, com a previsão de dotação orçamentária própria; d) o redimensionamento do cargo de Procurador-Geral, que, até então, era considerado um cargo de confiança, sendo o seu ocupante demissível *ad nutum* pelo Chefe do Executivo; e e) a não inclusão, dentre as atribuições do Ministério Público dos Estados, da representação judicial desses entes federados. Nesse particular, foi estabelecida uma clara distinção em relação ao Ministério Público federal, que permaneceu com a obrigação de representar judicialmente a União, obrigação essa que, nas Comarcas do interior, deveria ser exercida pelos Promotores de Justiça (art. 95, § 2º, da EC nº 01/1969). Tal estado de coisas persistiu até o advento da Constituição de 1988, observadas as normas de transição por ela veiculadas.

A Constituição de 1988, por sua vez, diluiu por completo os vínculos outrora existentes com o Executivo, a começar pela vedação expressa de representá-lo e de exercer atividade de consultoria. À instituição foi outorgada, de forma expressa, autonomia funcional e administrativa e, de

forma implícita, autonomia financeira (art. 127). A autonomia funcional, também prevista no art. 3º da Lei nº 8.625/1993, indica que a instituição está imune a qualquer influência externa no exercício de sua atividade finalística. Assim, poderá adotar as medidas contempladas no ordenamento jurídico, em face de quaisquer agentes, órgãos ou instituições, de caráter público ou privado, sempre que tal se fizer necessário. A autonomia administrativa assegura ao Ministério Público a prerrogativa de editar atos relacionados à gestão dos seus quadros de pessoal (v.g.: admissão, designação, exoneração, aposentadoria, disponibilidade etc.), à administração e à aquisição de bens,³ isso sem olvidar a iniciativa legislativa nas matérias que lhe são correlatas. Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, a Constituição da República não utilizou a expressão *autonomia financeira* ao dispor sobre as garantias do Ministério Público. Essa autonomia, no entanto, é incontroversa, dispendo o art. 127, § 3º, que a instituição “*elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias*”, podendo, ainda, empenhar as respectivas despesas.

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público alcançou o apogeu de sua autonomia. Nesse momento, a instituição possuía plena liberdade valorativa em relação às questões que lhe eram correlatas, somente se sujeitando ao controle financeiro realizado pelo Tribunal de Contas e, em face do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, às decisões do Poder Judiciário. Esse quadro, no entanto, passou por um profundo redimensionamento com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou a figura do Conselho Nacional do Ministério Público. Trata-se de órgão de controle externo que apresenta uma composição híbrida, na qual coexistem membros dos órgãos controlados e agentes estranhos aos seus quadros; possui atribuição para rever atos de cunho administrativo; tem poder disciplinar, podendo aplicar sanções que não a perda do cargo; será municiado com

informações colhidas por ouvidorias a serem criadas e deve elaborar relatório anual sobre as suas atividades e a situação dos órgãos controlados no Brasil, relatório esse que integrará a mensagem a ser encaminhada ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa.⁴

No seu primeiro biênio de atividades, constatou-se que a atuação desse órgão de controle externo foi tímida e recalcitrante em alguns aspectos, pouco ou nada fazendo em relação à adoção de medidas destinadas a “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”⁵, (1) amenizando as investidas ou apontando as omissões de outras estruturas de poder que atentavam contra ela, (2) aperfeiçoando as estruturas controladas, (3) oferecendo modelos de gestão e de controle interno que contribuíssem para o aumento de sua eficiência, (4) divulgando iniciativas bem-sucedidas, com o conseqüente estímulo ao debate sobre a conveniência de serem generalizadas etc.

Em outros aspectos, no entanto, mais especificamente no que diz respeito ao controle dos atos praticados com base na autonomia administrativa e financeira, a atuação foi ampla, intensa e visceral. Ampla na medida em que todo e qualquer indivíduo, identificado ou não, por qualquer meio e escrevendo qualquer coisa (na verdadeira acepção da expressão, ainda que de modo ofensivo à honra alheia), tinha o seu arrazoado recebido e autuado, dali se originando um processo administrativo. Intensa por ser uma fiscalização ativa, em que se verificava a requisição de informações e de documentos, seguindo-se calorosos debates, muitas vezes sobre questões periféricas e com pouco apreço à técnica. Visceral em razão do não-tracejar de uma linha limítrofe entre as noções de mérito e juridicidade do ato administrativo, não sendo incomum que o CNMP avançasse em juízos valorativos estranhos ao universo de atuação de um órgão de controle externo. Essa última característica, no entanto, ainda apresentava

³ O STF já reconheceu a constitucionalidade de preceito de Constituição Estadual – com redação semelhante a do art. 3º, IV, da Lei nº 8.625/1993 – que assegurava à instituição a atribuição de “*adquirir bens e serviços e efetuar a respectiva contabilização*”, o que seria “*corolário inafastável da autonomia administrativa e financeira de que é dotado o Ministério Público*” (Pleno, ADI nº 132/RO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/04/2003, Inf. nº 307).

⁴ Para maior desenvolvimento do tema, *vide*, de nossa autoria, Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 115 e ss.

⁵ CR/1988, art. 130-A, § 2º, I.

algumas peculiaridades. A principal e mais curiosa reside na constatação de que as incursões do CNMP no âmbito puramente valorativo eram mais intensas no plano geral que no concreto. A curiosidade deve-se a uma razão muito simples: considerando a excepcionalidade das incursões em juízos valorativos, somente as especificidades do caso concreto seriam aptas a justificá-las. No plano geral, por sua vez, deveriam prevalecer as regras basilares do sistema, que apontam para a preeminência da autonomia das instituições controladas. Esse quadro, no entanto, sofreu algumas modificações com a nova composição do órgão, escolhida para o segundo biênio de funcionamento, que não mais recepiona o anonimato e já manifesta certa preocupação com a coexistência entre os atos regulamentares que expede e a lei.

A análise da sistemática constitucional permite afirmar que o poder reformador, ao criar o CNMP, outorgou-lhe, entre outras, a atribuição de “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”, e contemplou dois instrumentos: “*expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência*” e “*recomendar providências*”. Os dois instrumentos estão finalisticamente voltados à satisfação da atribuição que lhes está atrelada: o CNMP poderá fazer uso do regulamento, que não deve destoar da lei, e da recomendação. O regulamento é um ato normativo de caráter geral e de indiscutível imperatividade, a recomendação é um ato administrativo de caráter geral ou individual, com contornos essencialmente dispositivos, não vinculando os seus destinatários.

De qualquer modo, desde logo já se constata que a *ratio* do poder regulamentar do CNMP é proteger a autonomia das instituições

controladas, pois, de acordo com o léxico, “*zelar*” significa “*tomar conta (de alguém) com o maior cuidado e interesse*”.⁵ Sem liberdade não há autonomia. Em conseqüência, o CNMP jamais poderia editar atos regulamentares que, longe de defender, restringissem a autonomia das instituições controladas.⁶

Em prevalecendo o entendimento atualmente arraigado no âmbito do CNMP, no sentido de que suas resoluções podem se imiscuir livremente no plano administrativo, sem qualquer balizamento imposto pela autonomia das instituições controladas, ter-se-ia de admitir, por identidade de razões, que seriam igualmente livres as incursões no plano da autonomia funcional, o que terminaria por afetar o próprio exercício da atividade finalística dos órgãos de execução. Esse argumento *a fortiori* decorre da constatação de que, na construção do inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição, os “*atos regulamentares*” instrumentalizam tanto o zelo pela autonomia administrativa como pela autonomia funcional. Reconhecendo a sua aptidão para diminuir o raio de expansão da primeira, corolário lógico é admitir a retração da segunda.

O grande desafio a ser enfrentado é compatibilizar a autonomia duramente conquistada pelo Ministério Público brasileiro com o controle externo exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o que exige (1) responsabilidade e ética por parte das instituições controladas, mantendo-se no plano da juridicidade e proscrevendo os abusos que costumam se manifestar em qualquer estrutura estatal de poder, e (2) uma postura de autocontenção por parte do órgão de controle, evitando que, ao invés de controlar, termine por substituir-se às instituições controladas em juízos valorativos que lhes são próprios.

⁵ *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, verbete *zelar*.

⁶ Na Resolução nº 14/2006, que “*dispõe sobre regras gerais Regulamentares para o concurso de ingresso*”, o CNMP chegou ao extremo de definir que a Comissão de Concurso teria cinco membros (art. 3º) e que a prova preambular seria de múltipla escolha (art. 17, I).

4. A tese da exclusividade da investigação policial: um convite à honestidade no debate

O argumento central das mais emblemáticas iniciativas contra a possibilidade da *investigação criminal direta pelo Ministério Público* é o da suposta *exclusividade da investigação policial*, conforme permitiria concluir o art. 144 da Constituição Federal. De fato, a tese da exclusividade da investigação criminal policial é o cerne de diversos recursos, *habeas corpus* e ações diretas atualmente postos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, de que são bons exemplos as ações movidas pelo Partido Liberal (ADI n.º 2943-6, de 22.07.2003), pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADI n.º 3.806, de 10.10.2006) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADI n.º 3.836, de 19.12.2006). A precariedade da mencionada tese é o foco de nossa breve análise.

O art. 144 da Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

[...]

IV - **exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.** (grifo nosso)

Uma leitura isolada do inciso IV poderia dar azo à conclusão de que a investigação dos crimes de afetos à competência da Justiça federal teria sido atribuída, com exclusividade, à polícia federal – e a mesma lógica da exclusividade

Bruno Freire de Carvalho Calabrich
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV
Procurador da República em Sergipe

deveria valer para as polícias dos estados, com respaldo no princípio federativo e na simetria das formas. Nada mais equivocado.

O dispositivo em tela foi enfático ao conferir exclusividade das funções de *polícia judiciária da União* à polícia federal. Funções de *polícia judiciária da União* não se confundem com a atribuição de *investigar crimes*, para a qual a Constituição jamais estabeleceu uma exclusividade. O art. 144 cuida de funções distintas, sendo a exclusividade apenas para a função de *polícia judiciária*. Eis o que estatui o inciso I do mesmíssimo § 1º:

Art. 144

[...]

§1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (grifo nosso)

[...]

O referido inciso I trata da atribuição específica de “apurar infrações penais” – *investigar*, na expressão escolhida pelo constituinte. Para essa atribuição, a CF/88 não conferiu nenhuma exclusividade, abordando em inciso diverso a função de *polícia judiciária da União* – esta, sim, de exclusividade da polícia federal. Para afastar qualquer dúvida quanto à distinção entre as funções *investigatória* e de *polícia judiciária*, o §4º do mesmo artigo 144 preconiza:

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, **as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares. (grifo nosso)

Nesse inciso, além de serem apartadas

cada uma das funções, nada há de referência à exclusividade para a apuração de infrações penais, do que se extrai que as funções de polícia judiciária dos estados, assim como a apuração de infrações penais, não são exclusivas das polícias civis.

Por uma questão de coerência sistêmica, a Constituição não poderia repetir, num mesmo inciso, duas expressões sinônimas (*investigação criminal e polícia judiciária*). A expressão polícia judiciária remonta ao século XIX, época em que as autoridades policiais brasileiras eram dotadas de poderes reservados às autoridades judiciárias. Diante do que dispõe a CF/88, não há mais como se empregar a expressão na sua significação original. Assim, é de se perquirir o verdadeiro e atual sentido da expressão *polícia judiciária*.¹

Para a prática de alguns de seus atos, internos ou externos, o Poder Judiciário pode eventualmente precisar do suporte de algum órgão dotado de meios materiais e humanos para, sob seu comando, executá-los diretamente ou, ao menos, para auxiliar em sua execução. Assim é que o juiz poderá requisitar a força policial para auxiliá-lo na manutenção da ordem e da segurança em audiências e sessões ou para cumprir (ou acompanhar o cumprimento) de outros atos, como comunicações processuais, buscas e apreensões, penhoras e a condução coercitiva de pessoas.

As funções de polícia judiciária, dessa forma, abrangem todas as funções referentes ao apoio material e humano necessário para a prática de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais. E essa função, no que toca aos órgãos do poder judiciário da União, recai com exclusividade na polícia federal. A função de *polícia judiciária* diz respeito não somente aos juízos criminais, mas a todo e qualquer juízo, seja qual for sua competência. *Polícia judiciária*, desse modo, nada mais é que a função de auxílio

ao Poder Judiciário na execução de seus atos e decisões.²

O Superior Tribunal de Justiça também efetuou com clareza a distinção entre a função investigatória e de polícia judiciária:

[...]

Em nossa compreensão, é esse o sistema de direito vigente. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra de seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). **Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal ...**

(STJ; Recurso Especial: 2001/0191236-6; DJ DATA: 15.12.2003 PG:00413; Relator: Min. HAMILTON CARVALHIDO, grifo nosso)

Sendo evidente a distinção entre uma e outra função, o sentido do art. 144, §1º, IV, da CF/88 só pode ser o de conferir exclusividade das funções de polícia judiciária da União à polícia federal para, com isso, afastar das demais polícias essa função. O simples propósito dessa exclusividade, destarte, é a distribuição de atribuições, nos moldes em que distribuídas diversas outras atribuições entre os entes federados.

Não se pode descurar do fato de que a investigação criminal é, juntamente com a repressão à prática de crimes (no que diz respeito à polícia federal, em algumas infrações penais – art. 144, §1º, II e III, – função de policiamento ostensivo – que no caso dos estados toca às

¹ Sobre a expressão *polícia judiciária* no ordenamento jurídico brasileiro e a evolução seu significado: RIBEIRO, Diaulas Costa. A prerrogativa constitucional do Ministério Público para exercer o controle externo da atividade policial. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII, n. 184, 15 set. 2004, p. 16-17.

² No mesmo sentido, distinguindo as funções de investigação e de polícia judiciária, com diversos exemplos, cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 8. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 145.

polícias militares – art. 144, § 5º, da CF/88), a atividade primordial da polícia (não é por outro motivo que essa atribuição é focada no primeiro inciso do §1º do artigo 144 da CF/88). Tampouco se ignora que, até mesmo por ter sido expressa na carta política, a investigação criminal realizada pela polícia deve ser a regra, não a exceção. Tais ponderações, todavia, longe de impedir, apenas reforçam a conclusão pela não-exclusividade da polícia (ou ausência de monopólio da polícia) para a atividade de investigação criminal.

Como já afirmou Eros Roberto Grau, “[...] não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.³ A tese da exclusividade da investigação pela polícia incide precisamente nesse erro, e de forma crassa. Com perdão pela contundência, é preciso ser dito: a exegese é tão canhestra que é difícil crer que quem a professe não tenha “percebido” o inciso I do § 1º nem o § 4º do mesmo artigo 144. Mas, como exposto, e por incrível que possa parecer, este ainda é o

principal argumento que se tem invocado na defesa da tese da impossibilidade da investigação pelo Ministério Público.

Como se vê, a tese contrária à possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público, tal qual veiculada – centrada, via de regra, no argumento da exclusividade da investigação criminal pelas polícias, com base no art. 144 da CF/88 –, é de uma fragilidade incrível. Outros argumentos há, é certo, e com relação a estes o debate pode se desenvolver em um nível menos rasteiro. O que se deve esperar dos diversos atores interessados no debate do tema, dessa forma, é que se pautem por intransigente honestidade intelectual – ou por maior rigor hermenêutico, como se queira. De nossa parte, confiamos que será precisamente essa a postura do Supremo Tribunal Federal.

5. A atuação do membro do Ministério Público criminal em uma república democrática

Marcelo Cunha de Araújo

Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito – PUC-MG

Mestre e Doutor em Direito

Promotor de Justiça em Minas Gerais

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Fundamentos filosóficos mantenedores de um Sistema Penal diferenciador; 2.1. O Direito Penal como discurso neutro e capaz de apreender a essência das coisas (a ontologização dos fenômenos jurídicos) e não como reflexo da ideologia de uma classe; 2.2. O Direito Penal como ramo de uma “Ciência” racionalista e dedutiva (e não indutiva e empírica ou mesmo hipotético-dedutiva); 2.3. O momento histórico brasileiro atual; 2.4. O desrespeito ao princípio da *ultima ratio* criminal; 2.5. A legitimação cotidiana do Sistema Penal pela representação social de criminoso e de crime; 3. Conclusão.

Resumo

Atualmente, no Brasil, o Sistema Penal atua de forma diferenciada de acordo com o autor dos crimes de modo a perpetuar um asseveramento entre as classes sociais extremas. Essa diferenciação é calcada em diversos fundamentos de base que permitem suas operações sem a geração de uma revolta social e, na verdade, com razoável aceitação de uma realidade “dada”, com a criação de uma ilusão de que “não poderia ser de outra forma”. O presente artigo visa a apontar explicitamente esses fundamentos filosóficos latentes que embasam a manutenção do funcionamento do Sistema Penal e convidar o cidadão e, notadamente, o Promotor de Justiça a refletir criticamente sobre seu papel.

Abstract

This article tries to show the philosophic support which helps to maintain the Brazilian criminal system as a class related issue.

Palavras-chave: Direito Penal – Filosofia – Epistemologia – Sistema Criminal.

Keywords: Criminal Law – Philosophy – Epistemology – Criminal System.

1. Introdução

Em outras oportunidades¹, tive a possibilidade de explicitar meu entendimento sobre a forma como os atores do sistema criminal são convidados, a todo momento, a perpetuarem o *status quo*. Tenho a intenção, no presente momento, de aclarar a forma de atuação dos membros do Ministério Público², notadamente na seara criminal, em seu posicionamento como uma engrenagem integrante do sistema criminal brasileiro.

Para tanto, retomarei a discussão já lançada nos artigos supracitados, tendo o cuidado de pormenorizar as implicações atinentes ao Promotor de Justiça e sua responsabilidade específica numa comparação entre o que efetivamente faz e o que o ordenamento jurídico brasileiro a ele incumbiu. Dessa feita, é cabível um estudo dos diferentes aspectos macro-estruturadores do sistema jurídico-penal atual e, em cada ponto global da análise, um aprofundamento correspondente às conseqüências de determinados aspectos em relação ao Ministério Público.

¹ Nesse sentido, convidamos o leitor à leitura dos seguintes artigos que complementam as idéias lançadas no presente trabalho: “Hora de repensar o Sistema Penal” (2007); “O Direito Penal como sistema mantenedor do *status quo*” (2007); “A inadequação do foro privilegiado” (2007); “A metapsicologia freudiana da vingança e o Direito Penal – uma interseção reveladora dos fundamentos necessários de uma teoria do crime adequada” (2007); “A quem se destinam as prisões provisórias” (2008) e “A triste constatação do óbvio: fundamentos filosóficos do Sistema Penal como embaixadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num Direito Penal do autor” (2008). Vide referência completa dos artigos citados ao fim do texto. Saliente-se que o presente artigo foi escrito com base em texto de nossa autoria publicado na obra conjunta “Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal”, Editora Lumen Juris, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; ALVES, Leonardo Barreto Moreira.

² No presente artigo, tomaremos a expressão “promotor de Justiça” como designação genérica dos membros do Ministério Público.

Uma vez que parto do viés observacional fenomenológico dos eventos da realidade existente (tomando como pressuposto epistemológico que a realidade efetivamente existe e se apresenta ao observador, que a analisa subjetivamente como algo nunca totalmente apreensível pelos sentidos ou pela razão), torna-se imprescindível uma exibição do tema de acordo com minha experiência (do fenômeno) efetivamente percebida. Nesse sentido, apresento que, na construção de minha identidade pessoal e social na faceta específica de observador e participante dos fenômenos da criminalidade, tive a oportunidade de trabalhar e lecionar diretamente nessa área por muitos anos.

Nesse período, partindo de uma ingenuidade infantil e dogmática da certeza da “justiça” no mundo (e, em especial, no mundo do Direito e do Direito Criminal), passando por um relativismo extremo e um niilismo generalizado, fui chegando a uma simples e óbvia verificação construída aos poucos, porém consolidada e enraizada profundamente. A constatação do ululante se refere ao triste e insatisfatório papel³ social dos operadores do Direito Penal: o de garantidor de privilégios de uma classe específica, o de mantenedor do *status quo*, a partir de uma ilusão de manutenção da ordem à custa de aplicação de penas severas a pessoas desprivilegiadas.

Ao tomar consciência desse infausto papel específico, fui constatando que essa função não era um simples privilégio meu, individual. Meu caso se tratava, tão-somente, de um reflexo de um movimento que, apesar de rotineiro, quedava-se latente aos meus olhos, uma vez que todo o sistema penal existe para manter o estado das coisas. Nesse sentido, fica fácil constatar a similitude funcional que existe entre policiais

militares, civis e federais, juízes, promotores e defensores, secretários de segurança pública, prefeitos, governadores, ministros e presidentes. Todos os operadores do sistema penal servem ao mesmo fim: o de proteger os abastados, inviabilizando a aplicação de instrumentos repressivos tão-somente num grupo determinado. Não quero, com isso, identificar esses operadores do Direito, dentre os quais me incluo, como culpados pelo fato de o sistema ser (ou estar) dessa forma. Esses bem-pagos funcionários públicos são claramente escolhidos para atuar de forma cega, acrítica e entorpecida pela própria repetição do sistema, de forma a manter essa construção, sem perspectivas reais de mudança. No que tange designadamente ao Ministério Público, o que se torna mais imperdoável, na assunção acrítica do papel de mantenedor do *status quo*, é que a Constituição o obrigou, claramente, a servir como órgão de mudança em favor da democracia, e não como polícia reacionária, como se debaterá pormenorizadamente adiante.

Após tomar consciência de que todos os operadores do Direito Penal, e que o próprio sistema, como um todo, atua no sentido da manutenção do *status quo*, tornou-se importante, para mim, saber os motivos pelos quais isso ocorre, o que foi percebido de forma inicialmente esparsa e perplexa. Com diversos anos de consolidação desses eventos isolados num todo razoavelmente coerente, cegando meus olhos com a visão grotesca e clara de algo que evidentemente “*não deveria ser assim*”, acabei por ser capaz de apresentar um construto apto a lançar algumas luzes iniciais sobre a pergunta que se queda oculta a quem se detém desavisadamente atrelado à repetição autopoiética⁴ do sistema: se vivemos num Estado Democrático e se todos são iguais

³ Uma interessantíssima lição a respeito do “papel” adequado a todo e qualquer integrante de determinado sistema social pode ser encontrada em Norbet Elias (1994, p. 21-22): “[...]funcionando nesse tumulto de gente apressada, apesar de toda a sua liberdade individual de movimento, há também, claramente, uma ordem oculta e não diretamente perceptível aos sentidos. Cada pessoa nesse turbilhão faz parte de determinado lugar. [...] Como resultado de sua função, cada uma dessas pessoas tem ou teve uma renda, alta ou baixa, de que vive ou viveu; e, ao passar pela rua, essa função e essa renda, mais evidentes ou mais ocultas, passam com ela. Não lhe é possível, simplesmente, passar para outra função, mesmo que o deseje. [...] Até sua liberdade de escolha entre as funções preexistentes é bastante limitada. [...] Numa palavra, cada pessoa que passa por outra, como estranhos aparentemente desvinculados na rua, está ligada a outras por laços invisíveis, sejam estes laços de trabalho e propriedade, sejam de instintos e afetos. Os tipos mais díspares de funções tornaram-na dependente de outrem e tornaram outros dependentes dela. Ela vive, e viveu desde pequena, numa rede de dependências que não lhe é possível modificar ou romper pelo simples giro de um anel mágico, mas somente até onde a própria estrutura dessas dependências o permita; vive num tecido de relações móveis que a essa altura já se precipitaram nela como seu caráter pessoal”.

⁴ Tomamos como visão embasadora da operacionalidade do Sistema Penal, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Para uma maior explicitação dos conceitos, referimo-nos a nossa obra “Coisa Julgada Inconstitucional” (ARAÚJO, 2007, p. 102-130), nosso artigo “Corrupção e Irritação das Decisões Judiciais sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann” (ARAÚJO, 2004, p. 35-49), além da obra “Teoria de la Sociedad” (Luhmann, De Georgi, 1993). Ressalte-se que o funcionalismo sistêmico radical do Direito Penal de Jakobs (2003) segue a trilha de Luhmann.

“perante a lei”, por que as coisas continuam nesse estado de constante ofensa à igualdade dos cidadãos? Por que pessoas esclarecidas, como promotores de Justiça, advogados, juízes, policiais e outros, com a melhor das intenções, acabam por perpetuar uma injustiça patente?

Nesse sentido, esse artigo tenta indicar que o discurso do Direito Penal, em sendo de um determinado tipo que serve a um específico propósito político, impede a efetividade do princípio democrático e republicano na medida em que existe para preservar garantias de algumas pessoas específicas em detrimento de outras. Dessa forma, escolhendo o discurso jurídico determinada vertente política calcada em ideologia que se oculta numa suposta neutralidade de uma ciência que busca extrair da essência das coisas sua legitimidade, o Direito e seus operadores isentos (membros do Poder Judiciário e do Ministério Público) servirão tão-somente como perpetuadores de um *status quo* vigente, furtando-se ao papel de efetivadores de direitos e garantias fundamentais em uma sociedade igualitária, o que foi delegado explicitamente pela Constituição Federal de 1988.

2. Fundamentos filosóficos mantenedores de um Sistema Penal diferenciador

Nessa senda, proponho que esse problema complexo apenas possa ser mais elucidado caso estudado sob duas abordagens distintas, porém complementares: os fundamentos filosóficos e os fundamentos operacionais responsáveis pela manutenção das coisas como estão. Como fundamentos filosóficos, refiro-me aos aspectos da base da construção do pensamento jurídico que servem à perpetuação das desigualdades no sistema criminal. Já o ângulo operacional seria um reflexo, uma consequência do filosófico, dizendo respeito aos inúmeros fenômenos operacionais evidentes de diferenciação de classes na construção e aplicação do Direito Penal (como, por exemplo, as questões específicas das modalidades de prisão temporária, o foro privilegiado, a previsão de quais são os crimes hediondos, etc.).

Interessante notar que, para tanto, tomamos a noção de fenômeno da escola da fenomenologia do final do século XIX, com os acréscimos da filosofia do discurso e da linguagem⁵, especialmente no que tange ao Direito. Nesse passo, quando tomamos algum exemplo no decorrer do texto que se verifica na vida real, apresentamo-lo como um fenômeno que deve ser estudado, independentemente (ou apesar) de haver (ou não) nele uma essência ou uma ontologia própria. A mercê de maior clareza, trazemos lição de Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins (2003, p. 150-151):

O postulado básico da fenomenologia é a noção de intencionalidade, pela qual toda consciência é intencional, isto é, visa algo fora de si. Contrariando o que afirmam os racionalistas do século XVII (como Descartes), não há pura consciência, separada do mundo, mas toda consciência é consciência de alguma coisa. Ao contrário dos empiristas (como Locke), para os fenomenólogos, não há objeto em si, já que o objeto é sempre para um sujeito que lhe dá significado.

Por meio do conceito de intencionalidade, a fenomenologia se contrapõe à filosofia positivista do século XIX, presa demais à visão objetiva do mundo. À crença na possibilidade de um conhecimento científico cada vez mais neutro, mais despojado de subjetividade, a fenomenologia contrapõe a retomada da “humanização” da ciência, estabelecendo nova relação entre sujeito e objeto, ser humano e mundo, pólos inseparáveis.

Se examinarmos o conceito de “fenômeno”, que em grego significa “o que aparece”, compreenderemos melhor que a fenomenologia aborda os objetos do conhecimento tais como aparecem, como se apresentam à consciência. Isso significa que se desconsidera toda indagação a respeito de uma realidade em si, separada da relação do sujeito que a conhece. Não há um puro ser “escondido” atrás das aparências ou do fenômeno: a consciência desvela progressivamente o objeto por meio de seguidos perfis, de perspectivas mais variadas.

⁵ Nesse sentido, remetemos à nossa obra “O Novo Processo Constitucional” (ARAÚJO, 2003, p. 19-93), em que há uma explanação simples sobre a teoria filosófica do discurso especialmente aplicada à seara jurídica e ao nosso artigo “Resenha bibliográfica – O Império do Direito, de Ronald Dworkin” (ARAÚJO, 2001, p. 118-142). Além disso, recomendamos as obras de nossos marcos teóricos Habermas (1997; 1990) e Dworkin (1985; 1999; 1978).

A consciência é, portanto, doadora de sentido, fonte de significado. Conhecer é um processo que não acaba nunca, é uma exploração exaustiva do mundo. [...]

A fenomenologia critica a filosofia tradicional por desenvolver uma metafísica cuja noção de ser é vazia e abstrata, voltada para a explicação. Ao contrário, a fenomenologia visa à descrição da realidade e coloca como ponto de partida de sua reflexão o próprio ser humano, no esforço de encontrar o que é dado na experiência, descrevendo “o que se passa” efetivamente do ponto de vista daquele que vive determinada situação concreta. Nesse sentido, a fenomenologia é uma filosofia da vivência.

Em virtude dos objetivos particulares do presente artigo e da necessidade de brevidade, apenas tentarei uma abordagem, ainda que superficial, dos aspectos referentes aos fundamentos filosóficos que sustentam a ineficácia do Direito Penal como instrumento de mudança da realidade e realização dos princípios norteadores da Carta Magna de 1988. Sublinhe-se, antes de mais nada, que os pontos seguintes não são estanques e autônomos, havendo uma forte correlação e concomitância em qualquer fenômeno observável. Além disso, não tenho qualquer pretensão de exaurir o tema, existindo, evidentemente, inúmeros outros fundamentos de base que poderiam ser apontados.

2.1. O Direito Penal como discurso neutro e capaz de apreender a essência das coisas (a ontologização dos fenômenos jurídicos) e não como reflexo da ideologia de uma classe

Um primeiro ponto a se problematizar refere-se ao fato de o discurso jurídico se afirmar implícita ou explicitamente como neutro, único, “descritivo de uma essência de realidade” e, assim, da verdade insofismável e inarredável de uma suposta evolução gradativa da sociedade humana.

O aspecto central do estudo da base filosó-

fica do problema diz respeito ao fato de que os operadores do Direito, caso intentem modificar sua nefasta imposição oculta, devem abandonar uma visão de que a “ciência” do Direito se funda numa “produção de conhecimento neutra” não atrelada a qualquer ideologia. Em verdade, a mais comezinha análise do sistema irá demonstrar que existem laços fortíssimos dos movimentos históricos de instituição e posituação do direito com os interesses de classes sociais específicas, como se fossem interesses de uma universalidade.

Nessa esteira, a noção da evolução das “ondas” de Direitos Fundamentais a partir das revoluções burguesas, que se dá de forma não excludente, acaba, sempre, numa análise mais criteriosa, por privilegiar o indivíduo em detrimento do social, como se resguardasse um direito natural que independeria de qualquer reconhecimento do Estado, já que tais interesses seriam, em essência, acoplados ao homem desde o seu nascimento⁶. Sem embargo, essa dicotomia entre o público e o privado, que remonta à consolidação (e ontologização) do direito positivo das revoluções burguesas, foi bem descrita por Ana Mercês Bahia Bock (2001, p. 19; 32-33) quando afirma que, a partir da modernidade,

[...] assistimos ao desenvolvimento da noção de vida privada. Estudos atuais mostram como a vida coletiva vai dando lugar a um espaço privado de vida. [...] A casa torna-se lugar reservado à família que, em seu interior, divide espaços, de forma a permitir lugares mais individuais e privados. Os banheiros saem dos corredores para se tornar lugares fechados e posteriormente individualizados.

A noção do eu e a individualização nascem e se desenvolvem com a história do capitalismo. A idéia de um mundo interno aos sujeitos, da existência de componentes individuais, singulares, pessoais, privados toma força, permitindo que se desenvolva um sentimento de eu. [...]

O pensamento positivista foi incrementado pela postura idealista, que afirmou a existên-

⁶ Não se pretende, com essa afirmação, “jogar fora o bebê com a água do banho”. Reconhece-se a importância das ondas de direitos fundamentais na consolidação de um Estado verdadeiramente democrático. Apenas busca-se chamar a atenção do leitor ao fato de que, muitas vezes, o argumento da proteção de direitos fundamentais é utilizado de forma retórica, maliciosa e vazia, num ontologismo do Direito, como forma a se proteger interesses antidemocráticos e anti-republicanos.

cia apenas da razão subjetiva. Concebeu-se a realidade externa como algo que só pode ser conhecido a partir do modo como é formulado e organizado pelas idéias, e não tal com é em si mesma. [...] O positivismo, ao basear-se na naturalização dos fenômenos humanos e sociais [...], efetivou um real desligamento do pensamento de sua base material. Fez dos fenômenos entidades abstratas, cuja verdade se encontra no esforço do pensamento racional e de seus métodos. O positivismo tornou-se idealista.

Ao se ontologizar os institutos do Direito numa carapaça de neutralidade e de afirmação irracional e acrítica dos discursos jurídicos repetidos *ad nauseam* pelos sapientes doutrinadores, consagra-se uma ideologia aplicada como se norma jurídica fosse, longe dos ditames e dos objetivos constitucionais. Nesse sentido, valiosa a lição de Marilena Chauí (1981, p. 95) que aponta que a ideologia opera a partir da “[...] *criação de universais abstratos, isto é, a transformação das idéias particulares da classe dominante em idéias universais de todos e para todos os membros da sociedade. Essa universalidade das idéias é abstrata porque não corresponde a nada real e concreto, visto que no real existem concretamente classes particulares e não a universalidade humana. As idéias da ideologia são, pois, universais abstratos*”.

Essa criação de universais ontológicos abstratos de verdades universais é bem desenvolvida por Bernard Charlot (1979, p. 32), ao dizer que a ideologia é

[...] um sistema teórico, cujas idéias têm sua origem na realidade, como é sempre o caso das idéias; mas que coloca, ao contrário, que as idéias são autônomas, isto é, que

transforma em entidades e em essências as realidades que ele apreende e que, assim, desenvolve uma representação ilusória ao mesmo tempo daquilo sobre o que trata e dele próprio; e que, graças a essa representação ilusória, desempenha um papel mistificador, quase sempre inconsciente (o próprio ideológico é mistificado, acredita na autonomia de suas idéias): as idéias assim destacadas de sua relação com a realidade servem, com efeito, para construir um sistema teórico que camufla e justifica a dominação de classe. Ideológico não significa, portanto, errôneo.

Nesse passo, justificar-se universais abstratos que existiriam “em essência” e que, portanto, não poderiam ser contestados, acaba por impedir qualquer discurso destoante. Afinal, quem seria o louco de afirmar que, em casos específicos, alguns direitos fundamentais individuais não deveriam ser aplicados em privilégio de direitos sociais? O interessante ao jurista crítico é, antes de tentar resolver a celeuma normativa do caso concreto, verificar que o discurso, onde quer que esteja, estará refletindo uma opção política, e não uma pretensa neutralidade científica. Logo, a resposta a qual direito fundamental deve prevalecer acaba por dizer mais sobre o interlocutor (ou dos interesses de seu cliente) do que sobre uma inalcançável essência do objeto. Destarte, entende-se a errônea solução oriunda da colisão abstrata de princípios constitucionais ao se prevalecer, via de regra, o direito fundamental individual (por exemplo, de intimidade, de privacidade, etc.) ao direito fundamental coletivo (por exemplo, uma investigação criminal por lavagem de dinheiro, corrupção, etc.), o que é ininteligível ao leigo e também ao jurista crítico⁷.

⁷ A título de exemplificação, podemos citar a falta de abertura à discussão, que indica uma suposta “essência” do Direito, em diversos casos:

Na teorização do que poderia ser considerada uma “conduta relevante ao Direito Penal”, a adoção de correntes causalistas ou finalistas mostram-se claramente contrárias aos modernos crimes praticados numa sociedade complexa. Nessa linha, citamos Hassemer (1994, p. 51-52): “Esquemáticamente, pode-se bem traçar a diferença entre o Direito Penal do século XIX e o do final do século XX na abordagem dos problemas da causalidade e imputabilidade. Num exame superficial (já? apenas?) evidencia-se que, enquanto o Direito Penal de outrora se ocupava de problemas do tipo ‘Caio envia Tício à floresta na iminência de uma tempestade, na esperança de que este último seja fulminado por um raio’, atualmente tem que se defrontar com problemas do calibre de uma causação de danos decorrente de uma decisão por escassa maioria do conselho fiscal de uma SA, ou de uma organização desastrosa de uma equipe cirúrgica: a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidades. Daí, certamente não é por mera coincidência que as mais atuais investigações, com altas pretensões científicas, confessadamente elegerem como seu objeto a teoria da responsabilidade objetiva, e geralmente não se acanham em apresentar-se como contribuições para o progresso de um Direito penal funcional. Este seria portanto o tipo de uma resposta adequada das ciências penais às palpáveis modificações da realidade penalmente relevante: diversificação dos instrumentos dogmáticos e aumento da capacidade sistêmica de lidar com complexidades”.

2.2. O Direito Penal como ramo de uma “ciência” racionalista e dedutiva (e não indutiva e empírica ou mesmo hipotético-dedutiva)

Associado a esses aspectos de base mais profundos, existem outras referências filosóficas subsidiárias, porém importantes na explicitação do problema. Seguindo a linha traçada pela evolução (e consolidação de privilégios) da classe burguesa, vista como se fosse uma evolução da apreensão de uma essência humana universal (quando, na verdade, é explicitamente favorável a uma classe apenas), alcançada paulatinamente, a partir dos direitos fundamentais, a construção de conhecimento nas ciências jurídicas se quedou eminentemente racionalista e dedutiva. Afinal, se os direitos do homem são captados em sua essência, pouco importa seu verdadeiro funcionamento nas relações do cotidiano. A lógica racional pura, em um dedutivismo maniqueísta que parte de premissas perfeitas e chega a conclusões irrefutáveis, acaba por ser o método “naturalmente escolhido” pelo Direito.

Não é sem razão, portanto, que o fenômeno jurídico, como é percebido hoje, está completamente apartado do método indutivo e empírico, rompendo qualquer amarra que poderia ter com a realidade concreta. Tanto é assim que o percentual de artigos jurídicos, monografias de fim

de curso de graduação ou de especializações *lato sensu*, dissertações de mestrado ou mesmo teses de doutorado que investigam fenômenos da realidade é mínimo em comparação com trabalhos puramente discursivos (racionais dedutivos, na verdade, em sua maioria, puramente retóricos).

2.3. O momento histórico brasileiro atual

Outras questões filosóficas, que poderiam ser mais profundamente abordadas em outros artigos, mas que merecem aqui ao menos uma nota, são decorrentes do específico momento histórico do Brasil. Em virtude da recente saída do regime autocrático militar, o movimento de democratização das instituições vem se consolidando aos poucos, sofrendo, a todo momento, ataques dissimulados numa suposta e retórica defesa dos direitos fundamentais.

Nesse passo, a ruptura com o regime autocrático militar foi consolidada na Constituição cidadã de 1988. Naquela época, em virtude de se existir a necessidade de contraposição ao passado, um garantismo acentuado foi refletido numa necessidade de se efetivar e tornar viva e tangível a democracia em todos os processos comunicativos do funcionamento do aparato es-

Ainda, na distinção entre o conceito de ação finalista e funcionalista, esclarece Luís Greco (2000, p. 43-44): “O funcionalista já formula a sua pergunta de modo distinto. Não lhe interessa primariamente até que ponto vá a estrutura lógico-real da finalidade; pois ainda que uma tal coisa exista e seja univocamente cognoscível, o problema que se tem à frente é um problema jurídico, normativo, a saber: o de quando se mostra necessária e legítima a pena por crime doloso? O funcionalista sabe que, quanto mais exigir para o dolo, mais acrescenta na liberdade dos cidadãos. É essa tensão liberdade versus proteção que permeia o sistema como um todo, não se podendo esquecer que a intervenção do direito penal deve, além de ser eficaz, mostrar-se legítima, o que exige o respeito a princípios como o da subsidiariedade e da culpabilidade. (...) Numa síntese: o finalista pensa que a realidade é unívoca (primeiro engano), e que basta conhecê-la para resolver os problemas jurídicos (segundo engano – falácia naturalista); o funcionalista admite serem várias as interpretações possíveis da realidade, do modo que o problema jurídico só pode ser resolvido através de considerações axiológicas – isto é, que digam respeito à eficácia e à legitimidade da atuação do direito penal”.

Essa falta de propensão ao espaço discursivo a partir de argumentos ontológicos também é verificada claramente na hipótese da possibilidade ou não da responsabilização da pessoa jurídica por crimes, apesar de previsão expressa na Constituição Federal de 1988. Diversos autores, como Luiz Régis Prado (2002, p.218 e 219), Bitencourt (2006, p.288 e 289) e Dotti (1995, p.187 e 188), afirmam contra a possibilidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica, devendo o ordenamento jurídico aplicar apenas sanções cíveis ou administrativas enquanto Fernando Galvão da Rocha (2002), Nucci (2007, p. 167) e José Afonso da Silva (2003, p.825 e 826) se colocam em sentido contrário.

Nessa mesma linha, discussões inócuas e de linha impositiva da “doutrina do verdadeiro”, também ocorrem na consideração do princípio da presunção da inocência como absoluto, gerando “regras imutáveis” como a de que todos os réus devem responder, *a priori*, ao processo penal em liberdade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (como se viu recentemente, chegando ao cúmulo da afirmação de Ministro do STF no “caso Cacciola” de que haveria um suposto ‘direito de fugir’ do réu). Outrossim, fica evidente que os seguintes temas são perpassados por uma “necessidade” de respeito à essência das coisas: os referentes aos poderes do Ministério Público e da polícia no processo penal e na investigação criminal (como o ‘plea bargaining’, o ‘guilty plea’, a delação premiada, o acesso a dados bancários, fiscais, telefônicos, etc.); a essência de uma “necessidade” de que as ações penais públicas incondicionadas sejam sempre indisponíveis (obviamente, ressalvados os casos do Juizado Especial Criminal), a “necessidade” de um número aberto e infinito de *Habeas Corpus*; a “necessidade” de um excesso de recursos e dilações probatórias como forma de se privilegiar o princípio da verdade real; a “necessidade” da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, quando possível (e não quando adequado); na impossibilidade de interceptação telefônica em ações cíveis, como a improbidade administrativa; etc.

tatal e da vida do indivíduo. Após a positivação inicial, verificou-se, nos anos seguintes e até os dias atuais, uma tentativa “*lenta, gradual e segura*” de se combater determinados direitos que se enquadram de forma mais ou menos contraposta aos interesses das classes dominantes.

À guisa de exemplo, citamos o caso emblemático da investigação promovida diretamente pelo Ministério Público. Quando da promulgação da Constituição e em seus anos seguintes, não existia qualquer dúvida acerca da possibilidade, pela própria interpretação do texto constitucional de forma racional e principiológica, na medida em que, outorgando determinados fins a órgãos estatais, subentendem-se outorgados os meios para a realização dessas finalidades (teoria dos poderes implícitos), associado ao fato da necessidade de efetivação do princípio republicano na tratativa da *res* (coisa) pública.

Após alguns anos em que a investigação do Ministério Público foi considerada lícita de forma quase que inquestionada, um combate sistemático a esta forma investigativa foi efetivado. O mais interessante é que, para se guerrear a quase que única forma de controle externo da administração pública e dos crimes do colarinho branco (financeiros, tributários, etc.), usam-se argumentos retóricos de defesa de direitos fundamentais individuais, que equiparam a investigação ministerial a uma polícia onipresente de um Estado nazi-fascista. Mal sabem os cidadãos que as investigações ministeriais não ultrapassam a primeira fina camada de gelo de um *iceberg* de falcatruas e conchavos e, ainda assim, pretendem acabar com ela para que o estado das coisas continue favorável a quem sempre assim esteve⁸.

2.4. O desrespeito ao princípio da *ultima ratio* criminal

Outro fator de dificuldade, gerador de ineficácia do sistema repressivo criminal como

fator democratizante da sociedade, consiste no desrespeito ao princípio da *ultima ratio*. Como ponto basilar do ordenamento punitivo temos que, uma vez que essa seara do Direito aplica as penalidades mais severas aos cidadãos, deveria se ocupar das condutas mais lesivas, só sendo chamado nos casos em que há a necessidade de uma resposta estatal robusta e nos casos em que os demais ramos do Direito não se mostraram suficientemente severos para a proteção do bem.

Nesse tocante, socorremo-nos das lições de Hassemer (1994, p. 47-48):

Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas – sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública: sobre elas aponta-se uma ‘necessidade de providências’; nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas preferencialmente surgem na luz do dia problemas de controle desta sociedade: são áreas ‘modernas’, e delas se encarrega o atual Direito Penal. Nessas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da ‘ultima ratio’ do Direito penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.

Ocorre que, como é fácil se notar, existe uma infinidade de crimes atualmente em vigor e, como se tem percebido, a criação de novos tipos penais é uma constante do legislador brasileiro. Numa constelação tão volumosa de delitos, os operadores do Direito acabam por apenas privi-

⁸ Elencamos diversos falsos problemas do Direito criminal brasileiro que têm seguido a mesma lógica: a de combater um instrumento republicano e democrático através da justificativa retórica de defesa de direitos fundamentais individuais. Nessa esteira, citamos a discussão sobre a necessidade do foro privilegiado com sua extensão a diversas autoridades (que ocorre freqüentemente, tendo sido inclusive renovada em Minas Gerais com a aprovação de lei estadual flagrantemente inconstitucional que já teve seus efeitos suspensos pelo STF – mas, note-se, o bombardeio às práticas republicanas é constante) e o impedimento do acesso direto aos órgãos de execução do Ministério Público a dados fiscais, bancários e de comunicação, embora possua acesso a todos os outros tipos de dados em curso de inquérito civil (por que o entendimento de se restringir o acesso a apenas estes dados para proteger um pretensão direito à intimidade em detrimento de um direito da sociedade da correta tratativa da *res* pública? Que tipo de crimes são investigados por acesso a esses dados? Que parcela da população é beneficiada pelo impedimento de acesso a estes dados específicos?).

legiar a cega repetição, sem se questionar, na prática, sobre as finalidades do sistema.

2.5. A legitimação cotidiana do Sistema Penal pela representação social de criminoso e de crime

Por fim, um ponto que ainda merece destaque, na medida em que o considero como um amálgama que une todas as demais causas geradoras do sistema penal como mantenedor do *status quo*, consiste na legitimação do direito nas relações do cotidiano.

Nos bancos acadêmicos das faculdades de Direito, o fenômeno jurídico é entendido, de uma forma geral e superficial, tendo sua legitimidade calcada em uma teoria democrática formal, em que a soberania popular é respeitada quando o povo escolhe livremente seus representantes por meio do voto e estes tornam determinados valores sociais em bens jurídicos protegidos pelo ordenamento. Logo, de uma forma mais ou menos intensa, as teorias do Direito acabam por exigir, para justificar uma legitimidade democrática, a observância de aspectos meramente formais a serem seguidos no processo legislativo que remontam a um contrato social burguês idealizado num iluminismo do século XVIII⁹.

Independentemente da legitimação do Direito estar justificada adequadamente ou não em teorias contratualistas, percebemos, no cotidiano de nossas relações, que obedecemos às leis não porque racionalmente reconstruímos conscientemente a lógica do contrato social¹⁰, verificando uma suposta cessão de uma parte da soberania individual em prol do Estado, mas por algo além. Em nosso dia-a-dia, seguimos as leis por razões diversas, num complexo espectro de inúmeros motivos que vão desde uma moralidade adquirida no âmbito familiar na primeira infância, passam pelo cumprimento de expectativas que temos a nosso próprio respeito e chegam mesmo à adequação às expectativas alheias (SAMPAIO, 2005, p. 48-49). Tal se daria por meio de representações sociais, conforme explica Jorge Vala (2004, p. 465), seguindo os ensinamentos de Moscovici através dos processos de objetivação e ancoragem¹¹.

As representações sociais, ao contrário das coletivas, seriam tomadas pelos diferentes grupos, de acordo com as características destes, refletindo antagonismos grupais intra-sociais. Dessa feita, os diferentes grupos que vivem em sociedade (grupos de brancos, de pobres, de engenheiros, de consumidores, de aposentados, de ambientalistas, de executivos, de analfabetos, etc.), tomam, de forma particular e discricionária,

⁹ Aqui seria interessante o leitor verificar a relevância da discussão tratada anteriormente da impropriedade de se “naturalizar” conceitos. No ensino jurídico atual, a única forma “verdadeira” de se justificar o Direito remonta a teorias contratualistas do séc. XIX. Ressalve-se que as teorias modernas do discurso dão um passo além, no sentido de se buscar espaços democráticos de comunicação em um processo garantista (*vide* as indicações de referências bibliográficas *supra*).

¹⁰ *Vide* a lição de Norbert Elias (1994, p. 22-23): “Essa rede de funções no interior das associações humanas, essa ordem invisível em que são constantemente introduzidos os objetivos individuais, não deve sua origem a uma simples soma de vontades, a uma decisão comum de muitas pessoas individuais. Não foi com base na livre decisão de muitos, num contrato social, e menos ainda com base em referendos ou eleições, que a atual rede funcional complexa e altamente diferenciada emergiu, muito gradativamente, das cadeias de funções relativamente simples do início da Idade Média, que no Ocidente, por exemplo, ligaram pessoas como padres, cavaleiros e escravos. [...]”

Mas, embora esse contexto funcional tenha suas leis próprias, das quais dependem, em última instância, todas as metas dos indivíduos e todas as decisões computadas nas cédulas eleitorais, embora sua estrutura não seja uma criação de indivíduos particulares, ou sequer de muitos indivíduos, tampouco é algo que exista fora dos indivíduos. Todas essas funções interdependentes, as de diretor de fábrica ou mecânico, dona-de-casa, amigo ou pai, são funções que uma pessoa exerce para outras, um indivíduo para outros indivíduos. Mas cada uma dessas funções está relacionada com terceiros; depende das funções deles tanto quanto estes dependem dela. Em virtude dessa inerradicável interdependência das funções individuais, os atos de muitos indivíduos distintos, especialmente numa sociedade tão complexa quanto a nossa, precisam vincular-se ininterruptamente, formando longas cadeias de atos, para que as ações de cada indivíduo cumpram suas finalidades. Assim, cada pessoa singular está realmente presa; está presa por viver em permanente dependência funcional de outras; ela é um elo nas cadeias que ligam outras pessoas, assim como todas as demais, direta ou indiretamente, são elos nas cadeias que a prendem. Essas cadeias não são visíveis e tangíveis, como grilhões de ferro. São mais elásticas, mais variáveis, mais mutáveis, porém não menos reais, e decerto não menos fortes. E é a essa rede de funções que as pessoas desempenham umas em relação a outras, a ela e nada mais, que chamamos ‘sociedade’. Ela representa um tipo especial de esfera. Suas estruturas são o que denominamos ‘estruturas sociais’. E, ao falarmos em ‘leis sociais’ ou ‘regularidades sociais’, não nos referimos a outra coisa senão a isto: às leis autônomas das relações entre as pessoas individualmente consideradas.”

¹¹ Para uma melhor explicitação dos processos, sugerimos ao leitor a verificação do já citado artigo que embasou o presente texto (*vide* nota de rodapé número 1).

determinada maneira de ver o mundo que consolida e fortalece sua identidade e coesão grupal.

Assim, entre as diversas possibilidades de representação social disponíveis, os grupos escolhem as representações que mais atendem seus interesses, o que acaba por refletir eventuais contraposições entre grupos opostos (por exemplo, entre homens e mulheres). Destarte, a escolha do tipo de representação social por certo grupo não é aleatória.

A opção reflete, a um só tempo, uma forma de fortalecer os laços dos integrantes do grupo, de proteger o grupo contra o que vem de fora e, também, o de cristalizar uma eventual contraposição em relação a outro grupo. Sem buscar um aprofundamento em filigranas teóricas, apenas para finalizar essa base estrutural do fenômeno da representação social, é interessante se colocar, por fim, que as representações envolvidas em relações entre grupos em diversidade de poder acabam por refletir, em ambos os grupos, a própria representação do discurso dominante.

A representação social existente de forma mais ou menos uniforme, para os diferentes grupos sociais da sociedade brasileira, que revelaria a existência de um núcleo central, consiste na representação do fenômeno criminal brasileiro como algo próprio de classes específicas e que aí deve permanecer restrito. Com efeito, independentemente da classe social, existe uma configuração mais ou menos uniforme e central de que o crime é representado pelo crime violento e o criminoso, pelo pobre.

Nessa trilha, como uma luz que, ao privilegiar determinado objeto, gera uma sombra; a representação social do crime, ao focalizar o crime violento, joga o crime do colarinho branco na escuridão. Por conseguinte, passa-se a vislumbrar o problema (criminal) do Brasil onde se queda o foco de luz: a falta de cadeias (*déficit prisional*); o excesso de “*peessoas-más*” (leia-se marginais violentos, que são desumanizados, como se, à Lombroso, já nascessem dessa forma e devessem ser extirpados); a menoridade penal; a falta de punição rígida a adolescentes

infratores; as penas brandas aos crimes; a progressão de regime em crimes hediondos; a não adoção de programas como o “tolerância zero”; entre outros bodes expiatórios.

Quando olhamos diretamente para o que está iluminado pelos holofotes sociais, quedamo-nos momentaneamente cegos, deixando passar o que, apesar de evidente, encontra-se propositalmente escondido: o fato de que é interessante para determinados grupos permanecerem ocultos. Veja-se que o caminho tomado da objetivação e ancoragem, proposto por Moscovici, encontra-se plenamente consubstanciado em nossas operações cotidianas.

Logo, ao nos depararmos com diferentes objetos do meio irritando os diversos sistemas autopiéticos de grupos fechados, verificamos que as informações são ancoradas em algo familiar, relacionando os problemas do aparelho repressivo estatal aos delitos “tradicionais” do passado. As novas modalidades criminosas, por serem inovadoras, são, de início, já parcialmente relegadas a segundo plano. Alcançando o processo de objetivação, há uma seleção de informações descontextualizadas (como, por exemplo, o fato de os criminosos serem negros, pobres, violentos, “burros”, etc.), que se reorganizam de acordo com um novo esquema coerente, sendo significantes os processos de personificação e metaforização (como, por exemplo, a criação de ícones que retratam o “*problema criminal do Brasil*”: os assassinos da criança João Hélio; o menor “Champinha”; o salvador da pátria “Capitão Nascimento” do recente filme nacional “Tropa de Elite”; etc.) e, por fim, a naturalização (ontologização) dos conceitos (como a idéia de que os criminosos violentos já nasceram “peessoas más” e merecem ser extirpadas da sociedade).

A ancoragem, em seu segundo momento, servirá para justificar as relações sociais existentes, considerando as severas penas em camadas menos favorecidas ou mesmo a falta de igualdade processual como naturais (e merecidas) dos criminosos violentos¹². Assim, pautaremos nossas condutas concretas de acordo com a criação

¹² Numa clara e evidente explicitação fenomênica do exposto, temos a Lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90). Na definição do dicionário Houaiss, hediondo significa “1. que apresenta deformidade; que causa horror; repulsivo, horrível; 2. que provoca reação de grande indignação moral; ignóbil, pavoroso, repulsivo; 3. que é sórdido, depravado, imundo [...]”. Claro fica, quando a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XLIII, prevê um tratamento mais severo aos crimes hediondos e deixa ao legislador ordinário sua especificação, que os tipos escolhidos como tais deveriam apresentar essa carga de repulsão por afronta aos objetivos constitucionais.

psicológica, na maioria das vezes inconsciente (como, no meu caso, apesar de trabalhar durante anos diretamente no sistema repressivo estatal, demorei uma década para tornar consciente a representação social aqui exposta), de nossas representações¹³.

A título de exemplo da clara influência que essas representações sociais exercem sobre nós, temos a construção nítida e diferenciada de uma identidade própria de cada pessoa que se relaciona, de uma maneira única, com o sistema penal. Dessa feita, um aspecto fenomênico da identidade consiste na forma como os sujeitos constroem seu conceito de igualdade. Assim, verificando a existência de uma representação social que iguala o crime ao crime violento e o criminoso ao pobre (que deve ser massacrado e extirpado da sociedade), a noção de igualdade real e efetiva, existente nas inter-relações cotidianas, dependerá, em grande parte, desta macro-representação. Afinal, segundo os ensinamentos de Ciampa (1989, p. 67):

Em cada momento de minha existência, embora eu seja uma totalidade, manifesta-se uma parte de mim como desdobramento das múltiplas determinações a que estou sujeito. Quando estou frente a meu filho, relaciono-me como pai; com meu pai, como filho; e assim por diante. Contudo, meu filho não me vê apenas como pai, nem meu pai apenas me vê como filho; nem eu compareço frente aos outros como portador de um único papel, mas como o representante de mim, com todas minhas determinações que me

tornam um indivíduo concreto. Desta forma, estabelece-se uma intrincada rede de representações que permeia todas as relações, onde cada identidade reflete outra identidade, desaparecendo qualquer possibilidade de se estabelecer um fundamento originário de cada uma delas.

Esse jogo de reflexões múltiplas que estrutura as relações sociais é mantido pela atividade dos indivíduos, de tal forma que é lícito dizer-se que as identidades, no seu conjunto, refletem a estrutura social ao mesmo tempo que reagem sobre ela conservando-a ou transformando-a.

Por conseguinte, essa vida de desigualdade fática, repetida insistentemente nas atividades dos indivíduos e fulcrada em representações sociais ocultas, acaba por gerar a construção de uma identidade diferenciada em relação aos integrantes dos diversos grupos sociais. A identidade (sempre) social do abastado será totalmente diversa da do miserável, exterminando a possibilidade de efetivação concreta de um dos objetivos mais caros ao Estado Democrático de Direito: a igualdade material dos cidadãos. Os pobres, assim como os ricos, sabem que não existe igualdade, apenas permanecendo essa representação ilusional na classe média. Tanto é assim, que a conduta dos integrantes desses grupos ante a autoridade estatal é, normalmente, de submissão e resignação (para os pobres – uma vez que sabem que são “*menos iguais que os outros*”) ou de enfrentamento (para os ricos – uma vez que sabem que, definitivamente, são “*mais iguais que os outros*”); apenas existindo a

O interessante é perceber que os crimes hediondos (e equiparados) positivados na norma legal são, basicamente, os crimes cometidos, via de regra, pelas classes mais baixas (latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante seqüestro; estupro; atentado violento ao pudor; tortura; tráfico ilícito de entorpecentes; homicídio qualificado). O único crime que poderia ser considerado ‘do colarinho branco’ na lei trata-se da falsificação de produto destinado a fins terapêuticos. É de se estranhar o fato de, num país pobre e reconhecidamente com altos níveis de corrupção como o Brasil (segundo entidades governamentais e não-governamentais, nacionais e estrangeiras), não serem considerados hediondos os crimes contra a administração pública, tributários, financeiros, etc.

Ao se definir os crimes hediondos como os reconhecidamente praticados, em sua esmagadora maioria, por classes desfavorecidas, torna-se “natural” que esses criminosos permaneçam presos durante o processo (enquanto os criminosos do colarinho branco aguardam em liberdade); não tenham direito à anistia, graça, indulto e liberdade provisória; cumpram a pena com progressão de regime mais severa; possam ter decretada a prisão temporária por maior prazo, etc.

Mais uma vez, importante deixar claro que entendo que certos delitos devam ser tratados de forma mais severa pelo Direito Penal (até mesmo porque se trata de determinação constitucional). O que tento problematizar, todavia, é que a opção de escolha dos crimes da Lei 8.072/90 não é aleatória e não reflete os objetivos maiores da Carta Magna no sentido de se democratizar e se republicanizar cada vez mais o Estado brasileiro. Resumidamente, os crimes hediondos escolhidos pelo legislador *infra* constitucional não são os mais perniciosos à sociedade programática livre, justa e solidária prevista na CR/88 (art. 3º, I c/c art. 5º, XLIII).

¹³ “A pesquisa mostra que as práticas sociais são geralmente coerentes com as representações sociais. Quando se registra uma contradição entre a representação social e as práticas, estas dão origem a novos elementos periféricos, continuando protegido o núcleo central da representação. Mas quando práticas contraditórias ocorrem em situações irreversíveis, pode verificar-se uma transformação do núcleo central da representação” (VALA, 2004, p. 485).

utopia de uma Justiça igualitária para os ingênuos burgueses medianos¹⁴.

3. Conclusão

Considerando que a atuação do Sistema Penal no Brasil é claramente seletiva, que existem diversas razões filosóficas que dificultam sua abordagem e investigação e que há uma resistência na transformação desse estímulo ambiental em questão interna ao sistema jurídico e aos diferentes grupos sociais, fica evidente o papel de cada cidadão e, principalmente, dos agentes públicos estatais – notadamente do promotor de Justiça – que possuem a missão de democratizar a democracia no levantamento e esclarecimento de informações capazes de servirem de substrato à sociedade pensante na criação de novas representações sociais que aproveitem a todos, e não apenas a uma parte ínfima da população. Isso se encontra no mesmo sentido da noção de demanda social de André Levy (1994, p. 106) que necessita, para que tenha qualquer relevância, de ser ouvida. Com efeito, *“seja qual for o registro – econômico ou psicológico – a ‘demanda’ só tem sentido e só existe, na acepção própria do termo, na relação com aquele a quem ela se dirigiu e apenas se foi ouvida por ele”*.

Vista desse ângulo, a triste constatação

do óbvio passa a não ser tão melancólica, na medida em que, após averiguado o evidente, embora latente, este pode ser trabalhado em sua conseqüente exposição social. Há a necessidade que tomemos como nossa a tarefa de promover o chamado à libertação, em cada um, do “homem da ética”, superador da mera restrição à moral de suas escolhas conscientes, questionador do que é posto e construtor de uma nova realidade. Nesta senda, fica o convite de Rolnik (1994, p. 165-166; 176) ao chamamento de nosso “homem da ética” que nos habita e que é irredutível em não coadunar com as injustiças que presenciamos.

Mais uma vez, coerente com nossa opção epistemológica fenomenológica, devemos frisar a necessidade de autoquestionamento constante do promotor de Justiça em relação a cada uma de suas “pequenas decisões” a que é convidado a tomar todos os dias. É em cada uma dessas eleições que faz sentido refletir sobre questionamento de um papel que não deve ser meramente aceito pelo membro do *Parquet* por se enquadrar perfeitamente no sistema, mas problematizado a todo momento, assumindo e rejeitando as posições esperadas, sempre, em qualquer caso, com o fim último de cumprir sua missão constitucional: democratizar materialmente a sociedade, fazendo chegar ao cotidiano da vida do cidadão o reflexo de suas escolhas.

¹⁴ Nesse diapasão, importante reafirmar a necessidade de reflexão crítica do Ministério Público no sentido de mudar a sociedade e efetivar o princípio formalmente previsto constitucionalmente da igualdade material para que não se torne uma representação grotescamente diferenciada calcada em classes sociais.

Segundo estabelece a Carta Magna (art. 127, *caput*), o “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Mas o conceito de “regime democrático”, principalmente se levamos em conta a diversidade de tentativas doutrinárias e filosóficas de delimitação do que seria “povo” e “democracia” (vide nosso “O Novo Processo Constitucional”, 2003, p. 77), deve ser remontado, preferencialmente, na própria Carta Política.

Dessa feita, temos que a melhor conceituação legitimamente possível desse regime se encontra no art. 3º da CR/88: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

É esse tipo de regime, independentemente do nome que possa receber de alguns intérpretes (e.g. democracia pluralista; neo-liberalismo; democracia material; social-democracia; etc.), que tem o Ministério Público o dever legal de buscar incansavelmente. Para tanto, todos os membros da instituição devem se posicionar criticamente em relação ao que efetivamente fazem na prática, em comparação com esses objetivos-deveres maiores.

Especificamente em relação ao promotor de Justiça criminal, tomo a liberdade de fazer uma (auto-) crítica no sentido da falta do pensamento reflexivo em relação à posição ocupada. Nessa seara, o que se percebe como maior demanda de atividade do Órgão de Execução criminal é a pura e simples manutenção do *status quo*. A quase totalidade dos casos processados pelo promotor se refere a miseráveis em crimes violentos. É quase insignificante (estatisticamente) a hipótese de o membro servir como instrumento de mudança da realidade ao realizar a *persecutio* em “crimes do colarinho branco”.

Ressalte-se, entretanto, que, diferentemente de muitos países de maior seriedade no mundo, no Brasil não são dados instrumentos legislativos e materiais adequados à investigação ministerial (ou de qualquer outro órgão de apoio) especificamente a esses delitos. A visão crítica do promotor de Justiça criminal, entretanto, longe de ser prescindível, é extremamente adequada para sua plena consciência do lugar que ocupa verdadeiramente no sistema.

Referências Bibliográficas

- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3ª Ed. São Paulo: Moderna, 2003.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa Julgada Inconstitucional: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O Novo Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Resenha Bibliográfica – O Império do Direito – Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8. 1º e 2º sem. 2001. p. 118-142.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Corrupção e Irritação das Decisões Judiciais sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, v. 7, n. 13 e 14. 1º e 2º sem. 2004. p. 35-49.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. O Direito Penal como sistema mantenedor do *status quo*. MPMG Jurídico, Ano II, n. 9, p. 64-65, abril/junho 2007.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. A triste constatação do óbvio: fundamentos filosóficos do Sistema Penal como embaixadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num Direito Penal do autor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 874, Ago. 2008. p. 233-259.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Hora de repensar o Sistema Penal. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 24.09.2007. Caderno Direito e Justiça, p. 1.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. A inadequação do foro privilegiado. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 26.11.2007. Caderno Direito e Justiça, p. 1.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. A quem se destinam as prisões provisórias. *Jornal Estado de Minas*, Belo Horizonte, 11.02.2008. Caderno Direito e Justiça, p. 1.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de; CARVALHO, Ana Cecília *et al.* A metapsicologia freudiana da vingança e o Direito Penal – uma interseção reveladora dos fundamentos necessários de uma teoria do crime adequada. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9. jul./dez. 2007. p. 109-142.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOCK, Ana Mercês Bahia. A Psicologia sócio-histórica: uma perspectiva crítica em psicologia. In: BOCK, A., GONÇALVES, M.G. e FURTADO, O. (Orgs.). *Psicologia Sócio-Histórica*. São Paulo: Cortez Editora, 2001, p. 15-35.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- CIAMPA, Antônio. Identidade. In: Sílvia Lane e Wanderley Codo (Orgs.). *Psicologia social: o homem em movimento*. São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 58-75.
- CHARLOT, Bernard. *A Mistificação Pedagógica: realidades sociais e processos ideológicos na teoria da educação*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1979.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n.11, p.187 e 188, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University, 1985;
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.
- ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, nº 272, p. 35-63, junho 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como Procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n° 26, p. 100-113, março de 1990.
- HASSEMER, Winfred. História das idéias na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano II. v. 6. São Paulo: RT, 1994.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEVY, André. A Psicossociologia: crise ou renovação? In: Marília Mata Machado et alli (Orgs.). *Psicossociologia: Análise social e Intervenção*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 101-112.
- LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la Sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1993.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito penal: parte geral; parte especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luís Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 2002.
- ROLNIK, Suely. Cidadania e alteridade: o psicólogo, o homem da ética e a reinvenção da democracia. In: Spink, Mary Jane (Org.), *A cidadania em construção: uma reflexão transdisciplinar*. São Paulo: Cortez Editora, 1994, p. 157-176.
- SAMPAIO, Ataulpa Maciel. *Representações Sociais e Cotidiano: um estudo exploratório sobre as queixas dos usuários e usuárias de um serviço de saúde mental*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- VALA, Jorge. Representações Sociais e psicologia social do conhecimento cotidiano. In: J. Vala e M.B. Monteiro (Orgs.). *Psicologia Social*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 457-502.

6. Princípio da não-obrigatoriedade da ação coletiva

Eurico Ferraresi

*Promotor de Justiça no Estado de São Paulo
Doutor em Direito Processual pela USP*

Tem sabor do óbvio a assertiva de que o modelo processual coletivo se diferencia do modelo processual individual. O bem protegido em ações coletivas geralmente interessa a toda a comunidade e os temas em discussão apresentam significativa repercussão social. Em determinados casos, interfere-se no direcionamento de políticas públicas, atribuindo-se ao judiciário a função criadora do direito¹.

Por conta disso, bem se percebe que certos dogmas do processo civil individual não podem ser transpostos para o processo coletivo, sob pena de desvirtuamento do sistema. Prejuízo maior ocorre quando se transporta, para o processo civil, princípios de natureza eminentemente penal, como o da obrigatoriedade da ação.

Para a proteção de interesses gerais da coletividade, como o combate à improbidade administrativa, sustentamos a obrigatoriedade da propositura da ação de improbidade administrativa pelo *Parquet*, desde que, evidentemente, estejam satisfeitos os seus pressupostos – principalmente em decorrência do caráter repressivo da ação de improbidade administrativa. Ademais, ao contrário das ações coletivas, que contam com um amplo rol de entidades legitimadas, a ação de improbidade somente poderá ser proposta pelo Ministério Público e pela pessoa jurídica interessada. Daí surge sua obrigatoriedade.

Como o princípio da disponibilidade permeia o processo civil, de maneira quase absoluta,² considerando que as ações coletivas são demandas de natureza civil, há que se respeitar o princípio dispositivo. E depois, a legitimidade para as demandas coletivas é concorrente e disjuntiva, não se podendo dizer que vigore o princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público. Com efeito, se o Ministério Público for obrigado a propor a ação, para que legitimar

outras entidades?

O correto é que cada legitimado – inclusive o *Parquet* – examine a situação concreta e promova a demanda coletiva de acordo com critérios de oportunidade e conveniência.

A dimensão social e o caráter político dos processos coletivos³ exigem dos legitimados uma apreciação calma e serena a respeito da conveniência e da oportunidade na propositura da demanda.

Em determinadas ocasiões, talvez o momento não seja o adequado para levar a discussão a juízo, pois as questões de fato ou de direito ainda estão imaturas; em outras circunstâncias, o contexto social incumbir-se-á de solucionar a causa; finalmente, em determinados danos supra-individuais a situação está tão consolidada que dificilmente a intervenção judicial atingirá alguma eficácia. Careceria de sinceridade o ajuizamento de uma ação coletiva obrigando o poder público a promover a desocupação de área invadida há anos, com a comunidade estabelecida no local, sob o argumento de que se trata de espaço de mananciais e, por isso, digna de proteção. Dentre as inúmeras soluções possíveis, certamente a judicial é a menos apropriada, pois é inexecutável.

Mais do que identificar danos supra-individuais, ao autor coletivo cumpre avaliar vários interesses, muitos deles em conflito, antes de ajuizar a demanda.

Qualquer que seja o modelo processual coletivo, não se pode deixar de reconhecer sua natureza política, uma vez que interferirá nas prioridades governamentais.

Não é preciso vasto conhecimento para deduzir que constranger o Ministério Público a ajuizar ação coletiva sempre que identificada hipótese de lesão a direito supra-individual afasta

¹ CAPPELLETTI, Mauro. Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. v. 1, p. 8.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: ForenseUniversitária, 2000, p. 17.

por completo o cunho político da ação - que é exatamente a principal dimensão de todo modelo processual coletivo.

Vale ressaltar que estamos trabalhando com a hipótese em que ficou constatada lesão a direito supra-individual que tenha expressão para a coletividade. O que este trabalho propõe é que, mesmo nessas situações, caiba ao membro do Ministério Público - como agente político que é - aferir a conveniência e a oportunidade para o ajuizamento da ação, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Bem se percebe que o enfoque, aqui, é absolutamente diverso do que ocorre no âmbito criminal. Quando o promotor de Justiça identifica a ocorrência de um crime e se convence dela, não lhe resta alternativa senão a de denunciar o réu, uma vez que a sociedade lhe atribuiu, exclusivamente, a pretensão punitiva. Como se sabe, a partir do momento em que o Estado avocou para si o *ius puniendi*, a fim de evitar a vingança privada, conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal. Todavia, afirmar que nos processos coletivos o Ministério Público também está vinculado ao princípio da obrigatoriedade constitui manifesto equívoco.

O princípio da obrigatoriedade da ação coletiva para o Ministério Público é contraditoriamente

responsável pelo seu amesquinamento. A sociedade civil brasileira percebeu que é muito mais fácil cobrar do Ministério Público o ajuizamento de ação coletiva do que se mobilizar e assumir a defesa dos direitos supra-individuais.

A propósito, pode-se enunciar a seguinte regra: quanto maior a atuação administrativa dos órgãos estatais na defesa dos direitos supra-individuais, menor a utilização das ações coletivas. Ou seja, quanto mais o Estado desempenha seu papel de promover o bem comum, e quanto maior for o controle desempenhado por seus órgãos sobre condutas lesivas a interesses da comunidade, parece evidente que menores serão as discussões judiciais, que na maior parte das vezes objetivam compelir o poder público a fazer o que seria seu dever de ofício.

Do exposto acima, pode-se concluir que o princípio da obrigatoriedade colide com a natureza política da ação coletiva. A aplicação da obrigatoriedade no ajuizamento da ação coletiva para o Ministério Público, mesmo quando esteja configurada a lesão a direitos supra-individuais, retira o caráter político e social do instrumento, amesquinando-o. Um dos pilares dos modelos processuais coletivos reside na conveniência e oportunidade de sua utilização. Os interesses em jogo não permitem a atuação cega e burocrática do autor coletivo.

BIBLIOGRAFIA

BUGALHO, Nelson R. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 37, p. 97-112, jan./mar. 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente. In: *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. e notas de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. v. 1, p. 7-43.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público*. Barueri, SP: Manole, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípio da proporcionalidade: coisa julgada e justa indenização. In: *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: DPJ, 2006.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 97, p. 9-15, jan./mar. 2000.

_____. Significado sociale, político giuridico della tutela degli interessi diffusi. *Rivista di diritto processuale*, Milano, v. 54, n. 1, p. 17-24, genn./mag. 1999.

LOCATELLI, Paulo Antonio. O termo de compromisso de ajustamento de conduta na proteção dos direitos sociais. *Atuação jurídica*, v. 4, n. 10, p. 23-36, set. de 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o reexame. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 98, n. 361, p. 47-72, maio/jun. 2002.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade*. São Paulo: Método, 2007.

7. Contribuição esperada do Ministério Público na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos

Rodolfo de Camargo Mancuso

*Doutor em Direito, Livre-Docente e Professor Associado (USP)
Procurador, aposentado, do Município de São Paulo*

Múltiplos fatores – de ordem social, econômica e mesmo cultural (nossa *cultura demandista*) – estão à base da notória crise numérica de processos que aflige os juízes, desola os jurisdicionados e desprestigia a função judicial do Estado brasileiro. Podem ser lembrados, a título ilustrativo, estas *concausas*: (i) a exacerbada constitucionalização dos direitos e interesses na CF de 1988, que acabou operando como estímulo para a judicialização dos conflitos, em detrimento de outros meios de resolução de conflitos; (ii) uma leitura, que se diria *ufanista e irrealista* do disposto no art. 5º, XXXV, da CF¹, dele se extraíndo mais do que nele se contém, por modo a, praticamente, desvirtuar-se o direito de ação em...dever de ação, assim fomentando a contenciosidade ao interno da coletividade; (iii) a desinformação da população quanto aos outros

meios, auto e heterocompositivos, levando a que prevaleça dentre nós a *cultura da sentença* sobre a da pacificação, como reconhecido por Kazuo Watanabe²; (iv) a desigual e injusta distribuição dos ônus e encargos na judicialização das controvérsias, levando a que os chamados *clientes eventuais* do Judiciário resultem muito prejudicados com as deficiências e mazelas do sistema (morosidade; onerosidade; imprevisibilidade; baixa efetividade prática dos comandos condenatórios), na comparação com os *clientes habituais* (o próprio poder público, bancos, empresas de telefonia, de cartão de crédito e de seguro-saúde, etc.), que soem trabalhar em economia de escala, do que resulta que aquelas mazelas e deficiências não lhes causam perda, senão que até laboram em favor de uma conveniente *mora judicialmente legalizada*, na

¹ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

² “Há mesmo, o que é lastimável, *um certo preconceito* contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há, ainda, a *falsa percepção* de que a *função de conciliar é atividade menos nobre*, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em *pacificar com justiça os conflitantes*, alcançando por via de consequência a solução do conflito” (itálicos no original). “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, in: YARSHELL, Luiz Flávio e MORAES, Maurício Zanoide (coords.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

expressiva locução de respeitado jurista.

Não admira que boa parte das reformas por que vem passando o CPC tem centrado o foco nas demandas e recursos *repetitivos*, aos quais, de modo geral, vem se tentando imprimir um manejo judicial *em bloco*: as chamadas (um tanto ironicamente), “sentenças vinculantes”: CPC, art. 285-A: Lei 11.277/2006); o direito sumular como meio obstativo do acesso ao segundo grau (CPC, art. 518, § 1º: Lei 11.276/2006); os recursos extraordinários e especiais interpostos *por amostragem* (CPC, art. 543-B e C: Leis 11.418/2006 e 11.672/2008, respectivamente), a par dos *elementos de contenção* do acesso aos Tribunais Superiores: a *repercussão geral*, exigida para o recurso extraordinário ao STF (CF, § 3º do art. 102: EC 45/2004) e a potencialização das decisões monocráticas do Relator, nos Tribunais (CPC, arts. 544, § 3º e 557 e § 1º-A). A coroar esse contexto, a EC 45/2004 trouxe as *súmulas vinculantes* do STF (até o momento em número de treze), poderoso instrumento que opera em dupla finalidade: parametriza as decisões, assim do Judiciário como da administração pública (CF, art. 103-A, *caput*) e sanciona, com cassação ou anulação, nessa ordem, as decisões judiciais e administrativas que se revelem renitentes (= recusa imotivada) ou equivocadas (= aplicação indevida), como se colhe do §3º daquele dispositivo.

Sem embargo das melhores intenções com que o ordenamento processual vem sendo brindado com essas inovações, voltadas, em última análise, a respaldar uma *resposta judiciária de massa* (aderente à *explosão da litigiosidade*, há anos denunciada por Mauro Cappelletti), é inescandível o risco de que, na mole de processos reunidos para julgamento numa única sessão plenária ou no órgão especial dos Tribunais, porventura acabem incluídos alguns que não se enquadram no modelo do processo-piloto. De outra parte, não há como negar que as suces-

sivas intervenções no ordenamento processual intentam atacar as conseqüências, quando, ao contrário e superiormente, melhor fora a adoção tempestiva de programas e estratégias tendentes a *evitar* que o problema do excesso de demanda judiciária *passasse de crônico a agudo*, valendo o aviso de que *é melhor prevenir do que remediar...*

Entre as medidas que, mesmo no atual estado de coisas, parecem idôneas a conjurar (ou ao menos atenuar) o demandismo judicial desenfreado podem ser lembradas: (i) o fomento aos meios auto e hetero-compositivos, tais como a conciliação, a mediação, a arbitragem, valendo lembrar, nessa ordem, que a conciliação pode ser obtida mesmo nos Tribunais (o art. 125, I do CPC fala em “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”), tendo o TJSP para tal organizado um Setor de Conciliação em Segundo Grau³; quanto à sentença arbitral, se ocorre de não vir atendida pelo destinatário de seu comando, poderá ser manejada como título executivo judicial (CPC, art.475, N, IV, inciso acrescido pela Lei 11.232/2005); o PLC 94/2003 do Senado (nº-827-b na Câmara, onde já foi aprovado) busca instituir a mediação paraprocessual – prévia ou incidental – no processo civil⁴; (ii) os megacônflitos, envolvendo interesses metaindividuais (difusos, coletivos em sentido estrito, individuais homogêneos) necessitam – até por uma imposição de simetria instrumental – ser manejados através de ações coletivas, meio idôneo de evitar seu fracionamento em multifárias e repetitivas demandas individuais e, também, de obter resposta judiciária unitária e isonômica, prevenindo o risco de decisões discrepantes sobre um mesmo *thema decidendum*; (iii) nos conflitos consumeristas, empolgando número expressivo de sujeitos, há que ser incrementada a Convenção Coletiva de Consumo (CDC, Lei 8.078/90, art. 107), por sua aptidão a evitar a pulverização dos litígios coletivos.

³ Informa Kazuo Watanabe: “O resultado que vem sendo alcançado é surpreendente, pois o índice de acordo, nas causas em que as partes aceitam a mediação de um conciliador, é superior a 35%. Revela isso que, se na primeira instância tivesse havido uma tentativa mais empenhada de conciliação, provavelmente cerca de 30% a 40% dessas causas teriam sido encerradas mediante solução amigável, sem necessidade de recurso”.)“Cultura...”, cit., in ob. cit., p. 689, 690.

⁴ No substitutivo ofertado pelo Senador Pedro Simon, seqüencial aos textos precedentes (o do governo - dito “Pacote Republicano” - e bem assim o do Instituto Brasileiro de Direito Processual), lê-se no art. 33: “A mediação incidental será requerida por qualquer das partes, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, devendo ser realizada n prazo máximo de 60 dias, e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo. Parágrafo único. Durante o curso do processo, o juiz obrigatoriamente esclarecerá as partes sobre os benefícios da mediação”. (Apud “Cadernos IBDP”, v. 4, set./2005, org. Petrônio Calmon Filho, p. 179).

Dentre os co-legitimados ativos ao manejo dos mega-conflitos (entes políticos, associações, órgãos públicos, Procons,) é notório o protagonismo do Ministério Público, por sua atribuição constitucional para a tutela do interesse social (CF, art. 127), e, em particular, para a ação civil pública em nome dos interesses metaindividuais (CF, art. 129, III). Sua contribuição tem sido igualmente relevante na esfera da prevenção e da resolução para-jurisdicional desses conflitos, mediante a celebração de *Termos de Ajustamento de Conduta*, no bojo dos inquéritos civis (Lei 7.347/85, art. 9º), os quais, se levados à homologação judicial, beneficiam-se da força de título executivo judicial (CPC, art 475-N - V, inciso acrescentado pela Lei 11.232/2005). A notória efetividade prática dessa técnica, em comparação com o que se pode esperar do comando judicial, é facilmente compreensível: os sujeitos concernentes ao litígio tendem a prestigiar a solução que eles mesmos alcançaram consensualmente, ao contrário do que se passa quando o conflito vem conjurado mediante a *solução adjudicada estatal*, isto é, pela sentença condenatória: esta é impactante, exacerba os ânimos já acirrados pela judicialização da controvérsia, a par de se sujeitar a recursos diversos, que protrairão a coisa julgada a um remoto ponto futuro.

A *solução consensual dos conflitos* é particularmente indicada nas relações de consumo, justamente por conta do expressivo número de sujeitos envolvidos, tornando de todo inconveniente a fragmentação do litígio em múltiplas e repetitivas demandas individuais. Seja o exemplo atual da massiva judicialização de ações individuais envolvendo as perdas acarretadas aos poupadores pelos chamados Planos Bresser e Verão, respectivamente em 2007 e 2008: a ênfase que a mídia tem dado a esses episódios, no afã de transmitir informações aos interessados, tem ensejado verdadeira corrida ao Judiciário, mormente ante o aceno de possível prescrição dos direitos, caso não venham exercidos tempestivamente.

(No caso do Plano Verão, reportagem de

Marianna Aragão, no jornal O Estado de São Paulo, de 01.09.2008, CAD. B - 4, alerta que “quem tinha dinheiro na caderneta de poupança em janeiro de 1989, com o aniversário da conta entre os dias 1º e 15, deve entrar com ações contra os bancos até 31 de dezembro deste ano. Milhões de poupadores deixaram de ganhar 20, 36% dos depósitos em suas cadernetas, com a implantação do Plano Verão, em 1989. Em vez da correção de 42,72%, as contas foram remuneradas por 22, 36%. A Justiça reconhece o direito dos poupadores à devolução dos valores não creditados”).

Trata-se, inegavelmente, de um mega-conflito (*mass tort case*, na experiência norteamericana), que, se conduzido nos lindes da jurisdição singular, contribuirá, pesadamente, para agravar ainda mais a crise numérica de processos que vem estagnando nossa Justiça de primeiro grau, tanto estadual, como federal, com evidente repercussão nos Tribunais, na instância recursal. A seu turno, o processo coletivo se avanteja sobre a tutela singular em vários aspectos, até mesmo sob a perspectiva de futuro acesso ao STF mediante recurso extraordinário, na medida em que um processo concernente a uma lide de largo espectro, tanto objetiva como subjetivamente, por certo terá presumida a *repercussão geral*, sob o registro da *relevância social* (CF, art. 102, § 3º; CPC, art. 543-A, § 1º). Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior: “Reflexos sociais ocorrem sempre que a questão debatida seja daquelas que envolvam direitos coletivos ou difusos, como aqueles protegidos pela ordem constitucional em torno da saúde, educação, moradia, seguridade social etc. É o que, com frequência, também se trava em temas debatidos em ação popular, ações civis públicas, mandado de segurança coletivo etc.”⁵

Entre os direitos básicos dos consumidores se encontra o de obter “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços”, a par da “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (CDC, art. 6º, incisos III e VI), podendo-se, sem esforço, visualizar o jurisdicionado como o

⁵ “O poder de controle do cabimento do recurso extraordinário referente ao requisito da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º)”. In: GARCIA Medina, José Miguel *et al.* (Coords.). *Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2008, p. 934.

consumidor do serviço estatal de distribuição da Justiça, valendo lembrar que os *órgãos públicos* “são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos” (CDC, art. 22), e isso sem dilações indevidas, a teor do art. 5º, LXXVIII, da CF.

Parece fora de dúvida o *interesse social* na devida informação à coletividade dos *poupadores* quanto a vicissitudes, ônus e encargos que cercam o vezo do fracionamento do mega-conflito em multifárias e repetitivas demandas individuais (sobrecarga do Judiciário; morosidade na prolação das sentenças, risco de decisões discrepantes, disparidade de armas em face das entidades financeiras indigitadas no pólo passivo), em comparação com o que se poderia obter sob a modalidade processual coletiva: concentração do litígio num só processo, acionado por um dos representantes adequados para tal credenciados (CDC, art. 82); ganho de tempo, poupado ao exame de milhares de ações individuais múltiplas e repetitivas, propiciando um exame mais acurado do conflito na sua dimensão metaindividual; oportuno aproveitamento da coisa julgada coletiva em prol das ações individuais ainda não ajuizadas ou que tenham ficado sobrestadas, já que o sistema apenas prevê tal transporte para favorecer os pleitos individuais – CDC, arts. 103, § 3º, e 104. A incidência da codificação consumerista, no caso, é justificada duplamente: primeiro, porque o art. 3º, § 2º, do CDC considera *serviço* “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza *bancária, financeira, de crédito* [...]”; depois, trata-se de matéria já assentada na *súmula nº 297 do STJ*: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

No caso em tela, o propalado risco de prescrição dos direitos individuais, se estes não forem exercidos judicialmente *oportuno tempore*, afigura-se nos questionável, porque, naturalmente, as ações coletivas já ajuizadas o foram a título dos interesses *individuais homogêneos* dos poupadores, e, portanto, o objeto litigioso dessas ações coletivas vem a ser composto pelo “agrupamento” ou pelos “feixes” desses *mesmos*

direitos individuais, aí tomados em dimensão coletiva, como forma de viabilizar seu tratamento processual unitário. Parecem-nos assim, invocáveis os artigos 219 do CPC e 202, V, do Código Civil, quando dispõem, respectivamente: “A citação válida [...] constitui em mora o devedor e *interrompe a prescrição*”; “A *interrupção da prescrição* [...] dar-se-á: [...] “por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor”.

Labora em prol desse posicionamento o fato de os planos processuais coletivo e individual apresentarem em comum *análoga causa de pedir*, a saber, o direito ao ressarcimento dos lesados em virtude da remuneração *a menor* em suas contas de poupança, parecendo razoável que, uma vez reconhecido definitivamente esse direito no plano processual coletivo, a matéria se torna preclusa, não podendo ser posta em rediscussão, seja em outro processo coletivo ou nas demandas individuais: impede-o a *eficácia preclusiva pan-processual da coisa julgada* (CPC, art. 471, c/c art. 103, III, do CDC). Nessa perspectiva, uma vez absorvida a coisa julgada coletiva favorável pelas ações individuais, estas prosseguirão apenas para fixação dos *quanta debeat* e conseqüente pagamento (CDC, art. 95).

Para a implementação dessa informação devida aos jurisdicionados avulta o papel do Ministério Público, descabendo contra-argumentar com a natureza *disponível* dos direitos em questão, vistos na perspectiva de cada poupador. É que, no caso, tendo em vista o extraordinário número de sujeitos concernentes, sobreleva o interesse social no trato processual molecularizado, vale dizer, não - atomizado do mega-conflito, valendo-nos da consagrada terminologia de Kazuo Watanabe, fazendo exsurgir a legitimidade da atuação do Ministério Público, a teor do art. 127 da CF. Isso mesmo veio bem apreendido na Súmula de Entendimento nº 7 do Conselho Superior do *Parquet* paulista: “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: [...]b) no caso de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa)”.⁶ (Nem por outro motivo, de resto, está o MP legitimado à defesa judicial dos investido-

⁶ Apud Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1474. (CSMP, Pt. 39727/02, rel. Antonio Hermann Benjamin, j. 9.12.2003, v.u., DOE-SP 12.12.2003).

res lesados no mercado de valores mobiliários, malgrado aí se cuidar de direitos disponíveis: art. 1º da Lei 7.913/89).

No caso ora enfocado do chamado Plano Verão, não há como negar que a expressiva dispersão dos sujeitos concernentes (fala-se em milhões de poupadores), projeta claramente o interesse social: assim quanto à adequada e completa informação aos interessados no tocante ao manejo judicial do tema como na conveniência da condução do mega-conflito nos quadrantes da jurisdição coletiva.

Saliente-se que o *anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, versão janeiro/2007, em estudos no Ministério da Justiça, sinaliza estar em sintonia com a tendência mundial ao trato processual coletivo dos mega-conflitos, ao que se colhe do § 3º do art. 7º:

O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente,

quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.⁷

A propósito, Gregório Assagra de Almeida fala no princípio do *máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum*:

[...] por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se resolver, em um só processo, um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, neste caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflituosas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade, tanto que foi justamente esse o espírito do CDC, ao disciplinar a coisa julgada coletiva (art. 103).⁸

Em conclusão, sem prejuízo de igual iniciativa por parte dos demais co-legitimados (CF, § 1º do art. 129; Lei 7.347/85, art. 5º; CDC, art. 82), sobressai a plena legitimidade do Ministério Público para transmitir – pelos meios e recursos que ao seu elevado critério pareçam idôneos – as devidas informações aos poupadores, em especial no tocante à possibilidade do trato processual coletivo da matéria, a título de interesses individuais homogêneos, técnica apropriada à obtenção de resposta judiciária unitária e isonômica, em ordem a prevenir o fracionamento do conflito em múltiplas e repetitivas ações individuais.

⁷ Apud GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: RT, 2007, p. 454.

⁸ *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 65.

8. Uma nova visão do Ministério Público brasileiro pós-1988

Hugo Nigro Mazzilli

Advogado, Consultor jurídico, Procurador de Justiça aposentado, ex-Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo

A sociedade brasileira muito deu ao Ministério Público, especialmente a partir da Constituição de 1988, conferindo-lhe garantias e atribuições adequadas.¹ Entre nós, culminando sua evolução constitucional, o Ministério Público moderno deixou de ser um órgão do governo para ser uma instituição de defesa do interesse primário da sociedade, o que nem sempre coincide com o interesse dos governantes.

Se mais recebeu, o Ministério Público precisa mais retribuir, até porque, passados os

tempos em que já foi uma instituição praticamente desconhecida da população, está sendo hoje justamente cada vez mais cobrado pela sociedade. Diariamente os meios de comunicação comentam sua atuação funcional, apoiando-a ou criticando-a, conforme o caso; os réus e seus patronos não raro combatem as atribuições ministeriais ou a forma de seu exercício; os parlamentares e governantes, de forma pendular, ora cuidam de ampliar ora de reduzir suas atribuições e garantias, quer porque estejam os membros do

¹V. nosso *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. Saraiva, 2007.

Ministério Público agindo com sucesso ou não, ou até mesmo precisamente porque estejam incomodando os parlamentares e governantes, objeto de um sem-número de investigações e processos de improbidade; se hoje o Ministério Público é mais elogiado, também é mais criticado e mais fiscalizado; os subsídios dos membros do Ministério Público são hoje questionados em editoriais da imprensa e pelos populares, coisa que não acontecia antigamente; discutem-se suas garantias e seus privilégios e chamam-se, muitas vezes sem razão, de *marajás* e *privilegiados* os membros da instituição, olvidando-se a vida de sacrifícios que é, para muitos de seus membros, embora não para todos eles, um trabalho que não tem fronteiras, férias ou horários; o comportamento dos promotores e procuradores, mesmo na vida privada, passa a ser mais estreitamente ligado à questão do decoro institucional; a população não raro identifica o Ministério Público com as deficiências da Justiça, o que, se até certo ponto é correto, por outro lado constitui generalização excessiva; o fracasso do combate estatal ao crime organizado, ao tráfico de drogas, à violência, à corrupção das autoridades e dos policiais, embora seja efetivamente causado por vários fatores sociais, econômicos, políticos, administrativos, jurisdicionais e legislativos, — tal fracasso é atribuído também ao Ministério Público, que, sem dúvida, deve assumir sua parcela de responsabilidade.

É imperioso que faça o Ministério Público sua autocrítica:² além de aprimorar os métodos de concurso de ingresso e fornecer cursos permanentes de atualização profissional aos promotores e procuradores, é necessário vencer o desinteresse e as deficiências que alguns membros da instituição têm revelado no desempenho de algumas relevantes tarefas institucionais, não raro dedicando a estas apenas o tempo que lhes sobra em atividades docentes e outras.

Deve ainda ser dito que o Ministério Público precisa chegar mais efetivamente ao povo, para que este saiba o que a instituição pode fazer, o que está fazendo — e até o que não está fazendo, mas deveria fazer. Têm os membros do Ministério Público o relevante dever de atender

os necessitados: defender a vítima de crimes, o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, a pessoa com deficiência, o acidentado do trabalho, a pessoa discriminada. Esse atendimento deve ser dado não só nos processos mas também fora deles, como é o caso do atendimento direto aos populares que procuram os membros do Ministério Público. Não tem sentido relegar esse atendimento fundamental apenas a funcionários e estagiários da instituição. Devem ainda dedicar-se com justa prioridade ao combate da criminalidade, à defesa do meio ambiente e ao zelo da probidade administrativa, e sempre com dedicação integral à instituição (o que nem sempre ocorre).

Por outro lado, porém, é imperioso que os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, como órgãos de controle que são, sejam resguardados das pressões destinadas a intimidá-los. Sob esse aspecto, porém, algumas vezes se caminha no Brasil em sentido contrário à tendência geral nos vários países democráticos, nos quais se busca assegurar totais condições para que os promotores e procuradores sejam capazes de adimplir na plenitude suas atribuições funcionais, de forma necessariamente responsável, mas sem intimidação, embaraço, perseguição, interferências indevidas ou exposição injustificada a responsabilidade civil, penal ou de qualquer outra natureza. Segundo as *Guidelines on the Role of Prosecutors Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, “States shall ensure that prosecutors are able to perform their professional functions without intimidation, hindrance, harassment, improper interference or unjustified exposure to civil, penal or other liability”³. Existem no Congresso Nacional diversos projetos de emenda à Constituição, bem como projetos de leis ordinárias, procurando restringir suas garantias, ou mesmo responsabilizar pessoalmente membros do Ministério Público que proponham ações que venham a ser julgadas improcedentes. Ora, é natural que, se houver abuso de poder, abuso de direito ou violação de deveres atinentes ao cargo, deva corresponder a responsabilização pessoal do agente faltoso, mas para isso já existem instrumentos

² V. nosso *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 5. ed. Saraiva, 2008, p. 228.

³ Havana, Cuba, 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.

próprios, tanto na esfera política (*impeachment*) como penal (crimes de funcionário público), civil (responsabilidade patrimonial) e administrativa (responsabilidade funcional). Entretanto, fora daí, qualquer tentativa de responsabilização gratuita dos membros do Ministério Público nada mais é do que tentativa de intimidação da instituição. *Et pour cause...*

Apesar de todas as dificuldades, é preciso deixar claro que, nessas últimas décadas, tem sido o Ministério Público um dos que mais têm procurado um novo perfil institucional, que continua em constante evolução. Mas é mister maior legitimação que lhe dê respaldo social, e também é mister um trabalho bem feito e eficiente em todos os setores da atuação ministerial. O Ministério Público deve continuar à frente de sua própria reforma (não só no tocante às formas de atuação, como à sua própria organização interna), com a finalidade de acompanhar a evolução social, caso contrário, será inevitável que a própria sociedade faça aos poucos seus próprios ajustes e imponha suas próprias mudanças. E, para que o Ministério Público continue a remodelar-se, não basta limitar-se a discutir propostas de meras mudanças físicas nas Promotorias e Procuradorias, ou alterar-se uma ou outra atribuição funcional ou algum instrumento de atuação. É preciso também haver mudanças de base, seja na área constitucional e infraconstitucional, seja até mesmo na postura funcional dos membros

do Ministério Público.⁴

O efetivo retorno social é a só justificativa dos instrumentos, atribuições e garantias conquistados pelo Ministério Público. E somente quando a própria população sentir mais concretamente o trabalho do Ministério Público em seu favor, é que as prerrogativas e garantias da instituição estarão justificadas e asseguradas até mesmo em face dos governantes e legisladores, e a opinião pública não aceitará sejam suprimidas, ao contrário do que hoje se dá impunemente, por meio de reformas constitucionais e legais, orquestradas pelos chefes do Executivo e seus aliados, muitos deles atuando em benefício da própria impunidade.

Por fim, se em algum momento cultural do País for efetivamente levado adiante o movimento visando a conferir maior credibilidade às instituições, cobrando-se mais seriedade dos políticos e governantes, maior respeito às leis por parte dos empresários e da população em geral e mais efetiva distribuição da Justiça — certamente não deverá estar a reboque o Ministério Público, pois sua atual destinação institucional é perfeitamente compatível com essa desejada mudança de mentalidade.

Somente assim a crítica da sociedade poderá ser favorável à atuação do Ministério Público, a quem foram conferidas tantas e tão relevantes funções.

⁴ V. nosso *O acesso à justiça e o Ministério Público*, cit.

9. Ministério Público e o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, *caput*, da CF/88): da perícia para as estatísticas e os indicadores sociais – necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária

Gregório Assagra de Almeida

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público de Minas Gerais
Conselheiro da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça*

A promoção social está no núcleo do novo perfil constitucional do Ministério Público. A defesa do regime democrático e dos interesses sociais confirma o compromisso do Ministério Público com a transformação, com justiça, da realidade social (art. 127, *caput*, combinado com os arts. 1º e 3º, todos da CF/88).

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. Tendo em vista que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que o Ministério Público é defensor do regime democrático, todos esses objetivos, elencados expressamente no art. 3º da CF/88, também vinculam o Ministério Público.

Para Marcelo Pedroso Goulart:

Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no ‘movimento catártico’ que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do ‘momento corporativo’ e particularista para o ‘momento ético-político’ de modificação do real¹.

Todavia, adverte Goulart que o Ministério

Público ainda não conseguiu superar muitas barreiras: a velha instituição (pré-88) morreu; porém o novo Ministério Público (pós-88) ainda não se firmou:

No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o ‘momento corporativo’, fato que impõe a aceleração do ‘movimento catártico interno’. Do contrário, a ‘passividade’ poderá tomar conta da Instituição, levando-a à ‘impotência objetiva’, ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe foram postos pela Constituição. Esse tipo de ‘comportamento passivo-impotente’ poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público².

Portanto, para o Ministério Público cumprir essa sua tarefa constitucional não mais se sustenta o modelo institucional antigo que ainda se arrasta pelo País. É preciso avançar no planejamento funcional e nas estratégias de atuação. A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional.

A atuação repressiva, amparada geralmente nas espécies clássicas de prova (prova pericial, prova testemunhal etc.) deve ceder espaço

¹ *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In: Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713.

² *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In: Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p.713-4.

para a atuação a partir das estatísticas e dos indicadores sociais³.

Para tanto, é imprescindível que o Ministério Público, em todas as suas esferas, constitua núcleos de estudos e estatísticas de atuação funcional e ainda realize parcerias importantes com centros de estudos e pesquisas bem como com universidades que possam fornecer-lhe elementos que dêem a ele condições adequadas para atacar, racionalmente, as causas geradoras das graves injustiças sociais⁴.

Torna-se imperioso, também, que o Ministério Público acompanhe e fiscalize a elaboração e o cumprimento dos orçamentos públicos, garantindo a aplicação das verbas públicas necessárias para atender aos ditames constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, especialmente os elencados no já referido art. 3º e nos arts. 5º e 6º, todos da CF/88. A atuação da instituição, nesse âmbito, poderá ser extrajurisdicional e jurisdicional. No plano extrajurisdicional, o Ministério Público deverá acompanhar a votação orçamentária, participando das propostas de inserção de políticas públicas específicas, socialmente necessárias, além da utilização dos mecanismos da recomendação e do TAC visando à realização de políticas públicas a serem contempladas nos orçamentos públicos. Poderá, ainda, realizar audiências públicas para colher reclamações e propostas objetivando o controle orçamentário. No plano jurisdicional, o Ministério

Público poderá mover ações coletivas com pedidos de tutelas específicas, especialmente o de tutela inibitória, para garantir o cumprimento orçamentário adequado. Contudo, a falta de previsão orçamentária não poderá ser obstáculo à atuação do Ministério Público, especialmente no âmbito dos direitos coletivos, inseridos na CF/88 como direitos fundamentais de aplicabilidade imediata (Título II, Capítulo I, art. 5º, § 1º). Nos casos de políticas públicas específicas e socialmente necessárias, o Ministério Público tem o dever constitucional, em razão do seu compromisso com os interesses sociais (art. 127, *caput*, da CF/88), de atuar para garantir a sua implementação tempestiva e adequada.

Nesse sentido, já aduzimos:

Falta de norma regulamentadora ou a alegação de ser norma programática não são obstáculos à aplicabilidade imediata e à vinculação geral dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. A simples alegação de impossibilidade jurídica não é admitida como cláusula impeditiva da realização de direitos e garantias constitucionais fundamentais. A impossibilidade, que poderá servir como impedimento, é somente a real, amparada em elementos e circunstâncias fáticas, e mesmo assim deve ser sopesada concretamente.⁵

O combate articulado e efetivo à sonegação fiscal, extrajurisdicional e jurisdicional, também

³ A respeito do surgimento dos indicadores sociais e da sua importância para demonstrar que crescimento econômico não é evidência certa da melhoria das condições de vida das pessoas, escreve JANNUZZI, Paulo Martino: "O aparecimento e o desenvolvimento dos indicadores sociais estão intrinsecamente ligados à consolidação das atividades de planejamento do setor público ao longo do século XX. Embora seja possível citar algumas contribuições importantes para a construção de um marco conceitual sobre os indicadores sociais nos anos 20 e 30, o desenvolvimento da área é recente, tendo ganhado corpo científico em meados dos anos 60 no bojo das tentativas de organização de sistemas mais abrangentes de acompanhamento das transformações sociais e aferição do impacto das políticas sociais nas sociedades desenvolvidas e subdesenvolvidas. Nesse período começaram a se avolumar evidências do descompasso entre crescimento econômico e melhoria das condições sociais da população em países do Terceiro Mundo. A despeito do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), persistiam altos os níveis de pobreza e acentuavam-se as desigualdades sociais em vários países. Crescimento econômico não era, pois, condição suficiente para garantir o desenvolvimento social [...]". *Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <<http://comciência.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>>, p. 1. Acessado em: 3 jun. 2008, 12h30min.

⁴ Esclarece JANNUZZI, Paulo Martino: "Diferentemente de outros países latino-americanos, no Brasil, as estatísticas sociais, econômicas e demográficas usadas para construção dos indicadores são produzidas, compiladas e disseminadas por diferentes agências, situadas em âmbito federal ou estadual. Através de uma rede capilarizada pelo território nacional, com delegacias estaduais e agências municipais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) cumpre seu papel de agente coordenador do Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas, como produtor de dados primários, compilador de informação proveniente de ministérios e como agente disseminador de estatísticas. As agências estaduais de estatísticas também compilam uma ampla variedade de dados administrativos produzidos pelas secretarias de Estado e, em alguns casos, também produzem dados primários provenientes de pesquisas amostrais. Alguns ministérios e secretarias estaduais também têm órgãos encarregados da produção ou organização de seus dados administrativos. Assim, o IBGE, agências estaduais de estatísticas e ministérios/secretarias integram, pois, o Sistema de Produção e Disseminação de Estatísticas Públicas no Brasil". *Indicadores sociais e as políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <<http://comciência.br/comciencia/?section=8&edição=33&id=386>>, p. 3. Acessado em: 3 jun. 2008, 12h30min.

⁵ Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 334.

é um caminho útil para garantir a ampliação das receitas do Estado e o cumprimento orçamentário.

A respeito do controle orçamentário pelo Ministério Público, aduziram Jayme Weingartner Neto e Vinícius Diniz Vizzotto:

O Ministério Público tem papel importante na manutenção do Estado Democrático de Direito, conforme prevê a própria Constituição em seu art. 127, *caput*. Nesta senda, uma das vertentes mais importantes para a concretização deste Estado Democrático de Direito é a utilização, de modo transparente, conforme os ditames da Boa Governança, do orçamento público [...]. Destarte, o Ministério Público tem importante atuação no campo atinente ao Orçamento Público, uma vez que ele atua tanto (i) na questão da captação de receita (fiscalização da sonegação, firmatura de termos de compromisso de ajustamento de conduta para regularizar situações potencialmente ilícitas), bem como na (ii) indução da 'boa' despesa, seja em âmbito institucional interno ou junto a outros órgãos públicos, tanto na esfera do Executivo (indução de políticas públicas), do Legislativo (indução de processos legiferantes tendentes à promulgação de leis com temática específica) ou do Judiciário (utilização dos meios e instrumentos judiciais para concretizar disposições orçamentárias e legais).⁵

Portanto, não mais se sustenta a predominância de uma atuação repressiva condutora da continuidade das injustiças sociais. É importante combater, por exemplo, as reais causas geradoras da criminalidade, o que deverá ser feito a partir dos indicadores sociais e de diagnósticos sociais específicos, os quais necessitam ser realizados com periodicidade pela instituição por intermédio de suas parcerias.

Só assim o Ministério Público conseguirá assumir e exercer, efetivamente, a sua mais nobre função constitucional: a promoção da justiça social.

Nesse sentido, conclui Marcelo Pedroso Goulart:

De acordo com a vontade popular explicitada na Constituição da República, o Ministério Público deve constituir-se em um dos mais importantes 'agentes da vontade política transformadora', cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção do projeto constitucional de democracia (a sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos). Essa é a 'estratégia institucional'.⁶

⁵ WEINGARNER NETO, Jaime; VIZZOTTO, Vinícius Diziz, Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores), Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível', p. 292-293.

⁶ *Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional*. In: Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713.

10. Apontamentos sobre o Ministério Público da Constituição de 1988

Élida de Freitas Rezende

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de
Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Idosos (CAOPPD) do
Ministério Público de Minas Gerais*

A Constituição Federal de 1988 deu gênese a um novo Ministério Público.

A assertiva é freqüentemente encontrada em textos voltados para o estudo da Instituição e sempre atrelada ao popularizado comando do art. 127.

Desvendar o Ministério Público contemporâneo pressupõe, contudo, compreender aquele que sofreu as transformações consolidadas na Carta de 1988.

Sem aprofundada análise da matéria e apenas para contextualizar as reflexões que seguem, importa registrar que as Constituições anteriores não se ocuparam de apontar as atribuições do Órgão – vocacionado, em seus primórdios, para a defesa dos interesses do rei.

Desde então, o Ministério Público esteve em constante mutação, pontuada por reconhecimento e críticas.

A prática e a lei vieram, paulatinamente, forjando a Instituição.

Seus membros ganharam notoriedade e perderam, não sem resistência, a faculdade de exercer a advocacia e a incumbência de defender interesses patrimoniais da União.

Aproximando-se, deliberada e estrategicamente da magistratura, alcançou almejada isonomia.

Firmou-se como instituição autônoma e independente, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Eis o novo perfil, sacramentado no texto constitucional, mas já anunciado por dispositivos legais daquela década, sobretudo a Lei 7.347, de 1985.

Despontam, nesse cenário, dois aspectos mercedores de atenção: a configuração constitucional abrigava o propósito de efetiva mudança, fruto inclusive de movimento interno; a nova ordem, para além de estabelecer outras funções, delimitou o campo de atuação do Ministério Público.

A destinação constitucional repercute, pois, necessariamente, na atribuição ativa e interventiva.

Mas decorridos vinte anos, são ainda tímidas as modificações estruturais.

É certo que embora traçados os contornos, ainda em construção a identidade institucional, que enseja salutar debate.

Não se concebe, todavia, que esse processo seja guiado por preferências individuais ou influenciado pelo temor de desgarrar de confortável paradigma.

11. A violência doméstica contra a mulher e a atuação do Ministério Público após o advento da Lei Maria da Penha

Stela Valéria Cavalcanti

Promotora de Justiça de Alagoas – Diretora-executiva da ESMP/AL - Mestre em Direito Público pela Ufal – Autora do livro: Violência doméstica. Análise artigo por artigo da Lei Maria da Penha. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

Email: stelacavalcanti@hotmail.com

SUMÁRIO

1. Introdução ao tema. 2. A atuação do Ministério Público após o advento da Lei Maria da Penha. 2.1. As atribuições cíveis. 2.2. As atribuições penais. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A violência doméstica é um problema que atinge, indiscriminadamente, mulheres, crianças, adolescentes e idosos em todo o mundo. Decorre, na maioria dos casos, da desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres, bem como da discriminação de gênero ainda presente tanto na sociedade como na família.

Dentre todos os tipos de violência contra a mulher, sustentamos que a praticada no ambiente familiar é uma das mais cruéis e perversas. O lar, identificado como local acolhedor e de conforto, passa a ser, nestes casos, um ambiente de perigo contínuo. Envoltos no emaranhado de emoções e relações afetivas, a violência doméstica contra a mulher se manifesta como criminalidade oculta, envolvida no véu do silêncio, do medo e da impunidade.

O sistema de repressão e prevenção à violência doméstica é recente no Brasil. Teve início em 1988, quando a Constituição Federal proclamou a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, art. 5º, inciso I. Evidencia-se também, no §8º do art. 226 que impõe ao Estado o dever de coibir a violência no âmbito da família. Estas normas constitucionais foram ponto de partida para que o legislador ordinário ampliasse a proteção dos direitos das mulheres contra a discriminação e a violência.

Contudo, essas medidas não foram capa-

zes de diminuir as desigualdades de gênero e os índices das agressões contra as mulheres, especialmente a violência doméstica. Pesquisas realizadas por organizações não-governamentais e institutos de opinião pública apontam altos índices da violência doméstica no Brasil. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Patrícia Galvão no Estado de Pernambuco, em 2006, concluiu que 60% dos casos de homicídio de mulheres foram considerados de proximidade, ou seja, foram praticados por parentes, companheiros ou ex-companheiros das vítimas¹.

Diante dessas constatações e em cumprimento aos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil sobre os direitos humanos das mulheres, a violência doméstica recebeu roupagem típica própria no Código Penal Brasileiro com a Lei nº 10.886/04. Foram retirados do Código Penal os crimes de adultério e sedução, com a publicação, em 2005, da Lei nº. 11.106/05. Mais recentemente, a Lei nº. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, veio satisfazer as expectativas das entidades de defesa dos direitos das mulheres, criando mecanismos para coibir a violência contra a mulher.

Após quase dois anos de vigência da Lei Maria da Penha constatamos que os índices da violência doméstica permanecem altos, observamos, porém, que houve uma diminuição considerável na reincidência, o que já é um grande avanço². Contudo, ainda precisamos lutar pela

¹ BIANCARELLI, Aureliano. **Assassinatos de Mulheres em Pernambuco: violência e resistência em um contexto de desigualdade, injustiça e machismo**. São Paulo: Publisher Brasil: Instituto Patrícia Galvão, 2006, p. 19.

² Conforme pesquisa de campo realizada pelo Laboratório de direitos humanos da Ufal em 2006, quando foram entrevistados os profissionais que realizam atendimento às vítimas da violência doméstica em Maceió, dentre eles as Delegadas da Mulher. Pesquisa Ibope/Themis (Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero) revelou que 68% da população brasileira conhece a lei, dos quais 82% reconhecem sua eficácia no enfrentamento à violência doméstica e familiar. A consulta foi realizada entre 17 e 21 de julho, com 2002 entrevistados em 142 municípios brasileiros. Disponível em: <<http://1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u430760>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

divulgação da Lei nos mais longínquos rincões brasileiros, bem como pela qualificação dos operadores do direito nas questões de gênero, a fim de aplicar todos os dispositivos da Lei nº. 11.340/06 em benefício das vítimas, pois ainda verificamos que o atendimento prestado às vítimas nas delegacias de polícias ainda não é o ideal, falta uniformidade na aplicação da Lei Maria da Penha e as políticas públicas de assistência às vítimas e tratamento dos agressores ainda são insuficientes.

Nesse contexto, a participação pró-ativa do Ministério Público, desde o início da apuração do delito de violência doméstica pela polícia judiciária, até a fase de instrução, é determinante para possibilitar às vítimas a fiel aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha, seja na promoção das medidas de proteção em favor da vítima e contra o agressor, no encaminhamento a atendimento por equipe multidisciplinar, no encaminhamento das vítimas e filhos às casas-abrigo³, na fiscalização das entidades de atendimento, seja na proposição de ações civis públicas.

Este artigo tem o condão de discutir este tema polêmico e instigante, apresentando algumas proposições.

2. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha abriu um leque de atuações ao Ministério Público, as quais podemos dividir da seguinte forma: **a) institucionais**, **b) administrativas** e **c) funcionais**⁴:

a) Institucionais - dizem respeito à integração operacional que deve ser feita entre o Ministério Público e as demais entidades envolvidas na aplicação desta lei. Isso significa que todas as ações de combate à violência doméstica e familiar devem ser pensadas e elaboradas de forma articulada entre todos os órgãos responsáveis pela promoção dos direitos humanos das

mulheres, ou seja, as entidades municipais, estaduais e federais ligadas à segurança pública, à saúde, educação, assistência social, trabalho e habitação, bem como o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública devem ser chamados à cooperação e à integração, a fim de que cada uma dê parcela de contribuição na sua esfera de atuação para implementar as diretrizes constantes na Lei Maria da Penha, nos termos do art. 8º.

b) Administrativas - cabe ao Ministério Público inspecionar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Assim, ao lado da fiscalização em delegacias de polícia, presídios, entidades de abrigo a crianças e adolescentes e a idosos, agora, soma-se uma atividade ligada às entidades públicas ou privadas, que abrigam ou prestam qualquer atendimento às mulheres vítimas da violência doméstica e familiar, conforme estabelece o art. 26.

Deverá também o Ministério Público realizar cadastros, levantamento dos casos práticos que chegam às Promotorias de Justiça, os quais servirão para compor as estatísticas da violência contra a mulher, art. 8º, inc. II, 26 c/c 38, da Lei nº. 11.340/06.

A atuação administrativa, porém, não se esgota apenas no levantamento estatístico, porque o agente está legitimado a adotar outras providências, inclusive, junto a órgãos públicos ou particulares, em nome da proteção dos direitos da mulher agredida, tal como faculta o art. 26, inc. I, última parte.

c) Funcionais: cíveis e penais - o leque de atuação é mais amplo, uma vez que a Lei determinou que nas causas cíveis ou criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher haja obrigatória intervenção do Ministério Público. Esta intervenção dá-se ora como *custos legis*, ora como parte, nestes casos, está legitimado extraordinariamente para atuar em prol de direitos da mulher agredida no lar. Veja-se, *v.g.*,

³ Deverá ser um local onde as mulheres vítimas de violência conjugal, em situações-limite, se sintam protegidas, possibilitando o início de uma nova vida, para elas e também para os filhos. Ter um local seguro para viver é fundamental para a obtenção do reequilíbrio físico e psicológico, constituindo um fulcral requisito para a recuperação. RAMOS, Susana. **A importância das casas de acolhimento no território da violência conjugal**. Subjudice – Justiça e sociedade, v. 22/23, Lisboa, jul/dez. 2001, p. 139.

⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Ministério Público e Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1268, 21 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9305>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

que em uma ação de indenização por dano moral ajuizada por uma mulher, o que, em tese, nada teria de interesse público a justificar a intervenção do *Parquet*, se essa ação cível decorrer de violência doméstica e familiar, deverá o agente ser intimado e efetivamente intervir no processo. A lei estabelece que o Ministério Público deve ser, no mínimo, intimado de todos os atos do processo, sob pena de nulidade, consoante determina o art. 25 da Lei 11.340/06.

2.1. As atribuições cíveis⁵

A atuação do Ministério Público deve ser efetiva em todos os processos cíveis, mesmo que de cunho meramente patrimonial, sempre que envolvam litígios decorrentes de violência doméstica e familiar, como fiscal da lei. Esta intervenção deverá igualmente ocorrer por ocasião do julgamento de recursos, devendo os autos ser encaminhados à prévia manifestação da Procuradoria de Justiça. Eventual julgamento, sem a manifestação ministerial e que ocasionar prejuízo à mulher agredida, poderá ensejar a nulidade do acórdão.

A atuação ministerial pode ser:

a) como *custos legis*, deverá fiscalizar e zelar pela correta aplicação da lei, podendo requerer ao juiz natural do processo, as providências que entender necessárias à fiel aplicação da lei. Pode interpor todos os recursos judiciais cabíveis, na forma do art. 499, CPC, quando em vista a regularidade do processo.

b) Como parte, o Ministério Público pode requerer medidas protetivas individuais de urgência em prol da mulher agredida, ao lado do pedido da ofendida (art. 18, III, e 19, §3º, da Lei Maria

da Penha), assim como, importante inovação da lei, ajuizar ações civis públicas para promover direitos transindividuais das vítimas⁶.

O *Parquet* é um dos legitimados ativos, ao lado da própria ofendida, para requerer medidas de proteção dos arts. 22 a 24 da referida lei. Em tal caso, age o órgão ministerial em substituição processual à vítima, podendo, inclusive, aditar seu pedido pessoal, este elaborado através da autoridade policial.

Podemos antever, principalmente, interesses difusos a serem tutelados no âmbito da Lei Maria da Penha, mas poderão surgir direitos coletivos, individuais homogêneos, e até mesmo individuais indisponíveis. Assim, estabelece o art. 26 da Lei nº 11.340/06 que caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário, fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas, (art. 26, II). Como por exemplo: em cidades que não possuem casas-abrigo para receber as vítimas da violência doméstica e familiar que estão sob ameaça de morte, o promotor de justiça está legitimado a propor ação civil pública contra o Município, a fim de que este seja compelido a criar esta política pública indispensável à proteção das vítimas e seus familiares, notadamente, nas comarcas distantes da capital.

O art. 35, inciso I, atribui ao promotor de justiça prerrogativa de requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de

⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Ministério Público e Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1268, 21 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9305>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

⁶ O direito transindividual, ou coletivo em sentido amplo, não se enquadra nas categorias tradicionais de interesse público e privado, pois pertence a um grupo ou classe de pessoas que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática. Esses interesses coletivos em sentido amplo podem ser classificados em três grupos, conforme o seu objeto, a sua origem e a possibilidade ou não de indentificar os seus titulares. Interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneo, como veremos a seguir. São três as características fundamentais dos direitos difusos: a indivisibilidade do objeto, de modo que deferindo a um dos interessados aproveita igualmente a todos; a indeterminação do sujeito e a ligação deles por um vínculo fático e não jurídico. Além dos interesses difusos, ainda são considerados transindividuais os direitos coletivos *stricto sensu*. O art. 81, parágrafo único, II, do Código do Consumidor conceitua interesses coletivos como "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por último, os interesses individuais homogêneos, embora não sejam reconhecidos como supraindividuais, admitem a tutela coletiva. O liame entre os titulares dos interesses individuais homogêneos não é a relação jurídica com a parte contrária, mas a origem fática comum.

assistência social e de segurança, entre outros. O poder de requisição de serviços públicos é próprio do exercício da função ministerial, estando previsto na Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/93) e em outros textos legais, como o ECA (Lei Federal nº 8.069/90). A requisição está condicionada ao princípio da legalidade e deve ser formulada motivada e fundamentadamente⁷.

2.2. As atribuições penais⁸

Diante de informações prestadas diretas da ofendida ao órgão do Ministério Público, este já pode/deve atuar nas searas cível, penal e administrativa, seja requisitando inquérito policial e/ou encaminhando a ofendida para os serviços públicos de saúde e assistência social. Tais atividades, embora também acometidas à autoridade policial, não impedem a pronta intervenção do órgão ministerial, porque são medidas de urgência adotadas por agente público competente e que se encontra mais próximo da autoridade judiciária, com a finalidade de impor celeridade processual à proteção da mulher agredida.

A função criminal foi atribuída constitucionalmente ao Ministério Público, só excepcionada nos casos de ação penal privada, inclusive, a subsidiária da pública. No plano criminal, ainda, o agente ministerial tem poderes de requisição de força policial, para a proteção da mulher agredida, quando for necessário, podendo dirigir-se diretamente à autoridade policial civil ou militar, consoante o art. 26, inc. I.

Em se tratando de agressor que se enquadra nas hipóteses de segregação, o Ministério Público teve ratificada a iniciativa de postular prisão preventiva, art. 20, inciso I.

Importante ressaltar que nas comarcas onde a organização institucional distribuir atribuições em razão da matéria, a competência funcional para requisitar medidas protetivas de urgência em favor da vítima e contra o agressor será do promotor de justiça criminal, por serem elas afetas à matéria penal.

3. CONCLUSÃO

A idéia de pesquisar o fenômeno da violência doméstica contra a mulher surgiu da constatação empírica de que milhares de mulheres, em todo o mundo, são vítimas das mais diversas formas de violência e de discriminação no ambiente familiar. As estatísticas são estarrecedoras. Assassinatos, lesões corporais, mutilações, estupros, ameaças acontecem diariamente no país, de forma silenciosa, impiedosa e impune.

O mais grave é que a violência doméstica ainda é uma criminalidade oculta, isto é, as estatísticas extraídas de inquéritos policiais e ações penais são incapazes de definir a real dimensão do problema. Na maioria dos casos, as vítimas se calam, movidas pelo medo, insegurança, dependência econômica, pela preservação da família ou mesmo pela desaprovção social.

A situação é tão grave que instituições multilaterais como a ONU e a OEA têm elaborado diversos documentos (convenções e pactos - tratados) exigindo soluções para a prevenção e repressão deste delito.

Diante da necessidade de cumprir os Tratados assinados e ratificados pelo Brasil em âmbito internacional, foi elaborada e publicada a Lei nº 11.340/06, chamada "Maria da Penha", que trouxe profundas modificações no cenário jurídico brasileiro ao proibir a aplicação de cestas básicas para os delitos de violência doméstica, vedar a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, incluir medidas protetivas de urgência em benefício das vítimas e contra o agressor, instituir políticas públicas em favor das vítimas, recomendar a criação de Juizados de Violência Doméstica e ampliar a atuação do Ministério Público.

A Lei nº 11.340/06 apesar de não ser perfeita, apresenta uma estrutura adequada e específica para atender a complexidade do fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher ao prever mecanismos de prevenção, assistência às vítimas, políticas públicas e punição mais rigorosa para os agressores.

⁷ HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome de Mulher: violência doméstica e familiar*. Campinas: Servanda, 2007, p. 206.

⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Ministério Público e Lei Maria da Penha. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1268, 21 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9305>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

Nesse contexto, o Ministério Público é o grande parceiro da sociedade na promoção e proteção de direitos fundamentais. Reconhecendo sua grande importância na salvaguarda dos direitos humanos das mulheres, a Lei Maria da Penha estabeleceu, em vários dos seus dispositivos, uma atuação efetiva do *Parquet* ora como fiscal da lei, ora como titular da ação penal pública.

Ciente desta nova realidade, os Ministérios Públicos Estaduais devem promover cursos e capacitações nas questões de gênero, bem como no tocante às inovações constantes na Lei Maria da Penha, com os seus membros e servidores, a fim de prestarem um atendimento eficiente às vítimas e seus familiares, bem como buscarem uma homogeneidade na aplicação dos dispositi-

vos legais, no melhor interesse das vítimas.

Importante também é a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar em todos os Estados da Federação, nas capitais e também no interior, dotados de estrutura para prestar atendimento jurídico, social e psicológico às vítimas e agressores.

Ademais, também cabe ao Ministério Público como órgão agente, buscar o engajamento dos poderes públicos visando a uma melhor estrutura de atendimento às vítimas nos centros de apoio, nas casas-abrigo, nas delegacias de polícia, nos hospitais, nos centros de atendimento psico-sociais etc, bem como utilizar a ação civil pública com a finalidade de implementar políticas públicas em prol dos direitos humanos das mulheres vítimas da violência doméstica.

12. O Ministério Público em busca de sua personalidade institucional: a problemática harmonização entre a independência funcional e a unidade

Elton Venturi

Procurador da República. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor da UTP/PR e do Instituto de Direito Romeu Bacellar

A Constituição Federal brasileira está completando 20 anos de vigência, tendo operado durante tal período indiscutíveis avanços nos mais diversos setores da vida dos cidadãos brasileiros, tudo no rumo do (re)estabelecimento dos valores sociais perdidos ou sonogados por décadas de império do regime político de exceção.

Como a organização da sociedade civil foi praticamente esfacelada por força da ditadura militar, o constituinte de 1988 apostou quase todas as suas fichas no aprimoramento institucional do Ministério Público, com o claro objetivo de fazer da Instituição um verdadeiro *porta-voz* dos cidadãos no intuito do resgate da tutela dos direitos fundamentais individuais e sociais. Confiou-se-lhe, assim, dentre outras funções, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A nobreza e essencialidade de tais atribuições, contudo, trouxeram consigo uma imensa responsabilidade para os membros do *Parquet*, vinculada à própria (re)construção do Estado Social Democrático de Direito, de quem se exige

o atendimento das mais básicas necessidades inerentes à garantia da dignidade da pessoa humana. Não é por outro motivo, aliás, que diariamente busca o Ministério Público, sobretudo por via de ações civis públicas e de improbidade administrativa, a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ligados à higidez do meio-ambiente, à probidade da gestão dos serviços e do patrimônio público, ao fornecimento de serviços públicos de qualidade relativos à saúde, educação e segurança pública.

Dentre as plurais reflexões que se poderiam realizar neste momento, passados vinte anos da reconfiguração do Ministério Público no Brasil, talvez a mais intrigante esteja atrelada não tanto aos resultados práticos conquistados pela sua atuação judicial e extrajudicial (em muito comprometida pelas suas carências estruturais e pelas amarras de uma estrutura jurisdicional ainda extremamente burocrática, morosa e ineficaz), mas, antes, à conformação de sua *personalidade institucional*, da qual depende a

própria efetividade do desempenho das funções constitucionalmente ordenadas.

Neste sentido, a reflexão que se deseja provocar diz respeito ao *processo de construção da personalidade do Ministério Público* que, para além de gradativo, revela-se altamente complexo e problemático em função da forçosa convivência entre princípios constitucionais aparentemente paradoxais. Ao mesmo tempo em que a *independência funcional* e a *unidade institucional* podem ser apontadas como propulsoras de uma multiplicidade de ideologias internas e, por consequência, salutares fontes de oxigenação e democratização no e do *Parquet*, por outro lado, podem também gerar significativos efeitos colaterais causadores de uma possível *crise de identidade*, ora derivada do *individualismo* de parcela de seus membros, ora da formação daquilo que poderíamos denominar de *egocentrismo institucional*.

De fato, se não constitui tarefa árdua teorizar sobre os conceitos e tangências dos princípios da independência funcional e da unidade (previstas pelo §1º do art. 127 da CF), o dia-a-dia da atuação funcional dos membros do *Parquet* muitas vezes os coloca diante de dilemas. Isso ocorre, *v.g.*, quando a providência imaginada pelas pessoais convicções político-ideológicas do promotor não encontram ressonância no plano institucional, vale dizer, divergem dos planos e metas de atuação possivelmente *inferidas* dos diversos canais representativos da Instituição (Procuradoria Geral, Conselho Superior, Câmaras de Coordenação, Grupos de Trabalho, Colégio de Procuradores etc), ou, ainda, quando a atuação do promotor público não se pauta pelas opções positivadas em princípios e normas constitucionais, mas sim por objeções meramente políticas pessoais do próprio agente.¹ A isso podemos chamar de *atuação individualista* que, à exata medida que contraria a unidade, não pode ser

considerada *institucional*.

Nessas ocasiões, é inegável que a adoção de soluções consentâneas unicamente com a ideologia pessoal do agente (e fundadas em pretensa independência funcional), constitui tentativa a que não podem sucumbir os membros do Ministério Público, sob pena de se negar aquilo que se poderia minimamente conceber como “vontade institucional”. Trata-se, aí, da prática de um individualismo que, para além de não ter nada de institucional, contraria e inviabiliza a conformação da unidade constitucionalmente determinada.

A Constituição Federal não assegura a “*independência pessoal*” do promotor público, mas sim a sua “*independência funcional*”. Não se trata de mero jogo de palavras, uma vez que se busca acentuar que a liberdade de atuação existe somente dentro de uma concepção necessariamente coletiva de Ministério Público.²

Apesar de constituir fenômeno ocasional e pontual, a *patologia do individualismo* da atuação do agente do *Parquet*, dissociada da unidade institucional, pode ser explicada (mas não justificada) por fatores como a *juventude* do modelo constitucional do Ministério Público de 1988 (francamente diferenciado do modelo anterior), a *ausência de diretrizes objetivas* capazes de viabilizar uma fácil apreensão do que possa vir a ser considerada a vontade institucional (muitas vezes, até em função da própria novidade da matéria sob análise) e a *falta ou insuficiência de instrumentos internos de supervisão* que atuem no intuito da preservação da unidade da Instituição.³ Tal ambiente, repare-se, é profícuo para a adoção de soluções individualistas que, ao comprometerem a formação da personalidade institucional do Ministério Público, não só o expõem negativamente perante as demais Instituições essenciais à prestação da justiça e

¹ Sobre tal atuação incompatível com as funções estabelecidas para o Ministério Público, pertinentes são as críticas manifestadas por Sepúlveda Pertence no prefácio à obra de João Batista de Almeida, Aspectos controvertidos da ação civil pública, São Paulo, RT, 2001.

² Por tal motivo, não se pode concordar com interpretações absolutas do princípio da independência funcional, *v.g.*, como preconiza Alexandre de Moraes, para quem “O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência”, *Direito constitucional*, 11. ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 495.

³ Não se trata de defender qualquer espécie de controle que possa tolher a independência funcional do membro do Ministério Público, quando signifique liberdade para a atuação dos objetivos institucionais. É certo que cada agente possui ampla liberdade de atuação, sem qualquer subordinação hierárquica ou política no exercício de suas funções. O que se pretende derrubar, con-

perante a sociedade civil, como ainda colocam em risco o adequado cumprimento dos objetivos traçados pelo constituinte brasileiro de 1988.⁴

Por outro lado, a presente provocação volta-se também contra uma *visão egocêntrica do Ministério Público*, igualmente responsável pelo comprometimento da atuação institucional condizente com seus misteres constitucionais.⁵

Com efeito, em que pese toda a relevância e essencialidade das funções conferidas ao *Parquet* no sentido da canalização e até mesmo da resolução das vontades e necessidades sociais, seja junto aos demais poderes constituídos, seja junto aos próprios particulares, a ninguém é dado esquecer que o Ministério Público *não possui um fim em si mesmo, não é a única Instituição responsável pela tutela dos interesses disseminados na sociedade civil, nem tem por objetivo substituí-la “ad eternum”*.

Se é fato que os interesses da sociedade civil foram fragmentados (e com isso, sonogados) muito em função da hostilidade do ambiente político vivenciado nas décadas de vigência do regime de exceção, e se também é verdade que o Ministério Público foi repensado pelo constituinte de 1988 para representar tais interesses numa fase de reconstrução da democracia no país, isso

não significa que possa ou deva o *Parquet* inferilos e atuá-los à revelia dos seus verdadeiros titulares ou mesmo dos demais co-legitimados para a atuação jurisdicional (v.g., associações civis e Defensoria Pública)⁶.

Neste passo, parece inconcebível que o membro do Ministério Público, diante de uma representação ou mesmo agindo de ofício, não adote as mínimas cautelas pertinentes à legitimação social de sua atuação judicial ou extrajudicial,⁷ por via, v.g., da instauração dos competentes procedimentos investigatórios e da realização de audiências públicas para a oitiva da comunidade afetada. Este, aliás, pode ser considerado como um típico comportamento *individualista e egocêntrico* do membro do Ministério Público, responsável pela deformação institucional da entidade.

Da necessária harmonização entre os princípios da independência funcional e da unidade institucional depende o pleno, democrático e constitucional desempenho das funções do Ministério Público, compreendido como Instituição que, apesar de plural, deve encontrar e manter uma personalidade própria, consentânea com a formação de um verdadeiro Estado Social Democrático de Direito.

tudo, é o verdadeiro *tabu* proveniente de uma visão absolutamente distorcida do princípio da independência funcional, segundo a qual os promotores estariam infensos a qualquer espécie de supervisão, na medida da necessidade da manutenção da unidade institucional. A independência institucional não significa que os agentes ministeriais possam “agir guiados pela própria consciência jurídica ante os fatos que lhes cheguem ao conhecimento” (como chegou a preconizar o Ministro Fernando Gonçalves na decisão da Sindicância nº 150 – SP, DJU de 26/03/2008). A referida “consciência jurídica pessoal” não pode ser ilimitada, pois deve estar pautada em um mínimo senso comum ou ao menos prevalente no plano institucional. Negar a possibilidade e a necessidade de tal controle implica inviabilizar a concretização do princípio da unidade, personificando-se indevidamente o promotor ao invés de se personificar e fortalecer a Instituição do Ministério Público, com óbvias e indesejadas conseqüências nos planos jurídico, político e social.

⁴ Quando a Constituição Federal elenca os princípios da independência funcional, da indivisibilidade e da unidade, o faz tendo em vista não o estabelecimento de um sistema de garantias individuais para o membro do Ministério Público isoladamente considerado. Muito antes disso, acredita-se que apenas mediante a harmonização dos referidos preceitos seja possível conceber uma existência e efetividade de atuação institucional do Ministério Público no Brasil.

⁵ Exemplo do que presentemente se denomina “egocentrismo do Ministério Público” pode ser dado pelo ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943, por meio da qual a CONAMP (Confederação Nacional do Ministério Público) impugnou o artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (com redação dada pela Lei nº 11.448/2007), que legitimou a Defensoria Pública à propositura da ação civil pública, sob o tosco e equivocado fundamento de que a possibilidade de a Defensoria Pública propor ações civis públicas, sem restrições, afetaria indevidamente as atribuições do Ministério Público. Tal ação é lamentável sob diversos aspectos, inclusive por revelar um (até então) impensável interesse de *reserva de mercado* da ação civil pública, importando, com isso, restrição da ampla acessibilidade à justiça dos interesses metaindividuais e individuais homogêneos.

⁶ Como bem anota Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, “não deixa de preocupar a larga preponderância dessa instituição [Ministério Público] quando se trata de atuação em defesa de interesses difusos [...]. Preocupa pois esse é um sintoma claro da fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada “sociedade civil [...]”, Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania, Ação civil pública (coord. Edis Milaré), São Paulo, RT, 1995, p. 64

⁷ Nada obstante a legitimação para a representação social *formalmente* estabelecida pela Constituição Federal, o membro do Ministério Público deve buscar também *legitimar substancialmente* sua atuação, sobretudo em função do modo de sua investidura no modelo constitucional brasileiro (por aprovação em concurso público, e não por eleição).

13. O Ministério Público e a tutela coletiva: o advogado que queria ser juiz

Sergio Cruz Arenhart

*Procurador da República. Ex-juiz Federal.
Professor da Universidade Federal do Paraná.
Doutor em Direito Processual Civil*

Não há, possivelmente, atividade mais relevante para o Ministério Público na atualidade do que a proteção dos interesses coletivos. Sem desmerecer outras áreas em que a instituição atua, vê-se que é na proteção dos interesses metaindividuais que a atividade do Ministério Público assume maior repercussão, seja pela dimensão social desses interesses, seja pela amplitude dos efeitos dessas causas, seja ainda porque, muitas vezes, nessa atuação se acentua o papel político a ele e ao Poder Judiciário reservado, já que não raro se interfere em políticas públicas e em atos governamentais.

Todavia, parece-me que, não obstante a relevância dessa atividade, não recebe ela a devida atenção, nem o tratamento profissional que merecia. Por mais que os membros do Ministério Público se esforcem por oferecer trabalho de qualidade, o fato é que a estrutura orgânica da instituição contribui para dificultar a proteção adequada desses interesses.

Realmente, como sugere o título desse breve artigo, no desempenho da atividade, o Ministério Público deveria agir como um escritório de advocacia. Porém, a dinâmica interna do *Parquet* faz com que ele se assemelhe mais ao Poder Judiciário. Nossa estrutura, com repartição de atribuições, impede que o promotor de Justiça, ou o procurador da república, que iniciou a investigação e a ação coletiva, possa acompanhá-la até o final do processo. Com isso, há prejuízo para a causa, não apenas porque todo o tempo de preparação da causa é desperdiçado quando o feito é entregue a outro agente do Ministério Público, mas ainda porque nem sempre se verá o mesmo engajamento ou a mesma simpatia no trato da questão, quando a causa chegar aos colegas de outra instância. Ademais, essa estrutura dilui a responsabilidade pela demanda, de modo que o agente que abusa de suas atribuições, e promove ação temerária ou com fins desviados, desaparece diante da seqüência de membros que podem atuar na causa.

É verdade que essa distribuição oferece um aspecto positivo, que é o de não pessoalizar a questão. Isso permite que se controlem demandas esdrúxulas, a fim de que não manchem a imagem da instituição. Permite ainda que o ônus de demandas que não são simpáticas – sobretudo no local do fato – possa ser repartido com outros agentes. Finalmente, permite a conjugação de idéias e de esforços (com especializações em cada grau de jurisdição) a fim de obter um resultado mais produtivo.

Porém, esses benefícios, ao que parece, não são suficientes para deixar de evidenciar as falhas em nossa atuação. Não raro, o representante do Ministério Público em graus recursais recebe uma causa altamente complexa, sem jamais ter estudado o assunto, e tem, então, prazo exíguo para apresentar sua opinião a respeito ou para oferecer recurso. Isso prejudica, evidentemente, o trato da causa coletiva, desperdiçando toda a experiência acumulada nos graus anteriores a respeito do litígio.

Se pensássemos mais como um escritório de advocacia, certamente haveria maior integração entre as instâncias e haveria a possibilidade de atuação conjunta ou permanente no feito, autorizando que o agente que iniciou a causa possa acompanhá-la até o seu final, aportando sua experiência e seu estudo a respeito dos temas ali discutidos.

Não bastasse isso, vejo com certa frustração que vários talentos do Ministério Público têm seu potencial mal empregado em razão dessa divisão. É cediço que o Ministério Público investe pesadamente no preparo e na formação de seus agentes. Por isso, temos em nossa instituição diversos especialistas altamente gabaritados em várias áreas do Direito. Apesar disso, por conta da atuação isolada dos membros, não é comum que se dividam as tarefas segundo as especialidades de cada qual. Não se vê, então, a colaboração de vários membros, dentro de suas diversas especialidades, atuando em uma

única causa, cada qual elaborando partes de peças processuais ou apresentando soluções para problemas específicos surgidos no curso do processo.

Esta cooperação permitiria, sem dúvida, um salto qualitativo gigantesco na produção de peças processuais e na atuação frente ao processo. Ademais, poderíamos criar núcleos especializados em certas disciplinas, compostos especificamente em função da especialização concreta de cada membro. Teríamos então espaços de excelência no Ministério Público, capazes de fazer frente a qualquer grande escritório de advocacia.

Também, acaso tomássemos como parâmetro a atuação dos escritórios de advocacia, aprenderíamos a repartir o trabalho, atribuindo aos vários membros desta enorme e qualificada instituição as tarefas segundo as áreas de especialização de cada membro, justificando assim o investimento feito na formação de cada um desses indivíduos.

Há incipientes movimentos no sentido da especialização e do diálogo entre os vários membros do Ministério Público. Todavia, esses momentos isolados são ainda muito pouco para aquilo que é realmente necessário para a boa atuação, especialmente diante de escritórios altamente especializados e muito bem estruturados. Precisamos nos equiparar a eles. Temos estrutura e pessoal adequado para isso. Falta-nos, porém, a compreensão do problema.

Last but not least, não se pode esquecer da postura individual dos agentes do *Parquet*.

Alguns agentes do Ministério Público permanecem comportando-se como se fossem juízes. Acreditam que sua posição de “imparcialidade” deve compeli-los a uma situação asséptica diante da causa. Mantêm postura passiva, aguardando complacentemente em seus gabinetes, à espera do andamento da causa. Dificilmente buscam conversar com os magistrados para expor suas razões, jamais se preocupam em controlar e acompanhar os processos, e, em conta disso, nunca estão previamente preparados para as vicissitudes da causa.

Em comparação com a tradição dos escritórios de advocacia, estamos na exata contramão da tendência deles. Quem, nesse caso, age de forma correta: nós ou eles?

Será que a razão está conosco, com essa visão “quase judiciária” da atuação do Ministério Público, ou com os advogados, que na proteção dos interesses de seus clientes mantêm estrita vigilância da causa, antecipam-se aos eventos do processo, dialogam freqüentemente com os juízes, exigem ser por estes ouvidos, guardam completo dossiê dos casos que estão sob sua defesa e, enfim, agem de maneira ativa e dinâmica em relação ao processo?

Tenho severas dúvidas de que consigamos bem atender à tutela coletiva se continuarmos a supor que o Ministério Público deve agir como a magistratura. Enquanto não nos enxergarmos como *advogados* da sociedade, assumindo postura correspondente, continuaremos a colecionar derrotas frustrantes para escritórios bem organizados. É hora de repensar nossa atuação! Precisamos aprender muito com os advogados!

14. O sistema de invalidade das normas jurídicas infraconstitucionais frente ao processo legislativo corrompido. Um novo paradigma?

Fernando Rodrigues Martins

*Promotor de Justiça em Uberlândia
Mestre em Direito Civil pela PUC/SP
Doutor em Direito Civil pela PUC/SP*

O tema aqui proposto, observados os parâmetros jurídicos, políticos e sociais do Estado brasileiro, não tem o cariz de ser novidade e nem mesmo apresentar soluções mirabolantes para resolução dos problemas relativos à construção normativa através das casas legislativas. O mote do trabalho que se leva a efeito é de apenas identificar como o Direito, entendido como sistema, opera ou pode operar situações jurídicas (ou normativas) que não decorreram de um processo legislativo que fosse ao menos regular. Portanto, trata-se de uma observação, papel da Teoria Geral do Direito, que avalia as situações jurídicas assim desenvolvidas sob o plano da validade.

A tanto, algumas estratégias serão desenvolvidas ao longo desse trabalho. Em primeiro lugar, é objetivo explicitar, pelo menos em termos mais abstratos, o funcionamento do processo legislativo, logicamente decorrente dos atos dos chamados representantes dos eleitores nas casas legislativas. Uma segunda estratégia traçará pontos condizentes com a teoria realeana tridimensional do Direito, explicitando fato, valor e norma na formação do sistema jurídico. A terceira estratégia advém de um estudo sobre a legitimidade procedimental e o relacionamento intersistêmico. Por fim, a análise final será o cotejo dos pontos dissertados com o plano da validade para daí chegar-se à conclusão se, de fato, há um novo paradigma quanto o exercício do direito/dever de legislar.

Num primeiro momento, é de mencionar que o processo legislativo decorre da vontade do legislador. E assim o é por conta do primado da separação de poderes, cabendo a um poder executar as leis, outro a aplicá-las e, assim, às casas legislativas a produzi-las. Fala-se em vontade do legislador, porque o primado da vontade está ligado ao iluminismo, o qual por sua vez, tinha por característica uma correspondência à razão (ao racionalismo) desenvolvido filosoficamente por Kant e Rousseau e, politicamente, por Montesquieu e Locke.

Esse fundamento filosófico, baseado na vontade humana sobre o domínio do mundo e com influência no Direito a partir dos séculos XVIII e XIX, vai proporcionar a geração de dogmas até hoje muito utilizados e que notadamente ganharam relevo nos estudos de Kelsen: *i)* a completude do sistema jurídico; *ii)* adesão inquestionável ao positivismo jurídico; *iii)* e a fixação do legislador racional, já que a lei não contém palavras desnecessárias. Nesse passo remarque-se que a fé no grau do legislador era tamanha que não havia, nas primeiras Constituições, remédios para o controle das leis, quer seja do ponto de vista material, quer do formal.

Cabe frisar que essa era apenas uma vertente do processo legislativo, ou seja, a racionalidade do legislador e o adesismo ao positivismo, porque, de outro lado, a atividade legiferante perante o Estado liberal era mitigada não no conteúdo dos representantes populares, mas na instituição em si, mesmo porque valia o brocado do 'deixa acontecer' 'deixa passar' e que cada um cuide de sua vida particular (*laissez-faire, laissez-passer que lê monde va de luimême*). Uma intervenção mínima.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado social o papel o legislador em muito foi modificado, especialmente no que respeita o caráter institucional das casas legislativas. Logicamente, ainda persistia o positivismo, mas agora sob críticas pontuais, já que os dogmas começam, pelo menos, a serem revistos. Portanto, o sistema que era compreendido como suficiente, passa a ser entendido como incompleto o que vai dar ensejo à utilização não apenas das regras dispostas em códigos, mas da utilização de princípios e cláusulas gerais para a mobilidade sistêmica.

E considerando que o Estado social traz consigo uma noção de Direito promocional, premial, o legislador torna-se um ator principal, dado que passa a investir num processo legislativo que

visa à função social, o dirigismo contratual, a compreensão de novos direitos fundamentais, dentre outras situações. Isso, mais tarde, vai dar ensejo a uma crítica pontual, no que respeita a inflação legislativa. Até nessa etapa, é prudente fixar que o Direito romano-germânico está sob o domínio das 'regras do jogo', ou seja, um conceito que vai se adequar num plano superior à segurança jurídica.

A técnica legislativa é o procedimento através do qual uma norma jurídica é criada, abstrai-se inicialmente da vontade do legislador para ser materializada posteriormente no sistema normativo. E, em virtude disso, situamos para uma melhor reflexão que a técnica legislativa é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, promulgação e publicação) praticados pelos órgãos competentes na produção das leis que compõem o ordenamento jurídico.

A par disso, a fim de que uma norma jurídica proceda a seus efeitos perante certo território, é exigido que o processo legislativo seja verificado perante dois mundos. Um mundo da existência (ente) e o mundo da validade (mundo valente).

Identificadas quais são as fases do processo legislativo, tem-se ao menos uma referência importante no plano da existência dessa técnica, que entendemos por compreendê-la como pressupostos de existência do processo legislativo. Daí é possível intuir os seguintes elementos; *i)* a constituição de um parlamento (órgão específico de processo legislativo e que pela idéia advinda do constitucionalismo preserva a separação de poderes); *ii)* a necessidade de proposição (que corresponde ao princípio judicial *sine iudex sine actore*, ou seja, o processo legislativo somente existe se for provocado); *iii)* a legitimidade específica do proponente do processo legislativo.

Apontados os elementos de existência do processo legislativo, tem-se como relevante indicar quais seriam os elementos ou pressupostos de validade do processo legislativo, os quais vão se dar tanto num caráter geral como num caráter específico. Em primeiro lugar, obtemperem-se que ao processo legislativo são exigidos elementos gerais de validade e nesse desiderato, considerando que se trata referido processo de um complexo de atos administrativos, tais pressupostos estão elencados na Lei de Ação Popular (LF 4.717/65),

a saber: *i)* incompetência; *ii)* vício de forma; *iii)* ilegalidade do objeto; *iv)* inexistência dos motivos; *v)* desvio de finalidade.

Já os pressupostos de validade específicos e podem ser abstraídos da Constituição Federal quanto ao processo legislativo se constituem nos seguintes princípios: *i)* publicidade dos atos; *ii)* oralidade; *iii)* separação do ato de votar com o ato de discutir; *iv)* unidade da legislatura; *v)* exame prévio de projeto por comissões temáticas; e *vi)* autonomia parlamentar.

Portanto, no processo de construção das normas jurídicas, a ausência dos elementos existenciais e os pressupostos de validade podem colocar em xeque sua coercibilidade, que advém de sua publicação como texto normativo. Daí, duas formas essenciais de controle do processo legislativo. Enquanto o processo legislativo está em trâmite, é possível contestar sua existência ou validade via *writ* de mandado de segurança. Terminado o processo legislativo e já que com a publicação do último ato, tem-se uma lei, sendo que o remédio para repulsa do processo legislativo pode ser tanto a ação direta de inconstitucionalidade como uma ação declaratória de nulidade.

Essa conclusão quanto à possível invalidade de norma jurídica advém de uma contemplação simples do sistema normativo e pelo manejo de uma estratégia corriqueira e estrutural de subsunção do fato ao ordenamento jurídico. Contudo, hão de ser enfrentados dois outros planos essenciais para análise do sistema de validade.

Num plano filosófico, é interessante a adotar a concepção realeana de tridimensionalidade do direito. A tridimensionalidade decorre da experiência adquirida pela humanidade ao longo de sua existência, realçando a importância do culturalismo e do historicismo axiológico. Em outras palavras, para Miguel Reale, a experiência e a cultura desenvolvidas em dada comunidade ao longo de um determinado lapso temporal importarão na apreensão de situações de relevância passíveis de serem normatizadas. Destarte, o tempo que interessa não é o tempo em seu estágio cronológico, senão a história de valores desenvolvida pelo tempo.

A filosofia do Direito tem especial atenção com a humanidade, partindo-se da acepção que o radical dessa palavra 'idade' significa um

conjunto de pessoas, por isso a humanidade é entendida como o conjunto de seres humanos (humano+idade). Assim, o papel da filosofia do Direito que observa, perscruta, analisa a humanidade com o Direito. Neste sentido, a proposta da teoria tridimensional do Direito parte para o conhecimento da matéria através do fato, valor e normas, elementos concretos para o manejo da ciência do Direito. Conjugando o fato social com a humanidade, teremos a normalidade que são as condutas vigentes (vivas) dentro de uma comunidade (condutas repetidas, condutas usais). Conjugando a norma com a humanidade, teremos a normatividade que são as normas públicas (leis, códigos, decretos, resoluções) que passam a vigor quando de sua publicação e as normas privadas estabelecidas pelos particulares (contratos). Conjugando o valor (como ideal) com a humanidade, teremos a idealidade que são as crenças da sociedade, ou seja, o espírito do povo, descritos em exposições de motivos, princípios gerais e preâmbulos. Essa constatação vai permitir outro tipo de análise que decorre da legalidade, da legitimidade e da efetividade.

Legalidade pela estrutura da palavra é a conjugação dos radicais latinos *lex + alis*, ou seja, aquilo de acordo com a lei. Disso decorre que o não adequado à lei é considerado ilegal, o que autoriza a utilização pelo operador da lei das sanções previstas ou na expulsão da norma do sistema (p.e., o caso de decreto de invalidade de norma que não seguiu corretamente o processo legislativo). Daí a importância do sistema jurídico que se sobrepõe sobre a norma ou sobre a normatividade, autorizando compreender a existência de uma a legalidade formal e outra material.

Haverá legalidade formal toda vez que os passos para a criação de uma norma foram rigorosamente seguidos. Haverá legalidade material quando os atos realizados estão de acordo com o conteúdo da lei. Essa distinção é notabilíssima, porque a se a norma foi criada dentro de um processo legislativo escorreito, ou seja, preenche de legalidade formal o sistema garantirá uma presunção de legalidade material, o que comumente ocorre com o ato administrativo, até que seja avaliado por outros meios.

Legitimidade, ao seu tempo, se desdobra também pelos radicais latinos *lex + imus*. Esse radical *imus* (mais) concede a idéia de superlativo,

portanto conjugando lei com mais se tem aquilo que é mais que a lei. Disso é correto entender que o legítimo não está no plano da normatividade, mas sim no plano das crenças, da fé social, concluindo no plano da idealidade ou no plano dos valores.

Efetividade é o resultado verificado no plano da normalidade resumindo-se no fato que concretamente ocorreu no seio social. Caso contrário, se não verificado o fato social, não se há falar em eficácia fática ou efetividade. Isso pode ser visualizado nas normas jurídicas que sistematicamente são desprezadas pelo meio comunitário e via de regra perdem a força vinculante pelo desuso.

Ora, a partir disso, pode-se referendar alguns outros resultados além daquela primeira conclusão: *i*) se o fato cometido por alguém não estiver de acordo com a lei, haverá uma ilegalidade; *ii*) se a norma não tem correspondência com os fatos ela está desprovida de efetividade; *iii*) se a norma não está de acordo com os valores, ela é uma norma ilegítima. Agora, se adaptarmos um determinado exemplo de norma jurídica que fora criada através de suborno, peita, concessão de favores, corrompendo o processo legislativo, em franca oposição ao desejado e praticado por todos os componentes da sociedade, é possível que essa norma seja: *i*) ilegal, porque não respeitou ao processo legislativo (licitude do objeto, vício de forma, autonomia do parlamento); *ii*) ineficaz, porque não corresponde aos fatos que ocorrem no seio social; *iii*) ilegítima, porque longe da crença e fé havida no âmago da sociedade.

Portanto, o sistema de invalidade continua o mesmo, nesse caso não havendo falar-se em paradigma. Parece que se paradigma existe é tão somente no que diz respeito à hipercomplexidade, ou seja, a quantidade de fatos a serem regulados na sociedade globalizada, o que acaba gerando o abandono do sistema de 'regras do jogo', para se abraçar o sistema de 'jogo com as regras', cumprindo a cada setor os respectivos esforços para criar seu próprio mundo legal em detrimento aos demais.

Segundo Luhmann, o papel do Direito é organizar e institucionalizar conflitos de interesses, ademais, o direito estabiliza expectativas, procedimentaliza escolhas e legitima decisões. Tanto que o Direito Positivo é consagrado diante três etapas diferenciadas, de forma que pela

primeira há uma complexidade (i), compreendida por inúmeras possibilidades de propostas jurídicas para a solução de conflitos ou estabilização de expectativas; uma contingência (ii), observada na identificação de duas ou mais possibilidades que melhor de amoldam à solução jurídica; uma seletividade (iii), pela qual o órgão decisor escolherá a melhor alternativa. Por isso, o Direito Positivo é um Direito por escolha, por decisão.

O sistema político opera mediante os códigos binários governo/oposição, criando normas jurídicas dentro das casas legislativas. Ao estabelecer o direito positivo, elegerá uma decisão, exercerá uma seletividade, que servirá posteriormente ao sistema jurídico. Se, no entanto, ao agir, se ao operacionalizar o direito na obra de criação da norma, o parlamento assim o fizer mediante recebimento de benefícios ou em troca de favores não relacionados ao processo legislativo, ocorrerá a chamada corrupção sistêmica que atinge o núcleo duro do sistema jurídico, porque em ofensa ao princípio da legalidade. Da mesma forma, o sistema jurídico opera mediante os códigos binários lícito/ilícito, legal/ilegal. Ao julgar determinado caso, deve se ater à sua forma de comunicação e não nas particularidades do programa governo/

oposição ou maioria/minoria. À guisa de exemplo, seria o mesmo que o Poder Judiciário expedisse liminares determinando os programas de governo a serem cumpridos pelo Executivo.

Nesta pós-modernidade, o sistema representativo é objeto de críticas por parte da comunidade, deixando de haver, em certos momentos a conjugação dos valores com as normas por ele expedidas, o que começa a exigir uma maior participação popular no discurso político. Exemplo que se adequa à discussão aqui posta e que grassa em dúvidas entre os operadores do direito diz respeito à reforma previdenciária. Nesse caso, cabe ao Judiciário a palavra, especialmente ao STF, na indicação da validade de norma jurídica expedida pelo Congresso Nacional enquanto flagrantemente, lado outro, tramita ação penal indicativa da existência de sistema de cooptação de votos de parlamentares por modo irregular.

Portanto, no mundo atual, no mundo 'jogo com as regras', ante à hipercomplexidade, as possibilidades de criação de normas infraconstitucionais predispostas a um processo legislativo corrompido obviamente aumentam, devendo o direito valer-se de seus próprios meios para operar o sistema de invalidade.

Referências Bibliográficas

- ALCOVER, Pilar Giménez, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.
- ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zélia Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- DERRIDA, Jacques, *Gramatologia*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DUARTE, Écio Otto Ramos, *Teoria do discurso e correção normativa do direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- FARIA, José Eduardo, *Legalidade e legitimidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo 1. Madrid: Cátedra, 1987.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Guadalajara.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, UnB, 1980.
- MORCHON, Gregorio Robles, *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. v. 1. Madrid: Civitas, 1998.
- NAVARRO, Evaristo Prieto, *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- PAI MORAES, Paulo Valério Dal. *Compatibilidade entre os princípios do código de defesa do consumidor e os do novo código civil*. *Revista de direito do consumidor*. v. 57, 2006.
- PAULO, Vicente. *Processo legislativo*. Niterói, Impetus, 2005.
- RADBRUCH, Gustav, *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*. Saraiva, 2003.
- SILVA, Alexandre Garrido da, *Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso*. In: *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Ana Paula de Barcellos et all. Coord. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEUBNER, Gunther, *Droit et réflexivité: l'auto-reference en droit et dans l'organisation*. Belgique: Bruylant, 1996.
- _____. *O direito como um sistema autopoietico*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

15. O parecer do Ministério Público na superior instância

Rômulo de Andrade Moreira

Procurador de Justiça na Bahia

Professor de Direito Processual Penal da Universidade de Salvador-UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS

Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais. A respeito do contraditório, Willis Santiago Guerra Filho afirma:

*“Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário (cf. Nery Jr., 1995, p. 25). Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou **Anspruch auf rechliches Gehör**, como fazem os alemães.”* (grifos no original).¹ O contraditório, por exemplo, obriga que a defesa fale sempre depois da acusação. Assim, no Processo Penal as testemunhas arroladas na peça acusatória são inquiridas em primeiro lugar, as alegações finais do réu são oferecidas também anteriormente as do acusador, e assim por diante... Segundo Étienne Vergès, a Corte Européia dos Direitos do Homem (CEDH) *“en donne une définition synthétique en considérant que ce principe implique la faculté, pour les parties à un procès penal ou civil, de prendre connaissance de toutes pièces ou observations présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision et de la discuter”* (CEDH, 20 févr. 1996, Vermeulen c/ Belgique, D. 1997, som. com. P. 208).²

Questão que se mostra polêmica é o pare-

cer do Ministério Público na segunda instância. Como se sabe, na segunda instância, o Ministério Público, por intermédio de um Procurador de Justiça, exara um parecer escrito antes do respectivo processo criminal ser encaminhado para julgamento. É um privilégio que parece ferir alguns princípios basilares e algumas regras orientadoras do processo penal, como tentaremos mostrar a seguir.

Com efeito, sempre nos pareceu que este pronunciamento do Procurador de Justiça na segunda instância, ainda que na condição de *custos legis*, soava estranho, mesmo porque fiscal da lei também é o Promotor de Justiça atuante junto à primeira instância e, no entanto, nunca se dispensou a ouvida da defesa... Para nós, este privilégio fere o contraditório (ação versus reação), a isonomia (paridade de armas), o devido processo legal (a defesa fala por último) e a ampla defesa (direito do acusado de ser informado também por último).

Relembremos que “não se pode interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (gesetzeskonformen Verfassunsinterpretation). O contrário é que se faz.”³

A propósito, Frederico Marques:

“Bem de ver é, porém, que na Justiça criminal, se apresenta algo esdrúxula essa função consultiva do procurador-geral, uma vez que o Ministério Público está constituído, precipuamente, como órgão da ação penal e da pretensão punitiva do Estado. Além disso, não se compadece muito com a estrutura contraditória do processo penal pátrio, e com as garantias de defesa plena do réu, que fale em último lugar um órgão investido de funções nitidamente persecutórias. Daí se nos afigurar errônea e infeliz a disposição contida no art. 610 do CPP, sobre a abertura de vista

¹ Introdução ao Direito Processual Constitucional, São Paulo: Síntese, 1999, p. 27.

² Procédure Pénale, Paris: LexisNexis Litec, 2005, p. 35.

³ STJ, Rel. Min. ADEMAR MACIEL, DJU 3.4.95, p.8.149.

ao procurador-geral.”⁴

Vejamos agora Tourinho Filho:

*“Mal saídos de uma fatigante atividade combativa, assumem função completamente imparcial, própria dos fiscais da lei e, muitas vezes, com várias e honrosas exceções, o custos legis é traído pelo Acusador, quebrando, assim, uma regra decorrente do devido processo legal, segundo a qual a Defesa fala por último... Ademais, o Procurador de Justiça, membro que é do Ministério Público, não pode ficar equidistante das partes. Entranhada e psicologicamente tem laços com uma delas. É difícil o corte desse cordão umbilical. E, para evitar essas traições, a nosso ver, deveria o Ministério Público, na segunda instância, limitar-se à análise dos processos sob o aspecto formal, deixando a apreciação do mérito aos Tribunais.”*⁵

Então, pergunta-se:

“no processo penal, quando o processo atinge o grau recursal qual das partes fala por último? O réu ou o Ministério Público? Os arts. 610 e 613 do Código de Processo Penal nos dão a resposta: o Ministério Público manifesta-se depois da defesa e, ordinariamente, a defesa sequer tem vista do que foi oficiado pelo MP – a não ser que requeira vista dos autos e se lhe for concedida. Alguns autores fundamentam tais incompreensíveis dispositivos legais com a função de fiscal da lei que o MP desempenharia nos recursos criminais. Ora, não se pode confundir a função de parte com a de fiscal da lei. No processo criminal por ação de iniciativa pública é o MP, uno e indivisível, quem oferece denúncia; é ele quem postula a aplicação da sanção penal; e é ele quem, mesmo em grau de recurso, tem legitimidade para sustentar oralmente o

*recurso do promotor, visando, até, à majoração da pena. Então, não se pode falar que o mesmo órgão público, o mesmo órgão do Estado, possa ser, ao mesmo tempo, fiscal da lei e parte, ao ponto de, na instância recursal, desaparecer a parte, permanecendo apenas o fiscal da lei, em uma estranha ação penal sem autor.”*⁶

Observa-se que é possível, ainda que em grau de recurso, haja a feitura de diligências ordenadas pelo relator, por força do art. 616 do Código de Processo Penal. Nesta hipótese, perguntamos quem estaria representando o Ministério Público nesta nova instrução. Evidentemente que se a diligência (uma acareação, por exemplo) fosse realizada no próprio Tribunal somente um Procurador de Justiça poderia atuar, o que vem a corroborar o fato de que, além de fiscal da lei⁷, continua ele como representante da parte acusadora. Neste aspecto, veja-se a lição de Ada, Scarance e Gomes Filho: *“o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes. Se o entender conveniente, converterá o julgamento em diligência para a produção de novas provas, destinadas à formação do convencimento de seus membros e poderá excluir as que considerar ilícitas do material probatório; se o considerar oportuno, poderá reinquirir o réu e será livre para levantar novas teses jurídicas. Apenas, deverá garantir que tudo isso seja feito em contraditório, na presença das partes, dando a estas a oportunidade de contradizer, inclusive provando. O contraditório, na melhor doutrina, não se limita às questões de fato, devendo abranger as questões de direito que o juiz levantar de ofício (Tarzia).”*⁸ Por outro lado, simplesmente suprimir o parecer ministerial não é possível, sob pena de se incorrer em nulidade

⁴ Elementos de Direito Processual Penal, Vol. IV, 1. ed. 2ª tiragem, Campinas: Bookseller, 1998, p. 213.

⁵ Código de Processo Penal comentado, v. II, São Paulo: Saraiva, 4. ed., 1998, p. 351.

⁶ Castanho de Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti, O Processo Penal em face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2. ed. 1998, p. 85. Nesta obra, em carta dirigida ao autor, Tourinho Filho reafirma a sua posição acima transcrita, nos seguintes termos: *“Todos sabemos que os Procuradores eram Promotores. Como podem eles, da noite para o dia, perder a agressividade acusatória para adquirir a serenidade da toga? Com raríssimas exceções, os Procuradores quando se manifestam nas apelações e nos recursos em sentido estrito deixam entrever, com clareza, que o cordão umbilical que os liga à parte acusadora não foi cortado... Sendo assim, como podem atuar com imparcialidade? Ademais, como a defesa deve falar por último, a rigor, os autos deveriam sair da Procuradoria e ser encaminhados à OAB...”* (p. 1).

⁷ Mesmo porque, como diz Rogério Schietti Machado Cruz, *“a emissão de parecer não modifica a natureza da atuação do órgão ministerial em determinada fase da persecução penal. Trata-se de uma simples peça processual, que exterioriza a convicção de uma das partes, em linguagem aparentemente mais imparcial em relação à alegações finais ou às próprias razões do recurso, mas que, ressalte-se, provém de membro da mesma Instituição que, até então, promovera a ação penal, deduzindo a acusação contra o réu.”* (Garantias Processuais nos Recursos Criminais, São Paulo: Atlas, 2002, p. 91).

⁸ Recursos no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3. ed. 2001, p. 52.

absoluta, tendo em vista o disposto no art. 564, III, d, do Código de Processo Penal.⁹ Ademais, como afirma Rogério Schietti Machado Cruz,

“[...] não se há de questionar a conveniência e utilidade da emissão de parecer escrito pelo Ministério Público, desde que – e aqui reside o ponto nodal da questão – se promova o contraditório sobre tão importante peça processual, promovendo a igualdade entre as partes e otimizando a ampla defesa.”¹⁰

Esta nossa posição, sem sombra de dúvidas, sofre forte contestação; de toda maneira, valemo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual *“autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado [...]”¹¹*

⁹ Sobre o assunto, conferir Dóro, Tereza Nascimento Rocha / Grecco, Leonardo. O parecer acusatório do Procurador de Justiça nos autos da apelação criminal (Da notória desigualdade de armas no duelo entre promotor de justiça e advogado). Disponível em: <<http://direitocriminal.com.br>> . Acessado em: 5 out. 2001.

¹⁰ Garantias Processuais nos Recursos Criminais. São Paulo: Atlas, 2002. p. 93.

¹¹ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 175, junho/2007, p. 11.

16. Quanto vale uma vida?

Felipe P. Braga Netto

Procurador da República, Mestre em Direito Civil pela UFPE, Professor de Direito Civil da Escola Superior Dom Helder Câmara e, atualmente, Procurador Regional Eleitoral substituto em Minas Gerais, atuação perante o Tribunal Regional Eleitoral.

Ex-mecânico, desempregado, cego e tuberculoso. Assim é que o pernambucano Marcos Mariano da Silva, 60 anos, vem vivendo. Preso injustamente por um crime que não cometeu, passou 19 anos na cadeia. Lá, contraiu tuberculose, ficou cego (tendo sido atingido por uma bomba de gás, durante uma rebelião) e foi abandonado pela esposa e filhos.

Sua história tem contornos kafkianos: preso em 1976, passou seis anos na cadeia, até o verdadeiro culpado pelo crime de que era acusado – homicídio – ter sido preso. Seu pesadelo, porém, não havia terminado: três anos depois, ao ser parado numa blitz, um policial civil o reconheceu, e, pensando se tratar de um foragido, prendeu-o. O juiz, a quem a prisão fora comunicada, sem verificar sua situação, mandou-o de volta ao presídio. Resultado: passou mais – pasmem – 13 anos atrás das grades.

Em 19 de outubro de 2006, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o caso, reconheceu se tratar do mais grave atentado à dignidade humana já acontecido na sociedade brasileira. A Ministra Denise Arruda diagnosticou: “Mostra simplesmente uma falha generalizada do Poder Executivo, do Ministério Público e do Poder Judiciário”.

O Ministro Teori Zavaschi lamentou: “Esse homem morreu e assistiu a sua morte no cárcere”. O processo de indenização vem se arrastando há cerca de onze anos e, embora o STJ tenha concedido vultosa indenização – dois milhões de reais –, o ex-mecânico, cego e tuberculoso, ainda esperará para ser indenizado, eis que a Procuradoria do Estado de Pernambuco recorreu da decisão do STJ.

O dano moral é talvez o mais fascinante tema jurídico deste início de século. Kant afirmou que dignidade é tudo aquilo que não tem preço. Doutrina e jurisprudência brasileiras, durante várias décadas, negaram amparo à indenização do dano moral, escudadas no argumento de que a dor não tem preço. Argumentava-se cinicamente: se a dor moral não tem preço, não se pode pagar nada por ela.

Pontes de Miranda, porém, já em meados do século passado, genialmente argumentou: não é justo que nada se dê apenas por não se poder dar o exato. O dano moral, sustentou – muito antes da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, V e X, consagrar a tese da indenizabilidade do dano moral – deve ser indenizado, ainda que tenhamos dificuldades em apurar os valores de indenização.

Porém, passados 20 anos da promulgação da Constituição, a jurisprudência brasileira ainda se vê diante do terrível dilema de quantificar violações que não comportam quantificações. Como definir valores para a morte de um filho? Para o atleta olímpico - como ocorreu no caso de Lars Grael - “atropelado” brutalmente por uma lancha, perdendo uma das pernas? Para a irreversível violação da honra? Quem poderá esquecer o triste caso da Escola Base, ocorrido no início de 1994? Icushiro Shimara e sua esposa foram massacrados pela mídia, acusados de pedofilia, sendo inocentes. O mais terrível, no caso dos linchamentos morais, é que eles não têm volta.

Antônio Junqueira de Azevedo, da USP, resumiu: “O grande tema, em matéria de responsabilidade civil, na década de noventa, foi o dos danos morais. Apesar, porém, do tempo decorrido, da intensa produção doutrinária e da vasta jurisprudência, não se chegou a nenhum critério que pudesse pacificar o debate sobre sua quantificação”.

Não temos, a propósito da quantificação do dano moral, regra expressa. O Código Civil português, no seu art. 496, dispôs: “Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”. No Brasil, face à ausência de parâmetros legais, os magistrados ficam perdidos, e ocorrem freqüentemente descompassos absurdos. No caso do acidente com o avião da TAM, em São Paulo, dois sujeitos, mortos no mesmo acidente, com idêntico nível sócio-econômico, tiveram – no mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo – indenizações pagas às respectivas famílias com diferença de 2.000%. Enquanto uma família conseguiu apenas 75 mil reais pela morte do ente querido, a outra, no mesmo Tribunal – embora em Turma distinta – conseguiu dois milhões de reais.

O Brasil está longe de consagrar certos exageros anglo-saxões. É conhecido o caso de Stella Liebeck. Essa senhora, americana, tendo ido tomar um café no Mac Donald’s, sofreu queimaduras de segundo grau, causadas pela queda do café quente em sua perna. Recebeu, por isso, a bagatela de dois milhões de dólares.

Esse caso – paradigmático dos excessos e abusos na fixação dos valores – encobre, porém, outra discussão. A dupla função do dano moral.

De um lado, compensar a vítima, do outro, punir o agressor.

A chamada função punitiva ou pedagógica do dano moral – inspirada nos “punitive damages” do direito anglo-saxão – busca fazer com que o agressor sinta no bolso os reflexos do seu comportamento. A indenização por dano moral teria assim um efeito pedagógico, desestimulando condutas semelhantes.

O STJ teve a oportunidade de explicitar, em várias ocasiões, sua adesão à tese da função punitiva dos danos morais. Em caso interessante, um bicheiro carioca, enciumado porque sua mulher teria trocado olhares com um estudante de engenharia de 22 anos, perseguiu-o, junto com seus seguranças, e disparou vários tiros, deixando o rapaz paraplégico. A indenização por dano moral, no caso, foi fixada em 1.500 (um mil e quinhentos) salários mínimos. Segundo o Ministro, em seu voto, a indenização “deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato” (STJ, REsp. 183.508, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 05/02/02, p. DJ 10/06/02).

O Ministro Ruy Rosado de Aguiar, votando no caso, argumentou: “Além disso, o ato foi de uma agressividade, de uma anti-sociabilidade tal que de algum modo deve ser considerado na resposta” (Voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, no REsp. 183.508, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 05/02/02, p. DJ 10/06/02).

O STF, recentemente, trilhou idêntico caminho, ao explicitar “a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar e a natureza compensatória para a vítima” (STF, Rel. Min. Celso de Mello, Agravo de Instrumento n. 455.846, j. 11/10/04). A ementa do julgado expressamente consignou: “[...] Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): a) caráter punitivo ou inibitório (‘exemplary or punitive damages’) e b) natureza compensatória ou reparatória”.

A função punitiva desempenha importante função na quantificação dos valores do dano moral. Porém, não deixa de ser triste quantificar em dinheiro valores que absolutamente não são por ele traduzíveis. Cecília Meireles certa vez desabafou: “Atualmente o supérfluo se tornou tão imprescindível que perdemos de vista o verdadeiramente essencial”.

17. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil

Luís Roberto Barroso

Professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Doutor e livre-docente pela UERJ. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.

Sumário: I. Introdução: da vinda da família real à Constituição de 1988; II. O sucesso institucional da Constituição de 1988. III. Um balanço preliminar; III.1. Alguns avanços; III.2. Algumas circunstâncias; III.3. Alguns reveses. IV. O desempenho das instituições. V. Conclusão; V.1. O que ficou por fazer; V.2. O que se deve celebrar.

I. INTRODUÇÃO: DA VINDA DA FAMÍLIA REAL À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Começamos tarde. Somente em 1808, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Um Império conservador e autoritário, avesso às idéias liberais que vicejavam na América e na Europa.

Começamos mal. Em 12.11.1823, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil¹. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurava estabelecer sua supremacia, na célebre “Fala” de 03.05.1823. Nela, manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu. A constituinte foi dissolvida em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no Decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira – a

Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado, tendo sido outorgada em 25.03.1824.

Percorremos um longo caminho. Duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semi-abandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, stigmas da formação nacional. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

II. O SUCESSO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado Democrático de Direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições

¹ Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união “com a grande família portuguesa”. A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.

presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar. Mesmo nessa conjuntura, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. A Constituição foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira.

III. UM BALANÇO PRELIMINAR

III.1. Alguns avanços

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos *direitos fundamentais*, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações, especialmente no âmbito dos direitos individuais, com a consolidação de liberdades públicas como as de expressão, reunião e associação. Quanto à organização e funcionamento da *Federação*, superou-se a fase do regime de 1967-69, de absoluta hegemonia da União. Os Estados-membros e os Municípios recuperaram competências político-administrativas e desenvolveram-se áreas significativas de competências comuns entre os entes federativos. É inegável, todavia, que as competências legislativas e a arrecadação tributária ainda se concentram desmedidamente na União. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor. A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os *Poderes da República*, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo. A nova ordem restaura e, em verdade, fortalece a autonomia e a independência do Judiciário, assim como amplia as competências do Legislativo.

III.2. Algumas circunstâncias

Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para

todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo. Esse defeito o tempo não curou: muitas das emendas, inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos.

Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, formaram-se inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, das forças de centro e de direita. Ainda assim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíam os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

III.3. Alguns reverses

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias, decorrem conseqüências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. O resultado prático

é que, no Brasil, a política ordinária se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa. Chega-se, assim, à segunda conseqüência: o número espantoso de emendas. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

IV. O DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES

No tocante ao *Poder Executivo*, o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, realizado em 21.04.1993, manteve, por significativa maioria, o sistema presidencialista. Dentre as emendas constitucionais aprovadas, merecem registro a que reduziu o mandato presidencial de cinco para quatro anos (ECR nº 5, de 09.06.1994), a que passou a admitir a reeleição (EC nº 16, de 05.06.1997) e a que criou o Ministério da Defesa, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil (EC nº 23, de 03.09.1999). As medidas provisórias, concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Executivo, tornaram-se instrumento rotineiro de o Presidente *legislar*. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da EC nº 32, de 12.09.2001. Apesar da redemocratização, não se superou integralmente o presidencialismo hegemônico, que se manifesta em domínios diversos, como no poder de contingenciar verbas orçamentárias.

Quanto ao *Poder Legislativo*, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas após a Constituição de 1988, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância na produção de leis. De fato, além das medidas provisórias já referidas, a maior parte dos projetos relevantes resultaram de iniciativa do Executivo. Nesse cenário, a ênfase da atuação do Congresso Nacional deslocou-se para a fiscalização dos atos de governo e de administração. O principal instrumento dessa linha têm sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Por outro lado, um problema estrutural da representação política no Brasil é a desproporcionalidade da composição da Câmara dos Deputados. De fato

o número máximo de setenta deputados e o mínimo de sete, determinados pelo art. 45, § 1º da Constituição, provoca a sobre-representação de alguns Estados e a sub-representação de outros. Por fim, a Emenda Constitucional nº 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva no regime jurídico da imunidade parlamentar, deixando de exigir prévia licença da casa legislativa para a instauração de processo criminal.

O *Poder Judiciário*, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional. Diversas são as causas desse fenômeno, dentre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente e a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação.

V. CONCLUSÃO

V.1. O que ficou por fazer

A comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa do falseamento da verdade. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e *deficit* dramático em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipoal de tributos que se superpõem, cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas.

Há, todavia, uma outra grave falha institucional: nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro, e dos

sucessivos governos democráticos, foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes. É necessário desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas, produzindo alterações profundas na prática política.

V.2. O que se deve celebrar

O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma idéia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.