

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**

Procurador-Geral da República
GERALDO BRINDEIRO

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
SANDRA CUREAU

Conselho Administrativo

Titulares: Ministério Público Federal: CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA – Procuradora Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** JOHNSON MEIRA SANTOS – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES – Promotora de Justiça; **Ministério Público Militar:** EDMAR JORGE DE ALMEIDA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Suplentes: Ministério Público Federal: LUIS ALBERTO D’AZEVEDO AURVALLE – Procurador Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** ANTÔNIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** RODOLFO CUNHA SALLES – Promotor de Justiça; **Ministério Público Militar:** NELSON LUIZ ARRUDA SENRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Coordenadores de Ensino

Titulares: Ministério Público Federal: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA COSTA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** ADRIANE REIS DE ARAÚJO – Procuradora Regional do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** ARINDA FERNANDES – Procuradora de Justiça; **Ministério Público Militar:** CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Suplentes: Ministério Público Federal: CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO – Procurador do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** MAURO FARIA DE LIMA – Promotor de Justiça; **Ministério Público Militar:** MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA – Procurador da Justiça Militar.

Conselho Editorial

Coordenador: ROBERTO CARLOS BATISTA – Promotor de Justiça (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) – *e-mail:* robertob@mpdft.gov.br; **Conselheiros:** ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS – Procurador da República (Ministério Público Federal) – *e-mail:* aramos@prsp.mpf.gov.br; GUSTAVO ERNANI CAVALCANTI DANTAS – Procurador Regional do Trabalho (Ministério Público do Trabalho) – *e-mail:* dantas@prt10.mpt.gov.br; PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – *e-mail:* pericles@mpm.gov.br.



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO I - NÚMERO 2 - JANEIRO/MARÇO DE 2002

BRASÍLIA/DF



BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Qd. 604, Lt. 23, SI. 230

CEP: 70200-901 - Brasília - DF

Tel.: (61) 313-5502 - Fax: (61) 313-5501

Home Page <http://www.esmpu.mpu.gov.br>

E-mail: esmpu@mpu.gov.br

© *Copyright* 2002. **Todos os direitos autorais reservados.**

Diagramação, fotolitos e impressão:

Editora Raiz da Terra Ltda.

editraiz@terra.com.br - (11) 3207-8561 / 3209-0576 / 3207-6528

Revisão: Miguel de Oliveira (MTb 11.240 – SP) e Walter Farro (MTb 9.315 – SP)

Capa: Artchip Editora – (11) 5044-7679 – 5041-8899

Tiragem: 2.500 exemplares.

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília: ESMPU, Ano I, n.º 2, jan./mar., 2002

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1
20.ed.

APRESENTAÇÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* chega ao segundo número.

Criada através da Lei nº 9.628, de 14 de abril de 1998, a ESMPU foi instalada em junho de 2000; portanto, há menos de dois anos.

Nesse período, vem realizando um trabalho constante no sentido de propiciar o aprimoramento profissional dos membros e servidores do MPU, por meio de cursos, seminários, encontros conjuntos, formação de grupos de estudo e de trabalho. Dois cursos de iniciação de novos membros já foram realizados com sucesso; o primeiro no âmbito do Ministério Público do Trabalho e o segundo na esfera do Ministério Público Federal.

Não poderia a Escola, na realização de seus objetivos, deixar de lado o incentivo ao estudo, à pesquisa e à produção científica. A divulgação de idéias e teses, através da publicação de trabalhos dos integrantes dos quatro ramos do MPU, além de ser importante instrumento de reflexão sobre temas de relevância no dia-a-dia de nossas atividades institucionais, contribui, ainda, para a criação de um direito dinâmico e ágil, adaptado às constantes mudanças e aos desafios que caracterizam este novo milênio.

Neste momento, é importante registrar um agradecimento a todos aqueles que, apesar dos inúmeros afazeres, se dispuseram a colaborar, escrevendo e enviando seus trabalhos para publicação. Sem eles o *Boletim Científico* não teria condições de existir. Cite-se, além disso, que consta deste número a primeira colaboração de estudioso estrangeiro, advogado perante a Corte Européia de Direitos Humanos, o que se espera ser a primeira de muitas, contribuindo para a troca de experiências e ao aperfeiçoamento dos membros e servidores do MPU.

Hannah Arendt, em discurso proferido ao receber o prêmio *Lessing da Cidade Livre de Hamburgo*, em 1959, após discorrer sobre a atitude dos homens num mundo tornado inumano, observou que o ato de pensar é uma forma de se mover livremente. Em todos os períodos da História, quando se viram privados do espaço público, os homens se refugiaram no pensamento. A partir disso, resumiu, numa frase de Lessing, o que de mais profundo entendia existir na relação entre humanidade e verdade. É essa frase, de extrema sabedoria, que escolhi para encerrar esta breve apresentação: *Que cada homem diga o que considera verdade, e que deixe ao cuidado de Deus a verdade em si!*

Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União



COLABORADORES

André Terrigno Barbeitas – Procurador Regional da República. Mestrando em Direito Público pela UERJ.

Carlos Frederico de Oliveira Pereira – Subprocurador-Geral da Justiça Militar. Mestre em Direito e Professor Assistente da UnB.

Daisy de Asper y Valdés – Subprocuradora-Geral da República aposentada. PhD, Coordenadora do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da AEUDF e Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UPIS.

Duciran Van Marsen Farena – Procurador da República. Doutor em Direito Econômico pela USP.

Edimar Carmo da Silva – Promotor de Justiça do MPDFT.

Fabiana Costa Oliveira – Promotora de Justiça do MPDFT.

Francisco Dias Teixeira – Procurador Regional da República.

Gerald Caiden – PhD, Professor Titular de Administração Pública da USC (Universidade do Sul da Califórnia).

Juliana Vieira Ávila Chagas – Servidora do MPDFT.

Lélio Bentes Corrêa – Subprocurador-Geral do Trabalho.

Maria Cristina Viana – Servidora do MPDFT.

Mihai Selegea – Advogado. Master of Law pela Central European University (Budapeste), chefe do Escritório da Romênia perante a Corte Européia de Direitos Humanos.

Nicolao Dino de Castro Costa Neto – Procurador da República.

Renato Sócrates Gomes Pinto – Procurador de Justiça do MPDFT. Professor do UniCEUB. Pós-graduado em Direito e Estado pela Universidade de Brasília e em Direitos Humanos e Liberdades Cívicas pela Universidade de Leicester. Especialista em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela UDF.

Ricardo de Brito A. P. Freitas – Promotor de Justiça Militar (MPM). Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco.

Valdair Custódio Alves – Servidor do MPDFT.

Vera Lúcia Abadia Gomes – Servidora do MPDFT.

Wilson Roberto Prudente – Procurador do Trabalho. Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Integrante da Delegação Oficial do Brasil na Conferência Mundial Contra o Racismo, A Discriminação Racial, A Xenofobia e Intolerância Correlata, promovida pela ONU de 31 de agosto a 7 de setembro em Durban, na África do Sul.

SUMÁRIO

I ARTIGOS

A Reedição de Medidas Provisórias: Exemplo Marcante de Decisão de Cunho Político do STF <i>André Terrigno Barbeitas</i>	9
A Persecução Penal Pública no CPP Tipo e na Reforma Processual Penal <i>Carlos Frederico de Oliveira Pereira</i>	15
Revitalizando o Estado do Bem-Estar Social: Internacionalização e Globalização <i>Daisy de Asper y Valdés e Gerald Caiden</i>	27
Notas sobre Consumo e o Conceito de Consumidor – Desenvolvimentos Recentes <i>Duciran Van Marsen Farena</i>	37
Ministério Público e a Titularidade Privativa do <i>Jus Postulandi</i> para a Ação Penal Pública e Procedimentos Incidentes <i>Edimar Carmo da Silva</i>	47
Medidas Alternativas: Estrutura Necessária para Aplicação, Fiscalização e Avaliação <i>Fabiana Costa Oliveira, Juliana Vieira Ávila Chagas, Maria Cristina Viana, Vera Lúcia Abadia Gomes e Valdair Custódio Alves</i>	53
Princípios Constitucionais do Ministério Público <i>Francisco Dias Teixeira</i>	69
Discriminação no Trabalho e Ação Afirmativa no Brasil <i>Lélio Bentes Corrêa</i>	83
O Princípio Constitucional da Justa Indenização na Desapropriação para Fins de Reforma Agrária <i>Nicolao Dino de Castro Costa Neto</i>	91
A Escola de Justiça e Cidadania – Reflexões para um Projeto Pedagógico <i>Renato Sócrates Gomes Pinto</i>	109
O Assistente do Ministério Público e as Alegações Finais no Processo Penal Militar <i>Ricardo de Brito A. P. Freitas</i>	115
O Papel do Ministério Público do Trabalho após a Conferência Mundial contra o Racismo em Durban – África do Sul <i>Wilson Roberto Prudente</i>	123
II DOUTRINA INTERNACIONAL	
Access to justice under article 6 of the European Convention on Human Rights <i>Mihai Selegea</i>	127
III LANÇAMENTO DE LIVROS DE INTEGRANTES DO MPU	135

A REEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS: EXEMPLO MARCANTE DE DECISÃO DE CUNHO POLÍTICO DO STF

*André Terrigno Barbeitas**

A medida provisória, sucedânea do decreto-lei do regime autoritário, foi o instrumento idealizado pelos constituintes de 1988 para possibilitar ao chefe do Executivo a adoção de atos normativos dotados do atributo de urgência em tal grau que não poderiam, sob pena de perda de eficácia, seguirem o trâmite do processo legislativo, normalmente demorado e sujeito a percalços regimentais. Constitui, assim, nas palavras do Min. Moreira Alves, “(...) instrumento com força de lei que as contingências do mundo moderno têm exigido para os casos de relevância e de urgência, em que a ação do Estado não pode sofrer delongas ou necessita de sigilo até o instante em que se desencadeia” (*in* RTJ 132/601).

Contudo, no delineamento do novo instrumento, foi nítido o intuito do constituinte de 1988 de tentar obviar os males do antigo decreto-lei, notadamente quanto ao papel a ser desempenhado pelo Congresso Nacional quando da conversão da medida provisória em lei. Recordemos que o antigo decreto-lei tinha vigência de noventa dias, não era passível de emenda pelo Legislativo e, graças ao execrável instituto do decurso de prazo, o silêncio do Legislativo implicava sua aprovação tácita. E mais, ainda que fosse rejeitado pelo Congresso Nacional, os atos praticados durante a sua vigência não perderiam a eficácia. Foi assim, confiante na natural passividade de parlamentares acuados pela possibilidade de cassação do mandato político operada pelo famigerado Ato Institucional nº 05, que os generais-presidentes puderam legislar e perpetuar o regime de índole marcadamente autoritária sob uma roupagem falsamente democrática, onde as eleições periódicas tinham por único significado adornar o discurso enganador para consumo dos incautos.

É certo que os novos ventos democráticos não iriam chancelar um mecanismo que amesquinhasse o papel do Parlamento. Na tentativa de compatibilizar a necessidade de o Executivo dispor de um instrumento normativo célere com o indispensável controle direto do Legislativo previu o constituinte que as medidas provisórias teriam o prazo de vigência de trinta dias e perderiam a eficácia, desde a edição, se não fossem convertidas em lei naquele prazo. Até como reação ao nefasto decurso de prazo não distinguiu o constituinte se a não conversão adviria da manifestação expressa do Legislativo ou do seu silêncio: previu, tão-só, a consequência, ou seja, a não conversão da medida provisória no trintídio subsequente à sua publicação.

* André Terrigno Barbeitas é Procurador Regional da República. Mestrando em Direito Público pela UERJ.

Promulgada a Constituição após longa deliberação de uma Constituinte que tinha de conciliar o trabalho de elaboração da nova Carta com as atividades legislativas normais do Congresso Nacional, o chefe do Executivo, habituado até então a expedir decretos-leis nos moldes dos gerais-presidentes, desandou a editar medidas provisórias e, decorridos os trinta dias sem deliberação do Congresso Nacional, passou a reeditá-las sem tergiversação. E, com isto, foi criando o hábito, novo em sua roupagem mas velho na sua índole.

Não foram poucas as vozes que se levantaram contra a prática. CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, em artigo publicado em 1990, extravasava a sua insuperável pena nos seguintes termos:

“(...) é evidente – e da mais solar evidência – que medidas provisórias não podem ser reiteradas ante os mesmos fatos e situações. A razão é óbvia. Salta aos olhos e é perceptível por qualquer pessoa que tenha noções rudimentares de direito. A saber: posto que a Constituição as denominou ‘provisórias’ e as colocou, tão logo publicadas, ao inteiro líbito do Congresso; posto que estabeleceu ainda um prazo máximo de 30 dias para que suas disposições adquiram caráter permanente, ‘se convertidas em lei’, ou para que percam a eficácia desde o início se lhes faltar este aval parlamentar, resulta cristalinamente claro que a falta dele implica repúdio à medida expedida. Reeditá-la corresponderia, então, a uma afronta ao Poder Legislativo e a um manifesto extravasamento da competência do Presidente.”

(in RDP 95/30)

E mesmo aqueles que defendiam a prática de reedição de medidas provisórias não deixavam de apontar a sua antinomia com o Texto Constitucional, deixando transparecer o nítido caráter político do seu entendimento:

“De qualquer modo, a convalidação de efeito de medida provisória não convertida, por outra medida provisória, tem nítido o aspecto de fraude à regra do desfazimento retroativo da eficácia da medida, quando não convertida em lei no prazo constitucional. Este aspecto, entretanto, é secundário na sua gravidade quando comparado com a insegurança jurídica que de outra forma se geraria”

(MANOEL GONÇALVES FERREIRA Fº,
in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2, p. 103)

Prevalecesse o estrito raciocínio lógico-formal e seria natural o repúdio à reedição de medidas provisórias não-convertidas em lei, seja porque a Constituição não fez qualquer distinção entre as causas da não-conversão seja porque a interpretação histórica assim aconselhava. Outra não foi a percepção de IVES GANDRA MARTINS:

“Se a crítica maior ao decreto-lei decorria do fato de que tornava o Parlamento um poder inútil da República e, por esta razão, teria que ser extirpado da Constituição, à nitidez, teria sido contra-senso aprovar veículo que viesse a tornar o Presidente da República mais poderoso do que à época do regime militar. Por esta razão, parece-me que, na interpretação dos limites e das forças da medida provisória, deveria haver a percepção da intenção do constituinte em eliminar o decreto-lei ...”

(in *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º volume, Tomo I, p. 428/9)

Inobstante, o STF adiou a decisão sobre a *quaestio* o quanto pôde. No julgamento da ADIN nº 293-DF, em meados de 1990, poderia tê-la liquidado. Contudo, cingiu-se a firmar o entendimento de que medida provisória rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional não poderia ser reeditada, o que dá bem mostras do verdadeiro abuso praticado pelo chefe do Executivo diante de um Congresso Nacional inerte. E o referencial político assumia, então, toda a sua evidência neste trecho do voto condutor da lavra do Min. Celso de Mello:

“A questão suscitada neste processo de controle concentrado de constitucionalidade reveste-se da maior importância, ao mesmo tempo em que assume contornos de gravidade, pois a omissão existente na Carta Federal – que nem proíbe nem autoriza a reedição de medidas provisórias – atua, em face do seu elevado potencial de conflituosidade, como elemento desestabilizador e de confronto político-institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo, a justificar, por isso mesmo, o desempenho, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua função arbitradora dos conflitos entre os órgãos da soberania nacional e de seu papel de guardião eminente da ordem constitucional”

(in RTJ 146/716)

Pouco depois, em 22.06.1990, no julgamento da ADIN 295-3 o então Min. Paulo Brossard tentou, infrutiferamente, convencer os seus pares a firmar o entendimento consentâneo com a técnica lógica-formal:

“(…) quer dizer, seja porque motivo for, ou rejeição formal, ou desaprovação tácita, o resultado é o mesmo, a caducidade da medida. O fato da caducidade decorre do fato da não conversão da medida em lei. O efeito constitucional, a perda da eficácia, decorre de um fato puro e simples, a não conversão em lei da medida no prazo de 30 dias. A Constituição não indaga e não distingue se a não conversão foi por rejeição expressa ou pôr não apreciação tempestiva (...). Resulta daí que a medida provisória não convertida em lei, seja por desaprovação formal, seja por não apreciação no prazo de 30 dias, não pode ser reeditada”

Para postergar ao máximo a sua manifestação a Corte utilizava-se de um mecanismo assaz curioso: como as medidas provisórias, a cada reedição, estampavam um novo número sucedia que ao tempo do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade a medida provisória dela objeto já tinha sido substituída por uma outra ainda que, substancialmente, não tivesse havido qualquer inovação. Contudo, era o que bastava para que o Tribunal extinguisse a ADIN por perda de objeto. Assim procedeu a Corte nos julgamentos das ADIN's 44, 292 e 709, dentre várias outras.

Estávamos, então, no início do Governo Collor de Mello, anunciador de novos tempos sem o flagelo da inflação galopante que tinha caracterizado toda a década de 1980, a chamada 'década perdida'. O STF não foi imune à realidade sociopolítica circundante. No julgamento da ADIN 223-DF que tinha por objeto sucessivas medidas provisórias que vedavam a concessão de medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares os Ministros, por expressiva maioria, indeferiram o pedido de liminar. O Ministro Sepúlveda Pertence consignava, naquela oportunidade, que:

“Preciso, também, levar em consideração o requisito do periculum in mora.

E aqui fico entre dois perigos.

O perigo de eventual lesão a direitos individuais e o perigo de perecimento da própria Nação, diante da devastação econômica e da decadência social que a vinham afligindo.

Pode um juiz da Suprema Corte preocupar-se com aspectos políticos levados em consideração na elaboração das leis, incluídas as medidas provisórias?

Penso que pode e deve.

A preocupação política do juiz, quando alimentada e exteriorizada com idealismo, sem partidarismos, sem facciosismos, só pode valorizar a sua meditação de conteúdo meramente técnico-jurídico” .

(in RTJ 132/595).

E, na mesma linha, o pensamento do então Min. Célio Borja:

“É que essas medidas estão sendo editadas e apreciadas pelos poderes politicamente ativos da Nação – juízes exclusivos de sua oportunidade e conveniência – para debelar crise financeira gravíssima que está na raiz do clamor público por providências eficazes e mudanças nos rumos da gestão pública.”

(in RTJ 132/597)

Evidenciava-se que a notória tergiversação do STF já sinalizava pela ratificação da prática visto que, àquela altura, já se solidificava o argumento do fato consumado. Após vários anos de reedições sucessivas de medidas provisórias versando sobre matérias as mais diversas ficava sobremodo difícil pôr cobro a tal situação, sobretudo porque inúmeras relações jurídicas já se haviam formado sob o pálio das medidas provisórias. Emergia, assim, uma realidade que se impunha por si mesma, cabendo ao STF apenas o papel de justificar a situação posta.

Coube, então, ao Min. Moreira Alves, quando do julgamento da ADIN 221-DF, esboçar o entendimento que viria, futuramente, a ser consagrado, no sentido de transferir para o Congresso Nacional, amplamente, o controle político-jurídico quanto à reedição das medidas provisórias. Confira-se:

“Desde que a instauração do procedimento de conversão legislativa das medidas provisórias, na instância parlamentar, traduz ato ritual obrigatório, indeclinável e constitucionalmente vinculado, torna-se evidente que o controle jurídico-político desses atos presidenciais insere-se na esfera das atribuições indisponíveis do Congresso Nacional.”

(in RTJ 151/348)

Somente nos idos de 1995, decorridos mais de 6 anos da promulgação da Constituição, é que o STF conferiu roupagem supostamente jurídica à *quaestio*. Ao relatar a ADIN 1204-5 assentou o Min. Néri da Silveira que:

“ O Presidente da República pode expedir medida provisória revogando outra medida provisória, ainda em exame no Congresso Nacional. A medida provisória fica, entretanto, com sua eficácia suspensa, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória ab-rogante. Se for acolhida pelo Congresso Nacional a medida provisória ab-rogante, e transformada em lei, a revogação da medida anterior torna-se definitiva; se for rejeitada, reto-

mam seu curso os efeitos da medida provisória ab-rogada, que há de ser apreciada pelo Congresso Nacional, no prazo restante à sua vigência.”

E no julgamento da ADIN 1322-0/DF, ocorrido em 10.08.1995, o Min. Ilmar Galvão arrematou:

“12. Não estou longe de compartilhar de muitas das críticas que a petição inicial dirige ao instituto das medidas provisórias.

13. Mas é preciso convir em que o êxito da prática de reedições sucessivas – que se tacha de abusiva – depende essencialmente da cooperação, ainda que passiva, da maioria parlamentar, dado que, desde o início, assentou o Supremo Tribunal que a rejeição explícita da medida provisória inibe o Presidente da República de editar outra de conteúdo idêntico ou assimilável (ADIN 293, m.c., 6.6.90, C. Mello, RTJ 146/707, Lex 178/54).

14. 23. De tudo resulta, pois – vale reprimir –, que só a falta de deliberação parlamentar – decorra ou não de inação tácita da maioria –, é que viabiliza a prática das revogações e reedições sucessivas de medidas provisórias: o que, convenha-se, corta pela raiz a impugnação à sua constitucionalidade que se pretenda fundar no princípio da independência dos poderes.”

Deste longo processo de justificação da possibilidade de reedição das medidas provisórias assoma o caráter político do julgamento do STF. Na apreciação de uma questão de contornos político-institucionais extremamente delicados optou o STF – seja pelo adiamento da solução seja, ao final, pelo teor do julgamento – pelo compromisso com uma suposta governabilidade, evitando-se uma solução que levasse a uma confrontação permanente dos Poderes Executivo e Legislativo, ainda que, para tal, fosse sacrificada a estabilidade do ordenamento jurídico. E, sob esta ótica, o seu proceder encontra justificativa doutrinária das mais abalizadas:

“O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tampouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: fiat justitia, pereat res publica. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável (...). Certamente que as conseqüências (mais remotas) tampouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de ‘bem comum’, especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É,

neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de um juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível – e este é, seguramente, em larga escala o caso – da sua orientação política subjetiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, ‘racional’.”

(KARL LARENZ, *in* Metodologia da Ciência do Direito, 3ª edição, p. 517)

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1995.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 221-DF, Rel. Min. Moreira Alves, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 151, fev. 1995, p. 348, Brasília.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 223-DF, Rel. Min. Sepulveda Pertence, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 132, p. 571/607, Brasília, maio 1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 293-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, vol. 146, p. 716, dez. 1993.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIMC 295-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>, acesso em 15.05.2001.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIMC 1204-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 157, p. 851, Brasília, set. 1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1322-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 146, p. 707, Brasília, dez. 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1992.

LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, 3ª ed, Lisboa (Portugal), Fundação Calouste Gulbenkan, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Perfil Constitucional das Medidas Provisórias, Revista de Direito Público, vol. 95, p. 30, Brasília, jul./set 1990.

A PERSECUÇÃO PENAL PÚBLICA NO CPP TIPO E NA REFORMA PROCESSUAL PENAL

*Carlos Frederico de Oliveira Pereira**

Sumário: 1. Características do Código de Processo Penal tipo com relação à persecução penal via ação penal pública

A persecução penal, via ação penal pública, no Código de Processo Penal tipo, divide-se em três fases: a preparatória, a intermediária e a de julgamento. Na primeira, que se desenvolve perante o juiz da instrução¹, são colhidas as provas que irão formar o convencimento do Ministério Público para a propositura da ação penal, momento em que pode ocorrer o procedimento do arquivamento da notícia crime e da investigação já formalizada. Na fase intermediária, perante juiz diverso do de instrução, analisa-se a proposta acusatória ou eventual pedido de arquivamento provisório ou de absolvição antecipada. Por último, com base nas provas colhidas, passa-se a fase de julgamento.

O projeto do CPP tipo amplia as funções e responsabilidades do MP. O MP dirige a investigação, tendo sob sua responsabilidade a Polícia Judiciária. As chances de seleção negativa em razão das cifras negras (delitos que restam fora da persecução penal) são menores, na medida em que a instituição ministerial deve ser informada pela polícia de toda notícia crime que venha a conhecer. É estreita a relação entre polícia e MP.

Devido a essa proximidade entre a Polícia Judiciária e o MP diminui a possibilidade de torturas e outras graves violações de direitos humanos e também das cifras negras. Por outro lado, se o órgão ministerial acompanha e dirige a investigação dificilmente o que se passa no interior das delegacias escapará do seu conhecimento.

O procedimento do arquivamento, contudo, é por demais complicado. Pode ocorrer tanto na fase preparatória, como na fase intermediária. Na primeira fase diz respeito a arquivamento de notícia crime ou de investigação formalizada, em que não se logrou identificar o autor da infração ou se for revel. Aqui notam-se disposições completamente incompatíveis com o direito brasileiro, pois em ambos os casos o juiz de instrução pode determinar o prosseguimento da investigação, revogando a decisão do MP. Na fase intermediária coisa pior pode acontecer, ou seja, formulado o pedido de arquivamento ou de absolvição antecipada, se o juiz entender o contrário, ou seja, que existem elementos suficientes para a propositura da ação penal, determina que assim proceda o MP:

* Carlos Frederico de Oliveira Pereira é Subprocurador-Geral da Justiça Militar. Mestre em Direito e Professor Assistente da Universidade de Brasília.

¹ No CPP tipo o juiz da instrução apenas fiscaliza a atuação do MP na formação de sua convicção, não a conduz nem preside a investigação como acontece no juzgado de instrução.

Art. 274. Decisão de abertura. A decisão que admite a acusação e abre o julgamento deverá conter:

1) a ordem de apresentar acusação, quando rejeitado o pedido de absolvição antecipada ou arquivamento feitos pelo MP, caso em que, se individualizará o imputado e determinar-se-á a infração penal conforme previsto pelo art. 263.

Apesar de todas essas incompatibilidades, o fato é que o projeto do CPP tipo representa um duro golpe contra as cifras negras. O objetivo principal de um projeto de reforma processual penal, pensamos, é assegurar ao máximo os direitos e garantias individuais, além de não servir de fomento à impunidade.

O projeto de reforma do CPP brasileiro em muita coisa se inspirou no CPP tipo, mas dele se distanciou em diversos aspectos, alguns deles com razão, dada a incompatibilidade total com o sistema brasileiro, porém, deixou passar a oportunidade de conferir ao MP a direção da investigação criminal, só o fazendo, indiretamente, quando se trata de crime financeiro ou contra a ordem econômica ou tributária, art. 26, e também os cometidos pelos agentes da polícia, art. 4º § 7º, pois, nesses casos, os elementos de informação devem ser remetidos diretamente ao MP³. De uma forma geral, infelizmente, foi mantida a distância entre as duas instituições. Por outro lado, o MP sequer participa da audiência das pessoas chamadas a depor perante a polícia judiciária. Ao menos essa última determinação deveria constar do projeto para as pessoas detidas, pois dessa maneira seria reduzida a possibilidade de tortura e outras graves violações que a polícia tem sido objeto de acusação.

Os dispositivos que tratam da relação entre o MP e a polícia judiciária no CPP tipo demonstram a opção doutrinária pela condução das investigações a cargo do MP. O projeto enviado ao Congresso, ao contrário, mantém a atual sistemática, excetuados os crimes financeiros e os cometidos pelas autoridades policiais. Além de ignorar por completo o controle externo da polícia, nada se referiu às investigações que vem sendo desenvolvidas no âmbito do MP. Se é certo que o processo deve resguardar o cidadão das violações aos direitos individuais, não menos correto que também é interesse da sociedade ver o crime reprimido, para tanto, deve-se melhor instrumentalizar a ação do MP.

Voltando às cifras negras, o projeto de reforma do CPP representa um avanço no sentido de sua diminuição. É possível ao MP se inteirar de todas as notícias crime que chegam à polícia, embora não haja uma determinação de ser informado (excetuado no projeto os casos de crimes cometidos pela polícia judiciária e crimes contra a ordem econômica). Existe um claro comando no § 6º do art. 4º do projeto, no sentido de que as ocorrências policiais fiquem à disposição do MP, o que não significa obrigar a polícia a comunicar ao órgão ministerial ditas ocorrências, tal como disciplinou o projeto no § 7º quando se trata de infração cometida por policiais. Entretanto, o MP pode se organizar internamente e aos poucos tomar conhecimento das notícias crime.

Quanto à disciplina da ação penal pública, o projeto enviado ao Congresso se aproxima do CPP tipo quando se refere ao princípio da obrigatoriedade e a titularidade exclusiva do MP para propor a denúncia, refletindo os avanços observados no pertinente pela Constituição Federal de 1.988. Observe-se, contudo, que a nova redação do art. 28, que trata do arquivamento dos autos de investigação ou peças de informação, acarreta uma modificação ao princípio da obrigatoriedade. Interpretando-se sistematicamente o atual art. 24, que será mantido, com o art. 396 projetado, o MP deve oferecer a denúncia quando presentes os pressupostos processuais; as condições da ação; a justa causa, cujo conteúdo não é esclarecido no art. 396, mas que pode ser entendida como fundamento probatório mínimo. Não obstante todos esses requisitos, de acordo com o art. 28, a ausência de “base razoável” autoriza o arquivamento da investigação, ou seja, se prevalecer essa interpretação, indiretamente, o projeto inclina-se pela

adoção do princípio da oportunidade. Caso se deseje manter o princípio da obrigatoriedade e parece que é essa a idéia, diante da não alteração do art. 24, é preferível a atual redação do art. 28 ou então substituir a expressão “base razoável” por “justa causa”, dentro do ensinamento de Afrânio Silva Jardim, que dá tratamento de condição da ação penal, definindo-a como indícios mínimos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.²

Outro distanciamento do CPP tipo diz respeito a não previsão de pedido de absolvição antecipada pelo MP. De acordo com a fórmula do projeto a absolvição antecipada exige proposta acusatória, pelo menos é isso que dá a entender a redação apresentada. Dessa forma, se o MP entender que um policial praticou um crime de lesão corporal grave contra um criminoso que perseguia, agindo em franca legítima defesa, a despeito de não ter “base razoável” para oferecer denúncia, deverá fazê-lo para que se logre uma decisão justa de absolvição antecipada, que estará amparada pela “res judicata”, ao contrário do arquivamento que pode ser revisto.

Ainda quanto à proposta acusatória, deveria o projeto fazer previsão de imputação alternativa, como fez o CPP tipo.

Na fase intermediária, quando o juiz admite ou não a acusação, esqueceu-se de fazer previsão para o não recebimento da denúncia, hipótese em que se permite a sua reformulação, ou mesmo a sua emenda. Como o projeto não altera o art. 41 e o 569 do CPP, certamente a inépcia da inicial, hipótese de rejeição a teor do art. 396 II do projeto, deve ser entendida como não recebimento. Entretanto, a falta de pressuposto processual é tratada como rejeição, que implica, doutrinariamente, em impossibilidade de renovação da ação penal, até porque o projeto revoga o art. 43 do CPP totalmente. Insta que seja alterado para que se acrescente a redação do atual parágrafo único do art. 43 do CPP. Mereceria também maior detalhamento o que se deve entender por rejeição parcial de denúncia ou queixa, decisão recorrida de agravo, segundo o art. 398 parágrafo único do projeto.

O projeto do CPP tipo se distancia muito do modelo brasileiro, quando admite a instauração do processo por aceitação da acusação sob condições e ordem ao MP para formular a acusação, se rejeitados os pedidos de absolvição antecipada ou arquivamento provisório. Hoje em dia, o recebimento da denúncia “com reservas” com relação ao fato articulado ou sua qualificação jurídica significa rejeição, por outro lado, a obrigatoriedade de o MP formular acusação é impossível de ser pensado diante da autonomia dos poderes, consagrada constitucionalmente.

Outro distanciamento do sistema brasileiro é a admissão de desarquivamento por requisição de algum interveniente. Sendo o MP titular exclusivo da ação penal pública não se poderia admitir que algum interveniente pudesse agir como seu substituto.

No tema correlação acusação-sentença o sistema adotado pelo CPP tipo aproxima-se muito do nosso CPPM, ou seja, a **emendatio libelli** não é livre e a **mutatio libelli** é tratada como fato novo e, portanto, a sua alegação impõe a renovação da instrução. Se a descrição não for mantida sobre isso deve ser ouvido o acusado. A diferença é que no CPPM, art. 437 “a”, a limitação ocorre apenas se a alteração da qualificação jurídica implicar em pena maior, hipótese em que sobre isso deve ter o MP se pronunciado até as alegações finais.

No projeto a emenda ao libelo também pressupõe que a defesa tenha sobre isso se pronunciado. Pensamos que o pronunciamento deveria ocorrer, quando muito, se importasse em pena mais grave, na esteira do art. 437 letra “a” do CPPM, permanecendo-se fiel ao princípio de que o réu se defende do fato e não da imputação. Segundo o projeto, o Juiz pode corrigir a imputação no ato de recebimento da denúncia, o que, atualmente, significa rejeitá-la.

Quanto a **mutatio libelli** o sistema proposto corrige a imprecisão técnica “circuns-

² Cfr. Ação penal pública- princípio da obrigatoriedade, forense, 3ª ed., 1.998, p.42.

tância elementar”. Não mais é possível a **mutatio libelli** em ação penal privada, além de determinar novo interrogatório como se fosse fato novo.

O projeto em discussão dificulta por demais a persecução penal pública, pensamos. Trata como rejeição hipóteses de não recebimento e quando disciplina a correlação entre a acusação e sentença simplesmente pode inviabilizar a persecução penal caso a imputação esteja errada, ainda que a descrição fática tenha possibilitado amplamente a defesa. Venceu o formalismo, quando o que realmente importa nesse tema é que a defesa não tenha sido prejudicada.

O projeto representa um avanço no combate às cifras negras. Melhor seria que a polícia ficasse obrigada a dar ciência ao MP de todas as notícias crimes e não apenas colocar a sua disposição tais informações, além de que, se existe a justa preocupação de diminuir as violações cometidas pela polícia judiciária em sua apuração, conviria que o MP estivesse presente em toda oitiva de pessoa presa, pelo menos, levando-se em consideração o que prevê o artigo 41 do CPP tipo.

Pensamos que deveria o projeto disciplinar as investigações realizadas pelo MP, que têm sido importantíssimas na apuração de diversos crimes, notadamente os delitos praticados pelos agentes políticos do governo, que podem ter influências sobre a apuração policial, visto que a polícia judiciária, apesar de ser um ente quase autárquico, do ponto de vista do controle estatal, está vinculada ao poder executivo e não goza da independência funcional do MP.

Acaso se tivesse seguido fielmente o CPP tipo a condução da investigação deveria ser confiada ao Ministério Público, mas sem anular a relevante função da polícia judiciária, solução mais conveniente do ponto de vista das garantias individuais. O modelo do juizado de instrução está superado justamente porque não é compatível com a idéia de separação das funções de acusar e julgar. Como disse Ada Pellegrini: “Não se harmoniza com esta idéia a entrega das duas funções- a de requerer e a de decidir – durante o procedimento preparatório, a um inquisidor, a um único órgão estatal encarregado de cumprir as duas tarefas, v. g., o juiz de instrução. Sua existência somente pode ser explicada como produto das contradições e compromissos que todo movimento histórico gera, isto é, dos avanços de um processo cultural ainda não terminado”. É difícil acreditar, acrescenta a ilustre autora, que alguém é bom guardião dos seus próprios atos, ou seja, quem está comprometido com a eficiência de uma investigação não pode ser também o controlador de si próprio.³

Há os que defendem o juizado de instrução, baseados principalmente na idéia da superação do modelo do inquérito policial, como instrumento de investigação preliminar, lento e inadequado para o atual estágio de criminalidade.⁴ O Juizado evitaria a repetição de algumas provas e os entraves burocráticos do inquérito.

A responsabilidade de investigação a cargo do MP, como consta do projeto do CPP tipo, chega ao mesmo resultado, além disso a previsão de controle externo da atividade policial pelo MP não seria um óbice constitucional a ser superado caso se deseje implantar os juzados de instrução?

O projeto enviado ao Congresso Nacional pretende dar maior celeridade à investigação preliminar realizada pela polícia judiciária, com supressão de entraves burocráticos, por exemplo,

³ Revista de processo, ano 16, p. 119/120, jan./mar. de 1991.

⁴ LAZARINI Álvaro, O papel da investigação e do sistema judiciário na prevenção do crime, Revista de Informação Legislativa, ano 31, nº 121, p. 171/184, jan./mar. 1994. GOMES, Heraldo, Considerações sobre juizado de instrução e inquérito policial, Revista de Direito da Defensoria Pública, ano 06, nº 08, p. 71/3, 1995.

os relacionados a tomada de depoimentos e outras diligências. O projeto enfatiza o modelo acusatório e poderia ter avançado mais se a relação polícia e MP fosse mais estreitada.⁵

A seguir apresentamos um quadro comparativo, em que aparece a disciplina da persecução penal pública no CPP tipo e no projeto, dividindo-se em dois momentos: procedimento preparatório e intermediário.

1 – CARACTERÍSTICAS DO CÓDIGO PROCESSO PENAL-TIPO COM RELAÇÃO À PERSECUÇÃO PENAL VIA AÇÃO PENAL PÚBLICA.

O CPP TIPO E A PERSECUÇÃO PENAL

A – Sistema acusatório – abolição do juizado de instrução.

B – Procedimento Preparatório – A cargo do MP. A polícia não pode interrogar autonomamente o imputado.

Capítulo 4:

Procedimento preparatório.

Art. 250. Objeto da investigação. Na procura da verdade, o MP deverá praticar todas as diligências pertinentes e úteis para determinar a existência do fato (...)

Art. 48- Faculdades policiais. A polícia não poderá interrogar autonomamente o imputado. Somente poderá dirigir-lhe perguntas para constatar sua identidade, com todas as advertências e condições que estabelecem os arts 41 e 45. No caso do imputado manifestar desejo de prestar declaração, deverá providenciar sua declaração imediata ante o MP ou um Juiz e facilitar-lhe a possibilidade de tomar notas para não prejudicar sua memória atual, notas essas que somente o imputado poderá utilizar livremente durante o seu interrogatório.

b.1. O MP dirige a investigação.

Art. 68- Ao MP está confiado o exercício da persecução penal dos crimes de ação pública, (...)

Terá a seu cargo, especificamente, o procedimento preparatório e a direção da polícia em sua função judicial.

b.2. A polícia age dirigida pelo MP, embora possa, por iniciativa própria, investigar.

Art. 73- Os funcionários policiais serão auxiliares do MP para efetivar o procedimento preparatório.

⁵ Como esclarece Ada Pellegrini: Foi a Constituição que assinalou para o processo penal a marca indefectível do modelo acusatório. E, como se observa o relator brasileiro, embora não se possa dizer que o texto do Código Modelo, contemporâneo à Constituição, tenha influído sobre essa, é inegável que seu ideário permeou a Lei Maior, até pela identidade de alguns juristas que colaboraram na produção de ambos. Fica isso clara, segundo a festejada autora, pela atribuição privativa de promover a ação penal pública e controle externo da polícia pelo MP, dentre outras medidas. O código-modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois, Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 30, p. 46.

Art. 74- O MP supervisionará o correto cumprimento da função judicial da polícia; poderá expedir a ela instruções gerais, cuidando de respeitar sua organização administrativa.

b.3. A polícia informa ao MP sobre toda notícia-crime que chegar ao seu conhecimento.

Art. 75 Constituem deveres do pessoal policial

8) realizar atos de prevenção a respeito de todos os fatos puníveis que chegarem a seu conhecimento, informar ao MP sobre eles e efetuar a investigar preliminar conforme os arts. 73 e 246.

Art. 246. Prevenção policial. Os funcionários da polícia, que tenham notícia em decorrência do ofício de uma infração penal passível de persecução, informarão imediatamente ao MP, em forma minuciosa, e realizarão uma investigação preliminar para reunir ou assegurar com urgência os elementos de convicção e evitar a fuga ou ocultação dos suspeitos.

Para esse fim terão todas as faculdades outorgadas por este código ao MP, atuando sob sua direção.

b.4. O MP pode pedir arquivamento da notícia do crime, perante o juiz da instrução, nos seguintes casos:

Art. 251. Arquivamento. O MP solicitará do juiz da instrução, por requerimento fundamentado, o arquivamento da comunicação feita por qualquer do povo ou pela vítima, ou da prevenção policial, quando for evidente que o fato não constitui um delito ou quando não é possível instaurar o processo.

b.5. Caso o juiz discorde, comunica ao chefe do MP, que designa outro Membro para prosseguir na investigação. Sistema incompatível com o direito brasileiro.

Art. 252. Efeitos.

O juiz, ao ordenar o arquivamento, remeterá os autos novamente ao MP.

Se o juiz não concordar com o pedido de arquivamento, por decisão fundamentada remeterá os autos superior hierárquico do MP, segundo for estabelecido na lei orgânica, que determinará o funcionário que prosseguirá na investigação.

b. 6. Formalizada a investigação, o arquivamento é determinado pelo MP- quando não se tenha individualizado o imputado ou em caso de revelia - e submetido a um contraditório pelo juiz da instrução, que pode revogar essa decisão e determinar o prosseguimento da investigação. Este arquivamento não se confunde com o arquivamento provisório, que ocorre os indícios de prática delitiva são insuficientes. Sistema incompatível com o direito brasileiro.

Art. 266. Arquivamento. Quando não se tenha individualizado o imputado ou quando se tenha declarado a sua revelia, o MP determinará, por escrito, o arquivamento dos autos, sem prejuízo do prosseguimento do procedimento para os demais imputados que houverem.

Neste caso, dará ciência aos demais intervenientes, que poderão se opor perante o

juiz da instrução, indicando os meios de prova realizáveis, ou individualizando o imputado. O juiz da instrução poderá revogar a decisão, indicando os meios de prova que poderão permitir a continuidade da investigação ou a individualização do imputado.

b.7. O MP pode decretar prisão cautelar. Art. 200.

C – Procedimento intermediário.

Concluída a apuração preliminar do procedimento preparatório, o MP poderá formular a acusação, pedir arquivamento “provisório” ou absolvição sumária, que equivale a julgamento antecipado da lide. No art. 273.3 fala de arquivamento definitivo.

c.1. No procedimento intermediário o juiz, que agora é diverso do juiz da instrução, recebe a denúncia (abertura de julgamento), analisa o pedido de arquivamento “provisório” ou a possibilidade de absolvição sumária, nos casos de extinção de punibilidade e incidência de eximentes e dirimentes.

Art. 265. Absolvição antecipada ou arquivamento provisório. Quando o MP entender não existir fundamento para promover o julgamento público do imputado, requererá a absolvição antecipada ou arquivamento provisório.

Com o requerimento, remeterá ao tribunal os autos e os meios de prova materiais que tenha em seu poder.

Art. 280. Valor e efeitos (...)

A absolvição antecipada transitada em julgado encerra o processo com relação ao imputado, em favor do qual foi proferido, impedindo nova investigação penal pelo mesmo fato (...)

Art. 278. Sentença de absolvição antecipada e encerramento da persecução penal.

- 2) Quando se evidencie a falta de alguma das condições que possibilitem a imposição de uma pena, exceto se for necessário prosseguir o procedimento para decidir exclusivamente sobre a aplicação de uma medida de segurança e correção.
- 3) Quando, apesar da falta de certeza, não existir, razoavelmente, a possibilidade de incorporar novos elementos de prova e seja impossível requerer, fundamentadamente, a abertura do julgamento.

Art.281. Arquivamento provisório. Se não houver absolvição antecipada e os elementos de prova resultarem insuficientes para requerer a abertura do julgamento, determinar-se-á o arquivamento do procedimento, por decisão fundamentada, que deverá mencionar, concretamente, os elementos de prova que se espera poder incorporar (...)

(...) Quando novos elementos de prova tornem viável a reabertura da persecução penal, objetivando o início do julgamento ou a absolvição antecipada, o Tribunal, por requisição do MP ou de algum dos intervenientes, poderá permitir a reabertura da investigação.

c.2. Proposta a denúncia ou os pedidos acima, abre-se um contraditório prévio.

Art. 267. Comunicação. O tribunal ordenará que seja dada ciência do requeri-

mento do MP ao imputado e às demais pessoas que tenham pretendido, com ou sem êxito, intervir no processo, com cópia da petição escrita, colocando os autos e os meios de prova à disposição no tribunal, para consulta, no prazo de seis dias, comum para todos os intervenientes.

c.4. Recebimento da denúncia ou queixa- abertura de julgamento

Art. 274. Decisão de abertura. A decisão que admite a acusação e abre o julgamento deverá conter:

- 2) as modificações com que se admite a acusação, indicando detalhadamente as circunstâncias fáticas omitidas, que dela devam fazer parte;
- 3) a ordem de apresentar acusação, quando rejeitados os pedidos de absolvição antecipada ou arquivamento feitos pelo MP, caso em que, se individualizará o imputado determinar-se-á a infração penal conforme previsto pelo art. 263;
- 5) A decisão previstas nos incisos. 2 e 3 obrigará ao MP formular a acusação. Da acusação serão notificados todos aqueles aos quais se tenha outorgado participação definitiva no procedimento.

D – Ação penal pública – princípio da obrigatoriedade.

Art. 263. Quando o MP entender que a investigação proporciona fundamento sério para que seja o imputado submetido a julgamento público, requererá por escrito ao tribunal a decisão de abertura do juízo.

d.1. O CPP tipo admite a imputação alternativa:

Art. 263 acusação (...)

O MP poderá indicar, alternativamente, aquelas circunstâncias fáticas que permitam enquadrar o comportamento do imputado em uma figura distinta da lei penal, na hipótese de não ficarem demonstrados no debate os elementos que compõem a sua qualificação jurídica principal, a fim de possibilitar a correta defesa do imputado.

d.2. Em caso de inépcia da inicial o Tribunal pode determinar a emenda.

Art. 273. Decisão. O tribunal decidirá em seguida a respeito das questões suscitadas:

- 1) constatados vícios formais na peça acusatória, indicar-los-á detalhadamente e ordenará ao MP sua correção, caso em que o MP procederá conforme o último parágrafo do artigo seguinte.

E – Correlação acusação-sentença no CPP tipo.

e.1. A correlação acusação-sentença vem prevista no art. 322.

Art. 322. Sentença e acusação. A sentença condenatória não poderá ultrapassar o fato e as circunstâncias descritas na peça acusatória e na decisão de

abertura do julgamento, ou, se for o caso, o aditamento da denúncia. Na sentença condenatória, o tribunal poderá dar ao fato uma qualificação jurídica diferente à da denúncia ou da decisão de abertura do julgamento, ou aplicar penas mais graves ou medidas de segurança, sempre que não exceda sua própria competência. Não obstante, o acusado não pode ser condenado em virtude de um preceito penal diferente daquele invocado na peça acusatória, compreendido seu aditamento, ou na decisão de abertura do julgamento, se não for previamente advertido sobre possível modificação da qualificação jurídica (art. 310); a regra abrange também os preceitos referentes somente à pena ou às medidas de segurança e correção.

e.2. **Emendatio libelli.** O CPP tipo prevê a emenda à inicial no procedimento intermediário.

Art. 274 Decisão de abertura do juízo (...)
5) as modificações na qualificação jurídica quando se afaste da acusação.

e.3. **Mutatio libelli.** O CPP tipo trata a alteração do libelo no art. 309.

Art. 309. Ampliação da acusação. Durante o debate, o MP poderá aditar a denúncia, incluindo um novo fato ou circunstância que modifique a qualificação legal ou a pena do mesmo fato objeto do debate, ou integre a continuação delitiva, e que não tenham sido mencionados na denúncia ou na decisão de abertura do julgamento.

Em tal caso e com relação aos fatos novos ou circunstâncias atribuídas ao imputado, procederá a novo interrogatório do imputado e informará a todos os intervenientes, que têm o direito de pedir a suspensão do debate, para oferecer novas provas ou preparar sua intervenção. Quando este direito for exercido, o tribunal suspenderá o debate por um prazo estipulado de forma prudente, segundo a natureza dos fatos e a necessidade da defesa (art. 297).

Os novos fatos ou circunstâncias sobre os quais se refira o aditamento estarão incluídos na imputação.

A – O procedimento preparatório no projeto e reforma do CPP.

a.1. O projeto consagra o modelo acusatório, mas o MP não dirige a investigação, que está a cargo da polícia.

a.2. A polícia não está obrigada a dar ciência ao MP das ocorrências que chegarem ao seu conhecimento, excetuados os casos de delitos praticados por policiais e crimes contra a ordem econômica, muito embora o registro de ocorrências fique à disposição do MP, a teor do § 6º.

Art. 4º. Sendo a infração penal de ação pública, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência, de ofício, a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou mediante requisição do MP, procederá na função essencial de Polícia Judiciária ao correspondente registro e à investigação (...)

§ 6º Tomando conhecimento da ocorrência, a autoridade policial fará, imedia-

tamente, o seu registro, que ficará a disposição do MP, podendo este requisitá-lo periódica ou especificamente.

§ 7º Tratando-se de infração penal atribuída a policial, a autoridade comunicará imediatamente a ocorrência ao MP, para as providências cabíveis.

Art. 26. Tratando-se de infração penal praticada contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica, os elementos de informação serão remetidos pela autoridade administrativa também diretamente ao MP para as providências cabíveis.

a.3. Depoimentos são tomados sem a presença do MP.

Art. 6º Não sendo a infração de menor potencial ofensivo, ao tomar conhecimento da prática da infração, a autoridade policial instaurará inquérito, devendo:

§ 4º O registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas poderá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. Na forma por último indicada, será encaminhado ao MP o registro original, sem necessidade de transcrição.

a. 4. O arquivamento. Não é dividido em fases e realiza-se perante o próprio MP.

Art. 28. Se o órgão do MP, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

a.5. Perante o órgão superior do MP que irá apreciar a decisão de arquivamento instaura-se um contraditório.

§ 1º Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do MP, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

B – O procedimento intermediário no projeto.

b.1. A absolvição antecipada ocorre após a proposta acusatória.

Art. 397. Considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas

b.3. O anteprojeto também consagra o contraditório prévio, após a oferta acusatória.

Art. 395. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou

queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias, contados da data da juntada do mandado aos autos ou, no caso de citação por edital, do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

O mesmo foi previsto no procedimento do júri. Art. 406.

b.4. Após o contraditório prévio o juiz decide pelo recebimento ou rejeição da denúncia ou absolvição antecipada.

Art. 396. O Juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa.

Parágrafo único. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I- for manifestamente inepta;

II- faltar pressuposto processual ou condição da ação penal;

III- faltar justa causa para o exercício da ação.

Art. 397. Considerando plenamente comprovada a improcedência da acusação ou a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato ou da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade, o juiz absolverá sumariamente o acusado, facultada às partes a prévia produção de provas.

b.5. O Anteprojeto não se refere ao não recebimento da denúncia (fala em rejeição), nem consagra a emenda a inicial, tampouco esclarece o que é justa causa.

C – Ação penal – princípio da obrigatoriedade. O anteprojeto adota o princípio da obrigatoriedade, porém com maior margem de liberdade ao dominus litis:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

D – Relação acusação-sentença no anteprojeto.

d.1. emendatio libelli.

Art. 383. O Juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença.

§ 2º A providência prevista no caput deste artigo poderá ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa.

§ 3º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 4º Tratando-se de infração da competência do Juizado Especial Criminal, a este serão encaminhados os autos.

d.2. **Mutatio libelli.**

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o MP poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 2º Aplicam-se ao previsto no caput deste artigo as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 383.

§ 3º havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias

§ 4º Não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá.

Bibliografia

GOMES, Heraldo, Considerações sobre Juizado de Instrução e inquérito policial, Revista de Direito da Defensoria Pública, vol. 6, nº 8, p.70-72, Rio de Janeiro, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini, O Código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 8, nº 30, p. 41-50, São Paulo, abr./jun. 2000.

JARDIM, Afrânio Silva, Ação penal pública: Princípio da obrigatoriedade, 3ª ed., 159 p., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

LAZZARONI, Álvaro, O papel da investigação e do sistema judiciário na prevenção do crime, Revista de Informação Legislativa, vol. 31, nº 121, p. 171-184, Brasília, jan./mar. 1994.

Projeto de Código Processual Penal Tipo para Ibero-América – 1ª parte: Exposição de motivos, Revista de Processo, vol. 16, nº 61, p. 109-143, São Paulo.

Projeto de Código Processual Penal Tipo para Ibero-América – 3ª parte: Capítulo 3, comunicação, seção 1ª, entre autoridades, Revista de Processo, vol. 16, nº 63, p. 103-137, São Paulo.

Projeto de Código Processual Penal Tipo para Ibero-América – 4ª parte: Título III, julgamento, capítulo I, Preparação do debate, Revista de Processo, vol. 16, nº 64, p. 108-144, São Paulo.

Projeto de Código Processual Penal Tipo para Ibero-América – 1ª parte, livro primeiro, Disposições gerais, título I, princípios básicos, Revista de Processo, vol. 16, nº 62, p. 170-193, São Paulo.

REVITALIZANDO O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL: INTERNACIONALIZAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO

*Daisy de Asper y Valdés e Gerald Caiden**

Sumário: 1. Sinais de Crise? 2. Revitalizando o Estado do Bem-Estar Social. 3. Além da Reforma Administrativa. 4. Procurando Soluções Comuns. 5. Finanças Públicas. 6. Desburocratização. 7. Redefinindo a Agenda Internacional

O papel da administração pública no terceiro milênio foi tema amplamente debatido por qualificados especialistas e financistas conveniados nas Nações Unidas, ao apagar das luzes do século XX. Ressaltou-se, então, a necessidade de revitalização do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Fruto dessa convenção, a Sessão de Administração Pública e Desenvolvimento da Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, como instrumento orientador desse posicionamento, a Resolução AG 50/225, fixando as seguintes diretrizes:

- a) Democracia, governo e administração pública transparentes e responsáveis são alicerces indispensáveis para um desenvolvimento sustentável fundado na justiça social e centrado no povo;
- b) Sistemas de administração pública eficientes, eficazes e bem equipados devem estar providos de capacidades e competências apropriadas;
- c) Liberdades fundamentais e direitos humanos, inclusive o direito ao desenvolvimento, são valores a serem promovidos e protegidos pelos governantes;
- d) Relevância e eficácia da atuação das Nações Unidas na área da administração pública e desenvolvimento, principalmente com a finalidade de:
 - i. fortalecer a capacidade governamental para desenvolvimento político, reestruturação administrativa, reforma do serviço público, treinamento e aperfeiçoamento de seus recursos humanos;
 - ii. estimular o desempenho do setor público e seu gerenciamento financeiro;
 - iii. promover a interação dos setores público e privado através da ênfase no desenvolvimento social;

* *Daisy de Asper y Valdés* é Subprocuradora-Geral da República aposentada. PhD, Coordenadora do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da AEUDF e Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UPIS e *Gerald Caiden* é PhD, Professor Titular de Administração Pública da USC (Universidade do Sul da Califórnia).

- iv. apoiar o aperfeiçoamento infra-estrutural e a proteção ao meio ambiente;
- v. observar o respeito à legalidade governamental;
- vi. auxiliar na reabilitação pós-conflitual, na reconstrução da maquinaria governamental e no gerenciamento dos programas de desenvolvimento¹.

Assim, propôs-se o órgão internacional à adoção das diretrizes que resultaram daquelas deliberações, objetivando, principalmente: facilitar o acesso às informações; promover treinamento e pesquisa; administrar maior troca de experiências; implementar serviços de aconselhamento, assistência técnica, desenvolvimento de capacidades e recursos humanos. Paralelamente, o *Fórum Técnico Internacional*, freqüentado por mais de 300 membros das várias instituições, associações e organizações do setor público, reformulou as bases de suas relações com o setor privado, enquanto o Colóquio Profissional reviu os fundamentos do gerenciamento público². Entretanto, o fato desse intercâmbio de idéias ter-se processado apenas naquele momento, não caracteriza desinteresse por parte dos Estados membros³. Esta seria uma percepção equivocada, pois, não obstante a retórica do Estado mínimo, sempre esteve presente o questionamento quanto ao progressivo enfraquecimento do setor público frente aos avanços do setor privado; quanto a impedir a entrega da administração pública aos lobos da privatização e quanto ao estímulo aos investimentos em reforma administrativa, nas operações do Estado e do setor público. Fixou-se a idéia de que desenvolvimento não pode ser entendido como domínio exclusivo de qualquer dos setores – público ou privado – mas que deve, sim, ser visualizado como parceria entre ambos, sem atropelamento mútuo, desconectado. De certo modo, como máquina estatal, tanto o Estado do Bem-Estar pode ser avassalador e repressivo, quanto o neoliberalismo pode ser iníquo e explorador. Não cabe imolar-se um pelo outro: ambos, em determinadas circunstâncias, têm sua utilidade específica⁴.

Cada estágio do desenvolvimento mundial tem suas peculiaridades, que informam os requisitos necessários ao redirecionamento das necessidades públicas e dos objetivos sociais: os países pobres de tudo carecem, enquanto os ricos podem ser mais seletivos, enfrentando, porém, as conseqüências da afluência e do excesso de compromissos. É impossível que um conjunto de soluções universais se aplique à diversidade de situações. Mas, na sociedade globalizada, ninguém pode agir singularmente sem considerar o impacto de sua ação sobre os outros. Muitos dos problemas mundiais mais prementes necessitam de respostas amplas, ação conjunta e cooperação mútua. O que, no passado, se aplicava a situações individualizadas não tem mais validade no mundo atual. A par de respostas específicas, buscam-se agora soluções globais para problemas multinacionais – há muito negligenciados – na análise da administração pública nacional. Seu estudo e sua prática têm que ser internacionalizados e globalizados, onde

¹ “The Fourteenth Meeting of Experts on the United Nations Programme in Public Administration and Finance” foi realizado na sede da ONU, em Nova York, em maio de 1998, de acordo com a decisão 1997/222. O marco principal foi a Resolução 50/225, adotada desde abril de 1996, na qual a Assembléia Geral confirmou a importância vital do fortalecimento da Administração Pública para o desenvolvimento e ressaltou a necessidade de cooperação entre os departamentos e agências das Nações Unidas no suporte ao fortalecimento das áreas de governança, administração pública e finanças.

² CAIDEN, Gerald. *What lies ahead for the administrative state*. California: University of Southern California, 1998, p. 1. Estudo apresentado em Maio de 1998, no 14º Encontro de Especialistas do Programa das Nações Unidas em Administração Pública e Finanças.

³ No que se refere ao Brasil, organismos multilaterais envolvem-se, continuamente, em projetos importantes: créditos no valor de US\$ 3 bilhões, só do Banco Mundial, foram anunciados até 2002, para investimentos em infraestrutura e na área social. “Além da Estabilização”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9 abril 2000, Opinião, p.1.

⁴ A intervenção do Estado na economia é, segundo Ceneviva, “cara, confusa e sem rumo claramente definido”. In CENEVIVA, Walter. Fins e fim do estado moderno. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10 jun. 2000. Cotidiano, p. C2.

cabível, sem qualquer promessa de um conjunto de fórmulas universais adaptáveis a todos, observando sempre as peculiaridades de cada sistema nacional⁵.

1. Sinais de crise?

No entanto, as considerações em torno da Resolução 50/225 não refletem um marco de mudança significativa no âmbito da administração pública. A resolução retrata o que vem ocorrendo nas últimas décadas, e sugere algumas direções. Mas, pela relevância dos temas analisados, representa forte apelo à revisão completa do estado-da-arte da matéria e de seus conceitos dominantes. Implica este posicionamento abandono dos erros do passado. Raramente a cooperação técnica internacional ou estudos comparativos ocasionaram qualquer impacto significativo naqueles que os solicitaram. Qual teria sido o destino desses países, sem essa assistência? Em alguns casos, tiveram seus problemas agravados. Mas, em outros, poderiam até ter crescido, não estivessem eles sujeitos à forte interferência externa, às teorias duvidosas sobre desenvolvimento, a projetos centrados mais em seus elaboradores do que em suas finalidades, visto que são tão poucas as idéias estrangeiras que de fato funcionam em nível nacional.

Uma avaliação imparcial elaborada por especialistas verdadeiramente preocupados com resultados, mais do que com a demanda de consultoria internacional, indicaria a necessidade de reordenamento de prioridades, ou eficiente mudança dos esquemas atuais. Mas essa preocupação se torna insólita, quando se determinam os cortes em financiamentos e se reduz a cooperação técnica internacional. Ajuda e suporte se decidem entre os executores dos projetos, enquanto o resto do mundo deve contentar-se com o que sobra. Então, muitos dos possíveis destinatários terão que buscar recursos domésticos e reavaliar suas principais prioridades. Numa perspectiva geral, isto pode ser positivo, por provocar a busca de alternativas às quais deveriam ter recorrido há longo tempo. As organizações internacionais e os planejadores também estão sob pressão, tendo igualmente que reavaliar seus propósitos e redefinir a eficácia de seus programas. Entretanto, nenhuma mudança se desvencilha da necessidade premente de antecipar o futuro e das condições emergentes na administração pública em geral. Obviamente, algumas regiões do globo requerem maior ajuda do que outras e, dentro destas, alguns países são mais carentes do que outros. A região do Saara, na África – provavelmente a mais pobre do planeta – continuará a exigir atenção. Nessa área há inúmeras nações compostas de governos frágeis e várias outras em péssimas condições, onde muito suporte internacional em projetos desenvolvimentistas sucumbiu. Mas também existem países com tal proliferação de problemas que se torna indispensável a ajuda internacional. A quem cabe assumir a liderança desta intervenção? Com que propósito se prepara a comunidade internacional? Como se processa o auxílio, com vistas a maior eficácia comparada àquela do passado? Quem se responsabiliza pela interferência adequada, eficiente, que produza valor em troca de dinheiro; pela transparência das operações; pelos relatórios acurados e por tantas outras questões obviamente negligenciadas no passado? Muito mais se exige do que simples remendos, declarações piedosas ou boas intenções. Impõem-se, agora, ação, implementação e resultados eficientes – que estão no domínio eficaz da administração pública.

⁵ Talvez a resposta esteja na cultura. Alguns autores (Estados Unidos, África e América Latina) argumentam que fortes valores sociais ou morais predisõem algumas populações a favor ou contra o crescimento econômico. *In Culture matters: how values shape human progress.* (Como os valores moldam o progresso humano.)

2. Revitalização do Estado do Bem-Estar Social

A confiança na capacidade de liderança do Estado do Bem-Estar, em termos desenvolvimentistas, tem sido constantemente enfraquecida pelo colapso dos regimes comunistas, pelo questionamento dos mitos socialistas e pelas inúmeras falências das economias em transição. Antes,⁶ esta confiança já fora suficientemente abalada quando regimes pós-colonialistas fomentaram autocracias resultantes de burocracias corruptas, sem um comensurável ganho político, econômico ou social. Mesmo em países onde o Estado do Bem-Estar foi bem-sucedido, graves dúvidas pairaram sobre seus ínfimos retornos, sua inabilidade de exercitar disciplina fiscal suficiente, sua produtividade questionável quanto ao retorno dos investimentos e sua inextinguível sede por fundos para dar suporte ao seu constante alargamento de propósitos e atividades. Qual é a concepção ideal do Estado do Bem-Estar Social? De que atividades deve ele seguramente desvencilhar-se, ou executar por meio de contratos com outras instituições ou organizações?⁷

Claramente, existem muitas atividades que somente o governo, o setor público, ou o Estado propriamente devem exercitar, por sua própria natureza, não cabendo essa função a qualquer outra instituição⁸. Como também há tarefas que, em nome da uniformidade, igualdade, equidade, acesso universalizado, caráter monopolístico, ou natureza emergencial, só deveriam ser confiadas ao Estado do Bem-Estar Social. De fato, com o avançar do tempo, este assumiu demais: intrometeu-se onde a iniciativa privada ou a empresa se omitiram; apossou-se de grandiosos projetos de desenvolvimento por causa dos custos e dos riscos envolvidos; dedicou-se a resgatar indústrias em perigo, negócios falidos, interesses e atividades públicas negligenciados e que pareciam prometer em demasia. Mas as circunstâncias – e a própria opinião pública – mudaram: perdeu-se o ímpeto e as patologias burocráticas se cristalizaram. Inúmeros empreendimentos estatais naufragaram⁹.

Com frequência, o alarme se faz ouvir para lembrar ao lento e pesado Estado do Bem-Estar a necessidade de reestruturação, até para que continue existindo. Mas persiste a dúvida quanto aos caminhos a trilhar. Os países encontram-se em diferentes estágios de desen-

⁶ A partir da década de 30 (séc. XX) tem lugar o fortalecimento do chamado Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), ou Estado-Administração, assentado na idéia de prestação de serviços por parte do Estado, de forma a compensar a desigualdade na distribuição do produto social.

⁷ Nas décadas de 70 e 80, a tendência neoliberal ressalta a fragilidade da intervenção estatal para garantia do bem-estar social e da estabilidade econômica, e preconiza a solução de mercado, fundada na idéia do Estado mínimo, com redução da estrutura administrativa. MELLO, Marcos & COSTA, Nilson R., *A difusão das reformas neoliberais: análise estratégica, atores e agendas internacionais*. In REIS, Elisa; ALMEIDA, Maria e FRY, Peter (Coords.) *Pluralismo, Espaço Social e Pesquisa*. São Paulo: Hucitec, 1996, p.153-176.

⁸ MORRIS, Christopher W. *An Essay on the Modern State*. Cambridge: University Press, 1998. Observa este autor que o Estado Moderno existe como organização política ou econômica que, somente nas décadas de 70 e 80, a tendência neoliberal ressalta a fragilidade da intervenção estatal para garantia do bem-estar social e da estabilidade econômica, e preconiza a solução de mercado, fundada na idéia do Estado mínimo, com redução da estrutura administrativa. MELLO, Marcos & COSTA, Nilson R., *A difusão das reformas neoliberais: análise estratégica, atores e agendas internacionais*. In REIS, Elisa; ALMEIDA, Maria e FRY, Peter (Coords.) *Pluralismo, Espaço Social e Pesquisa*. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 153-176.

⁹ MORRIS, Christopher W. *An Essay on the Modern State*. Cambridge: University Press, 1998. Observa este autor que o Estado Moderno existe como organização política ou econômica, que somente no século XX alcançou pleno desenvolvimento com sua versão inovada de Estado Nacional.

⁹ MARINHO, Josaphat. “Mudança do Estado”. *Correio Brasiliense*. Brasília, 10 jun. 2000. Ressalta o autor que, na sociedade contemporânea, sobretudo depois da Primeira Grande Guerra, as solicitações de ordem econômica têm crescido vigorosamente, em face do aumento das desigualdades sociais. Observa a “necessidade atual de mudança na concepção e nas diretrizes do Estado” (...) e “da urgência de reduzir ou alterar as tendências do liberalismo econômico”.

volvimento e dispõem de recursos os mais diversos. Ademais, têm diferentes objetivos e valores. Logo, a decisão quanto ao que deve ser feito, repensado ou reconstruído é individual.

Primeiramente, há que se considerar, em termos de desenvolvimento, os Estados onde a caracterização da Administração Pública está maldelineada, ou já foi até eliminada por completo. Nesse caso, o governo desses Estados carece de recursos suficientes para um desempenho satisfatório, em nível mais simples. Seus líderes e agentes públicos não têm a suficiente competência, experiência, integridade, visão ou habilidade para gerenciar as organizações públicas, tornar efetiva a norma legal ou para implementar políticas públicas. São Estados conceitualmente frágeis. Longe de se diversificarem ou diminuírem de tamanho, necessitam mais de ajuda para criar ou reformular um Estado do Bem-Estar eficiente. Demandam assistência externa para provê-los com funcionários públicos qualificados em quase todas as atividades governamentais – desde a diplomacia até a arrecadação de impostos; dos especialistas em saúde pública até o corpo de bombeiros. Necessitam também de profissionais em institucionalização e desenvolvimento de capacidades para organizar e manter esses serviços funcionando com propriedade. Provavelmente necessitarão de ajuda externa por longo período, certamente por mais de uma geração.

Em segundo lugar, destacam-se aqueles em que o Estado do Bem-Estar Social se mantém de modo precário, e mal pode lidar com qualquer demanda extra que se lhe requeira. Em algumas áreas, o governo atua conforme lhe foi ensinado. Mas, em outras, assemelha-se aos países mais atrasados, faltando-lhes competência suficiente para um esforço adequado. Necessitam da ajuda externa para seus debilitados sistemas administrativos porque não podem compensá-los com os outros que funcionam, sob pena de danificá-los, visto que são utilizados em sua total capacidade. Entretanto, possuem agentes naturalmente talentosos, e neles se encontram ilhas de excelência. Apresentam, pois, modelos a serem imitados e esperança de crescimento, embora em circunstâncias tênues. Ocorrendo um imprevisto, estão preparados para lutar. Suas necessidades não são idênticas às circunstâncias requeridas na primeira categoria, antes caracterizada, com estrutura administrativa mais débil. Possivelmente, para os países nessa segunda categoria, a ajuda eficaz seria fornecida com orientação internacional da melhor especialidade técnica disponível, reforçada com programas temporários internacionais – com durabilidade de apenas alguns dias até vários anos – dependendo de cada caso específico. Os países que se encontram nessa categoria precisam também de encontros regionais e internacionais regulares para conhecer os últimos avanços no setor público, as implementações bem-sucedidas em outros países, destinadas a aumentar a capacidade administrativa, e trocar experiências, repassando algumas de suas próprias idéias. Eventualmente, exigirão mais, quando tiverem que revitalizar sistemas administrativos obsoletos, vencer resistências burocráticas internas excepcionais, levantar novos capitais públicos, melhorar a aparência do serviço público ou encontrar parceiros para novos empreendimentos.

Uma terceira categoria de países é composta por aqueles em que o Estado do Bem-Estar é tão bem-sucedido que, melhor do que arriscar tudo em qualquer nova experiência de governo – reinventando ou utilizando a reengenharia –, resguardam-se as fórmulas antigas, porém já um tanto desgastadas. Estes países possuem bens e serviços públicos confiáveis, administradores competentes e alguns poucos problemas resultantes da falta de responsabilidade ou integridade pessoal. Seus sistemas administrativos são tão eficientes, confiáveis, que sequer são questionados. Estão preparados para quaisquer emergências. Entretanto, perderam a liderança. Não participam das mais avançadas pesquisas. Em vez de buscarem respostas novas para problemas emergentes, adaptam antigas soluções que satisfazem, mas não agregam conhecimentos. Enquanto isso, gozam de várias instituições cujo desempenho lhes pode oferecer um rumo seguro, e até sobressalente, no setor da administração pública. Sem perigo de macular-se, os que se encontram nesta categoria podem submeter-se aos riscos da inovação, colocando-se mesmo em posição de vanguarda quanto à refor-

ma administrativa. São suficientemente afortunados para se projetarem além de uma geração, ou quanto aos prognósticos de atuação da coisa pública nos próximos dez anos, sem riscos. Podem afastar-se das tradicionais atividades estatais enquanto se preparam para futuras tendências em novas áreas, como a salvaguarda dos direitos humanos, proteção ambiental, mudanças na área da saúde, na evolução dos métodos tradicionais curativos para os preventivos, e ao priorizar as iniciativas individuais antes das comunitárias. Estão prontos para usufruir os benefícios da orientação internacional inovativa na área de administração pública, e das trocas frequentes entre pesquisadores, experimentadores e avaliadores de programas e planejamentos.

3. Além da reforma administrativa

Demonstrar a necessidade de melhorar o desempenho do setor público é preocupação constante de quase todos os governos. A reforma administrativa popularizou-se. Líderes mundiais nas áreas de consultoria administrativa e gerencial têm prósperos negócios de consultoria quanto à adoção de métodos e técnicas da área privada no setor público. Igualmente, serviços de assistência aos governos empenham-se na ajuda a seus clientes quanto ao aprimoramento dos resultados do setor público e dos sistemas administrativos em geral. Consultores internacionais de cooperação e assistência técnica não conseguem atender à demanda de maior eficácia das agências públicas. Esta nova ênfase na reforma administrativa é, contudo, acompanhada da advertência de que apenas a sua implementação não é suficiente¹⁰. O Estado do Bem-Estar não pode revigorar-se em detrimento de outros instrumentos sociais. Foi este um erro do passado, quando a mera realização de reforma constantemente produziu burocracias estatais de fraco desempenho, subjugando o desenvolvimento e sufocando outros instrumentos de relevância. Valorizou-se muito o Estado como a máquina do desenvolvimento em prejuízo de outras alternativas. Enquanto a reforma administrativa é desejável e bem-vinda, não se admite que impeça o desabrochar de outras opções de escassos recursos. Nenhum mecanismo para o progresso pode ser descartado em favor de outro. Ou melhor, todos devem ser vistos como parceiros num empreendimento comum ou unitário, cada qual tendo seu próprio papel no somatório geral. Para prevenir que a reforma administrativa resulte em burocracias públicas controladoras de uma política central, devem-se envidar esforços na validação de outros instrumentos disponíveis, de modo que eles também tenham seu lugar, representando possibilidades de escolha e melhor proteção da sociedade contra um excesso de confiança no resultado daquele único privilegiado. O setor privado, as organizações não-governamentais (ONGs) e os serviços voluntários têm, cada um deles, diferentes papéis a desempenhar no desenvolvimento nacional e não devem ser obscurecidos por um Estado do Bem-Estar Social sobrecarregado.

Embora a correta combinação do público com o privado, em qualquer país, seja ainda uma incógnita, o desenvolvimento desequilibrado, isto é, a desvalorização óbvia de qualquer setor, deve ser corrigida assim que se torne aparente. Na verdade, subtrair opções ao governo apenas o enfraquece¹¹.

¹⁰ MARINHO, Josaphat. Espírito Federativo Deformado. *Correio Brasiliense*. 12 fev. 2000. Acentua o autor a notória e lamentável deterioração do regime federativo no Brasil: os recursos financeiros não se distribuem normalmente em condições de atender a necessidades prementes de saúde, educação, transporte, energia. “Prova disso é que se arrasta no Congresso Nacional a reforma tributária há anos. Por falta de compreensão do mecanismo federativo, não se encontra um denominador comum para a redistribuição de rendas”.

¹¹ Clóvis Rossi, em comentário na *Folha de São Paulo* (3 jun. 2000) quanto à reunião de governantes europeus e americanos, reunidos na Alemanha, sobre os rumos do Estado, assinalou o posicionamento do Presidente Fernando Henrique Cardoso, presente ao evento, ponderando quanto “à urgência de serem modificados os condicionamentos internacionais para o crescimento econômico dos países em desenvolvimento”. Sugere o Presidente que “construir uma sociedade igualitária pressupõe reconstruir o Estado como contraponto à cegueira do mercado”.

Uma outra lição aprendida de experiências passadas é a de que não se deve permitir que a reforma administrativa afete o equilíbrio de decisões políticas ao conferir muito poder à burocracia estatal. Revitalizar o Estado do Bem-Estar compreende revigorar também outros ramos do governo, de modo a permitir que os políticos mantenham o controle do barco estatal, proibindo o seu seqüestro por burocratas ou tecnocratas dominantes, incentivando a competência dos juízes para questionar e anular os atos administrativos duvidosos, chamando à responsabilidade as autoridades públicas infratoras, e estimulando órgãos independentes, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, à fiscalização da integridade financeira e administrativa dos agentes públicos.

A reforma administrativa deve necessariamente ser acompanhada, ou mesmo precedida, por reformas políticas, tributárias e militares. Desse modo, dá-se preferência ao termo “governança” a “governo” para indicar que as reformas administrativas não devem ser confinadas ao serviço público civil. Precisam, sim, incluir outros ramos do governo e devem ser complementadas também por reformas semelhantes em todos os setores sociais e instrumentais capazes de gerar progresso. De fato, essa tentativa deve ser feita considerando a contribuição de todos os mecanismos de desenvolvimento, para assegurar que estes se processam em termos amigáveis, centrados no cliente (cidadão), para encorajar e fortalecer a sociedade civil, para incorporar o voluntariado, ou outras medidas relevantes de envolvimento público direto, e para aliviar o impacto da pressão policial ou militar no público em geral. Ou seja, a reforma administrativa deve ser vista apenas como uma parte, não necessariamente a mais relevante, para restaurar e reconstruir a confiança do público e a credibilidade de todas as instituições políticas e sociais, não somente do Estado do Bem-Estar Social¹².

4. Procurando soluções comuns

Independentemente de se averiguar que setor exige mais atenção, o gerenciamento governamental tem inúmeros problemas comuns que requerem ação imediata, antes que se tornem completamente incontroláveis. Vários países, ricos ou pobres, estão na busca de reformulações nessa área. O sentimento geral é de que não devem eles trabalhar isoladamente, mas unir-se em esforços multinacionais na troca de experiências, na busca de soluções práticas e comuns. Algum avanço tem sido feito, desde a década passada, com a privatização de empresas estatais e na aplicação eficaz de estratégias contra a corrupção. Sucesso semelhante tem sido alcançado em administração judiciária, administração aduaneira e administração fiscal. Embora ainda muito cedo para se dizer, espera-se sucesso na reforma do serviço público, treinamento gerencial, parceria pública/privada, sistemas de informação, gerenciamento de recursos humanos, mecanismos para prevenir conflitos e na administração dos contratos. Mas ainda existem vários setores perturbando todo o sistema que requerem atenção internacional concentrada.

5. Finanças públicas

Provavelmente, a preocupação comum dominante é quanto ao problema monetário. Muitos governos gastam demais e têm seu débito público crescente sem qualquer perspectiva

¹² CAETANO, Marcelo. *A Reforma Administrativa*. R.D.P. n° 57/58, p. 19. Observa o autor que “a Reforma Administrativa não consiste numa operação instantânea de remodelação de estruturas e procedimentos, e sim num *processo de contínuo ajustamento* de organização e de métodos da Administração Pública às *condições sociais e às necessidades coletivas de comunidades em constante transformação*.” (grifamos)

de abrandamento. Promessas de alívio têm sido feitas aos países mais pobres pelo Banco Mundial. Todavia, o Fundo Monetário Internacional (FMI) parece impiedoso, como sempre, ao insistir em ajustamentos estruturais prejudiciais ao setor público, quando os governos tentam levantar mais dinheiro. Os países necessitam dos empréstimos porque os impostos e outras receitas não cobrem os gastos (inclusive pagamento de juros dos débitos públicos) e não podem incrementar seus recursos com maior carga de impostos porque a maioria é muito pobre, e os poucos que pagam seriam ainda mais prejudicados. A imposição de gravames tende, neste caso, a ser regressiva. Levantar mais dinheiro é uma perspectiva cruel. Atualmente, torna-se mais difícil até mesmo coletar mais receita nos países ricos.

Entretanto, lida-se com mais facilidade quando o assunto é despesa. Minimizar é a palavra de ordem: cortar gastos em geral, onde quer que economias possam ser feitas. É, também, solução temporária porque existem limites quanto ao encolhimento do Estado do Bem-Estar, sem mutilar as atividades governamentais. Alvos óbvios são os excessivos gastos militares, projetos de desenvolvimento descomunais, serviços sociais muito caros, programas suscetíveis de sofrerem irregularidades, que desviam recursos públicos em mãos erradas, ou com baixa possibilidade de retorno, ou simplesmente muito caros, e administrados por burocracias ineficientes e infladas. O Banco Mundial e o FMI – com os bancos de desenvolvimento regionais – têm procurado orientar seus associados numa disciplina financeira revestida de muita responsabilidade. Porém, existem limites à sua atuação, e também essas instituições podem não perceber excessos que freqüentemente contribuem para uma inflação crescente¹³.

6. Desburocratização

Em décadas passadas, muitos governos lançaram esquemas ambiciosos de desburocratização, apenas para concluírem que não fizeram qualquer progresso e que se equivocaram no propósito perseguido¹⁴. O problema da burocracia excessiva – com abundância de anomalias – persiste, e até se agravou. O enxugamento do Estado do Bem-Estar e o aperfeiçoamento dos processos administrativos obviamente abreviaram essa complexidade, mas não atingiram a essência do exagero burocrático e dos procedimentos emperrados, que fazem a desdita dos que dependem desses serviços. Provavelmente, todos os governos se preocupam com a alienação entre povo e autoridades, e da sua burocracia pública em especial. Mas não se encontrou ainda a resposta correta para o dilema burocrático. Talvez estes itens devam encabeçar a lista de prioridades em futura pesquisa internacional na área da administração pública.

Nenhum sistema administrativo é perfeito; todos cometem erros, alguns menores, outros maiores. Os que compõem a administração pública devem preocupar-se em minimizá-los, atacando todas as mazelas que os propiciem. A tarefa prospectiva é elaborar linhas gerais de ordem prática para ações saneadoras, com adequadas compensações para as vítimas daquelas irregularidades. A experiência internacional tem constantemente demonstrado que sistemas administrativos doentes respondem bem a tratamentos profissionais. Os especialistas

¹³ STUMPF, André Gustavo. *A ordem do dia na política. Correio Brasiliense*. Brasília, 8 junho 2001, p. 16. Lembra o autor que para o FMI “o Brasil é considerado um caso de sucesso nas intervenções que a instituição promove nas economias de países subdesenvolvidos em todo o mundo. Sucesso porque conteve a inflação e sua administração permaneceu dentro dos rígidos controles monetários, além de ter oscilado entre tímidas tentativas de crescimento e abissais recessões”. Mas o desemprego e a crescente pauperização da sociedade não entram naqueles cálculos. Para a instituição internacional, é suficiente saber que os objetivos foram atingidos, como indicam os números.

¹⁴ No Brasil, especialmente, no final da década de 70, criou-se o Ministério Extraordinário da Desburocratização, que teve como titular o Ministro Hélio Beltrão. Entretanto, o discurso de desburocratização, embora bem-intencionado e eloqüente, não foi eficaz para reverter as patologias ocorrentes.

em relações públicas estão elaborando novas formas para as burocracias lidarem com seus clientes e têm auxiliado na redução dos atritos gerados nos confrontos com os agentes do governo. Muito mais precisa ser feito nessa direção, sem que seja necessário perscrutar quanto à natureza do regime político no qual a burocracia pública se insere.

7. Redefinindo a agenda internacional

A prioridade máxima é fazer com que as agências internacionais pratiquem aquilo que pregam. Têm que estabelecer um exemplo de práticas administrativas e gerenciais apropriadas. Necessitam reformar seus próprios sistemas administrativos para se libertarem de graves anomalias, como: rigidez de procedimentos, excesso de sigilo, quadros de pessoal inflados, fraude, desperdício, patrocínio e corrupção. Em 1996, quando da mudança da chefia, o Banco Mundial reformulou sua organização e simplificou seus processos administrativos. Também nesse ano, o Secretário-Geral reestruturou a ONU, finalizando reforma que se arrastava por longos anos. Outros de seus órgãos se submeteram e fortaleceram as reformas administrativas com vistas a restaurar o conceito original de um serviço civil internacional competente, profissional, eficiente, conforme visualizado há quase cinquenta anos, e que fora comprometido, desde então, pela guerra fria e pelo excesso de sigilo e segurança. Nesse sentido, um novo Código Internacional de Conduta dos Servidores Públicos foi adotado pelas Nações Unidas em 1997¹⁵.

Nos últimos cinco anos – seguindo inúmeras conferências globais patrocinadas pelas Nações Unidas –, consideraram-se várias tentativas de planejamento com novos papéis e atividades para a administração pública. Cada um deles objetiva uma estratégia global com vistas a atacar problemas internacionais cruciais. Aguardam, ainda, para sua implementação, fundos apropriados e suporte internacional. Quando isso acontecer, um novo capítulo se abrirá, pois, provavelmente, esta é a onda do futuro, e a administração pública internacional mostra sabedoria ao antecipá-la. Essa perspectiva – que visa principalmente o desenvolvimento socioeconômico – alterará as relações entre as esferas nacionais e internacionais, pois os governos terão que se ajustar e preparar previamente seu público para essa redefinição do Estado, centrada principalmente em:

- (a) promover um ambiente propício a um governo eficaz,
- (b) estimular o profissionalismo, valores éticos e a imagem do serviço público,
- (c) reconceituar o Estado para desenvolvimento socioeconômico,
- (d) criar um ambiente favorável para o desenvolvimento do setor privado,
- (e) fortalecer a capacidade governamental na mobilização, gerenciamento e prestação de contas dos recursos financeiros¹⁶.

O Estado forte e o Mercado forte, longe de serem dois adversários, complementam-se e definem as condições necessárias para a prosperidade econômica e para a justiça social. Tendências predominantes internacionais estão redefinindo o papel do Estado e do setor público e orientando a mudança na natureza da “governança”. Uma dessas tendências é a arrancada da globalização, que, rapidamente, tem transformado a operacionalidade da economia e do mercado. Outra ainda é o progresso da ciência e da tecnologia modificando os métodos de

¹⁵ No Brasil, encontram-se atualmente em vigor leis e decretos que tratam, às vezes com extremo rigor, de infrações de princípios éticos por ocupantes de cargos públicos. O mais recente é o Código de Conduta da Alta Administração Federal (DOU de 22 de agosto de 2000, Seção 1, p.2).

¹⁶ Essas previsões foram confirmadas no 13º Encontro de Especialistas dos Programas das Nações Unidas em Administração Pública e Finanças, ocorrido em Nova York, de 27 de Maio a 4 de Junho de 1997, onde o tema era a redefinição do Estado para desenvolvimento socioeconômico.

produção, distribuição de produtos, transporte, comunicação e gerenciamento de informações. Uma terceira tendência é a emergência de uma sociedade civil vibrante como parceira dinâmica na condução da coisa pública e da atividade econômica, nacional e internacionalmente¹⁷.

Juntamente a esses propósitos, há a necessidade de frear e reverter qualquer tendência perigosa que aprofunde a distância entre ricos e pobres, poderosos e excluídos. Somente um Estado ativo e forte pode promover a justiça social, assegurar acesso a serviços qualificados, resguardar a norma legal e respeitar direitos humanos, nos termos da Resolução 50/225¹⁸. A necessidade de redesenhar um Estado estratégico não compreende um grande governo, mas é totalmente compatível com etapas para encorajar racionalidade de custos, responsabilidade fiscal e um gerenciamento financeiro bem-estruturado¹⁹. O que isso requer são sistemas de administração pública propriamente organizados e devidamente equipados que incluem planos e políticas capazes de atrair, reter, desenvolver e motivar pessoal altamente qualificado. Profissionalismo, mérito e um código de ética respeitado são ingredientes essenciais para uma estratégia básica na restauração e promoção da imagem do serviço público²⁰.

Por outro lado, esta estratégia clama por atividades formadoras de capacidades, com judiciosa combinação de ajustamento do quadro institucional e desenvolvimento de recursos humanos claramente reconhecida na Res. 50/225²¹. Busca-se, nesse sentido, encorajar estratégias globais e métodos específicos para os países que contribuem para uma governança eficaz; incrementar o esforço institucional, o desenvolvimento gerencial, como também a promoção de padrões éticos e do profissionalismo no serviço público. Com estas finalidades, o programa elaborado deve servir como um *fórum* para o intercâmbio de informações em políticas, melhores métodos e práticas entre governos e organizações não-governamentais, como também prestar serviços de aconselhamento aos governos interessados²².

¹⁷ MELO, Marcus André. Governance e reforma do Estado: o paradigma agente v. principal *Revista do Serviço Público*. Brasília, ENAP, 120 (1):67-82, jan./abr. 1996. Na visão atual do neo-institucionalismo, “ao romper metodologicamente com pressupostos do comportamento maximizador e ao adotar o conceito de racionalidade restringida (*bounded rationality*) (...) pode-se explorar o impacto da incerteza nas transações sociais” que envolvem o agente e o principal, quer sejam o Estado e agentes econômicos privados, o Estado e os cidadãos, ou ainda os burocratas (agentes do Estado) e os políticos.

¹⁸ Note-se que a ênfase em eficiência, competição e supremacia do cidadão (consumidor) pode induzir a uma lógica às avessas, que retira o Estado dos locais mais necessitados, onde exerceria adequadamente seu papel. A exclusão gerada pela competitividade não é certamente o melhor caminho para alcançar o interesse público.

¹⁹ A Lei Complementar n° 101/2000 estabelece normas de finanças públicas voltadas para a “responsabilidade na gestão fiscal” em todos os âmbitos do governo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Entre as normas integrantes da legislação, incluem-se preceitos limitativos das despesas com pessoal, em estrita obediência ao disposto no art. 169 da Constituição Federal, segundo o qual “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

²⁰ De fato, o paradigma agente v. principal desloca a discussão da polarização Estado v. Mercado para o conjunto de incentivos com os quais os agentes se deparam. A relação agente/principal (governo-cidadãos) se perfaz por meio da *regulação*, e os cidadãos podem controlar o governo por mecanismos de *accountability*, que significa fazer o governo responsável por suas ações.

²¹ O 13° Encontro de Especialistas recomendou que, como um componente essencial do setor econômico e social das Nações Unidas, o Programa em Administração Pública e Finanças deve focalizar a promoção e monitoramento da implementação da Resolução 50/225.

²² Observe-se, nesse sentido, que a eficiência do setor público e a capacidade do Estado de formular e implementar políticas públicas dependem de sua estrutura administrativa e da estrutura social na qual ele está inserido. Chega-se, por este raciocínio, ao paradoxo do neoliberalismo, porquanto para reduzir o tamanho do Estado (para ter o Estado mínimo) é preciso ter um Estado forte.

NOTAS SOBRE CONSUMO E O CONCEITO DE CONSUMIDOR – DESENVOLVIMENTOS RECENTES

*Duciran Van Marsen Farena**

Sumário: 1. Introdução. 2. A Vulnerabilidade. 3. Consumo e Justiça Social. 4. Consumo Sustentável. 5. Consumo e Direitos Fundamentais. 6. O Conceito de Consumidor e os Consumidores Pessoas Jurídicas

1. Introdução

As recentes medidas provisórias do “apagão”, superada a vertigem inicial de exclusão completa da aplicação do CDC às suas disposições, introduziram dispositivo afastando a incidência do estatuto consumerista às relações delas decorrentes para as pessoas jurídicas e consumidores não residenciais.

Para efeito deste estudo não interessará tanto a questão da constitucionalidade desse ou de qualquer outro dispositivo que, esperamos, seja passageiro, assim como as medidas provisórias que, com beneplácito supremo, extraíram a fórceps o “estado de emergência” energético da nossa desditosa Constituição.

Mas sim, importa analisar se *ab initio*, poderiam ser privadas da proteção do CDC as pessoas jurídicas (ou consumidores não residenciais).

Interessa, igualmente, a partir desta consideração preliminar, incursionar, ainda que brevemente, sobre outros temas relacionados ao consumo e direito do consumidor que assumem relevo para uma pré-compreensão do conceito de consumidor.

2. A vulnerabilidade

Desponta a vulnerabilidade como primeiro postulado da Política Nacional de Defesa do Consumidor (art. 4º, I, CDC) e cuja compreensão deve anteceder à definição de consumidor no diploma protetivo.

É conhecida a evolução pela qual o consumidor foi despojado de sua soberania (ao menos ideal) no mercado, de fator de regulação de preços no mercado perfeitamente concorrencial, exercendo plenamente a liberdade de escolha, para reduzir-se a objeto do poder exercido pelos fornecedores.

A idéia de vulnerabilidade surge assim como contraposição ao poder exercido pelo fornecedor. Poder econômico (economia de escala, especialização da produção), poder técnico (que o avanço da tecnologia somente incrementa) e social (mediante o instrumento da

* Duciran Van Marsen Farena é Procurador da República. Doutor em Direito Econômico pela USP.

propaganda e do marketing).

A vulnerabilidade do consumidor, assim, é produto deste reconhecimento do poder do fornecedor no mercado e da fragilidade do consumidor diante desse poder. Ela busca à instauração do equilíbrio que possa devolver a este o fragmento da soberania que lhe foi retirado.

Vulnerabilidade prende-se a uma condição de fragilidade no mercado, não à condição econômica do consumidor. Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo é hipossuficiente. Esta última condição é apta a credenciar o consumidor para vantagens processuais, como a inversão do ônus da prova.

Num país onde qualquer pessoa que tenha uma renda mensal acima de R\$ 1.100 já faz parte dos 10% mais ricos¹, e no qual os instrumentos de defesa coletiva ainda encontram resistências, é de crucial importância que se evite apequenar os conceitos de hipossuficiência e mesmo de vulnerabilidade, o que afastaria ou mesmo inviabilizaria as pretensões dos poucos que podem recorrer ao Poder Judiciário e que formam a jurisprudência conhecida na matéria.

Causa espécie, desse modo, que seja frequente a negativa de inversão do ônus da prova em processos de SFH ou planos de saúde, envolvendo meros assalariados, em argumentos que mal disfarçam a idéia subjacente de que qualquer um que escape do salário mínimo não é hipossuficiente!

A fim de fugir dessa armadilha, alguns autores aduzem que a hipossuficiência, no caso, é técnica (ou jurídica), devendo ser aferida pelo Juiz conforme a circunstância, não dizendo respeito à condição econômica do consumidor. “A inversão do ônus da prova não tem relação com valor econômico. A teleologia do código não é proteger o pobre, mas, sim, garantir a todos os consumidores (pobres, ricos ou milionários), dentre outros direitos, o do amplo acesso à justiça, conferindo-lhe uma tutela jurisdicional efetiva e adequada”.²

Seja como for, irrecusável que não há como escapar totalmente de um critério de condição econômica do consumidor, o certo é que a hipossuficiência deverá ser aferida sempre de acordo com o caso concreto. Um consumidor pode ser hipossuficiente perante um poderoso fabricante de automóveis, e não o ser diante de um simples comerciante ou artesão.

Para além dessa consideração, uma política de defesa do consumidor deveria mesmo envolver o apoio público a escritórios populares que patrocinassem causas dos consumidores mais pobres. Mas, onde, a despeito do comando constitucional até agora não se tem sequer uma defensoria pública na esfera federal, estamos ainda muito longe disso.

3. Consumo e justiça social

Tampouco há que olvidar os privados do consumo. Não compartilhamos da concepção de que aquele que está fora do mercado – isto é, não possui dinheiro para aquisição de bens de consumo, vivendo da caridade de terceiros ou de assistência social – não pode ser considerado consumidor, situando-se, pois, fora da esfera da defesa do consumidor e de suas políticas.

Seria fácil, nessa ótica, equiparar o Direito do Consumidor a um “direito de privilegiados” já que poucos no Brasil têm acesso ao consumo – na acepção ampla da palavra.

Os indicadores sociais brasileiros, de fato, não deixam nenhuma margem para otimismo. Uma em cada dez crianças brasileiras de 5 a 14 anos trabalha, situando o Brasil ao lado de Honduras e da Guatemala, países que têm renda per capita bem inferior à brasileira³. O País

¹ *Estudo da FGV sugere adoção de metas sociais*, Folha de São Paulo, 10 de julho de 2001.

² CALDEIRA, Mirella D'Angelo, *Inversão do ônus da prova* in *Revista de Direito do Consumidor* n° 38, abril-junho de 2001. São Paulo: RT, p. 175.

³ *Uma em cada dez crianças ainda trabalha*, Folha de São Paulo, 15 de julho de 2000, p. C8.

tem cinquenta milhões de indigentes (29,3% da população), isto é, de não consumidores, segundo dados da FGV. O Estado do Maranhão (seguido de Piauí e Ceará) tem 63,72% de sua população vivendo com renda mensal inferior a oitenta reais, isto é, em estado de indigência⁴.

O Brasil ocupa a 69ª posição (índice: 0,750) no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2001, atrás da Venezuela, Colômbia, Líbano e Panamá⁵.

Índice injusto ou equivocado, como chegou a dizer o governo? Estaria havendo pouca compreensão dos números frios com as conquistas técnicas alcançadas nos últimos anos, que preparam o grande salto da Nação ao Primeiro Mundo? Parece que não. Mesmo no Índice de Avanço Tecnológico, criado pela ONU com a única finalidade de medir o nível de desenvolvimento tecnológico de cada país, o Brasil ficou em 43º lugar, abaixo de Costa Rica, Panamá, Trinidad e Tobago e Uruguai⁶.

Nesse cenário, como se preocupar com o consumidor de Rolex ou de Mercedes-Benz quando tantos passam fome? Há, no entanto, que se preocupar com estes consumidores, vulneráveis perante os respectivos fabricantes, com os consumidores hipossuficientes, e com os sem-consumo.

Quanto a estes últimos ressentem-se – não há dúvida – o CDC de dispositivos específicos. Entretanto, importa notar que a Constituição Federal, em seu artigo 170, caput, condiciona a ordem econômica (da qual a defesa do consumidor é um dos princípios, inciso V) aos ditames da justiça social com a finalidade de assegurar a todos existência digna.

Conforme José Afonso da Silva, a Carta Magna “dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica – a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego”⁷.

Justiça social, segundo o mesmo autor, “só se realiza mediante uma equitativa distribuição da riqueza (...) um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria”⁸.

Assim, segundo entendemos, não vai demais em dizer que a justiça social também preordena o princípio da defesa do consumidor, de modo a que este envolva também o direito básico ao consumo do essencial, passando a abranger, em sua órbita, também os sem-consumo.

Num plano básico, os conceitos de cidadão (entendido no sentido amplo) e de consumidor se interpenetram. A política social, em sua base, é uma política de consumo – e vice-versa.

Partindo dessas premissas, permitimo-nos delinear os seguintes princípios:

O primeiro é o de que a política social deverá necessariamente consagrar o status ativo de consumidor do cidadão indigente. Isto é, em lugar de entregar simplesmente ao indivíduo cestas básicas, será preferível inscrevê-lo em um programa que lhe assegure uma renda mensal, e lhe garanta o exercício da cidadania do consumo.

Não que as cestas básicas não sejam relevantes em caso de emergência, mas não será possível, digamos, substituir um programa de renda mínima pela distribuição de bens de consumo, como se fez em Brasília. E sempre será preferível entregar o equivalente em dinheiro ao necessitado.

Sabe-se que os produtos das cestas distribuídas pelo governo, conforme foi denunciado, são da pior qualidade possível. Dispondo do dinheiro, teria o beneficiário meios de encontrar

⁴ “País tem 50 milhões de indigentes, diz FGV”. *Folha de São Paulo*, 10 de julho de 2001, p. A-14.

⁵ “Ranking da ONU: Noruega é líder, EUA caem para 6º”. *Folha de São Paulo*, 10 de julho de 2001, p. A 10.

⁶ “Brasil fica no 43º lugar em tecnologia”, *Jornal do Brasil*, 10 de julho de 2001, p. 3.

⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 1998, p. 756.

⁸ *Idem*, p. 755.

produtos adequados, de acordo com suas necessidades específicas, o que em si já seria um exercício de cidadania de consumo.

O segundo é o de que o indivíduo em posição de indigência tem o direito de exercer sua cidadania pelo consumo, reivindicando dos poderes públicos uma importância que lhe garanta a subsistência básica. É o que podemos chamar de direito ao consumo básico.

Por derradeiro, o indivíduo em condição de indigência não terá suspenso o fornecimento de serviços públicos essenciais. É o direito à prestação contínua de serviços essenciais (que existe a par da própria continuidade em si). No caso de não pagamento de contas de luz e água, por exemplo, terá a empresa o direito de instalar um limitador de consumo, mas não de suprimir o fornecimento.

Evidentemente nesta época sombria onde os indicadores acusam com veemência o retrocesso nacional, em todos os níveis, e a energia é cortada, com apoio da Suprema Corte (ou supremo corte?), mesmo de quem paga em dia, talvez tais propostas tenham que hibernar até tempos mais promissores.

4. Consumo sustentável

O conceito de consumo sustentável prende-se à idéia de finitude dos recursos naturais. Somente a partir da década de 70 começou a se formar uma consciência de que a natureza e seus recursos são limitados, não havendo como prosseguir a humanidade – melhor dizendo, os ricos – na trilha da expansão ilimitada da produção, vale dizer, do desenvolvimento irrefreado.

Surgiu, assim, a concepção de limites humanos e naturais para o crescimento, tese esta, no princípio, vista com maus olhos pelo Terceiro Mundo, suspeito de que se pretendia evitar que alcançassem o nível de progresso dos países ricos, em cuja busca estavam empenhados.

A neurose do crescimento e do superconsumo afeta ricos e pobres. Luigi Zoja (em comentário de Luís S. Krautz) bem aponta as conseqüências desse modelo de consumo: “‘Vivemos numa sociedade bulfímica’, diz, ‘onde as pessoas adquirem, sistematicamente, muito mais do que precisam, sem, no entanto, saciarem-se realmente’. Para ele, esta epidêmica obsessão por objetos é a raiz do desconforto espiritual do nosso tempo (...). Juntamente com o conteúdo espiritual, o homem moderno perdeu, para Zoja, a capacidade de se saciar e se satisfazer. Se os instintos tendem à autolimitação – quando estamos com a fome saciada não comemos, se não temos sede, não bebemos – também o homem moderno, quando adquire alguma coisa, deveria sentir-se satisfeito com ela. Mas não é o que ocorre num mundo contaminado pelo que o autor chama de ‘metástase das necessidades’ (...)”⁹.

No Terceiro Mundo, vemos no hiperconsumo das classes elevadas o mimetismo dos padrões dos países ditos desenvolvidos, nos quais se espelham. Tal modo de proceder não consegue alavancar o desenvolvimento dessas nações, nem sequer esconder a miséria que cerca as ilhas privilegiadas.

A criação crescente de necessidades fictícias (a indústria de computadores e softwares é o mais acabado exemplo disso) é, além de um elemento a ser lidado pelo conceito de consumo sustentável, também uma prova eloqüente da vulnerabilidade do consumidor nos nossos tempos.

A idéia de consumo sustentável tende, assim, a uma mudança qualitativa na natureza do consumo, incorporando, a par da satisfação do consumidor, preocupações expressivas de natureza social e ambiental.

Exemplos dessa mudança de conceito – e de mentalidade – não faltam. A crescente

⁹ *Sociedade insatisfeita*, Luis S. Krautz, *Gazeta Mercantil*, 22/24 de dezembro de 2000, p. 13.

consciência a respeito dos males dos transgênicos, o diferencial de qualidade agregado aos produtos orgânicos, com “selo verde”, fitoterápicos e industrializados a partir de espécies nativas.

O respeito à natureza, a racionalidade na exploração dos recursos naturais e a integração das populações nativas (indígenas e outros) no processo produtivo representa um nicho de mercado em expansão no mundo inteiro. Basta ver, por exemplo, que os cafés orgânicos poderiam ser uma saída para a crise do setor, provocada pela superprodução mundial.

A despeito das vastas possibilidades (e do marketing natural) representado pela selva amazônica, nada é feito no Brasil para estimular a produção e exportação de produtos “verdes” e orgânicos, continuando a política econômica concentrada na exportação de produtos industrializados fabricados no Centro-Sul nos mesmos moldes e padrões dos que abundam no mercado mundial.

No caso específico do apagão, qual seria a sustentabilidade de uma política que, a inacreditáveis subsídios, pretende povoar o País de termelétricas que consomem enormes volumes de água e produzem emanações tóxicas, enquanto temos capacidade inaproveitada hidráulica, eólica, solar?

Termelétricas que poluirão – isto é, produzirão de qualquer jeito, pois a compra de sua energia está assegurada pelo governo, mesmo que, num futuro próximo, haja abundância?

5. Consumo e direitos fundamentais

Por outro lado, os direitos dos consumidores também se inserem como direitos humanos fundamentais, a partir da definição do art. 5º, XXXII, da CF/88.

Usaremos aqui a expressão como direitos humanos positivados na Constituição (o que, contudo, não representa óbice à existência de direitos humanos naturais, implícitos ou consagrados pelo Direito Internacional).

A evolução dos direitos humanos das liberdades clássicas (direitos do homem) para os direitos de segunda (direitos sociais) e de terceira (direitos de solidariedade: paz, meio ambiente, desenvolvimento, proteção do patrimônio comum da humanidade) representa, pela sua ressonância sobre o pensamento jurídico, um esforço para recolocar o homem no centro das cogitações do direito.

Oportuno, nesse sentido, o ensinamento da Profª Cláudia Lima Marques: “Em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, explicitou o Prof. Erik Jayme que este sujeito de direito pós-moderno é um sujeito qualificado, identificado com direitos constitucionais fundamentais, direitos humanos básicos, ‘e que, por isso mesmo, é o sujeito novo a ser protegido, tutelado pelo direito’. (...) Para Erik Jayme ‘o *leitmotiv*, isto é, o fio condutor do direito na pós-modernidade, do direito do século XXI serão os direitos humanos’. Uma afirmação bastante forte no momento em que são justamente esses direitos humanos menosprezados em tantas guerras, violências, barbarismo, tanto individualismo, tanto egocentrismo realmente na nossa sociedade. Por vezes parecemos uma sociedade darwiniana, onde somente os fortes sobreviverão, deixando os outros pelo caminho. Na teoria de Jayme, o *revival* dos direitos humanos é proposto como elemento-guia, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais” e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do Direito Civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos (...) O mestre de Heidelberg insiste: o instrumento reequilibrador (re-personalizante, diria eu) do atual direito são os direitos humanos. Iremos reconstruir a abalada ciência do direito através da valorização dos direitos do homem, da igualdade que está nessa idéia.

Assim, podemos concluir que a análise de Jayme traz duas contribuições importantes: 1) fornecer base científica para a concentração hoje existente no sujeito de direito consumidor, como o mais vulnerável no mercado de consumo. É aquele sujeito a merecer especial proteção do direito, principalmente no que se refere ao exercício de seus direitos e em caso de conflito eventual de interesse com outros agentes (fornecedores etc.); 2) destacar a hierarquia dos direitos ora em conflito, no caso, direitos humanos, direitos fundamentais do consumidor, a exigir maior cuidado do aplicador da lei”¹⁰.

Cumpra ainda recolher as criteriosas palavras do Juiz Federal Dr. José Henrique Prescendo, ao julgar a ação civil pública nº 1999.61.00.004437-1, movida pela OAB/SP contra Excel Leasing S/A e outros:

“Os direitos dos consumidores inserem-se, na sociedade atual, também como direitos humanos fundamentais pela proteção que seus destinatários necessitam, de forma a não se tornarem presas fáceis das grandes corporações. Num mundo globalizado, a concentração de capital e tecnologia nas mãos de grandes corporações, bem como a necessidade de produção de bens de consumo em massa, deixam o consumidor excessivamente vulnerável, disso surgindo a preocupação dos juristas em lhes assegurar direitos básicos. Por isso que nossa Constituição Federal contém disposição expressa determinando que ao Estado caberá promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Trata-se do inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal, inserido no Título II, que, por elucidativo, cuida exatamente dos Direitos e Garantias Fundamentais. Os direitos humanos não são apenas os direitos naturais explicitados nas primeiras declarações. Abrangem também os de segunda geração, denominados de direitos sociais, surgidos em decorrência das revoluções sociais do início do século passado, como o direito ao trabalho, por exemplo, e os direitos de terceira geração, concebidos mais recentemente, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o direito do consumidor, etc. Já se fala até no surgimento de uma quarta geração de direitos fundamentais, nesses incluídos, por exemplo, direitos destinados à proteção do patrimônio genético da humanidade. A atual revolução tecnológica por certo fará surgir novos direitos humanos, sequer imaginados pelos signatários da Declaração de 10 de Dezembro de 1948 e muito menos pelos revolucionários de 1789 ou pelos fundadores da América”.

6. O conceito de consumidor e os consumidores pessoas jurídicas

Dispõe o artigo 2º do CDC que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Conforme preleciona João Batista de Almeida, consumidor há de ser:

- a) pessoa física ou jurídica, não importando os aspectos de renda e capacidade financeira. “Em princípio, toda e qualquer pessoa física ou jurídica pode ser havida por consumidora. Por equiparação, é incluída também a coletividade, grupos de pessoas, por exemplo, a família (determináveis), e os usuários dos serviços bancários (indetermináveis)”¹¹.

¹⁰ LIMA MARQUES, Cláudia, Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços – O aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos in Revista de Direito do Consumidor, p. 73, São Paulo, RT, nº 35 jul./set. 2000.

¹¹ A proteção jurídica do consumidor, p. 37, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2000.

- b) “que adquire (compra diretamente) ou que, mesmo não tendo adquirido, utiliza (usa, em proveito próprio ou de outrem) produto ou serviço”¹²;
- c) “como destinatário final, ou seja, para uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico, e até para terceiros, desde que o repasse não se dê por revenda. (...) A operação de consumo deve encerrar-se no consumidor, que utiliza ou permite que seja utilizado o bem ou serviço adquirido, sem revenda. Ocorrida esta, consumidor será o adquirente da fase seguinte, já que o consumo não teve, até então, destinação final. Existe a possibilidade de concentrarem-se numa mesma pessoa ambas as figuras, quando há em parte consumo intermediário e consumo final. É o caso das montadoras de automóveis, que adquirem produtos para montagem e revenda (autopeças) ao mesmo tempo em que adquirem produtos ou serviços para consumo final (material de escritório, alimentação). O destino final é, pois, a nota tipificadora do consumidor¹³”.

O critério tem uma grande virtude: a objetividade, que deixa pouca margem para dúvidas.

O protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo do Mercosul define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. (...) Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviço” (art. 1º).

Comparando o teor dos dois dispositivos, vê-se que o protocolo foi bastante mais restritivo que o Código nacional, a despeito da enganosa semelhança. O critério do “destinatário final” é condicionado à existência da “relação de consumo”, definição tortuosa que se presta a interpretações ambíguas, tendentes à exclusão de determinadas relações, e, via de conseqüência, de certos fornecedores (como os bancos, por exemplo). Além disso, o protocolo consagra o requisito do uso não profissional, de modo que o bem ou serviço não poderá ser integrado em cadeia de produção ou servir para a prestação de outros serviços (seria esse o caso da eletricidade).

Esta última concepção também é perfilhada por parte da doutrina nacional. Toshio Mukai assim se posiciona: “A pessoa jurídica só é considerada consumidor, pela Lei, quando adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final, não, assim, quando o faça na condição de empresário de bens e serviços com a finalidade de intermediação ou mesmo como insumos ou matérias-primas para transformação ou aperfeiçoamento com fins lucrativos (com o fim de integrá-los em processo de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros)¹⁴”.

Mesmo antes da vigência do CDC dividia-se a doutrina a respeito da definição de consumidor entre minimalistas e maximalistas. Com o advento da definição legal, não deixou de haver, contudo, controvérsia, defendendo os primeiros que o conceito de consumidor deve ser temperado com a vulnerabilidade. Os argumentos e exemplos são conhecidos: a grande multinacional que invoca o código contra o pequeno produtor nacional, o milionário contra o pequeno artesão, etc.

Contudo, estimamos que a razão está com João Batista de Almeida, quando disserta: “(...) A definição legal de consumidor (CDC, art. 2º) contempla a pessoa física e a jurídica independentemente de nível de renda, fortuna ou capacidade financeira, não se excluindo quem

¹² ALMEIDA, João Batista de, p. 38. Idem.

¹³ ALMEIDA, João Batista de. Idem, ibidem.

¹⁴ MUKAI, Toshio, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Juarez de Oliveira, coord, p. 6, São Paulo, Saraiva, 1991.

quer que seja da tutela por critérios meramente econômicos. De toda sorte, a crítica que se faz em relação à pessoa jurídica e economicamente bem dotada poderia, em princípio, ser estendida à pessoa física, que pode igualmente ostentar as mesmas condições. Ao que parece, o legislador preferiu ampliar o guarda-chuva da tutela a restringi-lo demasiadamente, à falta de critério objetivo que pudesse assegurar uma seletividade de quem deveria receber a tutela, opção que nos parece a mais justa e correta¹⁵”.

Percebe-se que grande parte do debate centra-se na verdade na condição econômica do consumidor e no risco subjacente à ampliação dos “privilégios” do CDC às pessoas jurídicas dotadas de grande potencial econômico. Mas, por outro lado, a concepção do uso não profissional teria o efeito também de bloquear a incidência do CDC a casos onde é evidente a vulnerabilidade, como, por exemplo, o pequeno artesão que adquire tintas fabricadas por uma multinacional para a confecção de peças de artesanato. Destinado a uso profissional, insumo a ser integrado no processo de produção, não poderia o artesão ser considerado consumidor frente ao fabricante.

Outros ordenamentos jurídicos buscaram exceções que contemplassem expressamente a diferença de situações. Veja-se, a propósito, a redação da Lei costa-riquenha nº 7472/96 (promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor), ao definir consumidor:

“Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano – en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley – que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros”.

Ou seja, o pequeno industrial e o artesão estão amparados pelo conceito de consumidor, ainda que adquira com a finalidade de intermediação ou como insumo para o processo de transformação.

À falta de solução semelhante em nossa lei, cremos que a inteligência mais consentânea com o espírito do código é a de que se aplica também às situações em que o bem se destina a uso profissional.

Em primeiro lugar, importa notar que não consagrou a lei o critério do uso não profissional, mas sim o do destinatário final. Se é verdade só é consumidor quem adquire bens e serviços de alguém que exerce a atividade a título profissional, não é verdadeiro que o bem ou serviço adquirido tenha que se destinar obrigatoriamente a uso não profissional.

Nesse sentido, ainda a lição de João Batista de Almeida: “Pela definição legal de consumidor, basta que ele seja o ‘destinatário final’ dos produtos ou serviços (CDC, art. 2º), incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão, bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda. O advogado que adquire livros jurídicos para bem desempenhar sua profissão é, sem dúvida, destinatário final dessa aquisição, e, como tal, consumidor segundo a definição legal. Não há razão plausível para que se distinga o uso privado do profissional; mais importante, no caso, é a ausência de finalidade de intermediação ou revenda”¹⁶.

Com efeito. A aquisição de um computador ou software, para o exercício profissio-

¹⁵ op. cit., p. 38.

¹⁶ Obra citada, p. 40.

nal da advocacia, pouco importa se por um advogado principiante ou por grande banca de advocacia, qualifica o adquirente como consumidor. É preciso notar que não há como considerar o computador como parte integrante de uma cadeia produtiva que desembocaria em peças processuais. Basta considerar que, mesmo sem o computador, o trabalho de advocacia poderia ser exercido – isto é, arrazoados e apelações continuariam a ser redigidos – embora, certamente, com mais dificuldade.

Da mesma forma, o uso da eletricidade na fabricação de produtos por uma grande indústria ou o açúcar adquirido por uma doceira não são circunstâncias hábeis a elidir a relação de consumo, desde que o produto adquirido ou desaparece ou sofre mutação substancial no processo produtivo. Portanto, sendo a grande indústria e a doceira destinatários finais, podem perfeitamente ser considerados consumidores, para efeito destas aquisições, não assim quando vendam os produtos fabricados ou os doces, relações em que serão considerados como fornecedores.

Em decisão na ação civil pública n.º 2001.61.00.014585-8 o Juiz Federal da 6ª Vara Cível da cidade de São Paulo, Dr. Alexandre Cassetari, muito bem se posicionou sobre o assunto:

“Inegavelmente trata-se de litígio referente a relação de consumo em defesa das pessoas físicas e jurídicas consumidoras e, assim, são aplicáveis as normas do Código do Consumidor. Não há que se dizer que as pessoas jurídicas comerciais e industriais não são amparadas pelo Código do Consumidor, pois o seu artigo 2º é claro ao estatuir que é consumidor toda pessoa física ou jurídica destinatárias final do serviço. Mesmo que se exija a hipossuficiência ou vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica para caracterizar a relação de consumo, é inegável que, entre as concessionárias e as várias pessoas jurídicas com atividade industrial e comercial, há a vulnerabilidade e hipossuficiência desta últimas na relação negocial envolvendo a prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica.”

Outro exemplo recentemente submetido ao Poder Judiciário de uso profissional por pessoa jurídica é o caso do leasing. Este tipo de contrato é utilizado tanto por particulares como por pessoas jurídicas, e nesse caso o uso, em regra, será estritamente profissional. Já decidiu a jurisprudência a respeito:

“Arrendamento mercantil. Código de Defesa do Consumidor. Juros. Comissão de permanência. 1. O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do Código de Defesa do Consumidor, não desqualificando a relação de consumo o fato do bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária”

(Resp. n.º 235200/RS. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 4/12/00).

Não há razão para temer o emprego do CDC pelas pessoas jurídicas, mesmo as dotadas de poder econômico. Se uma grande empresa invoca o CDC e alega vulnerabilidade, digamos, diante da distribuidora de energia, isso somente irá reforçar a posição dos consumidores de seus produtos. É preciso lembrar que a jurisprudência relativa à impossibilidade de inclusão em banco de dados negativo do nome de pessoas físicas que estão discutindo em juízo seus débitos somente ganhou com o recurso de pessoas jurídicas contra sua negativação no SERASA, ou CADIN.

Mais se perde com a tentativa de empresas – bancos, prestadores de serviço público –

de fugir à incidência do CDC. Para rematar, transcrevemos, quanto às instituições financeiras, valioso subsídio ministrado pela jurisprudência, por meio da abalizada lição de Newton de Lucca:

“(…) Daí serem necessárias, a meu ver, algumas precisões complementares.

Uma dessas precisões diz respeito às formas pelas quais pode se dar o crédito ao consumidor. Imaginemos diante da loja que lhe vende o produto em prestações diretamente, isto é, sem a intermediação de um Banco. Estamos diante de um contrato de compra e venda a prazo, que seja uma compra e venda conjugada a um contrato de mútuo, que exista a alienação fiduciária ou não do produto negociado, consumidor e fornecedor estão sujeitos às normas do CDC. Todas as divergências surgidas entre eles, seja em relação ao produto, seja em relação ao financiamento, serão resolvidas com as normas do Código.

Imagine-se, agora, se o financiamento é feito não diretamente pelo fornecedor do produto e sim por uma instituição financeira. É evidente que o contrato de compra e venda do produto diz respeito ao fornecedor e ao consumidor. Eventual vício do produto, por exemplo, será de responsabilidade do fornecedor e não da instituição financeira que celebrou o contrato de mútuo com aquele consumidor. Mas é igualmente evidente que esse contrato de mútuo entre o consumidor e a instituição financeira também se submete às normas do CDC. É ainda igualmente claro que os eventuais problemas que esse contrato de mútuo possa ter não dirão respeito ao fornecedor do produto.

Servem tais considerações para demonstrar a impropriedade de todos esses raciocínios tendentes a afirmar, categoricamente, quer a não aplicabilidade aos Bancos das normas do CDC, quer a sua plena aplicabilidade independentemente das considerações adicionais. O Banco é, à luz do CDC, um fornecedor. E não é apenas um fornecedor de serviços. Ele é, igualmente, um fornecedor de produtos (o dinheiro). Mas isso não significa que as normas do CDC ser-lhe-ão sempre aplicáveis. Os contratos por ele celebrados poderão não ser considerados relações de consumo, mas não por causa de ser o tomador do dinheiro um eventual colecionador de moedas, mas sim pela boa razão de que a relação de consumo depende de dois sujeitos: o fornecedor e o consumidor. Se o Banco realiza contratos com partes que não poderão ser consideradas consumidores, a sua disciplina jurídica não será afetada pela legislação consumerista.

Vamos tomar, por exemplo, os empréstimos efetuados junto aos Bancos por empresários. Imagine-se uma rotineira operação de desconto de duplicatas. Aqui sim tem sentido dizer-se que se trata de uma operação bancária destinada à produção ou ao consumo intermédio. A prevalecer a teoria finalista – que nos parece claramente a mais acertada em matéria de Direito do Consumidor – o aspecto teleológico da proteção ao Código se sobrepõe aos demais. Quer isso dizer que os empresários, salvo raras exceções, não se acham albergados pela legislação tutelar, não obstante a definição de ‘consumidor’, constante do caput do art. 2º do CDC que, com a expressão ‘pessoa jurídica’, contemplou a possibilidade de os empresários, quando destinatários finais, serem também abrangidos pela proteção.” (Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Vol. 36, dez. 98, pág. 50/52. AI 2001.03.00.005132-0-MS; DJU 4/6/2001 seção 2 – pág. 315).

Concluímos que o CDC – e a proteção que a Constituição dispensa ao consumidor – restam sempre violados quando se tenta interditar a aplicação de suas normas a qualquer classe de consumidores.

MINISTÉRIO PÚBLICO E A TITULARIDADE PRIVATIVA DO *JUS POSTULANDI* PARA A AÇÃO PENAL PÚBLICA E PROCEDIMENTOS INCIDENTES

*Edimar Carmo da Silva**

Em vista do reiterado procedimento de autoridades policiais encaminhar inquéritos policiais ou qualquer outra peça de natureza acautelatória (representação para prisão preventiva, prisão temporária, busca e apreensão domiciliar etc.) diretamente ao Poder Judiciário, não perdendo de vista como o Ministério Público e o Poder Judiciário vêm se portando acerca da questão, após breve reflexão tomando como parâmetro os novos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e análise de breves – mas incisivos – apontamentos literários acerca da questão, elaborou-se o presente escrito.

Porquanto pretendesse o legislador de 1941 estabelecer entre nós o modelo acusatório de processo penal, assim explicitado no item V da Exposição de Motivos do Dec.- Lei n.º 3.689/41 ao argumento de que “o projeto atende ao princípio *ne procedat judex ex officio*” e que “reclama a completa separação entre juiz e o órgão da acusação”, na verdade a prática legislativa não tomou tal direcionamento. De efeito, já no art. 26 do Código de Processo Penal restou consignado que a ação penal para as contravenções penais tivesse início com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial, cujo procedimento encontra-se estabelecido nos arts. 531 a 538 do mesmo Código. Também para certas infrações o procedimento ganhava quase um contorno inquisitivo conforme o estabelecido, por exemplo, na Lei n.º 4.611/65 (para certos crimes culposos) e na Lei n.º 4.771/65 (Código Florestal).

Consoante a mais autorizada e atualizada literatura jurídica nacional, a Constituição Federal de 1988, em vista do estabelecido no inciso I do art. 129 conferindo privatividade ao Ministério Público para o exercício da ação penal pública, tem primado pela clara adoção do sistema processual penal acusatório¹. Em face desse princípio maior, qualquer disposição infraconstitucional anterior que se encontre em afronta à titularidade privativa conferida ao Ministério Público para o exercício da ação penal pública resta revogada. A partir de então a Autoridade Judiciária deverá se manter isenta e imparcial à persecução penal e, ainda, a Auto-

* Edimar Carmo da Silva é Promotor de Justiça do MPDFT.

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, p. 94, 1.º vol., Saraiva, 21ª ed., 1999; FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, RT, p. 173-177, 2ª ed., 2000; FONTELES, Cláudio Lemos, *Investigação Preliminar: Significados e Implicações*, Revista da FESMPDFT, p. 52-62, Ano 9, nº 17, jan./jun. 2001; dentre outros.

ridade Policial não mais detém qualquer forma de postulação judicial.

Mas não é só. A adoção do sistema acusatório não ganha repercussão apenas no exercício da ação penal pública pelo oferecimento da denúncia. Como reflexo instrumental, significa que a partir da nova ordem constitucional somente o Ministério Público possui o *jus postulandi*, vale dizer, somente ele, como titular privativo da ação penal pública, possui o poder postulatório (como pressuposto processual da capacidade de acionar/provocar) para todas as demais ações e medidas assecuratórias/cautelares de provocação do Poder Judiciário para o escopo final de preparar/instaurar/assegurar/prevenir a aplicação da lei penal ao caso concreto.

O advogado (Lei n.º 8.906/94) e o defensor público (Lei Complementar n.º 80/94) – que exercem função essencial à Justiça – detem o *jus postulandi* para orientação jurídica e defesa do interesse da pessoa que tenha incorrido na prática de infração penal, considerando o tema em questão. Ao Ministério Público, e tão-somente a ele, caberá a adoção de qualquer medida de provocação judicial, frise-se, seja de ordem assecuratória ou não, para viabilizar o exercício do direito penal material. Sob o prisma processual o Ministério Público difere do Advogado e do Defensor Público porque, quando parte, (1) atua no exercício da titularidade da ação penal pública como Órgão estatal legitimado a pleitear a aplicação da lei penal ao caso concreto e, ainda, é o Ministério Público sujeito ativo material porque atua como sujeito na *Lide* (Estado/Coletividade ofendida); (2) como sujeito ativo processual porque sujeito privativo da relação processual no exercício do *jus postulandi* na ação penal pública.

De outra feita, a Constituição Federal de 1988 conferiu à Polícia Civil a função de polícia “judiciária” e a apuração de infrações penais, primando pelo caráter eminentemente repressivo. Assim estabelecendo a Carta Federal, fica clara a adoção de modelo similar e compatível ao sistema acusatório já existente e aperfeiçoado em diversos países europeus como Alemanha, Itália, Portugal, dentre outros, onde a polícia “judiciária” procede às investigações sob a coordenação do titular da ação penal, qual seja, do Ministério Público, eis que a este devem ser dirigidas, diretamente, as provas para a formação da *opinio delicti* e qualquer informação – representação - de caráter urgente para adoção de medida judicial assecuratória cabível à espécie.² Em outros dizeres, a polícia civil deve manter ligação direta com o Ministério Público, e sob a coordenação dele, afastando-se de plano qualquer possibilidade de a Autoridade Policial *acionar* a Autoridade Judiciária fornecendo informações de investigações ou dados relacionados à instrução do processo penal na medida que não detém o *jus postulandi* para tanto.

Nessa direção, cabe considerar que várias disposições do Código de Processo Penal brasileiro (de 1941) encontram-se em franca desarmonia com o novo sistema acusatório adotado pela nova ordem constitucional e, como tal, foram revogadas pelo art. 129, incisos I, VII, VIII e IX da Constituição Federal de 1988.

A título exemplificativo vale ressaltar que *não* foram *recepcionados* pela Constituição Federal de 1988 vários dispositivos do Código de Processo Penal, tais como:

- a) §§ 1.º e 3.º do art. 10, quando regram que o relatório final das investigações elaborado pela autoridade policial será enviado ao juiz competente, podendo ainda a Polícia Civil “requerer” a devolução dos autos para ulteriores diligências: (1) as provas servem ao Ministério Público e não ao “juízo competente”, Órgão imparcial que deve ser, e (2) não cabe à autoridade policial, que não mais possui o *jus postulandi*, “requerer” ao juízo a devolução do inquérito na medida em que apenas ao Ministério

² Assim: CHOUZE, Fauzi Hassan, *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, RT, p. 36-51, bSão Paulo, 1995.

Público cabe pleitear qualquer medida judicial e, ainda mais, como titular da ação penal pública, ao Ministério Público cabe avaliar a prescindibilidade ou não de “ulteriores diligências” visando ao oferecimento da denúncia;

b) incisos I e IV do art. 13, quando incumbe à polícia judiciária prestar informações à instrução e julgamento dos “processos” e representar pela prisão preventiva: tais atribuições se imiscuem nas conferidas constitucionalmente e privativamente ao Ministério Público que, como titular da ação penal, é o detentor do *jus postulandi*; na hipótese, devem tanto as peças de informação como a representação para prisão serem remetidas ao Órgão Ministerial para avaliar a pertinência da juntada dos documentos, bem como avaliar a existência dos requisitos legais da medida segregatória para posterior adoção das medidas adequadas junto ao juízo criminal;

c) parágrafo único do art. 21, quando acerca do “requerimento” de incomunicabilidade do indiciado: a revogação do dispositivo em questão é patente na medida em que Autoridade Policial não possui legitimidade para postular (fazer pedido) em juízo. Como detentor do *jus postulandi*, ao Órgão Ministerial cabe fazer *pedido* judicial visando viabilizar/adotar medidas assecuratórias ao futuro exercício da ação penal pública;

d) art. 23, quando regra que a autoridade policial fará a remessa dos autos ao inquirido ao juiz competente: o modelo acusatório instituído pela Carta Maior de 1988 tem como nota a busca da imparcialidade do Órgão julgador, motivo pelo qual todas as peças da investigação devem ser encaminhadas diretamente ao Órgão titular da ação penal;

e) art. 26, quando confere à autoridade policial e à autoridade judiciária titularidade para a persecução penal: a revogação é clara diante do modelo acusatório estabelecido pelo inciso I do art. 129 da Constituição Federal;

f) § 1.º do art. 149, que possibilita à autoridade policial “representar” ao juiz competente para realização de exame de insanidade mental do investigado: a modalidade de “representação”, na hipótese, confunde-se com poder de iniciativa/postulação judicial que, a partir do princípio adotado pelo art. 129, inciso I, da Constituição Federal, somente cabe ao Ministério Público, devendo as peças pertinentes serem encaminhadas ao titular da ação penal pública;

g) art. 241, quando estabelece que a autoridade policial, pessoalmente, pode realizar busca domiciliar: encontra-se revogado pelo inciso XI da Carta Maior de 1988 e, também, em face de necessitar de requerimento para a expedição de mandado judicial, aferindo necessidade de medida urgente e rápida, deverá a Autoridade Policial representar ao Ministério Público e este, como titular do *jus postulandi* requererá ao juízo competente, restando afastada a hipótese de representação direta pela autoridade policial ao Poder Judiciário;

h) art. 311, quando trata que a autoridade policial pode “representar” pela prisão preventiva: como nas demais hipóteses, a postulação judicial caberá tão-somente ao Ministério Público, devendo a autoridade policial ao titular da ação penal pública representar para a adoção das medidas cabíveis.

Vale ainda ressaltar que de duvidosa constitucionalidade são as disposições da segunda parte do art. 410 e do art. 384, *caput*, ambos do Código de Processo Penal, quando, por eles, inaugura-se nova imputação sem denúncia ou aditamento, por iniciativa própria da Autoridade Judiciária, mostrando-se, assim, também como não recepcionados pelo sistema acusatório adotado ideologicamente pela Constituição Federal.

Esses são alguns exemplos de que o modelo acusatório instaurado pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, inciso I) de modo claro atribuiu apenas a um órgão estatal a titularidade

do *jus postulandi* para pleitear a aplicação da lei penal: ao Ministério Público.

A presente questão já foi objeto de manifestação literária por WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR quando, já em 1991, expôs lúcida orientação nos seguintes termos pertinentes:

“.....
A outra questão que se examina é a respeitante à representação da autoridade policial com vistas à decretação judicial da prisão preventiva, da prisão temporária e da busca e apreensão domiciliar.
Ora, o Delegado de Polícia não tem, pela natureza de suas relevantes funções típicas, o *jus postulandi*, e não poderia, logicamente, ter a possibilidade de oferecer esses pedidos em juízo, que interessam, sobremaneira, ao titular da ação penal.
Logo, esses pedidos devem ser deduzidos pelo dominus litis da ação penal, pública, o Promotor de Justiça, pois constituem apenas procedimentos cautelares do direito processual penal no interesse da futura instrução criminal em juízo. Se o Promotor de Justiça tem o poder de requisitar inquéritos e diligências, conceder prazos e de exclusivamente propor a ação penal pública, também tem o poder exclusivo sobre as cautelares medidas acessórias da ação penal pública que lhe é exclusiva.
Preconiza-se a correção deste anacrônico distúrbio. O Delegado de Polícia deve submeter essas pretensões ao Promotor de Justiça, titular da ação penal pública e detentor do *jus postulandi* conseqüente em nome do povo, para que este, ao seu convencimento, provoque o Juízo.
Saliente-se que somente as partes têm o direito de provocar o Juiz de Direito. A permanência dessa estrutura, atualmente, nulifica o direito exclusivo da ação penal pública cometido ao Ministério Público e franqueia ao órgão policial uma prerrogativa que ontologicamente não lhe pertence, usurpando do controle do Ministério Público a atividade policial e a condução da ação penal pública acessória ou cautelar, nulificando o *due process of law*.
Não se pode conceber que a parte pública autônoma não exerça todos os atos inerentes à sua condição, delegando àquele cuja tarefa é a investigação dos crime e contravenções o *jus postulandi* que não é amoldado a suas funções”³.

De outro modo, a prática judiciária, por vezes viciosa e irrefletida, tem conduzido a situações inadmissíveis quando, por exemplo, a autoridade policial, mesmo ilegitimamente, como já adiantado, “representa” pela prisão preventiva (ou outra medida cautelar) e recebe “parecer” contrário do Ministério Público (titular da ação penal pública) e mesmo assim a Autoridade Judiciária decide conforme a “pretensão” da polícia. A resolução da hipótese se mostra frontalmente em desacordo com as disposições constitucionais que conferem ao Ministério Público a titularidade do *jus postulandi*; ao princípio do devido processo legal; bem como da incumbência maior conferida ao Ministério Público na defesa da “ordem jurídica” e dos “interesses sociais e individuais indisponíveis” ressaltados no art. 127 da Carta Maior.

Também nesse particular, tratando de responder à formulação da hipótese de o Ministério Público manifestar-se desfavoravelmente à medida cautelar “solicitada pela Polícia Civil” ao Juiz de Direito e vindo este deferir o pleito, WALLACE JÚNIOR, com precisa colocação, assim expõe:

³ A exclusividade do “*jus postulandi*” do Ministério Público na ação penal pública e no inquérito policial, *Justitia*, p. 15, São Paulo, 53 (156), out./dez. 1991.

“.....
A resposta, é certo, dentro da perspectiva constitucional dada ao Ministério Público, é negativa, pois se estará ordenando algo que o titular exclusivo da ação penal pública não reputa necessário para a sociedade por ele representada em juízo, em flagrante prejuízo de sua liberdade de convicção na opinio delict ou na análise do meritum causae. De outro lado, o exercício dessa parcela da soberania do Estado que lhe foi atribuído estará sendo usado por quem não a detém legitimamente, com prejuízos óbvios aos princípios da imparcialidade e do ne procedat iudex ex officio”⁴.

Não bastasse a invocação de dispositivos revogados pela Constituição Federal de 1988, mesmo após a nova ordem tem-se editado leis que se mostram em franca inconstitucionalidade com a privatividade do *jus postulandi* do Ministério Público, como por exemplo (1) a disposição do art. 2.º da Lei n.º 7.960/89, quando confere o exercício de “representação” da Autoridade Policial ao Juízo criminal competente, para o decreto de prisão temporária e (2) a regra do inciso I do art. 3.º da Lei n.º 9.296/96, que confere à Autoridade Policial a possibilidade de fazer “requerimento” judicial para interceptação de comunicação telefônica.

Essas colocações não têm outro fim que não concluir pela franca desarmonia procedimental que, mesmo após mais de doze anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, introdutória de importantes reformulações principiológicas no processo penal, vem se adotando pela prática reiterada na admissão de outro órgão estatal que não o Ministério Público no exercício do *jus postulandi*, mantendo-se em franco desacordo com o processo penal acusatório constitucionalmente adotado e ofendendo a necessária imparcialidade do Juízo competente.

É preciso que tais procedimentos sejam adequados à nova realidade constitucional e devidamente corrigidos pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional. Enquanto tal, caberá ao Ministério Público buscar a escorreita aplicação da lei, oficiando ao Poder Judiciário no sentido de adequar a interpretação das normas inferiores às regras e princípios constitucionais e não estes àquelas, sob pena de se proceder à “leitura da Constituição de baixo para cima” e culminar com a “derrocada interna da Constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma Constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos ‘metajurídicos’ (sociológicos e políticos)”⁵.

⁴ Idem, p. 18.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, p. 238-239, Medina, Coimbra, 1992.

MEDIDAS ALTERNATIVAS: ESTRUTURA NECESSÁRIA PARA APLICAÇÃO, FISCALIZAÇÃO E AVALIAÇÃO

*Fabiana Costa Oliveira, Juliana Vieira Ávila Chagas, Maria Cristina Viana, Vera Lúcia Abadia Gomes e Valdair Custódio Alves**

Sumário: 1. Introdução. 2. Atividades Necessárias para Implementação de Medidas Alternativas Efetivas. 3. Aspectos Administrativos. 4. Conselho de Medidas Alternativas. 5. Conclusões

1. Introdução

As estruturas atuais do Poder Judiciário e do Ministério Público, no que diz respeito ao sistema penal, estão voltadas para a aplicação de penas privativas de liberdade. Em face do crescente aumento na aplicação de medidas não-privativas de liberdade (medidas alternativas), é necessário que essas instituições sofram adaptações para atender à nova demanda.

Existem diferenças essenciais entre a aplicação, a execução e a avaliação das penas privativas de liberdade e das medidas alternativas.

A aplicação da pena privativa de liberdade decorre de decisão essencialmente vinculada. Uma vez provada a ocorrência de crime cuja pena mínima é superior a quatro anos, o promotor pede a condenação e o juiz condena à pena privativa de liberdade. A lei, nesse caso, é muito clara e não deixa margem de escolha. As variações apenas podem ocorrer na quantidade da pena e em seu regime de execução, mas não na modalidade.

Ao contrário, quando é cabível a aplicação de medidas alternativas, juiz e promotor gozam de maior discricionariedade. Quando é possível a substituição por penas restritivas de direito, a condenação pode ser o pagamento de prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos ou limitação de fim de semana. No caso de suspensão condicional do processo, de suspensão condicional da pena e de regime aberto, o juiz fixa condições obrigatórias e outras quaisquer, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Praticado crime que permite a aplicação de medidas alternativas, soluções diversas podem ser escolhidas. Assim, a aplicação da medida alternativa torna-se tecnicamente mais complexa. Não basta saber se a pessoa é culpada pela infração praticada. O promotor e o juiz necessitam de elementos que indiquem qual a medida mais adequada para o caso concreto. São necessárias maiores informações sobre a pessoa em conflito com a lei, sua situação econômica, social, pessoal, sobre a efetividade dessas medidas.

* Fabiana Costa Oliveira é Promotora de Justiça do MPDFT. Juliana Vieira Ávila Chagas, Maria Cristina Viana, Vera Lúcia Abadia Gomes e Valdair Custódio Alves são servidores do MPDFT.

Desse fator decorre que a instrução do processo que poderá resultar na aplicação da pena privativa de liberdade deve ser diferente daquela de processo em que será aplicada medida alternativa.

Na fase da execução, as diferenças entre medidas alternativas e pena de prisão também são evidentes. Quem disponibiliza vagas e administra o cumprimento da pena privativa de liberdade é o Poder Executivo. Na medida alternativa, ao contrário, é o promotor, ou o juiz, quem indica onde a pessoa irá cumprir a medida. Poder Judiciário e Ministério Público têm a responsabilidade de identificar vagas para o cumprimento de medidas, gerenciar seu cumprimento, analisar os programas oferecidos. Surge, então, para essas instituições, mais uma necessidade estrutural: a administração da rede de colaboradores.

Finalmente, há diferença entre a pena de prisão e as medidas alternativas no tocante à avaliação dos resultados. Quando o legislador deixa como única alternativa para o operador do direito a aplicação de pena privativa de liberdade, ele presume que esta é a resposta mais eficaz do Estado para o crime praticado. Ao contrário, quando ele deixa para o órgão que propõe ou aplica a medida opções diversas, além do poder de indicar onde essa medida será cumprida, ele transfere também a esses órgãos a responsabilidade de demonstrarem que a medida aplicada foi a mais adequada e que a instituição escolhida era a mais indicada. Ou seja, com as medidas alternativas, passa para o Ministério Público e para o Poder Judiciário a obrigação de avaliar a efetividade das medidas escolhidas, para justificar essa escolha.

Observa-se, assim, que a estrutura necessária para a aplicação de pena privativa de liberdade não é a mesma necessária para a aplicação de medidas alternativas.

Com as recentes modificações ocorridas na legislação brasileira, especialmente com o advento da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, mais da metade das ações penais propostas resultam na aplicação de medidas alternativas. É imperioso, portanto, que os órgãos do sistema penal adaptem suas estruturas a essa nova realidade.

Já estão iniciando-se movimentos para a adaptação das estruturas do Poder Judiciário e do Ministério Público para a aplicação de medidas alternativas. O Ministério da Justiça, no segundo semestre de 2000, instituiu a Central Nacional de Apoio a Execução das Penas e Medidas Alternativas (Cenapa), órgão da Secretaria Nacional de Justiça, que tem por objetivo estimular a criação, nos Estados, de centrais de aplicação, acompanhamento e fiscalização de medidas alternativas.

Em face dessa realidade, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios instituiu comissão com o objetivo de viabilizar a criação de estrutura administrativa para dar suporte à atuação desta instituição na aplicação e fiscalização de medidas alternativas. O texto aqui apresentado foi resultado de pesquisa realizada por essa comissão.

Dada a impossibilidade, na primeira fase, de distinguir as necessidades do Ministério Público das do Poder Judiciário, foram levantadas as necessidades estruturais de ambas as instituições para a aplicação, a execução e a avaliação das medidas alternativas. O texto abordará, então, as adaptações estruturais que os dois órgãos devem sofrer.

Em um segundo texto, oportunamente, deverão ser apresentadas as conclusões da comissão sobre quais as atribuições que devem ser exercidas especificamente pelo Ministério Público.

A pesquisa incluiu consulta à doutrina e legislação, participação em seminários sobre o tema, visita a centrais de penas e medidas alternativas já instaladas, debate com profissionais da área de Administração e com técnicos que atuam com as medidas alternativas. O modelo ora apresentado é a soma de diversas experiências isoladas e ainda vai ser avaliado na prática.

No decorrer da exposição, o termo “medidas alternativas” será utilizado para significar qualquer medida ou pena aplicada como resposta à infração penal diferente da pena privativa de liberdade, seja decorrente de transação penal, suspensão condicional do processo, sus-

penção condicional da pena, regime domiciliar ou penas restritivas de direito. “Pessoa em conflito com a lei” será a expressão empregada para abranger os indivíduos sujeitos a essas medidas (autores de fato, sentenciados, condenados, etc.). As terminologias serão usadas para simplificar a apresentação do texto.

2. Atividades necessárias para implementação de medidas alternativas efetivas

2.1 – Credenciar¹

Diversas medidas e penas alternativas consistem no encaminhamento das pessoas em conflito com a lei para instituições públicas ou privadas, para tratamento, acompanhamento, estudo, prestação de serviços, entre outros. Outras consistem na estipulação de prestação pecuniária destinada a essas instituições.

Para que haja melhor controle das medidas alternativas, é necessário que o Poder Judiciário e o Ministério Público credenciem essas instituições, estabeleçam vínculo formal com elas.

O credenciamento consiste em obter informações sobre as instituições, saber se são ou não idôneas, se têm condições de disponibilizar pessoal para coordenar o acompanhamento da pessoa em conflito com a lei, se têm condições de prestar as informações sobre o cumprimento das medidas, se estão disponíveis para compreender e aprender sobre as medidas alternativas. Identificar de que forma a instituição pode colaborar, que público pode receber, que tipo de medida pode ser cumprida na instituição ou quais benefícios podem ser a ela destinados.

É necessário que haja servidores para providenciar o credenciamento, a formalização do compromisso, para definir as atribuições das partes e as condições que regerão a relação.

A importância da formalização da parceria, por meio de instrumento escrito, é destacada nos comentários às Regras de Tóquio, como se observa do trecho a seguir:

“A autoridade de execução deve estudar a conveniência de celebrar acordo com grupos comunitários especificando a natureza da sua participação e a forma como devem trabalhar”².

Realizado o credenciamento, será necessário atualizar constantemente a lista de necessidades ou o número de pessoas que podem ser atendidas. É possível, por exemplo, que uma instituição que tinha a capacidade de receber cinco pessoas por mês para prestar serviços passe a poder atender a apenas dois ou três, por falta de recursos, ou dificuldades materiais. Ou, ao contrário, pode ocorrer que o número de vagas aumente.

A equipe de credenciamento deve promover, com periodicidade, ações para identificar outras possíveis instituições parceiras, criando procedimentos para essa finalidade.

Da mesma forma, é necessário que a equipe esteja preparada para planejar a parte funcional da parceria, tendo em vista a criação de rotinas de trabalho eficientes. Uma nova parceria muitas vezes pode implicar formas diferentes de acompanhamento e fiscalização, regras distintas de encaminhamento. Essa nova realidade deve ser compatibilizada com a rotina do órgão parceiro, sendo necessário planejamento para que a parceria seja implementada.

¹ Grande parte das conclusões deste e do próximo tópico foram obtidas no artigo: ROCHA, Marco Antônio da, Critérios Técnicos a Serem Observados no Credenciamento de Instituições para Cumprimento de Medidas e Penas Alternativas, Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba, Ministério Público/PR, Setembro, 2000.

² Comentários ... p. 81.

Existem diversas formas de se proceder ao credenciamento de novas instituições. No Rio Grande do Sul, por exemplo, o Rotary Club auxilia na ampliação do número de vagas para a prestação de serviços à comunidade. As atividades ocorrem da seguinte maneira: os rotarianos verificam nas entidades assistenciais, hospitais, escolas, abrigos, programas comunitários ou estatais, sobre a necessidade de virem a contar com prestadores de serviços, entregando às entidades Ficha de Levantamento de Dados da Instituição para que ali informem sobre seus interesses nessa área³.

2.2 – *Qualificar*

É comum observar que muitas entidades idôneas pretendem cooperar no sistema das medidas alternativas, mas nem sempre possuem a formação necessária para atuar na área.

Observa-se, ainda, que o encaminhamento de pessoas em conflito com a lei para instituições despreparadas resulta em desrespeito a sua dignidade e a seus direitos, seja pelos dirigentes e funcionários das entidades, seja por usuários dessas instituições.

Muitas vezes, ainda, as entidades não informam devidamente o Judiciário ou Ministério Público sobre o cumprimento das medidas. Atrasos também ocorrem, bem como incorreção na forma de prestação de informações, além da total ausência de controle, por parte da instituição, sobre cumprimento da medida.

Esses problemas podem ser corrigidos promovendo-se a qualificação das instituições.

Todas elas devem ter conhecimentos sobre as medidas alternativas, direitos humanos, a importância de sua participação no sistema, a forma como os problemas ocorridos podem ser solucionados, de que maneira a pessoa em conflito com a lei deve ser recebida.

Por meio de formação, é possível, ainda, à entidade, organizar-se para controlar o cumprimento das medidas e prestar as informações aos órgãos competentes.

Para tanto, é necessário que sejam formalizados convênios com universidades, ou outras entidades, que possam promover a qualificação dessas instituições. É necessário que haja servidores capacitados para fornecer orientações básicas para as instituições. Podem ser formuladas cartilhas contendo informações gerais sobre o assunto.

2.3 – *Elaborar relatórios de investigação social*

Muitas vezes, os juízes ou promotores não possuem informações suficientes sobre a pessoa ou sobre as instituições credenciadas, para propor ou aplicar as medidas alternativas. Em conseqüência, torna-se difícil aplicar medidas mais direcionadas ou mesmo adequadas ao caso concreto.

Pode ocorrer, ainda, de designar-se o cumprimento de medida ou pena, e efetivar-se o encaminhamento da pessoa para entidade não preparada para lidar com determinadas situações (como, por exemplo, atender a pessoas com dependência química).

Assim, é importante que exista equipe multidisciplinar para realizar entrevista com a pessoa em conflito com a lei, ou para obter informações que auxiliem a decisão de fixação da medida alternativa. A equipe pode, inclusive, detectar a necessidade de tratamento específico ou de características pessoais que impedem a pessoa de cumprir determinadas medidas.

³ Manual de Aplicação das Penas e Medidas Alternativas: Prestação de Serviços à Comunidade, Sanção Educativa e Socialmente Útil, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério Público do Rio Grande do Sul, Rotary Internacional, p. 21, Brasília, 2000.

As Regras de Tóquio destacam a importância do relatório de investigação social, como se observa abaixo:

“7.1 – Quando houver possibilidade de preparar relatórios de investigação social, a autoridade judiciária poderá dispor de relatório preparado por funcionário ou órgãos competentes e autorizados. O relatório conterá informações de cunho social sobre o delinqüente que sejam relevantes quanto ao tipo de criminalidade habitual e os delitos que lhe são concretamente atribuídos. Deverá também conter informações e recomendações que sejam relevantes para o procedimento de fixação de pena. É conveniente que se atenha aos fatos, seja objetivo e imparcial, devendo toda opinião pessoal ser claramente indicada como tal.”

“13.3 - Quando for decidido que é necessário determinado tratamento, deverão ser envidados esforços para analisar os antecedentes, a personalidade, as aptidões, a inteligência e os valores do delinqüente e, em especial, as circunstâncias que o levaram a cometer o delito”.

É necessário, assim, que exista equipe multidisciplinar capaz de elaborar relatórios contendo informações importantes para as decisões dos juízes e promotores.

2.4 – Prestar esclarecimentos à pessoa em conflito com a lei

Quando a medida alternativa é aplicada, é necessário que a pessoa em conflito com a lei entenda seus direitos e deveres.

É necessário que se esclareça quais as obrigações que assumiu e a quem pode recorrer ou que medidas pode adotar no caso de ter seus direitos desrespeitados, de haver dificuldades no cumprimento da medida imposta.

Nem sempre esses esclarecimentos podem ser realizados em audiência. Assim, é necessário que haja servidores para exercer essa atribuição.

Pode ficar determinado que, tão logo a pessoa seja intimada da medida aplicada, ou com ela concorde, seja encaminhada para o servidor que realizará os esclarecimentos cabíveis. Esse momento pode ser aproveitado para sensibilizar a pessoa em conflito com a lei, nos casos em que a pena ou medida aplicada não foi bem aceita ou entendida.

Nesse momento, é importante fornecer à pessoa em conflito com a lei documento informando sobre seus direitos e explicando o que deve fazer caso ocorra algum problema na execução da medida.

2.5 – Acompanhar e fiscalizar⁴:

O acompanhamento e a fiscalização do cumprimento das medidas é imprescindível para atingir-se a implementação eficaz do sistema.

A falta de acompanhamento do cumprimento das medidas fixadas resulta, inúmeras vezes, na impunidade e na falta de crença da sociedade no sistema.

Pode-se citar os seguintes problemas ocasionados pela falta de acompanhamento e fiscalização:

⁴ Grande parte das informações foi baseada no artigo: ROCHA, Marco Antônio da, Programa de Acompanhamento e Fiscalização do Cumprimento da Pena ou Medida de Prestação de Serviços à Comunidade – PROAF/PSC, Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba, MP/PR, Set./2000.

- a) Não-cumprimento da medida, por falta de organização dos órgãos competentes, com a possibilidade de, ocorrendo a prescrição, ou a extinção da punibilidade, não haver nenhuma resposta do Estado a essa irregularidade.
- b) Ausência de encaminhamento, por parte das instituições parceiras, informações qualitativas sobre o cumprimento da medida.
- c) Ocorrência de mudanças internas nas instituições parceiras, causando impacto em suas atribuições-fim e comprometendo até mesmo a sua idoneidade.
- d) Interrupção da qualificação inicialmente recebida, pela ausência de transmissão dos procedimentos para novos funcionários ou diretores da instituição, resultando na falta de qualidade da medida cumprida.
- e) Impossibilidade de conhecimento adequado da atividade desenvolvida pela instituição quanto ao cumprimento da medida alternativa e de identificação de falhas no processo de formação de sua equipe profissional.
- f) Desconhecimento, por parte do juiz ou do promotor, quanto à adaptação da pessoa à medida e à instituição, bem como tendência de a entidade adotar unilateralmente soluções para os problemas causados.
- g) Possibilidade de ocorrência de conluio entre a pessoa em conflito com a lei e as instituições, para ludibriar a Justiça e livrar-se da responsabilidade, modificando a medida fixada e cumprindo outra que gere mais benefícios para a instituição (ex.: pena pecuniária).
- h) Desconhecimento, por parte das autoridades, de eventual impossibilidade de cumprimento da medida, por falta de recursos, doença e outras dificuldades materiais ocorridas com a pessoa em conflito com a lei.

É inquestionável, assim, a necessidade de acompanhamento e fiscalização constante das atividades realizadas.

O acompanhamento e a fiscalização podem ser realizados sob três enfoques: a) acompanhamento do cumprimento das medidas b) fiscalização do cumprimento das medidas e c) fiscalização de instituições parceiras, como será exposto a seguir.

2.5.1 – Acompanhamento do cumprimento das medidas

Uma vez fixada a medida alternativa, as varas judiciais devem acompanhar seu cumprimento, o que pode ser feito de duas formas: a) atendendo a pessoa em conflito com a lei, para a entrega do recibo de cumprimento da medida, ou para cumprir a medida de comparecimento em juízo; b) recebendo comunicações das próprias instituições sobre o cumprimento das medidas.

Todos os dados sobre o cumprimento das medidas devem ser registrados em sistema de informações.

O registro irá possibilitar:

- o acompanhamento das medidas aplicadas;
- a obtenção de dados e estatísticas sobre as pessoas em conflito com a lei e sobre as instituições para onde foi encaminhada;
- o controle da distribuição dos benefícios/serviços entre as instituições parceiras.

Freqüentemente, as mesmas instituições são credenciadas em mais de uma vara judicial ou promotoria. É necessário, assim, que haja elo de comunicação entre os juízes e promotores de varas e promotorias diversas, para que não ocorra de encaminhar-se para uma instituição mais pessoas do que ela pode atender, ou mais prestações pecuniárias do que o necessário.

O gerenciamento dessas informações pode permitir que as prestações pecuniárias sejam mais bem aproveitadas ou mesmo que sejam direcionadas em benefício das vítimas ou das pessoas em conflito com a lei.

Permite, ainda, que as instituições que mais colaboram recebendo pessoas em conflito com a lei para tratamento, para acompanhamento ou para prestar serviços recebam maior contraprestação por seu auxílio.

No Paraná, por exemplo, a Central de Execução de Penas e Medidas Alternativas desenvolve programa fundado no princípio de que “os recursos advindos da aplicação da prestação social alternativa sejam destinados àquelas entidades que se propuserem a criar/ampliar os espaços para a prestação de serviços à comunidade, bem como a agregar qualidade ao processo já desenvolvido”⁵. Dessa forma, privilegia-se o encaminhamento de recursos às instituições efetivamente comprometidas com a execução das medidas alternativas.

Outros programas também desenvolvidos no Paraná foram o apoio à construção de abrigos para crianças e adolescentes e o de humanização das cadeias públicas. Por meio desses programas, permitiu-se a alocação de recursos materiais e humanos, oriundos da aplicação de medidas alternativas, para a melhoria das condições de sobrevivência nas cadeias públicas dos distritos policiais de Curitiba, assim como para viabilizar a construção e/ou reforma de unidades de abrigo para a infância e a juventude⁶.

O acompanhamento do cumprimento das medidas alternativas pode possibilitar outros programas. Por exemplo, o comparecimento da pessoa em conflito com a lei em juízo pode ser mais bem aproveitado. Há proposta da Central de Execução de Penas e Medidas Alternativas do Paraná de se fazer o que se chamaria de “comparecimento qualificado”: o comparecimento da pessoa em conflito com a lei em juízo seria aproveitado para ouvi-la, para saber se ocorreram problemas no cumprimento das medidas, se seus direitos foram desrespeitados, se houve desrespeito a sua dignidade humana, para dar instruções, para promover sensibilização.

2.5.2 – Fiscalização do cumprimento das medidas

As medidas aplicadas nem sempre são cumpridas. A pessoa não presta o serviço que lhe foi determinado, não comparece em juízo, não repara os danos da vítima.

Ao mesmo tempo, pode ocorrer que a pessoa esteja cumprindo as medidas aplicadas, mas incorre em outras causas que implicam revogação da medida alternativa. É o caso, por exemplo, da pessoa que está cumprindo a suspensão condicional do processo e passa a ser processada por outro crime.

A fiscalização do cumprimento das medidas é essencial para a credibilidade do sistema. É necessário que haja constante controle para identificar se as medidas estão sendo cumpridas ou se outras causas de revogação da pena ocorreram. Do contrário, o prazo determinado pode passar, as medidas cabíveis podem não ser adotadas, ocorrendo, até, a extinção da punibilidade sem o devido cumprimento da medida fixada.

Nesse sentido, deve ser feito controle das medidas aplicadas e prazos fixados. Sempre que se verificar descumprimento, devem ser adotadas imediatas providências.

É importante observar que nem todas as medidas deixam de ser cumpridas por negligência da pessoa em conflito com a lei. Portanto, é necessário que os servidores responsáveis pela fiscalização, sabendo do descumprimento da medida, realizem diligências para identificar

⁵ ROCHA, Marco Antônio da, Pensando a relação entre a prestação de serviços à comunidade e a prestação social alternativa (prestação pecuniária), Central de Execução de Penas Alternativas, Curitiba, MP/PR, 1999.

⁶ Informativo da Central de Execução de Penas Alternativas – Cepa. Curitiba, MP/PR, set./2000.

os motivos que o determinaram e a disposição da pessoa em cumprir as condições impostas. As providências adotadas devem ser comunicadas ao juiz ou promotor, o que é imprescindível para decidir-se quanto à revogação, ou não, da medida.

2.5.3 – Fiscalização das instituições

A fiscalização permanente das instituições é de extrema importância para que a medida alternativa aplicada seja efetiva.

Enquanto a parceria com as instituições estiver vigorando, deve haver contato frequente entre os parceiros. Nesse período, é necessário promover orientações, discussões de casos, solução de problemas. A qualidade das medidas prestadas nas instituições deve ser conhecida, propondo-se formas de melhorias, métodos para eliminar falhas ocorridas no processo de encaminhamento e de divulgação dos relatos de sucesso.

Por meio desse contato, será possível ter conhecimento de alterações na estrutura da instituição ou de falhas na sua qualificação. Poderão ser detectados casos em que a medida não está sendo cumprida da forma como foi fixada.

Para que o acompanhamento das instituições seja efetivo, deve ser mantido elo de comunicação aberto para ouvir as instituições, a pessoa em conflito com a lei e a própria comunidade.

Visitas e avaliações periódicas nas instituições, com elaboração de relatórios são métodos a serem utilizados. Reuniões com os dirigentes das instituições ou com seu corpo técnico, como ocorre no Estado do Pará, também são recomendáveis.

É indispensável que haja contato constante com órgãos públicos que fiscalizam instituições sem fins lucrativos.

Para os problemas detectados, devem ser sugeridas soluções e implementadas ações destinadas a resolvê-los.

O descredenciamento de instituições que não se adaptaram ao sistema e não demonstraram disposição para mudar é uma medida decorrente da fiscalização. Nesse caso, é imprescindível que sejam elaborados relatórios com informações suficientes para a decisão. Avaliações de cunho subjetivo não devem servir para o descredenciamento de instituições.

2.6 – Pesquisa

A Regra de Tóquio nº 20 e seguintes assim dispõem:

“20.1 - Como aspecto essencial do processo de planejamento, devem ser envidados esforços para que as entidades, tanto públicas como privadas, colaborem na organização e promoção da pesquisa sobre tratamento de delinqüentes em regime não-privativo de liberdade.

20.2 - Devem ser realizadas periodicamente pesquisas referentes a problemas que enfrentam os destinatários das medidas, os profissionais, a comunidade e os órgãos normativos.

20.3 - Dentro do Sistema de Justiça Penal convém que sejam criados mecanismos de pesquisa e informação para a obtenção e análise de dados e estatísticas sobre a execução de tratamento de delinqüentes em regime não-privativo de liberdade.”

Para obter resultados positivos com a adoção das medidas alternativas, pesquisa e análise sistemática de informações é imprescindível, como ressaltam as regras acima descritas.

Juízes e promotores são os órgãos estatais com atribuição para aplicar as medidas alternativas e fiscalizá-las. Normalmente, há grande discricionariedade para a decisão.

Assim, impõe-se que estejam disponíveis para promotores e magistrados informações sobre a eficiência de medidas aplicadas na prevenção do crime ou na redução da reincidência, ou sobre as medidas adequadas para o perfil social de cada pessoa em conflito com a lei.

Com essas informações, é possível atingir resultados mais efetivos no tratamento da pessoa.

Por outro lado, grande parte dos dados empíricos necessários para as pesquisas está nos tribunais. Por isso, a regra 20.3 destaca a necessidade da existência na Justiça Penal de mecanismos de pesquisa e informação sobre a execução e tratamento de delinquentes que cumprem medidas alternativas.

A pesquisa pode ser desenvolvida por parceiros, como universidades e outros institutos de pesquisa, que dispõem de estrutura, profissionais e métodos próprios para executá-las.

É essencial que o Poder Judiciário e o Ministério Público possam fornecer dados empíricos para a execução de pesquisa. Os resultados delas devem ser divulgados para promotores, juízes e comunidade em geral.

Como destacado nos comentários às Regras de Tóquio, a estreita cooperação entre os teóricos e os profissionais é inquestionavelmente útil e produtiva, para o desenvolvimento de investigações orientadas para a ação sobre medidas alternativas⁷.

2.7 – Enfoque na vítima

A Regra de Tóquio nº 1.4 dispõe que “ao aplicar as regras, os Estados membros devem envidar esforços para atingir equilíbrio adequado entre os direitos dos delinquentes, os direitos das vítimas e o interesse da sociedade na segurança pública e na prevenção do delito”.

É explícita a recomendação de que os direitos das vítimas devem ser respeitados e observados quando da aplicação das medidas alternativas.

Há crimes que admitem a composição entre a pessoa em conflito com a lei e a vítima como forma de extinção de punibilidade. São os casos em que a própria vítima tem legitimidade para propor a ação penal ou quando depende da sua representação a ação do Ministério Público.

O artigo 89 da Lei nº 9.099/95 fixa como condição obrigatória da suspensão condicional do processo a reparação dos danos da vítima.

O Código de Defesa do Consumidor fixa como um dos direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, inciso VII da Lei nº 8.078).

A Lei de Crimes Ambientais destaca a importância de se reparar os danos que os autores dos fatos causaram ao meio ambiente.

Nos comentários às Regras de Tóquio sugere-se que seja incentivada a adoção de medidas que auxiliem as vítimas individualmente ou as vítimas em geral⁸.

Assim, é necessário que se promovam medidas para que os direitos da vítima, quando aliados a alguma das medidas alternativas, sejam respeitados.

Pode ser incentivado o treinamento dos conciliadores dos juizados especiais criminais, para que a condução dos acordos seja realizada de forma a atender realmente às necessidades das vítimas.

⁷ Comentários... p. 88.

⁸ Idem. p. 26.

Nos casos de lesões corporais e ameaça, praticados no ambiente familiar, por exemplo, algumas vezes a conciliação ou a simples reparação dos danos é suficiente para atender às necessidades das vítimas. Outras vezes, entretanto, as lesões ao direito da vítima nitidamente poderão continuar e o fato de ela haver procurado a Justiça pode gerar outras agressões. Os conciliadores devem saber distinguir os casos e conduzir as conciliações em conformidade com essas realidades, sempre fornecendo para juízes e promotores os dados necessários para melhor solução dos casos.

Quando a reparação dos danos da vítima for uma das medidas ou penas aplicadas, a equipe da Central deve empreender ações para fazer com que a medida seja cumprida com efetividade.

As Promotorias de Delitos de Trânsito de Brasília realizam atividades que podem ser amplamente adotadas. São desenvolvidas ações para que a reparação dos danos das vítimas seja efetuada tão logo o crime tenha sido praticado. Assim, a pessoa que sofreu lesões corporais no trânsito, por exemplo, pode ser assistida pelo autor do fato ainda na fase de tratamento de lesões sofridas no acidente. As promotorias também orientam as vítimas sobre o direito ao seguro obrigatório e os procedimentos que devem adotar para recebê-lo.

O tratamento adequado das vítimas e de seus direitos deve ser um dos princípios básicos na atuação com as medidas alternativas.

3. Aspectos administrativos

Como observado nos tópicos anteriores, a atuação efetiva com as medidas alternativas decorre de um conjunto de ações. Se os órgãos que compõem o sistema não se organizarem adequadamente, dificilmente serão atingidos bons resultados com a aplicação de medidas alternativas.

Não basta que existam servidores disponíveis para executar as tarefas. É preciso que as funções estejam ordenadas de maneira que os resultados possam ser obtidos, com o máximo de eficiência.

No presente tópico, são abordados aspectos que podem auxiliar na compreensão da modelagem das novas estruturas necessárias para a aplicação e fiscalização das medidas alternativas.

3.1 – Órgão com atribuições administrativas

Nos Estados brasileiros tem-se observado a tendência de se criarem varas específicas para tratar das medidas alternativas. É o caso de Fortaleza/CE, Curitiba/PR, Belém/PA e, recentemente, Recife/PE, Aracaju/SE, Porto Alegre/RS e Salvador/BA.

Após os estudos realizados, observou-se que o bom desempenho na atuação com medidas alternativas prescinde da criação de vara judicial.

Varas de diversa natureza atuam com as medidas alternativas: juizados especiais criminais, varas criminais, vara de execuções criminais. O trabalho é muito volumoso, já que, como ressaltado no tópico 1, *supra*, após as recentes modificações na legislação brasileira, mais da metade das ações penais propostas resultam na aplicação de alguma medida alternativa. Nesse contexto, é mais viável que a competência para a aplicação e execução dessas medidas continue diluída entre as diversas varas.

O sistema de medidas alternativas exige que exista um conjunto de pessoas atuando em prol do seu funcionamento. As iniciativas para melhorar o sistema não devem ficar centralizadas em uma só pessoa. A centralização pode acarretar a estagnação do desenvolvimento

do sistema, não incentiva o debate sobre o assunto, tampouco a criação da consciência da instituição sobre as medidas alternativas.

Observa-se, ainda, que na execução das medidas alternativas, as decisões de cunho jurisdicional são reduzidas em relação às existentes na execução da pena privativa de liberdade. Enquanto nesta decide-se sobre os benefícios da execução penal – que correspondem a quase 50% da atividade jurisdicional da vara –, progressão de regime, extinção da pena, transferência de presídio, unificação de penas, naquela, as decisões da execução versam sobre revogação, alteração ou extinção da pena. Assim, o sucesso da execução de medidas alternativas depende mais do exercício de atividades administrativas (como exposto no tópico anterior) do que de atividades jurisdicionais, o que é incompatível com a figura de uma vara judicial.

Os problemas de divergências ou de falta de equidade entre as diversas medidas aplicadas pode ser resolvido criando-se o conselho de medidas alternativas, que poderia propor diretrizes para a atuação dos juízes e promotores, conforme será exposto no tópico 3.

Assim, torna-se mais adequada a criação de um órgão administrativo, em cada instituição, para dar suporte aos diversos juízes e promotores, seja do conhecimento ou da execução, que atuam com as medidas alternativas.

O órgão seria responsável pelo credenciamento, qualificação, elaboração de relatórios de investigação social, acompanhamento, fiscalização, pesquisa.

Ao órgão não deve caber a decisão sobre que medida ou pena será aplicada ou qual instituição será atendida. Tampouco deve ser sua a decisão sobre revogação ou extinção de penas e medidas. Ele deve fornecer informações para que essas decisões sejam tomadas pelos juízes competentes e promotores com atribuição.

Com esse modelo, o órgão não precisa ter em sua estrutura um juiz ou promotor. Ao contrário, ele deve atender a todos os juízes e promotores com competência ou atribuição para a aplicação, acompanhamento e fiscalização das medidas alternativas.

Dessa forma, a estrutura torna-se mais maleável, dinâmica. Pode ser adaptada com maior facilidade nos casos de alteração de competência legal.

3.2 – Existência formal

Observa-se, muitas vezes, que, em face da necessidade da existência de pessoal apoiando juízes e promotores na atuação com medidas alternativas, acabam sendo designados servidores para atuarem informalmente. Não são tomadas as providências para criação, nos organogramas das instituições, dos devidos setores. Essa informalidade é extremamente prejudicial para o sistema.

Apenas com a criação de órgãos formais, ou seja, secretarias, departamentos, divisões, setores, coordenações, conforme a realidade de cada instituição, é possível fazer previsão orçamentária para a atividade.

É também a criação formal que permite a organização das tarefas, prevendo chefes de equipe, rotinas de trabalho, capacitação sistemática dos servidores.

Sem orçamento e organização administrativa, não é possível desenvolver tarefas com enfoque em resultados, razão por que é imprescindível a criação de órgãos formais na estrutura do Ministério Público e do Poder Judiciário.

3.3 – Descentralização das atividades

De acordo com o volume de trabalho que os órgãos administrativos tiverem, poderá haver divisão em núcleos, localizados em cidades mais próximas de onde as pessoas em confli-

to com a lei residem.

A descentralização das atividades, levando a estrutura de apoio à atuação do Ministério Público e Judiciário para local mais próximo de onde se situam as entidades colaboradoras e residem as pessoas em conflito com a lei, facilita o desenvolvimento de todas as atribuições.

O credenciamento pode intensificar-se, pela maior facilidade de entrar em contato e conhecer instituições públicas e privadas localizadas na região. O acompanhamento e fiscalização são favorecidos, tanto sob o ponto de vista da pessoa em conflito com a lei, que não precisará pagar transporte para ser atendido, como para os servidores, que poderão realizar visitas a instituições mais próximas.

A pesquisa é facilitada, podendo se voltar para os problemas locais, identificar peculiaridades da região.

O elo de comunicação com a comunidade local pode ser intensificado, potencializando os resultados dos trabalhos.

A descentralização deve ocorrer em conformidade com o número de pessoas a serem atendidas e do volume de atividades que será desenvolvido. O ideal é que seja atingido o equilíbrio, de forma que os servidores fiquem responsáveis pelo número de feitos que sejam capazes de atender com eficiência.

3.4 – Parceria entre o Poder Judiciário e o Ministério Público

O modelo legislativo atual confere tanto ao promotor de justiça como ao magistrado poderes para aplicar, fiscalizar e acompanhar medidas e penas alternativas. Ao promotor de justiça cabe propor a transação penal e a suspensão condicional do processo. Ao juiz cabe fixar as condições da suspensão condicional do processo e aplicar penas alternativas em sentença condenatória. Ambos os órgãos devem fiscalizar e acompanhar o cumprimento dessas penas e medidas.

Sendo assim, é necessário que Judiciário e Ministério Público se unam para, em parceria, montar a estrutura que os auxilie na atuação com as medidas alternativas.

Como se trata de instituições distintas, não é possível imaginar a criação de um único órgão, com uma única direção. Solução como essa poderia inviabilizar a administração do órgão e, conseqüentemente, seu funcionamento.

Por outro lado, a criação de dois órgãos, um em cada instituição, com atribuições idênticas, é administrativamente inviável. Assim ocorrendo, haveria duplicidade de procedimentos, a existência de órgãos diversos desempenhando o mesmo papel, o que poderia resultar em verdadeiro caos administrativo.

Assim, a solução é a criação de dois órgãos, um em cada instituição e com seus próprios dirigentes, dividindo-se as atribuições de acordo com a missão de cada instituição.

A formalização de convênio entre as instituições deve disciplinar a forma de atuação, o intercâmbio de informações e outras condições para possibilitar a existência de harmonia das atividades desenvolvidas.

Cabe destacar que nada impede que as atribuições sejam exercidas por órgão desvinculado do Poder Judiciário e do Ministério Público. No Recife, por exemplo, existe uma central de acompanhamento de penas e medidas alternativas vinculada ao Poder Executivo.

O importante é que essa estrutura de apoio exista e que as atividades sejam desempenhadas de forma harmônica e eficiente, sem procedimentos desnecessários ou burocracia.

Como no Brasil ainda são recentes as experiências com a administração das medidas alternativas, ainda não há dados suficientes para analisar com exatidão que atribuições devem ser assumidas pelos tribunais e pelo Ministério Público e quais devem ser assumidas por outros órgãos governamentais ou não-governamentais, ou qual o melhor modelo a ser seguido.

O modelo ora proposto resulta do estudo de outras várias experiências de centrais instaladas no Judiciário e no Ministério Público.

Para que se chegue a um modelo ideal de sistema de administração das medidas alternativas, será necessária pesquisa constante, assim como amplo debate entre os diversos tribunais, órgãos do Ministério Público, órgãos governamentais e não-governamentais sobre o tema.

3.5 – Parcerias

As atividades do órgão administrativo devem ser desempenhadas em parceria com outras instituições. Não apenas para receber pessoa em conflito com a lei para cumprimento de pena ou medida, mas para o desenvolvimento de suas atribuições administrativas.

O órgão administrativo não deve assumir funções que não estão inseridas na atividade-fim da sua instituição. Se, por exemplo, não se enquadra na missão do Ministério Público a execução de pesquisas, ele não deve executá-las, mas apenas propor a execução, formalizar convênios para que elas sejam realizadas.

No decorrer do texto foram citados diversos exemplos de parcerias que já ocorrem em outros Estados.

3.6 – Formação e recrutamento dos profissionais

Cabe ressaltar, por fim, a necessidade de se estabelecer política para seleção dos profissionais que irão atuar com medidas alternativas e para o seu treinamento e de dar-lhes apoio de forma que se garanta a necessária competência profissional.

As Regras de Tóquio contêm mandamentos específicos sobre o tema:

“15.1 – As pessoas designadas para aplicar as medidas não-privativas de liberdade deverão ser aptas para a função e, sempre que possível, ter formação profissional e experiência prática adequadas. Essas qualificações deverão ser claramente definidas.

15.2 – Para recrutar e manter o quadro de profissionais qualificados devem lhes ser assegurados estatutos e adequadas remuneração e vantagens em razão da natureza do trabalho, cumprindo que lhes sejam propiciadas amplas oportunidades para progresso profissional e desenvolvimento na carreira.

16.1 – O objetivo da formação profissional e do treinamento do pessoal visa a tornar claras suas responsabilidades no que tange à reabilitação do delinqüente, assegurando seus direitos e protegendo a sociedade. O treinamento também deve fazer o pessoal compreender a necessidade de cooperar e coordenar as atividades com outros órgãos envolvidos.

16.2 – Antes de exercer as funções, o pessoal deve receber treinamento abrangendo informação sobre a natureza das medidas não-privativas de liberdade, os objetivos da vigilância e as diversas modalidades de sua aplicação.

16.3 – Após ter iniciado o desempenho de suas funções, os membros do quadro pessoal deverá manter e aprimorar seu conhecimento e capacidade profissional, participando de cursos de capacitação e reciclagem. Devem ser colocadas à sua disposição instalações adequadas para essa finalidade.”

Está claro que é imprescindível que exista seleção criteriosa dos profissionais que atuam na área, assim como seu constante treinamento.

Caso contrário, corre-se o risco de transformar a atividade do órgão meramente burocrática, que repete procedimentos sem atingir resultados. As atividades serão desempenhadas apenas formalmente, sem a qualidade que é exigida.

Com o treinamento, os servidores potencializam sua competência, tornam-se motivados e criativos. Como resultado, melhora a qualidade das atividades e, conseqüentemente, são obtidos melhores resultados.

4. Conselho de Medidas Alternativas

Para que as medidas desenvolvam-se de forma eficaz, é necessário que os promotores de justiça, assim como os juízes, estejam integrados, conheçam os benefícios que elas geram.

O desenvolvimento de atividades isoladas, sem intercâmbio de informações, não favorece a melhora do sistema.

Assim, a existência de um Conselho de Medidas Alternativas, no âmbito do Ministério Público e no do Tribunal de Justiça é indispensável para que se atinja a eficácia das medidas.

O órgão administrativo para apoiar a aplicação, execução e avaliação das medidas alternativas, como anteriormente exposto, teria apenas atribuições administrativas. O Conselho de Medidas Alternativas faria o elo entre esse órgão e os agentes políticos que atuam na instituição respectiva.

De fato, é necessário que as instituições fixem diretrizes de ordem prática para os seus membros, de forma a potencializar os resultados das medidas tomadas.

Pesquisas realizadas devem ser analisadas e divulgadas, devem ser convertidas em ações e programas que visem à melhoria do sistema.

O Conselho pode desenvolver programas de monitoramento e avaliação das medidas aplicadas. Como ressaltado nos comentários às Regras de Tóquio “O monitoramento e a avaliação também focalizam a aplicação adequada de cada uma das medidas não-privativas de liberdade por parte das autoridades judiciárias e administrativas e pode contribuir assegurando consistência e equidade”⁹.

Como órgão diretamente interessado na implantação eficaz de sistemas de medidas alternativas, o Conselho pode propor ao Procurador-Geral ou ao Presidente do Tribunal que estabeleça contato com outros órgãos e entidades governamentais para a realização de programas.

Pode, também, desenvolver atividades que visem a incentivar a participação da comunidade na aplicação das medidas alternativas.

Criando-se o Conselho, haverá maior possibilidade de os órgãos competentes cumprirem suas missões e seus deveres institucionais.

A escolha dos membros do Conselho deve ser realizada de forma que os profissionais que mais se identifiquem com os princípios das medidas alternativas tenham possibilidade de concorrer ao cargo.

Devem ser realizadas reuniões periódicas, assim como estabelecidas rotinas para que as atividades sejam desenvolvidas de forma sistemática.

É necessário verificar que diversas decisões do Conselho irão implicar desenvolvimento de ações e atividades e que, para tanto, é necessária a existência de corpo técnico que auxilie o Conselho a atingir seus objetivos.

⁹ Comentários... p. 35.

5. Conclusões

5.1 - Para que o sistema das medidas alternativas seja eficiente, é necessária a criação de órgão administrativo para apoiar as ações dos juízes e promotores.

5.2 - O órgão deve exercer as seguintes atribuições: credenciamento, qualificação, prestação de esclarecimentos à pessoa em conflito com a lei, acompanhamento e fiscalização da execução da medida alternativa, pesquisa, elaboração de relatórios de investigação.

5.3 - O órgão deve ser criado e inserido nas estruturas administrativas do Ministério Público e do Tribunal de Justiça. Deve ser estabelecido convênio entre as duas instituições, para que haja distribuição de atribuições e o devido intercâmbio entre as atividades.

5.4 - As atribuições devem ser desenvolvidas com parcerias.

5.5 - Deve ser criado Conselho de Medidas Alternativas, no âmbito do Ministério Público e do Tribunal de Justiça.

Bibliografia

Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba, MP/PR, set./2000.

Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas Sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade - Regras de Tóquio, Tradução de Damásio E. de Jesus, Brasília, Ministério da Justiça, 1998.

Desenvolvimento e Implementação de Sistemas de Tribunais para Dependentes Químicos, National Drug Court Institute.

GOMES, Luiz Flávio, Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo, RT, 1998.

Índice de Criminalidade: construção e usos na área da segurança pública, Revista do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente n° 2, São Paulo, ILANUD/IBCCRIM, 1997.

Informativo da Central de Execução de Penas Alternativas – CEPA, Curitiba, MP/PR, set./2000. Implementação de Programas, Revista do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente n° 7, São Paulo, ILANUD/IBCCRIM, 1998.

JESUS, Damásio E. de, Penas Alternativas: anotações à Lei n° 9.714, de 25 de novembro de 1998, Saraiva, São Paulo, 1999.

Manual de Aplicação das Penas e Medidas Alternativas: Prestação de Serviços à Comunidade, Sanção Educativa e Socialmente Útil, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério Público do Rio Grande do Sul, Rotary Internacional, Brasília, 2000.

ROCHA, Marco Antônio da, Critérios Técnicos a Serem Observados no Credenciamento de Instituições para Cumprimento de Medidas e Penas Alternativas, Cadernos do Ministério Público do Paraná, MP/PR, Curitiba, set./2000.

_____, Pensando a relação entre a prestação de serviços à comunidade e a prestação social alternativa (prestação pecuniária), Central de Execução de Penas Alternativas, Curitiba, MP/PR, 1999

_____, Programa de Acompanhamento e Fiscalização do Cumprimento da Pena ou Medida de Prestação de Serviços à Comunidade – PROAF/PSC, Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba, MP/PR, set./2000.

Agradecimentos: Eduardo Albuquerque, Marco Antônio Rocha, Mônica Louise de Azevedo e Vera Regina Müller.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Francisco Dias Teixeira**

Sumário: 1. Introdução. 2. Independência e Imparcialidade. 3. Independência Funcional, Autonomia Funcional e Autonomia Administrativa. 4. Unidade e Indivisibilidade. 5. Compatibilização dos Princípios da Unidade, da Indivisibilidade e da Independência Funcional

1. Introdução

Não há nada mais caro à instituição Ministério Público de que a *unidade* e a *independência funcional*¹. O consenso entre os membros da Instituição é pleno enquanto se refira a esses conceitos de forma abstrata, desejáveis de se realizarem. Ninguém sustenta que se deva tocar nesses princípios. Todos preconizam a absoluta necessidade de se assegurar “a unidade de ação” entre os vários órgãos, de modo a se constituir “uma identidade institucional”; e todos atribuem-se o direito a “uma atuação independente”, da mesma forma que reconhecem igual direito ao outro. Mas aí é que surge a questão: se todos os membros têm direito à *independência funcional*, como construir-se a *unidade institucional*?

Não obstante o consenso em torno dos princípios – *unidade* e *independência funcional* – abstratamente considerados, os mesmos constituem questões que atormentam o nosso agir; e, “na prática”, muitas vezes, formamos concepções diversas sobre esses preceitos, gerando, não raro, situações de quase impasse.

Pretende-se, aqui, dar uma contribuição para se aclarar o significado dessas expressões, no contexto em que são utilizadas no Texto Constitucional, e, assim, encontrar-se uma forma de compatibilizar os proclamados e aclamados “princípios constitucionais do Ministério Público”, no plano horizontal (a relação entre membros de igual nível), no plano vertical (a relação entre membros de níveis diferentes) e no plano organizacional (a relação entre os membros e os órgãos institucionais de decisão, deliberação ou coordenação), de sorte que, por um lado, seja assegurada à Instituição um “perfil”, revelador de sua *unidade*, e, por outro, seja preservada a *independência* de cada um de seus membros.

* Francisco Dias Teixeira é Procurador Regional da República.

¹ O § 1º do art. 127 da CF diz que “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”. Atemo-nos, porém, inicialmente, aos conceitos de “unidade” e “independência funcional”, para, depois, de forma mais detida, verificarmos a relação entre os conceitos “unidade” e “indivisibilidade”, e destes com a “independência funcional”.

Já o § 2º do mesmo artigo diz que “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa...”. Observa-se, pois, que a CF não se refere a essas garantias do MP como sendo princípios. Procuraremos, assim, evidenciar a natureza dessas garantias e a que elas se referem.

Com efeito, muito se ouve falar sobre “os princípios constitucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional do Ministério Público”, mas pouco se tem refletido sobre os campos de aplicabilidade desses conceitos, sobre as áreas de interseção dos mesmos e, conseqüentemente, sobre a compatibilização deles em nossa *praxis*. Invoca-se ou o princípio da *independência funcional* ou o *princípio da unidade* casuisticamente, de acordo com a posição que se quer defender, conforme a posição ideológica que se tem ou se deseja ver prevalecer no momento: a ação de determinado membro ou a autoridade de uma determinada orientação institucional. Mas não se vê uma abordagem teórica desses princípios, demonstrando o *modus* como podem, conjunta e concretamente, operar. A própria Instituição tem sido tímida em enunciar entendimento sobre a questão. Não se crê nem se pretende que os conflitos decorrentes da dimensão ideológica de um *agir social* venham ser eliminados por uma espécie de “objetivização” das normas que regulamentam esse agir; mas um mínimo de elucidação dessas normas pode evitar, ou ao menos evidenciar, arbitrariedades que, por vezes, procura-se esconder sob o manto de conceitos *ad doc*.

Para isso, o primeiro passo é estabelecer o sistema conceitual (elementos significantes = palavras), de forma que se possa saber que sempre que se utiliza uma palavra ou uma expressão, está-se referindo à mesma idéia.

No caso, tratando-se de uma “ciência normativa”, esse sistema conceitual há de ser retirado da Constituição Federal; pois a tarefa consiste, exatamente, em estabelecer o conteúdo das palavras e expressões ali empregadas. Numa palavra: interpretá-las.

Essas palavras e expressões encontram-se nos parágrafos 1º e 2º do artigo 127 da Carta Política. *Verbis*:

“§ 1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa (...). O que, pois, é “unidade”, “indivisibilidade”, “independência funcional”, por um lado, e, por outro, “autonomia funcional” e “autonomia administrativa”, enquanto atributos do Ministério Público, por força da norma constitucional?

É o que pretendemos delinear. Para isso, no entanto, julgamos serem úteis algumas considerações acerca da própria natureza da instituição Ministério Público e da respectiva função.

2. Independência e imparcialidade

A *independência* está para o Ministério Público assim como a *imparcialidade* está para a Magistratura. É certo que o juiz deve também agir com independência e o membro do MP, com imparcialidade, na medida em que o juiz, para manter-se imparcial, deve ser independente, e o membro do MP, mesmo enquanto *parte*, deve ter como pressuposto de sua atuação a mesma equidade que se espera do juiz (e não o simples interesse individual ou de grupo, como se tem por legítimo ao advogado). Nisso é que as duas instituições tocam-se.

Mas, se as instituições Ministério Público e Magistratura interseccionam-se nos pontos *independência* e *imparcialidade*, elas não se seguem paralelas. Com efeito, a *imparcialidade* do juiz significa *equidistância das partes*; e diz respeito ao “mundo processual”. Já o Ministério Público, mesmo atuando na qualidade de *custos legis*, não se situa num ponto ideal equidistante dos sujeitos processuais, pois seria ingênuo entender que a função do *custos legis* é defender uma norma abstrata, indiferente das partes em conflito; ao contrário, ele defende a norma mas apenas enquanto esta é vocacionada a assegurar um *determinado interesse*, ainda

que não coincida com o interesse de nenhuma das partes litigantes. Sua posição é, portanto, de *distanciamento* das partes; mas não de equidistância entre elas. Ou seja: o Ministério Público mantém-se em posição independente (distante) das partes, mas pode, perfeitamente, direcionar sua atuação no sentido de uma delas, desde que aí vislumbre o *determinado interesse* (=público). Pode-se, assim, dizer que a *imparcialidade* do juiz é uma *imparcialidade processual e formal*, porque diz respeito à sua posição no processo, e é indiferente aos interesses em litígio; enquanto que a *imparcialidade* do membro do Ministério Público é uma *imparcialidade pre-processual e material*, porque dele é exigida antes de entrar na cena processual, e diz respeito à sua *decisão* a respeito do interesse (= bem jurídico) a ser defendido. Mais especificamente: quando *decide* que um determinado bem jurídico atende ao interesse público, e, portanto, merece sua defesa, o membro do MP fá-lo com *imparcialidade*; mas, a partir daí, é “parte” (genericamente falando), na medida em que defenderá aquele Interesse em face de outros interesses. Enquanto que o juiz não decide, previamente, qual interesse deve prevalecer (a que dou no nome de “independência funcional”); e, por isso mesmo, diante da lide, mantém-se neutro (= imparcialidade). Disso resulta que, no plano simbólico, a nota caracterizadora do Judiciário é a *imparcialidade*, e do Ministério Público, a *independência*.

Porém, enquanto a *imparcialidade* do juiz assenta-se na base razoavelmente estável da Lei, e por esta é moldada, a *independência* do órgão ministerial se assenta na plataforma da Lei, guia-se pela âncora fugidia do *interesse social*, de cuja proteção a Lei Maior incumbiu o Ministério Público (art. 127). É dizer: posto um conflito entre interesses público e particular, o juiz (no plano abstrato da imparcialidade) arbitrará o conflito conforme o regramento legal (“imparcialmente”), e não em consideração às partes em conflito; enquanto que o membro do MP terá “escolhido”, previamente, o “interesse” de cuja defesa a Lei Maior o incumbiu. E assim o fez exercendo sua independência funcional, pois “interesse particular” e “interesse público” são conceitos puros e opostos somente no plano teórico: na realidade fática e processual, muitas vezes, imbricam-se, e cabe ao membro do MP discriminá-los, para decidir pela defesa de um ou de outro: o juízo do “interesse público” compete ao Ministério Público (por delegação expressa da Lei Maior – art. 127). Ao Judiciário compete, apenas, dizer se o “interesse público” formulado pelo Ministério Público tem respaldo na ordem jurídica; ou se, ao contrário, é o interesse postulado pelo particular que a Lei protege.

Com isso, obviamente, não se olvida a “função social” do juiz, e nem o seu dever de, ao aplicar a lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Tampouco ignora-se que esse juízo de “interesse público” formulado pelo órgão do Ministério Público não pode ser arbitrário, livre de qualquer baliza normativa. A diferença está em que, para o juiz, o “interesse social” é conceito subsidiário de seu mister (aplicar a lei); já para o Ministério Público, o “interesse social” constitui-se no próprio objeto de seu mister (art. 127 da Carta Magna). O compromisso do juiz para com o *interesse público* e a *ordem democrática* é o compromisso do cidadão, qualificado pela função de julgar. Nesse sentido, é um compromisso-reflexo, porque seu compromisso direto diz com a imparcialidade na aplicação da lei. Já o compromisso do membro do Ministério Público com o *interesse público* é o compromisso do advogado (advogado do *interesse público*), portanto, primário, exclusivo, direto, que se confunde com sua própria função, outorgada pela Carga Magna. Disso decorre uma maior liberdade política (= *independência funcional*) no agir do Ministério Público, em contrapartida à maior rigidez técnica (= *imparcialidade*) do juiz.

Ao Ministério Público incumbe, ainda, num primeiro momento, fiscalizar a adequação dos atos dos demais agentes públicos àquela “plataforma” cimentada pela Lei (defesa da ordem jurídica), sob o pressuposto de que a Lei representa o *interesse público*; e, num segundo momento, “monitorar” a própria “plataforma legal”, que deve inspirar-

se num complexo principiológico de vocação democrática (o regime democrático), nos termos do art. 127 da Constituição Federal. É amplo, pois, o espaço político no qual o órgão do Ministério Público pode movimentar-se legitimamente. Pode-se objetar que, nesse mesmo espaço, limitado apenas pela Constituição e pelas leis constitucionalmente válidas, movimentar-se o juiz. Mas ao juiz não é concedida a liberdade de movimentar-se *sponte sua*: o seu agir incide no ponto onde é solicitada sua intervenção. Enquanto que o órgão do Ministério Público determina o seu próprio ponto de ação. É a liberdade de iniciativa, que em muito se diferencia da liberdade de iniciativa do advogado liberal, porque este é jungido por um mandato particular e específico para o caso, não podendo – ele também – definir o caso concreto em que agirá, enquanto que o órgão do Ministério Público tem um mandato público (= legal) e genérico. Mais uma vez, aqui, ressalta-se a *independência funcional* do Ministério Público.

A Constituição é o limite ao campo de exercitação da *independência funcional* do Ministério Público, direcionada, sempre, ao *interesse público*, conforme, aliás, o é para todos e para tudo, enquanto agir social². Mas existe diferença: enquanto, na condição de cidadão, o indivíduo não está *obrigado* (apenas tem o dever moral e cívico) a exercitar sua liberdade para vocacionar seu agir à busca da realização do *interesse público*, mas deve apenas agir de modo a não o obstar, ou, quando muito, colaborar na sua realização; e, por outro lado, o “agir no interesse público” do juiz está condicionado a um agir anterior (por maior que seja a lesão a um *interesse público*, o juiz não poderá coibi-lo se não houver quem saia em defesa desse *interesse*) – o Ministério Público está *obrigado* a tanto (porque este é o seu ofício); tem o dever legal e constitucional de utilizar a *independência*, que lhe é assegurada, na permanente defesa do *interesse público*.

Assim, enquanto agente titular – cuja titularidade exercerá de forma *independente*, nos limites do mandato conferido pela Lei Maior e regulado pelas leis complementar e ordinária – de iniciativas representadoras do *interesse público*, o Ministério Público é um agente público de atuação técnica e política, ao mesmo tempo e em igual dose.

Mas esse “agir independente”, além de obediente às leis e à Constituição no que diz respeito à sua ontologia, há de ser balizado, no que diz respeito à sua *praxis*, pelos princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*, que também são de ordem constitucional. *Unidade*, *indivisibilidade* e *independência funcional* são os princípios constitucionais do Ministério Público (§ 1º do art. 127).

3. Independência funcional, autonomia funcional e autonomia administrativa

3.1 – Independência e autonomia

Conforme se sabe, a Constituição Federal dedica três artigos ao Ministério Público: 127, 128 e 129 (o art. 130 refere-se ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, ao qual se aplicam as disposições contidas naqueles artigos, e cuja especificidade não é objeto deste estudo).

De uma forma geral, pode-se dizer que o art. 127 traça o perfil geral da Instituição, a partir de sua finalidade (*caput*), de seus princípios informadores (§ 1º) e de sua forma de gestão (§§ 2º e 3º). O art. 128 especifica os vários ramos do Ministério Público e suas peculi-

² Os atos puramente individuais, na medida em que se traduzam como *atos da intimidade*, que não repercutem fora dessa esfera, não encontram limite sequer na Lei Maior.

aridades, bem assim as garantias de seus membros e respectivas vedações. Já o art. 129 especifica os vários instrumentos de ação através dos quais a Instituição poderá alcançar as finalidades a que é vocacionada (art. 127).

As questões objeto deste estudo – atinentes aos princípios do Ministério Público – têm sede, pois, no art. 127 da Lei Maior, pelo que sua transcrição é elucidativa:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, promovendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º. O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.”

Vê-se que o legislador constitucional, referindo-se a um *princípio* da instituição Ministério Público, no § 1º, utilizou a expressão *independência* (funcional), enquanto que, no § 2º, cuidando da forma de gestão dessa Instituição, utilizou a expressão *autonomia* (funcional e administrativa). “Independência” e “autonomia” não significam a mesma coisa na linguagem natural, e representam conceitos jurídicos diversos. Impõe-se determinar os significados dessas expressões no Texto Constitucional.

De Plácido e Silva, sobre a *independência*, diz:

“... *exprime o estado das coisas que se mostram livres, sem qualquer ligação ou conexão com as demais. / No sentido jurídico, entretanto, independência não possui ou não é tida no conceito absoluto de liberdade irrestrita, liberdade sem qualquer sujeição, liberdade de fazer o que se queria, sem qualquer respeito às demais coisas. (...)*”.

Já, quanto à *autonomia*, diz que

“... *se aplica para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. / Neste sentido, seja em relação às pessoas, seja em relação às instituições, o vocábulo tem significado em todo idêntico ao que expressa independência.*”

Mas é o mesmo dicionarista que acrescenta:

“*A autonomia pode ser absoluta ou relativa. Quando se diz autonomia absoluta, entende-se autonomia soberana, sem qualquer restrição que possa limitar a ação de quem a tem. E, neste caso, é sinônimo da própria soberania, que é aquela que possuem os Estados independentes e constituídos segundo a vontade soberana de seus componentes. / Entre nós, a autonomia da União é soberana*”

*na, pois que nela repousa todo poder político da Federação. / Já a autonomia dos Estados federados e dos Municípios se mostra relativa, porque se entende uma autonomia meramente administrativa, subordinada ao poder soberano da União, que tem, tão-somente, a personalidade internacional, um dos caracteres fundamentais da soberania. (...)*³.

Sabe-se, por outro lado, que a *soberania* – aqui sinônimo de *independência* – é indivisível e se concentra no ente Estado. Assim entendida, é impróprio dizer-se que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º da CR). Porém, aqui, “independência” não significa exclusividade (como se diria da soberania), senão exatamente o contrário: a co-participação no exercício da soberania. E é nesse sentido que, apesar de não incluído no referido art. 2º, o Ministério Público, por força do art. 127, também é co-partícipe desse exercício, na medida em que seus agentes expressam, sem possibilidade de reforma por outro órgão, o *interesse público*. A circunstância de o Judiciário julgar em sentido contrário não elide essa independência=soberania do MP, pois a soberania está na “formulação” do *interesse público* a ser defendido: a circunstância de o Judiciário julgar em sentido contrário constitui-se, apenas, em manifestação de sua própria soberania, na sua função de julgar.

A partir dessas noções, conclui-se que a expressão *autonomia* não coincide com a expressão *independência*, porque a primeira pode ser *absoluta* ou *relativa*, e somente a *autonomia absoluta* significa *independência*, que, por seu turno, reporta-se à *soberania*.

No caso em estudo, pode-se afirmar, a partir dessas noções, que *independência funcional* significa *soberania da convicção* do agente ministerial (que, nem por isto está livre de responder por seus atos, porque ninguém o está, num Estado democrático). Ao passo que *autonomia funcional* quer dizer, apenas, a possibilidade jurídica dada à Instituição para praticar atos através de seus órgãos, sem se reportar, hierarquicamente, aos demais órgãos do Estado, para validar esses atos.

Hugo Nigro Mazzilli localizara ambos os princípios da *autonomia* e da *independência funcional* no membro da Instituição. *Verbis*:

“(...) autonomia funcional: é a autonomia do ofício exercido pelo Ministério Público em face de outros órgãos estatais, especialmente em face dos governantes, legisladores e juízes.”

“(...) a independência funcional, que é a liberdade com que estes (os agentes do Ministério Público) exercem seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição do Ministério Público”⁴.

No entanto, com a devida vênia, entendemos ser mais apropriado localizar a *autonomia funcional* na Instituição, recaindo no membro apenas o princípio da *independência funcional*, que garante a este liberdade no desempenho de seu ofício quer em face de outra autoridade ou órgão do Estado, quer em face de outro membro da Instituição.

É Hugo Nigro Mazzilli que noticia: “Em parecer a respeito do tema, Helly Lopes Meirelles assim se pronunciou: ‘Independência é de caráter absoluto; a autonomia é relativa a

³ Em “Vocabulário Jurídico”, Editora Forense, 4ª ed./1975.

⁴ Em “Ministério Público – Instituição e Processo”, coordenação de Antônio Augusto de Mello de Camargo Ferraz, capítulo “Independência do Ministério Público”, p. 107. Editora Atlas/1997.

outro órgão, agente ou Poder. Ora, no que concerne ao desempenho da função ministerial, pelo órgão (Ministério Público) e seus agentes (Promotores, Procuradores), há independência da atuação e não apenas ‘autonomia funcional’⁵.

Paulo Cesar Pinheiro Carneiro assim se refere à *independência funcional*: “Princípio maior da Instituição, que se traduz no direito de o promotor ou procurador de Justiça oficial livre e fundamentadamente de acordo com sua consciência e a lei, não estando adstrito, em qualquer hipótese, à orientação de quem quer que seja. Essa independência funcional é ilimitada, não estando o membro do *parquet* sujeito sequer às recomendações do Conselho Superior do Ministério Público para o desempenho de suas funções, ainda naqueles casos em que se mostre conveniente a atuação uniforme (arts. 10, XII, 15, X, 17, IV, e 20, todos da Lei Complementar nº 8.625/93)”⁶.

A relação do membro, no exercício de seu ofício e no que diz respeito às suas convicções, em face de outro agente ou órgão público, é de liberdade absoluta. Portanto, expressa *independência* e não *autonomia* funcional.

A *independência funcional* (ao lado da *unidade* e da *indivisibilidade*) é, pois, *princípio institucional* do Ministério Público. Enquanto que a *autonomia* (funcional ou administrativa) não tem a dignidade de princípio, mas é uma simples “forma funcional de ser” assegurada ao Ministério Público, garantindo-lhe auto-gestão, à semelhança dos demais órgãos de poder do Estado.

Conforme já anotado, *independência* e *autonomia* são conceitos diferentes. O primeiro diz com a *soberania* de um ente, o segundo quer significar apenas inexistência de vínculo entre dois órgãos.

Ora, ainda que se possa sustentar que, na Carta de 1988, o Ministério representa um “quarto poder”, o constituinte, no art. 2º, adotou o paradigma dos três poderes, “*independentes* e harmônicos entre si”. Assim, não poderia ele, no art. 127, investir a instituição Ministério Público da mesma *independência* caracterizadora do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, com o que ficaria consagrada a solução quatripartida do Poder. Conclui-se, pois, que a *independência* refere-se ao *agir funcional* (= atividade-fim) do Ministério Público, não ao ente (estrutura jurídica) enquanto tal. Já a *autonomia* refere-se, exatamente, à estrutura da Instituição (que a faz um ente jurídico) em relação aos demais órgãos do Estado, assegurando-lhe os meios para desincumbir de sua atividade-fim, regulamentando, no que for necessário, o exercício dessa atividade. Isso fica mais claro ao observar-se que, depois de proclamar, no § 1º, a *independência funcional* como princípio do *agir institucional*, o § 2º diz que “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa”.

3.2 – Autonomia funcional e autonomia administrativa

Posto que, em sua atuação institucional, os membros da Instituição agem com *independência*, e que a *autonomia* é garantia de natureza administrativa, reportando-se, pois, à estrutura da Instituição, parece, à primeira vista, que o Constituinte colocou desnecessariamen-

⁵ Em “O Ministério Público na Constituição de 1988”, p. 57, Editora Saraiva/1989.

⁶ Em “O Ministério Público no Processo Civil e Penal”, p. 46, Editora Forense, 5ª ed/1995.

No entanto, conforme analisaremos mais detidamente, o caráter ilimitado da *independência* só pode dizer respeito à convicção do membro, exteriorizada nos atos oficiais para os quais tenha atribuição, nos termos da lei e das normas regulamentares. Mas não quanto aos atos que deva praticar, e nem mesmo quanto a aspectos exteriores desses atos, tendentes a compatibilizar os atos de um membro com os atos dos demais membros, pois, aqui, segundo entendemos, o membro não só está vinculado à lei mas também às normas regulamentares da Instituição.

te a locução “autonomia funcional” no § 2º. Bastaria, ao lado do princípio da *independência funcional* estabelecido no § 1º, limitar-se, no § 2º, a assegurar ao Ministério Público a *autonomia administrativa*. Porém, sendo princípio de hermenêutica que “o legislador não utiliza palavra inutilmente”, há que se estabelecer o significado jurídico-constitucional da expressão “autonomia funcional” contida no referido § 2º, diferenciando-a da *autonomia administrativa*, e também, por óbvio, da *independência funcional*.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco, referindo-se indistintamente a *independência funcional*, *autonomia funcional* e *autonomia administrativa*, dizem: “Ser *independente* significa, em primeiro lugar, que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes e nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público (v. lei nº 8.625, de 12.2.93, art. 1º, par. ún.). Por outro lado, a independência do Ministério Público como um todo identifica-se na sua competência para propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos (Const., art. 127, § 2º) e para elaborar ‘sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias’ (art. 127, § 3º)”⁷.

Conforme já dito no item supra, não me parece que a *independência* referida no art. 127 da Lei Maior diz com o ente Ministério Público; mas com a função de seus membros.

No item 2 supra, procurou-se estabelecer o conteúdo do princípio da *independência funcional*, em confronto com o princípio da *imparcialidade*, tendo por premissa que o princípio refere-se ao agir da Instituição, através de seus membros. Impõe-se, assim, estabelecer a diferença entre as locuções “autonomia funcional” e “autonomia administrativa”, enquanto garantias do ente estatal Ministério Público.

Além da atividade-fim desempenhada pelos vários membros da Instituição, regida pelo princípio da *autonomia funcional*, e da atividade-meio desempenhada pelo corpo administrativo da Instituição, chefiado pelo Procurador-Geral, a Instituição pratica outra espécie de atos, não administrativos nem finalísticos propriamente ditos. São os atos regulamentares praticados por seus órgãos superiores, que incidem sobre a atividade-fim desempenhada por seus membros. Referimo-nos aos atos do Conselho Superior, das Câmaras de Revisão, da Corregedoria e do próprio Procurador-Geral, quando de natureza institucional. A *autonomia funcional* significa, pois, que, depois da lei, a atividade-fim dos membros da Instituição é regrada pela própria Instituição, e esses atos regulamentadores não estão sujeitos a controle hierárquico por parte de outra autoridade fora da Instituição. Não é demais afirmar que esses atos, por serem regulamentares, jamais poderão versar sobre o conteúdo do ato a ser praticado pelo membro, porque, aqui – diga-se novamente – está-se na seara da *independência funcional*, que não apenas tem sede constitucional, mas foi erigida à categoria de princípio.

Resta ver o espaço da *autonomia administrativa*.

Conforme já assinalado, todo o § 2º diz respeito à Instituição enquanto estrutura que viabiliza o exercício daquelas funções (*independentes* – repita-se) elencadas no *caput* do art. 127. Posto que a *autonomia funcional* refere-se ao poder regulamentar conferido à Instituição, quanto aos atos funcionais de seus membros, a expressão “autonomia administrativa” somente pode reportar-se aos atos administrativos propriamente ditos, de competência da Ins-

⁷ Em “Teoria Geral do Processo”, Malheiros Editores, p. 212, 14ª edição.

tuição, através de seu chefe (Procurador-Geral – da República, na União; de Justiça, nos entes federados), e significa que esses atos não estão sujeitos a controle hierárquico de outra autoridade (do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário). Mas isso só é possível através do sistema de controle externo comum a todos os órgãos de poder do Estado⁸.

4. Unidade e indivisibilidade

4.1 – A Unidade

São três os *princípios* constitucionais do Ministério Público, consagrados no § 1º do art. 127: a *unidade* a *indivisibilidade* e a *independência funcional*.

No item 2, procuramos demonstrar o significado e o espaço de incidência do princípio da *autonomia funcional*, utilizando, por método, o referencial do dogma da *imparcialidade* do juiz.

Após aquela digressão no item 3, onde se procurou analisar as *garantias* asseguradas no § 2º (*autonomia funcional* e *autonomia administrativa*), com a finalidade de evidenciar não apenas a diferença entre a *independência funcional* e a *autonomia funcional*, mas também entre esta e a *autonomia administrativa*, impõe-se voltar ao § 1º, para tratar do objeto deste estudo, que são os *princípios constitucionais do Ministério Público*, restando, agora, abordar os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*.

Se é certo que os três princípios – *unidade*, *indivisibilidade* e *independência funcional* – articulam-se em determinado ponto, parece-me não menos certo que os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade* apresentam maiores afinidades entre si.

Numa primeira abordagem, de ordem semântica, das expressões *unidade*, *indivisibilidade* e *independência funcional*, nota-se que as duas primeiras querem limitar, enquanto a última visa ampliar as possibilidades de ação do membro da Instituição. Com efeito, pelos princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*, o membro é apenas expressão do todo, sem identidade própria; já pelo princípio da *independência funcional*, o membro expressa-se por convicção própria, não condicionada sequer por orientação emanada daquele todo (=Instituição)⁹. É preciso compatibilizá-las, pois.

E assim, já numa segunda abordagem, contextual, verifica-se que *independência funcional* refere-se ao agente individualmente considerado, enquanto que *unidade* e *indivisibilidade* tem em consideração a ação dos diversos agentes, reportando-se, pois, à Instituição. Ou seja: *independência funcional* é conceito cujo conteúdo extrai-se do centro (Instituição) e se localiza na extremidade (membro) – o membro é o titular do princípio; *unida-*

⁸ Nesse sentido, é o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, que elenca os seguintes exemplos: “a) a prática de atos próprios de gestão; b) a prática de atos e decisões sobre a situação funcional do pessoal ativo e inativo da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; c) a elaboração de suas folhas de pagamento e a expedição dos competentes demonstrativos; d) a aquisição de bens e a contratação de serviços, efetuando-se a respectiva contabilização; e) o provimento dos cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de promoção, remoção e demais formas de provimento derivado; f) a edição de atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem vacância de cargos de carreira e dos serviços auxiliares, bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores; g) a organização de suas unidades administrativas e seus serviços auxiliares (secretarias, coordenadorias, centros de apoio, promotorias ou procuradorias); h) a composição de seus órgãos de administração superior, com elaboração de seus regimentos internos”. (Em “O Ministério Público – Instituição e Processo”, p. 105.)

⁹ Hugo Nigro Mazzilli assim se expressa: “A unidade e a indivisibilidade da Instituição, assim vistas sob o ponto de vista hierárquico, são mitigadas pelos princípios da independência e autonomia funcional.” (Em “O Ministério Público na Constituição de 1988”, p. 57.)

de e indivisibilidade são conceitos cujo conteúdo é extraído das extremidades (membros) para o centro (Instituição) – a Instituição é o titular dos princípios. A *unidade* e a *indivisibilidade* supõem, portanto, uma instância garantidora das mesmas (=Instituição), ao passo que o principal garantidor da *independência funcional* é o próprio membro, pessoa humana, que exerce *imediatamente* uma função e possui liberdade para exercê-la.

É de Hugo Nigro Mazzilli a seguinte definição; “... a unidade é o conceito de que os promotores de um Estado integram um só órgão sob a direção de um só chefe; indivisibilidade significa que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros (...)”¹⁰.

Por se referir a “um só órgão sob a direção de um só chefe”, a definição do consagrado autor e membro do Ministério Público paulista aplica-se apenas a um ramo – o Ministério Público da União ou de um dos entes federados – da Instituição nacional Ministério Público.

Com efeito, não existe chefia – mesmo administrativa – nem estrutura burocrática sobrepassando os ministérios públicos da União e dos diversos Estados da Federação, mas cada qual tem a sua chefia (Procurador-Geral da República e Procuradores-Gerais de Justiça, respectivamente) e sua estrutura própria.

Mas os princípios da *unidade* e da *indivisibilidade*, consagrados na Carta Republicana, dizem respeito à Instituição que perpassa os vários entes aglutinados na Federação, incluindo a própria União, que, conforme se sabe, tem a sua organização ministerial, dividida em Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 128). Não se pode dizer, pois, que o princípio da *unidade* diz com a estrutura organizacional da Instituição, e muito menos com chefia. Mas a *unidade* diz com a função dos diversos membros da Instituição, sejam eles agentes federais ou estaduais; e constitui-se num ideal abstrato; ou, sendo um princípio – conforme o é –, remete-se a uma meta: a atuação coesa dos vários membros, sejam eles estaduais ou federais. Assim, o primeiro instrumento garantidor dessa unidade é, exatamente, a Constituição Federal, e depois, a Lei, pelas quais cada membro deve pautar sua atuação, em conformidade com seu discernimento e sua convicção; e não uma chefia.

Já Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e professor da Universidade do mesmo Estado, abstraindo o aspecto estrutural-hierárquico do princípio da *unidade*, define-o a partir de uma visão institucional-orgânica. *Verbis*:

*“Por este princípio, entende-se que o Ministério Público se constitui de um só organismo, uma única instituição. Quando um membro do parquet atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público. (...), isto é, não é possível dissociar o órgão da instituição; aquele faz esta atuar. Assim como não se pode dissociar o membro do órgão, aquele é parte integrante deste; juntos formam um só todo”*¹¹. E o princípio da *indivisibilidade*, segundo o mesmo autor: “(...) é uma decorrência natural do princípio da unidade e nele poderia estar compreendido. Significa que a instituição, o organismo, não pode ser dividido. Quando um membro da instituição substitui o outro, é o próprio Ministério Público que continua a atuar. Um pode ser substituído pelo outro, sem qualquer vinculação de opinião e sem que tal fato cause a cindibilidade da instituição”¹².

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido R. Dinamarco,

¹⁰ Em “O Ministério Público na Constituição de 1988”, p. 53.

¹¹ Op. cit., p. 43.

¹² Op. cit., p. 44.

numa abordagem de natureza processual, não destoam desse conceito. Explicam: “Ser *una e indivisível* a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física)”¹³.

Observa-se que os autores acima vistos definem o princípio da *unidade* ou a partir de uma visão estrutural-hierárquica ou a partir de uma visão institucional-orgânica¹⁴. No entanto, sendo uma contrapartida direta do princípio da *independência funcional*, o princípio da *unidade* deve projetar-se diretamente no mesmo objeto que expressa a *independência funcional* (ato do membro do MP). A *unidade* não diz, pois, com a Instituição, mas com o *fazer* dessa Instituição. A estrutura institucional é apenas um meio para se lograr obter a *unidade* desse *fazer*. Noutras palavras: a *unidade* está para a Instituição assim como a *independência funcional* está para o indivíduo membro do MP. Da mesma forma que o indivíduo não é o objeto da *independência funcional*, mas seu titular e garantidor, a Instituição não é o objeto da *unidade*, mas seu titular e garantidor.

A relação *unidade/independência funcional* é, pois, necessariamente conflituosa: de um lado, o indivíduo em seu natural desejo e em seu direito constitucional de liberdade de atuação; de outro, a Instituição, em sua vocação normal e em seu dever jurídico de impedir ações contraditórias, ou, pior, mutuamente elisivas. Como todo conflito de repercussão social, esse também necessita de regramento, regramento esse que não se realiza apenas com as leis processual e orgânica, mas essas deixam a descoberto inúmeras situações potencialmente conflituosas, tanto entre os membros quanto entre esses e a Instituição¹⁵.

Disso resulta a necessidade de a Instituição contar com instrumentos organizacionais, em forma de colegiados, tais como Conselho Superior, Câmara de Coordenação e Revisão, etc., a serviço do princípio-fim da *unidade*, já que cada indivíduo-membro é centro garantidor da *independência funcional*. Esses órgãos (e especialmente o Conselho Superior (por ser representativo dos membros, já que por eles eleito) deverão, pois, estabelecer, obedecidas as normas

¹³ P. 212.

¹⁴ Nessa linha também é o entendimento firmado pelo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, segundo o qual “inexiste unidade entre Ministérios Públicos diversos, como, por exemplo, o Federal e o dos Estados (JTACiv, Lex, 52:87)”.

Isso poderia ser válido em face da Constituição pretérita, na qual o Ministério Público, mesmo já dotado de certas garantias constitucionais (mas não dos princípios da unidade, da indivisibilidade da independência funcional), ainda se constituía num apêndice do Poder Executivo, e a Carta Magna cuidava apenas do Ministério Público da União (art. 94). Porém, conforme já dito, a Carta de 1988 inicia a normatização do Ministério Público proclamando aqueles princípios, a informar toda a Instituição, perpassado seus órgãos estruturais atinentes à União ou aos Estados, que vêm elencados depois, num plano secundário aos princípios gerais.

¹⁵ Na hipótese de arquivamento de inquérito policial ou civil, a unidade realiza-se por força de lei. Pois, ainda que o membro que se manifestara pelo arquivamento do inquérito não possa ser compelido, pelo órgão superior, a promover a ação, esse órgão garante a unidade, designando outro órgão para promovê-la. A falha nessa unidade, no caso do inquérito policial, decorre da sistemática adotada na Lei Processual Penal, que determina que o membro do MP promova o arquivamento do inquérito perante o juiz, permitindo, assim, que, em situação idêntica àquela em que o órgão superior do MP unificou entendimento no sentido de se exercer a ação penal, não se a exercite, porque o juiz acolhera a promoção de arquivamento do membro de 1ª instância. Disso, resulta meu entendimento no sentido de que o mais adequado seria que o membro, sempre que decidisse pela não promoção da ação penal ao cabo de uma investigação regularmente desenvolvida, recorresse, de ofício, a seu órgão superior, conforme se faz no caso do inquérito civil público. (Sobre a questão, é nosso artigo “A Titularidade da Ação Penal e o Arquivamento do Inquérito Policial”, publicado na Revista da Procuradoria-Geral da República, nº 6, e Revista de Assuntos Criminais, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, nº 3/1995, e Revista Brasileira de Ciências Criminais, do IBCCrim, nº 14, abr./jun. 1996).

legais e dentro dos limites da razoabilidade, os espaços e os conteúdos respectivos dos princípios da *independência funcional* e da *unidade*, de forma a compatibilizar, *na prática*, aquilo que, semanticamente opõe-se, mas devem conviver, porque ambos têm sede constitucional.

Mas essas normas jamais poderão ter a especificidade de molde a incidir diretamente no conteúdo dos atos a serem praticados pelos membros, conferindo-lhes *unidade* quanto ao mérito. Nenhum instrumento legal ou regulamentar existe (nem pode existir) para impor a *unidade* de atuação nesse espaço mais restrito que diz com a convicção de cada membro. Aqui, os colegiados funcionam como órgãos de formulação da *unidade* desejável, e de persuasão em busca dela, pela autoridade formal de que dispõem e pela razoabilidade de seus enunciados.

4.2 – A indivisibilidade

Visto, pois, que o princípio da *unidade* não diz com a estrutura organizacional da Instituição e muito menos com chefia, mas é um ideal abstrato, um princípio que se remete a uma meta (a atuação coesa de seus membros) e cujo instrumento garantidor principal é a Lei, observa-se que a *indivisibilidade* diz mais com a estrutura, ou as várias subestruturas da Instituição. Pois, realmente, como define Hugo Nigro Mazzilli, *significa que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros*. Mas – acrescenta-se – essa *substituição* faz-se por critérios previamente estabelecidos pela lei e regulamentados pela Instituição, nos moldes da respectiva subestrutura (do MP do ente federado). Ou seja: a Constituição prevê que os membros da Instituição estão investidos de idêntico poder para falar em nome da Instituição, decorrendo daí a possibilidade de um ser substituído por outro sem quebra da *expressão institucional* (= indivisibilidade). Porém, essa *substituição* há de estar previamente disciplinada na lei (que organiza a Instituição, cria cargo e ofícios, etc.) e especificamente previstas nas normas regulamentares da própria Instituição (a substituição eventual, as intervenções processuais, no desempenho dos vários ofícios de curadoria, *custos legis*, etc.). Conclui-se, portanto, que, enquanto a *unidade* é *princípio-meta*, não definida previamente sequer pela lei (esta é simples referencial da unidade, a ser construído e buscado todos os dias), a *indivisibilidade* é *princípio-concreto*, cujo exercício é rigorosamente definido por leis e por regulamentos, que formam a própria estrutura da Instituição. Ou seja: não pode haver hipótese em que dois membros, em idêntica situação jurídica, fale por ela, ao mesmo tempo¹⁶.

Neste passo, vê-se que os princípios da *indivisibilidade* e da *unidade* não se colidem; mas se ajustam: o primeiro vincula a Instituição em ponto imediato, concreto (o ato do membro); o segundo orienta-a através de um ponto recuado, concebível intelectivamente, mas nunca plenamente realizável, utópico, mesmo.

O “ponto de atrito” dá-se, pois, na conjugação dos princípios da *unidade* e da *inde-*

¹⁶A questão atinente à compatibilização dos princípios da *unidade*, da *indivisibilidade* e da *independência funcional* é mais freqüentemente suscitada, de um lado, em face de, numa mesma instância, dois membros divergirem-se sobre determinada questão: um, na condição de parte “*strito sensu*”, outro, intervindo, v.g., na condição de “*custos legis*”; e, de outro lado, na hipótese de um membro que oficia em instância superior divergir da manifestação exarada por aquele que oficia em instância inferior. Parece-me que ambas as situações são explicáveis. É que, na primeira hipótese, a indivisibilidade não é cindida porque os atos processuais são de naturezas diversas, ainda que praticados numa mesma fase processual. Na segunda hipótese, deve prevalecer o princípio da *independência funcional*, por várias razões, dentre as quais: a) esta permite que a própria Instituição corrija a concepção de *interesse público* que, eventualmente, mostre-se inadequada num momento posterior; b) o órgão de instância inferior também exerceu sua *independência funcional*, ao formular, em determinado momento histórico e processual, o seu entendimento sobre o *interesse público*; c) supostamente, o membro de instância superior é mais experiente que o de instância inferior, e, portanto, a *unidade* não pode fazer-se sobre o entendimento daquele. O presente artigo, porém, não comporta tal discussão. Ela foi objeto de nosso artigo “O *custos legis* face à Constituição Federal”, publicado na *Revista da Procuradoria-Geral da República*, nº 10, jan./jun. 97.

pendência funcional; e não deste com a *indivisibilidade*. Pois seria de todo insustentável que, a pretexto da *independência funcional*, sem qualquer motivo objetivo, um membro viesse refazer ato já praticado por outro.

5. Compatibilização dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional

Posto que todos são de estatura constitucional, os princípios da *unidade*, da *indivisibilidade* e da *independência funcional* (em especial o primeiro e o último, essencialmente contraditórios), hão de se acomodar na *prática*. Essa “acomodação” deve repousar-se numa compreensão teórica sobre eles.

Para isso, e especialmente em relação ao princípio da *independência funcional*, é necessário ter em mente um outro princípio (este geral, e não escrito), segundo o qual *não há princípio jurídico absoluto*.

Isto posto, suponho que o primeiro passo consiste em verificar se, dentro do Texto Constitucional, é possível estabelecer a prevalência de um princípio sobre o outro.

Pois, se ambos os princípios (*unidade* e *independência funcional*) têm estatura constitucional e se ambos postulam reger a situação dada, há que se perquirir sobre a especificidade da questão para se determinar qual deve ceder em prevalência do outro, de sorte a se extrair uma conclusão que melhor se adequeie ao fim último visado pela Ordem Jurídica (que, no caso, é a defesa do *interesse público*)¹⁷.

De imediato, pela própria análise semântica (antes, pois, de se entrar nas técnicas propriamente de interpretação jurídica), *independência*, enquanto se refere à *formação de convicção*, não é suscetível de regramento formal. Ora, a *independência funcional* nada mais é de que a possibilidade de o agente público expressar, no exercício de suas atribuições, sua convicção a respeito de determinada questão que lhe foi submetida. Conclui-se, pois, que nenhuma norma, regulamentar ou legal, pode estabelecer, cercear, ou moldar o conteúdo da manifestação do órgão ministerial sobre uma determinada questão afeta a seu âmbito de atribuições e no exercício dessas atribuições. Nesse sentido, tem-se, pois, que a *independência funcional* é princípio prevalecente, pois não é suscetível de limitação. Portanto, a pretexto de se realizar o princípio da *unidade*, não se pode estabelecer um determinado *entendimento* (sempre e necessariamente político-ideológico) a ser seguido pelos diversos membros em seus atos; mas esse entendimento é formado por cada um, guiado apenas pela lei e pela Constituição. O limite (que sempre há limites) que se pode estabelecer à *independência funcional* é de natureza externa, sem afetar sua substância. Assim, é legítimo estabelecer que um órgão ministerial, presentemente, não pode exercer sua *independência funcional* em determinados espaços territoriais, sobre determinadas questões ou matérias, em certos juízos e instâncias; ou: deve fazê-lo em determinada condição (v.g., parte ou *custos legis*), sob determinada forma (v.g., explicitativa dos fundamentos do ato). Porém, nesses limites formais previamente delimitados, sua *independência funcional* é plena, ainda que o exercício dessa liberdade leve a soluções opostas à de outro membro, mesmo que de grau funcional mais elevado¹⁸.

¹⁷ A questão remete-se, pois, ao conceito de *interesse público*, que não será desenvolvida aqui. Mas todo conceito pressupõe algum consenso sobre os seus termos...

¹⁸ Agindo na condição de *custos legis*, entendemos que a *independência* é plena. Já na condição de parte *strito sensu*, o princípio da *unidade* reduz o da *independência* aos estritos limites técnico-jurídicos. Com efeito, em princípio, o membro que oficia em instância superior na condição de parte está obrigado a sustentar a ação até onde for viável, a partir de sua avaliação técnico-jurídica, passível de eventual demonstração. E isso decorre de um *princípio lógico*, e processual, segundo o qual quem (no caso, o MP, e não seu membro) promove uma ação (e, saindo do campo jurídico, poder-se-ia falar até em ação física...), em princípio, pretende seu resultado final, que, no caso, é a decisão da mais alta corte aonde, dentro das normas processuais, é possível levar a ação. (Sobre a compatibilização dos ofícios de parte e *custos legis*, v. nota 16.)

Verifica-se, pois, que é o princípio da *indivisibilidade* que exerce limitação objetiva e formal sobre o princípio da *independência funcional*. Tem uma função auxiliar, instrumental do princípio da *unidade*, já que este, dizendo respeito ao mérito do ato de um Membro, não pode descer à sua concretude, estabelecendo seu conteúdo; mas somente aponta o conteúdo desejável. Assim, o princípio da *indivisibilidade* supre a “inoperância” do princípio da *unidade*, traçando, de forma concreta e até onde é possível, os contornos do ato, de sorte a impedir que, pelo princípio da *independência* que opera a partir de onde cessa o princípio da *unidade*, a Instituição desagregue-se.

Com tal mecanismo, evitando-se, através do princípio da *indivisibilidade*, atuações sobrepostas e opostas, e possibilitando-se, por meio da *independência funcional*, a correção de eventuais atuações discrepantes de um membro, numa determinada fase ou instância, por outro membro em situação diversa, construi-se a *unidade* possível. E, ao mesmo tempo, compatibilizam-se os três princípios, porque cada um incide em campo próprio: a *unidade*, no plano da meta, atinente à Instituição/função; a *independência*, no plano da execução, atinente ao membro; a *indivisibilidade*, no plano da estrutura, atinente à Instituição/organização.

Verifica-se, assim, que, enquanto a relação entre o princípio da *unidade* e o da *independência funcional* é uma relação de contradição, a relação entre a *indivisibilidade* e a *independência funcional* é de complementaridade. Explicitando-se: uma vez consumado o ato ministerial por um de seus membros, não poderá outro, sob pretexto de estabelecer a *unidade*, agir naquele “espaço” em sentido contrário, não apenas porque isso quebraria o princípio da *indivisibilidade* mas também porque feriria a *independência funcional* do primeiro membro, que a exercera, praticando o ato supostamente dentro dos limites formais previamente delimitados. Ou seja: ao agir, por um lado, o membro do Ministério Público expressa sua convicção, exercendo sua *independência funcional*; e, por outro, empenha toda a Instituição (princípio da *indivisibilidade*), impedindo que outro membro manifeste em sentido contrário¹⁹. E isso baseia-se no *mandado* do qual cada membro da Instituição está investido constitucionalmente, para representar a sociedade nas questões também previstas constitucionalmente.

Verifica-se, pois, que os princípios da *indivisibilidade* e da *independência funcional* unem-se para o entrelaço dialético com o princípio da *unidade*, o qual, conforme já se anotou, tem por âncora apenas a Constituição e as leis, que, sendo comuns para todos, apresentam o norte de todas as atuações. Assim, o papel dos órgãos de coordenação da Instituição é procurar aclarar esse norte, inclusive, estabelecendo *políticas institucionais*, e persuadir os membros de segui-lo.

¹⁹ Questão polêmica diz respeito à possibilidade de, em processo judicial, depois de um membro do Ministério Público manifestar concordância com determinada decisão, outro, em igual ofício (parte ou *custos legis*), recorrer da mesma. Há que se distinguir duas hipóteses: se o membro pretensamente revisor agiu fora de suas atribuições previamente delimitadas, a par de incidir em falta disciplinar, sua manifestação há de ser tida por inexistente, por força da Lei Maior, e com base nos princípios da *indivisibilidade* e da *independência funcional*; mas, se no prazo recursal, foi regularmente investido de atribuição para officiar no caso, a nova manifestação há de ser tida como um ato revisional da própria Instituição.

DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO E AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL¹

*Lélio Bentes Corrêa**

Refutar o mito de que vivemos na “maior democracia racial do mundo” já se tornou lugar-comum. Com efeito, a crença, nutrida desde a escola, de que, no Brasil, não há distinções praticadas com base em critérios de cor, raça, religião ou gênero, não resiste mesmo à visão crítica de um aluno mais observador. Basta comparar a quantidade de negros nas ocupações principais da escola (professores, diretores) com aquela ocupada em tarefas subalternas (zeladores, vigias e faxineiros).

A observação empírica dos fatos induz à conclusão de que, na sociedade brasileira, o negro, a mulher e o branco possuem lugares bem definidos na estrutura social. O mito da “democracia racial” apenas contribui para a perpetuação de tal estado de coisas, na medida em que coíbe a discussão aberta do tema e impede a exposição da chaga. A discriminação se manifesta de forma sutil (por vezes, nem tão sutil assim) e é aceita como realidade dada, imutável, tanto por quem discrimina como – com espantosa frequência – por quem é discriminado.

Ricardi Henriques² observa a necessidade de se “problematizar” a desigualdade. A convivência pacífica com padrões de extrema injustiça, como se inerentes à estrutura social, conduz à passividade, banalizando a desigualdade, que é alçada, assim, à categoria de realidade imutável. Relevante notar que tal fenômeno é detectável em outros setores da vida social, encontrando-se associado aos abissais índices de desigualdade que caracterizam a estrutura social brasileira.

Do mesmo modo que convive com a desigualdade de tratamento com base em gênero e raça, a sociedade brasileira, até bem pouco tempo, vislumbrava no trabalho infantil uma solução para a pobreza, e não um problema. A teoria de que “é melhor estar trabalhando do que na marginalidade ou na mendicância” grassava, ocultando a realidade de que, pelo engajamento no trabalho, em substituição à escola, crianças em situação econômica desfavorável viam-se condenadas a repetir o ciclo eterno da pobreza, à míngua de oportunidade

* Lélio Bentes Corrêa é Subprocurador-Geral do Trabalho.

¹ Palestra proferida no Seminário Internacional as Minorias e o Direito, realizado em Brasília, entre os dias 12 e 14 de setembro de 2001, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Fundação Pedro Jorge, da Associação Nacional dos Procuradores da República e Associação Nacional dos Juizes Federais (Ajufe).

² Pesquisador do Ipea, citado em matéria publicada pelo *Jornal do Brasil*, caderno “Economia”, em 27.08.2001.

para desenvolver habilidades capazes de oportunizar o acesso a melhores ocupações. Para romper com tal círculo vicioso (crianças pobres, que não vão à escola porque trabalham, e se tornam adultos pobres, porque desprovidas de melhores qualificações, gerando crianças pobres, que deixarão de ir à escola para trabalhar), o primeiro e fundamental passo é, como afirma Antônio Carlos Gomes da Costa³, reconhecer que o trabalho infantil é um problema, não uma solução.

Os números permitem visualizar melhor a noção até aqui intuída. Com base na Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios de 2000 (a partir de dados coletados em 1999), Sergei Soares⁴ demonstra que a diferença de retribuição para serviços prestados por homens negros e brancos, que gira em torno de 5% a 7% nas faixas salariais mais baixas, chega a 27% nas faixas mais elevadas. O aumento no fator de discriminação para o homem negro ativado em ocupações melhor remuneradas é, segundo o autor, “evidência, para a tese, (de) que a sociedade brasileira não aceita que negros ocupem posições favoráveis na estrutura de rendimento e que quanto mais os negros avançam, mais são discriminados”⁵.

Quanto às mulheres, a pesquisa anteriormente referida revela que, na faixa salarial mediana, a discriminação contra as mulheres brancas resulta em salários 46% mais baixos que os dos homens brancos, enquanto que, para as mulheres negras, essa diferença gira em torno de 71%. Significativamente, o termo de discriminação contra a mulher negra ultrapassa a soma aritmética dos termos de discriminação contra homens negros e mulheres brancas. Vale dizer, os fatores de discriminação repercutem uns sobre os outros, levando a efeitos potencializados.

Se refutar o mito da “democracia racial” não é tarefa que demande maior esforço, identificar a natureza e fundamentos da desigualdade constitui empreitada mais trabalhosa, além de sujeita a maior controvérsia. Afinal, a discriminação, no Brasil, constitui fato de natureza preponderantemente jurídica, cultural ou econômica? Discrimina-se mais em razão de raça e gênero ou em razão da condição econômica e social do indivíduo?

Os dados estatísticos já referidos deixam pouca margem a dúvidas quanto à existência da discriminação como uma atitude cultural, independentemente da condição sócio-econômica do indivíduo. Aliás, como já visto, o peso da discriminação tende a se fazer mais presente nas classes sociais mais altas, o que põe por terra a tentativa de reduzir a desigualdade a uma justificativa meramente econômica.

Por outro lado, não há como refutar o inter-relacionamento entre os fatores econômico e cultural no processo de discriminação, de que se nutre o círculo perverso da desigualdade. Não há como negar que, no nascedouro da infamante desigualdade econômica e social que marca a nossa sociedade, encontram-se dados de inescusável teor discriminatório, especialmente contra os negros. Na esteira de tal discriminação original, aprofundaram-se os desníveis entre os grupos sociais, com repercussões diretas nas condições de acesso à educação e ao desenvolvimento das habilidades de seus membros para o trabalho.

Sob tal aspecto, as conseqüências da desigualdade econômica são poderosas, na medida em que impõem séria restrição à qualificação do trabalhador, cujo tempo já está comprometido, desde muito cedo, com a busca de condições mínimas de sobrevivência. Obviamente, a falta de qualificação de tal mão-de-obra repercutirá na sua colocação no mercado de trabalho, já restrito pelo fator discriminatório de índole cultural antes referido. E mesmo que, excepcionalmente, tais obstáculos restem contornados, a consagração de estruturas salariais diferenciadas

³ *In*: “O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Trabalho Infantil”, Ed. LTr/OIT, São Paulo, 1994, p. 52.

⁴ “O Perfil da Discriminação no Mercado de Trabalho – Homens Negros, Mulheres Brancas e Mulheres Negras”, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, Brasília, novembro de 2000.

⁵ *Ibid.*, p. 15.

para homens brancos, negros e mulheres, consagrada pela atitude cultural permissiva e até encorajadora da desigualdade, atuará ainda mais vigorosa sobre os ganhos do indivíduo, punindo-o exemplarmente por irresignar-se com o lugar que lhe é reservado na estrutura social.

É possível concluir, assim, que a discriminação atua em pelo menos três momentos distintos do processo de construção do perfil do trabalhador: formação, inserção e definição salarial⁶. Enquanto na primeira etapa a discriminação experimentada apresenta forte (embora não exclusiva) conotação econômica, nas demais prevalecem fatores de ordem cultural, especialmente a última. A comprovada existência de desníveis significativos de retribuição entre homens brancos e negros ou mulheres com o mesmo nível de instrução e desempenhando funções equivalentes pode ser atribuída a uma atitude preconceituosa em relação aos dois últimos grupos.

É relevante notar, ainda com base no estudo do autor já mencionado, que o perfil da discriminação também varia, de acordo com o grupo em que está inserido o indivíduo. Mulheres brancas, por exemplo, são menos discriminadas nas etapas de formação profissional e de inserção no mercado de trabalho do que na de definição salarial. Neste último segmento, todavia, enfrentam discriminação ainda maior que aquela imposta ao homem negro.

De fato, a qualificação profissional das mulheres brancas tende a ser igual ou superior à dos homens brancos. Todavia, idéias ainda arraigadas na cultura empresarial brasileira, tais como o custo diferenciado da mão-de-obra feminina (devido, principalmente, a circunstâncias relacionadas com a maternidade – absenteísmo, licença-maternidade, etc.), aliadas ao tradicional machismo de nossa região que, dentre outras coisas, resiste ao reconhecimento da igualdade de responsabilidade de homens e mulheres no sustento da família (conquanto constitucionalmente consagrada), acabam por levar mulheres com igual qualificação e trabalhando em áreas geográficas e setores industriais idênticos a auferir cerca de 35% menos que os homens brancos.

Já os homens negros, contrariamente às mulheres brancas, sofrem maior discriminação nas etapas de formação e inserção no mercado de trabalho. Consoante observa Sergei Soares⁷:

“Os homens negros perdem algo em torno de 10% por trabalharem em setores ou terem vínculo com o mercado de trabalho inferiores aos dos homens brancos. O restante do preço da cor é pagamento pela discriminação sofrida durante os anos formativos – é na escola, e não no mercado de trabalho, que o futuro de muitos negros é selado.”

Considerando a complexa estrutura do processo discriminatório, em que interagem fatores de ordem cultural, econômica e social, resulta inócua a tentativa de caracterizar a discriminação como fenômeno exclusivamente associado a um único fator. Em quaisquer situações, elementos de natureza diversa se conjugam e o seu conhecimento e diferenciação são importantes basicamente na medida em que revelam nuances diferenciadas do processo discriminatório, em relação aos diferentes grupos sociais e a situações diferenciadas, embora no mesmo grupo.

É importante, porém, reconhecer que a existência de tipos de discriminação diferentemente matizados, pela maior visibilidade de uns fatores sobre outros, não descaracteriza a complexidade do fenômeno, nem permite ignorar suas demais características, igualmente im-

⁶ Cf. Sergei Soares, op. cit., p. 23.

⁷ Ibid., p. 23.

portantes para o resultado final do processo. Assim, reconhecer a relevância dos componentes econômico e social no processo discriminatório não autoriza ignorar a importância de sua natureza enquanto fenômeno cultural, mesmo porque, como já visto, na origem da discriminação econômica, encontra-se um ato marcadamente cultural, enquanto que, na sua perpetuação, destaca-se a atitude preconceituosa culturalmente aceita e até estimulada.

Agravando tal quadro, encontra-se a incapacidade do nosso arcabouço jurídico de transformar a atitude cultural frente à discriminação e, muitas vezes, nem mesmo coibir a prática discriminatória. Restritos, o mais das vezes, a uma visão linear e formal do princípio constitucional da igualdade, operadores do Direito tendem a corroborar o tratamento discriminatório com mais frequência que o coíbem.

Como adverte Joaquim Barbosa Gomes⁸, a aplicação formal do princípio da igualdade, vazado em leis aparentemente neutras, sem levar em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, tende a funcionar, na prática, como mecanismo perpetuador da desigualdade. Com efeito, toda lei cumpre uma função social, na medida em que atua sobre interesses potencialmente conflitantes, visando a regular algum aspecto da vida societária. Podem as leis, por sua própria natureza ou pela aplicação que lhes dá o operador do Direito, servir à transformação da realidade social ou à manutenção do *status quo*. Mensurar os interesses de grupos cultural e historicamente desiguais, mediante o critério puramente jurídico da igualdade formal, sem adentrar as nuances do processo de que se origina a desigualdade para anulá-la (ou mesmo minimizá-la) equivale a, em nome da igualdade formal, consagrar-se a desigualdade material.

Partes em situação de desigualdade uma perante a outra não podem ter seus interesses aferidos por critérios idênticos, sob pena de transportar-se a desigualdade do mundo de fato para o mundo jurídico, agudizando-a. Tal pensamento é corolário do Direito do Trabalho brasileiro, desde a sua inserção, mediante a consagração do princípio da proteção do hipossuficiente⁹. Curiosamente, o pensamento que conduziu ao reconhecimento da necessidade de dar tratamento diferenciado ao desprovido economicamente (inclusive na esfera processual) não encontrou a mesma repercussão no que tange aos grupos histórica e culturalmente desprovidos, por efeito da discriminação.

O mecanismo anti discriminatório consagrado no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT lastreia-se em critérios ao mesmo tempo demasiadamente restritivos e revestidos de considerável grau de subjetividade: trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, mediante o desempenho da mesma função, na mesma localidade, com a mesma produtividade e perfeição técnica. Ademais, a diferença na função entre o laborista e seu paradigma não poderá exceder de dois anos e a existência, na empresa, de quadro devidamente organizado em carreira (com critérios para promoção que alternem antigüidade e merecimento) impedirá a equiparação.

Resultam, daí, pelo menos três conseqüências nefastas para a realização do ideal antidiscriminatório:

- Em primeiro lugar, exclui-se a possibilidade de comparação entre trabalhos distintos (“trabalho de igual valor”), como preceituado pela Convenção nº 100, da OIT¹⁰,

⁸ “Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA”, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

⁹ Ainda que tal princípio, como consagrado na legislação em vigor, corresponda apenas parcialmente ao corolário enunciado, dado o caráter corporativista da CLT, cujos dispositivos privilegiam os direitos individuais e se revelam extremamente tímidos em garantias coletivas, máxime o direito à organização sindical.

¹⁰ A Convenção nº 100 da OIT, adotada em 1951, foi ratificada, até setembro de 2001, por 153 países.

ratificada pelo Brasil em 25.04.1957;

- Em segundo lugar, o mecanismo resolve apenas a discriminação pretérita, não alcançando situações de discriminação ocorridas fora da relação de emprego (no processo de admissão, por exemplo), nem estimulando a igualdade, de forma mais abrangente;
- Em terceiro lugar, dificulta-se a obtenção da equiparação, mesmo na vigência da relação de emprego, dada a estreiteza dos requisitos erigidos legalmente, valendo lembrar que o ônus da prova recai sobre o trabalhador¹¹.

Frise-se, afinal, que as normas encerradas na CLT, como, de resto, quase todo o ordenamento jurídico nacional, relacionadas com o combate à discriminação, revestem-se de caráter meramente proibitivo e reparatório. É necessário que já se tenha verificado a discriminação para que haja ensejo à atuação estatal, seja pelos Órgãos de Fiscalização, seja pelo Poder Judiciário, se provocado.

Joaquim Barbosa Gomes¹² observa que a legislação brasileira equivoca-se ao pretender calcar o sistema de combate à discriminação em normas de índole penal. Tal postura olvida a necessidade de uma ação pró-ativa, tendente a anular a desigualdade resultante da discriminação, restituindo as partes à sua condição de igualdade material perante a lei e afirmando o direito da pessoa ou grupo discriminado a condições de acesso a seus direitos em igualdade de condições com qualquer outro grupo, sem privilégios nem exclusões.

Asbjorn Eide¹³ ensina que a satisfação dos direitos econômicos e sociais, tais como consagrados no respectivo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais, ratificado pelo Brasil em 24.01.92, implica obrigações para os Estados em três níveis:

- primeiro, de abster-se de interferir na regular fruição, pelos cidadãos, dos direitos ali referidos;
- segundo, de impedir que outrem interfira ou impeça a fruição de tais direitos;
- terceiro, de *propiciar condições de acesso e fruição de tais direitos àqueles que por qualquer motivo não estejam em condições, por si sós, de fazê-lo.*

Nesse contexto, as ações afirmativas encontram ampla justificativa, mormente em se tratando o princípio da não-discriminação de garantia inerente tanto ao círculo dos direitos econômicos e sociais quanto ao dos direitos civis e políticos, encontrando-se expressamente consagrado em ambos os pactos internacionais.

Ações tendentes a anular os efeitos da discriminação constituem imperativo para qualquer ação séria e eficaz de garantia de acesso de grupos afetados na fruição de seus direitos fundamentais. Do contrário, como já visto, estarão as partes detentoras de interesses preteridos entregues à própria sorte, já selada em passado distante: formalmente iguais a todos perante a lei, em essência enfrentarão o desnível gerado a partir da desigualdade que a carga de preconceito e discriminação, acumulada ao longo de toda a sua existência, agregou-lhes inexoravelmente.

Sendo a desvantagem em relação à fruição de seus direitos resultado de prática discriminatória ao longo de anos e até de gerações, não há como se cogitar de remédio para tal situação mediante artifício meramente compensatório ou coibitivo. É essencial que se adotem medidas afirmativas, com o objetivo de devolver ao indivíduo a possibilidade de usufruir seus

¹¹ O Enunciado nº 68, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, fixa o entendimento daquela Corte no sentido de que: “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. *A contrario sensu*, o ônus de comprovar a presença de todos os fatos constitutivos do direito vindicado são do empregado. Veja-se, nesse sentido, a lição de RUSSOMANO, *in*: “Comentários à CLT”, Ed. Forense, RJ, 1985, p. 473/474.

¹² *Op. cit.*, p. 11/13.

¹³ “Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook”, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1998.

direitos, sem o embargo ocasionado pela discriminação.

Assegurar o direito de acesso do trabalhador negro e da mulher à escolaridade e à formação profissional, garantir o seu acesso a postos de trabalho em todos os níveis, inclusive de comando e de maior qualificação técnica, constitui imperativo resultante da obrigação do Estado de assegurar condições favoráveis à fruição de seu direito à educação e ao trabalho, dentre outros consagrados na normativa internacional.

Releva notar, ainda, que a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹⁴, ratificada pelo Brasil em 26.11.1965, prevê, em seu art. 5º, a possibilidade, mediante consulta a organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, da adoção de “medidas especiais destinadas a atender a necessidades particulares de pessoas que, por motivo de sexo, idade, encargos de família ou nível social ou cultural, necessitem de proteção ou assistência social”.

No âmbito doméstico, o artigo 373 da CLT, com a redação que lhe emprestou a Lei nº 9.799, de 26.05.99, consagra, em seu parágrafo único, a possibilidade de adoção de “medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular às que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher”¹⁵.

O conceito de “ação afirmativa” abarca uma gama de ações e políticas – estatais e privadas – visando a combater a discriminação de forma ampla: seja coibindo a sua prática no presente, seja anulando os efeitos presentes da discriminação praticada no passado¹⁶. Como já afirmado anteriormente, políticas que visem a garantir o acesso à educação de camadas excluídas do processo social constituem medida prioritária, quer como correção de discriminação pretérita, de que resulta a situação atual de exclusão, quer como primeiro passo rumo à inclusão social, mediante a atenuação (ou, idealmente, anulação) dos efeitos daquela prática discriminatória. Obviamente, políticas tendentes a assegurar o direito de acesso ao mercado de trabalho e a equalizar a estrutura salarial, sem distinção de cor, raça ou gênero fazem-se igualmente indispensáveis, na persecução do objetivo de consagrar a igualdade material.

É interessante notar, nesse passo, que grupos em relação aos quais tem-se verificado uma atitude política mais firme e evidente no sentido de afirmar o seu direito à igualdade, como é o caso das mulheres, têm apresentado melhor performance em relação à tendência discriminatória que outros, ainda não contemplados com a mesma atenção por políticas de natureza afirmativa. Assim é que, consoante o estudo de Sergei Soares¹⁷, constata-se que a taxa de discriminação contra mulheres brancas e negras vem caindo, constantemente, desde 1987, a uma razão de aproximadamente 1% ao ano. A permanecer tal tendência, seria possível conjecturar que, num prazo de trinta anos, idealmente não haveria mais discriminação contra mulheres brancas no Brasil. Já para os homens negros, a tendência não é de queda, mas de estabilidade e, portanto, a projeção de tempo para alcançar a igualdade tenderia ao infinito.

Ainda que cercado de controvérsia, o sistema de quotas tem-se revelado instrumento útil no combate à discriminação, como se pode colher da experiência pátria, bem assim no Direito Comparado. No caso brasileiro, a imposição, por intermédio de lei¹⁸, da obrigatoriedade do preenchimento de quotas, nas empresas privadas, destinadas a pessoas portadoras de defi-

¹⁴ A Convenção nº 111 da OIT, adotada em 1958, foi ratificada, até setembro de 2001, por 151 países.

¹⁵ Cf. Alice Monteiro de Barros, “Discriminação no Emprego por Motivo de Sexo”, *in*: “Discriminação”, por Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault (Coordenadores), Ed. LTr, SP, 2000, p. 70.

¹⁶ Cf. Joaquim Barbosa Gomes, *op. cit.* p. 40.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 20 e segs.

¹⁸ Lei nº 7.853, de 24.10.89 e Decreto nº 3.298, de 20.12.99, que a regulamentou e Lei nº 8.213, de 24.07.91, art. 93.

ciência, tem contribuído para a inserção dessa força de trabalho no mercado, de balde a intensa discriminação a ela imposta, arraigada no meio cultural e expressa na atitude assistencialista e depreciativa de sua capacidade laborativa e de criação.

De acordo com dados do Programa “Brasil, Gênero e Raça”, do Ministério do Trabalho e Emprego, conduzido em parceria com organismos da Sociedade Civil e o Ministério Público do Trabalho, 3.390 postos de trabalho foram preenchidos por pessoas portadoras de deficiência no Brasil, entre os meses de janeiro e julho de 2001, como resultado das ações desenvolvidas no bojo do programa. Desse total, 1.636 vagas foram preenchidas no Estado do Ceará, onde o grau de articulação entre os parceiros tem contribuído decisivamente para o êxito da iniciativa e para a assimilação, pela sociedade local, da cultura da diversidade.

Experiências como esta têm cumprido dupla finalidade: a uma, permitem às pessoas portadoras de deficiência suplantar o preconceito de que são alvo, demonstrando habilidades iguais ou superiores às pessoas não-portadoras de deficiência e proporcionando a sua inserção e valorização no processo produtivo como trabalhadores *eficientes*. A duas levam empregadores a atentar para a multiplicidade de habilidades representada por diversos grupos sociais, o que oferece um universo muito mais rico em alternativas no mercado de trabalho. Em muitos casos, mesmo, a exploração de habilidades específicas de certos grupos de pessoas portadoras de deficiência tem resultado em expressivos ganhos de produtividade, criando uma nova lógica econômica favorável a seu recrutamento¹⁹.

Em última análise, porém, o que se tem buscado é disseminar o pensamento de que o mundo do trabalho deve refletir a diversidade do mundo externo às relações laborais. Reconhecer e valorizar o papel de cada segmento social no processo produtivo, que resultará tão mais rico quanto maior a diversidade de seus componentes, é passo primordial para o estabelecimento de uma ordem econômica equânime e socialmente justa.

Outra experiência na utilização do sistema de quotas é a da Lei nº 9.504, de 30.09.97, que estabeleceu a obrigatoriedade de se reservarem percentuais progressivos (inicialmente 25%, hoje 30%) das candidaturas de qualquer partido político para cada sexo. Curiosamente, o impacto de tal lei, reconhecido por alguns observadores²⁰, nas eleições de 1996, na esfera municipal, quando a participação das mulheres em órgãos legislativos aumentou em 12%, não se repetiu nas eleições de 1988, quando se detectou uma ligeira redução no número de mulheres alçadas a cargos eletivos na esfera federal.

Tal circunstância reforça a observação de respeitáveis autores quanto à necessidade de o sistema de quotas vir acompanhado de outras medidas necessárias à efetiva consecução de seus objetivos. Com efeito, é pouco provável que a reserva de quotas para a representação de minorias nas candidaturas de partidos políticos vá, por si só, concretizar o ideal de equalizar a representação na esfera política, enquanto outros fatores essenciais (dentre eles o acesso a fontes de financiamento de campanha, onde são evidentes as diferenças, fortemente influenciadas por condições de gênero, raça e condição social) não forem devidamente equacionados.

Consoante dados das Nações Unidas de 1997²¹, a taxa de participação das mulheres no Parlamento Brasileiro era de 6,7%. Tal taxa, comparável a de países como Argentina e França, ainda é muito distante, porém, das de outros países como Canadá (19,3%), e Suécia

¹⁹ Consoante Mário Parreira, Médico especialista em Segurança e Medicina do Trabalho, algumas empresas têm logrado alcançar excelentes resultados mediante a utilização de trabalhadores portadores de deficiência auditiva na execução de tarefas que demandem maior concentração, o mesmo ocorrendo com trabalhadores portadores de deficiência visual, empregados em atividades que demandem maior sensibilidade tátil.

²⁰ Dados fornecidos pelo Gabinete da Deputada Federal Rita Camata.

²¹ *Apud* Alice Monteiro de Barros, *in*: op.cit., p.74/75.

(40,4%), e é quase a metade da taxa dos Estados Unidos (11,2%).

Ações afirmativas, tais como a exigência de programas de tratamento isonômico de gênero para empresas que contratem com o governo nos Estados Unidos, são ressaltadas por alguns estudiosos como fator fundamental na elevação da participação das mulheres em postos diretivos na iniciativa privada, que passou de 5% em 1972 para 11% em 1991²².

Na mesma esteira, o Ministério do Desenvolvimento Agrário vem de anunciar a adoção do sistema de quotas para a contratação de servidores e servidoras negros, além de exigir, nos contratos firmados com particulares, a adoção de políticas anti discriminatórias e de ação afirmativa dos direitos das pessoas negras.

Por fim, a proposta de reservar quotas nas instituições de ensino superior para homens e mulheres negros, associada àquela outra, de reserva de vagas nas universidades públicas para estudantes oriundos de escolas públicas, vêm ao encontro de constatação já referida neste trabalho. A discriminação reduz as oportunidades de sucesso daquelas pessoas por ela atingida de forma mais contundente na fase de formação. Restringindo o acesso de determinados grupos à educação, a sociedade discriminatória desfecha golpe o mais das vezes fatal naqueles que, desde cedo, se vêm excluídos das suas benesses e sem acesso mesmo a seus direitos fundamentais.

A consagração do sistema de quotas na educação, a par de minimizar os efeitos prejudiciais da discriminação praticada no passado, deverá repercutir na situação de gerações futuras, mediante a abertura de um horizonte novo, de uma perspectiva de mobilidade social antes impossível de divisar.

É importante frisar, no entanto, que as quotas têm natureza temporária e devem estar bem calcadas em elementos concretos indicativos da existência da situação a ser remediada. Atente-se para a observação de Joaquim Barbosa Gomes²³, no sentido de que:

“(...) a jurisprudência americana tem sérias restrições às chamadas ‘cotas cegas’, isto é, aquelas instituídas aleatoriamente, sem o propósito de corrigir uma injustiça precisa, que é a própria razão de existência das políticas de ação afirmativa”.

Além disso, como já ressaltado anteriormente, o sistema de quotas há de vir acompanhado por políticas amplas de combate à desigualdade, a fim de propiciar uma verdadeira equalização de oportunidades, em todos os níveis. Insista-se, uma vez mais, em que a garantia de acesso universal à educação de qualidade deve configurar prioridade absoluta de qualquer política afirmativa que se pretenda exitosa. Além disso, inserir no conjunto das políticas públicas o enfoque de gênero, raça, necessidades especiais ou qualquer outra condição associada à exclusão social constitui elemento basilar para a sustentabilidade do processo equalizador iniciado com a adoção das quotas.

Em conclusão, tem-se que é chegado o momento de superar, de uma vez por todas, o mito escravizador da “democracia racial” e de gênero, fonte primordial da perpetuação do *status quo* de dominação. É necessário expor as entranhas de nossa estrutura social (não por coincidência uma das mais desiguais do mundo) e assumir as suas contradições e injustiças. É necessário reparar os efeitos perversos de atos discriminatórios praticados com o *placet* de uma cultura intolerante e preconceituosa, para, então, ver florescer a verdadeira riqueza de uma sociedade múltipla e diversa, onde cada pessoa ou grupo possui a sua contribuição a dar.

²² “Algunos resultados de la acción positiva” – Trabajo – Revista de la OIT, Ginebra, 1992, nº 2, p. 11, *apud*: Alice Monteiro de Barros, op. cit., p. 69.

²³ Op.cit., p. 40

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

*Nicolao Dino de Castro Costa Neto**

Sumário: 1. Introdução. 2. Função Social da Propriedade. 3. Desapropriação e Reforma Agrária. 4. Justa e Prévia Indenização. 5. A definição do Justo Preço em Audiência de Conciliação. 6. Conclusão

1. Introdução

As transformações sociais encetadas ao sabor do liberalismo clássico sempre levaram em conta a prevalência da propriedade como um direito fundamental e inalienável.

Para conter o absolutismo do Estado, concepções filosóficas brandiam fundamentos jusnaturalistas, exaltando um *estado natural* do homem, prenhe de direitos a serem tutelados e respeitados.

A partir de Locke, torna-se possível compreender o florescimento do individualismo como elemento limitador da atuação do Estado. Na base dessa concepção verifica-se a existência de intangíveis valores do indivíduo, entre os quais a liberdade e a propriedade. Segundo a doutrina lockiana, a “sociedade e o Estado nascem do direito natural, que coincide com a razão, a qual diz que, sendo todos os homens iguais e independentes, ‘ninguém deve prejudicar os outros na vida, na saúde, na liberdade e nas posses’”¹.

Analisando o pensamento de Locke, Cabral de Moncada² assinala que as idéias de estado de natureza e contrato social prestavam-se à contenção dos poderes do Estado frente aos indivíduos portadores de direitos inalienáveis, entre os quais a propriedade privada, a vida e a segurança pessoal.

A corrente liberal clássica – embrião responsável pela ascensão da burguesia ao poder – contribuiu decisivamente para a inserção do direito de propriedade no *estado de natureza*. Sendo inerente ao homem, o Estado deveria respeitá-lo, ante sua nota de essencialidade.³

* Nicolao Dino de Castro Costa Neto é Procurador da República.

¹ REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario, História da filosofia: Do humanismo a Kant, vol. 2, p. 525, São Paulo, Paulus, 1990.

² MONCADA, L. Cabral de: Filosofia do direito e do estado, p. 215, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

³ Nesse sentido é o registro de Giuliano Martignetti: “(...) é conveniente observar como, no nosso sistema cultural, o conceito corrente de Propriedade privada continua a identificar com o sujeito da relação-processo o indivíduo. É assim que fazia a ideologia da burguesia, quando do seu nascimento e consolidação. Os valores Indivíduo-Propriedade-Liberdade se apresentaram como imprescindíveis nas teorias político-econômicas “clássicas”, que encontravam correspondência nas teorias da evolução natural, baseada na luta pela sobrevivência, teorias igualmente clássicas que também foram expressas pela classe burguesa do século XIX. (BOBBIO, Norberto, Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino. Tradução Carmen C. Varriale... [et.al.]. p. 1024, Brasília, Editora UnB, 1995.)

A propriedade privada, no Estado liberal, possuía um significativo *status* de direito intangível, ao lado de outros direitos fundamentais, como a liberdade e a igualdade.

A ideologia revolucionária burguesa que resultou na Revolução Francesa fez constar na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 a propriedade como um valor sagrado e inviolável. Num momento histórico marcado pela luta contra todas as formas de opressão e no qual era exaltado o individualismo, com a neutralização de quaisquer mecanismos que porventura inviabilizassem a livre iniciativa material e espiritual, parecia evidente a proclamação da propriedade como um valor oponível à concentração de poder – característica do Estado absolutista.

Não obstante essa inspiração prevalecente no liberalismo burguês, a propriedade privada, com o desenvolvimento do modelo de Estado capitalista, passou a representar um importante peso econômico-político, condicionando as relações sociais consoante sua maior ou menor concentração.

A equação “tenho mais porque valho mais; valho mais porque tenho mais” traduzia o êxito histórico dos titulares do direito de propriedade, revelando, noutro passo, o traço profundo da desigualdade social e econômica daí decorrente.

Propriedade e poder caminharam juntos, por muito tempo, em permanente simbiose, viabilizando cada vez mais a concentração daquela nas mãos dos detentores do segundo, e vice-versa. A propriedade privada no sistema capitalista assumiu, pois, uma relevante função de estrutura de poder.

Por outro lado, em contrapartida ao pensamento predominante das sociedades capitalistas, germinava na Europa Oriental, a partir do êxito da Revolução Russa de 1917, uma concepção diversa de sociedade e de relações de poder.

Inspirado no ideário marxista, o modelo socialista que então se implantava, retratado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, considerava o Estado uma superestrutura que “reflete o estado das relações sociais determinadas pela base econômica”.⁴ Marx propunha uma sociedade baseada num ideal comunista autêntico, “(...) sem propriedade privada e, portanto, sem classes, sem divisão de trabalho, sem alienação e, sobretudo, sem Estado”⁵.

A consolidação dessa estrutura social diversa, embora com irrefutáveis distorções no plano concreto, implicou, como sabido, a divisão do mundo em dois blocos, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, até data recente: o bloco capitalista e o bloco comunista⁶.

Mas foi no período imediatamente seguinte ao fim da Segunda Grande Guerra que ocorreram dois fenômenos, os quais, segundo pensamos, podem ser apontados como determinantes da mudança de enfoque dado à propriedade privada no mundo capitalista: o fortalecimento do paradigma do socialismo real, com a derrota da Alemanha Nazista; e as crescentes demandas sociais dos Estados capitalistas, exigindo destes uma postura mais prestacional e intervencionista em prol da realização de direitos fundamentais e necessários à conformação de uma existência digna. Vale dizer, uma postura avessa ao velho *laissez faire* liberal.

A conjugação desses dois aspectos desencadeou, em apertada síntese, o delineamento de um novo perfil do Estado, agora mais empenhado na superação das desigualdades materiais. Organizava-se, assim, o Estado social de direito, com a preocupação de “articular

⁴ BOBBIO, Norberto: A Teoria das formas de governo, 8ª ed., p. 164, Brasília, Editora UnB, 1995.

⁵ REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario: História da Filosofia: do Romantismo até nossos dias, 3ª ed., vol.3, p. 202, São Paulo, Paulus, 1990.

⁶ V. HOBBSAWM, Eric, Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991, 2ª edição, p. 364, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários...”⁷

O alvorecer do Estado de bem-estar, sendo responsável por profundas modificações no plano das relações socioeconômicas, certamente pode ser também credor da reformulação do enfoque dado à propriedade privada. Com efeito, se as reivindicações sociais apontavam para uma dilatação da esfera de atuação do Estado, em busca da igualdade material, da liberdade real e da realização, enfim, de uma convivência social digna, tornava-se inexorável a insatisfação ante a excessiva acumulação da propriedade privada sem destinação útil, em mãos de poucos, por não ser compatível com os ideais de justiça social.

Daí a crescente relativização do direito de propriedade, não mais visto em caráter absoluto, “natural” e intocável, mas sim sujeito a limitações e injunções de variada ordem. Avançou-se, no âmbito do Estado social de direito, para uma concepção finalística da propriedade, a qual deve atender agora a uma função social.

A Constituição brasileira de 1988, modelada basicamente como uma Constituição de Estado social⁸, não descurou da preocupação em relativizar o conceito e o significado desse direito individual, sedimentando a concepção que supera o caráter *natural* ao direito de propriedade. Sim, pois, como bem pondera José Afonso da Silva, “(...) não se há de confundir a faculdade que tem todo indivíduo de chegar a ser sujeito desse direito, que é potencial, com o direito de propriedade sobre um bem, que só existe enquanto é atribuído positivamente a uma pessoa, e é sempre *direito atual* (...)”⁹.

Assim, a propriedade, enquanto direito real de usar, gozar e dispor de um bem (CC, art.524), ao mesmo tempo em que é assegurada constitucionalmente (CF, art.5º, inciso XXII), está sujeita a um condicionamento inafastável que se traduz pela exigência de cumprimento de um objetivo social.

O desatendimento da função social da propriedade autoriza o Estado a adotar medida de força, consistente na desapropriação, a qual, reportando-se ao imóvel rural, constitui importante instrumento de realização da reforma agrária – indispensável à promoção da justiça social no campo.

Esse despojamento, como será visto, convolar-se-ia em ato de arbítrio se não estivesse condicionado a uma prévia e justa indenização, capaz de compensar o expropriado pela perda do imóvel. E é exatamente nesse ponto que reside um dos maiores desafios à regularidade dos procedimentos expropriatórios.

Com efeito, a indenização, se, por um lado, não pode implicar em conceder menos do que o proprietário teria direito, por outro, não pode proporcionar ao mesmo a percepção de um valor superior àquele que faria jus, pena de se perpetrar, como será enfatizado adiante, enriquecimento sem causa.

Por isso, o princípio constitucional da *justa indenização*, previsto nos artigos 5º, XXIV e 184, CF, tem sido objeto de preocupação dos operadores jurídicos que atuam nessa seara, merecendo a atenção de todos quantos se dedicam à tarefa de aplicar o direito, a fim de que a desapropriação para reforma agrária não se converta, mercê de sua relevância social, em instrumento de dilapidação do patrimônio público.

⁷ MIRANDA, Jorge: Manual de Direito Constitucional, Tomo I, 5ª edição, p. 96, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

⁸ cf.. BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 4ª ed., p. 297, São Paulo, Malheiros, 1993.

⁹ SILVA, José Afonso da: Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª ed., p. 241, São Paulo, RT, 1989.

2. Função social da propriedade

A Constituição Federal elenca o direito de propriedade no rol dos direitos fundamentais (art.5º, XXII). Mas, ao mesmo tempo, estabelece que a “propriedade atenderá sua função social” (art.5º, XXIII). Mais adiante, no art.170, III, está prevista a *função social da propriedade* como um princípio norteador da atividade econômica.

Numa ineliminável sistematização desses preceitos constitucionais, chega-se facilmente à conclusão de que o direito de propriedade, longe de ser absoluto, está irremediavelmente jungido a uma finalidade de cunho social.

Mas o que há de se entender por *função social da propriedade*? A resposta à indagação reconduz-nos ao disposto no art.170 da Constituição Federal, o qual acentua que a ordem econômica tem por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando-se, entre outros princípios, a função social da propriedade (inciso III). Nessa linha, é intuitivo que esta função social se materializa na medida em que é capaz de proporcionar uma existência pautada por parâmetros de dignidade.

Assim, o princípio da função social da propriedade significa, noutras palavras, atrelar o exercício desta à satisfação de outros valores – por vezes estranhos aos do proprietário – imersos no contexto social em que tal direito é exercido. A função social da propriedade impõe uma projeção dialética desse direito, relacionando-o com todos os demais direitos fundamentais, como, de resto, com os objetivos essenciais da República, indicados no art.3º da Constituição, dos quais se destaca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Percebe-se, destarte, que a concepção de função social da propriedade remete à imperiosa satisfação de um interesse público, destacado do interesse do indivíduo titular do direito de propriedade. Com acerto, pois, Ivo Dantas, ao enfatizar que “ao mesmo tempo em que assegura ao indivíduo, como direito seu, a propriedade, a Constituição exige que esta tenha em si uma função social, isto é, o seu uso estará condicionado ao bem-estar da sociedade”.¹⁰

O conteúdo da função social é diverso, em se tratando de propriedade urbana e de propriedade rural. Isso se revela possível e necessário para melhor conformação com o modo de utilização desses bens.

A função social da propriedade urbana é satisfeita com o atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (CF, art.182, §2º). A seu turno, a propriedade rural cumpre sua função social quando preenche simultaneamente, consoante critérios e graus de exigência definidos em lei ordinária, os requisitos elencados nos incisos do art.186, CF, a saber: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

No tocante à propriedade rural (tema que diretamente interessa aos fins deste trabalho), constata-se que esta representa muito mais que um bem patrimonial, tratando-se, em verdade, de um bem de produção. A propriedade rural deve atingir um fim social e econômico, conforme revelam os incisos acima mencionados, sob pena de não ser cumprida a pré-falada função social.

A não realização da função social da propriedade rural autoriza a intervenção do Estado mediante o instituto da desapropriação, o qual assume importante papel na consecução da reforma agrária.

¹⁰ DANTAS, Ivo, Direito Constitucional Econômico: Globalização & constitucionalismo, p. 72, Curitiba, Juruá Editora, 1999.

3. Desapropriação e reforma agrária

Desapropriação é ato de força do Estado que implica despojamento compulsório da titularidade de determinado bem, sob o fundamento da necessidade ou utilidade pública, ou da prevalência de interesse social. Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, desapropriação é “o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização”¹¹.

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária refere-se à propriedade rural, estando prevista no art. 184, *caput*, da Constituição Federal. Exige o art. 184, § 3º, *c/c* art. 5º, LIV, que a desapropriação obedeça a um procedimento sujeito a contraditório e ampla defesa. Destarte, superada a fase declaratória no âmbito da Administração, a desapropriação é um processo judicial, consumando-se efetivamente por ato do juiz que fixa o valor final da indenização e determina a supressão da propriedade com a expedição de mandado translativo do domínio.

Da redação do art. 184, CF, extraem-se aspectos merecedores de especial atenção, quais sejam: a) o caráter de sanção; b) o objeto de tal desapropriação, c) a previedade e justiça da indenização e d) a forma de pagamento. Os dois primeiros serão enfocados neste item, enquanto que os aspectos pertinentes à justa indenização e à forma de pagamento serão tratados em capítulo distinto, por constituírem o cerne deste trabalho.

3.1 – Desapropriação – sanção

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária assume o caráter de sanção, passível de incidência quando o imóvel não atende à sua função social. *A contrario sensu*, a propriedade rural que cumprir sua função social estará imune à desapropriação, entendimento esse reforçado pelo disposto no art. 185, II, CF.¹²

A desapropriação decorrente do não cumprimento da função social do imóvel rural constitui importante instrumento de realização da reforma agrária, a qual representa, sem dúvida, um dos caminhos conducentes à realização da justiça social preconizada no *caput* do art. 170, CF.

A *reforma agrária* está definida no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) como sendo a providência atribuível ao Poder Público com o fim de “estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do País, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio”.

Há, portanto, uma nítida relação de causa e efeito entre o descumprimento da função social da terra e a desapropriação para fins de reforma agrária.

3.2 – Objeto da desapropriação

A desapropriação prevista no art. 184 da Constituição reporta-se ao imóvel rural.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: Direito Administrativo, 12ª ed., p. 151, São Paulo, Atlas, 2000.

¹² “A imunidade à desapropriação estabelecida relativamente à propriedade produtiva é a que está mais intimamente ligada ao conceito – função social da propriedade rural – adotado como causa para a execução da reforma agrária. É que a primordial função social da propriedade é exatamente produzir, de modo que, já por essa simples característica – ser produtiva – fica ela imune à possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária.” (LUCHÉSI, Fábio de Oliveira: “A desapropriação para fins de reforma agrária perante a nova Constituição Federal”, *In Revista de Informação Legislativa*, p. 90, Ano 26, nº 103, jul./set. Brasília, Senado Federal, 1989)

Constitui, pois, um truísmo afirmar que somente a propriedade rural poderá ser alvo de desapropriação para fins de reforma agrária.

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) definia, no art. 4º, I, o imóvel rural como o “prédio rústico de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada”. Adotou-se, como visto, o critério da destinação do imóvel como fator determinante de seu caráter *rural*.

A Lei nº 8.629/93 também adotou o critério da *destinação*, conceituando o imóvel rural como aquele “prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial”.

Diversamente, porém, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) parte do critério da *localização* para considerar como imóvel rural, para fins de incidência do imposto sobre a propriedade territorial rural, como aquele que é “localizado fora da zona urbana do Município” (art. 29).

Haverá antinomia entre a regra contida na Lei nº 8.629/93 e a do Código Tributário Nacional? Admitindo-se que sim, a solução para a contradição normativa evidenciada seria a adoção do “critério extralógico de sucessão temporal”, que determina “que a proposição normativa posterior revogue a anterior”¹³.

Acontece que tais proposições normativas são de diferentes categorias. De fato, a Lei nº 5.172/66 (CTN) foi recepcionada pela Constituição de 1988 com o *status* de lei complementar (CF, art. 146, III), não sendo possível que uma lei ordinária modifique (*rectius*, revogue) suas disposições, no tocante a matéria efetivamente reservada a lei complementar¹⁴. Nessa linha de raciocínio, então, a regra de lei ordinária (art. 4º, I da Lei nº 8.629/93) não teria potência para alterar o conceito de imóvel rural previsto em lei complementar (art. 29, CTN), sendo, pois, tida por inconstitucional, por vício de forma¹⁵.

Diante desse quadro, seria correto supor que o conceito de imóvel rural está adstrito ao critério da localização, tal como explicitado no art. 29 do CTN? A resposta negativa se impõe.

Razão inexistente, a nosso ver, para não ser aplicado o critério da destinação do imóvel, de modo a caracterizá-lo como rural, em face do art. 184 da Constituição. É que a antinomia acima identificada é de natureza técnica, atinente à ausência de uniformidade da terminologia empregada na legislação. Vale dizer, para fins tributários, adotou o legislador um critério (da *localização*) para considerar o que é imóvel rural, de molde a fazer incidir o tributo correspondente à propriedade. Noutro passo, tendo em vista a suscetibilidade de desapropriação por interesse social, o legislador partiu de outro critério, o da *destinação*, para definir o que vem a ser imóvel rural.

Tais disposições distintas revelam apenas que a *face fiscal* do Estado contenta-se com o critério da localização para determinar qual o imposto a incidir em relação à titularidade do bem imóvel (ITR ou IPTU), ao passo que, para cogitar da intervenção drástica sobre a propriedade

¹³ VILANOVA, Lourival: As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, p. 202, São Paulo, Max Limonad, 1997.

¹⁴ Não há que se cogitar de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. A distinção entre tais espécies normativas reside no âmbito material de cada qual, bem como no estabelecimento de quorum especial para a aprovação da primeira. Possuindo a lei complementar campo material específico, não poderá a lei ordinária regular tema reservado pela Constituição àquela. (cf., nesse sentido: TEMER, Michel: Elementos de Direito Constitucional, 6ª ed., p. 148/150, São Paulo, RT, 1989).

¹⁵ A essa conclusão chegou Edilson Pereira Nobre Júnior, Juiz Federal e Professor da UFRN, em criterioso estudo intitulado Desapropriação para fins de Reforma Agrária (in Revista de Direito Administrativo, vol.194, 77-96, p. 81, Rio de Janeiro, Renovar, 1993).

rural, o Estado quer algo mais que a simples localização do bem: considera relevante, para a prática do ato de despojamento, verificar qual a destinação, efetiva ou potencial, do imóvel.

Não há, a rigor, incompatibilidade, haja vista que as finalidades colimadas pelas proposições normativas em tela são distintas. Ninguém duvida, com efeito, que no sistema jurídico há conceitos variáveis de acordo com a matéria a ser regulada. Assim, o conceito de funcionário público para efeitos penais (CP, art. 327) difere daquele utilizado no Direito Administrativo. De igual sorte, o conceito de *posse indígena*, resultante do artigo 231 e §1º da Constituição, destoa em muito da concepção de *posse* à luz das regras do Direito Civil. Todas essas normas convivem no sistema jurídico sem que se cogite de grave inconciliabilidade¹⁶.

Dessa forma, é de concluir que o objeto da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária é o imóvel rural, entendido como tal, segundo o critério da destinação, aquele conceituado no art. 4º, I, da Lei 8.629/93¹⁷.

4. Justa e prévia indenização

Já foi dito que a desapropriação é ato de força do Estado. Mas esse despojamento compulsório, para os fins preconizados no art. 184, CF, não prescinde de indenização, sob pena de desbordar para o arbítrio, intolerável no Estado de direito. Afinal, se a Constituição assegura o direito de propriedade, deve garantir igualmente que a sua perda, decorrente da prevalência de um interesse público sobre o do particular, subordina-se ao pagamento de uma indenização. Daí a previsão no artigo 5º, XXIV, CF, à indispensabilidade de *justa e prévia indenização*, em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Carta Magna.

No caso específico da desapropriação para fins de reforma agrária (CF, art. 184), a indenização, prévia e justa, se faz através de duas formas: a terra nua e acessões naturais, em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis em até vinte anos; as benfeitorias úteis e necessárias, em dinheiro (art. 184, §1º, CF). As benfeitorias voluptuárias, por exclusão da regra do parágrafo primeiro, também são indenizáveis em títulos da dívida agrária.

Mas que se há de entender por justa e prévia indenização? Quais são seus limites? Quais são os critérios determinantes? Estes aspectos são de significativa relevância, tornando-se o “calcanhar-de-aquiles” da desapropriação para reforma agrária, porquanto transformaram-se em combustível destinado ao funcionamento da “indústria das superindenizações”.

4.1 – Indenização prévia

Por primeiro, remarque-se que a Constituição não se conformou em proporcionar, ante a supressão da propriedade, uma compensação (*rectius*, indenização), a qualquer tempo.

¹⁶ Convém assinalar o pensamento de Norberto Bobbio acerca das antinomias normativas: “Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente à *eliminação da incompatibilidade*. (BOBBIO, Norberto: Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 102, 5ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994.)

¹⁷ Em sentido diverso, ver a opinião de José Carlos de Moraes Salles, para quem o art. 4º, I, da Lei n.º 8.629/93 seria inconstitucional, a partir de uma interpretação sistemática do art. 184 e do art. 191, CF. Ademais – sustenta o autor –, “reforma agrária se faz no campo e não na cidade, ainda que nesta possa haver, eventualmente, uma grande gleba de terra destinada a fins rurais (exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial)”. (SALLES, José Carlos de Moraes: A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, p. 906/907, 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2000.)

A indenização, como já dito, há de ser *prévia*. Antecipação é, assim, atributo essencial à realização da indenização pretendida pela norma constitucional.

A indenização deve ser *prévia*, ou seja, deve anteceder os efeitos da desapropriação.¹⁸ A “*previada*”, por outro lado, refere-se à indenização, e não ao pagamento. São facetas distintas do mesmo fenômeno – o dever de compensar o despojamento da propriedade. Isso possibilita o entendimento de que o resgate parcelado dos títulos da dívida agrária (títulos *pro soluto*) – por expressa ressalva constitucional, aliás – não desnatura a exigência atinente ao caráter *prévio* da indenização¹⁹. Da mesma forma, se, por acordo, a Administração e o expropriado definirem que o pagamento da parte em dinheiro sofrerá protraimento, dividindo-se em parcelas sucessivas, também não restará comprometido o princípio constitucional da *prévia indenização*²⁰.

Em arremate, frise-se que, compatível com o caráter *prévio* da indenização, exigido constitucionalmente como pressuposto da desapropriação, o art. 17 da Lei Complementar n° 76/93 estabelece que efetuado ou não o levantamento, ainda que parcial, da indenização ou do depósito judicial, “será expedido em favor do expropriante, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, mandado translativo do domínio para o Cartório do Registro de Imóveis competente, sob a forma e para os efeitos da Lei de Registros Públicos”.

4.2. *Indenização justa*

Além de *prévia*, a indenização deve ser *justa*. Trata-se de imperativo introduzido no direito constitucional brasileiro em 1946. Justa é a indenização “cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio”²¹.

A exigência de um justo preço para a indenização se, por um lado, constitui um importante instrumento compensatório para privação de um direito fundamental, por outro, afigura-se um sério risco à produção de distorções e abusos, geradores de verdadeiros enriquecimentos sem causa, ante o descompasso entre o valor da indenização e o efetivo valor do bem expropriado.

O princípio constitucional da justa indenização representa, assim, uma baliza fundamental à definição da correta compensação financeira relativa à perda patrimonial de que se trata. Não pode ser conferido ao expropriado nem mais do que lhe é devido, nem menos do que é merecido. Deve-se alcançar um valor necessário e suficiente a justificar a expropria-

¹⁸ Assim já o era sob a égide da Constituição pretérita, o que ensejou de Pontes de Miranda o seguinte comentário: “No direito brasileiro, tal prestação é *prévia*; é pressuposto da desapropriação, e não conseqüência: não se presta a indenização, porque se tirou a alguém o bem; e, sim, porque se lhe vai tirar: tem-se de prestar, para que se componha o suporte fáctico, para que a regra jurídica da extinção da propriedade do desapropriando incida sobre ele e a transcrição da sentença, tratando-se de bem imóvel, produza a perda. (MIRANDA, Pontes: Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° I, de 1969. 2. ed. rev. São Paulo, RT, 1971. Tomo V. p. 471)

¹⁹ Em sentido contrário, porém: MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Curso de Direito Administrativo. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 412/413; SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2000. p. 908/909.

²⁰ Pontes de Miranda, sobre o tema, já observava: “Tem-se dito que a exigência de ser *prévia* a indenização já importa a exigência de ser em dinheiro, porque pagar em títulos é pagar a prazo. Mas tal argumento destoa dos princípios mais comezinhos sobre a solução de dívida: se há pagamento, toda a sua eficácia é a mesma – extingue-se a dívida; o fato de se pagar em letra de câmbio, nota promissória, título da dívida pública, ou outro título de crédito, somente importa ao negócio jurídico em cujo crédito se pagou.” (MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n° I, de 1969. 2. ed. rev. São Paulo, RT, 1971. Tomo V. p. 486)

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 425.

ção do bem, sob pena de a indenização – que haveria de ser justa – convolar-se em ato abusivo e ilegítimo.²²

Estabelecidas estas premissas, a preocupação maior do legislador volta-se para a definição dos critérios conducentes à materialização da “justa indenização”. Nesse passo, a Lei nº 8.629/93 dispunha no art.12, *caput*: “Considera-se justa a indenização que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social”.

Embora aparentemente óbvia e compatível com o enunciado constitucional, a disposição normativa em tela representava um bom caminho à efetivação de graves distorções. É que os critérios utilizados tanto pelo INCRA como pelos peritos judiciais seguiam, em apertada síntese, um método de agregação de valores, pelo qual todos os diversos itens componentes do imóvel expropriado recebiam avaliação isolada para, depois, num somatório, encontrar-se o valor da “justa indenização”. Identificavam-se as parcelas, com valores individualizados, para alcançar-se, ao final, o produto.

O ponto nevrálgico dessa sistemática é que, via de regra, o resultado final alcançava valor muito superior àquele efetivamente praticado no mercado imobiliário. Daí, mesmo desconsiderando as inúmeras hipóteses de fraude, a desapropriação para fins de reforma agrária que, a princípio, deveria ser uma sanção pelo descumprimento da função social da propriedade, transformou-se em excelente e lucrativo negócio, porquanto as indenizações pagas pelo Poder Público em relação a terras ociosas e improdutivas ultrapassavam em muito o preço que os imóveis atingiriam se viessem a ser livremente transacionados no mercado. Inequívoca via conducente ao enriquecimento ilícito!

Buscando melhor equacionar a questão atinente à definição do *justo preço*, foi editada em 11.06.97 a Medida Provisória nº 1.577²³, dando nova redação ao art.12 da Lei nº 8.629/93, nos seguintes termos:

Art.12 - Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

I – localização do imóvel;

II – aptidão agrícola;

III – dimensão do imóvel;

IV – funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias

§1º – Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizada em TDA.

§2º – Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.

Verifica-se, sem muito esforço, substancial modificação no critério de definição da justiça da indenização. Agora, esta encontra-se atrelada ao *preço de mercado* do imóvel. Definido o preço praticado no mercado imobiliário relativamente ao imóvel desapropriando é que, então, por um método dedutivo, será detectado o valor das benfeitorias a serem indeni-

²² Nesse sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro”. In Revista de Direito Administrativo, vol. 204. Rio de Janeiro, Renovar, 1996, 33-52, p. 37/38.

²³ Referida Medida Provisória foi sucessivamente reeditada. A última reedição deu-se em 24.08.2001, sob o nº 2.183-56.

zadas em dinheiro²⁴.

Dessa forma, o preço de mercado constitui a exata medida da higidez do processo expropriatório. Levando-se em conta essa baliza, ficar aquém dela configura abuso de poder da Administração. Ultrapassá-la, porém, pode revelar desvio de finalidade.

4.2.1 – A cobertura florística

O tema referente à indenização de cobertura florística é o que certamente vem causando maior polêmica, dividindo a doutrina e a jurisprudência. Mas é também o ponto que mais tem proporcionado o pagamento de indenizações milionárias relativas a imóveis expropriados, encarecendo em muito o cumprimento da política de reforma agrária e, ao mesmo tempo, acarretando inominável lesão ao patrimônio público.

A indenização das florestas naturais contava com o respaldo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que levava em consideração a existência de um valor econômico e ecológico a ser compensado. Foi o que ficou assentado no RE nº 100.717, rel. Min. Francisco Rezek, em acórdão assim ementado:

“Desapropriação. Mata de preservação permanente. Indenizabilidade. As matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que embora proibida a derrubada pelo proprietário, persiste o seu valor econômico e ecológico. Recurso extraordinário não conhecido”.

(RTJ 108/1314)

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, a seu turno, perfilhava esse entendimento, considerando indenizável a cobertura florística de forma destacada da terra nua, porque suscetível de exploração comercial, conforme se pode verificar dos seguintes acórdãos: EIANº 0113470 Ano: 90 UF: DF Turma: 2S, DJU: 17-6-91, p. 13894; EIANº 0113471 Ano: 90 UF: DF Turma: 2S, Região: 1, DJU: 17-12-90, p. 30735; AC Nº 0100583 Ano: 90 UF: MT Turma: 03, Região: 1, DJ: 29-6-90, p. 14390; AC Nº 0102899 Ano: 91 UF: AM Turma: 04, Região: 1, DJ: 22-4-91, p. 08163; REO Nº 0548617 Ano: 94 UF: SE Turma: 01, Região: 5, Remessa ex-offício, DJ: 07-10-94, p. 56828 e AC Nº 0511765 Ano: 92 UF: CE Turma: 02, Região: 5 Publicação: DJ: 09-7-93, p. 27341.

Todavia, a modificação legislativa decorrente da Medida Provisória nº 1.577/97 (hoje MP nº 2.183-56, de 24.08.01) alterou radicalmente os critérios de avaliação, deixando claro, à luz da nova redação do art.12 da Lei nº 8.629/93, que as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural integram o preço da terra, o qual *não* poderá superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel (§2º).

Nessa perspectiva, não há mais espaço normativo para a indenização de matas e florestas naturais divorciada do valor da terra nua, porquanto aqueles itens já devem estar inseridos no contexto do preço atual de mercado, que nunca poderá ser extrapolado.

Divergindo, contudo, desse posicionamento, a Ministra Eliana Calmon, quando ainda integrava o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, acentuou, em artigo dedicado ao tema, que a referida alteração processada via Medida Provisória em nada modifica o cenário atinente à

²⁴ A Instrução Normativa Incra nº 36, de 17-08-99, fiel à diretriz traçada pela novel redação do art.12 da Lei nº 8.629/93, fixa as normas gerais de procedimentos técnicos e administrativos para a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, disciplinando no item 3.4 os critérios de avaliação consoante o *preço de mercado do imóvel*.

indenizabilidade da cobertura florística. Segundo o entendimento da il. Magistrada, “o moderno enfoque da economia não é para os bens de raiz, e sim para os que nele se agregam, sejam benfeitorias ou acessões, e que hoje podem valer muitas vezes mais que o bem principal”.²⁵

Uma leitura atenta do dispositivo em foco parece conduzir a entendimento diverso. A norma contida na Medida Provisória bem revela que o limite da justa indenização é o preço de mercado. Nele já deve estar incorporado o eventual valor das florestas ou matas nativas existentes, eliminando-se o equívoco infelizmente muito comum em laudos periciais relativos a processos expropriatórios, consistente na avaliação destacada da terra nua e da cobertura florística, com resultado final superior ao preço encontrado no mercado imobiliário. Ora, não se pode confundir cobertura florestal com benfeitoria. A primeira é acessão, razão pela qual não pode ser avaliada separadamente da terra nua.

Demais disso, há outro aspecto a ser considerado. Não é legítimo que o particular venha a ser indenizado por uma cobertura florestal cujo aproveitamento econômico sofra sensíveis limitações decorrentes da função sócio-ambiental da propriedade. Com efeito, o exercício do direito de propriedade possui na atualidade limites internos impostos em prol da preservação do meio ambiente, tendo em vista sua inserção no rol axiológico basilar da Constituição (*cf.* art. 225, CF)²⁶.

Tome-se como referência para argumentação a previsão das reservas legais florestais e de áreas de preservação permanente *ope legis*. Trata-se, em ambos os casos, de espaços territoriais protegidos, nos termos do art. 225, § 1º, III, CF. São limitações administrativas ao direito de propriedade, em face do interesse difuso na preservação do meio ambiente. Por não implicar supressão ao direito de propriedade, não são, em regra, indenizáveis pelo Poder Público.

Em se tratando de limites intrínsecos ao direito de propriedade e, pois, da impossibilidade de aproveitamento econômico absoluto da cobertura florestal nessas áreas, revela-se inadmissível que sejam computadas tais acessões no valor da indenização decorrente de desapropriação. Ora, esses mecanismos são impostos no interesse da coletividade, e não do proprietário. Não é justo, ademais, que o Estado pague ao particular por algo insuscetível de aproveitamento econômico pleno, sob pena de proporcionar enriquecimento ilícito. O valor ambiental sobrepõe-se ao interesse do proprietário, desautorizando, destarte, qualquer indenização relativa à cobertura florestal incidente no espaço territorial legalmente protegido.²⁷

Daí ressalta a conclusão de que o parâmetro do *preço de mercado*, no qual deve estar incluído o valor das florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, constitui a justa medida para a indenização preconizada no art. 184 da Constituição da República.

4.2.2 – Juros moratórios e juros compensatórios

Na definição da justa indenização, insere-se, também, o cálculo de juros moratórios e

²⁵ CALMON, Eliana. “A cobertura vegetal na desapropriação”. In Suplemento Informe Jurídico. TRF/1ª Região. Edição 07, jun./jul. 97.

²⁶ Como bem adverte Herman Benjamin, “a proteção do meio ambiente, no sistema constitucional brasileiro, não é uma incumbência imposta *sobre* o direito de propriedade, mas uma função inserida *no* direito de propriedade, dele sendo fragmento inseparável”. (BENJAMIN, Antonio Herman, V: “Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente”. 5 anos após a ECO-92 – Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo, IMESP, p. 20.)

²⁷ “Na região Norte e na parte Norte da região Centro-Oeste, a exploração a corte raso só é permissível desde que permaneça com cobertura arbórea pelo menos cinquenta por cento da área de cada propriedade, limite que será reduzido para vinte por cento, quando se tratar de área coberta por cerrado.” (art. 44 da Lei nº 4.771/65, com redação dada pela Medida Provisória nº 1.956-46/2000). Na região amazônica, por exemplo, não é lícito que o expropriado perceba indenização por cobertura florestal calculada sobre sua totalidade, pois apenas a metade é suscetível de exploração econômica.

compensatórios. Juros moratórios constituem indenização pelo atraso no cumprimento da obrigação, ao passo que os juros compensatórios dizem respeito aos frutos do capital empregado. Os juros compensatórios têm a finalidade de ressarcir o proprietário em razão da perda antecipada do bem.

Em matéria de desapropriação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido da cumulação dos juros moratórios e compensatórios (súmula 12).

No tocante ao termo *a quo* da incidência dos juros, a jurisprudência também sedimentou-se na linha de que os juros moratórios são contados desde o trânsito em julgado da sentença (súmula 70, STJ), e os juros compensatórios a partir da imissão na posse do imóvel (súmula 69, STJ), calculados estes *sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente* (súmula 113, STJ).

O Superior Tribunal de Justiça superou, como visto, no que concerne aos cálculos dos juros compensatórios, a posição firmada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos que determinava a incidência dos juros compensatórios, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre referido valor corrigido monetariamente (súmula 74, TFR).

Todavia, a Medida Provisória nº 2.183-56, de 24.08.01 (sucessivamente reeditada) conferiu novo disciplinamento à matéria, acrescentando ao Decreto-Lei nº 3.365/41 o art.15-A, cujo *caput* tem o seguinte teor:

“Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.”

Modificações expressivas são aí registradas, a saber: a) o percentual dos juros compensatórios é reduzido de doze para seis por cento ao ano; b) a base de cálculo dos juros compensatórios passa a ser apenas a diferença eventualmente existente, em termos reais, entre a oferta inicial e o valor do imóvel definido na sentença²⁸; c) é vedado o cálculo de juros compostos, eliminando-se, em boa hora, o fenômeno do anatocismo, consistente na incidência de juros moratórios sobre juros compensatórios, que vinha sendo admitida pelo Superior Tribunal de Justiça (súmula 102).

Conquanto as alterações introduzidas – ainda que sob o signo da provisoriedade – amenizem a incidência dos juros compensatórios em obséquio à fixação de uma indenização justa, razão não haveria, em verdade, para o cômputo dessa verba. É que tais juros correspondem à “compensação devida ao expropriado pela perda antecipada da posse do imóvel, substituindo,

²⁸ Posicionando-se contra referida modificação, José Carlos de Moraes Salles pondera: “Embora nos pareça razoável a redução dos juros compensatórios de 12% para 6%, por entendermos não haver razão para onerar demasiadamente uma desapropriação que se faz por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, afigura-se-nos, entretanto, absurdo que a base de cálculo dos juros compensatórios seja a diferença eventualmente apurada entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença, porquanto, sendo os juros compensatórios, como se viu anteriormente, o “fruto do capital mutuado ou empregado” [...], devem ser calculados sobre o valor da indenização fixada na sentença, uma vez que foi desse valor que se despojou o expropriado desde a imissão provisória na posse...” (SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, p. 608, 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2000)

assim, os frutos que deixou de perceber ou que poderia vir a receber”²⁹. Como bem assinala o Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, “os juros compensatórios, na sua essência, não são juros, e sim uma verba rotulada de juros – lembremo-nos de que não é o nome que dá essência às coisas – para compensar a perda do imóvel, sem que tivesse o seu proprietário recebido o pagamento da indenização, isto é, o pagamento prévio”³⁰.

Ora, mas se o imóvel é improdutivo, se não está cumprindo sua função social, o que haverá de ser compensado? Quais os frutos que o expropriado estaria deixando de perceber? Veja-se que a razão de ser dos juros compensatórios é absolutamente inexistente na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, o que revela a ilegitimidade do pagamento de tal verba. Não há qualquer prejuízo a ser compensado, porquanto a terra improdutiva evidentemente não gera frutos. Trata-se, pois, tão só de odioso mecanismo para hiperbolizar artificialmente a justa indenização, em manifesta contrariedade ao art.184 da Constituição Federal³¹.

Consideramos, portanto, que não há justificativa plausível para o pagamento de juros compensatórios nas desapropriações por interesse social para reforma agrária, relativamente a imóveis improdutivos. Daí a alteração efetivada pela Medida Provisória n° 1.997-34/2000, acrescentando ao Decreto-Lei n° 3.365/41 o art.15-A, cujo § 1° estabelece que os “*juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.*” [grifos nossos]

Finalizando este tópico, cumpre acentuar que a atualização monetária da indenização referente à desapropriação vincula-se com o princípio da *justeza* inserto na Constituição (art. 184), visto que não será justa a indenização paga sem a observância do valor real, notadamente se já houver decorrido largo lapso temporal entre a oferta inicial e a data do pagamento. Como mero fator de recomposição do valor real da moeda, a correção monetária, destarte, deverá incidir sobre o *quantum* indenizatório fixado na sentença.

4.3 – *Justa indenização x coisa julgada*

Considere-se, agora, a existência de situações em que a incidência de correção monetária não seja mesmo suficiente para, na data do efetivo pagamento, ter-se como plenamente cumprido o princípio constitucional da justa indenização. Em tal circunstância – pergunta-se – o manto da coisa julgada que envolve a definição do *quantum* indenizatório poderá ser obstáculo à eventual revisão do valor da avaliação, na fase de execução de sentença? No confronto entre dois princípios constitucionais elencados no rol dos direitos fundamentais (justa indenização e coisa julgada), poderá haver a prevalência de um sobre o outro? Caso afirmativo, qual deverá preponderar?

A resposta a tais questionamentos deve partir do suposto de que solução de eventual contradição entre princípios constitucionais não está sujeita aos critérios ordinários de resolu-

²⁹ Idem, *ibidem*. p. 602.

³⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. “Desapropriação para reforma agrária: juros compensatórios, indenização pela cobertura florística”. Cartilha Jurídica. p. 09, Brasília, TRF/1ª Região, Abr./97.

³¹ Assim se posicionou o Juiz Tourinho Neto: “Os juros compensatórios indenizam o desapropriado por não poder usar o imóvel, por não poder dele retirar rendimentos, frutos. Muito bem. E se o imóvel não produz renda? Se é uma propriedade latifundiária improdutiva, não atendendo, portanto, sua função social, que a Constituição impõe? Qual o fundamento legal, moral, para o pagamento dos juros compensatórios nessa hipótese? O que se vai compensar se a terra nada produz? Se o proprietário de uma terra que não cumpre sua função social está violando a Constituição Federal, o ato de se pagar juros compensatórios por um latifúndio improdutivo não estaria, também, infringindo o texto constitucional? Creio que sim. É uma contradição pagar uma verba indenizatória quando prejuízo não existe. (Ibidem. p. 09-10.)

ção de antinomias normativas³². Por outro lado, deve-se considerar, como bem assinalado por Canotilho, que a “pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental”³³.

Existem, pois, como reconhece o citado constitucionalista português, “momentos de *tensão* ou *antagonismo* entre os vários princípios” que, por essa razão, “podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso”³⁴.

Deságua, assim, a solução do problema no processo de *concretização constitucional* – tarefa cometida não apenas ao legislador (concretização legislativa), mas aos próprios órgãos de aplicação do direito (concretização judicial). Esse processo de *densificação* de princípios e regras constitucionais considera a possibilidade de o intérprete, diante da nebulosidade do caso vertente, fixar o conteúdo material da Constituição³⁵.

Tal método interpretativo, como já é possível inferir, somente pode ocorrer perante um problema concreto a ser resolvido. Trata-se, nas palavras de Paulo Bonavides, de “uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta dos problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos”³⁶.

O atrito entre os princípios constitucionais deve ser equacionado, então, à luz de cada caso concreto, com a revelação de qual o caminho que melhor atende à realização da eficácia normativa da Constituição.

A situação de tensão entre os princípios constitucionais da *justa indenização* e do respeito à *coisa julgada* desvela, vale anotar, um choque entre o interesse público e um interesse particular. Sim, pois a definição do que seja *justa indenização* atende não só à órbita privada do expropriado, mas também, e primacialmente, ao interesse de toda a coletividade, consistente na fixação da correta medida condicionante da privação do direito de propriedade, que não venha a acarretar, inclusive, grave sacrifício ao patrimônio público.

Há, portanto, que se realizar, em cada caso concreto, um ponderado juízo de valor, a fim de nortear qual deverá ser o princípio prevalecente, sempre com os olhos voltados para preponderância do interesse público.

Tal ponderação – segundo pensamos – deve conduzir à superação do obstáculo da coisa julgada, em face da primazia do interesse público, traduzida pela necessidade de assegurar justa indenização ao expropriado. O conflito entre dois preceitos constitucionais, do respeito à coisa julgada e da garantia da justa indenização (art. 5º, XXXVI e XXIV), deve ser resolvido, dessarte, de forma a propiciar que a expropriação se faça mediante o pagamento de indenização justa, com a realização, se necessário, de nova avaliação, ainda que na fase de execução. Esse é o *norte* já apontado pelo Supremo Tribunal Federal.

³² Conforme anota Bobbio, são três os critérios de solução de antinomias normativas: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). (cf. BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 92-114, 5 ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994.)

³³ CANOTILHO, J.J. GOMES, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1108, 3 ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1999.

³⁴ Idem, ibidem, p. 1108.

³⁵ cf. BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, p. 397-398, 4 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

³⁶ Idem, ibidem.

No Recurso Extraordinário nº 93.412-SC, relator Min. Rafael Mayer, a Suprema Corte decidiu:

Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender a garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido. (RTJ 102/276). [grifamos]

No corpo do acórdão, o Ministro relator salientou que a identificação do justo preço não deve decorrer apenas da incidência da correção monetária, averbando:

Nessas circunstâncias, estou em que se deva adotar critério que não o de simples correção monetária, mas o de nova avaliação, com o que se estará cumprindo integralmente o mandamento constitucional de justa indenização, e sobretudo ao trato abstracionista e monetarista o obséquio ao fenômeno econômico real que pode envolver elementos concretos que escapam àquele.

Esse entendimento traz o endosso desta Corte em precedentes que não consideram ofensiva da coisa julgada a decisão que determina se atualize o valor do imóvel desapropriado quando se trate de laudo antigo e a expropriante procrastinou o pagamento da indenização (RE 65.395, Pleno, RTJ 52/711; RE 68.608, 1ª T, RTJ 54/376; RE 78.506, 1ª T, RTJ 73/992, ERE 54.221, Pleno, RTJ 34/91), embora deva reconhecer que os há em sentido contrário. (RTJ 102/283).

Noutro precedente, o Supremo Tribunal Federal, julgando o RE nº 105.012, rel. Min. Néri da Silveira, assim decidiu:

Desapropriação. Terrenos da atual Base Aérea de Pernerim, em Natal, RN. Liquidação de sentença. Determinação de nova avaliação.

Hipóteses em que o STF tem admitido nova avaliação, não obstante, em decisão anterior, já transitada em julgado, se haja definido o valor da indenização. Diante das peculiaridades do caso concreto, não se pode acolher a alegação constante do recurso extraordinário de ofensa, pelo Acórdão, ao art. 153, parágrafo 3, da Constituição Federal, em virtude do deferimento de nova avaliação dos terrenos.

O aresto teve presentes fatos e circunstâncias especiais da causa a indicarem a injustiça da indenização, nos termos em que resultaria da só aplicação da correção monetária, a contar da Lei nº 4686/1965, quando a primeira avaliação aconteceu em 1957. Critério a ser seguido na nova avaliação. Decreto-Lei nº 3365/1941, art. 26. questão que não constituiu objeto do recurso extraordinário da União. Relativamente aos juros compensatórios, havendo sido fixado, em decisão trânsita em julgado, o percentual de 6% a.a., não caberia, no acórdão recorrido, estipular seu cálculo a base de 12% a.a. a incidência do percentual de 6% a.a. dar-se-á, a partir da ocupação do imóvel. Nesse ponto, o Acórdão ofendeu o art. 153, parágrafo 3, da Lei Maior. No que respeita aos honorários advocatícios, estabelecidos em quantia certa, a vista da primitiva avaliação, não vulnera o art. 153, parágrafo 3, da Carta Magna, o Acórdão, ao estipular novo critério para seu cálculo, em determinado nova avaliação do imóvel expropria-

do. Conhecimento, apenas, em parte, do recurso extraordinário, quanto aos juros compensatórios, para, nesta parte, dar-lhe provimento. (DJU 01-07-88, pág. 16.904).

Em seu voto, o eminente relator acentuou:

“Em matéria de desapropriação, vale observar, a meu entender, que *a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não acolhe a invocação de coisa julgada para que se possa atingir a meta da indenização justa*. Isso ficou meridiano, quando se debateu amplamente a possibilidade de aplicar a nova lei sobre correção monetária aos processos de desapropriação, em que já existia sentença trânsita em julgado. Nem se diga que, afinal, a conclusão decorreu da circunstância de a lei estabelecer que, em qualquer momento, seria possível aplicar-se a correção monetária. Se houvesse afronta ao princípio constitucional da coisa julgada, a determinação não poderia evidentemente prosperar. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, ao se inclinar pela aplicação da lei, determinando-se a correção monetária, mesmo em relação aos processos com decisões transitadas em julgado, em primeiro lugar, teve em conta o princípio também constitucional da justa indenização a ser garantida ao expropriado”. [grifamos]

Noutra passagem, ponderou, ainda, o Min. Néri da Silveira:

“Dessa maneira, se se admitiu que é válida a norma da correção monetária, não atentando, portanto, contra o princípio constitucional da coisa julgada, nos processos em que o preço já estava fixado anteriormente, parece, com igual razão, flagrante, como se entremostra aqui, *a injustiça da indenização nos termos em que seria entregue o preço discutido nos autos, que também se possa dar a solução que o acórdão embargado acolheu, qual seja, desde logo, determinar, em fase de execução, uma nova avaliação, para que o preço a ser pago – o qual a Constituição exige que seja justo – se revele, de fato, atualizado*. Se, desde logo, se ressalva a possibilidade de o expropriado, numa complexa e morosa ação, vir pedir essa complementação, que naturalmente ainda será mais onerosa para o poder expropriante, em devendo pagar este valor com os acréscimos decorrentes do tempo, por que, então, de imediato, não dar solução que o princípio constitucional da justidade da indenização está a exigir?” [grifos nossos]

Admite, pois, o Supremo Tribunal Federal, em situações excepcionais, em homenagem ao princípio da *justa indenização*, que se proceda à nova avaliação do imóvel, prevalecendo o conteúdo teleológico da Constituição.

As situações acima exemplificadas implicaram novas avaliações para elevar o valor das indenizações, visto que, na fase de execução, se revelaram ínfimas e, portanto, ofensivas ao princípio constitucional do justo preço. *Mas o inverso também deve ser admitido*.

Convém não olvidar, de fato, que a cláusula constitucional da *justa indenização* é uma via de mão dupla, porquanto determina que se compense justamente o expropriado pela perda de seu bem, assegurando não menos do que este valha, e, ao mesmo tempo, limita a atividade da Administração, impondo que seja pago não mais do que o bem efetivamente expresse. Em ambas as situações, deve predominar sempre a satisfação do interesse público, donde se conclui, consoante já salientado linhas atrás, que o pagamento de indenização tanto a menor quanto a maior implica violação ao princípio constitucional do justo preço.

Seguindo essa esteira de raciocínio, pode chegar-se à conclusão que, ameaçado o princípio constitucional da *justa indenização*, com a possibilidade de pagamento em valor superior ao *preço de mercado* do imóvel, torna-se possível, viável, necessária e imposterável a realização de nova avaliação, ainda que na fase de execução de sentença, a fim de evitar-se o deletério fenômeno das superindenizações.

5. A definição do justo preço em audiência de conciliação

A Lei Complementar nº 88/96 alterou a redação do art. 6º da Lei Complementar nº 76/93, acrescentando, ainda, o § 3º, assim redigido:

Art. 6º

§ 3º. No curso da ação poderá o juiz designar, com o objetivo de fixar a prévia e justa indenização, audiência de conciliação, que será realizada nos 10 (dez) primeiros dias a contar da citação, e na qual deverão estar presentes o autor, o réu e o Ministério Público. As partes ou seus representantes legais serão intimados via postal.

A lei prevê, como se pode verificar, a possibilidade de realização de uma audiência com o objetivo de conciliar as partes (expropriante e expropriado) no tocante à indenização. Tal ato processual deve cingir-se à definição do *justo preço*, não havendo previsão legal para qualquer outra transação que transcenda esse tema. Nada impede, porém, que, procurando-se abreviar o desfecho do processo de desapropriação, seja fixado, por exemplo, prazo para desocupação do imóvel, caso este ainda esteja sendo utilizado pelo expropriado. Com isso, certamente outras pendências poderão ser evitadas.

Creemos, contudo, que, não obstante a boa intenção em imprimir celeridade ao processo expropriatório na fase judicial, a novidade pode revelar-se inócua. É que a definição da justa indenização atende, conforme já demonstrado, o direito do expropriado em receber o equivalente ao imóvel, assim como o dever do Poder Público de não proporcionar um enriquecimento sem causa, concedendo-lhe valor acima daquele que é efetivamente devido. O *justo valor* – limite positivo e negativo da legitimidade da indenização – acha-se estritamente vinculado ao *preço de mercado* do imóvel, tal como estabelecido no art. 12 da Lei nº 8.629/93, com a nova redação.

Nessa linha de raciocínio, força é convir que a justa indenização não pode ser fixada aleatoriamente, existindo, ao revés, critérios que norteiam a tarefa de estabelecer o preço de mercado e de delimitar um *campo de arbítrio*, dentro do qual deve gravitar a avaliação do imóvel expropriado³⁷.

A atuação do Órgão expropriante está adstrita a requisitos objetivos, dos quais não pode haver distanciamento, sob pena de invalidade. Essas balizas não poderão ser transpostas, por evidente, em uma audiência de conciliação. Em síntese: qualquer acordo porventura firmado em audiência, referente a valor que venha ultrapassar os limites impostos para a definição do preço de mercado do imóvel, poderá incidir em irregularidade insanável, sendo suscetível, pois, de desconstituição futura.

³⁷ A Instrução Normativa Incra nº 36, de 17.08.99 (DOU de 01.09.99) fixava critérios para a definição de um Sistema de Informações de Preços de Terras – SIPT, baseado em pesquisas de mercado. Os valores componentes das amostras, segundo o item 3.4.5 dessa Instrução, são homogeneizados com vistas ao estabelecimento do campo de arbítrio referente aos valores indenizatórios.

6. Conclusão

Ao cabo dessa empreitada, constata-se que a pedra de toque do procedimento de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária está representada pela ingente atividade de fixação da justa indenização.

Não mais paira dúvida de que a propriedade não constitui um valor fundamental absoluto. A prevalência do interesse público legitima a imposição de limitações administrativas e, mais radicalmente, o despojamento parcial ou total do domínio, em prol do cumprimento da função social da propriedade – exigência constitucional cuja concretização é inadiável.

Sem embargo, não se pode permitir que, em nome do pleno êxito desse importante instrumento de realização de justiça social, sejam perpetradas graves lesões ao patrimônio público mediante o estabelecimento de indenizações milionárias, as quais, longe de atender ao princípio constitucional do justo preço, vilipendiam-no de forma acintosa.

Nessa perspectiva, é absolutamente fundamental e inadiável que o Poder Judiciário aja com absoluto rigor, evitando que as avaliações judiciais distanciem-se, mercê de critérios técnicos inadequados e ultrapassados, do limite legal do preço de mercado do imóvel. E neste haverá que se reputar inserido o eventual valor econômico atribuível às matas, florestas e demais acessões naturais.

A essa tarefa também não pode esquivar-se o Ministério Público Federal, detentor da atribuição constitucional de defender o patrimônio público (CF, art. 129, III), cuja intervenção é obrigatória em todas as fases do processo de desapropriação, nos termos do artigo 18, § 2º, da Lei Complementar nº 76/93. A atuação vigilante do Ministério Público, e não meramente burocrática, afigura-se importante, ofertando quesitos em face de perícias designadas, questionando a indicação de peritos não habilitados, bem como impugnando a produção de laudos conducentes a indenizações espetaculares, mediante a apresentação, sempre que possível e necessária, de pareceres técnicos que possam contribuir para a definição da *justa indenização*.

De observar-se, por outro lado, que o juiz, não sendo apenas um espectador da lide, não deve limitar-se a homologar “acordos” que impliquem levantamento do valor ofertado pelo expropriante, quando este revelar indicativos de que extrapola o preço de mercado do imóvel. Em situações tais, mesmo que haja concordância do expropriado quanto à indenização ofertada, cremos que tanto o Juiz como o Ministério Público devem posicionar-se no sentido da realização de nova avaliação, com vistas à consecução da indenização correta.

Tais providências certamente contribuirão de forma significativa para conduzir o processo de desapropriação em direção à ideal conformação do postulado da justa indenização, realizando-se, assim, a “vontade” da norma constitucional (CF, art. 184), para muito além de sua mera dimensão formal.

A ESCOLA DE JUSTIÇA E CIDADANIA – REFLEXÕES PARA UM PROJETO PEDAGÓGICO

*Renato Sócrates Gomes Pinto**

O presente trabalho concentra-se na Escola de Justiça e Cidadania, um dos instrumentos do Projeto Justiça Comunitária, que envolve, em parceria, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o Ministério Público do Distrito Federal, a Universidade de Brasília, a OAB-DF e a Defensoria Pública do DF.

O projeto compreende a implantação de Centros de Justiça e Cidadania, que apoiarão o trabalho dos Agentes de Justiça e Cidadania, que serão lideranças comunitárias que trabalharão em rede, após receberem formação na Escola de Justiça e Cidadania.

Trata-se de um projeto sério, que de forma lúcida quer tratar de frente o que Gladston Mamede chama de hipocrisia – o mito da cidadania no Brasil, que vive em uma sociedade de palavras, onde o fim último do Direito é manter a estrutura de Estado o mais estável possível, com o que culmina por garantir que um modelo de vida e organização social (e, por consequência, um modelo econômico) se perpetue, referenciado pelos interesses dos que detêm o poder necessário para validá-los e efetivá-los.

Esse ensaio se oferece, então, como um contributo para o projeto pedagógico de uma nova Escola, voltada para a Educação para a Cidadania, que terá a missão de formar os futuros Agentes de Justiça e Cidadania.

O objetivo é acrescentar às reflexões do grupo de trabalho integrado por representantes das entidades co-autoras e parceiras do Projeto (TJDFT, MPDFT, UnB, OAB-DF e Defensoria Pública) algumas considerações para a discussão sobre o projeto pedagógico da Escola de Cidadania.

É importante não perder de vista que o treinamento, com excelência, dos agentes de cidadania será essencial para a qualidade desse atendimento e o sucesso do sistema projetado, e que Escola será um espaço que terá no envolvimento da comunidade o seu eixo central, fortalecendo a democracia e estimulando uma autêntica cultura da solidariedade, sem o vício do assistencialismo paternalista, pois o sistema de atendimento proposto seria de caráter permanente, o que seria diferente de campanhas episódicas de promoção da cidadania, feitas

* Renato Sócrates Gomes Pinto é Procurador de Justiça do MPDFT. Professor do UniCEUB. Pós-graduado em Direito e Estado pela Universidade de Brasília e em Direitos Humanos e Liberdades Civis pela Universidade de Leicester. Especialista em Metodologia e Didática do Ensino Superior pela UDF.

festivamente em fins de semana.

A partir do compromisso de formar agentes comunitários, que atuarão também como mediadores, operando em nível afetivo, na linguagem e no direito construído pelo coletivo comunitário, para a busca da superação dos conflitos com espírito de amor solidário e tolerância às diferenças, a Escola de Justiça e Cidadania se verá frente a frente ao homem concreto – um ser situado, e experimentará o desafio do ensino como prática social.

A primeira dificuldade que se apresenta é como conceber uma didática re-significada para um projeto novo de educação para a cidadania – um objeto inconcluso, histórico, que nunca será captado na sua integralidade, mas na sua dialeticidade – no seu movimento, nas suas diferentes manifestações.

O projeto pedagógico, entendido como a determinação das atividades mais apropriadas às finalidades da Escola de Cidadania, deve apoiar-se em dois instrumentos que fornecem os critérios para essa determinação: a discriminação tipológica dos conteúdos e os princípios da concepção construtivista.

Como ensina ZABALA (1996), todas as classificações dos conteúdos de aprendizagem giram em torno de três categorias: saber, saber fazer e ser. Os conteúdos podem então ser factuais/conceituais (saber), procedimentais (saber fazer) e atitudinais (ser), que implicam utilização de estratégias de ensino diferentes.

Para um conteúdo factual a atividade de aprendizagem terá que ser de memorização tradicional.

Para um conteúdo conceitual ou de princípios, a atividade de aprendizagem terá que ser experiencial ou situacional.

Para um conteúdo procedimental, a atividade de aprendizagem deve ser de aplicações e exercícios.

Para conteúdos atitudinais, a atividade de aprendizagem deve ser experiencial ou situacional com componentes afetivos¹.

A organização dos conteúdos deve ter presente a relação e a integração entre as disciplinas, que devem estar articuladas na sua multidisciplinaridade, na interdisciplinaridade, na transdisciplinaridade e na metadisciplinaridade.

A ordem dessa articulação variará segundo o grau de menor ou maior relação e integração dos módulos temáticos.

No nosso caso, a capacitação de agentes de cidadania, no contexto do projeto, enfatizará, necessariamente, conteúdos referentes a valores, normas e atitudes, que requerem estratégias didáticas que promovam uma ampla atividade cognoscitiva, afetiva e comportamental do aluno, o que implicará experiências ou situações que induzam ou potencializem a atividade em todos esses campos, face ao caráter nunca acabado, mas de permanente construção, dos conceitos, princípios, valores, normas e atitudes envolvidos.

Não quer isso dizer que os conteúdos atitudinais serão os únicos e principais, pois a formação envolverá também conteúdos factuais, procedimentais e, especialmente, conceituais, tendo sempre presente a percepção dos âmbitos que modelam o currículo, a partir do contexto exterior (influências sociais, econômicas, culturais, regulamentações políticas e administrativas, estrutura, organização da Escola e do ambiente da aula) que cerca a atividade de ensino-aprendizagem.

A atividade de ensino-aprendizagem (capacitação dos agentes de cidadania) deve ser estruturada e articulada para a consecução dos objetivos educativos estabelecidos, em relação aos conteúdos concretos, sendo necessário identificar os principais componentes: o conteúdo de aprendizagem e o correspondente objetivo educativo, o papel atribuído ao professor e ao aluno, os materiais curriculares e seu uso, bem como os meios, momentos e critérios para a avaliação.

O caminho que se apresenta mais adequado é a concepção construtivista, orientada à formação global desses agentes, trabalhando-se diferentes tipos de conteúdos, dentro de uma proposta didático-pedagógica que vá além da mera introdução de saberes culturalmente organizados, ou seja, que alcance não só a formação em determinadas capacidades cognitivas, mas, também, logre o desenvolvimento do agente para atingir uma postura crítica e equilibrada com o propósito de exercer a função de mediação dos conflitos e de educação da clientela para o exercício pleno da cidadania ativa.

Os conteúdos do curso das Promotorias Legais Populares – projeto semelhante desenvolvido em São Paulo – podem ser um exemplo aqui.

Os conteúdos desse curso, compreende, em resumo os seguintes tópicos: o que é o Direito, códigos, leis, meio ambiente, família, acidentes do trabalho, poderes da República, profissionais do Direito, Constituições, direitos humanos, direito à saúde, direito do trabalho, previdência social, direito penal, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, direito do idoso e pessoa portadora de deficiência, entre outros temas².

No Distrito Federal, conforme o projeto, o curso pretende fornecer conhecimentos básicos de Direito, bem assim os instrumentos legais para a defesa dos direitos do cidadão e os métodos de multiplicação de tais conhecimentos no seio da comunidade.

Tendo em vista a complexidade do Direito para pessoas leigas, o curso deverá tomar por ponto de partida a vida concreta e os problemas cotidianos, relacionando-os com o Direito. A construção do conhecimento na Escola de Cidadania deverá despertar a leitura crítica do sistema, das leis e a sua aplicação pelos Tribunais.

O curso conterà 05 (cinco) módulos temáticos, a saber:

- a) Direitos e Garantias Fundamentais e Organização do Estado;
- b) Direito das Minorias. Tolerância às diferenças;
- c) Direito de Moradia (posse, locação, propriedade, etc.)
- d) Direito de Família
- e) Direito do Consumidor

As aulas deverão ser ministradas por magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos, professores da UnB e advogados, e outros profissionais com perfil adequado para a peculiaridade do curso. Será, inclusive, uma excelente oportunidade para que os agentes do Estado estabeleçam um “diálogo aberto com a comunidade, aprendendo a “ler” a realidade popular com novos óculos, trocando experiências, confrontando conhecimentos, enfim repensando a sua atuação como operadores do Direito, contribuindo para uma necessária aproximação entre Direito e realidade social”.

Nos termos do projeto, “além do conteúdo jurídico, o curso desenvolverá a mediação como método de acordo transformador das diferenças, conforme definição do Professor Luís Alberto Warat, para quem, as práticas sociais da mediação se configuram em um instrumento de realização da autonomia, da democracia e da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito”³.

O consenso estabelecido é que “não basta que a capacitação dos agentes comunitários seja voltada tão-somente para a instrumentalização no campo do Direito. É essencial que haja, na formação dos futuros agentes, o conteúdo voltado para o desenvolvimento da mediação”.

O projeto pedagógico deverá partir do princípio de que a Escola trabalhará com o exercício da justiça e cidadania como um papel importante na transformação do ser humano e da sociedade. É essencial que a Escola promova a reflexão sobre as experiências individuais e coletivas, na formação dos agentes comunitários, contribuindo para a compreensão – e transformação – do mundo em que vivem. Para tal, a Escola terá como preocupação:

- a informação dos direitos do cidadão como construção social e, portanto, como direito de todos;
- a criatividade solidária, capaz de romper com o individualismo e promover o sentido da tolerância à diferença;
- o primado do diálogo nas situações conflitivas;
- a autonomia, no sentido do auto nomos, norteando a formação de cidadãos capazes de conduzirem e construírem as soluções de suas vidas e de seus problemas.

De acordo com o projeto, a metodologia compreende diversos recursos didáticos⁴.

O início do curso deverá contar com o desenvolvimento de técnicas de desinibição, a fim de criar uma harmonia entre os membros da turma.

Sempre que possível, o facilitador estimulará a formação de grupos de debate, como forma de provocar maior participação de todos os alunos, recomendando-se que a equipe eleja o relator respectivo para exposição final da posição daquele núcleo. A criação de vários grupos é também uma boa técnica para o exercício de discussão das inevitáveis divergências que emergirão entre os grupos.

As oficinas poderão constituir-se na simulação de audiências com a participação dos alunos atuando como juiz, membro do Ministério Público, defensor, testemunha, parte, etc., para o julgamento de situações conflitivas. Um dos objetivos de tal atividade, inclusive, é a reflexão sobre a dificuldade de adaptação da legislação à realidade concreta e a dificuldade de se produzirem provas, quando não se conhece o Direito. Esta dinâmica visa, ainda, a estimular o desenvolvimento da prática de lidar com diferentes pontos de vista, o conhecimento do funcionamento da Justiça e a diferença dos papéis de cada operador do Direito.

As atividades cotidianas do agente, na sua atuação em rede também poderão ser simuladas, estimulando situações em que um aluno traz um litígio fictício e o grupo deverá simular um atendimento, respondendo às seguintes perguntas: Qual o direito que foi violado? Qual a lei que protege este direito? Como o grupo orientaria esta parte? Qual o caminho para o consenso? Qual a instituição para a qual este caso deverá ser encaminhado, na impossibilidade de um consenso entre as partes?

As visitas aos órgãos públicos são de fundamental importância. É que os agentes de cidadania deverão conhecer cada órgão e o funcionamento de seus serviços para eventual encaminhamento das demandas trazidas pelos membros da comunidade.

A mostra de vídeos é sempre uma atividade pedagógica interessante. Para tanto, será necessário uma pesquisa dos vídeos disponíveis que tratam dos temas a serem desenvolvidos na Escola e, se for preciso, produzir outros com conteúdos específicos.

A avaliação do curso deverá ser realizada pelos alunos, buscando destacar os aspectos positivos e negativos do curso, as dificuldades e deficiências eventualmente ocorridas, visando o aperfeiçoamento das próximas realizações. Evidentemente, a avaliação também deverá ser realizada pelos professores.

A avaliação do aluno deverá ser definida a partir de uma apreciação qualitativa do seu desempenho.

Segundo Libâneo (1994), a avaliação é uma tarefa complexa que não se resume à realização de provas e atribuição de notas – a mensuração apenas proporciona dados que devem ser submetidos a uma apreciação qualitativa. A avaliação, assim, cumpre funções pedagógico-didáticas, de diagnóstico e de controle em relação às quais se recorre a instrumentos de verificação do rendimento.

Os critérios deverão ser estabelecidos a partir do modelo de avaliação com função diagnóstica de caráter inclusivo e democrático, e não com mera função somativa, seletiva e

tradicional. A avaliação diagnóstica tem natureza holística, pois envolve a interação com a subjetividade pessoal, social e cultural do aluno, e sua dinâmica apóia-se na ação reflexiva.

Conclusão

O ponto de partida para a reflexão sobre um projeto pedagógico para a Escola de Cidadania deve ser sua concepção como um projeto de educação voltada para a promoção do homem concreto brasileiro, como ser situado.

O homem brasileiro necessita, primeiramente, de uma educação para a subsistência, para que aprenda a tirar da situação adversa os meios de sobreviver.

Necessita, também, o homem brasileiro de uma educação para a libertação, para sua emancipação econômica, política, cultural, etc.

Também precisa o homem brasileiro de uma educação para a comunicação, para interagir cooperativa e solidariamente com os outros e com a sociedade.

Finalmente, é necessário que tenha o homem brasileiro uma educação para a transformação, para que saiba construir sua história rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Bibliografia

- FREIRE, P, *Pedagogia do Oprimido*, Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1991.
- FREIRE, P, *Pedagogia da Autonomia – Saberes Necessários à Prática Educativa*, Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1997.
- MACHADO, M^a e SOUZA, N, *Ceilândia – Mapa da Cidadania*, Brasília, Ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 1999.
- SAVIANI, D, *Educação – Do Senso Comum à Consciência Filosófica*, São Paulo, Editora Autores Associados, 1993.
- LIBÂNEO, J, Carlos, *Didática*, São Paulo, Cortez, 1994.
- PIMENTA, S. G, *Didática e Formação de Professores: Recursos e Perspectivas no Brasil e em Portugal*, São Paulo, Cortez, 1997.
- MORATTO, V. P, *A produção do Conhecimento em Sala de Aula*, Rio de Janeiro, DP&A Editora, 1999.
- ZABALA, *Os Enfoques Didáticos*, São Paulo, Editora Ática, 1996.
- RONCA, P. A. C. & TERZI, C. A, *A aula Operatória*, São Paulo, Editora EDESPLAN, 1995.
- MACEDO, L, *Ensaio Construtivistas*, São Paulo, Casa do Psicólogo, 1994.
- WARAT, L. A, *Em nome do acordo – A mediação no Direito – Almed, Asociación Latinoamericana de Mediación, Metodología y Ensenanza Del Derecho*.

O ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AS ALEGAÇÕES FINAIS NO PROCESSO PENAL MILITAR

*Ricardo de Brito A. P. Freitas**

Sumário: 1. Introdução. 2. O Assistente do Ministério Público. 3. O Assistente do Ministério Público Militar e as Alegações Finais. 4. Conclusões

1. Introdução

Em artigo publicado em revista especializada, um dos maiores estudiosos do problema da inserção das Forças Armadas nas sociedades em vias de democratização afirma, certamente baseado na opinião de profissionais do direito penal que atuam na Justiça Militar, que um dos mais importantes limites impostos pela legislação processual penal castrense ao assistente do Ministério Público Militar vem a ser a proibição de apelar de sentença absolutória (Zaverucha, 2000:313-4). De fato, o Superior Tribunal Militar, examinando a matéria, já decidiu neste sentido¹. Todavia, tal decisão, fundamentada em dispositivo legal de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa, não deve nos levar a acreditar que as prerrogativas do assistente do Ministério Público Militar são sensivelmente inferiores às do assistente do Ministério Público na Justiça Comum. Neste sentido proponho-me a discutir um aspecto da atuação do assistente do Ministério Público Militar ainda não examinado pelo Superior Tribunal Militar. Trata-se precisamente de

* Ricardo de Brito A. P. Freitas é Promotor de Justiça Militar (MPM). Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco.

¹ Há decisão do Superior Tribunal Militar que reconhece as restrições ao exercício do direito de interpor recurso pelo assistente. Passo a transcrevê-la integralmente: “Ementa: Mandado de Segurança contra declaração ‘a quo’ de ilegitimidade para recorrer de sentença absolutória. Inconstitucionalidades aludidas em face da lei adjetiva castrense. Não prospera o ‘writ’ impetrado. Pretensão mandamental envolvendo quadro fático relativo a atropelamento fatal de pedestre por viatura oficial conduzida por militar em serviço, que resultou absolvido na ação penal estabelecida para sopesar a ocorrência. Em tal feito, a impetrante do vertente ‘mandamus’, filha do ‘de cujus’, fizera-se inclusive representar-se como assistente da acusação. Inconformada com a absolvição do denunciado, apelou do decreto de 1º grau, sendo, então, declarada a sua ilegitimidade para recorrer ‘in casu’, decisão essa que intenta cassar com ‘remedium juris’ ora em foco. Argumenta no sentido da inconstitucionalidade que entende existir quanto aos cerceios impostos, no processo penal militar, à atuação da assistência de acusação. Inquestionavelmente correto o teor do despacho de ilegitimidade ditado ‘in prima instantia’, tendo-se como incabível na ‘quaestio’ o propósito da impetrante. Os ritos processuais do Foro Castrense, devido ao próprio hermetismo que caracteriza o Direito Penal Militar, se fundamentam mais restritivamente se comparados em termos do contexto processual da Justiça Comum, não significando, contudo, que as peculiaridades dos Diplomas que regem a aplicação da Justiça Militar, ‘id est’, o CPM e o CPPM, impliquem, ‘in concreto’, como máculas à vigente Carta Constitucional. Denegada a segurança em crivo. Decisão por unanimidade” (Mandado de Segurança nº 430-0 – AM. J. 27.08.98, DJ 13.10.98, Relator Ministro Carlos Eduardo Cezar de Andrade).

saber se o assistente do Ministério Público Militar encontra-se autorizado a aditar as razões finais escritas do órgão do parquet. Ressalvo, contudo, que o presente trabalho, apesar de debruçar-se sobre uma questão ainda não enfrentada, não tem a pretensão de fornecer um entendimento definitivo sobre o problema, mas apenas de contribuir, em nome do Ministério Público Militar, para o desenvolvimento de uma reflexão mais aprofundada a respeito.

2. O assistente do Ministério Público

A figura do assistente do Ministério Público sempre atraiu a atenção da doutrina. Vários aspectos interessantes relativos à sua natureza e função foram examinados por renomados processualistas pátrios, porém, o que vai nos interessar especificamente é esclarecer exatamente qual a natureza da sua função no direito processual penal, algo que pode ajudar na compreensão do tema.

Parece-me indiscutível que a previsão legal do assistente do Ministério Público no processo penal prende-se ao fato de ele ser o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa do autor do delito. Isto ocorre porque, admite-se, além do Estado, também o particular atingido possui interesse na condenação do criminoso. Resta, portanto, verificar a natureza desse interesse.

Primeiramente, entendo que não se justifica a exagerada opinião de que a própria previsão legal do assistente representa, por si só, um enfraquecimento político do Ministério Público. Devemos notar, a respeito, que o assistente não substitui o Ministério Público, mas apenas o auxilia. Conforme esclarece a doutrina, a sua intervenção se faz *ad adiuvandum tantum*, não se tratando de assistência litisconsorcial (Tornaghi, 1988:497). Por tal razão, existem prerrogativas exclusivas do Ministério Público. Além disso, do ponto de vista mais propriamente político, deve-se sempre lembrar que o interesse na realização da justiça não pode ficar adstrito a um órgão estatal, por mais eficiente e comprometido que seja com esta missão, razão pela qual é salutar a atribuição de certos poderes processuais ao ofendido ou aos seus familiares.

Por outro lado, mostra-se igualmente desarrazoada a afirmação de que a previsão legal da figura do assistente do Ministério Público representa a institucionalização da vingança privada, colocando em pé de igualdade o interesse na realização da justiça e o desejo de desforra da vítima ou de seus familiares. Decerto o ofendido se vingaria do agente se optasse pela retaliação através da via privada, retribuindo o mal que lhe foi causado, agido por conta própria ou por intermédio de terceiros, por exemplo. Ao solicitar, como assistente do Ministério Público, a punição do criminoso, o ofendido apenas pede ao Estado que, através do Judiciário, realize justiça, e ao Estado não interessa agir para vingar quem quer que seja, pretendendo, tão-somente, segundo proclama, garantir a paz e segurança social. Ademais, quando o Ministério Público requer a condenação do réu, pedindo a imposição de uma pena, ele age no exclusivo interesse da sociedade. Ora, também o assistente, por “auxiliar” o Ministério Público, pretende a aplicação de uma sanção penal. Portanto, há uma coincidência entre as providências requeridas pelo Ministério Público e pelo assistente. Logo, inexistente razão para distinguir, no processo penal, os interesses fundamentais do Ministério Público e do assistente de acusação. Ambos atuam no interesse da justiça. Fosse o assistente do Ministério Público um instrumento da vingança privada, decerto sua participação no processo já teria sido extinta, uma vez que, há séculos, o Estado tomou para si o monopólio da violência legítima. É, portanto, absolutamente legítima a figura do assistente do Ministério Público.

É verdade que, na doutrina, há autores que parecem distinguir completamente os interesses do Ministério Público e do assistente da acusação. Tourinho, por exemplo, nos diz

que, “ao que tudo indica, o Estado permitiu a ingerência do ofendido nos crimes de ação pública para velar pelo seu direito à indenização”, o que o leva a concluir: “a função do assistente não é a de auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano ex delicto” (1996:435). Todavia, melhor opinião possui aqueles que vêem, no assistente do Ministério Público, não apenas o interessado em locupletar-se de uma indenização na esfera cível, mas, primordialmente, a função auxiliar. Neste sentido, ensina Mirabete: “a função do assistente é auxiliar, ajudar, assistir o Ministério Público a acusar e, secundariamente, garantir seus interesses reflexos quanto à indenização civil aos danos causados pelo crime” (1994:318). Da mesma maneira, leciona Vicente Greco: “há quem sustente que o interesse da intervenção do assistente é, exclusivamente, o da reparação civil que advirá da sentença penal condenatória (...) todavia, não nos parece correto, porque, se assim fosse, o assistente não poderia intervir se tivesse, por exemplo, já proposto ação civil de conhecimento, sem aguardar a sentença condenatória, ou se, previamente, renunciasse à vantagem econômica que poderia resultar na indenização”, e conclui: “esses fatos não impedem o ingresso, que tem, portanto, também, um fundamento de interesse público, qual seja o de colaboração com a Justiça Pública” (1995:223).

De fato, considerar que o único interesse que leva o ofendido a perfilhar com o Ministério Público é o de ser beneficiado com uma indenização implica desconhecer a realidade. Na grande maioria dos casos o assistente busca tão-só e simplesmente a condenação criminal em si mesma, de modo a proporcionar aos autores do delito uma retribuição pelo mal causado, até porque estes são, freqüentemente, pessoas inteiramente destituídas de capacidade econômica para indenizar, o que pode se comprovado pelas características da clientela de nosso sistema penal.

3. O assistente do Ministério Público Militar na fase de alegações finais

Explicita o artigo 65 do Código de Processo Penal Militar, disciplinando a intervenção do assistente do Ministério Público no processo, que lhe é permitido, “com aquiescência do juiz e ouvido o Ministério Público”: a) propor meios de prova; b) requerer perguntas às testemunhas, fazendo-o depois do procurador; c) apresentar quesitos em perícia determinada pelo juiz ou requerida pelo Ministério Público; d) juntar documentos; e) arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público; f) participar do debate oral. Portanto, silencia acerca do direito do assistente oferecer alegações finais escritas.

Por sua vez, dispõe o artigo 428 do Código de Processo Penal Militar que o juiz-auditor, findo o prazo consagrado às derradeiras diligências, deve determinar ao escrivão a abertura de vista dos autos “para alegações finais escritas, sucessivamente, por oito dias, ao representante do Ministério Público e ao advogado do acusado”. Havendo assistente, “ser-lhe-á dada vista aos autos, ser o requerer, por cinco dias, imediatamente após as alegações apresentadas pelo representante do Ministério Público”.

Alguns, por compreensão demasiadamente estreita da norma processual, poderiam supor, em razão do exposto, que estaria vedado ao assistente do Ministério Público Militar oferecer alegações finais escritas. Quanto à abertura de vistas determinada pelo juiz na fase do artigo 428 do Código de Processo Penal Militar, tal procedimento teria unicamente por finalidade lhe proporcionar a oportunidade de examinar os autos visando à sustentação oral em plenário, não lhe cabendo, entretanto, aditar o arrazoado oferecido pelo órgão encarregado da acusação. Esta interpretação é, contudo, excessivamente literal, descurando da exegese sistemática e teleológica que deve nortear o intérprete.

Em primeiro lugar, considere-se que, se o objetivo do disposto no artigo 428 do Código de Processo Penal Militar, quanto à intervenção do assistente do Ministério Público, fosse

tão-somente proporcionar condições de examinar os autos do processo antes do julgamento decerto a abertura de vistas deveria ser feita *após as alegações finais da defesa* e não depois das razões ofertadas pelo Ministério Público Militar, haja vista que, desse modo, teria uma informação mais ampla acerca do conjunto das teses defendidas pelas partes. Obviamente não se estaria violando o princípio do contraditório, na medida em que o assistente não falaria nos autos, limitando-se a examiná-lo. Logo, se o Código determina a abertura de vistas ao assistente *logo após* o oferecimento de razões finais por parte do Ministério Público e *antes da defesa*, o faz porque pretende propiciar ao primeiro a oportunidade de se manifestar, aditando o pedido formulado pelo órgão ministerial no processo. Evidentemente, para preservar o contraditório, não poderia permitir ao assistente que o fizesse após o réu. Este é o conteúdo lógico emanado do artigo 428 do Código de Processo Penal Militar.

Por outro lado, desejasse a lei processual penal militar vedar ao assistente do Ministério Público aditar as suas alegações finais escritas, o teria determinado explicitamente, como ocorre com a proibição de oferecer recurso de apelação. Se não o fez, é porque não proibiu. De fato, enquanto o “caput” do artigo 65 do Código de Processo Penal Militar relaciona os poderes do assistente do Ministério Público Militar, o § 1º estabelece as atribuições que lhe são proibidas, dentre as quais: a) arrolar testemunhas, podendo, entretanto, requerer o depoimento das que forem referidas; b) requerer a expedição de carta precatória, carta rogatória ou diligência que retarde o curso do processo; c) impetrar recurso, exceto do despacho que indeferir o pedido de assistência.

Uma interpretação de cunho teleológico-histórico também nos permite chegar à mesma conclusão. A razão de ser da proibição da interposição de recurso de apelação pelo assistente do Ministério Público Militar explica-se com base no momento histórico vivenciado pelo País na segunda metade da década de sessenta. Na época, a proibição de apelar incluída no Código de Processo Penal Militar visava proteger os integrantes das Forças Armadas processados na Justiça Militar por crime cometido contra civis. Ao contrário do que ocorre no momento presente, o Ministério Público Militar, naquele contexto, possuía escassa autonomia na sua atuação. Caso a primeira instância decidisse pela absolvição do acusado militar, bastava o Ministério Público Militar não recorrer para a sentença transitar em julgado, sem reexame por parte do Superior Tribunal Militar, pois as “mãos do Assistente do Ministério Público estavam atadas” (Zaverucha, 2000:313-4). Evitava-se, assim, o envio do processo a um órgão cuja atuação mostrou-se mais liberal que a das Auditorias durante o transcurso do regime militar. Por tal razão, caso pretendesse proibir o assistente do Ministério Público Militar de oferecer alegações finais escritas, decerto o legislador teria explicitado tal decisão na norma processual penal, mas não o fez, razão pela qual remanesce íntegra a possibilidade.

Ademais, mesmo entendendo-se que a legislação processual penal militar é omissa acerca do problema em exame, ou seja, não parece permitir e nem tampouco proíbe expressamente o direito de apelação do assistente, o recurso à analogia colmataria tal lacuna, em benefício deste último. A respeito, o próprio artigo 3º do Código de Processo Penal Militar dispõe que, dentre os modos de suprimento dos casos omissos, é admissível a utilização da analogia.

A analogia, enquanto método de integração das lacunas da lei, consiste no “procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante” (Bobbio, 1989:151). Enquanto método ou técnica, a analogia é sumamente importante na medida em que, como ensinam os clássicos, “do silêncio do texto não se deduz a sua inaplicabilidade, nem tampouco a supremacia forçada do princípio oposto” (Maximiliano, 1991:243-4).

Examinando-se o disposto no artigo 271 do Código de Processo Penal comum, observa-se ser facultado ao assistente do Ministério Público aditar as razões finais por este ofereci-

das. Caso admitamos existir uma lacuna no Código de Processo Penal Militar, devemos aceitar que ela possa ser superada pela aplicação da regra do diploma processual comum, tendo em vista não existir qualquer distinção ontológica entre os papéis desempenhados pelo assistente do Ministério Público nos processos comum e militar. Ambos litigam na condição de parte, auxiliam o órgão ministerial e visam primordialmente à realização da justiça. Assim, admitindo-se que o Código de Processo Penal Militar deixou de dizer expressamente todos os poderes do assistente do Ministério Público – disse menos do que desejaria (*dixit minus quam voluit*) –, a única maneira de resgatar o verdadeiro sentido e alcance da norma é integrá-la através da analogia. É assim que procede a doutrina e os tribunais. Apenas como exemplo, a lição de Paulo Lúcio Nogueira no que concerne à possibilidade da interposição de recurso pelo assistente do Ministério Público no processo penal comum ante o silêncio da lei: “deve [o assistente] ter o direito recursal amplo, pois não se pode dar interpretação restrita e textual aos arts. 271, 577 e 584, § 2º do CPP, mas sim uma interpretação extensiva e interpretação analógica como corolários de uma interpretação lógica e justa” (1995:187).

Por fim, em favor do direito do assistente do Ministério Público Militar aditar as razões finais escritas do parquet, há o argumento de natureza constitucional, sem dúvida o mais importante, haja vista ser indispensável, no Estado de Direito, que as normas de cunho ordinário se subordinem aos princípios gerais do Direito, sobretudo os de natureza constitucional.

A Constituição da República elege o princípio do contraditório como um de seus princípios fundamentais de caráter processual, inclusive processual penal (artigo 5º inciso LV). Logo, o princípio do contraditório deve ser entendido como essencial à aplicação do direito processual. Logo, na interpretação do referido princípio, nenhuma norma infraconstitucional pode contrariá-lo. Em outras palavras, o princípio do contraditório é um “postulado que invade todo e qualquer processo, por força da suprema garantia constitucional”, de modo a assegurar a legitimidade dos julgados em relação aos seus destinatários (Dinamarco, 1990:126).

No dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o princípio do contraditório impõe a condução dialética do processo”, ou seja, “exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou se for o caso, as suas provas” (1990:68). Desde logo, não se deve confundir o princípio do contraditório com o da ampla defesa, apesar deste se encontrar englobado pelo primeiro. É que no processo penal o princípio do contraditório não vige apenas em favor do réu, mas também da acusação. Neste sentido, quando se diz que o contraditório se define pela igualdade entre as partes, isto significa que o vocábulo “parte” tanto é aplicável à parte acusadora quanto à parte acusada.

Relacionando o princípio do contraditório ao assistente do Ministério Público, manifesta-se a doutrina: “no conceito de parte integram-se, segundo a formulação de Liebmann, não só quem pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional (colocação de Chiovenda), mas todos os que atuam, no contraditório, perante o juiz”, esclarecendo ser parte “também o assistente” no processo penal (Greco, 1995:213). De fato, tanto o Código de Processo Penal comum quanto o Código de Processo Penal Militar atribuem ao assistente a condição de parte (CPPM, Título VI, Capítulo II, Seção II). Logo, assim como o Ministério Público Militar e o acusado, o assistente também é parte no processo penal, com os deveres e prerrogativas inerentes à sua condição. Assim sendo, deve o juiz assegurar ao assistente um contraditório efetivo e substancial, ou seja, a ele devem ser oferecidas as mesmas oportunidades concedidas ao Ministério Público Militar e ao réu, de modo a garantir a sua participação real e não apenas formal no processo.

O mero fato do assistente do Ministério Público ser considerado, doutrinariamente, parte contingente, adesiva ou adjunta, não implica admitir que a ele não se estende o princípio do contraditório. Ao acolher o princípio do contraditório, estabelecendo assim a igualdade entre

as partes, a Constituição da República não as distinguiu em momento algum, não as classificou em categorias com a finalidade de conceder vantagens processuais a uma e negá-las a outra. A distinção doutrinária existente entre parte principal e adesiva não foi formulada com o escopo de assegurar privilégios, mas apenas no intuito de afirmar no processo penal a essencialidade da presença do Ministério Público e da defesa. Nada mais. Daí explica-se por que a intervenção do assistente é facultativa, enquanto a do Ministério Público, obrigatória. O Ministério Público Militar tem o dever de oferecer alegações finais e participar dos debates orais, mas o assistente pode ou não fazê-lo, sem que tal procedimento dê causa à nulidade. O que a Constituição da República proíbe, mediante o princípio do contraditório, é que seja vedado ao assistente do Ministério Público Militar aditar as suas alegações finais escritas. A ele deve, necessariamente, abrir-se vistas para aditá-las se assim o desejar.

No processo penal militar, as partes, inclusive o assistente do Ministério Público, devem estar em equilíbrio, situação efetivada pelo tratamento rigorosamente igualitário a elas conferido. A respeito, esclarece a doutrina: “o contraditório há de ser equilibrado, combatendo os litigantes com paridade de armas; essa é a projeção processual do princípio constitucional da isonomia, que ilumina todo o procedimento mediante o qual se exterioriza a participação contraditória” (Dinamarco, 1990:190-1). É claro que uma efetividade total e perfeita do contraditório jamais vai ocorrer, até porque existem fatores de natureza extrajudicial que concorrem para que se produza uma assimetria entre as partes, como nos lembram Cappelletti e Garth (1988:15). Contudo, em nossa opinião, a “paridade de armas” não pode ser desprezada por meramente formal, na medida em que representa um ponto de partida indispensável à ampliação do acesso à justiça.

Assim, fundamentado no princípio do contraditório, verdadeiro princípio geral de direito processual constitucional, há de ser concedido ao assistente do Ministério Público Militar a oportunidade de aditar as razões finais do parquet, de modo a chamar a atenção dos julgadores para a prova produzida e para os argumentos que julgue essenciais ao deslinde da causa. Suprimir a possibilidade do assistente do Ministério Público Militar aditar as razões finais escritas produzidas pelo órgão ministerial equivale a contrariar as normas constitucionais que traduzem a garantia dos direitos individuais para privilegiar a defesa no processo de convencimento do juiz em detrimento da parte acusadora.

Opondo-se à tese ora apresentada, poder-se-ia argumentar no sentido de que, no processo penal militar, a “paridade das armas” entre as partes está assegurada pela possibilidade de participação irrestrita no “debate oral”. Ora, o “debate oral” possui natureza e função distinta das alegações finais escritas. Se assim não fosse, sua existência seria de todo inútil, configuraria mera repetição que poderia ser substituída por uma leitura bem feita dos arrazoados oferecidos pelo Ministério Público Militar e pela defesa. Porém, mesmo que o “debate oral” constituísse um mero reforço das alegações finais escritas, sem nada a acrescentar a elas, a exclusão do assistente constituiria um privilégio à defesa, um rompimento da igualdade entre as partes que caracteriza o contraditório, o que acarretaria um sério dano à própria atividade judicial. A respeito, nunca é demais invocar alguns dos maiores estudiosos do tema. Para Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, “contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como correto exercício da função jurisdicional”. Neste sentido, a observância do contraditório “representa um direito do próprio corpo social, interessa ao processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa” (1992:20).

4. Conclusões

O assistente do Ministério Público Militar possui o direito de aditar as alegações finais escritas oferecidas no prazo do artigo 428 do Código de Processo Penal Militar. Esta afirmação não se encontra alicerçada no texto literal da lei, haja vista a evidente insuficiência do método gramatical de interpretação no sentido de revelar o pleno sentido e alcance da norma. Portanto, a conclusão encontra-se fundamentada, em primeiro lugar, numa interpretação sistemática, considerando-se o disposto no artigo 65, § 1º, combinado com o artigo 428, da lei processual. Socorre, ainda, o entendimento que esposamos, o recurso à interpretação de caráter histórico, destinada a explicitar as razões de política legislativa que determinaram a proibição do assistente de interpor recurso de forma independente do Ministério Público Militar, ao mesmo em que lhe deixou, por outro lado, íntegras certas faculdades processuais. Além disso, ainda que se tratasse da hipótese da existência de uma lacuna na lei processual penal militar, o recurso à analogia nos permitiria alcançar a mesma conclusão. Por fim, o recurso a um princípio processual de índole constitucional de nosso sistema – o princípio do contraditório – demonstra a inconstitucionalidade de toda decisão judicial que venha a cercear o direito do assistente de aditar as razões finais do Ministério Público Militar.

A figura do assistente do Ministério Público Militar só pode ser corretamente compreendida a partir de uma concepção que considere o ofendido um cidadão em sentido integral. Excluí-lo de participar do processo em um de seus momentos mais importantes equivale a conceber a atividade jurisdicional como algo que se dá em favor da sociedade concebida num plano puramente abstrato, destacada da realidade social. Implica também considerar o Ministério Público como único e exclusivo ente encarregado da defesa dos direitos individuais. Tal perspectiva, logo se percebe, peca por sua natureza excessivamente estatista. Pelo contrário, faz-se indispensável, cada vez mais, incorporar a participação do conjunto dos cidadãos em todas as atividades desenvolvidas pelo Estado. Neste sentido, é indispensável garantir um progressivo acesso ao Judiciário por parte dos indivíduos que, atingidos em seus bens e interesses protegidos pela norma penal, desejem valer-se da lei para, juntamente com o Ministério Público Militar, concretizar a justiça. Esta compreensão do papel atribuído ao assistente do Ministério Público Militar, segundo acreditamos, é a que melhor se coaduna com as exigências do Estado democrático de Direito.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico, 1ª ed., São Paulo/Brasília, Polis/UNB, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant, Acesso à Justiça, Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- DINARMARCO, Cândido Rangel, A Instrumentalidade do Processo, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1990.
- GRECO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii, As Nulidades no Processo Penal, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992.
- MAXIMILIANO, Carlos, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio, Questões Processuais Penais Controvertidas, 4ª ed., São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995.
- TORNAGHI, Hélio, Curso de Processo Penal, vol. 1, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal Comentado, vol. 1, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- ZAVERUCHA, Jorge, A Justiça Militar no Estado de Pernambuco Pós-Regime Militar: Um Legado Autoritário in Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 301-329, São Paulo, Revista dos Tribunais, 8, 29, jan./mar., 2000.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO APÓS A CONFERÊNCIA MUNDIAL CONTRA O RACISMO EM DURBAN - ÁFRICA DO SUL

*Wilson Roberto Prudente**

Uma das características mais marcantes da alta modernidade é a busca de uma nova agenda para se enfrentar os desafios colocados diante da humanidade. Dentre os desafios da pós-modernidade merece destaque a construção de uma cultura da diversidade.

A modernidade a despeito de ter sido considerada um tempo de luz em contraste com a escuridão por que se caracterizou o período medieval, ela própria a modernidade tem alterado seus ciclos de luzes com a escuridão das trevas como podemos considerar o colonialismo, o tráfico de seres humanos, o holocausto e de uma forma geral o derramamento de sangue em razão da intolerância. Com o fim da guerra fria, a intolerância tornou-se a causa principal de destruição de vidas humanas no nosso planeta.

Na verdade, a agenda da modernidade tardia encontra-se já pautada pelo tema da tolerância e da construção de uma cultura da diversidade.

Um dos pontos altos da Conferência Mundial Contra o Racismo, A Discriminação Racial, A Xenofobia e Intolerância Correlata foi o reconhecimento da escravidão como crime de lesa-humanidade. Os crimes desta natureza são imprescritíveis, o que implica num dever moral de que venham a ser reparados os males causados pelo colonialismo.

O racismo é a um só tempo causa e consequência da escravidão colonial. Mas é preciso compreender que a globalização teve como um de seus efeitos a mundialização dos padrões de discriminação racial.

O racismo adquire características próprias na alta modernidade. A sociedade elege um modelo ideal de ser humano, que nos nossos dias corresponde a padrões bastante europeizados. O modelo ideal torna-se também, por razões óbvias, o modelo idealizado. Pode-se dizer sem medo de errar que este modelo ideal é a pessoa com traços longilíneos, alta, magra, em idade adolescente ou próxima da adolescência, com olhos claros, preferencialmente verdes ou azuis e cabelos alourados. A possibilidade que cada ser humano tem de ser aceito socialmente depende da escala de proximidade ou de distância que ele se encontra em relação a este modelo ideal.

* Wilson Roberto Prudente é Procurador do Trabalho. Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Integrante da Delegação Oficial do Brasil na Conferência Mundial Contra o Racismo, A Discriminação Racial, A Xenofobia e Intolerância Correlata, promovida pela ONU de 31 de agosto a 7 de setembro em Durban, na África do Sul.

Da perspectiva de uma cultura da diversidade, a contestação do racismo em nenhuma hipótese implica em contestação do modelo apresentado por ideal. O que se pretende é que haja uma multiplicidade de modelos, bem como de idealidades...

No caso brasileiro, poderíamos afirmar que o modelo europeu, hoje único e impositivo, poderia e deveria conviver em confortável diversidade com o modelo afro-descendente e afro-ameríndio.

A modernidade radicalizada caracteriza-se entre outras coisas por ser uma sociedade altamente competitiva, as oportunidades de sucesso não estão ao alcance de todos e a aparência física em proximidade com o modelo ideal passou a ser um fator determinante para a realização pessoal e inclusive para o sucesso profissional.

Um adolescente ou uma jovem afro-descendente chega a ter mesmo dificuldades para encontrar pessoas para namorar. Ocorre que o modelo ideal passa a ser também o modelo idealizado, inclusive em termos de simbologia sexual. O desejo do sucesso profissional e o desejo sexual pelo modelo tido por ideal são coisas que chegam a se confundir mesmo entre si. Isto decorre da publicidade, da propaganda e da difusão etnocêntrica do modelo ideal na mídia.

Há que se considerar ainda a fenomenologia sociopática do fetichismo da mercadoria. Em outras palavras, a constante associação entre os produtos mais desejados e o modelo ideal produzida pela publicidade é capaz de criar no consumidor a ilusão de que, com a mercadoria, ele adquire conjuntamente o modelo ideal enquanto simbologia sexual. Não é por acaso que a publicidade e a propaganda recorrem cada vez mais à sensualidade e mesmo ao erotismo, apresentando por símbolo sexual o modelo ideal. Exemplo bastante característico do que estamos a dizer é a cerveja apresentada como loira gelada. São as propagandas de automóveis luxuosos, quase sempre com uma loira no volante ou ao lado do motorista, são os cigarros apresentados por tragadas quase sempre sensuais do modelo tido por ideal.

Ao comprar um automóvel, no seu subconsciente o consumidor imagina estar comprando a possibilidade de ter a loira da propaganda no seu banco do carona.

A consequência deste fetichismo da mercadoria é a rejeição subconsciente de todas quantas são as pessoas que se afastam do modelo tido por ideal. O grau de rejeição se dá na medida da distância em que estas pessoas se encontram numa escala em relação ao modelo apresentado por ideal. A distância do modelo ideal, em razão deste fetichismo da mercadoria, chega a produzir mesmo o próprio sentimento de auto-rejeição, que é um dos piores sentimentos que podem ser experimentados por uma pessoa.

A sociopatia do modelo ideal possui uma dinâmica própria de auto-reprodução e de discriminação racial. Ou seja, na medida em que o modelo ideal está já presente no subconsciente dos consumidores como o modelo do sucesso e das coisas desejadas, o empresário quer que a sua empresa seja também a imagem do sucesso. Quando um empresário vai contratar um empregado que tenha alguma posição de relações públicas, ou digamos que tenha contado com o seu público consumidor, então ele contrata um empregado que tenha a maior proximidade possível com este modelo apresentado por ideal. O que estamos a dizer pode ser visualizado ao se entrar num restaurante luxuoso, ou as vezes nem tão luxuoso assim e não se encontrar um único garçom negro. Podemos dar ainda o exemplo das lojas de shopping center, onde às vezes não se vê uma vendedora ou um vendedor negro, e tantos outros exemplos que tenham o mesmo significado.

O que estamos a dizer é que a imposição de um modelo único de beleza é um fator gerador de discriminação. Uma sociedade verdadeiramente plural requer da mesma maneira uma pluralidade de modelos.

A imposição de um modelo único é também uma forma de autoritarismo. Eu diria, uma das piores formas de autoritarismo, porque impõe a prévia discriminação e exclusão de

tantos quantos não forem a expressão física deste modelo.

No caso brasileiro, a discriminação é ainda de maior amplitude e gravidade, uma vez que este modelo é a expressão de uma ínfima minoria de uma sociedade por demais miscigenada...

Um conceito pós-moderno de democracia terá que contemplar necessariamente uma diversidade de modelos de beleza... Não é possível haver inclusão social sem diversidade de modelos, uma vez que o fetichismo da mercadoria tende a ser uma realidade cada vez mais presente no nosso tempo...

A necessidade de diversificação dos modelos de beleza torna-se ainda mais acentuada, pelo fato de que a sociedade pós-moderna e informacional caracteriza-se também por ser um mundo de imagens... Nunca em outra época as pessoas passavam tanto tempo diante de uma tela, ou seja vendo imagens. A televisão e o computador transformaram a imagem em rainha de todos os signos...

A maior ou menor aceitação da imagem implica maior ou menor veiculação do modelo sexual de beleza. A sociedade de imagens é uma sociedade altamente sensualizada. A busca de imagens na televisão e no computador resulta também de uma procura e de um desejo constante de modelos de beleza sexual...

Ascensão social ou inclusão?...

No plano fenomenológico ascensão social e inclusão social possuem significados diversos, embora em alguns casos os dois fenômenos possam produzir os mesmos efeitos.

Pelo fenômeno da ascensão social, o indivíduo, na maioria das vezes por esforço próprio, termina por romper os obstáculos à sua mobilidade vertical no interior da pirâmide social. Ou seja, o indivíduo sai de baixo e vai para cima, ele sobe na vida como se costuma vulgarmente dizer.

No plano científico é importante observar que o fenômeno da ascensão social depende quase que exclusivamente de uma ação daquele indivíduo, ou de um fato a ele relativo. Ou em outras palavras, a ascensão social resulta de uma vontade do indivíduo e não da sociedade.

A inclusão social difere da ascensão por uma série de aspectos. Dentre eles está o fato de que a inclusão social geralmente diz respeito a grupos e não a indivíduos. Outro aspecto é que a inclusão social decorre em geral de uma vontade ou uma dinâmica da sociedade que possibilitam a inserção de determinado ou determinados grupos. Neste sentido é que costuma-se aludir a sociedade inclusiva. Ou seja, a inclusão resulta de um comportamento da própria ordem social e não de um esforço isolado do indivíduo, como ocorre na ascensão social.

A distinção é importante, uma vez que a problemática da discriminação racial requer soluções de medidas positivas para a superação das distâncias estatísticas entre negros e brancos na sociedade brasileira.

O papel do Ministério Público do Trabalho

Até a Conferência Mundial de Durban Contra o Racismo, a atuação do parquet trabalhista no combate à discriminação racial limitava-se quase que exclusivamente àquelas hipóteses de discriminação direta. A discriminação direta, além de configurar ilícito penal nos termos da Lei nº 7716/89, resulta também em ilícito trabalhista expresso nos termos da Lei nº 9029/95, bem como pelos ditames do Artigo 373-A da CLT.

A dificuldade da atuação ministerial na hipótese consiste em que no Brasil a discriminação direta não é mais a usual. No Brasil adota-se como prática cotidiana a discriminação indireta, onde o discriminado é excluído das oportunidades mas não se deixa expresso que seja

em razão de sua cor, descendência ou origem. A prova na discriminação indireta é às vezes quase impossível e por isso ela torna-se uma maneira por demais eficaz de exclusão social.

A discriminação indireta só pode ser combatida com programas de ação afirmativa, ou seja, com medidas de discriminação positiva. Discriminação positiva equivale a tratar-se desigualmente aqueles que se encontram em situação desigual. É uma espécie de teoria da compensação, consoante a qual uma desigualdade só pode ser combatida com outra desigualdade.

A Conferência Mundial Contra o Racismo em Durban teve o mérito de aprovar um projeto de declaração, bem como um projeto de programa de ação que em seu conjunto consagram uma política de diversidade e de ações positivas.

O Ministério Público do Trabalho tem a partir de Durban o desafio de exigir das empresas programas de diversidade no tocante ao seu pessoal. O Projeto de Declaração aprovado em Durban, bem como o Programa de Ação adotado por esta Conferência Mundial da ONU, são instrumentos normativos nos quais o *Parquet Laboral* pode desde logo se apoiar.

Por se tratar de uma declaração de Direitos Humanos, a Declaração de Durban incorpora-se ao ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com status constitucional por força do § 2º do Artigo 5º da Carta Política, que dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...*”

Ora, à luz do Artigo 3º, IV, da Carta Fundamental, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A Declaração de Durban é, como se pode ver, decorrente do Regime e dos Princípios adotados pela Constituição da República e nesta qualidade passa a integrar o próprio tecido constitucional.

A presença inclusive física e nos anais da ONU do Ministério Público do Trabalho em Durban gerou legítimas expectativas de que a Declaração de Durban e seu Programa de Ação serão aplicados no Brasil. Se assim não fosse, o Brasil continuaria a ser acusado de pregar a diversidade em Durban, mas de não praticá-la em sua própria casa.

ACCESS TO JUSTICE UNDER ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

*Mihai Selegea**

Summary: 1. Introduction. 2. Field of application of the right. 3. Content of the right of access to court. 4. Conclusion

The introductory part of this paper shows how did the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”) bring about, through its case-law, the right of access to justice starting from the wording of the article 6 of the European Convention on Human Rights (hereinafter referred to as “the Convention”), article which guarantees the right to a fair trial.

This first part is followed by a description of the field of application of the right so created by the Court, both from a material and an institutional point of view.

We shall turn then to the question of what is the content of the right of access to a judge, as it appears from the case-law of the Strasbourg organs.

1. Introduction

1. Article 6 of the Convention reads as follows:

“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgement shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or parts of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

* Mihai Selegea é Advogado. Master of Law pela Central European University (Budapeste), chefe do Escritório da Romênia perante a Corte Européia de Direitos Humanos.

3. *Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:*
 - a. *to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;*
 - b. *to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;*
 - c. *to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;*
 - d. *to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;*
 - e. *to have the free assistance of a translator if he cannot understand or speak the language used in court.”*

2. As it is apparent from the text of the article, the right of access to court does not range among the rights expressly guaranteed by the founders of the Convention. Its very existence was contested for a long time by the governments of the contracting states. In order to have recognised what today seems so obvious – that there cannot be a fair trial in the absence of trial – the court needed to use *an extensive interpretation* of article 6.

First of all, the Court stressed the importance of article 6 which consecrates through the right to a fair trial “*the fundamental principle of the pre-eminence of law*”¹. It is precisely because of the consideration of this special importance that the Court has underlined the necessity for an extensive interpretation of the text of the article:

*“In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair trial occupies a place so important, that a restrictive interpretation of art. 6 paragraph 1 would not correspond to the object and the purpose of this provision”*².

3. The best opportunity to put into practice these principles was a case against United Kingdom, the *Golder* case. The court showed that:

“Were Article 6 para. 1 (art. 6-1) to be understood as concerning exclusively the conduct of an action which had already been initiated before a court, a Contracting State could, without acting in breach of that text, do away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil actions and entrust it to organs dependent on the Government. Such assumptions, indissociable from a danger of arbitrary power, would have serious consequences which are repugnant to the aforementioned principles and which the Court cannot overlook (Lawless judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 52, and Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, pp. 14-15)”.

In the opinion of the Court, “*It would be inconceivable that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a*

¹ ECHR, Sunday Times decision of 26th April 1979, A series n° 30, p. 34, par. 55.

² ECHR, Decisions *Moreira de Azevedo vs. Portugal* of 23rd October 1990, series A n° 189, par. 66, *De Cuber vs. Belgium* of 26th Oct. 1984, A series, no. 86, p.16, par.30 ;*Delcourt* of 17th January 1970, A series, n° 11, p.14, par.25.

pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings”³.

2. Field of application of the right

4. Therefore, article 6 guarantees the right of every person to have access to court. However, this right of access is limited to the field of application of the right to a fair trial, that is to the civil actions referring to the rights and obligations with civil character and to the charges in criminal matters. Moreover, its content is not the same in the civil and the criminal field.

Thus, if in civil matters the content of the right of access to court does not rise many problems, a few clarifications need to be made with regard to the criminal matters. It has been shown that, through the provision of the first paragraph of article 6, no right is given to the victim of an offence either to initiate criminal proceedings against its author, or to request to the representatives of the Public Prosecutor Office to initiate the criminal investigation. At the same time, this provision cannot be interpreted as entitling the person charged with committing an offence to request the continuation of the proceedings until a decision is pronounced by a court organised in accordance with the requirements of article 6. The only thing required by this provision, in criminal matters, is that every time a finding is made regarding the guilt of a person, this finding be made by a court offering the guarantees of a fair trial.

5. Article 6 is not the only procedural guarantee of the Convention. There are two other guarantees of the same nature – article 13 and article 5 paragraph 4. Thus, it is worth determining the field of application of the right of access to court as compared to the other procedural provisions of the Convention.

From the interpretation of the Court’s and of the Commission’s case-law one can infer the relationships between these provisions and their concrete way of enforcement. Thus, as regards their scope, article 13 applies every time the infringement of a right acknowledged by the Convention is invoked. But, when such a right has a civil character, article 6 will apply, since it offers the largest guarantees. There is an exception to this rule, when the right to a speedy trial is put into question. In this case alone, the state authorities have to offer to the complainant a recourse complying with the requirements of article 13. Article 5 paragraph 4 is a special norm intervening only if the lawfulness of the preventive arrest is put into question.

These norms cannot be mistaken from the point of view of the procedural guarantees they provide for either. The largest rights are offered by article 6. Article 5 submits the complaints regarding the lawfulness of the preventive arrest to the examination of a judicial body presenting some of the features of the “court” mentioned in article 6. Finally, article 13 confines itself to a “national authority” without it being necessarily a judicial body.

3. Content of the right of access to court

6. From the case-law of the Strasbourg bodies it results that the right of access to court has two fundamental features: it must be an effective right, without, however, being an

³ ECHR, *Golder*, of 21 February 1975, series A, n° 18, p. 17-18;

absolute one. The meaning of the notion of effective right and the limitations to which it can be submitted will be presented in what follows.

3.1 – *The right of access to court - an effective right*

7. One cannot speak about an efficient right of access to justice if the court before which the case is brought does not enjoy *full jurisdiction*. The court must be competent to analyse both the facts and the law aspects of the case⁴.

8. In certain circumstances, the right of access to court may imply the foundation by the State of a *free legal aid system* in civil cases⁵ as well as in criminal ones⁶.

In *Airey*, the Court showed that to every person's right to have access to court it corresponds the obligation of the state to facilitate the access. The consequence of this is that, in order to comply with this requirement, states must not only refrain from interfering with the exercise of this right but they sometimes have to ensure true social and economical rights. In the above-mentioned case, the complainant was trying to obtain judicial separation from her husband, since in Ireland, at the time, divorce as the dissolution of the marriage did not exist. The only court competent to grant judicial separation was The High Court, but the complainant, as she was not in a financial position to meet herself the costs involved, was not able to find a solicitor willing to take her case. On the other hand, as it stems from the data the European Court was in possession of, in the last 5 years, due to the complexity of the proceedings and to the nature of the evidence involved, in all cases of judicial separation parties have been represented by a solicitor. All the above circumstances lead the Court to the conclusion that petitioning before the High Court without the benefit of legal representation does not offer chances of success, thus neither effective access to court: "*hindrance in fact can contravene the Convention just like a legal impediment*"⁷. As the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective, the state has an obligation of result to ensure effective access to court. In complying with this obligation the state is free to choose the means – for example, by simplifying the proceedings or by the institution of a free legal aid system – as long as the final result – effective access to court – is ensured. As in Ireland there was no legal aid system in place for civil matters, the European Court found a violation of article 6 par. 1 of the Convention.

9. The right to benefit from an effective access to court may imply - especially in the case of the persons deprived of their freedom – *the right to get in touch and to communicate confidentially with a lawyer* with a view to preparing a legal action⁸. To the extent that the access to a lawyer is unduly forbidden or limited, this may constitute a hindrance of fact of the access to court. Or, the Court accepts limitations to the contact between a detained person and his lawyer only in exceptional situations.

10. The effective access to court implies the *right to have access to all evidence*

⁴ ECHR, *Terra Woningen B.V. vs. Holland* of 17 December 1996, *Recueil 1996-IV*, vol. 25, par. 72;

⁵ ECHR, *Airey*, of 9 October 1979, A series n° 32, p. 14-15, par 26;

⁶ ECHR, *Kamasinski*, of 19 December 1989, A series n° 168, p. 33, par 65;

⁷ ECHR, *Airey*, of 9 October 1979, A series n° 32, p. 14, par 25;

⁸ ECHR, *Silver*, of 25 March 1983, A series n° 61, p. 32, par 82; ECHR, *Golder*, of 21 February 1975, A series n° 18, p. 19-20, par. 40; ECHR, *Campbell and Fell*, of 28 June 1984, A series n° 80, p. 45, par. 99;

gathered by the prosecutor⁹. In civil cases, under certain circumstances, the inadmission before a court of a decisive evidence or the impossibility of challenging such a piece of evidence already showed by the opponent party, can deprive the right of access to court of its content¹⁰. This problem is traditionally analysed through the viewpoint of article 6 paragraph 1 - equality of arms - or of article 6 paragraph 3 d) - the summoning and cross-examination of witnesses, but it can enter the discussion also through the viewpoint of the fundamental principle of the access to justice.

11. It has also been shown, that, although article 6 does not go as far as guaranteeing free access to justice, sometimes *the high costs of bringing proceedings* can hinder the exercise of this right. In this line of argument, a high stamp duty combined with a legal guaranty proportionate to the value of the object of the suit or with other costs disproportionate to the financial means of the claimant can have a chilling effect and rise questions under article 6 of the Convention.

12. Further on, *the complexity of the procedure* in conjunction with the ambiguities on the real nature of some administrative acts can constitute *de facto* obstacles to an effective access to justice, as it is apparent from the *De Geouffre de la Pradelle vs. France*¹¹ case. In this case, due to a controversy on the juridical nature of a certain administrative act affecting the property right of the petitioner, this one lost the deadline for bringing an action before justice, in order to challenge the aforementioned act. The Court showed that the claimant was entitled to expect to be notified about the adoption of the administrative decision, thus he was not supposed to follow the Official Journal for a couple of months to see whether the act has or hasn't been adopted. As a consequence, he is not responsible for not observing the deadline for bringing the action. Under the circumstances the European Court concluded there has been a violation of the right of access to a judge.

13. The *failure to put into practice a judicial decision* can, indirectly, leave without content the right of access to justice. Freedom to referring a case to the court becomes a vain formality if the competent authorities do not observe the decision of the court¹².

14. *The quality of the services provided by the ex officio lawyer* may, in its turn, raise a few questions regarding the access to justice. It is true that the State may not be held responsible for all the shortcomings of a defence made by the ex officio lawyer. However, by virtue of article 6 par. 3 c) of the Convention, the State must give "assistance" through an ex officio lawyer to the persons who cannot afford to hire one. Therefore, the mere appointment of a counsel for defence does not lead to the fulfilment of the obligation taken over by the State. This one must also watch the way the appointed lawyer fulfils its duties and to the extent that it is notified or the shortcomings of the services provided are obvious, the State must interfere and either appoint another lawyer, or oblige the one already appointed to fulfil its duties¹³.

⁹ ECHR, *Edwards vs. Great Britain*, of 16 December 1992, A series n° 247-B, p. 35, par. 36;

¹⁰ ECHR, *Feldbrugge*, of 29 May 1986, A series n° 99, p. 17-18, par 44;

¹¹ ECHR, *De Geouffre de la Pradelle*, of 16 December 1992, A series n° 253-B, p. 43, par 34;

¹² ECHR, *Hornsby*, of 19 Mach 1997, *Rec.* 1997-II, n° 33, p. 512, par. 45;

¹³ ECHR, *Artico*, of 13 May 1980, A series n° 37, p. 16, par. 33;

3.2 – Admitted limitations to the right of access to justice

15. In the *Golder vs. Great Britain* decision, the Court has shown that: “*the right (...) by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and place according to the needs and resources of the community and of the individuals*”¹⁴.

The limitations imposed this way must observe several *principles*. They must pursue a legitimate purpose and not to affect the substance itself of the law. Also, it is necessary to strike a fair balance between the aimed purpose and the means chosen¹⁵.

16. A first category of limitations is represented by *the prior authorisation for the notification of a court*. Such limitations have been considered in accordance with the Convention in the case of mentally ill persons¹⁶, in the case of persons proven to have abused of the right of access to court; in the case of minors¹⁷ or in bankruptcy proceedings. The authorisation must always come from a judicial body or from a magistrate and to be given in accordance with certain pre-existent objective criteria. The necessary authorisation for lodging an appeal may be in accordance with the Convention to the extent that the necessity of this limitation is proved and the motivation of the refusal is made in accordance with objective criteria.

17. *The procedural conditions of the action to justice* represent another type of accepted restrictions. The time limits for the various acts of proceedings, the status of limitation¹⁸ or the sanctions for their non-observance, the mandatory representation by a lawyer before the superior courts¹⁹ represent a few examples of accepted limitations. However, in a case against the Czech Republic, the Court estimated that a 6-month period for bringing requests in order to obtain the recovering of the goods confiscated during communism was too short to ensure effective access to justice. Indeed, for a person residing outside the Czech Republic it would have been highly difficult to gather in due time all the evidence necessary for a successful claim, evidence required by the domestic law.

18. The Strasbourg authorities also tolerate *measures aimed at limiting the number of abusive appeals*. As already shown above, both the authorisation to lodge an appeal as well as the authorisation to bring a case in the first place before a first instance court may, under certain circumstances, be in compliance with the requirements of fair trial. The same holds true for the fining of those who bring vexatious and hopeless cases.

19. *Klass vs. Germany*²⁰ shows a case of admitted *limitation brought for reasons of national security* to the right of access to court. The discussion concerned the German law regarding the tapping of the phone conversations of persons suspected of terrorist activities. According to this law, the person subjected to phone tapping was not notified of this and as a result was unable to submit the lawfulness of the measures to court scrutiny. However, in the opinion of the European Court, the right of access to court was not violated since the person

¹⁴ ECHR, *Golder vs. Great Britain*, of 21 February 1975, A series n° 18, p. 19, par. 38;

¹⁵ *idem*;

¹⁶ ECHR, *Ashingdane*, of 28 May 1985, A series n° 93, p. 25-26, par. 58-59;

¹⁷ ECHR, *Golder vs Great Britain*, of 21 February 1975, A series n° 18, p. 18, par. 37;

¹⁸ ECHR, *Stubbings and others vs. Great Britain* of 22 October 1996, *Rec. 1996-IV*, vol. 18, par. 72;

¹⁹ ECHR, *Gillow*, of 24 November 1986, A series n° 109, p. 27, par. 69;

²⁰ ECHR, *Klass*, of 22 September 1993, A series n° 269;

whose phone conversations were recorded was getting notified about the measure as soon as reasons pertaining to national security no longer called for the secret character of the measures.

Reasons pertaining to national security have also been invoked in the *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and others vs. Great Britain cases*²¹. The assessment of the existence of these reasons, made by an administrative body, was mandatory for the court. Since, following this decision, the court has been totally deprived of the possibility to analyse the facts which were at the basis of the administrative decision, the European Court has decided that there was no reasonable balance of proportionality between the purpose aimed at - the protection of the national security - and the interference with the right of access to court.

20. It has also been decided that *the obligation* made for persons having identical situations and claiming same interests *to bring a case together* through one representative is a reasonable restriction aimed at saving time and financial resources²². However the ruling of the European Court could have been different if this restriction hadn't been followed by sufficient guarantees to ensure adequate representation.

21. *The right of access to court* can be *waved*, for example through the conclusion of an arbitration clause. However, in order for the waiving to be in compliance with the requirements of a fair trial, it has to be the result of a free choice and the arbitration court should observe at least some of the guarantees showed in article 6 of the Convention²³.

22. *The withdrawal of the legal capacity* can raise some questions under article 6 of the Convention, if it is not followed by sufficient procedural guarantees or if it is arbitrary. This principle stems from the ruling of the European Court in *The Catholic Church of Canea vs. Greece*²⁴ case.

23. Finally, the granting of the *jurisdictional immunity* to certain categories of persons²⁵ or to certain international organisations²⁶ is not a limitation incompatible in itself with the provisions of article 6. However, a reasonably proportionate balance must be ensured: the existence of a strong public interest to justify the granting of the immunity is necessary and, on the other hand, this immunity should not be total. For instance, it would be very difficult to justify a parliamentary immunity extending to all the acts of criminal nature and not only to the statements with political character made as a member of the Parliament.

4. Conclusion

24. The European Convention ensures two kinds of guarantees: the material rights, on the one hand, and the rights of procedural nature meant to give efficiency to the former, on the other hand. Article 6 is such a provision, its role being mainly to show how a trial should take place in the case of the civil action referring to the rights with a civil character and to the

²¹ ECHR, *Tinnelly & Sons Ltd and others and McElduff and others vs. Great Britain*, of 10 July 1998, Recueil 1998-IV, vol. 79, par. 72;

²² ECHR, *Lithgow*, of 8 July 1986, A series n° 102, p. 71, par 195-196;

²³ European Commission of Human Rights, *Bramelid and Malmstrom*, report of 12 December 1983, D.R. n° 38, p. 18;

²⁴ ECHR, *The Catholic Church of Canea vs. Greece*, of 16 December 1997, A series n° 299-A, par 72;

²⁵ ECHR, decision of 6 February 1969, complaint no. 3374/67, *Reports* n° 29, p. 29;

²⁶ ECHR, *Wait and Kennedy vs. Germany, Beer and Regan vs. Germany* of 18 February 1999, A series n° 115, par. 56;

charges in criminal matters. The problem has though been aroused if article 6 does not somehow provide for a material right as well, namely the right of access to court. The Court has answered this question in the *Golder vs. United Kingdom* case. However, the Court didn't stop here. Recognising the existence of the right was just the first step. Using the principle common to its whole jurisprudence, according to which the convention does not guarantee rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective, it has created a very complex content to this right, content that cannot be guessed by the mere reading of the wording of article 6 of the Convention.

LANÇAMENTO DE LIVROS DE INTEGRANTES DO MPU

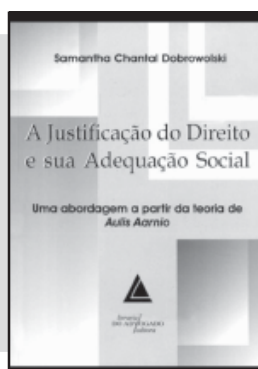


PROCESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Editora Renovar, 2002

André de Carvalho Ramos – Procurador da República
(Ministério Público Federal)

O autor analisa os sistemas de apuração de violação de direitos humanos no Direito Internacional (sistema universal, interamericano e europeu), bem como a implementação dessas decisões no Direito Brasileiro, sendo citada extensa jurisprudência das instâncias internacionais de direitos humanos.

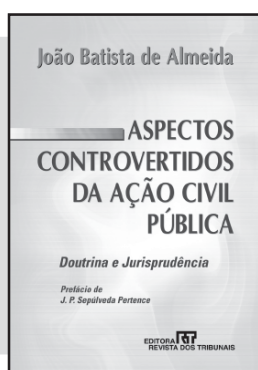


A JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO E SUA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Editora Livraria dos Advogados, 2002

Samantha Chantal Dobrowolski – Procuradora da República
(Ministério Público Federal)

A obra trata da teoria do Direito do jurista Aulis Aarnio, que tem contribuído para uma nova teoria do Direito e do raciocínio jurídico, autor extremamente importante que merecia há mais tempo análise sobre o seu pensamento no Brasil.



ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Editora Revista dos Tribunais, 2001

João Batista de Almeida – Subprocurador-Geral da República
(Ministério Público Federal)

O autor traçou um panorama completo das polêmicas doutrinárias e da jurisprudência consolidada ou vacilante sobre o tema. Abordou assuntos relevantes da tutela coletiva e da ação civil pública e destacou questões de natureza controvertida.