

ANO I - NÚMERO 5 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

**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: FÁTIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI – 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:** MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora 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; **Conselheiro e Coordenador Interino:** PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – *e-mail:* pericles@mpm.gov.br.



ANO I – NÚMERO 5 – OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

ANO I – NÚMERO 5 – OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

ANO I – NÚMERO 5 – OUTUBRO/DEZEMBRO 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.**

Secretária Editorial: Arlete Previtalli.

Diagramação, fotolitos e impressão:

Editora Raiz da Terra Ltda.

editraiz@terra.com.br - (11) 3207-8561

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 5, out./dez., 2002

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1
20.ed.

APRESENTAÇÃO

No objetivo de estimular a reflexão e a pesquisa, apresentamos mais um número do *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Como sempre, a dedicação do Conselho Editorial, dos colaboradores e de todos os servidores, envolvidos na sua elaboração, foram decisivos.

Os temas abordados demonstram a importância deste novo espaço de divulgação de estudos, que abrange os mais diversos campos de atuação institucional do Ministério Público da União. De início, citem-se os artigos referentes à análise do Princípio da Independência Funcional e seu reflexo na organização do Ministério Público. Após, cumpre mencionar os excepcionais estudos sobre direitos humanos, concretizados em artigos sobre renda mínima e no artigo referente ao direito de resposta coletivo. No campo do Direito Penal, há importante estudo sobre o crime militar culposo.

Por outro lado, cabe lembrar que o Boletim Científico está aberto a contribuições externas ao Ministério Público da União, como característica de uma publicação voltada à reflexão e troca de idéias. Assim, este número traz rigorosos estudos de professores brasileiros e estrangeiros sobre temas como desigualdade jurídica e os povos indígenas, favelados e sem-terras, a resolução de conflitos no âmbito da criminologia, bem como a aplicação do Direito Humanitário Internacional.

Desse modo, com contribuições de relevo, nos mais diversos domínios jurídicos, de autores nacionais e estrangeiros, atinge este Boletim Científico seu objetivo inicial de ser receptor e indutor de um pensamento e de um olhar crítico da atuação do Ministério Público da União.

Boa leitura a todos.

Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral da República
Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União



COLABORADORES

Agostinho Eduardo dos Santos – Magistrado do Ministério Público Militar da República de Angola. Licenciado em Direito pela Universidade Internacional de Lisboa.

Anderson Pereira de Andrade – Promotor de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude no Distrito Federal.

André Terrigno Barbeitas – Procurador regional da República. Mestre em Direito Público pela UERJ.

Andrés Botero Bernal – Advogado e professor de Filosofia do Direito e Direito Internacional Público da Universidade de San Buenaventura Seccional Medellín.

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

Edmar Jorge de Almeida – Vice-procurador geral da Justiça Militar.

Eduardo Varandas Araruna – Procurador do Trabalho e professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário de João de Pessoa.

José Reinaldo de Lima Lopes – Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Rogério Rodriguez Fernandez Filho – Mestre em Direito do Trabalho pela USP e doutorando pela Universidade de Salamanca.

Sergio Gardenghi Suiama – Procurador da República no Estado de São Paulo e professor de Direito Processual Penal na Universidade Bandeirante de São Paulo.

“Errata. Diferentemente do que foi publicado originalmente, informamos que as co-autoras Juliana Vieira Ávila Chagas, Maria Cristina Viana e Vera Lúcia Abadia Gomes do artigo ‘Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação’ (Boletim Científico nº 2) são Promotoras de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.”

SUMÁRIO

I Artigos

Aplicação de medidas socioeducativas privativas de liberdade e direitos fundamentais

Anderson Pereira de Andrade 9

A prevenção de atribuição como expressão do princípio da unidade de atuação do Ministério Público

André Terrigno Barbeitas 21

A renda mínima como direito no plano interno e internacional

Duciran Van Marsen Farena 27

Do crime militar culposo

Edmar Jorge de Almeida 47

A ação civil pública e a Justiça do Trabalho: conservadorismo judiciário vs efetividade da Jurisdição

Eduardo Varandas Araruna 59

Desigualdades jurídicas – povos indígenas, favelados e sem-terras

José Reinaldo de Lima Lopes 69

A independência funcional e o princípio da unidade

Rogério Rodriguez Fernandez Filho 89

A voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social

Sergio Gardenghi Suiama 107

II Doutrina Internacional

O papel da Procuradoria Militar na fiscalização da aplicação do Direito Humanitário Internacional

Agostinho Eduardo dos Santos 121

La resolución de conflictos en el ámbito de la criminología

Andrés Botero Bernal 125

III Lançamento de livros de integrantes do MPU 139

APLICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Anderson Pereira de Andrade**

Sumário: 1. Introdução. 2. Medidas socioeducativas privativas de liberdade. Princípios de regência. 3. Medidas socioeducativas privativas de liberdade. Devido processo legal. 4. Internação cautelar. 5. Internação por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. A internação-sanção. 6. Substituição de medidas. A regressão. 7. A Súmula 265 do STJ. 8. Conclusões

1. Introdução

O presente estudo pretende analisar o procedimento de apuração de ato infracional atribuído ao adolescente, especificamente nos casos de aplicação das medidas socioeducativas privativas de liberdade previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. O objetivo é refletir sobre o tratamento dado atualmente à questão e propor algumas fórmulas que possam contribuir para aperfeiçoar a aplicação dos institutos abordados e minorar os problemas verificados. O ponto de partida são os direitos fundamentais garantidos no art. 5º da Constituição Federal (CF), os dispositivos da Carta Fundamental que tratam da responsabilização de adolescentes pelo cometimento de ato infracional (arts. 227, § 3º, IV e V, e 228), o art. 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (CDC) e, especialmente, as normas referentes à matéria constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O enfoque será processual; portanto, valer-nos-emos do socorro aos princípios de regência da matéria, para chegar a fórmulas que ensejem um tratamento responsabilizador do adolescente e ao mesmo tempo garantam seus direitos fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a Constituição Federal, afastou a imputabilidade penal do menor de 18 anos, estabelecendo em seu lugar uma responsabilidade socioeducativa – portanto não-penal – para este. Não será objeto deste artigo a análise dogmática do instituto da culpabilidade e sua possível atribuição aos maiores de 16 anos, visto estar sedimentada na Constituição, art. 228, a inimputabilidade do menor de 18 anos. Cremos firmemente que este dispositivo não pode ser impugnado, a par de outras razões políticas, criminológicas e sociais, porque configura uma *cláusula pétrea* da Lei Fundamental¹. Em todo o caso, apesar de não poder ser penalmente responsabilizado, o adolescente o é estatutariamente,

* Anderson Pereira de Andrade é promotor de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude no Distrito Federal.

¹ Sobre o tema pode-se consultar a excelente monografia de MILHOMENS S. CORRÊA, Márcia. *Caráter fundamental da inimputabilidade na Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

e de forma severa. Não se pode negar a carga de reprovabilidade à conduta do adolescente, contida na condenação a medidas privativas de liberdade e o caráter de prevenção geral (intimidação por meio do exemplo) que possuem estas, especialmente nas condições em que geralmente são executadas Brasil afora.

As medidas socioeducativas privativas de liberdade buscam a reeducação e a reinserção social do jovem, têm duração limitada mas, também, são aplicadas para a proteção da sociedade contra a violência demonstrada por alguns adolescentes². Dessa forma, não se pode negar ao adolescente, especialmente em relação a essas medidas, todas as salvaguardas processuais, para que as restrições ao seu direito fundamental à liberdade se façam em um cenário onde imperem as garantias fundamentais. Indubitavelmente, as garantias do cidadão ameaçado de restrição ao seu direito à liberdade são dadas pela Constituição Federal e ademais, no caso dos adolescentes, pelas disposições do ECA, de maneira que qualquer análise sobre a privação de liberdade do adolescente deverá se fazer sob essa dupla perspectiva.

2. Medidas socioeducativas privativas de liberdade. Princípios de regência

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece duas medidas privativas de liberdade: *semiliberdade* e *internação*. De acordo com o art. 227, § 3º, V, da Constituição e o art. 121 do Estatuto, a internação – e por extensão a semiliberdade, por ser também uma medida privativa de liberdade³ – está sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O primeiro princípio traduz a convicção que permeia toda a Lei no sentido de que as medidas privativas de liberdade aplicadas aos adolescentes devem ser limitadas (período máximo de três anos), visto que os efeitos sobrevindos a qualquer privação de liberdade, comprovados pela Criminologia, são seguramente mais daninhos aos adolescentes⁴. O segundo princípio estabelece a privação da liberdade juvenil como exceção ao regime das medidas socioeducativas. O art. 122 do ECA regula tal excepcionalidade, elencando as hipóteses *numerus clausus* em que uma medida de internação pode ser aplicada: 1) ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência; 2) reiteração no cometimento de outras infrações graves; 3) descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. O último princípio, concernente à condição peculiar do adolescente, representa um limite ontológico a ser considerado não só

² O próprio Estatuto, como analisaremos adiante, prevê a manutenção da internação do adolescente provisoriamente para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública (art. 174).

³ Dispõe o art. 120, § 2º, do ECA, que trata *Do regime de semiliberdade*: “A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.”

⁴ Neste sentido, a afirmação de FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995, p. 271: “*Una rica literatura, corroborada por una secular y dolorosa experiencia, ha mostrado en efecto que no existen penas correctoras o terapéuticas y que la cárcel, en particular, es un lugar criminógeno de educación e incitación al delito. Represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por consiguiente lo menos desocializadora y deseducadora posible*”.

na decisão, mas, principalmente, na implementação, na execução da medida⁵.

A internação (e também a semiliberdade) é a resposta concebida pelo ECA a uma maior inadaptação ou periculosidade do adolescente, que no caso concreto é verificada, entre outras circunstâncias pessoais de cunho psicológico e socioeconômico, pela grave ameaça ou violência a pessoa por ele cometidas. Essas circunstâncias do ato infracional fazem com que a reação estatal seja mais severa, e demande maior atenção do poder público para os labores de ressocialização do jovem infrator. Ademais, acarreta obrigações irremediáveis para o Estado, entre outras, a de um eficaz planejamento da execução da sentença socioeducativa privativa de liberdade e uma idônea gestão dos centros de internamento. Porém, esses são aspectos materiais do processo de responsabilização do adolescente infrator, dos quais não trataremos neste momento. Voltemos ao processo.

3. Medidas socioeducativas privativas de liberdade. Devido processo legal

Para chegar-se à execução da medida privativa de liberdade – concretizadora da pretensão socioeducativa estatal prevista no ECA – nos casos em que se requeira tal intervenção, há que se respeitar criteriosamente os direitos e as garantias elencados nos arts. 106 a 111 desse diploma. Estes, detalhados pela Lei, em sua maioria são os direitos e garantias fundamentais já inscritos na Constituição Federal, referentes ao devido processo legal, e portanto vigentes para todos os cidadãos, com independência da idade que possuam. O respeito a tais garantias, também recolhidas nas declarações internacionais de Direitos Humanos firmadas pelo Brasil, especialmente na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, não pode ser obnubilado pelo caráter socioeducativo do ECA. Nada justifica, muito menos uma pretensa “proteção” ao adolescente, como veremos, uma graduação na aplicação dessas garantias, seja pela natureza do processo, seja pelo sujeito das medidas. São os direitos fundamentais processuais aplicáveis sempre, em todas as circunstâncias, a todos os adolescentes. A aplicação desses direitos e garantias se impõe pela possibilidade de intervenção estatal no *status libertatis* do adolescente, durante ou ao cabo do processo (CF, art. 5º, LVII; CDC, art. 40, b, III; ECA, art. 110).

Ainda acerca das particularidades processuais estatutárias, é importante sublinhar o disposto no art. 114, que afirma ser necessária a “existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração”, para a imposição das medidas socioeducativas, ressalvada a hipótese de remissão e a medida de advertência. Ora, tanto a internação quanto a semiliberdade estão excluídas do elenco de medidas que pode acordar o MP previamente com o adolescente, para a concessão da remissão e desistência do processo (art. 127). Tudo isso indica que só deverão ser aplicadas medidas socioeducativas de internação e semiliberdade após devida apuração da responsabilidade do menor (autoria e materialidade do ato infracional), não devendo pairar qualquer dúvida sobre a existência do fato e a autoria ou a participação do adolescente em sua comissão.

⁵ CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Fernando; GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 375.

4. Internação cautelar

4. 1. Fundamentação

Dispõe o ECA sobre a internação antes da sentença em seu art. 108. Essa localização, no Capítulo II, do Título III, *Dos direitos individuais* do adolescente, não condiz com a melhor técnica legislativa, pois na verdade trata-se de medida cautelar e, como tal, deveria estar inserida no capítulo referente ao procedimento de apuração do ato infracional atribuído ao adolescente (Seção V, Capítulo III, do Título IV). Estabelece o art. 108 do ECA: “A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida”. Assim, devem estar presentes os dois requisitos exigidos para a concessão de qualquer medida cautelar: o *fumus boni iuris* (presença de indícios da comissão de um ato infracional e de sua autoria) e o *periculum in mora* (risco de fuga ou obstrução da Justiça por parte do adolescente ou manutenção da ordem pública), caso contrário a internação será ilegal.

Além disso, deve estar demonstrada na decisão de internação, por intermédio de uma argumentação fundamentada e exaustiva, a necessidade imperiosa da medida, além da inexistência de outra medida mais adequada (ECA, art. 122, § 2º). Da análise do artigo da internação provisória do adolescente depreende-se sua semelhança com a prisão preventiva do adulto. Aqui, como em todo o procedimento de apuração de ato infracional, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas no Código de Processo Penal (art. 152 do ECA). Daí pode-se extrair uma *regra de ouro* a ser seguida por todos operadores jurídicos: nunca se deve internar provisoriamente um adolescente quando, nas mesmas circunstâncias, não houver motivos para prender preventivamente o adulto⁶.

Deve ser considerado conjuntamente com o art. 108, para fins de internação cautelar, o art. 174 do ECA, que trata do procedimento a ser seguido na delegacia de polícia quando da apreensão do adolescente. Afirma esse dispositivo que, comparecendo qualquer dos pais ou responsáveis, o adolescente apreendido será liberado pela autoridade policial, sob termo de responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, exceto quando, diz o artigo: “pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permane-

⁶ Há inúmeras decisões do STJ assegurando que seria contraditório admitir-se que o adolescente possa receber tratamento mais rigoroso que um adulto (vide HC 8.868-SP, HC 10.216-SP e RHC 9.287-SP, entre outros). Uma tendência muito forte desse Tribunal é reconhecer-se às medidas socioeducativas a prescrição, veja-se o seguinte acórdão: “RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. 1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há por que aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores. 4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do ato infracional” (RE 171.080-MS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, 21.2.2002).

cer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”⁷.

Ato infracional grave é aquele cuja pena prevista no Código Penal é de reclusão⁸. Quanto à manutenção da ordem pública como ensejadora da internação cautelar, entendemos justificada, na medida em que há, efetivamente, adolescentes que demonstram periculosidade, cujas ações causam clamor público e por isso não devem ser devolvidos imediatamente à comunidade, após o cometimento de um ato infracional grave. Com referência à internação provisória do adolescente para garantia de sua segurança pessoal, temos dúvidas quanto a sua constitucionalidade. Se houvesse previsão legal para o acautelamento do adolescente em situação de insegurança pessoal em abrigos, famílias substitutas etc., poderíamos assentir que a aplicação da medida cautelar serviria para garantia de sua segurança. Porém, à vista de nossas unidades de internação, a privação de liberdade constitui-se intromissão estatal na esfera de liberdade do indivíduo que, ademais de não lhe proteger devidamente, pode prejudicar-lhe seriamente. Se há necessidade de garantir a segurança pessoal do adolescente, que se lhe envie a uma entidade de abrigo e não a uma de internação, pois esta nunca se apresentará mais adequada (ECA, art. 122, § 3.º) que o envio ao abrigo.

4.2. Duração da medida e direito fundamental à assistência judiciária

Outros aspectos podem ser destacados em relação à medida cautelar de internação, desafortunadamente, aspectos que indicam o descumprimento não só do *espírito* do Estatuto, como também de dispositivos cogentes nele estabelecidos. Assim é que o art. 123, parágrafo único, estabelece que “durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas”, o que, sabemos, não ocorre na maioria das unidades da Federação, inclusive no Distrito Federal. Estão os adolescentes internados provisoriamente desprovidos de qualquer atenção estatal no sentido de possibilitar uma intervenção socioeducativa de curta duração. Além disso, observa-se que a quase-totalidade dos adolescentes permanecem internados os 45 dias previstos, o que pode ser atribuído a um certo “comodismo” dos operadores jurídicos que, à vista do prazo peremptório do art. 183 do ECA (exíguo em comparação com os dispositivos análogos do CPP), se conformam em manter o adolescente internado até esgotar-

⁷ Há que se ter muito cuidado para não se dar ao adolescente um tratamento socioeducativo (“penal”), quando o que sua situação demanda é um tratamento “civil”: amparo do Estado, na falta da família. Assim, equivocadamente o escólio de DONIZETI LIBERATI, Wilson (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 158), quando afirma: “Se os pais ou responsável forem intimados a comparecer à repartição policial mas não manifestarem qualquer interesse pela conduta ou destino do adolescente, a medida de internação provisória é o caminho mais correto para a solução do impasse”. Contrariamente ao afirmado, nesses casos de ausência ou negligência dos pais, quando não for o caso de internação cautelar do adolescente, é de aplicar-se-lhe a medida do inciso VII do art. 101 do ECA, de abrigo em entidade, pública ou privada, que providenciará o necessário amparo ao adolescente e o contato com a sua família.

⁸ Confronte NORBERTO MARÇURA, Jurandir (Art. 174. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Fernando; GARCÍA MÉNDEZ, Emílio (Coords.). *Estatuto da Criança...*, cit. p. 489), com o qual nos pomos de acordo: “Considerando que o legislador valeu-se dos conceitos de crime e contravenção penal para definir o ato infracional (art. 103), devemos buscar na lei penal o balizamento necessário para a conceituação de ato infracional grave. Nela, os crimes graves são apenados com reclusão; os crimes leves e as contravenções penais, com detenção, prisão simples e/ou multa. Por conseguinte, entende-se por grave o ato infracional a que a lei penal comina pena de reclusão.”

se o prazo, muitas vezes desnecessariamente, pois o ingresso e a permanência por poucos dias na instituição já se prestaria à tarefa de imposição de limites à conduta anti-social do jovem. Pior ainda são os exemplos, infelizmente comuns, de permanência de adolescentes recolhidos em centros de internação além do prazo legal. Neste último caso, o STJ se pronunciou recentemente, a partir de provocação da d. Defensoria Pública da Infância e da Juventude no DF, afastando a ilegalidade⁹.

Porém, tão ou mais grave que descumprir o prazo peremptório de internação cautelar é tomar-se essa decisão – mandando o adolescente para nossas instituições socioeducativas (*rectius* presídios juvenis) – sem conferir-lhe o direito de dispor de defesa técnica por advogado, como previsto no inciso LV do art. 5º da CF, no art. 40.2, b, III, da CDC e no art. 111, III, do ECA¹⁰. Esse problema tem relação com outro ainda maior, que não trataremos neste momento, qual seja o da falta de assistência jurídica efetiva ao adolescente por ocasião da oitiva informal realizada pelo MP, momento crucial do processo infracional, quando se tomam decisões importantes, que vão repercutir até o final da intervenção judicial. Admitimos como constitucional a previsão legal do promotor de justiça conceder (melhor seria se a Lei dissesse: acordar) a remissão, combinada ou não com aplicação de medida socioeducativa, durante a oitiva informal do art. 179, ou depois desta, quando se posterga a aplicação do art. 180. O que afirmamos é que para que sejam preservados os direitos do adolescente nesse acordo faz-se necessária a presença do advogado¹¹. Para o adolescente, mais importante que aceitar uma medida socioeducativa não-privativa de liberdade ofertada pelo MP, pode ser provar não ser ele o autor do ato infracional: a presunção de inocência. Esse princípio constitucional é intocável e deve ser respeitado também no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude.

⁹ O RHC 12.010-DF, de 18.3.2002, Rel. Min. Edson Vidigal, foi assim ementado: “A aplicação da Súmula 52/STJ mostra-se incompatível com os princípios fundamentais do ECA de excepcionalidade, brevidade e observância da condição peculiar do menor de pessoa em desenvolvimento (art. 121), devendo prevalecer o respeito ao prazo máximo de internação provisória expressamente previsto de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 108).

¹⁰ Também o art. 18.A, inserido no Capítulo III, *Menores detidos ou em prisão provisória*, das Regras da ONU para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade (adotadas pela Assembleia Geral na sua Resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990), dispõe: “Os jovens terão direito à assistência jurídica e poderão solicitar assistência judiciária gratuita, quando existente, e comunicar-se regularmente com seus assessores jurídicos. Deverá respeitar-se o caráter privado e confidencial dessas comunicações.”

¹¹ Posição contrária à nossa pode ser cotejada em MOTHÉ FERNANDES, Márcio (*Ação sócio-educativa pública*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1998, p. 35): “Convém ressaltar que a oitiva informal do adolescente consiste em ato privativo do Ministério Público, sem a intervenção do patrono do adolescente. Nesta fase, não existe processo propriamente dito, podendo o promotor de justiça até mesmo conceder remissão ao infrator e conseqüente exclusão do processo, tornando, assim, desnecessária a participação do defensor.” Também COSTA SARAIVA, João B. (*Adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74): “Tal providência (nomeação de defensor) não foi prevista quando da fase ministerial (oitivas informais e eventual concessão de remissão), porquanto, ali, ainda não se evidenciava a existência da lide socioeducativa. Poderia, naquela fase, o promotor de justiça optar pelo arquivamento e pela remissão como forma de exclusão do processo, administrativamente solucionando a aparente controvérsia, inexistindo, então, qualquer acusação ou litígio, condições para a incidência da regra do art. 5º, LV, ou mesmo da norma do art. 227, § 3º, IV, ambos da CF.” Discordamos dos referidos autores por saber que muitas vezes medidas socioeducativas aplicadas a partir de remissões concedidas pelo MP ensejam a aplicação pelos juízes e Tribunais de internação-sanção ou até mesmo de regressão de medida, o que, definitivamente, macula o devido processo legal e a ampla defesa (confrontar, esposando nosso entendimento, AMÉRICO FRASSETO, Flávio. Ato infracional, medida socioeducativa e processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 9, jan./mar. 2001, p. 184, que transcreve vários acórdãos de HC em que o TJSP negou a possibilidade de aplicação de internação-sanção a partir de medida socioeducativa aplicada em sede de remissão).

Por ocasião da decisão sobre a internação provisória também é indispensável a defesa técnica, já que o que está em jogo é a mais drástica restrição a um direito fundamental: a privação da liberdade. O que queremos enfatizar aqui é a importância da garantia dos direitos fundamentais do adolescente no estabelecimento de medidas jurisdicionais provisórias coativas, como rezam os arts. 106 e seguintes do ECA. Assim, de acordo com a aspiração do Estatuto de conferir subjetividade plena ao adolescente, tampouco deveria poder o magistrado decretar sua internação sem ouvi-lo, pois tal prática fere os princípios da ampla defesa e do contraditório¹². E fere de gravidade, quando se sabe que, na esmagadora maioria das vezes, o MP requer o internamento após ouvir o adolescente trazido da delegacia, sem que este possa dispor do defensor constitucionalmente garantido. O juiz nesse caso, se ouvisse o adolescente assistido por advogado, cristalizaria a intervenção do terceiro imparcial na tomada da decisão privativa de liberdade (juiz de garantia), pois o MP pode agir para a proteção do adolescente (e o faz na maioria das vezes), mas também pode fazê-lo para a manutenção da ordem pública e particularmente neste caso age como persecutor e não como defensor do adolescente¹³.

5. Internação por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. A internação-sanção

Este é um dos temas que mais margem têm dado ao desrespeito dos direitos fundamentais processuais do adolescente, gerando inclusive decisões judiciais completamente dissociadas da letra do ECA. O Estatuto prevê, como se sabe, um tipo de internação, também chamado pela doutrina e pela jurisprudência de internação-sanção, “por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta” (art. 122, III)¹⁴. Este é o único caso, além da internação provisória, de internação por tempo determinado: no máximo três meses, de acordo com o § 1º do art. 122.

Em primeiro lugar, cabe anotar que a internação-sanção só pode ser aplicada naqueles processos em que foi assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório ao adolescente, enfim, o devido processo legal. Em nenhuma hipótese poder-se-ia aplicar esse tipo de internação por descumprimento de uma medida de liberdade assistida, por exemplo, que tenha sido acordada em remissão concedida pelo MP, porque aí não houve processo, não houve contraditório, nem prova da autoria e materialidade do ato infracional e, portanto, não se pode, com base no descumprimento daquela sentença homologatória de remissão, restringir um direito fundamen-

¹² Dispõe o art. 111, inciso V, do ECA: “Art. 111. São assegurados ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: [...]V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente”.

¹³ Neste sentido a observação de BELOFF, Maria. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, María (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá/Buenos Aires: Editorial Temis/Ediciones Depalma, 1998, p. 106: “En cuanto a los actores procesales, la circunstancia de contar con un ministerio público fiscal especializado en la materia en algunos casos ha debilitado la figura del defensor, en particular del defensor público en estos sistemas. Es importante sobre este punto insistir con que la garantía de defensa se integra tanto por el nivel de la defensa material cuanto por el de la defensa técnica, que no puede ser suplido por un fiscal respetuoso de la legalidad y de los derechos del joven infractor.”

¹⁴ Observa-se que a jurisprudência confunde constantemente o instituto da internação-sanção com a regressão, que veremos adiante.

tal, como é a liberdade. Mesmo que advirta o promotor, durante a celebração do trato com o adolescente, que ele está sujeito à internação-sanção, esta advertência não tem o condão de afastar a necessidade de provar-se a autoria, a materialidade e a gravidade do fato, que ensejariam a medida privativa de liberdade que, como se viu, é excepcional. Também é fundamental para a aplicação da internação-sanção a prova da reiteração no descumprimento injustificável da medida anteriormente imposta¹⁵.

De outra parte, muitos julgados esposam um entendimento coetâneo com a dicção do Estatuto, interpretando as disposições desse diploma de maneira que garantam os direitos fundamentais do adolescente, concedendo-lhe o amparo da ampla defesa¹⁶. Além de ser grave e reiterada a transgressão que justifique a internação-sanção, deverá o adolescente sempre ser ouvido pela autoridade judicial, antes da decretação da internação. Esse entendimento está plenamente sedimentado no STJ e foi recentemente sumulado por aquele Tribunal, como veremos adiante.

6. Substituição de medidas. A regressão

O art. 113 do ECA, que faz remissão aos arts. 99 e 100, também é fonte de divergência doutrinária e jurisprudencial, exigindo, pois, o exercício hermenêutico de todos aqueles comprometidos com a doutrina sociojurídica da proteção integral. Estabelece o art. 99: “As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo”. O capítulo em que insere o art. 99 trata *Das medidas específicas de proteção*. Já o art. 113, insere no Capítulo *Das medidas socioeducativas*, determina aplicar-se a este o art. 99. Portanto, também as medidas socioeducativas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.

Contudo, deve-se observar que na aplicação das medidas socioeducativas têm plena vigência os princípios constitucionais processuais, a determinar que qualquer privação de liberdade imposta ao adolescente deve vir precedida do devido processo legal e da ampla defesa, nas estritas hipóteses previstas em lei¹⁷. Assim, não se pode substituir uma medida –

¹⁵ Em completa afronta ao texto da lei, vêm-se decisões como a seguinte: “Menor – Procedimento para apuração de ato infracional – Fase de execução de medida socioeducativa – Substituição da medida aplicada na sentença por outra mais grave – Admissibilidade – Providência que não reclama o descumprimento reiterado da medida inicialmente imposta – Recurso provido (TJSP – Agravo de Instrumento nº 25.633-0/1 – Relator Dirceu de Mello)”. Extraída da obra: Associação Paulista do Ministério Público. *Jurisprudência sobre adolescentes infratores*. São Paulo, 1977, p. 18.

¹⁶ Veja-se a recente decisão do STJ: HABEAS CORPUS. ADOLESCENTE INFRATOR. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O art. 122 do ECA enumera taxativamente as hipóteses em que pode ser decretada a internação de adolescente infrator. A expressão “reiteração no cometimento de outras infrações graves” (art. 122, II, do ECA) não se confunde com a reincidência. Esta, para a sua conformação, demanda a prática de dois atos infracionais. Aquela, para legitimar a internação, reclama a conjugação de três ou mais condutas anti-sociais, assinaladas por uma especial gravidade. Ordem concedida para assegurar ao paciente o cumprimento da medida socioeducativa em regime de semiliberdade (HC 20660/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, 9.4.2002).

¹⁷ Como afirma BELOFF, Maria. *Los sistemas de responsabilidad...*, cit., p. 105: “La lógica es siempre la misma. Si el Estado renuncia a intervenir coactivamente, entonces el episodio no implicará ninguna modificación o intervención estatal en la vida del joven y de su familia. Si existe alguna modificación o intervención estatal (en sentido amplio) entonces debe recurrirse a todas las garantías para que esa intervención sea realizada en un marco de legalidad.”

quer aplicada em sede de remissão, quer aplicada após a instrução –, uma liberdade assistida, por exemplo, por outra medida privativa de liberdade, diante da constatação de descumprimento por parte do adolescente. Entre outras razões, porque a norma especial do art. 122 do ECA, que prevê taxativamente os casos de internação, não inclui essa hipótese. Sendo especial essa norma, prevalece sobre a norma geral do art. 113 c/c o art. 99¹⁸. O caso de descumprimento, em definitivo, reclama a aplicação da internação-sanção por descumprimento, e não a regressão, e somente nos casos em que a medida descumprida foi aplicada após realizada a instrução e o julgamento.

Sem embargo, não é exatamente esse entendimento que se vê refletido em muitas sentenças e acórdãos. No Estado de São Paulo, como noticia Américo Frasseto¹⁹, “*certo setor da magistratura e do Ministério Público sustenta que, revelada por qualquer indicador a inadequação da medida mais branda em curso para enfrentar a problemática apresentada pelo jovem, pode e deve o juiz substituir esta ou aquela medida ineficaz por outra, de internação por até três anos*”. A isso convencionou-se chamar de regressão de medida. Acrescenta o referido autor que o TJSP tem duas posições a respeito. A primeira supõe cabível a regressão sem restrições. A segunda, todavia, entende que a norma geral do art. 113 deve ser harmonizada com a norma especial do art. 122, III, que trata de descumprimento de medida anteriormente imposta, de modo que nesses casos o limite de duração da internação seria de três meses. Portanto, não se trataria de regressão e sim de internação-sanção. Creemos somente ser possível a regressão naqueles casos em que houve progressão e posterior inadaptação do adolescente à nova medida. Qualquer endurecimento de regime de cumprimento que não respeite essa regra estará eivado de inconstitucionalidade.

7. A Súmula 265 do STJ

No dia 22 de maio de 2002 o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula de sua jurisprudência número 265, com o seguinte teor: “É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa”. Consolidou-se a jurisprudência daquela Corte, após centenas de recursos, aviados principalmente pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no sentido de que o art. 111, V, do ECA (“direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente”) é garantia processual fundamental do adolescente. Se analisarmos os julgados que serviram de precedentes à Súmula – bem como as numerosas decisões do STJ sobre a matéria, especialmente decidindo habeas-corpus –, podemos observar a discrepância

¹⁸ Pronunciou-se de acordo com esse entendimento o STJ, como se pode observar no voto do Min. Félix Fischer no HC 10.973-SP, 5ª Turma, Unânime, 23.11.1999: “Ao decidir pela manutenção da medida constritiva da liberdade imposta pelo Juízo monocrático ao paciente, a r. Câmara Especial do Tribunal *a quo* ateve-se, somente, à leitura fria do disposto nos arts. 99 e 113 da Lei nº 8.069/90, os quais estabelecem que as medidas socioeducativas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, relegando ao obliúvio, *concessa venia*, o rol taxativo das hipóteses em que cabe a medida, como evidenciam, com clareza solar, os arts. 101, parágrafo único, e 122, *caput* e § 2º, bem como deixou de avaliar o cabimento de outra medida capaz de cumprir a finalidade de recuperação do menor, em desatendimento ao espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente.”

¹⁹ AMÉRICO FRASSETO, Flávio. Ato infracional, medida socioeducativa e processo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 9, jan./mar. 2001, p. 192.

de entendimento entre os julgadores e a falta de uniformidade no trato da matéria, apesar do louvável progresso que representou o reconhecimento da necessidade da oitiva do adolescente antes da internação. Nos arestos do STJ (e também de outros tribunais) são confundidos constantemente os institutos da internação-sanção e da regressão, aplicando-se um e outro indiscriminadamente, com evidente prejuízo ao direito fundamental do adolescente à liberdade.

Pode-se dividir em dois grupos os julgados que figuram como precedentes da Súmula 265. No primeiro grupo (RHC 8.873-SP, RHC 9.315-SP, RHC 8.837-SP e HC 8.887-SP), trata-se não de regressão e sim de internação-sanção, do art. 122, III, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Apesar disso, vários acórdãos utilizam-se do vocábulo regressão, para identificar o instituto da internação-sanção²⁰. Não se trata de substituição de uma medida mais leve anteriormente aplicada por outra mais severa, como se pode ler em alguns votos²¹. Cuida-se de punir o adolescente pelo descumprimento da medida anteriormente aplicada, se reiterado o descumprimento, e pelo prazo determinado de, no máximo, três meses. Não há falar-se em regressão, pois, em uma interpretação gramatical da lei, ninguém pode regredir, voltar para onde nunca esteve.

No segundo grupo (HC 11.302-SP, HC 10.368-SP e HC 9.270-SP), estariam aquelas decisões que não tratam da internação-sanção, mas da regressão propriamente dita. Há dois subgrupos, no primeiro o adolescente é condenado a medida de internação, progride para outra medida (semiliberdade ou liberdade assistida), descumpre esta segunda medida e sofre a regressão. No outro subgrupo, o adolescente é condenado a uma medida mais branda e diante do descumprimento desta, tem decretada sua internação por tempo indeterminado.

Creemos que no primeiro caso, quando há uma sentença de internação por tempo indeterminado, se dá a única possibilidade de regressão de uma medida mais branda para outra mais severa sem mácula aos direitos fundamentais do adolescente, respeitado o prazo máximo de 3 anos. Nesses casos o adolescente foi condenado à internação, mostrou sinais de ressocialização e conquistou a progressão de medida. Se voltar a cometer atos de indisciplina no cumprimento da nova medida, ou mesmo se voltar a cometer atos infracionais, pode ter sua progressão revista e retornar ao regime original de cumprimento. Porém, há que se ter cuidado, pois a regressão deverá processar-se sob o império do devido processo, não se justificando sua concessão sob o pálio da “proteção” ao adolescente²².

²⁰ É o caso, por exemplo, dos HC 8.887-SP e RHC 8.873-SP. O último foi assim ementado: “RECURSO EM HABEAS-CORPUS. ADOLESCENTE INFRATOR. REGRESSÃO DE MEDIDA DE SEMILIBERDADE PARA INTERNAÇÃO, SEM OUVIR O MENOR. OFENSA AOS ARTS. 110 E 111, V, DO ECA. CONCESSÃO DA ORDEM”. Neste caso, o próprio acórdão recorrido, do TJSP, refere-se à internação-sanção. Veja-se a ementa, transcrita no relatório: “HABEAS-CORPUS – Incidente na execução de medida socioeducativa – Decretação da chamada internação-sanção – Situação expressamente prevista em lei – Inocorrência de constrangimento ilegal a ser sanado por meio do presente ‘remédio heróico’ – Inconformismo que deveria ter sido externado por meio do recurso cabível, que é o agravo de instrumento – Ordem denegada”.

²¹ Vide HC 9.3115-SP.

²² Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça labora no equívoco apontado. Veja-se: PENAL. ADOLESCENTE INFRATORA. REGRESSÃO. LIBERDADE ASSISTIDA PARA INTERNAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. Não há nulidade na regressão de liberdade assistida para internação, sem a oitiva da adolescente infratora, se a medida foi desencadeada por depoimento da própria mãe da paciente, atestando encontrar-se ela vivendo em um terreno baldio, juntamente a outros adolescentes que fumam crack. 2. Ordem denegada. (HC 14.512/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, 5.12.2000).

Sob nosso ponto de vista: a) Não se pode determinar a regressão de uma medida sem ouvir a adolescente e oferecer a ela todas as garantias processuais. Nenhum desejo de proteção à adolescente (inclusive o mais genuíno, o materno) pode justificar a violação aos princípios de ampla defesa e contraditório. Da leitura do relatório e do voto depreende-se que fora condenada a adolescente a internação, havendo progredido para liberdade assistida, medida que vinha cumprindo mal. Ora, o simples relato, mesmo da mãe, não deveria ensejar o endurecimento de regime contra a adolescente que, se fora maior de idade, teria o direito, ao menos, de ser ouvida pelo juiz. b) Deixando de lado os aspectos formais do julgado, verifica-se que essa adolescente não necessita de regressão da medida socioeducativa pelo só fato de viver em um terreno baldio, acompanhada de outros adolescentes, fumando “crack”, ainda mais internação, no Estado de São Paulo, com o descalabro da Febem, que todos conhecemos. Reclama a jovem medidas de proteção, como podem ser as dos incisos II, III, IV, V e, especialmente, VI, do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a auxiliem a abandonar a “drogadição” e a situação de risco em que vive.

Esse é um dos grandes problemas verificados na aplicação do Estatuto, quiçá em razão de estar arraigada a *doutrina da situação irregular* – vigente com o antigo Código de Menores – no imaginário dos operadores. Se comete um ato infracional, recebe uma sentença após o devido processo e a descumpra, o adolescente merece punição, merece a internação-sanção ou a regressão de medida, se o caso. Se não cometeu nenhuma infração à lei penal ou disciplinar, ou encontra-se necessitado de tratamento, como no caso acima, não deve o adolescente ser submetido a nenhuma medida socioeducativa, nem se a intenção de quem a aplica for protegê-lo. Insistem alguns operadores jurídicos em afastar as garantias constitucionais que são de todos, punindo os adolescentes de maneira mais incisiva que os adultos, muitas vezes sob o argumento de estar fazendo lhes o bem²³. Não, definitivamente, é de conhecimento de todos que as instituições de internação não se prestam a proteger ou defender o jovem. São espaços de contenção, de repressão, de privação de liberdade, em definitivo.

Enfim, afora a hipótese de haver caído inicialmente sobre o adolescente uma sentença de internação, não vislumbramos possibilidade de aplicar-se a regressão de medida socioeducativa mais branda para internação. Assim, o segundo subgrupo acima tratado, daqueles que recebem uma medida mais leve e têm-na “regredida” para internação, estaria na conta das inconstitucionalidades cometidas no âmbito da Justiça da Infância e da Juventude. Contrariamente a esse entendimento, a decisão contida no HC 9.270-SP do STJ manteve decisão do TJSP que substituiu medida de liberdade assistida, aplicada após regular processo, por internação, em razão de inobservância das regras do regime de L.A. Apesar de decidir corretamente pela

²³ Como afirma o Des. Amaral e Silva, do TJSC, citado no voto do Min. Hamilton Carvalhido, Resp 171.080-MS, 6ª Turma, Unânime, 21.2.2002: “As medidas socioeducativas visam *prevenir* e *reprimir* a delinquência juvenil, vale dizer, fazê-la parar relativamente ao agente e impedir ou moderar o fenômeno em relação aos demais adolescentes. Admitir o caráter repressivo, *penal especial* (diferente do penal comum dos adultos), insisto, é útil aos direitos humanos das vítimas e vitimizadores. É necessário superar o viés da “proteção”: ciente o aplicador da medida que, além de imposta, é repressiva, redobrar-se-á em cautelas para não impô-la sem critérios da fundamentação da despenalização, da excepcionalidade, da legalidade, da brevidade, da proporcionalidade e da resposta justa e adequada” (grifos no original).

oitiva do adolescente, o acórdão da Corte Federal feriu a norma constitucional do art. 5º, incisos LIV e LV, e estatutária, arts. 110, 111 e 122, pois, sem que houvesse qualquer processo, aplicou uma medida de internação por tempo indeterminado a adolescente que, após o devido processo, fora condenado a liberdade assistida.

8. Conclusões

1. A ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, enfim, os direitos e garantias fundamentais de natureza processual, aplicam-se ao procedimento seguido contra o adolescente que comete ato infracional, por determinação constitucional, internacional e legal. Tais princípios devem ser observados com muito mais rigor no caso de aplicação de medidas socioeducativas privativas de liberdade.

2. A internação cautelar demanda a demonstração da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ademais da gravidade do ato infracional, necessidade imperiosa da medida e da inexistência de outra medida mais adequada. Jamais deve ser internado cautelarmente o adolescente quando, nas mesmas condições, não seria o adulto. Se a situação do adolescente inspira cuidados, deve-se-lhe aplicar uma medida de proteção (“cível”) e não socioeducativa (“penal”).

3. É necessário, *de lege ferenda*, garantir-se ao adolescente o direito constitucional, internacional e estatutário à defesa técnica por advogado, por ocasião da oitiva informal realizada pelo promotor de justiça. O juiz não pode decretar a internação provisória do adolescente sem antes pessoalmente ouvi-lo.

4. A medida prevista no art. 122, inciso III, do ECA, também chamada de internação-sanção, é cabível nos casos de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta. A medida descumprida, ensejadora da punição, deve haver sido imposta após o devido processo, provadas a autoria e a materialidade do fato, o que afasta sua imposição pelo descumprimento de sentença homologatória de remissão.

5. A aplicação do art. 113 c/c o art. 99 do ECA demanda cuidados redobrados dos profissionais do sistema judicial da infância e da juventude. É inconstitucional a substituição de uma medida restritiva de direitos por outra privativa de liberdade. A regressão de uma mais branda para outra privativa de liberdade tem lugar somente nos casos em que anteriormente houve progressão, e tem como limite a medida originalmente imposta na sentença, que deverá ser, necessariamente, também privativa de liberdade.

A PREVENÇÃO DE ATRIBUIÇÃO COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA UNIDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*André Terrigno Barbeitas**

Na esfera jurisdicional é consabido que a prevenção constitui um critério de fixação da competência do órgão judicial. Consoante as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “*ela é um fato (...) – o fato de um juiz haver, por algum modo, chegado ao processo antes dos demais*”¹. O mesmo abalizado autor assinala que o legislador processual civil foi assaz avaro ao tratar do instituto. De fato, a par de estabelecer que “*(...) a citação válida torna prevento o juízo (...)*” (art.219 do CPC), o legislador cingiu-se a prever que, “*correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar*” (art.106 do CPC). E como tal contenção legislativa mostra-se incompatível com a relevância processual do instituto eis que:

“Pela prevenção, não só (a) se determina a competência do juiz a quem o processo houver sido distribuído, excluídos os demais que antes fossem potencialmente competentes, para o processo mesmo e para seus incidentes, como também (b) a escolha de um dos foros concorrentes pelo autor estabelece a competência do foro escolhido, excluída a competência dos demais; c) o juiz de um primeiro processo será competente para as demandas conexas já propostas ou que vierem a sê-lo; d) o juiz do processo pendente é competente para as demandas a serem propostas no mesmo processo; e) o fato de o juiz exercer ou haver exercido a jurisdição em dado processo determina previamente sua competência para outros processos inseridos no mesmo contexto litigioso (competência funcional); f) o juiz de um processo tendo por objeto uma demanda principal já tem sua competência preestabelecida

* André Terrigno Barbeitas é procurador regional da República. Mestre em Direito Público pela UERJ.

¹ *In Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 621.

*para a acessória e vice-versa; g) nos tribunais, fixa-se a competência do juiz a quem haja sido feita a distribuição do primeiro recurso interposto em dada causa.”*²

Ocorre que, se na esfera de atuação do Estado-Juiz tem sido negada a devida atenção ao tema, seja pelo legislador seja por grande parte da doutrina, no campo de atuação do Ministério Público a omissão legislativa e doutrinária é quase absoluta. Os mais incautos poderiam objetar que, identificado o juízo competente por prevenção, automaticamente estaria fixada a atribuição do órgão ministerial vinculado àquele. Ainda que a objeção fosse válida para os órgãos de execução do Ministério Público estadual – eis que, no mais das vezes, eles oficiam vinculados a determinados juízos – é certo que no âmbito do Ministério Público Federal a fixação da atribuição do respectivo órgão de execução decorre da mera distribuição interna do feito ou do expediente, respeitado, quando muito, apenas o caráter genérico da matéria versada: se atinente à área de direitos difusos, criminal ou cível. Contudo, mesmo no âmbito dos Ministérios Públicos locais a *quaestio* pode vicejar na medida em que é comum a existência de mais de um órgão de execução vinculado a um mesmo juízo. Basta lembrar os casos de multiplicidade de órgãos de execução perante um mesmo Tribunal do Júri ou, hipótese mais corrente, a existência de diversos procuradores de justiça para atuação perante o mesmo órgão fracionário do Tribunal.

Preliminarmente, é indubitável que a distribuição do feito ou expediente no âmbito interno da instituição há de pautar-se em critérios objetivos, sob o risco de afronta ao princípio da impessoalidade que deve reger toda e qualquer atividade administrativa. De preferência, deve ser utilizado um sistema informatizado de distribuição nos moldes do que serve ao Judiciário.

Fixada a competência do órgão judicial pela distribuição é curial que o mesmo torne-se preventivo para os feitos ou expedientes conexos, acessórios ou inseridos no mesmo contexto litigioso. Cuida-se aqui da chamada prevenção expansiva – eis que relativa a outras causas ou outros processos que não o original – e que se fundamenta em razões de ordem eminentemente pública tal como explicitado na lição doutrinária:

*“As prevenções expansivas são motivadas (a) pelo empenho do sistema processual em evitar julgamentos díspares e desarmoniosos em causas ou recursos que devam ser objeto de convicção única pelo julgador (...); (b) pelo melhor conhecimento global que o mesmo juiz se habilita a ter, quanto às causas conexas ou aos diversos recursos tirados na mesma causa; (c) pela economia de dinheiro e atividades, que se obtém mediante a reunião de processos sob um juiz só e (d) pela conveniência ética de evitar a repositura da demanda perante outro juízo, na esperança de obter a reversão de uma decisão desfavorável.”*³

² DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 622.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 623.

Se assim é para o Judiciário, também deverá sê-lo para o Ministério Público? Cremos que sim e não só pelo princípio genérico da eficiência que rege a administração pública em geral (art.37, *caput*, da CF com a redação da EC nº 19/98) como, sobretudo, pelo princípio institucional específico da unidade (art.127, §1º da CF). Importa sim, e muito, que a atuação ministerial seja, o máximo possível, eficiente e não-contraditória, ainda que se levem em conta os demais princípios da indivisibilidade e da independência funcional (art.127, §1º da CF). Eficiência, *in casu*, que se projeta em dois aspectos: seja pelo melhor conhecimento que o órgão ministerial prevento possui daquele mesmo contexto litigioso, seja pela economia de atividades obtida pela reunião de feitos e expedientes resultante da prevenção.

Quanto ao princípio da unidade impende assinalar, previamente, que há uma relação intrinsecamente divergente entre ele e o princípio da independência funcional. Enquanto aquele remete a um desejo de atuação coesa dos vários membros, este se projeta sobre a atuação *in concreto* dos integrantes da instituição, significando que cada um deles “(...) *age segundo a 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 (...)*”.⁴ Francisco Dias Teixeira bem captou esta conflituosidade:

*“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 elididas. 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 instituição.”*⁵

Ora, consoante a lição de Robert Alexy, as colisões de princípios distinguem-se dos conflitos entre regras. O conflito entre regras somente pode ser solucionado de duas maneiras: ou introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimina o conflito, ou declarando inválida, ao menos, uma das regras. Já nas colisões entre princípios, um deles tem de ceder diante do outro, mas isso não significa declarar qualquer deles inválido.⁶ Haveria, assim, a necessidade de uma ‘calibragem’ entre os princípios e não a rejeição, pura e simples, de um deles.⁷

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 212.

⁵ *Princípios Constitucionais do Ministério Público*. In Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, ano I, nº 2. Brasília, jan./mar. 2002, p.79.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 88-89.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52.

A necessidade de observância da prevenção do órgão ministerial pode operar-se sem suprimir quaisquer dos princípios constitucionais regedores da instituição. Se, de um lado, constitui expressão do princípio da unidade – visto que preserva a coesão da instituição ao evitar manifestações ministeriais contraditórias em um mesmo contexto litigioso –, por outro não redundaria no abalo da independência funcional eis que, em nenhum momento, estar-se-á coibindo a consciência jurídica do órgão prevento. Poder-se-ia redarguir que, com o respeito à prevenção, estar-se-ia restringindo a iniciativa de atuação, naquele contexto litigioso, de todos os demais órgãos ministeriais que não o prevento. Descabe, contudo, a alegação. São razões de ordem eminentemente pública que impõem regras limitativas da iniciativa ministerial quando já houver órgão prevento: evitar a completa balbúrdia na atuação institucional com a sobreposição de um sem-número de pronunciamentos colidentes, em flagrante prejuízo à própria missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Basta imaginar o tumulto que se estabeleceria, por exemplo, na área criminal se qualquer órgão de execução do Ministério Público deliberasse atuar na formação da *opinio delicti* sem atentar para a prevenção na distribuição do inquérito policial ou do expediente investigatório.

O tema da prevenção como critério de fixação da atribuição ministerial é pouco ventilado na doutrina pátria. Em artigo de autoria conjunta publicado na revista da Associação Paulista do Ministério Público versando sobre a atuação do Ministério Público perante o segundo grau de jurisdição, João Francisco Moreira Viegas e Oswaldo Luiz Palu pugnaram pela

“(...) necessidade do aperfeiçoamento do sistema de distribuição de feitos para que fique o procurador de justiça vinculado a todos os incidentes e recursos de um mesmo processo, ou ao processo principal se anteriormente se manifestou nos agravos, por ex., para que sejam evitadas manifestações contraditórias”.⁸

A preocupação dos referidos autores justifica-se, porquanto é grande o risco de manifestações contraditórias quando da atuação dos membros do Ministério Público em segundo grau de jurisdição se não for observada a prevenção. A começar pela circunstância de que está longe de se pacificar o entendimento, seja na doutrina seja na jurisprudência, quanto à interpretação da expressão genérica ‘interesse público’, presente no art.82, inciso III, do CPC, justificadora da intervenção ministerial. Assim, caso inobserve-se a prevenção, poderemos defrontar-nos com hipótese em que o órgão ministerial eximiu-se de se manifestar em recurso de agravo sob a alegação da inexistência de interesse público que justificasse a sua atuação, enquanto outro órgão ministerial vem a manifestar-se em recurso de apelação posterior relativo ao mesmo feito por vislumbrar a presença de interesse público ou vice-versa. São hipóteses infelizmente comuns que, a par de levar a uma indesejável perplexidade dos operadores do Direito, deslustram a atuação

⁸ *Atuação do Ministério Público em segunda instância: sugestões de um novo perfil. In Revista da Associação Paulista do Ministério Público. Ano III, n.27, jun./jul.1999, pp.43-44.*

ministerial e conspiram contra o princípio da unidade da instituição.

Hugo Nigro Mazzilli, por seu turno, à guisa de estabelecer critérios para resolver os casos mais comuns de conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, assinalou que “se tratando de atribuições igualmente especializadas, atuará no feito o membro do Ministério Público que por primeiro oficial no processo ou procedimento, ou o seu substituto legal”.⁹ As opiniões doutrinárias, no entanto, apenas tangenciam a *quaestio* porquanto não se chega a afirmar a necessidade do respeito ao critério da prevenção à luz dos supracitados princípios da eficiência e da unidade ministerial. De fato, não se encontra o tema circunscrito a uma esfera de mera discricionariedade administrativa na sua implantação – o atendimento à prevenção é um imperativo lógico da atuação ministerial.

É certo, destarte, que o respeito à prevenção opera-se em um ambiente de normalidade de atuação do órgão ministerial. A prevenção como critério de fixação da atribuição impõe-se seja observada o máximo possível. Contudo, na hipótese de sobrevir o afastamento do órgão ministerial preventivo do exercício das suas funções – seja por férias, licenças, promoção, etc. –, incumbirá ao seu substituto assumir, plenamente, a atribuição que até então acometia ao substituído. Incide, aí, o princípio da indivisibilidade, a saber:

*“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.”*¹⁰

Vê-se, pois, que são razões de ordem pública que, tanto na esfera do Poder Judiciário como no âmbito de atuação do Ministério Público, impõem a observância da prevenção como critério de fixação não só da competência do órgão judicial como da atribuição do órgão ministerial.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 320.

¹⁰ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44.

A RENDA MÍNIMA COMO DIREITO NO PLANO INTERNO E INTERNACIONAL

*Duciran Van Marsen Farena**

Sumário: 1. Renda mínima e o direito fundamental ao consumo básico. 2. Renda mínima e desenvolvimento integral. A carta da OEA. 3. Renda mínima, globalização e direitos humanos. 4. Fundamento filosófico da renda mínima – as necessidades básicas. 5. Fundamento político – a soberania dos pobres. 6. O princípio da dignidade humana. A renda mínima como direito fundamental implícito na Constituição. 7. Renda mínima e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

“Se um irmão ou irmã estiverem nus, e precisarem do alimento quotidiano, e algum de vós lhes disser: ides em paz, aquecei-vos e saciai-vos, sem lhes dar o que é necessário ao corpo, de que lhes aproveitará?”

(Tiago 2, 15-16)

“No caso brasileiro, a fome é um ato de violência, e não uma fatalidade”

(Jean Ziegler, relator especial das Nações Unidas sobre Direito à Alimentação)

1. Renda mínima e o direito fundamental ao consumo básico

A despeito da recente instituição, pela Emenda Constitucional nº 31/2000, do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, e a institucionalização dos programas de renda mínima (Lei nº 10.219 de 11/04/2001: Programa nacional de Renda Mínima vinculada à educação – Bolsa Escola e MP nº 2.206-1 de 06/09/2001: Programa nacional de Renda Mínima vinculado à saúde – Bolsa-Alimentação) ainda é escasso o debate sobre o tema, especialmente no plano jurídico.

Como ponto de partida, consideraremos “renda mínima” qualquer programa ou política governamental, instituída por lei, destinada à complementação ou “reforço de renda” (art. 79, ADCT, C.F/88) familiar ou individual, com a finalidade de assegurar ao beneficiário, situado abaixo da linha de pobreza, um patamar mínimo que lhe permita a subsistência, suprindo-lhe os

* Duciran Van Marsen Farena é procurador da República em São Paulo. Doutor em Direito Econômico pela USP.

meios que, de outro modo, não poderia lograr com seu esforço pessoal.

Diferencia-se a renda mínima de outros programas sociais por pressupor, antes de mais nada, transferência monetária do Estado para o interessado. Não serão programas de renda mínima aqueles que não prevêm esta transferência direta, mas a entrega de bens determinados (cestas básicas, material escolar, etc.). A renda mínima pressupõe a descentralização do processo decisório: ao invés de o Estado decidir o que deverá ser outorgado ao indivíduo para suprir-lhe as carências existenciais, caberá ao próprio indivíduo a escolha dos bens necessários para o atendimento às suas necessidades imediatas. Assim, conforme a necessidade, o dinheiro poderá ser empregado para aquisição de alimentos, roupas, material escolar, etc. O programa de renda mínima requer apenas a existência da necessidade individual, caracterizada por encontrar-se o indivíduo abaixo da linha de pobreza, não se prendendo a concessão do benefício a outros fatores, como o fato de ser a pessoa portadora de deficiência, estar inscrito ou contribuir para a previdência, etc.

Donde não há como confundir a renda mínima com o pagamento de aposentadorias rurais, independentemente de contribuição por parte do beneficiário, embora seja comum o discurso de que representam um grande programa de renda mínima, do qual depende a sobrevivência de muitas cidades empobrecidas no Brasil.

De uma forma geral, os programas de renda mínima prevêm uma contrapartida por parte do beneficiário (frequência a curso profissionalizante ou à escola, por parte dos dependentes menores, etc.). Não consideramos renda mínima, contudo, qualquer programa que exija, por exemplo, a prova de que o beneficiário encontra-se empregado, ou trabalhando de qualquer maneira (embora possa ser requisito a demonstração de que o indivíduo, válido e capaz, encontra-se buscando emprego).

A definição da condição de beneficiário é feita através da consideração da renda do indivíduo em função de uma linha de pobreza estabelecida conforme os indicadores da renda nacional. Afasta-se, assim, a idéia de uma linha de pobreza irreal, em desconformidade com o grau de evolução das economias nacionais.

A Constituição Federal estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF). Consideradas as disparidades regionais, que tornariam inútil e contraproducente qualquer tentativa de solucionar o problema da miséria em nível exclusivamente local, conclui-se que a implantação – e o financiamento – de um programa de renda mínima é tarefa precipuamente federal, ressalvada, é claro, a sua administração descentralizada.

Em termos macroeconômicos, o programa de renda mínima proporciona a ampliação do mercado nacional e a elevação da renda das áreas empobrecidas, inserindo no mercado cidadãos antes marginalizados de qualquer participação, assegurando-lhes um grau, ainda que elementar, de autonomia.

No plano individual, a renda mínima resgata a cidadania econômica do beneficiário, permitindo-lhe o exercício, ainda que em nível mínimo, do papel de consumidor no mercado, papel este que lhe é usurpado quando o Estado lhe outorga unilateralmente os bens de que supostamente necessita.

Ricardo Lobo Torres concebe um “mínimo existencial” ou “direito às condições míni-

mas de existência”, situando-o como um direito de liberdade, ou direito individual, fundamentado nas condições para o exercício da liberdade, distinto dos direitos econômicos e sociais por não depender de concessão do legislador e não existir sob o signo da “reserva do possível”, isto é, da disponibilidade de recursos, como os últimos. Estaria assim o mínimo existencial mais relacionado a obrigações negativas (imunidades de impostos para os pobres) e positivas como pretensões à assistência social.¹

A idéia de um *direito fundamental ao consumo básico*, no entanto, apresenta – a parte, por ora, a questão de se situar como direito pré-constitucional ou de liberdade ou direito social – a vantagem de permitir ao beneficiário a inserção no mercado de consumo, facultando-lhe a escolha dos bens de que necessita – enquanto que à concepção de um direito a condições mínimas de existência subjaz a possibilidade da satisfação dessas condições por mera outorga estatal, através de serviços públicos e de assistência social. Se o Estado simplesmente entrega ao beneficiário os bens vitais, este continuará despojado da cidadania econômica, não será um consumidor, com todos os direitos e prerrogativas que este estatuto acarreta.

No mundo globalizado, consoante veremos, a inserção no mercado de consumo é mais importante do que a simples titularidade de trabalho – cada vez mais menos remunerado e mais escasso, à medida em que a produtividade requer a redução do tamanho da administração pública e privada, e provoca a dissociação entre produção e trabalho, entre emprego e renda.

Entendemos, em suma, o mínimo vital ou existencial como o conteúdo material do princípio da dignidade humana – conteúdo este que se estende para além do consumo básico, pressupondo ainda políticas públicas voltadas para bens como saúde, educação, etc. e ainda para os serviços públicos em geral.²

Cumpre, nesse passo, distinguir a renda mínima como direito subjetivo e como política pública. Nesta última acepção, representa uma estratégia de governo, destinada a, através de mecanismos de transferência monetária, a indivíduos ou famílias, garantir um patamar considerado mínimo para o atendimento das necessidades básicas dos beneficiários.³

Como direito, a renda mínima pode ser definida como uma prestação do Estado⁴ a que faz jus todo aquele que não conseguir, com seu próprio esforço, “atingir o padrão social mínimo necessário à sua sobrevivência com dignidade”.⁵ Nessa acepção, corresponde ao direito fundamental ao consumo básico, derivado do princípio constitucional da dignidade humana.

Nesse ponto a renda mínima deita raízes no direito ao consumo básico, sendo certo que a primeira é apenas a concreção, por via legislativa ou administrativa, do segundo, direito

¹ *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In Revista de Direito Administrativo, Vol. 177- jul./set. 1989, pp. 29/49.

² Com relação aos serviços públicos, a proibição de suspensão de energia ou água por falta de pagamento (inexistente na legislação brasileira, mas reconhecida por parte da jurisprudência) e as tarifas sociais ou de baixa renda seriam também políticas destinadas a assegurar o mínimo existencial.

³ Cf. definição de Sônia Miriam Draibe *et alli*, no relatório “Acompanhamento e Avaliação da Implementação do Programa de Garantia de Renda Familiar Mínima (PGRFM) da Prefeitura Municipal de Campinas”, Núcleo de Estudos de Políticas Públicas, Unicamp, fev. de 1996, p. 1.

⁴ A renda mínima é, assim, mais do que um benefício de seguridade social (Iso SCHERKERKEWITZ, *Renda Mínima*, In Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 86, vol. 735, janeiro de 1997, p. 78). Como direito fundamental, ao consumo básico, pode ou não, dependendo da integração legislativa, vincular-se ao sistema de seguridade social.

⁵ Iso Scherkerkewitz, art. citado, p. 78.

fundamental implícito na Constituição. Doravante, à falta de discriminação, empregaremos indistintamente um e outro conceito, com este significado.

Na doutrina, “o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana é sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida. Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência (...). Tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional Alemã, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estadual do mínimo existencial. Para além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado social de direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações”.

As bases teóricas do direito à renda mínima – na acepção de direito ao consumo básico – assentar-se-iam, portanto, em um eixo que articula a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (art. 3º, III, CF) e o direito à vida (art. 5º, caput). Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, cujos ensinamentos vimos seguindo:

*“(...) O princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram – aqui e lá – na base de todos os direitos sociais em exame. Além disso, impõe-se a conclusão de que, independentemente da previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, seja o nome que se lhe dê, tal direito – fundamentalíssimo, diga-se de passagem – também entre nós poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade humana e do direito à vida, ambos consagrados em nossa Constituição, solução que, aliás, também serviu de inspiração ao Tribunal Constitucional Espanhol. (...) Tal alternativa se revela, ao menos em princípio, possível no que tange à assistência aos necessitados, não dependendo necessariamente de uma contraprestação (...)”.*⁶

Portanto, viável é a concepção de um “direito fundamental subjetivo não-escrito à

⁶ A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1988, pp. 292/5.

garantia dos recursos materiais mínimos necessários para a existência digna”. “Por outro lado, há como sustentar que, na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF) foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF).”⁷

2. Renda mínima e desenvolvimento integral. A Carta da OEA

Não é de hoje que a idéia da “posse do necessário” é reclamada como componente da dignidade humana. A renda mínima é produto de uma evolução histórica que pode ser vista, de forma sintética, nas encíclicas sociais da Igreja Católica, a começar pela *Rerum Novarum*, quando traça um linha entre o necessário e o supérfluo:

*“Mas, desde que haja suficientemente satisfeito à necessidade e ao decoro, é um dever lançar o supérfluo no seio dos pobres”.*⁸

Outro documento social, a Encíclica “*Populorum Progressio*” introduz a questão da satisfação das necessidades básicas dentro do desenvolvimento, a partir de uma redefinição do conceito deste:

“O verdadeiro desenvolvimento é, para todos e para cada um, a passagem de condições menos humanas a condições mais humanas (...)

Menos humanas: as carências materiais dos que são privados do mínimo vital ... Mais humanas: a passagem da miséria à posse do necessário⁹”.

Reconhece a Igreja que a carência do necessário priva aos indivíduos a “possibilidade de agir por própria iniciativa e responsabilidade”¹⁰, incapacitando-os de se tornarem “artífices do seu próprio destino”.

Paulatinamente, foi sendo abandonada a idéia de que o crescimento da riqueza nacional seria o mais eficiente meio de assegurar a todos os direitos sociais. Paralelamente, aumen-

⁷ Ingo Wolfgang SARLET, op cit., p. 284.

⁸ In *Encíclicas e Documentos Sociais*, Frei Antonio DE SANCTIS, org.. São Paulo: LTR, 1972, p. 25.

⁹ Idem, ibidem, p. 400.

¹⁰ Encíclicas “*Gaudim et Spes*” e “*Populorum Progressio*” in *Encíclicas e Documentos Sociais*, Frei Antonio DE SANCTIS, org.. São Paulo: LTR, 1972, pp. 359 e 398.

tou a consciência da finitude dos recursos naturais terrestres.

Nesse contexto, a renda mínima representa também a irradiação da nova concepção de desenvolvimento, segundo a qual “o objetivo do desenvolvimento é criar um ambiente no qual todas as pessoas possam expandir as suas capacidades e no qual se ampliem as oportunidades da geração presente e das futuras.... O universalismo dos direitos da vida é o fundamento da busca da satisfação das necessidades mais básicas do ser humano. Este universalismo torna as pessoas mais capazes, protege os mais elementares direitos humanos (econômicos, sociais, cívicos, políticos e ambientais), considerando sagrados direitos que vão desde a simples alimentação até o ato de votar”.¹¹

A Carta da OEA, com as reformas dos Protocolos de 1967, 1985, 1992, 1993 e 1997, incorpora esses valores, ao se referir à noção de “desenvolvimento integral”, em contraposição à idéia tradicional de desenvolvimento econômico (identificado a crescimento, e inconciliável com objetivos como uma distribuição mais eqüitativa de renda ou proteção do meio ambiente) contraposto ao social (e vice-versa). Equivale, assim, o desenvolvimento integral previsto na carta ao desenvolvimento sustentável, expressão da nova concepção de desenvolvimento cunhada a partir do Relatório Brundtland (1987) e na Conferência para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, no Rio de Janeiro.

Para a Carta, o desenvolvimento “deve constituir um processo integral e continuado para a criação de uma ordem econômica e social justa que permita a plena realização da pessoa humana e para isso contribua” (art. 33); a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição eqüitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral” (art. 34); e dentre as metas, está a “distribuição eqüitativa da renda nacional (art. 34, “b”)”.

A Carta da OEA representa um compromisso pela justiça social e desenvolvimento integral, e os princípios são a solidariedade e a cooperação interamericanas (art. 30). Hoje, tal como outros documentos (p. ex., a Declaração da ONU do Direito ao Desenvolvimento de 1986), ela demonstra que desenvolvimento (integral ou sustentável) é noção para a qual confluem vários interesses, de natureza social e mesmo universal, representando a expressão da dignidade e da solidariedade humanas sobre o processo econômico.

Temos, assim, alguns pontos de partida teóricos para a formulação de um direito à renda mínima (compreendido este como a concreção legislativa do direito ao consumo básico), adotando-se, como pressuposto, a evolução do conceito de desenvolvimento:

- a) a definição de necessidades básicas objetivas, vale dizer, aplicáveis para qualquer ser humano, a funcionar como critério do “mínimo”;
- b) a consideração da satisfação das necessidades básicas como item da pauta dos direitos humanos, alistando-se, sem qualquer grau hierárquico com relação aos demais, como direito humano de terceira geração, de que é titular o indivíduo e a sociedade;
- c) enfim, a sua inscrição no rol dos direitos constitucionais fundamentais, dotado dos mesmos graus de juridicidade, positividade e eficácia que os demais direitos fundamentais.

¹¹ Quadro “O Paradigma do Desenvolvimento Humano”, Relatório sobre o Desenvolvimento Humano no Brasil 1996, PNUD, Ipea, Brasília, 1996, p. 2.

3. Renda mínima, globalização e direitos humanos

Dois conjuntos de referências empíricas subjazem na concepção moderna dos programas (e, igualmente, do direito) à renda mínima. São elas, “as grandes transformações que vêm ocorrendo na economia capitalista, com profundos rebatimentos no mundo do trabalho e a conseqüente desestruturação do *welfare state* keynesiano”.

As primeiras, referem-se a uma dupla dissociação: a ruptura da relação entre produção e emprego e a ruptura da relação entre emprego e renda, provocadas pela alta produtividade, competitividade e globalização. A conseqüência deste fenômeno é a redução da necessidade do trabalho; surgem os “novos pobres”, antes inseridos no mercado de trabalho, não mais se limitando a exclusão apenas aos grupos fragilizados em geral (incapazes, idosos, etc).

A segunda referência consiste na dificuldade dos sistemas burocratizados de proteção social em se adaptarem às novas realidades. A redução do trabalho traz a queda das contribuições dos trabalhadores; atender a desempregados, e assistir aos fragilizados torna-se insuficiente.¹²

Na medida em que a produtividade dispensa o trabalho, a exclusão torna-se o fator predominante no mundo globalizado:

*“Fato ainda mais importante nas sociedades modernas, a exclusão passou a liderar, superando a exploração. Os ricos já não precisam dos pobres. É provavelmente a razão porque tentam esquecê-los”.*¹³

Consoante José Reinaldo de Lima Lopes, a globalização é uma nova etapa da liberdade de circulação de capitais¹⁴. A globalização do sistema financeiro é uma realidade, concorrendo para a debilitação cada vez maior das soberanias nacionais, em especial dos países do Terceiro Mundo.

Se por um lado os “novos pobres” vêm se agregar aos “velhos” de sempre, e democracia periclita, por falta de legitimidade, como resultado da globalização (se nos é possível falar desta maneira genérica), em contrapartida “o ideal dos direitos humanos”, conforme nos lembra José Reinaldo de Lima Lopes, “mostra um lado luminoso em nossa herança cultural e jurídica. É que em todos os lugares em que a globalização e o liberalismo econômico voltam a um primeiro plano, a supressão dos direitos sociais, já ditos humanos, é combatida”.¹⁵

A reconstrução dos direitos humanos no mundo globalizado passa, assim, pelo direcionamento destes no sentido da dignidade dos pobres e excluídos. Como aspecto positivo,

¹² Conforme Sônia Miriam DRAIBE *et alli*, Relatório “Acompanhamento e Avaliação da Implementação do Programa de Garantia de Renda Familiar Mínima (PGRFM) da Prefeitura Municipal de Campinas”, pp. 3-4.

¹³ SACHS Ignacy, Em Busca de Novas Estratégias de Desenvolvimento. *In* Revista de Estudos Avançados, publicação da USP e Instituto de Estudos Avançados. Vol. 9, nº 25, set./dez. de 1995, p. 31.

¹⁴ Direitos Humanos, Pobreza e Globalização. *In* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.º 45/46, jan./dez. 1996, p. 113.

¹⁵ José Reinaldo de Lima LOPES, *op cit.*, p. 117.

a globalização permite que a agenda da dignidade humana seja minimamente veiculada de forma universal. Assim, vulnerabilidade e exclusão passam a compor a agenda normativa e moral dos direitos humanos¹⁶. “Os direitos humanos contêm um ideal de igualdade universal. E este ideal reconhece que a tarefa dos direitos humanos é a compensação das vulnerabilidades e das desigualdades naturais e sociais. (...) A luta pela supressão das diferenças expressa-se no ideal da igualdade perante a lei, direitos civis e políticos, e pela proporcional distribuição dos custos e benefícios da vida social, direitos econômicos e sociais.”¹⁷

Ingo Wolfgang Sarlet define os direitos humanos como “as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna”. Os direitos fundamentais, por sua vez, “podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, par. 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)”. Indiscutível que, a despeito da interpenetração crescente entre as esferas internacional e constitucional, distinguem-se ambos pelo grau de eficácia alcançado, “diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para sua realização.”¹⁸

O direito à renda mínima (entendido aqui como direito ao consumo básico) manifesta-se como direito fundamental implícito na Constituição Brasileira, derivado do princípio da dignidade humana, e como direito humano, marcado pelas propriedades de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Não possui caráter subsidiário com relação a qualquer outro direito, nem está condicionado por fatores econômicos.

Por fatores econômicos entenda-se a existência dos recursos necessários – o “condicionante econômico” –, obstáculo freqüentemente levantado no caminho dos direitos sociais, mas facilmente afastado pela constatação de que a maioria dos países assolados pela fome pode assegurar o consumo básico a todos os seus habitantes. O Brasil é o exemplo mais eloqüente disso, onde a fome foi descrita, com acerto, por Jean Ziegler, relator especial das Nações Unidas sobre Direito à Alimentação, como “um ato de violência, e não uma fatalidade”.¹⁹ Quando é impossível à nação com seus próprios recursos assegurar o direito ao consumo básico (exemplifica-se com as paupérrimas nações africanas) transplanta-se a obrigação ao plano do Direito Internacional.

Antes de prosseguir no exame da renda mínima como direito fundamental, o curso

¹⁶ Cf. José Reinaldo de Lima LOPES, *op. cit.*, p. 118/19

¹⁷ José Reinaldo de Lima LOPES, *op. cit.*, p. 118/120

¹⁸ Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, *In* Revista de Direito do Consumidor, nº 30 abr./jun. 99, p. 98.

¹⁹ “Fome no país é inaceitável, diz relator”, *Folha de S. Paulo*, 19 de março de 2002, p. A-10.

da presente exposição não dispensa uma incursão sobre seus fundamentos filosóficos e políticos, o que faremos nos tópicos seguintes.

4. Fundamento filosófico da renda mínima – as necessidades básicas

Sendo a objetivação das necessidades básicas o ponto de partida, é igualmente sob este ângulo que são apresentadas inúmeras objeções destinadas a descaracterizar a satisfação dessas necessidades como responsabilidade coletiva, e, conseqüentemente, a prestação da renda mínima como direito.

Procuram os críticos das necessidades básicas ora identificá-las com desejos ou aspirações (assim, não haveria diferença entre uma criança faminta que “deseja” um prato de comida e um milionário que sonha com um iate), ora demonstrar a impossibilidade de sua determinação objetiva. Doutra parte, fazem sobressair a “autonomia do indivíduo” sobre a “intervenção” do Estado, consistente em “impor” a uma pessoa aquilo que seria, apenas, a idéia subjetiva de um terceiro sobre o que o indivíduo livre realmente necessita (ou melhor, deseja). É o que Francisco J. Contreras Peláez chama de “relativismo liberal”, cuja primeira virtude é aliviar a responsabilidade coletiva – e do Estado – quanto à fome de enormes contingentes humanos.²⁰

Negando-se a objetividade das necessidades, estas acabam relativizadas. Conceber necessidades objetivas, válidas para todos os homens, significaria *impor um modelo preconcebido de felicidade*, quando na verdade o desejo por um iate, um gole de cachaça ou um prato de comida não diferem entre si; qualquer bem, pois, pode ser objeto de sempre crescentes “necessidades”; mesmo os conceitos de fome e doença seriam relativos.²¹

Vulgarmente afirma-se que um favelado prefere um televisor a um prato de comida; argumento cínico que, afinal de contas, remete a causa da miséria ao próprio miserável.

Esse argumento, no entanto, é contestado por Peláez, que afirma a independência entre a necessidade e o desejo; aquela existe independentemente deste. Uma testemunha de Jeová que acaba de sofrer um acidente necessita urgentemente de uma transfusão, embora não a deseje.²²

Enfatizando a objetividade das necessidades básicas, Peláez afirma que “...*declarar indiferentes (intercambiables) todas las preferencias individuales (con independencia de si corresponden o no a verdaderas necesidades) es un socorrido expediente intelectual que permite al ultraliberal escabullirse de la exigencia moral que proyecta sobre él la existencia de necesidades insatisfechas (pues sería absurdo afirmar que uno está obligado a satisfacer todos los deseos de los demás). Al ultraliberal le interesa difuminar la frontera entre las necesidades y los deseos, igularlos ‘por abajo’ (al nivel de los deseos), pues así cierra el paso a la idea de la responsabilidad colectiva frente a las verdaderas necesidades y restablece el imperio del chacun pour soi. Este golpe bajo a la solidaridad social es, por*

²⁰ PELÁEZ, Francisco J. Contreras, *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 52-54.

²¹ Francisco J. Contreras PELÁEZ, idem, ibidem.

²² Francisco J. Contreras PELÁEZ, idem, ibidem.

supuesto, adecuadamente disfrazado por medio de brillantes apelaciones al relativismo cultural, a la 'irreductible pluralidad de formas de vida', a la inadmisibilidad de los criterios axiológicos 'trascendentes' o 'absolutos' y a otros leitmotive de la cultura contemporánea, tan aficionada a lo ambiguo y lo flácido".²³

Peláez define as necessidades básicas de forma instrumental, como meios para a consecução de certos objetivos. “*Del problema de la universalidad de las necesidades se pasa al problema de la universalidad de los fines. Si existieran fines que 'no pueden no ser deseados', las necesidades cuya satisfacción es una precondition para la consecución de esos fines quedarían automáticamente confirmadas como necesidades humanas básicas, objetivamente determinables*”. Afasta-se, desde logo, aquelas necessidades relacionadas com fins que só aparecem como desejáveis dentro de certa perspectiva moral, religiosa ou ideológica (como, por exemplo, a ablação do clitóris).²⁴

Assim, os planos de vida propostos pelas diferentes ideologias pressupõem o indivíduo vivo (as necessidades relacionadas com a continuação da vida são objetivas, a prova de relativismo); pressupõem, também, a imputabilidade moral, que exige um mínimo de folga vital (isto é, a energia pessoal não deve se exaurir apenas na luta pela sobrevivência), a justificar a objetividade de requerimentos acima do nível da mera sobrevivência física, como vivenda, trabalho, remuneração suficiente, descanso, etc; por sua vez, a educação é pressuposto da responsabilidade moral, e assim por diante. As necessidades básicas apresentam-se, assim, como “*...un conjunto de medios racionalmente deseados por cualquiera, con independencia de cualesquiera otros que resulten necesarios (según su particular plan de vida). Por eso el discurso liberal de la 'irreductible pluralidad de las estrategias felicitarias' no pone en peligro la objetividad de las necesidades básicas; la política de satisfacción de necesidades básicas no pretende proporcionar la felicidad, sino simplemente garantizar a todos los hombres un mínimo de condiciones previas em la 'línea de salida' de la carrera hacia la felicidad. Las necesidades básicas aparecen así directamente conectadas con el manido concepto de 'gualdad de oportunidades'*”²⁵.

A admissão de que as necessidades básicas sofrem certo grau de mutabilidade e flexibilidade não compromete o enfoque objetivista, nem este enfoque exclui o debate democrático; “*antes al contrario: la objetividad de las necesidades garantiza la posibilidad de un consenso popular estable en lo que se refiere a la política de bienestar*”.²⁶

²³ Francisco J. Contreras PELÁEZ, idem, p. 56. A possibilidade de identificar e hierarquizar as necessidades é um dos pressupostos da idéia de direitos sociais – aos quais pertence o direito à renda mínima – e fornece um critério para regular a distinção de funções entre a economia mercantil-competitiva e o setor público-assistencial. “*La noción de necesidad – escribe David HARRIS – sirve para delimitar el dominio en que el mercado debe ser regulado o sustituido, frente a aquel otro en que puede funcionar libremente. La 'necesidad' proporciona el fundamento para una economía mixta*” (idem, p. 57).

²⁴ Francisco J. Contreras PELÁEZ, id., pp. 79/80.

²⁵ Francisco J. Contreras PELÁEZ, idem, p. 83. As necessidades básicas, enfim, não podem ser afastadas, por não dependerem do subjetivismo do indivíduo, mas sim da “configuração do mundo” (David Wiggins, *apud* idem, p. 53). Aquele favelado que adquiriu um televisor – e que nem pode ser criticado, numa sociedade de superconsumo em que o indivíduo vale pelo que tem – terá ao fim de vendê-lo para comer; o que prefere o álcool reduzirá seu período de vida.

²⁶ Francisco J. Contreras PELÁEZ, idem, p. 83.

Surge, pois, com relação àqueles cujas necessidades essenciais encontram-se insatisfeitas, a responsabilidade social por sua satisfação.²⁷

5. Fundamento político – a soberania dos pobres

O artigo inaugural da Constituição de 1988 declara a soberania como um dos fundamentos do Estado brasileiro; por sua vez, dispõe seu parágrafo único que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Com o termo soberania podemos estar nos referindo ao detentor do poder do Estado, ou à supremacia da ordem jurídica nacional sobre as demais, vale dizer, o poder de auto-regulação e de edição de regras de direito.²⁸

Fábio Konder Comparato, cuja lição seguiremos, observa que a teoria moderna da soberania, originária dos legistas reais do século XVI, “representou o instrumento doutrinário de independência do monarca, tanto no plano interno – diante das prerrogativas feudais da nobreza –, quanto no plano externo, relativamente às pretensões hegemônicas do imperador e do Papa”.²⁹ Ressalta-se, assim, a soberania como poder ativo, de direção, situado acima de todos os demais poderes. Rompe-se a subordinação da lei positiva à lei divina; o direito e a soberania identificavam-se com os desígnios do soberano.

A transferência da soberania para o povo seria o primeiro “desvio semântico” do conceito. Ocorre, pois, o trânsito da vontade individual à coletiva. A indivisibilidade da soberania, requisito que nasceu com a idéia de vontade individual, compatibiliza-se com a vontade coletiva, recém-introduzida no conceito, através do princípio majoritário.³⁰

Rousseau diferencia a vontade de todos (mero registro quantitativo, soma de vontades particulares) da vontade geral (expressão do interesse comum). Nessa concepção, a opinião de uma minoria pode ser tomada como expressão da “vontade geral”. Esvazia-se, assim, o conteúdo popular da soberania ao mesmo tempo em que é preparado o terreno para o advento da democracia burguesa, que irá se servir copiosamente da idéia de soberania da nação – cuja formulação mais acabada consta do artigo terceiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Opera-se, assim, novo desvio semântico na idéia de soberania popular: “O soberano, agora, já não é o titular do mando, mas simplesmente, na melhor das hipóteses, o que consente no exercício do poder. Deparamo-nos, aí, com um singular soberano, que aceita submeter-se ao governo de outrem”. Afastada a possibilidade de intervenção direta, recua a soberania

²⁷ Existe, é verdade, um enfoque “neoliberal” da renda mínima. Este se volta para uma justificativa de ordem econômica, enfatizando a renda mínima como forma de tornar funcionais os sistemas de proteção social, ao mesmo tempo em que viabilizam a flexibilização do trabalho, sendo, em última instância, necessários à eficiência da economia (cf. exposição de Sônia Miriam DRAIBE *et alli*, Relatório, citado, pp. 1-2). Esta abordagem, contudo, não nos interessa, desde que não vincula a renda mínima a um dever de solidariedade.

²⁸ J. LAFERRIÈRE, apud Charles DEBBASCH *et alii*, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 3ª edição. Paris: Economia, 1990, p. 24.

²⁹ Fábio Konder COMPARATO, Por que não a Soberania dos Pobres? in: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 4, jan./jun. de 1985, p. 112.

³⁰ Fábio Konder COMPARATO, *idem.*, p. 144

popular, pela eliminação de todo “poder ativo” do soberano. A soberania popular é contida pela delimitação da cidadania, mediante mecanismos como o voto censitário, exclusão do voto das mulheres, dos analfabetos, indígenas, etc.³¹

Para Aristóteles, a democracia não seria o regime da soberania popular, mas da soberania dos pobres, assim como a oligarquia se identifica pela atribuição do poder supremo aos ricos. Na democracia, o poder supremo pertence à maioria da população, na medida em que essa maioria é composta de pobres. Para estes, de fato, a única força se encontra no número.

*“Na teoria democrática moderna, porém, não há nenhuma ‘opção preferencial pelos pobres’. Soberano é o povo, entidade una, e não complexa, composta de indivíduos perfeitamente iguais entre si. Dentro dessa unidade coletiva, cuja delimitação concreta varia notavelmente segundo a definição constitucional de cidadania (...) a vontade da maioria equivale à vontade do todo. É dogma político que o povo quer, quando a maior parte dos que participaram, efetivamente, da eleição popular pronunciou-se em determinado sentido; mesmo que essa maior parte seja uma minoria, em relação ao número de eleitores ou em relação ao número de votantes.”*³²

A noção simples e unitária de povo é irreal: *“Ele não é, nunca, uma coleção de indivíduos iguais entre si, mas um conjunto complexo de classes, raças, clãs, estamentos, grupos religiosos, cujo poder e influência variam enormemente, de época a época e de país a país. O mecanismo de atribuição do poder supremo a essa unidade global e abstrata, por meio da expressão do voto majoritário, mais esconde do que revela a realidade do poder efetivo na sociedade.”*³³

Não basta, assim, a afirmação de que “todo poder emana do povo”, que se presta a fundamento teórico mesmo de um regime oligárquico.

*“Seria preciso partir, claramente, da alternativa democracia-oligarquia, no sentido aristotélico de governo dos pobres, contraposto ao governo dos ricos. E é necessário optar, não menos claramente, pela soberania dos pobres. Duas razões fundamentais fortalecem essa opção. Em primeiro lugar, o fato de que os grupos destituídos de propriedade e poder econômico são os maiores interessados no estabelecimento de um regime de igualdade, em todos os níveis: igualdade de acesso ao poder, à cultura, às artes, à produção, ao consumo, ao lazer. A idéia de igualdade sempre esteve na base da justiça e exerce, nos tempos modernos, um papel preponderante na transformação das sociedades. Em segundo lugar, milita a favor da soberania dos pobres o fato óbvio de que eles formam a maioria esmagadora de nossa população, e que um regime político não é justo quando desatende ao interesse da maioria. Tecnicamente, pode-se, portanto, traduzir o princípio da soberania dos pobres, em nosso País, como a atribuição do poder supremo à maioria...”*³⁴

Acrescenta ainda o constitucionalista que *“propugnar a efetiva atribuição da soberania à fração majoritária do povo, composta dos economicamente fracos, significa alte-*

³¹ Fábio Konder Comparato, idem, pp. 116/17.

³² Fábio Konder Comparato., idem, p. 118.

³³ Fábio Konder Comparato, idem, pp 118/119.

³⁴ Fábio Konder Comparato, idem, p. 123.

rar fundamente o esquema de poder. Os mecanismos de controle devem ser aplicados não ao soberano, mas aos detentores do poder ativo, tanto dentro do Estado como fora dele, a começar pela empresa”.

Inverte-se, pois, a perspectiva tradicional no que tange aos direitos fundamentais. *“Em sociedades desenvolvidas, eles representam, de fato, uma correção à onipotência majoritária, protegendo os indivíduos e os grupos minoritários. Em nosso País, ao contrário, os direitos fundamentais do homem são tão largamente desprezados, que o seu reforço e efetivo respeito correspondem ao próprio reconhecimento prático da soberania dos pobres. Nos países politicamente desenvolvidos, democracia significa lei da maioria, mais o respeito aos direitos fundamentais do homem. No Brasil, a autêntica democracia realizar-se-á com a atribuição do poder soberano à maioria, por meio do respeito aos direitos essenciais da pessoa humana”.*

“Ora, esses direitos essenciais da pessoa humana (essenciais, porque correspondem à própria dignidade do ser humano) não são apenas individuais, mas também sociais. São também direitos dos grupos humanos fundamentais: familiar, racial, lingüístico, religioso, cultural, profissional”. As prerrogativas que permitem a subsistência e prosperidade desses grupos não são outorgadas pelo Estado, mas devem ser por ele e pelos grupos dominantes respeitadas.³⁵

Enfim, *“a soberania dos economicamente fracos há de exercer-se, em nosso País, no sentido do desenvolvimento nacional”.*³⁶

Assim, para os pobres, a soberania reclama do desenvolvimento, em primeiro lugar, *“o direito a uma vida digna, independentemente de sua inserção no mecanismo econômico; e, em segundo lugar, sua inserção produtiva através do trabalho”.*³⁷

O primeiro passo, indispensável para essa inclusão, é assegurar o *mínimo vital a todas as pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza*, a libertação do homem da sujeição básica, da degradante necessidade diante da qual a liberdade e mesmo a “fração de soberania”, na ilustração de Rousseau, torna-se uma verdadeira irrisão.

O segundo passo é, evidentemente, o trabalho. Efetivamente, *“as políticas assistenciais, por necessárias que sejam, em face da miséria dos desempregados e excluídos, não bastam; mesmo assistido, um excluído continua excluído. Embora não haja como renunciar à política de redistribuição de renda, é a repartição inscrita no modo de produção que deve, em primeiro lugar, merecer nossa atenção”.*³⁸

6. O princípio da dignidade humana. A renda mínima como direito fundamental implícito na Constituição

Poucos princípios constitucionais apresentarão a riqueza significativa inerente ao da dignidade da pessoa humana, a tal ponto de constituir, em verdade, *“uma norma legitimadora*

³⁵ Fábio Konder Comparato, idem, p. 126.

³⁶ Fábio Konder Comparato, idem, p. 128.

³⁷ Ignacy Sachs, Em Busca de Novas Estratégias de Desenvolvimento. In: Revista de Estudos Avançados, publicação da USP e Instituto de Estudos Avançados. Vol. 9, nº 25, set./dez. de 1995, p. 47.

³⁸ Ignacy Sachs, idem, p. 47.

*de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é acima de tudo a Constituição da pessoa humana por excelência. Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor”.*³⁹

A dignidade corresponde a uma qualidade intrínseca da pessoa humana, elemento integrante e irrenunciável da natureza desta⁴⁰, pertencendo a todas as pessoas, não importando sua condição social, física e mesmo social (inclusive os criminosos são titulares da dignidade) e também a uma norma (qualificada como princípio na Constituição Federal), sendo possível, sob esse ângulo, cogitar-se de uma pretensão à dignidade, sempre que esta for desrespeitada, por ação (tortura) ou omissão (carência do mínimo vital).⁴¹

Tanto como qualidade da pessoa humana ou norma, existem dois pressupostos básicos para a dignidade humana: a existência da vida e as condições materiais que permitem ao indivíduo o desenvolvimento de suas capacidades, tornando-se “artífice do seu próprio destino”. Não deve o ser humano ser objeto de outrem, nem tampouco escravo da absoluta carência do essencial, marginalizado por completo dos benefícios que a sociedade moderna poderia lhe oferecer, num patamar mínimo.

Outra dimensão associada à dignidade da pessoa humana prende-se à garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, assumindo relevo a efetividade de direitos sociais voltados “à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguuração de um existência com dignidade”.

Efetivamente, “(...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde a igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana...”⁴²

A nosso ver, a pretensão à dignidade, representada em seu sentido material e primeiro da proteção contra a miséria aviltante, antecede aos direitos sociais propriamente ditos, que pressupõem um mínimo de condições de autodeterminação. Em termos empíricos, verifica-se que as políticas e serviços públicos tendem a favorecer os que, dentre os pobres, têm melhores condições (ex: o seguro desemprego pressupõe emprego registrado, a previdência pressupõe, em regra, contribuição, a saúde pública é buscada pelos que dispõem, ao menos, do necessário para o deslocamento e possuem a devida informação, etc.).

Francis Delpérée, referindo-se aos direitos sociais, econômicos e culturais contemplados na Constituição Belga, articula-os com o princípio da dignidade da pessoa humana:

“(...) É a este fim preciso – que é o de permitir a qualquer um levar uma vida de acordo com a dignidade humana – que os direitos econômicos, sociais e culturais são

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, citado, p. 111.

⁴⁰ Ingo Wolfgang SARLET, *op. cit.*, p. 104.

⁴¹ Ingo Wolfgang SARLET, *op. cit.*, pp. 104/07.

⁴² Ingo Wolfgang SARLET, *op. cit.*, pp. 108/09.

dedicados. Aí eles encontram sua explicação e sua inspiração. Como escrevemos em 1995 (...) “o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana aparecerá, talvez, com o tempo, como o direito que vai servir de justificação a todos os outros”.

Devemos nos surpreender? O Conselho Europeu de Luxemburgo lembrou, em 29 de junho de 1991: *“a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, como aquela dos direitos civis e políticos, e bem como aquela do respeito às liberdades religiosas e de culto, são de uma importância fundamental para a plena realização da dignidade humana e para as aspirações legítimas de todo indivíduo”.*

É exagero considerar que todo direito e toda liberdade são, de algum modo, dirigidos à realização deste objetivo precípuo? Não é admissível que o direito à dignidade humana transcendia os outros direitos do homem? Sem a dignidade humana, de que nos serve pensar, ensinar e crer? Sem dignidade humana, por que trabalhar, se educar, se beneficiar de vantagens econômicas e sociais?

Em suma, a dignidade humana é colocada sobre um pedestal. É o sustentáculo, é o ponto de referência. A Constituição faz do direito à dignidade humana o objetivo a esperar através da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁴³

Por terem fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), os direitos sociais que lidam com o mínimo essencial, veiculados através de prestações de previdência social, assistência social ou qualquer outro meio, ostentam caráter intangível e inalienável. No ensinamento de Francis Delpérée, perfeitamente aplicável à Constituição Brasileira:

*“Convidada a se pronunciar sobre o alcance da legislação relativa à assistência social, a Corte de Arbitragem considerou que o legislador – e, por via de conseqüência, o constituinte – quiseram indicar um começo, a quem do qual a vida do indivíduo não estaria mais em conformidade com as exigências da dignidade humana. É isto que explica, por exemplo, que o legislador garanta ‘o caráter intangível e inalienável das quantias outorgadas a título de assistência social’, mesmo em relação a credores de alimentos. O julgado de 6 de novembro de 1997 é particularmente significativo. Ele mostra que prestações mínimas são concedidas, por parte da assistência social, a um indivíduo. Não é permitido reduzir – de uma maneira ou de outra – o montante de uma tal intervenção, em face do risco de colocar este indivíduo em uma situação inconveniente. A corte assinala com firmeza: “Faz parte da lógica de uma instituição assim concebida não permitir o agravamento da situação de seus beneficiários por uma recuperação de ofício”.*⁴⁴

⁴³ “O Direito à Dignidade Humana” – tradução de Ana Marta Cattani de Barros Zilveti, in *Direito Constitucional, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, coordenadores: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti, Dialética, São Paulo, 1999, pp. 158/9

⁴⁴ Id. Ibid, p. 159.

A concepção da intangibilidade dos direitos sociais já concretizados por lei também encontra eco no princípio da *vedação do retrocesso*, tal como formulado por autores como Canotilho e Vital Moreira: “...as normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de caráter positivo têm pelo menos uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma ‘proibição de retrocesso’, visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este ‘transforma-se’, nessa medida, em ‘direito negativo’ ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele (...) Implicariam, assim, na “inconstitucionalidade das normas legais que realizam um direito em termos diferentes dos constitucionalmente previstos ou que contrariem a realização legal anteriormente atingida”.⁴⁵

A renda mínima inscreve-se dentre os direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios, conforme denominação expressamente outorgada pelo art. 5º, § 2º, da CF, os quais “são proposições jurídicas material e formalmente fundamentais fora do catálogo (Título II), diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (arts. 1º a 4º) de nossa Carta”. Encontra-se este direito fundamental, assim, em estado latente, podendo ser deduzido diretamente do regime (democracia social) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (arts. 1º a 4º). Sem embargo, os direitos fundamentais implícitos são dotados da mesma força jurídica dos expressos, constituindo direito imediatamente aplicável (art. 5º, § 1º, da CF) e passando a integrar o rol das “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF), o que se aplica igualmente aos direitos expressamente positivados na Constituição.⁴⁶

Robert Alexy, analisando a jurisprudência alemã, escreve que: “(...) no puede haber ninguna duda de que el Tribunal Constitucional Federal parte de un derecho fundamental a un mínimo vital (...) por ello, puede decirse que existe, por lo menos, un derecho social fundamental tácito, es decir, basado en una norma adscripta interpretativamente a las disposiciones de derechos fundamentales.”⁴⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de constituir unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimadora do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

“Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 129/32.

⁴⁶ Cf. Ingo Wolfgang SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, citado, pp. 106/12

⁴⁷ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 422.

Importa, contudo, ter presente que “*a hipótese de se incluir certa posição no campo de abrangência de determinada norma de direito fundamental não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, à definição, ou redefinição, do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção*” (p. 108).

Em sua dimensão negativa (que pressupõe uma abstenção do Estado) o direito à renda mínima não apresenta maiores dificuldades teóricas, o que não quer dizer que não tenha ricas implicações práticas, se considerarmos, por exemplo, o caráter regressivo do sistema tributário e a exagerada tributação sobre bens de consumo essencial.

Contudo, é em sua vertente positiva (direito subjetivo a prestações estatais), considerando-se ser dotado, como direito fundamental, de aplicação direta e plena eficácia jurídica (art. 5º, § 1º, da CF) que o direito à renda mínima suscita maiores discussões. Efetivamente, a exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, “*os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível de Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida dessa aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia.*”⁴⁸

A primeira questão – a qual já tangenciamos – diz respeito à “reserva do possível” ou disponibilidade de recursos. Nesse caso, o “condicionante econômico” nunca poderia servir de pretexto para negar efeitos jurídicos ao direito à renda mínima (ou ao consumo básico) porque este traduz-se, antes de tudo, por uma obrigação de redistribuir os recursos existentes, de forma a alcançar o nível mínimo da existência, de acordo com os níveis de desenvolvimento e a renda média do País.

A questão mais polêmica diz respeito à necessidade de interposição legislativa para fazer-lhes valer. Ainda que consideremos, na mais conservadora das leituras, as normas definidoras de direitos prestacionais, ainda que fundamentais, como meramente programáticas, haveria que reconhecer-lhes, na leitura Ingo Wolfgang Sarlet, ao menos os seguintes efeitos:

a) revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade;

b) imposições vinculativas ao legislador, obrigado a concretizar o programa constitucional, bem como a não se afastar dos seus parâmetros;

c) declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram;

d) função de parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas infraconstitucionais), no âmbito do que se poderia denominar de sua força expansiva, até mesmo uma eficácia criadora de novas normas;

e) geração de direito subjetivo no mínimo, no sentido negativo, já que sempre possibi-

⁴⁸ Ingo Wolfgang SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, citado, p. 255.

lita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental⁴⁹;

f) proibição de retrocesso, isto é, o de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas⁵⁰.

Indaga a doutrina ainda se um dos efeitos dos direitos sociais prestacionais não seria a criação de direitos coletivos. Corresponderiam, assim, a um direito à implantação de políticas públicas destinadas à efetivação do comando constitucional, de natureza necessariamente coletiva, em ação a ser proposta pelos entes legitimados à defesa de interesses metaindividuais.

A questão da necessidade de concreção legislativa do direito à renda mínima no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se, neste particular, de certo modo superada pelo advento de legislação instituindo os programas, a nível federal e municipal, principalmente. Havendo lei e programa, e atendidos os requisitos para ingresso (que sempre poderiam ser questionados em sua constitucionalidade) é dever do Estado conceder o benefício.

Mesmo antes da instituição de programas de renda mínima, decisões judiciais vinham reconhecendo o dever do Poder Público de amparar os necessitados, em casos envolvendo crianças, indígenas ou portadores de deficiência, mercedores de especial proteção pela ordem jurídica. Em ação proposta pelo Ministério Público destinada à inclusão de família necessitada em programa de auxílio, decidiu o TJ/SP:

EMENTA: Criança e adolescente – Ação de inclusão de família em programa oficial de auxílio – Legitimidade ativa do Ministério Público (arts. 23, parágrafo único, e 101, IV, ambos do ECA) – Município que mantém Secretaria específica da Promoção Social – Desnecessidade de prévia criação desse programa – Inocorrência de violação ao princípio da isonomia porque outras famílias, em igualdade de condições, poderão postular o benefício – Agravo improvido. AI nº 033.010.0/2 – Marília/SP. Relator: Des. Alves Braga.

“(…) A ora agravante sustenta a impossibilidade jurídica do pedido, vez que o município não dispõe do programa oficial de auxílio. (...) A disposição do art. 101, IV do ECA deixa claro que programa oficial é aquele vinculado a qualquer dos entes da Federação, União, Estados e Municípios, não sendo crível e nem tampouco justificável a existência de uma Secretaria de Promoção Social sem um correspondente programa de auxílio. Não cumpre argumentar com a inexistência de tal programa, até porque o atendimento emergencial e esporádico confirma a existência, ainda que precária, de um programa de auxílio. Não fora a existência da Secretaria, ainda assim, a obrigatoriedade de assistência decorre da lei. O programa é mero instrumento à efetivação da assistência. Se o Município não tomou as devidas providências para implantar um programa assistencial, isso não o desobriga do seu dever legal de assistir os necessitados.”⁵¹

⁴⁹ Na jurisprudência do STF, tal efeito encontra obstáculo na tradicional recusa da Corte em atuar como “legislador positivo”. Emblemático é o caso da restrição de 1/4 do salário mínimo prevista para a percepção do benefício de prestação continuada previsto na Lei nº 8.742/93, em dissonância com a norma constitucional (art. 203, inciso V). Recusou-se a Suprema Corte a suprimir a norma inconstitucional (ADIN 1232-1), o que ampliaria o universo de beneficiados. A despeito disso, os Tribunais Regionais Federais continuaram a decidir, nos casos concretos, pela inconstitucionalidade, e determinar o pagamento dos benefícios.

⁵⁰ Ingo Wolfgang SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, citado, pp. 267/272

⁵¹ In: Revista *Justitia*, out/dez 1996, vol. 58(176), p. 165 e segs.

7. Renda mínima e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Passaremos aqui ao largo da conhecida polêmica a respeito da incorporação de tratado internacional que disponha sobre direitos humanos no direito interno, entendendo, de um modo geral, os autores que se dedicam ao tema dos direitos humanos que suas disposições ingressam na ordem nacional na qualidade de norma constitucional, por força do § 2º ao art. 5º da CF, e os constitucionalistas, defendendo ingressar com status de norma ordinária, invocando a inteligência do STF sobre a matéria.

Efetivamente, ao contrário do que ocorre com os direitos de liberdade, não é a Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica) ratificada pelo Brasil em 1992, um instrumento específico de defesa dos direitos econômicos e sociais. Seu único dispositivo a respeito reza que: “os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. (art. 26, desenvolvimento progressivo).

A princípio, poderia o texto aparentar apoio à tese do condicionante econômico. No entanto, trata-se de um compromisso destinado à efetividade dos direitos econômicos e sociais consagrados na Carta da OEA. Este pacto, como vimos, não alberga a concepção de desenvolvimento como sinônimo de mero crescimento, mas a de desenvolvimento integral, como equivalente de desenvolvimento sustentável, e este, adotando a dignidade humana como ponto de partida, pressupõe um grau de proteção mínimo do ser humano contra as carências vitais. A ressalva refere-se apenas às diferenças econômicas de cada nação do continente americano; nenhuma delas pode se considerar dispensada de combater a mortalidade infantil, de assegurar escola para todos, de garantir a subsistência através de programas assistenciais, ou de renda mínima, que asseguram, como vimos, vantagens (mesmo em termos de economicidade) com relação àqueles.

Temos que a instituição de programas de renda mínima representa o atendimento do compromisso firmado pelo Brasil naquele instrumento interamericano. Para que tais programas e compromissos sejam levados a sério, resta apenas aos dirigentes nacionais recuperarem “o sentimento da miséria” perdido, saberem “o que significa para uma pessoa no interior do Piauí não ter o que comer todos os dias”, como disse, com felicidade, Jean Ziegler⁵².

⁵² *Correio Braziliense*, 21 de março de 2002.

DO CRIME MILITAR CULPOSO

*Edmar Jorge de Almeida**

Sumário: 1. Introdução. 2. Estrutura do crime militar culposo. 3. Conclusão

1. Introdução

As sociedades contemporâneas, impelidas por vertiginoso desenvolvimento científico e tecnológico, têm-se caracterizado pela geração progressiva de situações perigosas para a incolumidade física, para a saúde e para a vida humana. Perigos potenciais ou concretos, todavia inevitáveis, em face da necessidade e da utilidade de atividades essenciais ao desenvolvimento humano. Os veículos automotores de transporte de pessoas ou cargas, v.g., pela potência, velocidade final ou capacidade de carga, são pálida expressão do grande número de circunstâncias perigosas engendradas para a vida coletiva. A estas poderiam ser acrescidas as atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços perigosas, desde a produção instrumentos, armas e petrechos militares, de elevado poder destrutivo, ou substâncias inflamáveis, ácidas, corrosivas, tóxicas, combustíveis, explosivas, biológicas, ao simples transporte, manipulação ou armazenamento destes.

Dentre o rol de atividades concreta ou potencialmente perigosas incluem-se, com maior razão, aquelas em que *o perigo é da própria natureza destas*; operações em plataformas de petróleo, de lançamento de foguetes, ações de busca e salvamento, de segurança, vigilância, defesa, etc. As atividades profissionais do militar, nesse contexto, estão entre as que maiores e mais acentuados riscos para a incolumidade física produzem, a reclamar dos aplicadores do direito exame e observação diferenciados na delimitação da culpa. É condição própria das ações militares, no emprego de meios e modos de combate, como nos simples treinamentos, na instrução, em manobras ou exercícios, a geração de situações perigosas, ampliando a esfera de incidência do *conceito de risco permitido* para as situações produzidas. À margem de discricionariedade dos instrutores militares incumbidos do mister, não raro de difícil delimitação no plano teórico ou prático, acrescentaríamos a complexidade técnica e

* Edmar Jorge de Almeida é vice-procurador geral da Justiça Militar.

operacional de algumas ações especiais, indutoras de situações-limite de risco para a vida.

Quanto mais complexo o emprego dos meios e modos na ação, quanto maior a complexidade dos objetivos da operação ou da instrução, mais especializado o adestramento, maior a geração de riscos. Quanto mais adverso o meio ambiente, no qual se desenvolvem as ações, quanto maior o antagonismo dos inimigos, quanto maiores as dificuldades a enfrentar, mais perigosos os exercícios, maiores as exigências da instrução, de forma a premunir os instruídos com recursos técnicos e físicos para o enfrentamento, na busca da otimização dos recursos humanos e materiais, visando à eficiência e a eficácia das ações de ataque ou defesa.

À luz da tal ambiência profissional, a noção clássica de culpa não atende com a desejável clareza às necessidades de *delimitação da culpa em sentido estrito*. À *inobservância do cuidado objetivo devido*, haveremos de agregar as noções de *risco permitido e risco proibido, do princípio da confiança e das regras da profissão do militar*.

A concepção clássica do Direito Penal reduzia o crime culposo à culpabilidade nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia, condutoras da causação do resultado lesivo. Por isso, e por muito tempo, considerou-se a *previsibilidade do evento* como essência do delito culposo, tendo no evento danoso seu aspecto mais saliente, a implicar o fato punível no desvalor do resultado.¹

A delimitar a *previsibilidade do evento* estariam, no limite superior, o dolo eventual, fronteira da culpa consciente, ou culpa com previsão – na qual a vontade passa a desenvolver-se teleologicamente para um resultado que o agente confia poder evitar –, e no limite inferior, os casos fortuitos ou de força maior, nos quais a previsibilidade já não teria a menor relevância em relação ao resultado. Ou os resultados seriam imprevisíveis, ainda que adotados os cuidados exigidos pela lei ou pelo costumes para o comportamento, ou inevitáveis, ainda que previsto o resultado, por forças superiores às do agente. É o que se extrai da fórmula casuística adotada pelo Código Penal Comum de 1940, art. 15, II, mantida pela reforma de 1984, na dicção do art. 18: *Diz-se o crime: - II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*.

Imprudência, negligência ou imperícia constituiriam modalidades genéricas de culpa, enunciação casuística do cuidado objetivo exigível. Em substância, através dessa formulação, se apresentariam as condutas reprováveis de quem omite a cautela, a atenção e a diligência ordinária ou especial devidas.

O Código Penal Militar em vigor, Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, acompanhando as modificações introduzidas na Lei Penal Comum pelo Código Penal de 1969, Decreto-Lei nº 1004, de 21 de outubro de 1969 – revogado antes de entrar em vigor – preferiu conceituar tecnicamente a culpa:

– Art. 33. *Diz-se o crime:*

Culpabilidade

I – doloso...;

II – culposo, quando o agente deixando de empregar a cautela, atenção ou

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, Forense, 6ª ed., p. 220.

diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

Em que pese a rubrica marginal referir-se à *Culpabilidade*, ao sabor da visão causativa da ação, a fórmula engloba a *previsibilidade objetiva* – incidente na tipicidade – quando o agente deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, a que estaria obrigada uma pessoa prudente e com discernimento medianos; da *previsibilidade subjetiva* – quando o agente, segundo as suas aptidões e poder pessoal², deixa de empregar a cautela, atenção ou diligência especial a que estava obrigado nas circunstâncias em que esteve envolvido –, esta sim incidente para o juízo de reprovação da conduta, ou *Culpabilidade*.

Em perfeita consonância com a nova dogmática do direito penal, o *Dever de Cuidado* na Lei Penal Militar passa a ser o critério determinante da culpa *stricto sensu*, ao definir a ilicitude dos crimes culposos pela discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar dano aos interesses e bens de terceiros.³

O *conceito de cuidado necessário é objetivo e normativo* e corresponde à conduta do homem prudente na situação do autor, critério do *homo medius*, que informa a conduta típica. A reprovabilidade pela falta de observância do cuidado objetivo, por parte do agente nas circunstâncias, é que identificará a culpabilidade, ou seja, o cuidado exigível daquele agente determinado em empregar a diligência especial a que estava obrigado, em meio às circunstâncias que envolveram as circunstâncias do resultado lesivo.

A *estrutura do crime militar culposo*, diversa, portanto, da do crime doloso, abarcaria uma *conduta voluntária*, em cujo eixo central acha-se o *dever de cuidado objetivo*, informado pelos conceitos de *risco permitido e risco proibido*, pelas *regras da profissão do militar* e pelo *princípio da confiança*, o *resultado involuntário*, o *nexo de causalidade* e a *tipicidade*.

2. Estrutura do crime militar culposo

2.1 Conduta humana voluntária

A *conduta culposa* consiste na ação ou omissão voluntárias, da qual resulta um evento lesivo não querido, por inobservância do *dever de cuidado objetivo*.

Os fins perseguidos pela conduta são irrelevantes sob o ponto de vista penal, a conduta é dirigida para um fim lícito, *o modo* ou *os meios* empregados é que não se conformam à cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, exigíveis nas circunstâncias.

Não será decisivo se o resultado involuntário, não querido, era ou não previsível, influenciando tal distinção apenas na caracterização da espécie de culpa: inconsciente ou consciente. Na primeira, o resultado não é previsto pelo agente, conquanto previsível, se agisse com o cuidado

² WESSELS, J. W., *apud* Damásio Evangelista de Jesus. DP, 25ª ed., 1º vol., 2002, p. 299.

³ Exposição de Motivos do CP/69, item 10.

devido. É a culpa comum, que se manifesta pela imprevisão do previsível, no dizer de Nelson Hungria: “previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum.”⁴ A segunda, culpa consciente, também chamada culpa com previsão, é aquela em que o agente prevê o resultado, mas confia, com honestidade de propósitos, que ele não ocorra, ou que poderá evitá-lo com a sua atuação pessoal. É a dicção da parte final do art. 33, II do CPM:

Art. 33. Diz-se o crime:

II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria, ou que poderia evitá-lo.

Noutro sentido, terá relevância a previsibilidade no que tange à denominada Culpa Imprópria, também chamada Culpa por Extensão, Assimilação ou Equiparação. Nesta o evento é previsto e querido pelo agente, que age conscientemente no sentido de realizá-lo, laborando, nada obstante, em erro inescusável ou vencível. Se agisse com o cuidado objetivo devido, evitaria o resultado.

Cabe aqui, por inteiro, a objeção de Cezar Roberto Bitencourt: “Só impropriamente se pode admitir falar de *culpa* em uma conduta que prevê e quer o resultado produzido, sob pena de se violentar os conceitos dogmáticos da teoria do delito.”⁵ (Grifos do autor). Erro culposo não se confunde com crime culposo, sublinha o mesmo autor. De fato, com base na doutrina de Jescheck e Graf Zu Dohna, nas hipóteses de erro culposo não se está criando nenhuma culpa, própria ou imprópria, mas se está somente adotando uma cominação do tipo imprudente, há na realidade um crime doloso. No mesmo sentido, diz Damásio E. de Jesus: “A denominação é incorreta, uma vez que na chamada culpa imprópria temos, na verdade, um crime doloso a que o legislador aplica a pena do crime culposo.”⁶

O CPM cuida da matéria sob o título de Erro de Fato, art. 36, § 1º, não obstante reconhecer a imperfeição técnica – cuja atualização recomendaria o critério adotado pelo CP comum, ao tratar do Erro de Tipo – mantendo a então clássica distinção entre Erro de Direito e Erro de Fato, preferida pelos doutrinadores pátrios da época.

O eixo condutor e configurador da *culpa* nesse contexto, estará vinculado à violação do *Dever de Cuidado Objetivo*, delimitado pelos conceitos de risco permitido e risco proibido, pelas regras do ofício ou profissão militar e pelo princípio da confiança.

2.1.1 Dever de cuidado objetivo

O conceito de cuidado exigível, informado pela cautela, atenção ou diligência ordinária ou especial nas circunstâncias, é objetivo e normativo, vale remarcar. A *inobservância do cuidado objetivo* necessário é elemento do tipo culposo. A cautela, atenção, ou diligência, ordinárias devidas são identificadas pelo cotejo entre a conduta adotada pelo agente e a condu-

⁴ Comentários ao Código Penal, Vol. 1, tomo 2, p. 188.

⁵ BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed., vol. 1, 2000, p. 228.

⁶ JESUS, D. E.. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2002, p. 304.

ta que adotaria o homem prudente e com discernimento na situação do autor, é o chamado critério do *homo medius*, ao qual se remete o desvalor do resultado e a tipicidade do comportamento. A dúvida nesses casos milita em desfavor do agente, segundo os critérios adotados pelo direito penal comum; havendo incerteza quanto à superveniência do resultado danoso, deve abster-se de realizar a conduta. Agindo movido pela dúvida acerca do resultado, sobrevivendo este, tornar-se-á agente de crime culposo por imprudência. No direito penal militar, ao contrário, como se verá à frente, a incerteza é componente inseparável da atividade, sempre envolvida em riscos; perigos inerentes à própria profissão, não constituindo a dúvida pressuposto da culpa, menos ainda exigência de abstinência do comportamento, o que comprometeria a própria razão de existir da profissão.

A responsabilidade pelo resultado lesivo, nesse entremeio, só se imputará ao autor, se e quando reprovável a conduta.

A reprovabilidade do comportamento será obtida pela inserção do agente nas circunstâncias objetivas em que se deu o evento. Levar-se-á em conta o agente, seu discernimento e poder de agir. Se pudermos exigir deste conduta mais consentânea com a cautela, com a atenção ou diligência nas circunstâncias objetivas do caso em concreto, haverá violação do cuidado exigível, devendo, portanto, responder pelos danos que tiver causado.

Elemento fundamental para configurar o crime culposo – *o dever objetivo de cuidado* – será informado pela diligência devida e não pela simples conexão entre a conduta e o resultado lesivo.⁷

Para configurar a violação do dever objetivo de cuidado será necessário que o agir descuidado ultrapasse os limites dos perigos socialmente aceitáveis na atividade desenvolvida. Somente quando se falar na ausência da atenção e cuidados especiais, poder-se-ia falar em culpa. Quanto maior o perigo da atividade realizada, maior a prudência e vigilância.⁸

Damásio E. de Jesus relaciona a inobservância do cuidado objetivo necessário à imprudência, à negligência e à imperícia. Estas, segundo o autor, são formas de manifestação objetiva da violação do dever de cuidado⁹.

Helena Cláudio Fragoso também considera o cuidado objetivo o eixo condutor para a verificação da conduta culposa. Para identificar o cuidado objetivo exigível, cumpre ter presente não só as características gerais de uma pessoa prudente e normal, mas, também, as características específicas do agente com as qualificações profissionais que apresente.

Quando se trate de ofício ou profissão, intercala, pode dizer-se que não viola o cuidado objetivo o agente que atende às regras da arte (*legis artis*), ou seja, as normas de comportamento dadas pela ciência, pela experiência ou pela prática habitual. Não age ilicitamente o profissional que observa fielmente as regras de seu ofício, embora essas regras estejam em constante evolução. Embora não seja necessariamente contrário ao dever de cuidado o comportamento que se afasta das normas, é sempre conforme ao dever o comportamento que as observa (Lenckner).¹⁰ Adita Juarez Cirino dos Santos:

⁷ ENGISCH, *apud* Muños Conde. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris editor, 1988.

⁸ BITENCOURT, C. R. São Paulo: Saraiva, 1º Vol, 2000.

⁹ Id.

¹⁰ FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*. Forense, 1984.

“As ações socialmente perigosas devem ser realizadas com o cuidado objetivo exigido para evitar lesão a bens jurídicos. O conteúdo do cuidado objetivo exigido é delimitado concretamente pelos conceitos de risco permitido e de previsibilidade do resultado, auxiliados por critérios complementares.¹¹”

Na tipicidade culposa, portanto, o núcleo basilar é o *descumprimento do dever de cuidado*, no qual se insere a finalidade do agir. A culpa só poderá ser examinada *ex post*, como recomenda Jescheck, pois só com a causação do resultado é que se poderá examinar e concluir pelo *descumprimento do dever de cuidado*. A não-observância do dever de cuidado constituirá o fator determinante do resultado.¹²

Fundamental, nesse passo, a precisa delimitação do *risco permitido* e do *risco proibido*. O limite da permissibilidade social, ou profissional, como no caso dos militares, é o ponto de partida para delimitar de modo geral o *cuidado objetivo exigido*.

2.1.1.1 Risco proibido – Risco permitido

Ponto de inflexão para a definição da culpa, o conceito de *risco permitido* delimitará de modo genérico o cuidado objetivo exigido nas ações, potencial ou concretamente perigosas. O primeiro referencial, por conseguinte, será o estabelecido pela lei para o caso concreto. O exemplo mais comum é a limitação de velocidade para veículos automotores nas zonas urbanas e nas estradas. Ultrapassados os limites estabelecidos ocorrerá a violação do dever de cuidado objetivo exigido, ingressando a conduta, em princípio, no *risco proibido*, a cuja superveniência de um resultado danoso estará vinculada, a implicar responsabilidade para o agente.

A desobediência às regras produz um *risco proibido*, desaprovado, caracterizador do desvalor da ação, limite da previsibilidade de ações perigosas.

De ressaltar, por óbvio, a insuficiência desses parâmetros. Ninguém admitirá como socialmente permissível a conduta de quem conduz um veículo na velocidade máxima permitida em lei, diante da probabilidade próxima e iminente de causar danos à pessoa que, desavisada ou desatenta, incapaz ou enferma, atravesse a rua de forma descuidada. Diante da dúvida acerca da possibilidade de lesão, haverão de ser reduzidos os limites da conduta permitida até a abstinência, se indispensável para evitar o resultado lesivo. Este critério, valioso para a aferição da culpa no direito penal comum, é insuficiente para a sua determinação na esfera penal militar. A possibilidade de lesão é sempre presente, a dúvida aqui haverá de ter outro campo de incidência, específico, em relação ao planejamento, execução e controle de ações, não genericamente para todas as ações, dado que em todas as atividades haverá sempre a possibilidade de lesão pelos perigos da profissão.

Daí a necessidade de aditar critérios auxiliares para a distinção do *risco permitido* e do *risco proibido*, assim no direito penal comum como no direito penal militar, com mais acentuadas razões. Não será a gravidade do perigo que determinará essa diferença, adverte

¹¹ SANTOS, J. C. *Teoria do Crime*. Ed. Acadêmica.

¹² PIERANGELLI, J. H. *Teoria Geral do Crime*. Curso sobre a Reforma Penal, São Paulo: Saraiva, 1985.

Damásio E. de Jesus, ao referir o pensamento de Enrique Gimbernat Ordeic. O perigo e o risco são inerentes ao mundo natural, a permissão e a proibição são axiológicos e derivam das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.¹³

A permissibilidade de condutas perigosas advém das estruturas sociais que a disciplina através de critérios de *utilidade e necessidade, evitabilidade e inevitabilidade* do risco. O *Risco Permitido* ou *Proibido* estará, portanto, sempre vinculado à situação concreta, dentro das condições gerais de permissibilidade.

Na ambiência castrense, maiores dificuldades defrontará o aplicador do direito, variando, sobremodo, como antes sublinhado, os critérios de *utilidade, necessidade, evitabilidade* ou *inevitabilidade* do perigo, em face das especificidades da profissão do militar, na qual a geração e convivência com o risco é inerente, permanente e inseparável do mister.

As condições gerais de permissibilidade estarão extremadas, portanto, no travejamento das regras do ofício e pelo princípio da confiança, segundo os critérios de necessidade, utilidade ou inevitabilidade do perigo.

2. 1.1.2. Regras do ofício e princípio da confiança

Não sendo possível eliminar todos os riscos do tráfego social, o que resultaria na paralisação da produção e da prestação de serviços essenciais para a saúde e para a vida coletiva, os critérios de utilidade, necessidade e inevitabilidade dos riscos serão ditados por *normas jurídicas, regras técnicas*, pelo *conhecimento técnico das profissões – Lex artis –* e pelo *dever de informar-se*.¹⁴

Exemplo de norma jurídica que delimita o *risco proibido* é o art. 279 do CPM. *Dirigir veículo motorizado, sob administração militar, na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez, por bebida alcoólica, ou qualquer outro inebriante. Pena – detenção, de três meses a um ano.* Em que pese punir-se a conduta por dolo, não sendo prevista a modalidade culposa, nada obsta a imputação pelo *risco proibido*.

Regras Técnicas: As instituições militares possuem grande número de regulamentos e instruções para a utilização de armas, instrumentos, equipamentos, instalações, ou veículos, estabelecidas com a finalidade de reduzir ou eliminar os riscos mais comuns da atividade. São indicadores colhidos pelo desenvolvimento científico e tecnológico, pela experiência consolidada ao longo do tempo e pela repetição das ações, delimitadoras, no campo técnico profissional, do cuidado exigido nas situações concretas e peculiares da profissão do militar. São padrões objetivos que devem servir de balizamento na avaliação do cuidado objetivo exigido.

Manuais – *Lex artis*: O exercício da profissão do militar, pelos riscos inerentes à atividade, em regra, é regulado por compêndios de consulta e manuseio simples, cujo objetivo é facilitar a execução de tarefas peculiares, a constituir verdadeiros limites a determinadas ações. A mera desobediência aos princípios e regras por estes recomendadas leva à constatação do *risco proibido em meios e modos de atuação*. Vinculando o descumprimento dos limites

¹³ JESUS, D. E. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁴ *Ibid.* p. 42-43.

recomendados conduz à responsabilização pela produção dos riscos não cancelados pela utilidade e necessidade da conduta. Exemplo digno de nota nesse contexto são os Manuais de Segurança da Instrução Militar, sempre valiosas nas ações de elevados riscos.

Deve ressaltar-se que não bastará a simples violação das regras técnicas ou dos manuais de exercício para conduzir à responsabilização pelo resultado lesivo. Há de verificar-se se existe o nexo de causalidade entre a violação e o resultado danoso e se o cumprimento da norma técnica impediria o resultado proibido. Há de reconhecer-se que, na busca da otimização de meios e modos de atuação, desfrutam os instrutores e comandantes militares de uma faixa de discricionariedade, em que o interesse público não é regulado em sentido amplo, nem pela tutela penal, nem pelas regras técnicas, ou pelos manuais da profissão.

Dever de informar-se: O profissional em geral e o militar em particular, pelos perigos característicos da profissão, devem planejar cuidadosamente a atividade a ser realizada. A surpresa para os militares, em regra, quando não atribuível a caso fortuito ou de força maior, constitui falha de planejamento. Por isso, está obrigado ao exame prévio de todas as ações e conseqüências, de forma a prever todos os resultados potencialmente lesivos. A omissão nesses casos induz a criação de riscos juridicamente desaprovados, conduzindo à violação do dever objetivo de cuidado. No emprego de meios e modos de combate estará obrigado ao conhecimento pleno do que emprega. Não é aceitável que o militar desconheça os efeitos do uso de determinada arma, equipamento, ou acessórios e os utilize sem o domínio e controle dos efeitos. Se o curso causal de sua atuação não estiver sob seu domínio cognitivo e volitivo, deve abster-se de praticá-lo. A dúvida aqui é indutora do risco proibido, a abstinência do comportamento obrigatória, respondendo o agente pelos resultados danosos que vier a dar causa.

Princípio da confiança

A confiança é a base de orientação das opções e decisões humanas no meio social. Pressuposto de segurança constitui valor fundamental nas relações sociais e profissionais, de forma a reduzir ou eliminar os crescentes riscos engendrados pela complexidade das relações humanas na sociedade contemporânea.

Confiança presume segurança e consciência de interdependência da qual não se pode fugir e de cuja existência e valor depende o êxito das iniciativas, a harmonia, ordem e bem-estar sociais ou profissionais.

O princípio da confiança define a expectativa de comportamentos adequados dos demais partícipes da vida social em ações perigosas. Esta confiança varia conforme a extensão dos riscos implícitos nas atividades dos sujeitos socialmente relacionados e constitui uma das bases de decisão e orientação da própria conduta.¹⁵

Se na vida de relação intersubjetiva de todos se exige o dever objetivo de cuidado, é justo que se espere de cada um o comportamento prudente e inteligente, exigível para uma harmoniosa e pacífica atividade no interior da vida social e comunitária.¹⁶

¹⁵ SANTOS, J. C. *Teoria do Crime*. Ed. Acadêmica, 1993.

¹⁶ TOLEDO, F. A. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

Imprescindível ao meio social, na ambiência militar, e sobretudo nesta, o princípio da confiança é a expectativa de cumprimento das rotinas aceitas como indispensáveis à consecução dos fins visados. Relevante em especial nas ações coletivas, nas quais o êxito de uma tarefa se acha na dependência da eficácia da ação de outros, que agem em convergência de vontades e objetivos. Quem atua nessas condições, tem o direito de esperar que seus companheiros atuem em conformidade com as precauções exigidas para a profissão, ou pelas cautelas peculiares da ação empreendida. Por isso, quem deflagra um processo causal de resultado eventualmente lesivo, dentro dos limites do *risco permitido*, cuja superveniência ingresse no *risco proibido* pela omissão de outro obrigado a agir, não pratica conduta típica, se as regras do comportamento implicavam a incidência do *princípio da confiança*. Da mesma forma, não pratica conduta típica quem no desempenho de ação perigosa recíproca dá causa a dano a outrem, cuja conduta, violando o *princípio da confiança*, ingressou em *riscos proibidos* assumidos pela própria vítima. As denominadas *Ações a próprio risco* excluem a responsabilidade de quem, conquanto participe de obra comum, manteve-se dentro dos limites do princípio da confiança, agindo, ainda que perigosamente, dentro das regras aceitas como apropriadas para a ação.

2.2 Resultado involuntário

Nos delitos culposos, ao resultado lesivo como efeito há de estar vinculada uma conduta humana voluntária como causa. Conduta humana voluntária que omite a cautela, a atenção ou a diligência devida. A ilicitude nos crimes culposos surge com a discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito ao cuidado objetivo necessário em todo comportamento, de forma a evitar dano a interesses e bens de terceiros.

Os resultados nos delitos culposos militares serão sempre em detrimento da vida, da saúde, da integridade física, ou do patrimônio, da pessoa ou da instituição militar. Quanto ao aspecto qualitativo o resultado ou evento terá a sua configuração em dano ou perigo de dano. Em nenhuma hipótese será admissível a tentativa, posto que nesta a vontade se dirige a um resultado proibido, diverso daquele que resulta da conduta culposa, que não é dirigida ao evento típico.

O resultado culposo poderá também qualificar a conduta dolosa ou culposa, nos crimes preterdolosos e culposos qualificados pelo resultado culposo, v.g., nos crimes de perigo comum, art. 277 do CPM, entre outros.

A relevância penal da ação empreendida dependerá sempre da concretização do resultado, sem este, vale dizer, *sem o componente de azar*, como alguns de forma imprecisa costumam denominar, a conduta lesiva ao dever objetivo de cuidado será um indiferente penal. Daí porque é indispensável o vínculo objetivo entre a ação e o resultado, relação de causa e efeito de cuja existência dependerá a relevância jurídica do resultado. O evento danoso há de ser produto necessário da conduta que transgredir o dever objetivo de cuidado. Sendo inevitável o dano, mesmo que adotadas a cautela, atenção ou diligência ordinárias ou especiais, a que estava obrigado o agente nas circunstâncias, não se caracterizará o delito culposo. O resultado será produto de fatores imprevisíveis ou inevitáveis ainda que previstos, e não efeito necessário da conduta descuidada.

Além do liame objetivo, decorrente do nexa causal naturalístico, há de se verificar a existência de um vínculo normativo, valorativo, confinado ao plano jurídico.

2.3 Nexo de causalidade – imputação objetiva

Eppur si muove! (No entanto, se move) insistiria Galileu Galilei – 1564/1642 – para ver-se punido definitivamente com a prisão domiciliar e o silêncio pelo resto dos seus dias, livrando-se da fogueira destinada aos hereges, na qual, antes dele, Giordano Bruno viu-se consumido pelas mesmas razões.

O movimento, ininterrupto, é a força da vida, em qualquer ponto do universo. É do movimento, incessante, que as transformações surgem por força de energias naturais, que alguns consideram cegas, ou pela vontade dos protagonistas principais, os homens, cujos efeitos sequer podem evitar em grande número de casos, convertendo-os em agentes e objeto dessa energia transformadora e eterna.

O Direito Penal ocupa-se apenas de parte dessas transformações, as engendradas pela vontade humana, pretendendo antecipar ações e conseqüências, quando importam em perturbações ou lesões para as relações intersubjetivas. Há ações que dispensam a eclosão do resultado para serem incriminadas, outras os prevêm mas antecipam a incriminação dispensando a ocorrência, outras exigem a produção naturalística da ocorrência danosa para a responsabilização dos autores. Nesta última se acham os delitos culposos em geral, os delitos militares de par com eles.

Daí por que é imprescindível estabelecer critérios que vinculem o resultado à ação que lhe deu causa. Identificar o liame que constitui o fio condutor entre ação e resultado. É esta relação de causa e efeito que interessa aos crimes culposos na configuração do tipo culposos.

Preceitua o art. 29 do CPM, com idêntica dicção na lei penal comum:

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

O Direito Penal Militar não distingue causa ou condição; tudo quanto contribua para o resultado é causa. Adotou a teoria equivalência dos antecedentes causais, ou *conditio sine qua non*. Ainda que outras causas ou condições concorram antes, durante ou depois da ação incriminada, não estará livre o seu autor da imputação pela causalidade objetiva.

Com a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes a cadeia causal poderá ser projetada infinitamente, exigindo critérios auxiliares que a limitem, sob pena de perder o sentido prático de instrumento de valoração das condutas relevantes para o direito. O primeiro limite oposto é o elemento subjetivo do comportamento proibido – dolo ou culpa. Além desses limites o resultado resvalará para o imprevisível, ou ainda que previsto, inevitável, por forças superiores a quem age. Assim, toda e qualquer conduta que não for impulsionada pela vontade, livre e consciente na origem, ou pela negação dos cuidados exigidos, estará fora da esfera de incriminação.

Na busca da determinação do momento no qual a lesão a um bem jurídico pode ser atribuído a uma pessoa reside um dos mais antigos problemas do Direito Penal, cuja solução não foi possível encontrar com o dogma causal naturalístico ou com a doutrina finalista da ação. Para Damásio de Jesus, o problema não se resolve na área das ciências físicas, mas no plano jurídico, normativo, valorativo. *Reside no estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo*. Não se destaca o resultado naturalístico, próprio da doutrina causal clássica e do fato típico, mas o evento jurídico, lesão ou perigo de lesão do bem tutelado pelo direito penal.

Significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico¹⁷.

Trata-se de atribuir juridicamente a alguém uma conduta de risco proibido e de haver provocado um resultado jurídico, estabelecer um vínculo normativo entre a conduta e o resultado jurídico – dano ou perigo de dano jurídico.

Consiste em aditar um elemento normativo a todos os tipos, dolosos ou culposos, sem este a conduta será atípica, por ausência de imputação objetiva. A tudo, poderíamos resumir: – diante da causalidade objetiva verificar-se-ia se a conduta observada criou para o bem tutelado um risco juridicamente proibido e relevante; se o perigo engendrou um resultado jurídico abrangido pelo tipo incriminador.

Nesse passo, não haverá dúvida de que a imputação objetiva somente é aplicável aos crimes materiais, de resultado naturalístico, posto que sem resultado o crime culposos não teria existência real. Daí, para concluir: o resultado há de ser consequência necessária da inobservância do cuidado devido na conduta, esta será a causa daquele; se o resultado ocorreria, ainda que a conduta fosse cautelosa, não será possível atribuí-la ao agente, por ausência de nexo causal; se houver inobservância do cuidado devido no agir, mas não sobrevier o resultado, não haverá crime; ainda que a conduta que antecedeu o resultado seja desatenta, descuidada ou com descautela e aquele resultado ocorreria mesmo que a conduta estivesse de acordo com a atenção, cautela ou diligência ordinária ou especial a que estava obrigado o agente nas circunstâncias, não poderá ser atribuído a este o resultado lesivo, visto que ocorreria a despeito daquela.

2.4 Tipicidade

Nem todo fato da vida social que causa lesão ou perigo de lesão a interesses jurídicos relevantes é incriminado e punido por sanção penal que o condiciona à ordem jurídica. Por isso o legislador apenas previu os comportamentos que maiores reflexos lesivos podem causar à ordem jurídica, definindo-os como condutas proibidas. Essa definição, abstraído qualquer conteúdo valorativo, é a tipicidade.

O tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva.

Tipicidade é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora, conceitua Damásio E. de Jesus. É a qualidade que possui o fato de encontrar correspondência descritiva no modelo legal, conclui.¹⁸

Decorrencia lógica do princípio da reserva legal, exige adequação do fato praticado com a descrição abstrata da lei penal. Como sublinha Cezar Roberto Bitencourt, essa adequação, operação intelectual de conexão entre fatos e o modelo típico, *cumpra uma função fundamental na sistemática penal. Sem ela a teoria ficaria sem base, porque a antijuridicidade*

¹⁷ JESUS, D. E. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 2002, p. 280.

¹⁸ JESUS, D. E. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

*deambularia sem estabilidade e a culpabilidade perderia sustentação pelo desmoronamento do seu objeto*¹⁹, socorrendo-se do pensamento de Zaffaroni.

3. Conclusão

1ª. A cláusula genérica consagrada no Direito Penal comum para a valoração do dever objetivo de cuidado, através da fórmula casuística do art. 18, II do CP: Diz-se o crime: – Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, é insuficiente para a delimitação da culpa, em sentido estrito, no Direito Penal Militar;

2ª. A previsibilidade do evento lesivo, adotada pela doutrina clássica como essência do crime culposo, cede à violação do dever objetivo de cuidado como critério para a determinação da culpa *stricto sensu*;

3ª. O dever objetivo de cuidado, eixo central e condutor da conduta culposa, é informado pelos conceitos de risco permitido e risco proibido, pelas regras da profissão do militar e pelo princípio da confiança;

4ª. A permissibilidade de condutas perigosas no âmbito do direito penal militar, advém da estrutura, organização, atribuições, meios e modos e atuação das Instituições Militares, segundo critérios de necessidade, utilidade, evitabilidade ou inevitabilidade do risco, vinculadas a atividades perigosas por sua própria natureza, não se aplicando os escólios da doutrina penal comum. De tal modo discrepam destes, que no âmbito do DP comum, antevisto o resultado lesivo, os limites do risco permitido se estreitam até a abstinência da conduta, ao contrário da ambiência militar, onde o risco é peculiar da própria atividade e o incremento, variação ou grau de risco permitido subordinado a outros fins.

Bibliografia

- BITENCOURT, Cezar Roberto. São Paulo: Saraiva, 1º Vol, 2000.
- ENGISCH, *apud* Muñoz Conde. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris editor, 1988.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal*. Forense, 1984.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1, tomo 2.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed., vol. 1, 2000.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Teoria Geral do Crime*. Curso sobre a Reforma Penal, São Paulo: Saraiva, 1985.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria do Crime*. Ed. Acadêmica, 1993.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- WESSELS, Johannes Wessels, *apud* Damásio Evangelista de Jesus. DP, 25ª ed. 1º vol., 2002.

¹⁹ *Op. cit.* ZAFFARONI *apud* Cezar Roberto Bitencourt.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A JUSTIÇA DO TRABALHO: CONSERVADORISMO JUDICIÁRIO VS EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

*Eduardo Varandas Araruna**

Sumário: 1. Introdução. 2. O pioneirismo do processo do trabalho na tutela processual coletiva. 3. A paradoxal resistência à ação civil pública e ao novo Ministério Público do Trabalho revelada por alguns pretórios trabalhistas. 4. O Direito do Trabalho e sua repercussão social. 5. Conclusão

“De nada adiantará tudo isso, porém, sem que uma nova mentalidade se forme e através dela se construa uma sociedade menos individualista e egoísta, mais participativa e solidária”

Kazuo Watanabe

1. Introdução

Não obstante as evoluções legislativas ocorridas no campo do Direito Processual Coletivo, a verdade é que o instituto da ação civil pública deita-se em terreno de acirradas controvérsias, quando transportado para a seara do Direito Processual do Trabalho.

Convém, para melhor análise da *quaestio juris*, traçar breve histórico da ação civil pública no Brasil a fim de situá-la dentro do contexto fático-jurídico atual.

A verdade é que o direito processual vem sofrendo sensível evolução, desde do Direito Romano clássico, até a contemporaneidade. Antes relegado a mero apêndice do Direito Civil, o direito adjetivo conquistou independência científica e hoje constitui uma das aéreas da ciência jurídica que tem merecido maior atenção de doutrinadores do mundo todo.

Hodiernamente, prega-se a instrumentalidade e a efetividade do processo, como elementos essenciais para a aplicação do direito material, disseminação da justiça e pacificação da sociedade. Assim, o novo processualista deve-se ater menos a formas e procedimentos rígidos e vincular-se mais proficuamente aos escopos políticos da jurisdição, mormente o amplo acesso à justiça (tanto no aspecto formal como material) e eficiência da prestação jurisdicional.

* Eduardo Varandas Araruna é procurador do Trabalho e professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário de João de Pessoa.

Certamente, com o ânimo de atribuir maior efetividade à jurisdição, a legislação processual tem recepcionado novos institutos, quase todos voltados para a eficácia do poder jurisdicional do Estado. Assim, exsurgiram a ação civil pública, a antecipação de tutela, a nova disciplina do agravo, dentre muitos outros.

O centro de nossa modesta análise queda-se na tutela dos interesses chamados *transindividuais*.

O direito processual, após a sua fase embrionária, dedicou-se exclusivamente à solução dos conflitos individuais, admitindo-se, quando muito, a cumulação de partes em um ou ambos os pólos da relação processual (litisconsórcio). Assim, toda a estrutura técnico-dogmática prevista no Digesto Processual Civil volta-se predominantemente para o exercício do direito subjetivo (individual, portanto) de ação.¹

Acontece que a ciência jurídica para ter efetividade e, por conseguinte assegurar a legitimidade das suas normas, necessita adequar-se aos fatos e valores sociais, jamais se podendo distanciar da sociedade (causa do próprio direito – *ubi societas ibi ius*). Assim, urgia-se acrescentar às antigas regras de legitimidade e interesse processual, outros elementos que permitissem a ampliação da tutela jurisdicional com o objetivo de alcançar interesses que, à época, permaneciam à margem do manto da justiça.

Ora, sociólogos, economistas, historiadores e outros cientistas de áreas afins são uníssonos em asseverar que esta é a era da universalização. As barreiras entre os países minimizam-se, empresas se fundem, grupos nascem no seio da sociedade. Nunca antes se registrou tanto a constituição de associações civis a fim de garantir os interesses dos seus filiados (v.g. consumidores, pais de alunos, minorias étnicas, portadores de deficiência física, trabalhadores etc).

O direito processual jamais poderia ignorar o fenômeno de coletivização das relações jurídicas, sob pena de, assim o fazendo, desconhecer importante fator sociocultural da era moderna e tornar-se, daqui algum tempo, direito de minoria ou, ao menos, deixar de cumprir integralmente a sua finalidade maior.

Nesse contexto, entrou em vigor a Lei nº 7.347/85², que promoveu o avanço do direito processual rumo à tutela dos direitos metaindividuais. Ficou estabelecida, no Brasil, a ação civil pública, instituto de remota inspiração nas *class actions* do direito norte-americano, a qual era voltada originalmente para a defesa do meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. *Ab initio*, os direitos trabalhistas, no que pese a sua indiscutível conotação coletiva, ficaram à deriva por força de veto presidencial que impediu que tais espécimes de ações tutelassem qualquer interesse de natureza *difusa* ou *coletiva*.

¹ O **individualismo** que influenciou profundamente o processo é oriundo dos ideais iluministas propagados para o mundo e para todas as áreas do conhecimento humano, através da Revolução Francesa. Na Idade Média, havia predominância da coletividade sobre o indivíduo (o indivíduo equivalia a mero ponto jungido da corporação ou grupo). Desta feita, naquela época, não havia grandes controvérsias acerca da legitimidade ou de representatividade em processos ou procedimentos coletivos. Vide Mácio Flávio MAFRA LEAL, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1998.

² Doravante denominada de LACP.

O texto legal expressamente legitimou concorrentemente o Ministério Público, confirmando o seu *status* de órgão defensor do ordenamento jurídico.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar do Ministério Público da União e o Código de Defesa do Consumidor, a ação civil pública deixou de ter a sua matéria de abrangência limitada para abrangar quaisquer interesses difusos ou coletivos (considerando-se também os individuais homogêneos), não podendo mais ser dissociada, por força de lei, dos direitos trabalhistas.

Esta breve digressão histórico-legal faz-nos concluir que não deveriam pairar dúvidas, quanto à necessidade de tutela coletiva dos direitos trabalhistas, bem como a sua inequívoca compatibilidade com o ordenamento processual trabalhista.

2. O pioneirismo do Processo do Trabalho na tutela processual coletiva

Na verdade, a Consolidação das Leis do Trabalho, datada de 1943, muito antes de qualquer indício legislativo no processo comum brasileiro, já consagrava, em casos específicos, a jurisdição coletiva. Com efeito, o dissídio coletivo e a ação de cumprimento são exemplos inexoráveis do aspecto vanguardista da legislação obreira à época.

O dissídio coletivo, hoje mutilado pela jurisprudência dos tribunais superiores, serviu de grande instrumento para a pacificação das relações sempre tumultuadas entre o capital e o trabalho. O Poder Judiciário declarava direitos abstratos, tendo como norte apenas a equidade, a razoabilidade e a conjuntura econômica. Benefícios como reajuste salarial, novas gratificações, prêmios, aumento do adicional de horas extras e trabalho noturno, fornecimento de transporte para o trabalho foram algumas das milhares de garantias concedidas, *praeter legem*, e que ajudaram a melhorar a dignidade no trabalho. A decisão de eficácia *erga omnes* constituía verdadeira norma jurídica material a regular o trabalho no âmbito das categorias representadas durante o período de vigência do acórdão normativo (utilizamos os verbos no pretérito imperfeito devido à eficácia reduzidíssima que os dissídios coletivos têm nos dias atuais por motivos já revelados).

Sob o aspecto mundial, pode-se dizer que, das relações de trabalho, exsurgiram as primeiras manifestações do proletariado contra a política do *laissez faire, laissez passer* do Estado Liberal. A partir das primeiras greves, novas leis foram editadas para tutelar o trabalho, culminando com os textos constitucionais sociais, tendo como um dos expoentes máximos a Constituição Weimar (República Alemã, 1919). Surge, no âmbito constitucional, a dimensão social dos direitos subjetivos e, nestes, os direitos trabalhistas detinham fundamental importância.

Quando a LACP entrou em vigor, conquanto houvesse a malsinada delimitação objetiva que sofria no que concerne ao pedido e à *causa petendi*³, pensamos que aquele instrumento processual se adequaria perfeitamente ao Processo do Trabalho. Isto porque havia uma justiça especializada para litígios trabalhistas, um ramo do *parquet* igualmente exclusivo e uma legislação protetiva repleta de princípios bastante similares ao Código de Defesa do Consumidor, elaborada há mais de 45 anos antes deste.

O problema é que a interferência do poder econômico no processo legislativo e nas

³ V. n. 1, supra.

estratégias de políticas públicas foi intensa. O primeiro grande golpe foi a eliminação da estabilidade decenal prevista pela CLT, substituída pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Depois, sucederam-se muitas alterações sempre ao disabor de forças políticas oblíquas e ilegítimas, bastante comuns no cenário brasileiro.

O Processo do Trabalho continuou sem uma codificação própria, utilizando uma lacunosa regulamentação contida no título X da CLT, com aplicação subsidiária das regras da execução fiscal e do Código de Processo Civil.

Mesmo com todas estas dificuldades, o procedimento célere de composição dos conflitos representou um avanço para a época, influenciando, inclusive, o Direito Processual Civil.

Como se vê, conquanto fossem imensos os obstáculos, o Processo do Trabalho sempre foi repleto de institutos de vanguarda, e a Justiça do Trabalho exerceu com maestria os seus objetivos institucionais, dando uma lição de justiça social para um País eternamente em crise.

3. A paradoxal resistência à ação civil pública e ao novo Ministério Público do Trabalho revelada por alguns pretórios trabalhistas

Suplantados os limites legislativos e doutrinários para o acolhimento da ação civil pública pelo Direito Processual do Trabalho, surgiram os percalços jurisprudenciais.

Com frequência, a Justiça do Trabalho tem abordado a ação civil pública com excessiva cautela e restrições injustificáveis. Observe-se o pronunciamento do juiz Dácio Guimarães de Andrade, publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho⁴, o qual traduz o pensamento, senão de todos, mas de considerável parte dos juízes do trabalho que atuam em segunda instância:

“Na realidade não tenho nenhuma simpatia pela aplicação da ACP no campo do trabalho, em que pese o papel relevante que vem desempenhando em outras áreas jurídicas. Esta não constitui regra, mas exceção, exurgindo daí a recomendação de muita cautela no seu exame e julgamento, no intuito de coibir os excessos e os pedidos impertinentes. O que se tem observado na jurisprudência é a existência de muitas deformações cometidas pelo MPT, a tudo transformando em ACP, desviando-se muitas vezes dos seus fins institucionais, interpondo-se na relação de trabalho como se fosse parte do contrato, ultrapassando a competência legal que arrima sua legitimação...” (sic)

Mais adiante proclama Sua Excelência:

“... Aos juízes aconselho a máxima atenção, para não incentivarem essa legitimação anômala dos procuradores do trabalho, admitindo e

⁴ Rev. TST, Brasília, vol. 66, no. 4, out/dez 2000.

“julgando ações relativas a interesses e direitos estritamente concernentes ao âmbito pessoal de cada trabalhador, cuja defesa já se encontra moldada pelos instrumentos próprios do processo do trabalho...” (sic!)

Esperamos que tais argumentos, *data máxima venia*, não venham a prevalecer no cenário jurídico pátrio.

O *busilis* da questão é que, enquanto a Justiça Comum (seja federal ou estadual) estava acostumada com o Ministério Público como autor de ações (sejam penais ou civis), na Justiça do Trabalho, antes da Constituição Federal de 1988 e da LOMPU⁵, o papel atribuído ao MPT era predominante o de *custos legis*. Havia a representação de menores, e o *parquet* trabalhista também detinha legitimidade para o ajuizamento de dissídio coletivo em hipótese de greve, mas estes casos aconteciam em menor intensidade. A atuação do MPT resumia-se quase sempre às segundas e terceiras instâncias como órgão emissor de peças opinativas.

Com as ações civis públicas e execução de termos de ajuste de conduta, o Ministério Público do Trabalho, com esplendor, tem coibido cooperativas fraudulentas, trabalho escravo, terceirização ilícita, contratação de empregados públicos sem concurso, jornadas extraordinárias homéricas, revista ilegal e constrangedora de trabalhadores, discriminação no trabalho, aspectos estes nunca antes abordados pela Justiça do Trabalho de outrora. O problema é que o surgimento de um novo MPT incomodou parte da magistratura especializada e o poder econômico.

Inicialmente, é bom que se ressalte que o objetivo do legislador pátrio não foi dotar o Ministério Público de poderes miraculosos a fim de sanar qualquer mal que acomete a sociedade. Na verdade, o Ministério Público liga-se ao Poder Judiciário da mesma forma que o arco à flecha, razão pela qual, em tema de tutela de interesses metaindividuais, os juízes e promotores ou procuradores são elementos fundamentais e indissociáveis. Frise-se que é através da ação civil pública que os magistrados têm ampliado o seu poder jurisdicional para resolver conflitos que transcendem as partes, prolatando decisões de natureza *erga omnes*.

Outrossim, os membros do MP, mesmo quando atuam como órgão agente, devem agir com extrema imparcialidade – a mesma conduta que pauta o comportamento dos magistrados – a fim de fazer valer a autoridade da lei – objetivo este também do Poder Judiciário.

Outro ponto importante que não se pode olvidar é que a legitimidade do *parquet* para o ajuizamento da ação civil pública não foge aos seus fins institucionais. Ao revés, trata-se de legitimidade autônoma decorrente de expressa outorga da norma jurídica constitucional:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

<omissis>

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁵ Lei Complementar do Ministério Público da União.

Acerca da tutela dos interesses difusos pelo Ministério Público, forçoso citar os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso, os quais se aplicam *mutatis mutandis*, a todas as espécies de direitos transindividuais:

“A propósito desse tema, diríamos, primeiramente, que não nos parece justo, nem lógico, pretender a exclusão do Ministério Público quando se trate de legitimação para agir em matéria de interesses difusos, e isso porque: a) tratando-se primordialmente de tutela jurisdicional do bem comum, lato sensu, não se justificaria que desse processo ficasse alheio um órgão público cuja atuação se faz junto ao judiciário e que tem por escopo a defesa/ representação do interesse público e fiscalização do cumprimento da lei; b) essa exclusão, para mais, sequer seria exequível frente ao Direito Positivo, já que o MP atua obrigatoriamente nas causas ‘em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte’ (CPC, art. 82, III)...”

Ao fim, aconselha, o brilhante mestre, com a sapiência que lhe é peculiar:

“Do juiz, em sede de tutela aos interesses metaindividuais, se espera que se analise os fatos e que se interprete os textos de regência em modo progressista e teleológico, em ordem a assegurar àqueles interesses o respaldo urgente e eficaz de que necessitam para deixar o ‘limbo jurídico’ a que estão relegados. Do Ministério Público se espera a sensibilidade, a coragem e a criatividade para a efetiva promoção desses interesses, acolhendo, outrossim, a colaboração e os subsídios que os grupos sociais interessados nessa mesma tutela podem trazer a juízo, com eles procedendo, então em nível de coordenação”⁶

Como dito, o direito processual *lato sensu* persegue a fase instrumentalista, donde o *modus* de proceder não prevalece sobre a finalidade e utilidade do processo. Afinal, o que a sociedade necessita é de uma justiça efetiva. Oportuno refletir as sábias palavras de Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio Magalhães acerca da função do processo:

“É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna toleráveis até mesmo os inevitáveis erros”⁷

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir* – 4 ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

⁷ FERNANDO, GOMES FILHO & GRINOVER. *As Nulidades no Processo Penal*. 5ª. Malheiros Editores, 5ª. Ed. São Paulo, 1996

4. O Direito do Trabalho e sua repercussão social

O Direito Processual não pode ser dissociado do direito material que se visa aplicar através do exercício da jurisdição. Assim, o Direito Processual do Trabalho, embora autônomo, não constitui compartimento estanque do próprio Direito Material do Trabalho, razão pela qual há sempre de existir uma relação de estreita de coordenação entre os dois ramos da ciência jurídica, até porque a jurisdição nada mais é do que o instrumento de aplicação da norma material ao caso concreto para solução das lides (sejam individuais ou coletivas). Thereza Alvim⁸ pontifica:

“Desnecessária para que se alcance o pleno acesso à justiça e, por conseguinte, para que se estabeleça as muitas tutelas diferenciadas, essenciais à solução dos problemas emergentes da vida em sociedade, a promiscuidade entre o direito processual e o material. O primeiro continua a ser instrumento do segundo. Sua efetividade independe de dita confusão, mas da maleabilidade de seus institutos, da adaptabilidade de suas normas à realidade material, cuja realização dele não prescinde no seu estado patológico. Assim, a circunstância de buscar-se essa adaptação não significa que se está fundindo esses dois ramos do direito, mas, simplesmente, que se pretende seja o instrumento apto a cumprir a sua destinação jurídica.”

Ainda subsistem muitos debates acerca da legitimidade do Ministério Público para promover a tutela dos interesses individuais homogêneos. Variadas são as opiniões.

A verdade é que a tutela coletiva de interesses individuais no Brasil sofre nítida influência das *class actions for demanges* do direito estadunidense⁹. As diferenças aviltantes entre os dois ordenamentos jurídicos justificaram, entretanto, as alterações no procedimento brasileiro, principalmente quanto à representatividade/ legitimidade e os efeitos da coisa julgada. Enquanto nos EUA, o membro da classe é o legítimo representante da categoria; no Brasil, diversas entidades foram co-legitimadas e, ao contrário da ação popular brasileira, o cidadão foi excluído. Grinover¹⁰ justifica:

⁸ ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de, *O Direito Processual de Estar em Juízo*, RT, 1996, p. 10.

⁹ Eis o teor da *Rule 23.B3* que regulamenta a tutela coletiva de direitos individuais, *in litteris*: “*The court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fair and efficient adjudication of controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of the members of the class individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.*”

¹⁰ WATANABE, Kazuo *et alii*, *Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed, Rio de Janeiro, 1997, cap. 4, pp. 709-10.

“(...) não poderíamos transportar o esquema norte-americano à nossa realidade, em função da deficiência de informação da população, ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça, a distância entre o povo e o Poder Judiciário etc”.

Os resquícios do individualismo, oriundo da Revolução Francesa, os quais respingaram no processo, ainda geram certos obstáculos à admissão do ajuizamento da ação coletiva para tutela de direitos individuais pelo MP.

Os tribunais têm-se inclinado pela aceitação da legitimidade do MP para o ajuizamento de ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, entretanto com ressalvas. A maior delas é que a situação jurídica a ser tutelada deve revestir-se de repercussão social. Não é qualquer lesão a uma *simples pluralidade de indivíduos* que assegura a intervenção do *parquet*. A lesão dirigida diretamente a multiplicidades de cidadãos deve, de certa forma, abalar ainda que indiretamente o interesse público em assegurar a paz social e o acesso à justiça.

Ora, se a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos pelo MP deve proteger aqueles interesses de repercussão social, cuja lesão é capaz de abalar os alicerces de um Estado Democrático de Direito. Este é exatamente o caso dos direitos trabalhistas. Com efeito, o legislador constitucional de 1988 dedicou especial atenção aos direitos sociais. De início, enfatizou-se ser princípio fundamental da República Federativa do Brasil *os valores sociais do trabalho* (art. 1, IV, CF) .¹¹

No capítulo destinado aos Direitos Sociais, restaram elevados ao *status* de garantia constitucional, uma infinidade de direitos trabalhistas (artigo 7º, CF).

O trabalho constitui alicerce econômico da sociedade, além de ser elemento de sobrevivência para o trabalhador e que, ao encararmos sob a dimensão coletiva, constitui fator de perenidade de toda a raça humana. Assim, é impossível vislumbrar o trabalho apenas através do aspecto contratualista neoliberal que o vê como simples objeto de um contrato sinalagmático que apenas interessa às partes envolvidas na relação jurídica.

Tal entendimento transcende os limites territoriais brasileiros sendo objeto de enfoque de diversas legislações alienígenas e convenções internacionais. Utilizamos as palavras do jurista português António Lemos Monteiro Fernandes acerca da temática:

“(...) a ocupação é, para o assalariado, a única ou, ao menos, a principal fonte de meios de subsistência (...); o emprego, o lugar, o posto de trabalho são fatores de estatuto social e condições de equilíbrio psicológico, interferem com os valores da personalidade”¹² (grifo apócrifo)

¹¹ A tratamento constitucional reservado ao trabalho é o *quantum satis* para a admissibilidade da tutela coletiva em sede de Direito Processual do Trabalho.

¹² MONTEIRO FERNANDES, António Lemos. Direito do Trabalho. 11ª Edição. Editora Almedina. Coimbra, 1999.

Nesse diapasão, desde que se revistam de interesses difusos (mais raros), coletivos ou individuais homogêneos, os direitos trabalhistas poderão ser sempre açambarcados pela atuação do Ministério Público do Trabalho, órgão encarregado de garantir a obediência à lei, na sua esfera de atuação.

Repise-se que o interesse do Ministério Público, quando ajuíza ação, não é o mesmo de uma entidade sindical, tampouco é beneficiar este ou aqueles trabalhadores. Visa o *parquet* tutelar o interesse público imediato, o qual se revela na preservação do ordenamento jurídico e dos valores nele esculpido.

A tutela coletiva também gera benefícios de ordem prática inolvidáveis. Evita-se a multiplicidade de ações sobre o mesmo objeto desafogando os fóruns trabalhistas.

A guisa de prolepse, numa hipótese de tutela de interesses individuais homogêneos, uma determinada empresa prestadora de serviços demitiu, em ato único e sem justa causa, cerca de quatrocentos trabalhadores, sem lhes pagar nenhuma verba rescisória.

O fato foi noticiado por toda a imprensa local. Vislumbramos, na ocasião, hipótese de interesses individuais homogêneos, eis que o ato lesivo derivava de origem comum.

O Ministério Público resolveu então ajuizar ação civil coletiva requerendo o pagamento das verbas a cada um dos trabalhadores lesados e, paralelamente, ação cautelar inominada para bloquear as contas da empresa, eis que a mesma estava em estado pré-falimentar e prestes a encerrar suas atividades no Estado da Paraíba. O pedido liminar foi deferido e, no mérito, chegou-se à procedência do pleito.

Os trabalhadores voluntariamente integraram à lide e sem que houvesse centenas de ações iguais ou pagamento de honorários.

5. Conclusão

A Justiça do Trabalho vem evoluindo ao longo dos tempos. Se antes relegada a uma instância administrativa vinculada ao Ministério do Trabalho, galgou merecidamente sua posição como órgão do Poder Judiciário Federal autônomo e independente. Como consequência necessária, o Direito Processual do Trabalho superou os limites tímidos impostos pela CLT para abranger institutos complexos do Direito Processual Comum, como a ação rescisória, o mandado de segurança, as ações possessórias, a ação monitória, a tutela antecipatória, as ações cautelares e agora... a ação civil pública.

Almeja-se que a Justiça do Trabalho continue, como sempre o fez, a exercer a sua nobre função de digno órgão solucionador dos conflitos trabalhistas, garantindo assim a eficácia de uma legislação tão importante para um País em crise e, neste contexto, a ação civil pública e o Ministério Público do Trabalho são parceiros inquevocadamente indispensáveis.

DESIGUALDADES JURÍDICAS – POVOS INDÍGENAS, FAVELADOS E SEM-TERRAS

*José Reinaldo de Lima Lopes**

Sumário: 1. O Estado de Direito e o Estado Social de Direito. 2. Memória das desigualdades. 3. O que está em jogo nestas três levas de “marginalizados” e o que está em jogo do ponto de vista do Direito?

Tendo em conta que índios, favelados e sem-terras têm acesso diferenciado ao sistema jurídico nacional, pretendo expor as origens históricas destas diferenças e, em seguida, dizer algo a respeito da natureza destas diferenças mesmas. Inicialmente, porém, tomo o tema da igualdade propriamente dita, postulando que a natureza da igualdade é tal que ela se constitui social e juridicamente. Ao longo da história brasileira, a construção da igualdade de indígenas, negros e atualmente os sem-terras é feita entre marchas e contramarchas. O Estado implantou-se no Brasil enfrentando certos obstáculos, tornando-o frágil em sua presença física no território (pela escassez e pela qualidade da burocracia) e pela própria estrutura social. Dadas as diferenças de tratamento, creio que mais do que pluralismo, existe na sociedade brasileira um diferente acesso ao sistema jurídico, provocando alternativas de caráter precário entre os grupos subalternos e marginalizados, com uma diferença para o caso dos povos indígenas que reivindicam sim certa autonomia jurisdicional.

1. O Estado de Direito e o Estado Social de Direito têm como fundamento, histórico e doutrinário, o princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei. A rigor, o princípio da isonomia, ou do tratamento igual perante a lei, é um princípio no sentido estrito de qualquer sistema de regras: tratar os casos iguais de maneira igual e os casos desiguais de maneira desigual. A discussão da igualdade pode ser colocada em termos inicialmente filosóficos e creio que o método jurídico é compatível, senão igual, ao método filosófico. Portanto, antes de discutir os grupos específicos de povos indígenas, habitantes de favelas e sem-terras como possíveis categorias de “desiguais” dentro da sociedade convém refletir brevemente sobre a igualdade do ponto de vista lógico e do pensamento.

1.1 Vamos a um clássico, Guilherme de Ockham. Diz ele: tudo que existe fora da

* José Reinaldo de Lima Lopes é professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

mente é singular. O mundo exterior à mente humana é um mundo de coisas singulares. Os universais existem na mente humana. Mas não existem apenas como fantasias e sim como possibilidade de experiência humana. De um mundo de coisas singulares cria-se humanamente, pela linguagem, um mundo de classes de coisas, de tipos, de conceitos, de artefatos institucionais.

A igualdade, portanto, tem esta natureza: é uma relação entre termos. A igualdade não é um fato e nem um “ser”, já que cada ser é único. A igualdade é um construído, é uma idealização, é uma regra. É igual aquilo que pode ser substituído por outro. Igualdade consiste em uma relação entre termos ou entre seres, se quisermos (Abbagno 2000).

Diz-se que dois termos, ou duas coisas, são iguais quando podem ser substituídos e, portanto, quando se equivalem. E esta equivalência é uma equivalência convencional. Quer dizer, as coisas se equivalem – valem igualmente, valem como iguais – quando, olhadas de um certo ponto de vista, compõem uma classe. A igualdade não é uma *coisa* da qual se pode predicar da mesma forma que se predica a existência ou as qualidades de um vaso, ou um carro ou um *ente*. A igualdade é um artefato mental. Falar de igualdade é pressupor, ou postular, se quisermos, que entre diversos entes pode-se usar uma medida, uma regra ou um padrão contra o qual todos são medidos.

Todo sistema cultural, toda apropriação conceitual do mundo, predica igualdades. A igualdade é uma relação e uma relação que os sujeitos estabelecem sobre os objetos, que os constitui. Os sujeitos constituem classes nas quais se enquadram os seres ou os indivíduos: as espécies são constituídas segundo critérios, ou seja, normas ou regras. Desta forma, podem mudar-se as classificações e as relações de igualdades: o homem partilha, com as galinhas, o ser bípede, mas com outros animais partilha o ser mamífero. Bípede e mamífero são classes dentro das quais se inserem os indivíduos ou as espécies.

Volto aqui ao tema filosófico, as classes ou grupos ou conjuntos pode-se dizer que *existem* de duas maneiras: (a) uma, como diziam os universalistas, quando existem em si mesmas e se transformam em “substâncias” ou “formas substanciais” que se realizam em distintas matérias. A humanidade seria uma substância, que se manifestaria em indivíduos humanos. Da mesma maneira poderíamos tratar *estruturas* desta forma e dizer algo mais ou menos assim: há uma estrutura lingüística nas línguas hindo-européias, que se manifesta diversamente em cada uma das línguas, sendo que a estrutura mesma é substancial. Posso também afirmar que há estruturas compondo o capital ou o capitalismo e estas estruturas se realizam em diversas sociedades capitalistas. É um modo de tratar as coisas de maneira substancialista, ou universalista ou realista.

O outro modo de tratar as coisas (b) é tradicionalmente chamado de nominalismo, às vezes aparecendo sob a forma do individualismo metodológico. A humanidade não existe, mas existem indivíduos – seres individuais – que podem igualar-se por certas características e por meio da linguagem são referidos, coletivamente, como “humanidade”. Neste sentido, a humanidade não tem substância, é apenas um nome – *flatus vocis*.

Falar de igualdade, digo eu nesta altura, é falar de regra ou padrão ou medida. A medida presta-se justamente a comparar coisas materialmente distintas – coisas singulares – e dizer que são, conforme a medida, iguais ou diferentes. A medida introduz a comensurabilidade: os iguais, se são os substituíveis, devem ser comensuráveis, ou seja, sujeitos a uma só medida.

De toda maneira, o pensamento segundo regras por definição abole diferenças. Dizer que há uma regra equivale a dizer que em algum ponto dois seres, ou duas circunstâncias, ou dois estados de coisa são iguais. O próprio conceito de regra implica uma pluralidade de casos sob uma unicidade de princípio, ou, como lembrava Wittgenstein no século passado:

198 – O que chamamos seguir uma regra é algo que apenas uma pessoa pudesse fazer apenas uma vez na vida? (...) Não pode ser que apenas uma pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra. (...) Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são hábitos (costumes, instituições).

E mais adiante:

224 – A palavra conformidade e a palavra regra são aparentadas, são primas. Se ensino alguém o uso de uma delas, ele aprende também o uso da outra.

225 – O emprego da palavra regra está entrelaçado com o da palavra igual (como o emprego de proposição está entrelaçado com o de verdadeiro).

Seguir uma regra é uma forma de agir, e uma forma de agir que só se dá quando se universaliza o caso e quando o caso apresentado à nossa consideração e nossa ação se define sob a regra. Assim como não há regras para um caso só, a definição de regra estipula que haja classes ou casos (tipos) universais. Na aplicação da regra, ou na qualificação do caso, podem surgir dúvidas. Estas dúvidas são naturais e não um defeito da regra. Daí a muito célebre afirmação de Aristóteles, que pela sua própria natureza universal uma regra é sempre objeto de uma aplicação a casos aos quais se aplica melhor ou pior, sem que isto signifique abrir mão da “racionalidade” da aplicação das regras. A aplicação ao caso concreto exige uma habilidade intelectual e prática diferente da habilidade da dedução lógica.

Trata-se sempre, porém, de uma habilidade racional, ou do pensamento, do *logos*, da linguagem. O juízo que predica do singular (o “caso”) sua inserção no universal (“a regra” ou o “tipo”) é propriamente uma *faculdade especial*, dizia Kant. O *juízo – a faculdade de julgar* – consiste exatamente nisto em predicar do singular uma qualidade universal, submetê-lo a uma regra e agir segundo esta regra.

Quero finalmente dizer que todo sistema jurídico – ou de modo geral todo sistema de regras – predica normativamente alguma igualdade. Todo sistema jurídico “constrói” igualdades e desigualdades. John **Searle** distingue adequadamente as regras *constitutivas* das regras *regulativas*: as primeiras estabelecem normativamente o que são as coisas, são as regras que fazem o jogo. As segundas, assumida uma conduta, predicam se é certa ou errada. As regras constitutivas, pode-se dizer, são semelhantes ao que Hart fala das regras de reconhecimento e das regras de adjudicação.

E **Aristóteles**, tratando do método das ciências, dizia que há *princípios* que são *estipulações* ou definições (dizem *o que é* uma coisa) e outros que são *hipóteses* ou *suposições* (dizem *se* uma coisa é ou não é). Um princípio que diz o que é uma coisa é uma regra constitutiva. Ora, a *identidade jurídica* está na esfera das primeiras regras: ao dizer que “todos são iguais perante a lei” e, sobretudo, que não se admitem discriminações por “idade, crença, sexo, origem racial” o sistema constitucional está dizendo – definindo ou constituindo – os iguais dentro deste sistema. A definição do princípio da igualdade, ou melhor dizendo, da isonomia, pela qual se determina quais as diferenças que se podem ou não aceitar, não é apenas lexical, mas sobretudo estipulativa (Scarpelli sdp 192).

Igualar ou desigualar é, portanto, em primeiro lugar uma atitude reflexiva. Será preciso ver se esta reflexão é de caráter *verificador* ou de caráter *criador*. Em outras palavras, é preciso perguntar se o juízo que predica a igualdade de dois termos apenas a *verifica* ou se ele a *cria*.

Em Direito estamos acostumados a lidar com as decisões judiciais classificando-as em duas espécies: *decisões constitutivas* ou *decisões declaratórias*. Uma decisão constitutiva existe, por exemplo, na sentença de divórcio, na decretação da falência e em vários outros casos. A decisão muda as coisas: o que existia – um casamento – deixa de existir. A sentença declaratória, diz-se, apenas reconhece o que já existia: uma demanda por terras pode terminar com uma sentença declaratória, o juiz reconhecendo o que já havia de direito, reconhecendo publicamente e dando força executiva a este reconhecimento. Embora seja discutível em cada caso se a sentença teve teor declaratório ou constitutivo, a distinção é analiticamente interessante para o argumento, pois ajuda a compreender que as igualdades – e as diferenças – se constituem.

É, pois, perfeitamente possível dizer que posso ter da igualdade uma percepção “declaratória”, verificadora, constatadora, ou uma percepção “constitutiva”, criativa. Nesta altura, a intersecção do Direito com outros saberes se torna cada vez mais importante. Saber se juridicamente algo é igual ou diferente pode implicar recursos a outras disciplinas e, sobretudo, exercer um juízo crítico sobre as igualdades e desigualdades pode exigir que nós juristas nos deparemos com as observações das ciências humanas.

A identidade cultural é construída, dizem-nos as ciências sociais, e construída contrastivamente. Sei o que sou, por oposição ao que não sou. Os grupos criam os mecanismos de inclusão e exclusão, toda comunidade é simultaneamente um grupo inclusivo e exclusivo (Walzer 1983). Hegel dirá que o concreto é dialético porque é simultaneamente o seu contrário: só me torno negro diante do branco, só me torno índio diante do branco, só me torno brasileiro diante do estrangeiro, só me torno judeu diante do gentio, só me torno muçulmano diante do infiel, e assim sucessivamente. Nesta perspectiva, a igualdade – a equivalência de um muçulmano diante de outro muçulmano – só se estabelece por contraste com o não-muçulmano. As ciências sociais desempenham, portanto, este papel crítico de “desnaturalização” das igualdades e desigualdades. E os juristas têm sua atenção chamada e voltada para esta “desnaturalização”.

Lembro que este papel de desnaturalização das desigualdades já foi historicamente exercido pelos juristas, quando outras disciplinas postulavam a “naturalização” das desigualdades. Foram os juristas do direito natural e do direito racional dos séculos 17 e 18 que postularam, em uma sociedade estamental, a igualdade de todos perante a lei. E embora conservassem a idéia

de que algumas desigualdades eram naturais, o princípio da igualdade universal provou-se de uma força histórica extraordinária. Contra os juristas do direito natural opunha-se uma tradição das desigualdades naturais: de nascimento e de sangue, de funções e classes, de corporações e de organismos, todos a exigir situações jurídicas desiguais. E ainda que se quisesse afirmar que para o cristianismo a igualdade fundamental de todos os seres humanos era um princípio próprio, a verdade é que a desigualdade fundamental entre criador e criatura se transferia para a vida humana em formas institucionais como a desigualdade entre santos e pecadores, entre clero e poder secular, entre os que escolhiam pelos outros na função de custódios da ordem e do bem alheio ou público, e os simples, os incapazes e os maus, cuja voz não se deveria ouvir. O direito natural moderno propõe como princípio a “comensurabilidade universal” dos seres humanos, embora sua realização seja um problema prático a se considerar sempre.

“Eis aí por que todas as coisas que são objeto de troca devem ser comparáveis de um modo ou de outro. Foi para esse fim que se introduziu o dinheiro, o qual se torna, em certo sentido, um meio-termo, visto que mede todas as coisas e, por conseguinte, também o excesso e a falta (...) Agindo o dinheiro como uma medida, torna ele os bens comensuráveis e os equipara entre si; pois nem haveria associação se não houvesse troca, nem troca se não houvesse igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade.” (E.N. V, 5)

O Estado moderno liberal cria uma comensurabilidade especial. O estado de direito e o estado social de direito são, deste ponto de vista, sistemas de normas que constroem certas igualdades, e as constroem por meio de noções centrais, como a de *sujeito de direitos* e a de *cidadão*. O *sujeito de direito* é um conceito que permite a classificação: a rigor ele é a igualação de um grupo de seres humanos quanto à livre aquisição de propriedade. O *cidadão* é um conceito que permite a igualação de um grupo de seres humanos quanto à participação na esfera pública (da deliberação, dos ônus e dos benefícios de uma parte da vida).

Pode-se ter uma concepção restrita de ambas as coisas: alguns direitos apenas para alguns. Pode-se ter uma concepção mais alargada: todos os direitos para todos. Posso incluir como sujeito de direitos ou cidadãos todos os seres que reconheço como humanos, mas posso também excluir alguns deles. Não é impensável que a categoria dos sujeitos de direito se restrinja a apenas alguns seres humanos, nem é impensável que cidadãos sejam apenas alguns dos habitantes de um território (sob o domínio de um Estado). Assim é possível imaginar sujeitos de direito que não são seres humanos (as pessoas jurídicas) e seres humanos que não são sujeitos de direito ou cidadãos.

Igualar sujeitos de direitos com seres humanos é uma tarefa histórica cumprida a duras penas em nossa tradição moderna. E identificar todos os seres humanos como membros de uma só classe – uma classe universal – é também uma tarefa histórica cumprida a duras penas, que culminou em uma filosofia moderna e ilustrada, nomeadamente a de Kant. A rigor, trata-se de uma construção de caráter moral e não científico. A identificação de todos os seres

humanos como moralmente equivalentes e como sujeitos autônomos não procede de uma teoria social, mas de uma teoria moral (Tugendhadt).

Mas quem são “todos”? A humanidade? Os nacionais? Os europeus? A resposta a esta questão não é meramente “declaratória”, mas constitutiva.

2. Memória das desigualdades

Postulando, pois, que as igualdades são construídas, é preciso agora ver como o Estado liberal, democrático e posteriormente social e democrático foi capaz de conviver com certas desigualdades e sobretudo construir certas desigualdades sob a pregação genérica da igualdade universal.

Historicamente, os estados americanos, filhos do século das luzes e da revolução liberal, tiveram de igualar-se a muitos. Igualar, porém, significou, como bem sabem os antropólogos, distinguir. Os de fora são diferentes, os de dentro são iguais. Igualar é criar classes, ou grupos. Como se criaram grupos com acesso diferenciado ao sistema normativo, grupos que hoje podem ser os sem-terras, os povos indígenas, os favelados? Uma pequena memória deste processo é o que proponho a seguir.

O estabelecimento de um Estado constitucional e nacional no Brasil enfrenta à partida duas ordens de problemas: (a) em primeiro lugar a incapacidade de estender geograficamente o poder sobre todo o território (pelas distâncias e pela falta de quadros e de uma verdadeira burocracia); (b) a desigualdade social institucionalizada pela existência da escravidão e pela sobrevivência de uma população de índios e caboclos mal integrados à “nação brasileira”, o que dificultará o exercício universal dos direitos de gozo da cidadania (universalização do estado de “cidadão passivo”, para usar a linguagem da época).

2.1 Em primeiro lugar ao ideal de um Estado territorial e universal – e não pessoal ou estamental – opôs-se a realidade geográfica das enormes distâncias e da falta de profissionais, burocracia e quadros suficientes. Opôs-se também o problema do regionalismo e da integração de todas as províncias, divididas pela própria distância, pelas dinâmicas internas próprias de cada uma delas e pelas diferentes alianças estabelecidas com Lisboa durante a revolução de 1820 a 1823. Distância e isolamento haviam também gerado em muitas partes poderosos grupos locais, ou “facções” na linguagem da época, indiferentes ou até contrárias a ideais políticos ilustrados e constitucionais.

O Estado não consegue estar em toda parte, do ponto de vista do território. Exemplo histórico disto é que quando se votava no Rio de Janeiro o projeto de Constituição do Império, em novembro de 1823, não haviam ainda chegado ali as notícias do sucesso da guerra de independência nas províncias do Norte. Ao contrário dos Estados Unidos da América, ou da República Argentina, que primeiro se consolidam como Estados em apenas uma parcela de seu atual território – os EUA na costa atlântica, a Argentina na região de Buenos Aires e das províncias do norte – e depois se expandem sobre áreas mais vastas, o Estado nacional brasileiro sucede a Coroa portuguesa em um vasto território quase igual ao atualmente ocupado pela República do Brasil. Como fazer chegar nos rincões mais distantes uma

ordem impessoal, burocrática e legal? As dificuldades são imensas e resultam, durante a maior parte do Império, em um arranjo pelo qual as elites locais exercem poderes que, formalmente, pertenciam ao Estado. A Guarda Nacional, criada em 1831, incorpora os potentados locais como seus comandantes, dando-lhes postos ou patentes de capitães e coronéis. O poder público instala-se, mas como refém do poder privado, fenômeno conhecido como “coronelismo”¹ (Leal), que durará até as primeiras três décadas do século 20. A “privatização” do público dá-se quase que naturalmente.

2.2 Em segundo lugar, ao ideal de cidadania nacional opôs-se a divisão profunda da sociedade brasileira, pela presença de escravos negros e de povos indígenas, pela presença de lavradores dependentes dos grandes senhores.

O Estado não apenas não chega a todos os pontos do território: ele também não atinge as muitas e distintas classes ou grupos culturais. Nestes termos é que os povos indígenas e as classes pobres não têm acesso ao ordenamento estatal como efetivos atores. Lembro que a generosa declaração de direitos contida na Carta Constitucional de 1824 (em vigor até 1889), repetida e expandida nas constituições republicanas seguintes, é afirmada em uma sociedade estratificada com a presença de escravos negros (os “africanos”) e de povos indígenas. Já que as diferenças estamentais não podem mais ser legitimamente invocadas, o que justificaria um acesso diferenciado aos direitos civis e políticos? Lembro também que durante boa parte do século 19 em todos os Estados liberais o sufrágio é restrito, dando origem à célebre e perfeitamente corriqueira divisão entre “cidadãos ativos” (que gozavam do direito de voto e de deliberação sobre a coisa pública) e os “cidadãos passivos” (que gozavam dos benefícios da liberdade civil, como eram a garantia de defesa judicial de seus bens e pessoa).

2.3 Começemos pelos povos indígenas e por um traço marcante da sociedade brasileira, que nisto distingue-se de algumas e iguala-se a outras. Há no Brasil uma cultura assimilacionista. O Brasil é desde sempre imaginado como o lugar onde todos cabem e encontram seu abrigo. Integrar-se no Brasil é, porém, aceitar certas formas de cultura e certas formas de interação social que nem de longe lembram as formas individualistas e calvinistas. Ser brasileiro não é simplesmente aceitar uma forma de convivência regrada segundo o direito (a forma estadunidense de integração dos imigrantes). O Brasil é, para usar o tipo ideal de Weber (1981, 102, 197-198), uma sociedade igreja: cabem todos, mas cada um deve conhecer o seu lugar. Integrados todos, mas hierarquicamente. Já se disse que o racismo brasileiro, diferentemente do norte-americano, não é de segregação, mas de inferiorização: não se quer os “outros” fora, mas “embaixo” (Guimarães). A sociedade norte-americana tende a ser a sociedade-seita:

¹ Para Vitor Nunes Leal, o coronelismo é um fenômeno típico da Primeira República (1889-1930), pois não era simples sistema de “mandonismo local”, mas verdadeiro sistema político, operando em função de duas instituições republicanas: o federalismo e pluralidade de partidos. Chamo aqui de coronelismo, de modo mais amplo, o fenômeno da aliança do poder público (mesmo da burocracia imperial) com os poderes privados locais. Fala-se de coronelismo por referência aos coronéis da Guarda Nacional, corpo criado em 1831 e que teria funções de defesa da ordem nacional no lugar de um exército profissional permanente. Os comandantes desta Guarda Nacional eram recrutados localmente e ganhavam as suas patentes sem se integrarem a uma corporação militar autônoma e profissional.

todos são iguais, mas cada um no seu gueto, no seu grupo. A igualação não se dá tanto pela absorção de uma “cultura” familiar e doméstica, quanto pela absorção de uma “ideologia” da liberdade e da vida civil.

Ora, esta tendência manifestou-se desde o início da vida nacional – e nisto não teve uma grande ruptura com o passado colonial – quando os povos indígenas foram considerados “bravos” que deveriam ser integrados. Ainda que de fato o encontro com os povos indígenas resultasse em massacres diretos ou indiretos, a idéia central das “políticas” sempre foi a de integrar os indígenas, civilizá-los e catequizá-los. Facilitou-se esta ideologia com a existência de uma Igreja de Estado associada à monarquia e à continuidade entre nós da Dinastia de Bragança, que teria a seu cargo a catequese de indígenas. A integração seria feita pela incorporação religiosa, pela incorporação à comunidade lingüística, pelo abandono das formas tribais de vida, inclusive da propriedade (?) tribal da terra. Função do Estado era catequizar os índios e transformá-los em bons e laboriosos cidadãos.

Não por acaso, José Bonifácio – o líder da unidade nacional sob a forma de uma constituição liberal monárquica – apresentou à Assembléia Constituinte de 1823 duas Memórias sobre os dois temas que destaquei (escravos africanos e povos indígenas): como progressivamente abolir a escravidão e como catequizar e domesticar os índios bravos. Em suma, como igualar e assimilar dois grandes grupos de habitantes? A linguagem usada por José Bonifácio é exemplar de uma idéia determinada de como se constrói uma nação: os índios, que não eram estrangeiros, precisavam ser integrados à comunhão nacional. Precisavam ser tornados *parte* e participar da vida nacional exigia que se convertessem à “santa religião” do Império, que fossem tornados “domésticos” (e não mais bravos – observe-se a linguagem do adestramento e da subalternidade que aqui se revela) e fossem finalmente feitos felizes (já que não poderiam ser completamente felizes no estado bruto em que se achavam). Boa parte das atitudes hostis dos índios se justificava, segundo o Andrada, por causa do tratamento cruel que lhes fora dispensado desde o início da colonização, tratamento que José Bonifácio resume referindo-se ao cativo, ao desprezo, ao roubo das melhores terras, aos enganos nos contratos, à separação das famílias, ao não-pagamento dos salários. Tudo isto era verdade, e os havia transformado em vagabundos, entregues à preguiça, temerosos de vinganças e, permanentemente, inimigos potenciais. Os índios viviam temerosos de abandonar seus modos tradicionais por causa da fome que adivinhavam, dos limites que seriam impostos à sua liberdade natural, à poligamia² a que estavam acostumados, ao fim do treinamento para guerreiros.

O índio não foi considerado um estrangeiro. Ao contrário do que se passou nos Estados Unidos da América, onde a Suprema Corte definiu os indígenas como “nações domésticas dependentes”, os índios brasileiros não eram nações dependentes. Eram apenas grupos não-integrados, que, por definição, faziam parte da “unidade nacional”. O movimento romântico brasileiro foi indigenista, é bom frisar, dando dos índios uma visão relativamente positiva, exemplificada no Peri de José de Alencar, o herói do romance *O Guarani*. E um romantismo que foi patrocinado pelo Império. Desde o início da vida nacional o índio era visto como uma “criança”, que precisaria

² Note-se que segundo o Direito Canônico o divórcio constituía uma forma de poligamia no tempo (diferente da poligamia simultânea a que normalmente se refere).

de um tutor. Deu-se assim continuidade ao modelo colonial que levava os assuntos dos índios aos juizados de órfãos e ausentes. O índio era um cidadão, mas um cidadão incapaz, cuja tutela seria exercida por algum outro cidadão capaz. Este veio a ser o diretor da aldeia, o responsável pelos interesses dos indígenas. Os índios eram, pois, considerados brasileiros, cidadãos; apenas não dispunham da capacidade de exercício de seus direitos. E durante vários anos viveram num certo “limbo”. Só em 1845 foi aprovado o Regulamento das Missões (Decreto 426). Pelo decreto, os índios “mansos” eram organizados em aldeias governadas por eles mesmos sob a tutela de um “Diretor” ou de um “missionário”, caso a aldeia fosse cuidada por uma ordem religiosa. Eram equiparados a menores, mas tinham direitos próprios.

Como estes direitos serão respeitados é uma outra história. Como já foi dito, não se pode imaginar o Estado monárquico brasileiro como um Estado capaz de fazer-se efetivamente presente em largas extensões do território nacional, muito menos de fazer-se presente como um poder alheio aos interesses locais, impessoal e árbitro imparcial de disputas entre cidadãos. E como a ocupação efetiva do território não foi tanto expandida com a colaboração de um verdadeiro exército nacional – como será no caso dos Estados Unidos da América e na Patagônia argentina – mas sobretudo com aventureiros, posseiros e fazendeiros particulares, é evidente que a violência foi muita e um respeito efetivo à letra da lei não é imaginável.

A mesma ideologia assimilacionista vingou durante o período republicano. O índio é sujeito, mas é quase incapaz e precisa ser assistido. A assistência que já havia sido da Igreja e do Império, com o tempo passou a ser do Estado federal. A política da assimilação continuou. Continuaram também, e em grande medida se exacerbaram, os confrontos e disputas pela terra indígena. A expansão da “fronteira agrícola”, inicialmente com o café na primeira metade do século, depois com os outros produtos, significou novos contatos com populações assentadas tradicionalmente no interior e uma disputa sobre suas terras. De toda maneira, até recentemente não se imaginava que poderia ser índio aquele que falasse português e já tivesse os hábitos dos brancos.

Legalmente, os povos indígenas gozaram de uma proteção – de fato pouco eficaz – das terras historicamente ocupadas. Como a presença próxima dos brancos os obriga frequentemente a mudar-se, ou refugiar-se mais fundo nas florestas, os brancos vão ocupando suas terras e, não poucas vezes, mesclando-se com os próprios índios, dando origem à enorme população cabocla de extensas áreas. Na Primeira República (ou República Velha, de 1889 a 1930) houve uma clássica disputa jurídica sobre o estatuto das terras indígenas. A Constituição de 1891 havia transferido as terras devolutas para o domínio dos Estados federados, desincorporando-as do patrimônio nacional (do Império, para o regime anterior, da União, para o regime republicano). Os Estados federados começaram então a tratar as terras em que se achavam assentados os indígenas como terras devolutas e a tentar expulsá-los de tais terras, por pressão dos grupos econômicos “modernizadores”. Em uma série de conferências sobre o tema, que se tornaram clássicas, João Mendes Jr. (Mendes Jr.) argüiu a inconstitucionalidade deste tratamento. As terras indígenas não eram devolutas pois não haviam nunca entrado para o patrimônio de ninguém: se a definição de terra devoluta era a de terra abandonada por quem um dia a tivera como posse (ou sesmaria), as terras indígenas nunca poderiam entrar nesta categoria, pois o título dos indígenas sobre a terra era originário, reconhecido pela própria

Constituição. Eles não haviam recebido a terra do poder estatal (colonial, imperial ou republicano) para cultivá-la, mas a detinham como direito originário, cuja legitimidade não vinha senão da posse histórica e imemorial.

Eram os índios iguais ou diferentes e que diferença lhes foi reconhecida? Bem, segundo a lei eram iguais na sua humanidade, e eram iguais na sua pertença à “nação” brasileira. Mas eram diferentes na sua capacidade de exercício. Só deixariam de ser tutelados ao se tornarem culturalmente “brancos”, ao falarem português, ao aceitarem os costumes do trabalho e da agricultura dos “brancos”. Por este critério cultural e não “racial” é que deixavam de ser indígenas. E também por abandonarem o “modo de vida tribal”, ou seja, ao ingressarem no mundo dos “eus pontuais” (Taylor), dos *eus isolados* que formam o mundo moderno. As diferenças que lhes são reconhecidas pelo ordenamento brasileiro são diferenças provisórias. Isto gera uma permanente tensão entre a precariedade de seu estado e a permanência fática de sua subordinação social. Os textos da legislação mostram que a cultura do indígena é percebida como um estágio do qual eles sairão, por bem ou por mal. Cumpriria ao Estado zelar para que saíssem da forma mais branda, que não fossem exterminados fisicamente, que fossem assimilados.

Ao longo da história nacional há de se reconhecer que a situação dos indígenas sofreu alteração. Ainda em 1808 o Príncipe Regente, futuro D. João VI, havia declarado guerra (“justa”) a diversos povos indígenas, localizados em áreas ainda não totalmente exploradas (mesmo na costa). Tais guerras na prática não significaram grandes expedições militares – que naquelas décadas concentraram-se na Província Cisplatina – mas muito mais a liberdade para grupos privados se assenhorearem das terras dos índios e submetê-los à servidão pelo prazo – previsto na declaração de guerra – de até 15 anos. Só em 1832 a declaração foi revogada, decretando-se a imediata liberdade de todos os cativos. Logo, as primeiras décadas da vida nacional são marcadas pela guerra a certos povos indígenas, para em seguida aceitar-se nominalmente a idéia da assimilação. Já em 1845 passa-se ao regime de aldeias sob a tutela dos Diretores de Índios e não haverá mais declarações de guerra.

2.4 Os negros ficaram relegados a um outro, e verdadeiro, “limbo” jurídico. Não gozavam dos direitos civis, por serem sempre e totalmente incapazes. Não eram estrangeiros e não eram cidadãos. Se para os índios havia a idéia de que finalmente eles viriam a incorporar-se totalmente à “nação”, os negros só poderiam incorporar-se segundo a vontade de seus senhores, ou circunstâncias alheias a sua vontade. Poderiam converter-se em libertos, e a partir daí as diferenças jurídicas diminuiriam. Mas até então, até ser alforriado, sua sorte seria dependente do senhor. Se a grande divisão que o sistema constitucional fazia era entre nacionais e estrangeiros, os escravos eram os grandes ausentes. Não eram mencionados: para os juristas o caso era complicadíssimo.

O art. 6º da Constituição de 1824 estabelecia que eram cidadãos brasileiros os ingênuos e os libertos desde que nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros (quando estes não estivessem a serviço de sua respectiva nação). Eram os escravos então estrangeiros? Mas eram nascidos no Brasil...! No Brasil havia estrangeiros e nacionais, e os nacionais gozavam de direitos civis e políticos. E os escravos? De que situação jurídica gozavam? Não eram estrangeiros, mas também não eram cidadãos. Joaquim Nabuco (Nabuco, 1880) tenta mostrar

a contradição em que se enredava o Direito brasileiro: os escravos negros não poderiam ser cidadãos, pois a Constituição de 1824 proibia que se reduzissem os cidadãos brasileiros à escravidão. Se não fossem cidadãos seriam estrangeiros: mas neste caso, o Direito brasileiro (o Direito positivo que sancionava a escravidão) não poderia ser válido, pois estaria estendendo sua jurisdição sobre estrangeiros. Se se argumentasse que o Direito brasileiro poderia aplicar-se assim, perguntava Nabuco: por que então não se declaravam escravos os ingleses, franceses ou alemães, em caso de necessidade brasileira?

A quem se igualavam os escravos? Às coisas? Bem os juristas não aceitavam que se igualassem às coisas. Diziam mesmo alguns que o que o senhor possuía do seu escravo não era a pessoa, mas o trabalho. Ora, como o trabalho não podia ser fisicamente separado da pessoa, os poderes disciplinares do senhor sobre o escravo justificavam-se como defesa da propriedade deste bem – a força do trabalho – do escravo, não da sua pessoa mesma. De outro lado, esta compra – da pessoa ou do trabalho – era perfeitamente legítima. Lembravam os juristas que o tráfico não só era legítimo como fora, durante largas décadas, monopólio régio e nesta qualidade havia sido estabelecido no Brasil colonial (Mendes de Almeida).

Além de tudo isto, a própria “história natural” ou “ciência natural era invocada no século 19, o século do colonialismo europeu na África e na Ásia, para ‘naturalizar’ os tratamentos diferentes. O liberalismo revolucionário, herdeiro da ilustração, naturalizara a igualdade; o naturalismo científico do século 19 naturalizaria a distinção, insistindo nas diferenças dos negros.

Quando finalmente veio a abolição, em 1888, a distinção entre negros e brancos estava consolidada socialmente, já se havia estabelecido um lugar subalterno para os negros. De fato, prevendo a inevitabilidade da abolição, os próprios senhores de escravos prepararam políticas gerais de imigração, de modo que lavradores europeus assalariados – aqueles pobres que a Europa exportou para evitar ou viabilizar a reforma agrária em alguns países – iam tomando o lugar dos negros. De outra parte, a cessão do tráfico em 1850, os custos elevados da compra e a perda de produtividade do “trabalho servil” como se dizia, as fugas, as ações de liberdade e diversos outros fatores já mostravam o declínio da escravidão.

A abolição não teve, porém, como contrapartida nenhum esforço, para incorporar socialmente os libertos, como Joaquim Nabuco havia sugerido, e eles tiveram de vender seu trabalho por qualquer preço, ou mesmo em troca pura e simples de serem mantidos na casa do patrão, por “casa e comida”. Uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 1916, 28 anos após a abolição, dizia com todas as letras que, se o patrão havia dado ao trabalhador casa e comida, não haveria lugar para a reivindicação de salários. Isto naturaliza um estado social de inferioridade do qual até hoje a grande maioria ainda não saiu.

O sistema de propriedade fundiária que se desenhara também não facilitava em nada a aquisição da propriedade pelos libertos. Era complicado, pois desde 1864, com a Lei de Hipotecas, ou mesmo desde de 1850, com a Lei de Terras, preparava-se no Brasil o sistema de filiação de registros e a aceitação do princípio de direito alemão da “abstração”, ou seja, da transmissão da propriedade exclusivamente pelo registro cartorial do título de propriedade. Ora, este registro era caro e incompreensível para a maioria. Caro, pois as distâncias eram enormes e levar o título a registro requeria dias; caro porque as escrituras lavradas em tabelião

custavam muito. A situação do pequeno posseiro e do liberto ficava, pois, precária. Mesmo que a posse fosse aceitável, seu registro era um obstáculo às ignorantes e abandonadas populações do sertão, pois a idéia comum parecia ser a de que uma vez acertada a venda e pago o preço o comprador adquiria a propriedade.

2.5 Os favelados têm uma inserção mais recente na história brasileira. A favela é uma ocupação irregular e precária de um terreno urbano, seja em zonas centrais seja em zonas mais periféricas. Favelas surgiram quando a reforma urbana do Rio de Janeiro, na primeira década do século 20 – durante o governo do presidente Rodrigues Alves e a administração municipal do engenheiro Pereira Passos –, expulsou das zonas centrais populações pobres que habitavam cortiços ou outras residências. Sem ter para onde ir, foram para os morros que se elevam em meio às zonas centrais da cidade. Na segunda metade do século 20, cidade de São Paulo viu também as favelas surgirem, no lugar dos cortiços e das vilas operárias.

Os favelados vivem uma situação de cultura jurídica muito distinta e também muito tensa. São em grande parte gente de classe operária ou trabalhadores mais ou menos precários: estão precariamente ocupando um lugar na cidade, mas estão também inseridos – de forma subalterna – na dinâmica de uma cidade capitalista. São muitas vezes migrantes de zonas rurais de outras regiões do País, sobretudo após a industrialização de meados do século 20. Têm acesso a meios de comunicação, a bens de consumo, a serviços públicos (transporte, luz, água, etc.) ainda que sempre de forma subalterna. Têm, por isso mesmo, um entendimento do que é o sistema jurídico, mas não dispõem de informações, não dispõem de poder para negociar os contratos – nem o contrato social – e não dispõem de dinheiro para ter acesso a estes e outros recursos. Gostariam de ter casas regulares, mas não podem. Sabem, porém, que para ter casas é preciso pagar por elas. Por isso alugam os seus barracos, ou compram espaços na favela, compram o material com o qual vão construir seus abrigos, etc. Casam-se e têm a mesma consciência de deveres recíprocos entre maridos e mulheres, entre pais e filhos.

Os favelados não constituem um grupo cultural propriamente, e não desenvolvem formas jurídicas autônomas. Desenvolvem, por força das circunstâncias, “esquemas alternativos” marcados pela mesma precariedade da ocupação do espaço (Santos, Holston, 1991). Gostariam de sair da precariedade e admiram o direito formal. Por isso mesmo, sempre que podem querem um “papel”. Mesmo que o papel, diante do direito estatal, não valha nada, para um favelado vale – pode apresentá-lo na disputa com um vizinho. Não raras vezes, pagam por serviços públicos, dividem despesas entre si e se descobrem que o imóvel que ocupam está cadastrado na Prefeitura, procuram ratear entre si o pagamento do respectivo imposto territorial. Tudo isto, pensam, gera sinais de posse de boa-fé. E de fato, são situações de posse e de boa-fé, pois nem sempre a invasão se dá sobre terrenos de donos conhecidos ou localizáveis.

2.6 Os sem-terras formam um terceiro grupo que pode interessar hoje. Embora o êxodo rural e a precariedade dos camponeses seja tradicional no Brasil, pela muita violência e pobreza que existiu no campo, os sem-terras são uma novidade por dois lados. Como organização, são capazes de ação, ação coordenada e com pautas de reivindicação precisas. Como grupo social são uma nova mescla de gente de toda cultura e origem. Encontram-se entre os

sem-terras não poucos pequenos proprietários, freqüentemente descendentes de imigrantes europeus – sobretudo italianos e alemães de certas zonas do País – que perderam suas terras nas últimas décadas pelo processo de expansão da agroindústria, perdendo preços e capacidade econômica para manter-se como proprietários e agricultores (Martins, 1982). Outros, muitas vezes população cabocla estabelecida de longa data, perderam suas terras pela violência pura e simples de grupos de fronteira que continuam a grilar terras e vendê-las a outros grupos maiores. Os opositores dos sem-terras são, não poucas vezes, gente de sua mesma condição social, mas que foram capazes de sobreviver ao processo de expropriação ou de exploração. As reivindicações dos sem-terras formam um programa de reforma: agrária, social e jurídica.

2.7 Gostaria de insistir na dificuldade de acesso ao sistema jurídico: o problema da terra e da propriedade imóvel. Não quero dizer que o problema se resolve com a mudança da legislação, mas apenas indicar que mudanças de legislação, justificáveis e justificadas em certas circunstâncias, têm efeitos perversos, quando somadas a outros fatores presentes na interação social, como analisaria Renner em seu famoso estudo da propriedade capitalista (Renner, 1949).

O início da modernização do sistema de propriedade no Brasil pode ser datado de 1850, ano de promulgação da Lei de Terras, dando por encerrado o sistema anterior que vigorara longos tempos, o sistema das *sesmarias* e da *posse*. Desde 1822 estavam suspensas as concessões de sesmarias e o meio aceito para adquirir propriedade fora dos títulos reconhecidos passou a ser a posse. Esta posse permitiu a muitos cafeicultores avançar sobre terrenos não cultivados – mesmo que anteriormente ocupados – e ali instalar as fazendas de café. Permitiu que fossem também apropriadas terras de índios e de aldeias. De toda maneira, a posse permitiu que a propriedade se estabelecesse como “domínio útil” e, por causa disto, fosse tratada como propriedade exclusiva. Sobre esta posse-propriedade seriam concedidos arrendamentos e parcerias a posseiros menos abastados até chegarmos a formas totalmente precárias de detenção. Esta sucessão de posses articula-se em torno do sujeito de direito moderno, sujeito individual já contemplado na Constituição imperial de 1824. Mas daí a pergunta: como vai o sujeito moderno agir, se as exigências de registro vão se tornando mais fortes? Como obter títulos a partir da simples posse, como registrá-los? O registro exige despesas, exige contato com gente letrada capaz de instruir o posseiro a requerer o registro. Com a Lei Geral das Hipotecas, de 1864, mais um passo é dado para distanciar o posseiro do proprietário legítimo e, finalmente, com o advento do Código Civil de 1916 fica consolidada a transmissão “abstrata da propriedade”, nos moldes do sistema alemão, ou seja, a propriedade só se transmite por meio da sucessão regular dos registros no cartório próprio.

Como reage a população a esta abstração? Bem, os posseiros mais pobres têm da posse uma idéia parecida com a de propriedade e praticam, o quanto podem, atos que formalizam sua posse. Compram e pedem um “papel”. O “papel” que lhes é dado é normalmente um compromisso de venda e compra que não produz juridicamente, por si, nenhum direito real. Na cidade, os possuidores de boa-fé tomam ainda o cuidado de pagar os impostos sobre a propriedade imobiliária (o tradicional Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU). Uma

das defesas que mais se escutam no ambiente forense é: “eu paguei os impostos todos estes anos...!”. Em termos jurídicos o possuidor está dizendo: eu exerci todos os atos do proprietário, menos o registro...

Esta distinção entre quem entra e quem não entra na propriedade formal acaba sendo socialmente estruturante.

3. O que está em jogo nestas três levadas de “marginalizados” e o que está em jogo do ponto de vista do Direito?

3.1 Para que se fale de marginalizados deve-se presumir que há um centro do qual eles foram afastados. Este centro, creio, é o conjunto de bens que a vida social produz e que podem ser: (1) a auto-estima, a imagem de si, o reconhecimento (Frazer, Sandell, Taylor, Honneth), o respeito, um bem primário (*os direitos de reconhecimento*); (2) os bens materiais da vida (*os direitos sociais*, que dizem respeito a isto). Indígenas são privados de ambas as coisas, e para adquirir isto devem deixar de ser indígenas. Só a Constituição de 1988 reconheceu coletivamente direitos aos povos indígenas e reconheceu-lhes capacidade para os defender, sem necessidade da tutela do Estado. Sem-terras e favelados são privados dos bens da distribuição material em primeiro lugar. Quem reivindica respeito, reivindica diferença específica e igualdade universal. Quem reivindica distribuição, reivindica igualdade específica e universal.

Não creio que sem-terras ou favelados reivindiquem ou pratiquem um sistema alternativo no essencial. Creio que partilham muitas das idéias modernas do sujeito e do objeto do direito, de propriedade e obrigação. Simultaneamente, as formas de interação social são, provavelmente, diferentes das formas puramente impessoais do mercado. E certamente por razões variadas, que incluem o fato de perceberem que sua inserção subalterna no mercado não lhes dará controle sobre alterações de preços e outras condições de vida. Assim, contar com relações pessoais e familiares é uma estratégia certamente mais segura para eles. O sistema normativo de que fazem uso só pode ser considerado alternativo à medida que substitui o acesso aos mecanismos públicos e estatais de solução de controvérsia. Mesmo assim, um dado importante nos movimentos organizados dos povos indígenas, dos sem-terras e dos favelados (quanto a estes últimos, pelo menos nos anos 80 e inícios dos anos 90) é que sempre reivindicam o acesso ao sistema público.

Esta reivindicação tem um duplo aspecto a ser considerado: (a) reforça, simbolicamente, a importância do Estado e (b) altera o perfil do próprio sistema estatal.

Reforça-o porque a reivindicação é feita em nome da *cidadania* ou pertença a uma *comunidade política* – o Brasil. Isto é evidenciado pelo fato de as organizações chamarem como grande guarda-chuva conceitual de suas reivindicações a Constituição federal de 1988, ou seja, a própria norma instituinte do sistema jurídico nacional. O que está em jogo não é o estabelecimento de uma autoridade ou jurisdição separada da jurisdição estatal. Até hoje estes grupos não reivindicam autonomia – como soberania: reivindicam na verdade a universalização da presença do Estado, ou de uma autoridade que possa ser minimamente neutra para arbitrar conflitos.

Por outro lado estes movimentos alteram o perfil do sistema estatal em termos quantitativos e qualitativos. Em termos quantitativos obrigam a extensão de serviços judiciários a

lugares e pessoas (ou classes) que antes não tinham acesso ou entrada no sistema. Em termos qualitativos obrigam o sistema jurídico, judicial e político, a aceitar novas condições efetivas de funcionamento, especificamente a publicidade dos atos e a incorporação de justificativas ético-jurídicas nas decisões e no processo argumentativo. A publicidade, que antes se restringia ao diário oficial (uma gazeta de atos do governo), converte-se em uma publicidade midiática, e as audiências, os movimentos na frentes dos fóruns e a discussão jornalística dos eventos dá aos casos e a seus protagonistas uma visibilidade geral. Quanto à argumentação, os princípios constitucionais, ainda que tenham seu caráter moral ignorado pela tradição jurídica nacional, são debatidos em termos muito mais éticos do que dogmáticos. Não creio que o debate ético seja aquilo que poderia ser, pois a falta de costume e o desprezo tradicionalmente voltado pelas muitas vertentes positivistas à racionalidade prática comprometem os argumentos.

Visto que o acesso ao sistema é desigual, a inclusão de tais grupos entre os beneficiados pela ordem jurídica provocará inevitavelmente transformações. Volto ao exemplo da propriedade fundiária. Desde a segunda metade do século 19 – com a lei de terras de 1850 e a lei geral de hipotecas de 1864 – a propriedade fundiária vem se formalizando e sua aquisição tornando-se custosa e complicada. Adotamos em nosso Código Civil a teoria alemã da abstração, de modo que a compra e venda e a transmissão da posse física não representam transmissão de propriedade. Isto gerou todo o tempo uma série infindável de conflitos, pois as pessoas compram em boa-fé e só anos mais tarde descobrem que não compraram bem: ou pior ainda, compram e não registram seus títulos, sem entender como a falta de registro pode afetar sua propriedade. Assim, uma simplificação, ou barateamento do sistema deverá, mais cedo ou mais tarde, aparecer. Deverão também aparecer novidades, como a cessão de uso do solo público para finalidades sociais, regularizando ocupações de favelas, ou mesmo permitindo ao poder público usar áreas para assentamento de favelados.

Já os povos indígenas reivindicam a diferença e esta normalmente vem acompanhada de jurisdição. Julgar os seus próprios membros segundo as suas próprias regras e, caso haja conflito com os brancos, tomar como parâmetro ou regra algo que vá além do direito dos brancos. Não apenas seus costumes e ordenamento, o que é uma possibilidade, mas também regras universais, que todos possam entender.

Nada disto é fácil.

As exclusões, ou as desigualdades, só podem ser reconhecidas por critérios normativos (Tugendhadt). E o ponto de partida da discussão da exclusão está, agora sim, na igualdade. A pergunta que se coloca é sempre de caráter moral (Sen): porque a igualdade? e porque esta igualdade específica? Para responder à primeira pergunta é importante reconhecer que dizer que alguém pertence ao grupo de sujeitos de direito sob uma mesma ordem jurídica equivale a dizer que se trata de cidadãos e, portanto, que pertencem simultaneamente a uma sociedade. Se igualdade significa pertença a uma classe ou grupo, qualquer tratamento segundo regras, qualquer inserção de um indivíduo em uma classe é um juízo de igualdade. Claro que se pode ir simultaneamente pensando na cidadania mundial, velho sonho iluminista que levava o simpático e estóico nome de “cosmopolita”. Trata-se sempre de reimaginar a pertença à ordem jurídica, que pode ser global, mas pode ser também local, como a extensão aos residentes de uma localidade de certos direitos que se imaginavam, na ordem estatal do século 19 como exclusiva

dos nacionais. Cada vez mais a ordem atual é uma ordem de *residentes*, e não de *nacionais*. Pode-se mesmo falar em uma cidadania “disjuntiva” em que a cidadania local e a cidadania nacional não se sobrepõe ou equivalem. Por que igualdade? Porque é ela que nos torna associados de alguma coisa, obra ou vida comum, voluntária ou involuntariamente.

Qual igualdade? A igualdade nos bens primários, bens fundamentais ou bens públicos (coletivos). Igualdade proporcional, certo, igualdade da distribuição do comum. Este é o nível de discussão que chamo moral. Não se trata da reforma dos corações dos homens, mas das instituições. Postular que há coisas comuns e que a participação nestas coisas comuns é devida. Creio que o Direito moderno – com crescente clareza em autores como Hobbes, Locke ou Pufendorf – afastou-se de um tema em que direito e moral confluem. Trata-se da justiça distributiva. Ela é logicamente anterior à justiça comutativa. O seu de cada um pode ser determinado por diversas regras de justiça distributiva: a cada um segundo sua necessidade, a cada um segundo seu valor próprio, a cada um segundo sua capacidade, e assim por diante. Mas este cada um deveria ser entendido como cada um dentro de determinados grupos, que têm algo em comum a ser partilhado. Torna-se assim perfeitamente compreensível distinguir esferas públicas – em que todos contarão igualmente – e esferas privadas, em que a pertença ao grupo pode ser voluntária. Em resumo, dar a cada um o que é seu depende de uma definição de qual é o seu de cada um. Ora, é isto que a distribuição faz quanto às coisas comuns. Aquilo que é comum a uma associação voluntária de filatelistas não é o mesmo que o comum aos membros de uma sociedade involuntária, como uma ‘nação’, um ‘povo’, uma ‘sociedade’. O problema é que o direito moderno transformou-se em um direito das trocas, assumindo como naturais as distribuições aleatórias, lotéricas ou historicamente determinadas.

Ora, a distribuição é o primeiro degrau da escala normativa, pois ali é que se define quem está dentro e quem está fora e em que termos se está dentro ou fora (Walzer). As regras de distribuição são regras constitutivas dos grupos, das sociedades. Nestes termos é que o direito e a ética reencontram-se e este reencontro não tem o caráter moralista ou moralizante que as prédicas assumem. Este reencontro deverá dar-se no foro político-jurídico dos grandes arranjos institucionais. Não creio que a pulverização de poderes locais, identidades ou comunidades possa dar uma resposta adequada ao problema da distribuição. Em última instância, a aceitação da particularidade só é um problema se quisermos vê-la funcionando ao lado de estruturas, instituições e regras de alcance universal. Logo, é a conservação da universalidade que se faz objeto de preocupação. De outro modo, seria simples e fácil estabelecer cidadanias de *apartheid* ou de guetos. O que está em jogo é uma nova arquitetura, chamemos assim, do espaço público, na qual se reconheçam simultaneamente as diferenças e as igualdades. Para retomar os termos com que abri esta reflexão, trata-se de reinventar as igualdades e as diferenças.

Um Direito “pós-moderno” pode ainda assim salvar ou tentar salvar alguma racionalidade universal? Ou será que as diferenças serão tantas a ponto de destruir qualquer pretensão de universalidade? Minha resposta é ainda um voto de confiança na universalidade, entendida de uma certa maneira. Como disse no início, pensar segundo regras é pensar construindo igualdades, isto é, relações de equivalência entre termos. Creio que a modernidade gerou uma linguagem das igualdades que não será abandonada e não é mesmo abandonada nem mesmo por quem reivindica a diferença.

O discurso da igualdade moderna assenta-se na igual dignidade de todos os seres humanos e é esta a base sobre a qual a discussão da distribuição – nos exemplos históricos aqui tratados, o caso dos sem-terras e dos favelados – de recursos materiais às classes de trabalhadores. A reivindicação de distribuição assenta-se, em última instância, no fato de não se reconhecer intrinsecamente nenhum valor superior a determinados sujeitos humanos (esta outra invenção moderna?) pelo simples fato de terem nascido em uma classe social ou a ela terem se incorporado. O respeito igual e universal, fundado na autonomia moral de cada ser humano, é o que dá à linguagem do direito – mesmo do direito do trabalho e dos direitos sociais – uma base para reivindicar esta “participação” de qualquer ser humano nos benefícios da cooperação social em geral. A defesa da distribuição de riqueza e mesmo de poder – econômico, social e político – está fundada em uma premissa de universalidade. Não se vêem os líderes dos movimentos de sem-terras ou de favelados reivindicarem coisas sob a justificativa de que são melhores moral e intrinsecamente do que os proprietários de terras. O objetivo das reivindicações é sanar formas de injustiça historicamente específicas mas contingentes. John Rawls disse com clareza e com razão, seguindo a linhagem moderna de argumentos, que riqueza e talento não são merecidos por ninguém, do ponto de vista moral, ou melhor como pontos de partida para o raciocínio moral. A sorte, a fortuna, a história, o acaso ou a Providência é que distribuem isto de forma aleatória e sem nenhum merecimento. O merecimento moral de todos é igual, e uma sociedade justa deveria partir de tal princípio para instituir distribuições de bens coletiva e socialmente produzidos.

O mesmo vale para as reivindicações de minorias étnicas ou outras, como as “minorias sexuais”, visto que também aqui o que está em jogo é o reconhecimento universal do valor intrínseco de cada ser humano (a *dignidade humana*, na frase de Kant). Como no caso da distribuição das riquezas, na distribuição do “respeito” joga papel importante a consideração de violências e injustiças passadas sofridas por grupos social e culturalmente minoritários, que não reivindicam hoje a segregação, autarquização, *apartheid*, *guetos* ou isolamento. Reivindicam, ao contrário, participação sob o signo do respeito igual. Também aqui, portanto, a universalidade do valor moral é o fundamento para a diferenciação jurídica.

Um sistema jurídico em que diferenças possam ser incorporadas pela justificativa de que seu reconhecimento é uma garantia de universalidade é também um sistema em que a deliberação casuística volta a ter um papel. Casuística e casuísmo são palavras carregadas de conotação pejorativa: na política significam a feitura de regras *ad hominem* e de soluções de privilégio e não de direito. O casuísmo a que me refiro, talvez impropriamente, consiste, no entanto, na valorização do particular dentro de um regime de regras universais. A volta da consideração do particular – mesmo aos trancos e barrancos – faz-se de modo privilegiado pela judicialização da política, como dizem alguns. Quer isto dizer que a reivindicação individual ou coletiva de direitos na arena judicial impõe um estilo de decidir e de lidar com as regras que escapa do estilo das declarações de direitos em que boa parte da tradição universalista da modernidade se incorporara. Muito discurso contra a modernidade toma como adversário exemplar as declarações universais de direitos, do homem e do cidadão, tanto as nacionais, contidas em constituições, quanto as internacionais. Na medida em que a reivindicação de tais direitos sai da luta pelos textos nas assembléias e se realiza em reivindicações judiciais, o caso, suas circunstâncias e o processo de interpretação

ganham o palco. O estilo exegético de fazer direito não se presta a resolver as disputas judiciais e cede espaço, bem ou mal, aos processos hermenêuticos, a um estilo hermenêutico de tratar do ordenamento. E é desta confluência de universalismo e hermenêutica que nascem debates teóricos a juntar novamente filósofos e juristas.

Há outro aspecto da questão a ponderar e a situação brasileira presta-se a uma discussão exemplar. É certo que o Estado brasileiro constrói-se com o discurso da modernidade, da igualdade e da liberdade. Ocorre, porém, que há uma prática social, ou há estruturas de interação social, que se revelam na cultura jurídica brasileira. É preciso admitir que a cultura jurídica não se conhece apenas pelos textos dos juristas ou pelos discursos, mas por práticas reveladoras de interpretação. A cultura jurídica é o que dá vida ao ordenamento. Tullio Ascarelli dizia, nos seus ensaios de comparatista, que os ordenamentos jurídicos contêm “premissas implícitas”. Ninguém fala delas, porque para os membros daquela cultura elas são naturalizadas, são dados sobre os quais não faz sentido discutir. Os comparatistas superficiais tampouco falam delas, porque não as percebem enquanto não se voltam para a prática. Ora, a cultura jurídica brasileira é contraditória com relação ao postulados do sistema jurídico. Apenas alguns exemplos podem ilustrar o que digo.

Um primeiro foco de tensão dá-se na noção mesma de direito. O postulado moderno de direito – e de direitos fundamentais ou direitos humanos – é que o ordenamento jurídico presume-se proteger a todos igualmente e os direitos valem igualmente para todos. A prática política, jurídica e cultural no Brasil revelam, porém, que direito significa privilégio. Conseguir um direito significa conseguir para si um tratamento favorecido. Por isso as reivindicações por direitos são normalmente taxadas de “corporativistas” ou de privilégios: os direitos humanos são chamados de “privilégios de bandidos”, como já disse com propriedade e clareza uma pesquisadora brasileira (Caldeira 1984). Os direitos garantidos pelo Estado são percebidos por boa parte dos brasileiros como concessões dadas pelo soberano aos grupos que conseguiram fazer ouvir a sua voz. Logo, a relação com o Estado é sempre uma relação de suspeita e de uso estratégico instrumental. Esta percepção do direito solapa boa parte das possibilidades de cooperação social, gerando custos sociais e mesmo econômicos consideráveis.

Um segundo exemplo mais empiricamente determinado vê-se na forma como opera o princípio de direito público da “presunção de legalidade dos atos da Administração”. De fato passou-se a uma presunção de ilegalidade dos atos da Administração, de tal modo que as condenações do Estado em litígios judiciais ocorrem inúmeras vezes na fase preliminar do processo – com concessões de liminares e tutelas antecipadas com bastante frequência – e condenações patrimoniais astronômicas em diversos casos. Pode-se dizer que todos os juristas sabem que o ordenamento impõe que se presuma a legalidade dos atos, ou a constitucionalidade das leis, mas na prática tendem a ignorar tais princípios por presumirem que o Estado é realmente o reduto de interesses particulares e de corrupção.

Assim, uma cultura nacional de origem católica, colonial e periférica, adota formalmente princípios de Estado de direito desenvolvidos e operantes em ambientes calvinistas ou laicos, colonizadores e centrais e os adapta a um uso que de diversos modos pode torná-los disfuncionais.

Se estiverem certos alguns críticos da globalização, como Zygmunt Bauman (1999) ou Holston e Appadurai (1996), por exemplo, estas hordas de deslocados, trabalhadores

migrantes, asilados, exilados, refugiados e, para nosso exemplo, favelados, índios e os sem-terras, são um paradoxo constante em sociedades que se querem descrever como sistemas ordenados de direito. São um paradoxo porque virão, mais cedo ou mais tarde, reivindicar sua inclusão, e podem vir a manter relações de suspeita e desconfiança para com os mesmos sistemas dos quais pretendem obter reconhecimento.

É por tudo isto que a pretensão universalizante – e inacabada – da justiça é sempre mais um ponto de referência para os juristas do século que se abre.

Bibliografia

- ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ALMEIDA, Rita Heloísa. *O Diretório dos Índios: um projeto de “civilização” no Brasil do século XVIII*. Brasília: Ed. UNB, 1997.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Pronunciamentos parlamentares*. (org. Aurélio Wander Bastos). Brasília: Senado Federal, 1982.
- ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. (org. Míriam Dolhnikoff) São Paulo: Cia. das Letras, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *A Política dos outros*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Legislação indigenista do século XIX*. São Paulo: Comissão Pró-Índio/Edusp, 1992.
- FRASER, Nancy. *Justice interrupts*. New York/Londres: Routledge, 1997.
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio. *Preconceito e discriminação*. Salvador: Novos Toques, 1998.
- HOLSTON, James. *The Misrule of law: land and usurpation in Brazil*. *Comparative Studies in Society and History*, 33 (4), 1991.
- HONNETH, Axel. *The Struggle for recognition*. Cambridge (Ma): MIT Press, 1996.
- HOLSTON, J. and Appadurai, Arjun. *Cities and citizenship*. *Public Culture*, v. 8, n. 2, Winter, 1996.
- LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.
- MARTINS, José de Souza. *Expropriação e violência*. São Paulo: Hucitec, 1982.
- MENDES JR., João. *Os Índigenas do Brazil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typografia Hennes Irmãos, 1912.
- MONTEIRO, John M. *Os Negros da terra*. São Paulo: Cia. das Letras, 1994.
- NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 1988.
- O'BRIEN, David M. *Constitutional Law*. V. 2. 2ª Ed. New York: W. W. Norton, 1995.
- OCKHAM, Guilherme de. *Seleção de textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- RENNER, Karl. *The Institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & Kegan Paul, 1949.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o poder*. Porto Alegre: Sérgio A Fabris Ed., 1988.
- SCAREPELLI, Umberto (sdp). *Diritto e linguaggio*. Milano: Edizioni di Comunità.
- SEARLE, John. *The construction of social reality*. Nova York: Free Press, 1995.

- SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. Cambridge (Ma): Harvard Univ. Press, 1992.
- TAYLOR, Charles. *Sources of the self*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1996.
- TUGENDHADT, E. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- KAWASHIMA, Yasuhide. *American citizenship for minorities: the case of native Americans*.
Paper. Law and Society Annual Meeting, Budapest, 4-7 July, 2001.
- WALZER, Michael. *Spheres of justice*. New York: Basic Books, 1983.
- WEBER, Max. *A Ética protestante e o espírito do capitalismo*. Brasília: Ed. Da UnB, 1981.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Abril Cultural, 1991.

A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E O PRINCÍPIO DA UNIDADE

*Rogério Rodriguez Fernandez Filho**

Sumário: 1. Introdução. 2. Classificação da atividade do Ministério Público. 3. Os limites entre os princípios da independência e da unidade. 4. As duas formas de interesse público. 5. As implicações de um conceito indeterminado. 6. Política institucional. 7. Instância deliberativa. 8. Instrumentalidade democrática. 9. Tolerância com a divergência. 10. Capacidade de renovação. 11. Do Conselho Superior e da Câmara de Coordenação e Revisão. 11. Conclusão

1. Introdução

A crescente importância do Ministério Público na sociedade brasileira guarda estreita relação com a atuação que esse tem desenvolvido em face dos Poderes clássicos do Estado e, nesta atmosfera, não é desprezível a desconfiança que provoca o princípio da unidade, quando vinculado à hierarquia, no seio de uma instituição que tem a independência como princípio constitucional.

No Brasil, como em outros países, o princípio da unidade foi sempre o instrumento da hierarquização, como são exemplares o revogado artigo 737 da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 74, também revogado, do Regulamento Orgânico do Ministério Público espanhol, de 28 de fevereiro de 1927, que afiançava a férrea subordinação ao governo, situando-o sob a dupla rubrica da unidade e dependência.¹

No texto se propõe examinar o princípio da unidade como expressão de coordenação e não de uma forma canônica, depurando-o da sua origem no campo do Direito Administrativo e historicamente estranho à estruturação de uma instituição independente.

Aceitar o desafio proposto exige, por certo, além de distinguir entre a forma ideal que deve tomar a instituição e o modo particular pelo qual uma determinada chefia desempenha suas responsabilidades de comando, vencer a dificuldade em encontrar um caminho entre o Cila de uma independência fragmentada e o Caribde de uma unidade hierarquizada.

* Rogério Rodriguez Fernandez Filho é mestre em Direito do Trabalho pela USP e doutorando pela Universidade de Salamanca.

¹ "El ministro de Gracia y Justicia podrá, respecto de asuntos genérica o especialmente determinados, en los que conforme a las funciones que le son propias deba intervenir el M.F., excitar el celo de éste para que ejercite las acciones y cumpla los deberes que les correspondan. Al efecto, el ministro se dirigirá de Real Orden o verbalmente en caso de urgência, al fiscal del Tribunal Supremo. Este cumplirá dichas órdenes, ejercitando las acciones procedentes con arreglo a las leyes. El Fiscal del Tribunal deberá dar al ministro de Gracia y Justicia los informes que éstos le pida respecto al modo de funcionar los Tribunales, ya en general, ya en asuntos determinados en que el ministerio fiscal intervenga."

2. Classificação da atividade do Ministério Público

Sem minimizar a importância de um tema cujo eco perdura² e que se desenvolve, sempre, num contexto de disputa política, a incorporação da instituição, atualmente separada e independente, em um dos Poderes da República é um debate obsoleto. O mesmo não ocorre, contudo, com relação à classificação da atividade desempenhada pelo Ministério Público, que não perde sua relevância, nem em face da independência assegurada constitucionalmente ao Ministério Público, nem mediante as atribuições que lhe confere a legislação; ao contrário, a natureza da atividade é que dá a essas sentido e qualidade.

Para uma visão tradicional, às vezes com a dificuldade em aceitar um órgão estatal independente dos Poderes clássicos da República, não seria inconveniente considerar a doutrina comparada sobre o tema, sobretudo se dirigida a uma instituição muito mais vinculada ao Poder Executivo que o Ministério Público brasileiro, *ipsis litteris*:

A existência de uma instituição estatal independente de qualquer dos Poderes da República, subordinada e limitada diretamente pela legislação que a constituiu e fixa seus parâmetros de atuação, não está em contradição com o reconhecimento de que todos os órgãos relevantes da República desenvolvem, ainda que de forma predominante e não exclusiva, uma atividade relacionada com o modelo clássico da divisão dos poderes, e que serve de matriz às atividades essenciais a serem desenvolvidas pelos órgãos que constituem um Estado moderno.

Pode-se obter, no itinerário para fixar a classificação da atividade do *parquet*, entre as alternativas tradicionalmente cogitadas, um consenso inicial: a natureza da atividade está determinada pelo fim jurídico preponderante a cujo serviço se põe a instituição.

O Ministério Público, instituição que estava encarregada de, em nome da Administração do Estado, perseguir os crimes e fiscalizar a função do Judiciário, assegurando, paradoxalmente, a independência necessária ao correto funcionamento desse Poder⁴, sem perder sua originária missão de promover o *ius puniendi*, permanece tendo, ainda que não mais servindo ao mesmo núcleo de poder⁵, a mesma atribuição principal de controle do Poder Judiciário, não obstante ter alargado, com o decorrer dos tempos, o seu campo de atuação, desempenhando, atualmente, atividades polímorfas.⁶

² Principalmente na doutrina internacional, ora classificando o Ministério Público como vinculado ao Executivo, ora ao Judiciário. A classificação do Ministério Público como órgão legislativo, por tratar-se de uma hipótese que só se incluía nos países-membros da União Soviética – mantida, por tradição, nos Estados que compõem a Federação Russa – sempre foi pouco considerada pela doutrina.

³ PÉREZ, Carlos Granado. “*Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*”. Madrid: Ministerio de Justicia, Revista del Ministerio Fiscal, nº 4, p. 17.

⁴ Sendo o Ministério Público, como era, um órgão subordinado ao Poder Central, a outorga de velar pela independência dos Tribunais encerrava uma contradição.

⁵ Não se compreenderia a previsão do exercício pelo procurador-geral da República das ações de inconstitucionalidade (CR, art. 102, I, a.), declaratória de constitucionalidade (*idem*) em face de leis de iniciativa do presidente da República, e outras iniciativas (v.g alínea g, inciso I, art. 5º e b, inciso XVII, art. 6º, ambos da LOMPU) dentro de um quadro de subordinação.

⁶ Elylcéa Tavares Nogueira de Paula, após afirmar que “o legislador constituinte entendeu ser de bom alvitre elencar, não em *numerus clausus*, mas em várias disposições, algumas funções institucionais consideradas relevantes na conjuntura” cita vários artigos da Constituição referentes ao Ministério Público, destacando, entre outras, a atuação no respeito aos fundamentos do estado democrático de direito e aos objetivos fundamentais da República. (Ministério Público: o novo poder da República e da Federação brasileira na Constituição de 1988. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, jul/dez, 1991, v. 44, nº 178).

Um conceito descritivo, ainda que óbvio, extraído da Carta Política é o de uma instituição estatal permanente, de relevância constitucional, dotada de autonomia funcional e administrativa, incumbindo-lhe defender, sob os princípios da unidade, indivisibilidade e independência: a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Importa destacar do conceito, para o ajuste recíproco entre ontologia e as atribuições assinaladas na Constituição, tratar-se de uma instituição do Estado, investida de autonomia funcional e administrativa (parágrafo 2º, art.127, CR), significando, portanto, que os Poderes da República não podem interferir no livre e regular exercício das funções que lhe foram designadas constitucionalmente, proteção funcional cuja violação implica crime de responsabilidade, segundo a norma expressa no inciso II, artigo 85 da Constituição da República.

Evitando a confusão entre essencialidade e identidade, aquilo que é essencial não é idêntico a si mesmo⁷, a principal finalidade do Ministério Público, determinante de sua enorme importância e influência na formação do estado de direito⁸ – que é a garantia da neutralidade dos órgãos judicantes do Judiciário, que estaria indubitavelmente comprometida com a introdução de elementos inquisitórios no processo, caso ocorresse a conjunção da função investigatória, tanto no campo cível como no penal, com a jurisdicional – afasta, pelo critério lógico-conceitual – que adapta a interpretação ao fim perseguido pela norma a classificação do Ministério Público como órgão integrante do Judiciário.

Pode-se obter, na doutrina pátria⁹, apoio à tese da atividade administrativa e, na doutrina comparada, um argumento *a maiori* em apoio àqueles que sustentam a exclusão do Ministério Público no Capítulo III da Constituição da República, pelo qual se regula o Poder Judiciário, como uma razão suficiente para não classificá-lo no Poder correspondente, *verbis*:

“Desde la misma proclamación de la Constitución se ha debatido ampliamente sobre si la inclusión del Ministerio Público en el Título dedicado al Poder Judicial conlleva una automática dependencia del órgano del poder regulado en esta sede. En general, se han dado valiosas razones para negar absolutamente esta inclusión automática. Por una parte, se ha repetido varias veces, es norma habitual en muchas Constituciones incluir al Ministerio Público en las disposiciones referidas al Poder Judicial, dentro de un apartado propio o

⁷ O sentido de essencial, na filosofia aristotélica, aplica-se à essência do ser, que é um significado incompatível com a atribuição de um papel a um órgão ou instituição, como decorre explicitamente da titulação do Capítulo IV – das funções essenciais à Justiça, do Título IV – da Organização dos Poderes (CR 88).

⁸ *“Cuando el procurador se desprenda de la guarda del patrimonio del rey y mantenga como función primordial la defensa en el juicio de los intereses generales y, en consecuencia, el control de la independencia de los jueces y magistrados, habrá nacido realmente el Ministerio Público. Por ello tendremos que esperar al triunfo de los ideales revolucionarios liberales del siglo XVIII para que la figura acabe perfilándose en su verdadero origen.”* (DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos constitucionales del ministerio fiscal. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 39).

⁹ É a opinião de juristas como Celso Ribeiro BASTOS (*Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1997, Capítulo IV, p. 10) e Hugo Nigro MAZZILLI (*Regime jurídico do Ministério Público*: análise da lei orgânica nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 68)

directamente en el dedicado a aquél, como es el caso de la Constitución de 1978. Esta ubicación viene determinada por las circunstancias en las que desarrolla el Fiscal su trabajo, el medio, los instrumentos, el personal con el que desarrolla su función. Se entiende que son cosas diferentes formar parte del Poder Judicial y ser órgano cooperador con la Administración de Justicia.”¹⁰

Tendo-se presente que, na classificação da atividade do Ministério Público como administrativa, cuida-se, sem qualquer referência à exclusividade, da atividade predominante da instituição, bem pode servir a citação anterior para recordar que à atividade jurisdicional, em cuja essência se encontra a decisão de conflitos intersubjetivos¹¹, estão legitimados, em regra¹², os órgãos judicantes do Poder Judiciário (art. 92, CR), possuindo Lei Orgânica própria e distinta daquela destinada à regência dos órgãos integrantes do Ministério Público da União.

A principal atividade do Ministério Público, que se estende ao controle da fundamentação das decisões judiciais¹³, todavia, não é a única em importância, pois, com efeito, no campo civil e como órgão interveniente, não é de menor significado o papel que, por força das modificações do ordenamento jurídico, mitigadoras do princípio da disponibilidade, o Ministério Público, gradativamente, passou a desempenhar com a adoção de uma técnica processual legitimadora de um órgão que desenvolva uma atividade que permite o juiz de conhecer e de, eventualmente, dar provimento a uma solução que atenda ao interesse público.

Nesse campo é que a existência de outras instituições (Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública) e atividade (advocacia) apresentam uma apreciável diferença do ponto de vista da imparcialidade, pois só o Ministério Público defende os interesses mais gerais da sociedade. As demais, instituições públicas ou a atividade privada, defendem interesses particularizados, mesmo que constituam interesses da administração do Estado (interesse público secundário).

As observações precedentes e a análise das atribuições contidas no *caput* do artigo 127 da Constituição da República indicam a natureza administrativa da atividade exercida pelo Ministério Público, sem que esta classificação implique, não é demasiado frisar¹⁴, reconhecer-lhe subordinação ao Executivo, vínculo cuja natureza seria incompatível com as características de um órgão que tem, não somente, a incumbência de defender a ordem jurídica, que pode ser violada, e, infelizmente, tem sido, com indesejada freqüência, pela Administração Pública, como também a de velar

¹⁰ DALMAU, Rubén Martínez. Op. cit., p. 129.

¹¹ E a conseqüente execução das decisões, quando não cumpridas espontaneamente.

¹² Uma importante exceção, presente na recente memória nacional, é aquela que atribui competência ao Senado Federal para julgar os crimes de responsabilidade cometidos pelo presidente da República (art. 86 da CR).

¹³ Em que pese a motivação ter sido considerada por Platão, em a República, como um requisito do reto governo, sua exigência é um dos postulados do constitucionalismo frente ao absolutismo, e a “própria realização de legalidade torna-se inteiramente dependente do modo pelo qual este mecanismo controlador esteja estruturado e do modo pelo qual atue. Não há legalidade sem sua garantia. E não há garantia de legalidade sem um órgão imparcial, isento, sobranceiro.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sobre a Magistratura e o Ministério Público no Estado de Direito. São Paulo: Revista de Direito Público, out./dez; 1983, v. 68, p. 144).

¹⁴ Como diz Machado de ASSIS, “há conceitos que se devem inculcar na alma do leitor, à força de repetição”. (Dom Casmurro. Porto Alegre: L&PM, 1997, p. 67)

pela independência e harmonia dos Poderes da União (alínea e, artigo 3º, Lei Orgânica do Ministério Público da União, de 20 de maio de 1993), assumindo as características de um órgão inter-poderes.

Não sendo razoável sustentar que a teoria de Montesquieu foi concebida arbitrariamente por seu precursor e localizando sua origem material na necessidade de, por meio da tripartição, efetivar um mútuo controle entre os Poderes, nada tem de extraordinário, para o desenvolvimento das atividades essenciais e complexas a serem desenvolvidas por um Estado moderno, a existência de uma instituição sem subordinação a qualquer dos Poderes da República e destinada, justamente, a reforçar esse mecanismo.

A herança genética, reforçada pela tradição de vinculação ao Poder Executivo¹⁵, torna compreensível a rejeição de que se classifique, no que parece ser um retorno ao passado, a atividade do Ministério Público como de natureza administrativa. Desde logo, porém, deve ser acentuado que a hierarquia, se pode ter alguma influência na atuação do Ministério Público no processo penal, dada a verticalidade que se revela, como poder de substituição, no artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁶, não deve ser considerada, em razão da plena autonomia na área de atuação civil, como argumento em desfavor do enquadramento do Ministério Público como órgão administrativo.

De igual modo, o enquadramento do Ministério Público como órgão administrativo não exclui considerá-lo, também, como órgão de justiça; impede, isto sim, de classificar sua atividade como exercício de jurisdição e como órgão integrante do Poder Judiciário.

Para além das conseqüências que possam acarretar a classificação do Ministério Público como órgão administrativo de caráter especial¹⁷, e que serão exploradas no curso da exposição, de imediato se pode afirmar que tal determinação marca duas referências importantes: (a) na definição de uma competência não apenas de proteção, mas de prevenção defensiva da ordem jurídica; (b) na aplicação da regra administrativa que, para o bom funcionamento de qualquer instituição, exige um critério único de fixação dos seus objetivos.

Aplicando-se a segunda referência ao Ministério Público, se a demanda de certeza e segurança jurídica estão relacionadas, via controle da motivação judicial, à defesa da legalidade democrática¹⁸, uma só, enquanto critério, deve ser a voz em cujo nome se pede, e uma só

¹⁵ “A vinculação do Ministério Público da União à defesa dos interesses patrimoniais desta em juízo era tão acentuada que a Constituição Federal de 1946, no art. 126, parágrafo único, o colocou como representante judicial dela, o que foi repetido no art. 138, parágrafo 2º, da Constituição de 1967. Somente a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, veio suprimir a disposição.” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao C.P.C.*, Lei nº 5.869, de janeiro de 1973. Rio de Janeiro: Forense: 1993, vol. I, p. 227).

¹⁶ “Art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

¹⁷ Na doutrina comparada afirma-se – “*com ciertas reservas en cuanto al calificativo administrativo - el órgano administrativo del Estado encargado de defender el interés público de la legalidad en la actuación de los Tribunales, interviniendo al efecto como parte en los procesos penales y en los procesos civiles no dispositivos, y asesorando y corrigiendo a los Tribunales en cuanto respecta a las normas orgánicas e procesales.*” (DALMAU, Rubén Martínez. Ob. cit. p. 30)

¹⁸ “*Restando le motivazione; soprattutto quella volta a garantire l’immagine di imparzialità del giudice - che è valore di grande rilievo in un sistema democratico e no segno “piccolo borghese” - (...)*” (RICCIO, Giuseppe. *Intanze di riforma e chiusure ideologiche nella soluzione del problema italiano del pubblico ministero.* Bologna: Rev. Política del diritto, ano XXXI, nº 3, settembre 2000, p. 454)

vontade que defenda, a ordem jurídica.

Para concluir esta parte, a hierarquia no Ministério Público não constitui uma simples decorrência do princípio da unidade, constitui um instrumento de coordenação, de modo que, como meio, não exclui a possibilidade de questionar sua concreta concepção, nem a vantagem de ser complementado por outros meios – um deles será oferecido à crítica ao final da exposição – de eficácia superior ou equivalente, que permitam à instituição forjar a unidade de orientação.¹⁹

3. Os limites entre os princípios da independência e da unidade

Em sintonia com a idéia de coordenação e não sendo razoável confundir o princípio da independência com o conceito de soberania que, no plano interno, é o exercício incondicionado do poder, pois o ato cometido pelo soberano não se subordina a nenhuma regra de fundo, convém tratar, em primeiro plano, a independência em cotejo com um conceito, esse sim, mais próximo daquele: o da autonomia.

Os princípios da independência e da autonomia, tendo ambos uma amplitude reduzida com relação ao da soberania, partilham dos mesmos atributos externos, garantindo aos órgãos dotados daqueles princípios um agir vinculado apenas aos critérios de legalidade e objetividade, embora, internamente, a diferença entre eles resida na intensidade aplicativa da hierarquia.

A reduzida²⁰ ausência de hierarquia técnica num órgão dotado de independência, se confrontado com um órgão dotado de autonomia, não garante, todavia, aos membros do Ministério Público um agir onímodo e incontrolável. Ao contrário, é um princípio coordenado com os outros, já que a expectativa de garantia que o cidadão exige, e é essencial ao estado de direito, resume-se na proteção em face de pressões, externas e internas, incompatíveis com os objetivos da instituição e tendo como fim último a realização da igualdade dos cidadãos perante a lei e a justiça.

Para aproximar-se da igualdade perante a lei, um ideal utópico que sempre se afasta à proporção que a vontade institucional chega mais perto, o Ministério Público necessita de mecanismos que permitam acautelar, na medida do possível e desejável, a multiplicidade de interpretações suscetíveis de colocar os cidadãos em posição de desigualdade.

Embora limitada, por força da tipologia de raiz napoleônica do Ministério Público na Europa continental, tem suficiente força persuasiva, ao relacionar o princípio da unidade à igualdade, a seguinte doutrina comparada, *litteris*: “Constituindo uma magistratura de iniciativa, ação e controle e incumbindo-lhe promover o máximo de igualdade na aplicação da lei, o Ministério Público só pode agir em obediência aos fins se o fizer coordenadamente. Com efeito, os juízes não detêm poderes de iniciativa e auto-controle, sendo ao Ministério Público que compete acionar, em amplos domínios de interesse público, as causas e o seu reexame. A

¹⁹ Também existe unidade no Judiciário, operando por meio dos precedentes originados nos tribunais superiores, e ainda que totalmente diferente da unidade administrativa, nem por isso menos hierárquica.

²⁰ A competência normativa do Conselho Superior (parágrafo único, artigo 103) e a competência da Câmara de Coordenação e Revisão (incisos IV e V) desaconselham a afirmação da total independência técnica.

discricionariedade ou margem de apreciação que acompanha muitas das iniciativas do Ministério Público converter-se-ia facilmente em áreas de risco, se não fosse possível uma pré-definição do interesse em agir.”²¹

No espaço externo à instituição, retomando a sugestão da epígrafe, já que a idéia de limite remete intuitivamente à de posição espacial, desaparece, por inferência lógica, qualquer contradição entre a unidade e a independência, entendida, nesta dimensão, como proteção dos membros com relação a um eventual poder ou pressão do exterior.

No espaço interno, o princípio da independência opera assegurando aos membros proteção contra eventual ordem direta específica – sobretudo às que se exprimem como substitutivas²² – determinada pela chefia, regional ou geral, salvo, nesse caso, os poderes de coordenação²³ e controle²⁴, e o princípio da unidade permite a efetividade das resoluções provenientes dos órgãos colegiados, não havendo conflito entre os princípios porque as resoluções do Conselho Superior do Ministério Público não são produzidas individualmente por um superior hierárquico, são fruto de uma resolução deliberada por um órgão composto de membros eleitos (metade pelo colégio de procuradores) e, portanto, exprimindo um conceito de independência mediado por uma representação.

Dada a forte tradição de autonomia do Ministério Público brasileiro, são as relações exteriores, no sentido espacial convencionado, que têm maior potencial de ameaçar a independência e que exigem pronta defesa, e não as relações internas, que devem estar voltadas à coordenação institucional e são incompatíveis com uma noção absoluta desse princípio, abismo em cuja voragem dissolveria não só a unidade e a indivisibilidade, mas também a identidade individual, que se perderia na dispersão dos fins institucionais.

Muito mais do que o princípio da unidade, é o da independência que não pode ser concebido desligado de algum contexto, e rejeitar a sua característica relacional significa interpretá-lo fora de toda correlação com os outros princípios; isto é, dotado de uma referência ilimitada e total, usando-o além dos limites para os quais foi concebido²⁵ e acarretando uma série de inconveniências.²⁶

Operando, como é normal aos princípios, por pares²⁷, constituem subsistemas globais e não somativos, cujos elementos estão em equivalência orgânica, pela qual a variação de um implica, em proporção inversa, a variabilidade do outro, ou melhor, são regidos por uma regra

²¹ RODRIGUES, José Narciso da Cunha. *Sobre o modelo de hierarquia na organização do Ministério Público*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Revista do Ministério Público, abril-junho 1995, p. 20.

²² Como são as ordens de avocação ou reforma.

²³ *Ex vi* o inciso V, artigo 91, da LOMPU: “Designar, observados os critérios da lei e os estabelecidos pelo Conselho Superior, os cargos em que exercerão suas funções os membros do Ministério Público do Trabalho”.

²⁴ *Ex vi* o inciso VII, *idem* “decidir, em grau de recurso, os conflitos de atribuição entre os órgãos do Ministério Público do Trabalho.”

²⁵ Se cada membro ostenta independência com relação a todos e a cada um dos outros membros, o fenômeno paralelo que se descortina é o da divisão, não o da unidade.

²⁶ Entre as quais: equivaleria a eliminar o controle racional sobre uma multiplicidade de soluções singulares desconexas possíveis de serem adotadas, não contribuiria para o valor da segurança jurídica e, ainda, retiraria de pauta a abertura do debate na instituição quanto aos pressupostos valorativos que sustentam as decisões do Ministério Público, diminuindo a base de incidência do discurso científico.

²⁷ Ao contrário das normas, que, freqüentemente, incidem com excludência sobre o mesmo suporte fático.

que estabelece que são inversamente proporcionais; quer dizer, que à medida que aumenta a unidade, diminui a independência, e a medida que aumenta essa, diminui aquela, ou, no pensamento expresso por Canaris,²⁸ “os princípios ostentam o seu conteúdo próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas.”

O jogo combinatório de complementação e restrição fica patente na redação do artigo 103 da LOMPU, pela qual a expressa observância do princípio da independência só figura no primeiro inciso, desaparecendo dos incisos IV e V, justamente naquela em que deve prevalecer o princípio da unidade.

É frequente a comparação, quando se trata do tema da independência, entre o Ministério Público e a magistratura, cotejo que, se é explicável em razão das semelhanças estruturais entre as instituições, é inadequado em razão da diversidade de fins, e não tem fundamento sob o prisma da diferença específica – a definitividade – que marca o termo normal da função jurisdicional, cuja concretização em uma única interpretação, estranha à multiplicidade de valores que informa uma sociedade fundada no pluralismo político²⁹ (inciso V, artigo 1º, CR), confirmaria a subordinação do Judiciário à uma ordem autoritária.³⁰

Correlata à diferença específica, a parte insatisfeita, antes de que se aperfeiçoe a coisa julgada, pode recorrer na imensa maioria dos procedimentos a um tribunal superior, alternativa que só excepcionalmente pode ocorrer no âmbito do Ministério Público.³¹

A doutrina espanhola, ao abordar o princípio de obediência à legalidade, afirma que, no tratamento constitucional, a referência para os membros do Ministério Público é institucional, enquanto para os juízes é individual. Como se verifica, a razão desse tratamento diferenciado é a mesma ressaltada anteriormente, uma vez que sendo impossível ao ordenamento jurídico prescindir, para estar completo, do momento hermenêutico-jurisdicional, abrindo-se a múltiplos critérios interpretativos, o legislador, para evitar a decorrente incerteza jurídica, estabelece, para o Judiciário, o mecanismo dos recursos aos Tribunais e, para o Ministério Público, o princípio da unidade.

O Tribunal Constitucional italiano, embora partindo de uma abordagem diversa, observou a mesma distinção na sentença nº 52, de 16 de março de 1976: a independência decorrente do artigo 101 da Constituição Italiana é aplicável aos juízes, enquanto a independência dos membros do Ministério Público é aplicável à instituição.

Sirva como ilustração, quanto à diferença do princípio da independência entre as

²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 92/93.

²⁹ O pluralismo político equivale a renunciar a uma ordem perfeita, elaborada em função de um único critério, pois admite a existência de valores se não incompatíveis, ao menos concorrentes.

³⁰ Na Espanha franquista, o “legislador” Francisco Franco declarou “*no susceptibles de interpretación*” os “*Principios Fundamentales del Movimiento*” pela lei fundamental correspondente.

³¹ Pela lei da ação civil pública, na tramitação de arquivamento dos autos, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, antes de que seja tomada pelo conselho superior a decisão de homologar ou rejeitar a promoção de arquivamento (art. 9º, parágrafo 2º), em hipótese que tem similitude com um recurso. No Ministério Público estadual de São Paulo, por força de regimento, é aberto prazo para os fins do referido artigo da Lei nº 7.347/85. Além desse procedimento, no Ministério Público paulista, por previsão da lei complementar 734/93, há recursos específicos contra o indeferimento de representação para instaurar inquérito civil e contra a instauração do inquérito civil (artigos 107 e 108 da LOEMP).

instituições, ainda um par de referências. A composição colegiada dos tribunais permite a salutar, do ponto de vista da doutrina, elaboração do voto divergente e os órgãos jurisdicionais podem valer-se, o que não ocorre com os do Ministério Público, da jurisprudência como orientação interna de qualificação do valor do razoável das suas decisões.

É a necessidade de estabelecer uma terceira parte isenta na solução do conflito que faz com que, de um ponto de vista ideal, se valorize a diversidade interpretativa dos magistrados, correspondente e acolhedora dos diversos interesses de uma sociedade pluralista, circunstância que não deve ocorrer com o Ministério Público, ele próprio defensor de um interesse geral que, exatamente por sua generalidade, e em eventual colisão com os interesses particulares, não pode comportar opções múltiplas.

Justamente em face da disparidade de opiniões, decorrente do princípio da independência dos membros do *parquet*, é que se torna necessária a problematização sobre a unidade de orientação, amenizando a fragmentação em correntes doutrinárias que pode ocorrer, em grau superlativo, em muitas áreas de atuação do Ministério Público, como é exemplar em uma das formas do interesse público.

4. As duas formas de interesse público

Aplicando-se o método analítico à Lei Complementar nº 75/93, especificamente ao artigo 83 que trata da atribuição funcional do Ministério Público do trabalho, encontram-se dois tipos normativos de interesse público: um determinado pela natureza das pessoas que ocupam posição no processo (inciso XIII); outro indeterminado, porém determinável por iniciativa do *parquet* ou por acolhimento à solicitação do juiz (inciso II).

Um e outro tipo, por evidência, apoiam-se na promoção de valores cuja proteção é julgada essencial, com a marcante diferença que, no primeiro, não há um valor exterior à hipótese definida legalmente, o que não equivale dizer que a definição normativa elimine divergências interpretativas; significa somente que o interesse público constitui-se intrínseca e automaticamente na norma, sem a necessidade da mediação de qualquer outro valor legitimador.

O segundo tipo, ao contrário, comporta uma variedade de valores que lhe dão substância, a exemplo da proteção à maternidade ou à segurança no trabalho, cuja qualificação como interesse público a ser protegido exige a demonstração racional por parte do Ministério Público.³²

Os conceitos, que auxiliam o conhecimento da ordem jurídica ao reduzir a sua complexidade, podem ter natureza lógico-jurídica, como exemplifica a concepção de discricionariedade jurídica, ou natureza empírica, quando o conhecimento necessário para a sua formação exige o concurso da experiência, que pode ser, na hipótese do interesse público, externa – vontade do legislador – ou interna, iniciativa do Ministério Público.

Desde essa perspectiva, da interpretação do texto resultará evidente a possibilidade de ocorrer duas manifestações do interesse público, uma definida textualmente pelo legislador,

³² “Elle doit donc faire ses preuves avant d’être acquis d’emblée, l’élément de valeur est cette fois constitutif de l’ordre public.” (COMBACAU, Jean. *L’ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public e droits fondamentaux*. Dir. Redor, Marie-Joëlle. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 428).

outra a ser definida *per generationem*³³, com a atribuição de um sentido – mesmo sem constituir uma relação recíproca, universal e singular entre o termo e a sua designação – que resume os conhecimentos adquiridos indutivamente por um sujeito portador de mandato legal: o Ministério Público (inciso II, artigo 83, LOMP).

Na definição *per generationem* é freqüente que se diga o “interesse público”, substantivando-o³⁴ ao constatar sua ocorrência factual, mas com isso não se alcança uma correspondência de reciprocidade com a norma, muito menos uma conceituação³⁵ do que se possa entender por interesse público.

O que é interesse público quase nunca é um dado, mas algo construído como expressão aberta, como um *tópoi*. Portanto, não representa um descuido do legislador, ao contrário, conduz uma eleição, uma indeterminação assumida pelo legislador com o objetivo de permitir uma adaptação do texto normativo a fenômenos sociais concretos.

A forma legal indeterminada tem a virtude de situar o agente político, pelo princípio da intencionalidade ou da transitividade dos atos de consciência intelectuais, em oposição aos atos de consciência sensitivos ou afetivos, numa posição central na fixação do interesse público, demonstrando, inegavelmente, que os valores não são passíveis de descrição como os fatos, porque nascem a partir de uma atribuição humana.

Atribuição que deve ser associada a um traço muito importante da instituição, se não o mais importante. O Ministério Público, enquanto meio, está vinculado à cognição dogmática – barreira que impede o desenvolvimento de uma concepção utilitarista pela qual os objetivos justificam qualquer meio – enquanto fim está comprometido com valores éticos, categoria onde se insere o conceito, quase sempre indeterminado, de interesse público, com expressa rejeição do ceticismo ético, vinculado ou não ao positivismo.

5. As implicações de um conceito indeterminado

No direito moderno, em estrito sentido weberiano, embora quase todo formalizado e tendo como fundamento único, derivado do contrato racional voluntário entre todos os associados, sua positivação, ainda remanescem espaços informalizados, nos quais se enquadram os conceitos indeterminados, cuja aplicação exige uma justificação racional.³⁶

³³ “Em todas as ciências, a definição *per generationem* tende a substituir a definição essencial ou real, pois é o *fieri* que esclarece o *esse*, fazendo compreender “aquilo que é” pela lei do desenvolvimento que permite ver a possibilidade, reconstruir a realidade e reproduzir ou atingir a fecundidade.” (M. BLONDEL, cit. LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 233).

³⁴ “Usa-se o lugar comum; não define-se o lugar comum. E, não se definindo, o uso é mais eficiente. Pois bem, o interesse (público) é um desses.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interesse público*. São Paulo: Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, Centro de Estudos - PRT - 2ª Reg., 1995, p. 10).

³⁵ “Isso não fornece, ao final, uma definição, mas dá uma pista para uma compreensão do uso dogmático, que é ajudar a decidir questões jurídicas.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit. p. 11).

³⁶ “*El criterio material de lo que es legitimo en sentido iusnaturalista lo constituyen la “naturaleza” y la “razón” (...); las “normas” obtenidas mediante la elaboración lógica de conceptos de procedencia jurídica o de procedencia ética pertenecen, en el mismo sentido que las “leyes de la naturaleza, a aquellas reglas universalmente vinculantes que ‘ni Dios mismo puede cambiar’ y contra las que ningún orden jurídico puede rebelarse.*” (MARX WEBER cit. in. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I*. Madrid: Santillana, 1999, p. 342)

Na hipótese de um conceito indeterminado, pode-se dizer que, aquilo que constitui um dano social e requer a intervenção do Direito, ou aquilo que constitui um interesse socialmente relevante e merece, portanto, a tutela do Ministério Público, só pode determinar-se mediante uma decisão valorativa.

Entre as necessidades da organização jurídica de um Estado moderno, figura a proteção do interesse público, princípio no qual é possível fundir os valores e interesses constitucionais previstos no *caput* do artigo 127 da Constituição da República, e a jurisdicação deste interesse implica necessidade de uma orientação clara e de aplicação constante, pois um valor que se aplica umas vezes e outras não desorienta o cidadão, gerando insegurança prospectiva.

Daí decorre que só é possível preterir a adoção de uma política institucional assumindo, a partir de uma concepção realista, congruente com uma certa idéia pela qual a verdade é uma correspondência adequada entre uma proposição e um fato, que as atividades possam realizar-se com independência de pressupostos conceituais, raciocínio que, se não é incompatível, torna desnecessária a fixação do interesse público por meio de uma atividade coletiva de caráter intencional e institucional.

A concepção que considera como biunívoca a relação entre proposição e fato, todavia, tem escassa correspondência com a realidade³⁷, e a razão é que o universo interpretativo não é cerrado³⁸, significando que o órgão do Ministério Público pode, não só se equivocar acerca do sentido de uma norma, construindo uma interpretação baseada em considerações pragmáticas controvertidas, mas assumir uma determinada interpretação controversa em razão de uma materialidade estranha ao agir institucional.

6. Política institucional

Parece perfeito – após admitir até a possibilidade de uma ação por motivos pessoais, provocando a exigência de algum controle institucional, ainda que indireto – para suscitar uma primeira reflexão sobre o tema apontado na epígrafe, afirmar que “poucas dúvidas cabem acerca da importância constitucional do Ministério Público, um órgão que, ao mesmo tempo que colabora com a realização da Justiça desde a aparição mesma do sistema acusatório, em muitos países serve para a implementação de políticas públicas”.³⁹

Existindo a vontade de que a instituição, que na linguagem corrente designa a ação de instituir, constituir, fundar qualquer coisa de estável e durável, ultrapasse a atividade teórica –

³⁷ A concepção assinalada é redutora de uma das teorias ordenadas por Russel, a da correspondência da verdade, segundo a qual a verdade das proposições básicas depende de sua relação com algum fenômeno, e a verdade das outras proposições dependerá de suas relações sintáticas com as proposições básicas.

³⁸ “*Au moment de l’application du texte, l’interprétation consiste à faire un choix entre ces différentes significations et à sélectionner celle qui va servir de référence pour produire une norme inférieure. Seul ce choix confère au texte applicable la qualité de norme.*” (VIALA, Alexandre. De la dualité du sein et du sollen pour mieux comprendre l’autorité de la chose interprétée. Paris. *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*. Revue du Droit Public, mai-jun 2001, p. 799).

³⁹ DALMAU, Rubén Martínez, op. cit. p. 21. Luiz Maria DIEZ-PICAZO, por sua vez, afirma que o Ministério Público “*tiene una función constitucional mucho más amplia que la de ser órgano de acusación del Estado en el proceso penal y todas sus actuaciones, incluidas las acusatorias, deben estar presididas por los (...) criterios objetivos de legalidad e interés público.*” (*Régimen constitucional del Poder Judicial*. Madrid: Civitas, 1991, p. 158).

mesmo que maximizadora do valor de justiça – e alcance a atividade prática, de modo a aproximar a consciência jurídica formal da consciência jurídica material, é necessário ter uma permanente atenção à formulação de uma política institucional.

A adoção de uma política que estabeleça premissas valorativas que expressem os objetivos de uma instituição, que não é mera emanção do Poder, mas, ela própria, também um poder político, traduzindo-os em normas de ação, dispõe de boa fundamentação com relação aos vários interesses que incumbem o Ministério Público defender e que, de veio fecundo, cabe extrair alguns exemplos:

É bom, sem contar com muita imaginação, começar pelo mais anódino, porque acompanhado da segurança de que nenhuma voz se levantará para censurar o Ministério Público do Trabalho por colher em uma seara a qual, antes que excesso, tem mais sentido de fazer menção a uma função legal nunca, ou pouco, exercida.

Para não elaborar toda uma construção doutrinária sem base legal fundada, extrai-se da alta hierarquia legislativa (inciso II, artigo 129, CR c/c alínea a, inciso V, art. 5º LOMPU) cumprir ao Ministério Público da União zelar pela efetividade e promoção das medidas necessárias à garantia das ações de saúde contempladas em seção própria na Constituição.

Algumas dessas ações de “relevância pública”⁴⁰ (art. 197, CR) estão orientadas diretamente à saúde do trabalhador, como aquela prevista no inciso II, artigo 200, da Constituição da República, cuja atribuição de zelar pelo efetivo respeito e promover as medidas necessárias à sua garantia (inciso II, artigo 129, *idem*) comporta indiscutivelmente valorações pelo Ministério Público do Trabalho.

Siga-se um segundo exemplo, também extraído da Constituição, que é a colaboração – conceito elástico – na proteção do meio ambiente do trabalho, prevista no inciso VIII, do artigo 200 (*idem*), que serve como paradigma de verificabilidade de que, nem sempre uma previsão jurídico-normativa, se incluímos àquelas que contêm conceitos indeterminados, resolve-se com uma aplicação do direito.

Constata-se então, nesse campo, que é enorme o espaço entre as elevadas funções destinadas ao Ministério Público e as escassas análises de uma atuação coletiva institucional. O reconhecimento dessa lacuna teórica não torna mais fácil a fixação de políticas institucionais, mas acentua a inadequação, para determinadas hipóteses, de um modelo de interpretação envolvendo uma dimensão individual de juízo valorativo, cuja relatividade faz recordar certas disposições justinianas que eram tão vagas, segundo a crítica de Von Ihering, que parecia irremediável que cada juiz as aplicasse à sua própria maneira.

Mantendo a orientação do texto para um campo que convém explorar melhor, que é a competência do Ministério Público de expedir recomendações, estas não se limitam aos exemplos anteriores – que visam a melhoria dos serviços públicos e de relevância pública⁴¹ –,

⁴⁰ Em hipótese semelhante a de norma contendo conceito indeterminado, são as normas diretivas que, diversamente da primeira, não regulam um determinado suposto de fato.

⁴¹ Um outro exemplo que poderia ser desenvolvido é o relativo à fiscalização trabalhista, cujo espaço estratégico entre as instituições MT e MPT deveria ser ocupado por uma melhor coordenação e não, como sucede freqüentemente, por uma relação de resistência.

pois alcançam todos os interesses, direitos e bens cuja defesa cabe ao *parquet* promover, com a fixação de prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

As recomendações, que são pensadas para servir como conduta futura, desvinculam o Ministério Público do caráter normalmente retroativo das decisões judiciais, dirigidas na resolução de casos concretos. A desvinculação da atividade exclusivamente judiciária, reforçando a natureza administrativa do *parquet*, impõe, contudo, a fixação de um programa político institucional que realize direitos por meio de metas.

A tarefa de uma política institucional de aplicação de metas, apresentada abertamente com tal propósito, consiste na formulação de programas operacionais sobre situações jurídicas que possam recomendar determinadas condutas à coletividade, principalmente, quando em presença de alguns princípios constitucionais, posto que, tendo a mesma eficácia que as normas, têm natureza diretiva.

Um último exemplo, utilizando a lógica deontica, para confirmar os reflexos de uma política institucional em normas de ação: o estabelecimento, como premissa maior, da necessidade de promoção da denominada democracia industrial e, como premissa menor, que a estabilidade do dirigente sindical é um fator de estabilidade dessa democracia, faz inferir, logicamente das premissas, que o Ministério Público do Trabalho deve manifestar-se em todos os processos que têm por base o referido conflito.

A fixação de uma política, embora útil, não é suficiente para cerrar a passagem à apoteose⁴² individualista no dia-a-dia do Ministério Público do Trabalho. É necessário pensar outros instrumentos de coordenação que conduzam a uma unidade institucional.

7. Instância deliberativa

A instância deliberativa deve ser definida como um colegiado, constituído por Regiões, que vincule heteronomamente os órgãos do Ministério Público, com a finalidade de diminuir a incerteza jurídica⁴³ nas matérias que afetem o agir institucional, buscando estabelecer um único critério objetivo de interpretação reflexiva⁴⁴ da ordem jurídica, em substituição à vinculação subjetivamente assente na consciência de cada um.

Surge, a propósito da definição e de modo natural, o problema clássico de qual seja o fundamento da validade da instância deliberativa⁴⁵, cujo critério de avaliação, ainda que possa sugerir o mesmo tipo de censura que, freqüentemente, é dirigida ao contrato racional voluntário – fundamento histórico idealizado, mas não real, de todas as associações, incluindo o Estado –, deve diferir daquele, endereçado à inspiração formal de construção jusnaturalista, por ser

⁴² 2. Honras ou louvores extraordinários prestados a indivíduos que se tenham distinguido. (Verbete Apoteose, *Grande Dicionário Brasileiro*. Apresentação de Antônio Houaiss: Melhoramentos, 1995).

⁴³ A segurança jurídica, como conhecimento prévio daquilo com que cada cidadão pode contar para, com base em expectativas, orientar sua conduta, está relacionada à certeza jurídica das autoridades sociais, como o Ministério Público, sobre o conteúdo da ordem jurídica.

⁴⁴ É reflexiva porque se pode conhecer a forma como se encontrou o resultado de uma interpretação.

⁴⁵ “*Es obvio que no hay que preguntar (...) como se puede ser libre y la vez estar sometido a las leyes, puesto que no son éstas sino manifestaciones de nuestra voluntad*” (ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Barcelona: Altaya, 1993, pp. 37/38)

essa uma proposta empírica.⁴⁶

O contrato como categoria, neste modelo real, supera a idéia de que todos os membros do Ministério Público são hipoteticamente iguais pela singela razão de que, após o ingresso na instituição, por meio, como é sabido, de concurso, as posições vantajosas ou desvantajosas de origem dos seus membros, por fortuna natural ou por fatores sociais, perdem a relevância, igualando-os, condição necessária para que suas escolhas possam obedecer um critério racional.

A instância proposta, apesar de, reafirme-se, não ser um conceito limite, tem tantas manifestas analogias com o conceito de comunidade ideal de diálogo de Habermas⁴⁷, que tornou obrigatória uma aplicação dos cinco pressupostos habermianos de racionalidade discursiva à instância deliberativa, possibilidade já demonstrada em outro lugar⁴⁸, assim como a justificativa operacional do mecanismo⁴⁹, o que torna desnecessária repeti-la neste contexto, exceto para realçar o essencial daquilo que então foi estabelecido: (I) a instrumentalidade democrática da instância, (II) sua compatibilidade com a divergência e (III) a capacidade de renovar as decisões deliberadas.

8. Instrumentalidade democrática

A instrumentalidade da instância deliberativa como meio de obter um aceitável grau de segurança na interpretação da ordem jurídica, sendo suficientemente flexível para não eliminar as necessárias adaptações, é um tributo à democracia⁵⁰, cuja coletividade, em nome de quem se administra a Justiça, tem a expectativa que a mesma situação não receba tratamentos jurídicos díspares.

São os benefícios, para a democracia, de um sistema cooperativo e mutuamente vantajoso de deliberação crítica coletiva – unidade provida de relações pessoais e não monótona uniformidade – na busca pela certeza jurídica, o que torna satisfatória a decisão de livremente vincular-se a uma decisão institucional.

Parodiando as razões do Tribunal da Relação de Lisboa⁵¹, vertidas em um ordenamento constitucional no qual, como no Brasil, cabe ao Ministério Público defender o regime democrá-

⁴⁶ A peculiaridade do Ministério Público como *locus* real que reúne as condições ideais do discurso, permite à crítica, ultrapassada a justa aversão à ausência de correspondência empírica do tipo idealizado, voltar-se para uma dimensão comunitária (equitativa substancial) do Ministério Público, em substituição à ética societária (contratual-formal) subjacente à proposta. Uma proposta que superasse o “contrato” como categoria central seria, ainda que estimulante, tarefa que separaria os limites teóricos propostos.

⁴⁷ Em razão do potencial de discussão crítica que é possível desenvolver na instituição, não é difícil encontrar semelhanças, também, com conceitos formulados por outros autores no campo da filosofia política, a exemplo do conceito de sociedade aberta – na qual se pode discutir abertamente sobre a organização e que esta discussão tenha realmente influência nas determinações políticas – de Karl Popper, com independência de sua posição política neoconservadora que obriga a equiparar o primeiro conceito ao de sociedade de mercado.

⁴⁸ FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. Um campo especial de atuação do MPT, em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis. Revista Síntese: Porto Alegre, v. 137/89.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Os revolucionários de 1789 compreenderam perfeitamente e não esperavam outra coisa do princípio da igualdade perante a Lei.

⁵¹ Processo nº 448 da 4ª Secção (cit. Revista do Ministério Público, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. Abril/82, p. 29)

tico⁵², pode-se afirmar que a instância deliberativa proposta é um “esforço de realizar a justiça que se visa com este recurso e que, em primeira linha, compete ao Ministério Público prosseguir, porque e enquanto órgão do Estado encarregado de defender a legalidade democrática.

O que distingue as pretensões de validade das pretensões empíricas é a suposição que as primeiras podem desempenhar-se mediante argumentos. E os argumentos ou razões têm ao menos isto em comum: são eles os únicos que sob os supostos comunicativos de um exame cooperativo de pretensões de validade consideradas hipotéticas podem desenvolver-se à força de uma motivação racional.

Somente dando transparência ao processo pelos quais são tomadas as decisões que supõem um exercício de poder por um órgão quase sempre irresponsável quanto às conseqüências do seu agir, essas podem ser submetidas ao controle social. À afirmação de que se teme menos uma subjetividade objetivada do que uma ilusória objetividade não vale a oposição de que a atividade do *parquet* trabalhista é sempre motivada – o que afastaria a execrável arbitrariedade – porque na área do direito difuso, da qual se extraiu o exemplo acima da democracia sindical, a intervenção do Ministério Público corresponde a uma defesa de interesses que exige formas amplas de coordenação, sob pena de exponenciar, pela natureza coletiva dos representados, o risco de desigualdades, já que seria ingênuo negar que, à sombra da discricionariedade técnico-processual com que se matura uma ação civil pública, é possível embalar um enfeitado ideológico.⁵³

É essa a razão pela qual se deve facilitar o controle social por meio da exteriorização do mecanismo decisório, cuja máxima utilidade tem uma dupla raiz: (a) por ser um órgão que exerce controle sobre um dos Poderes da República; (b) por exercer essa função de controle sem legitimidade democrática⁵⁴.

A diferença entre ordenamento consensual e ordenamento imposto, que é, segundo Weber, relativa, uma vez que a validade do consenso não tem como base uma unanimidade, senão em uma determinada classe de homens, ganha um ponto de vista mais absoluto com a incorporação no estatuto⁵⁵ da instância deliberativa da advertência de que o princípio democrático da maioria pode conduzir a uma intolerável opressão das minorias, dissolvendo os valores individuais numa visão totalitária da instituição, se não for acompanhado das ressalvas individuais que foram, então, preconizadas no texto já referido.⁵⁶

A instância deliberativa deve funcionar como um órgão de reflexão, de debate, de estabilização das decisões e, principalmente, de responsabilização perante a opinião pública das

⁵² Constituição da República Portuguesa, artigo 224: “Ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a ação penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar”.

⁵³ O princípio da igualdade pressupõe não apenas a identidade de iniciativas perante o mesmo pressuposto mas também semelhante desenvolvimento das respostas às atribuições solicitadas.

⁵⁴ Sobre a pretensão doutrinária em conceder independência ao Ministério Público espanhol, diz um autor que seria “*incomprensible que los integrantes del Ministerio Fiscal pudiesen, con la sola legitimación meritocrática, pero en absoluto democrática, que otorga la superación de las oposiciones, actuar con absoluta independencia*”. (MORILLO, Joaquim García. *Independencia del Ministerio Fiscal*. Madrid: Claves de la Razón Práctica, n° 85, 1998, p. 19)

⁵⁵ O caso típico-ideal de regulação normativa de ação racional segundo fins é a criação livremente convencionada de um estatuto dotado de força vinculante. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, I. Madrid: Santillana, 1999, p. 330)

⁵⁶ Além do dever de recusar as ordens e instruções ilegais, sempre é possível recusar outras determinações, embora legais, com fundamento em grave violação da consciência do membro argüente do Ministério Público.

escolhas tomadas e, para isso, é fundamental a publicidade da sua atividade.

9. Tolerância com a divergência

Uma vez que se complementa o princípio da deliberação por maioria com as garantias institucionais para tutelar e aceitar a minoria⁵⁷, a unidade da instituição pode ser adequadamente defendida e difundida por meio da instância deliberativa que tem o sentido comum que os clássicos (Locke, Rosseau, Kant) reforçaram contra a autoridade dogmática: o fato de ninguém estar obrigado a obedecer normas às quais não teve oportunidade de expressar conformidade ou desconformidade.

Por mais impreciso que seja o limite entre consenso e imposição, já que mediada, em última instância, pelo conceito de Justiça⁵⁸, é possível distinguir analiticamente que a instância proposta tem como fonte uma convenção, e não uma imposição, baseada na convicção de que o Ministério Público tem uma estabilidade e uma significação que, sem eliminar o subjetivo, ultrapassa as decisões dos indivíduos e permite, acentue-se com insistência, que se ponha a nu os interesses que conduzem sua atividade nos casos concretos.

10. Capacidade de renovação

No seio da instância deliberativa, o princípio da inércia – só se deve justificar a mudança – tem pelo menos dois limites que rompem com o laivo conservador: o baixo nível de institucionalização/formalização das decisões e a constância do espaço retórico que, por ter como finalidade uma decisão deliberativa, limita, mas não anula o poder criador do indivíduo.

11. Do Conselho Superior e da Câmara de Coordenação e Revisão

O enfoque estratégico – pelo qual a relatividade de um *ethos* individual deve ser amenizada por um *ethos* institucional – combinado com o enfoque tático – pelo qual se reconduz a fixação do interesse público à arena pública, no sentido aristotélico de espaço, como prática política deliberativa e normativa da vida institucional – não pode, sob pena de contradição, subtrair relevância à função catalisadora dos órgãos diretivos do Ministério Público, sobretudo

⁵⁷ Retornando, ainda uma vez, ao direito comparado. A Lei Orgânica do Ministério Público português, estabelece, no artigo 74, nº 1: “Os magistrados do Ministério Público devem recusar o cumprimento de diretivas, ordens e instruções ilegais e podem recusá-lo com fundamento em grave violação da sua consciência jurídica”. Comentando a recusa, sustenta a doutrina que “ao optar-se por ‘consciência jurídica’, torna-se claro que o que está em causa não é uma mera divergência de opinião mas um problema de limites em que a escolha (de fato ou de direito) se realiza num plano em que interferem valores ou tensões de consciência”. (RODRIGUES, José Narciso da Cunha. Ob. cit. p. 22).

⁵⁸ “Vem aqui a ponto anotar que a própria vontade da maioria não pode pretender ser válida (ditar normas válidas) só por ser a vontade da maioria: como vontade, ainda que da maioria – e por maior que essa seja –, não passaria também ela de um simples fato. De modo que não pode impor um ordenamento jurídico com a única justificação de que tal é a vontade da maioria: haverá de afirmar, antes, que tal é aquilo que a maioria entende ser justo. Logo, tem necessariamente que levar em si uma pretensão de validade – de justiça – e é através dessa sua pretensão, através do sentido de que aquela mesma vontade é portadora, que ela deverá ser entendida e aferida. (MACHADO, J. Baptista. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. Coimbra: Almedina, 1997, p. 41)

da Câmara de Coordenação e Revisão prevista na LOMPU.

Para o tema, cuja exposição se encaminha para a conclusão, tem escasso relevo prático o poder normativo do Conselho Superior, com exceção da elaboração dos Regimentos Internos e das normas sobre as designações para os diferentes ofícios do Ministério Público do Trabalho.

A Câmara de Coordenação e Revisão, ao contrário, cumpre uma importante função na promoção da racionalidade, conforme incisos IV, V e VI, dos artigos 93 da LOMPU, sem apresentar uma ameaça ou leão ao princípio da independência, por não ter competência, a não ser na distribuição especial taxativamente indicada no inciso IV do mesmo artigo, como órgão de gestão direta da atividade dos membros do *parquet*, a exemplo dos inquéritos civis e a *fortiori* das ações civis públicas.

Resolvendo a distribuição especial de feitos ou decidindo conflitos, cabe à Câmara de Revisão e Coordenação, senão traçar uma específica política institucional, formular – com a coleta, elaboração e intercâmbio das informações técnico-jurídicas aos órgãos institucionais⁵⁹ – regras de coordenação.

Assim, com a utilização de uma banco de dados, pode-se tanto impedir que, no exercício das suas funções, os procuradores lotados nas Regionais, desconhecendo a existência de inquéritos paralelos investigando a mesma empresa, tomem iniciativas contraproducentes, como, pelo mesmo meio, orientar à diversas instâncias das deliberações que excedam o âmbito regional, a fim de evitar decisões contraditórias.

No que concerne a uma política institucional, deve-se sacar à superfície a latente potencialidade da edição dos enunciados⁶⁰ para forjar, por meios persuasivos e racionais, a unidade interpretativa de determinados conceitos cuja indeterminação exige a formulação de um cânone interpretativo.

12. Conclusão

O texto não contém muito mais do que um esboço de algumas questões pertinentes ao Ministério Público do Trabalho, contudo, a sua correta direção, que julgo ter, permitirá que outros retomem os mesmos temas com maior profundidade.

⁵⁹ Inciso VI, art. 3º, da Resolução nº 18, de 30 de maio de 1996.

⁶⁰ Competência da Câmara de Revisão e Coordenação conferida pelo inciso II, artigo 3º, da Resolução nº 18.

A VOZ DO DONO E O DONO DA VOZ¹: O DIREITO DE RESPOSTA COLETIVO NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

*Sergio Gardenghi Suiama**

Sumário: 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão ou poder dos meios de comunicação? 3. Liberdade de expressão de quem? 4. Natureza e extensão do direito de resposta. 5. Possibilidade jurídica e legitimação para o exercício do direito de resposta coletivo. 6. Conclusão

“Sempre há esperança quando as pessoas são obrigadas a ouvir os dois lados; é quando atentam apenas para um deles que os erros consolidam-se em preconceitos, e a própria verdade deixa de ter o efeito da verdade, ao se exacerbar em falsidade.”

(John Stuart Mill)

1. Introdução

A televisão no Brasil chegou ao fundo do poço. As imagens apresentadas hoje pelas emissoras, em horário nobre, causariam vergonha ao mais inescrupuloso produtor do finado “O Povo na TV”, referência do mundo cão televisivo na década de 80. Como em um pesadelo, o circo de horrores se perpetua por todos os canais da TV aberta. E, na busca por pontos no Ibope, parece haver um especial prazer das emissoras em explicitar a miséria humana, em todas as suas manifestações. Brigas familiares, exposição de deformações físicas e a submissão de pessoas a constrangimentos de toda a espécie são eventos comuns, acessíveis a milhões de brasileiros. Na precisa observação do psicanalista Jurandir Freire Costa, “o jogo se assemelha às visitas que o burguês europeu *fin-de-siècle* fazia a circos, hospícios, hospitais e prisões para ver de perto os ‘monstros degenerados’ e, depois, com suspiros de alívio, dizer: ‘Que bom que não sou eu’”².

* Sergio Gardenghi Suiama é procurador da República no Estado de São Paulo e professor de Direito Processual Penal na Universidade Bandeirante de São Paulo.

¹ Título da canção de Chico Buarque, contida no álbum “Almanaque”, de 1981. A canção ironiza a exploração dos músicos pelas gravadoras, as “donas da voz”.

² “Diversão ou Desatino”, in jornal *Folha de S. Paulo*, Caderno “Mais”, edição de 31 de março de 2002, p. 05.

Não se trata de moralismo. De há muito que o problema ultrapassou o restrito âmbito das reuniões da Liga das Senhoras Católicas. Trata-se, isso sim, da reiterada violação de direitos fundamentais, pelas emissoras de TV. Em um canal, vê-se os participantes de um *reality show* alimentarem-se de insetos. Em outro, a intimidade de casais é exposta em rede nacional. Suspeitos de crimes são prontamente condenados e submetidos à execração pública por apresentadores oportunistas. Homossexuais, nordestinos, negros e pobres são alvos preferenciais de discriminação, travestida sob a perversa forma do estereótipo.

Não obstante a percepção, mais ou menos generalizada, de que o espetáculo grotesco produzido pela televisão ultrapassou os limites do razoável, muito pouco se conseguiu avançar nos últimos anos em direção ao controle social dos meios de comunicação.

A cantilena entoada pelas emissoras é sempre a mesma: qualquer forma de controle dos meios de comunicação – à exceção do autocontrole – importa em censura, vedada pela Constituição da República em seus artigos 5º, inciso IX, e 220, § 2º. Convém, porém, examinar melhor o argumento antes de adotá-lo.

2. Liberdade de expressão ou poder dos meios de comunicação?

Como é sabido, o processo de reconhecimento e positivação dos direitos humanos, na era moderna, encontra sua origem no pensamento liberal dos séculos XVII e XVIII. O que buscavam os filósofos do liberalismo era a conversão do Estado absolutista em Estado de Direito, por meio da instituição de limites materiais (os direitos “naturais, inalienáveis e sagrados”³ do indivíduo) e formais (a submissão dos governantes à Lei e a separação de poderes) ao poder estatal.

Os grandes documentos históricos definidores da primeira geração dos direitos fundamentais – a Magna Carta Libertatum, de 1215, a Bill of Rights inglesa, de 1689, a Declaração de Virgínia, de 1787, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – representaram inequivocamente a afirmação dos direitos do indivíduo *contra* o poder do Estado. Na síntese de Paulo Bonavides, “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, *são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado*”⁴.

A legítima preocupação liberal contra a opressão do Estado, porém, confinou os estudos sobre o fenômeno do poder à relação entre o soberano e seus súditos. Apenas no século XX as ciências sociais perceberam o que era evidente: o aparelho estatal não detém o monopólio do poder. Como bem observa Michel Foucault, “a questão do poder fica empobrecida quando é colocada unicamente em termos de legislação, de Constituição, ou somente em termos de Estado ou de aparelho de Estado. *O poder é mais complicado, muito mais denso e difuso que um conjunto de leis ou um aparelho de Estado*”⁵. É ele composto por “múltiplas

³ A expressão é do preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

⁴ *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 517.

⁵ “O Olho do Poder” in *Microfísica do Poder*, 8ª edição, Rio de Janeiro, Graal, 1989, p. 221.

*formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social*⁶.

No âmbito do direito, foi somente em meados do século passado que a preocupação com a regulação das diversas formas de poder não-estatal ganhou espaço. No direito empresarial, deu-se relevo aos estudos sobre o poder de controle nas sociedades mercantis. No direito econômico, afirmou-se a imperiosa necessidade de controle do abuso do poder econômico, para a proteção da livre concorrência, dos direitos dos consumidores e do meio ambiente. Muito pouco, porém, se avançou no debate sobre o controle dos meios de comunicação.

É inegável que os meios de comunicação, sobretudo a televisão, exercem um imenso poder social. As oscilações dos índices dos principais candidatos a presidente da República nas pesquisas eleitorais, logo após a apresentação dos programas partidários na rádio e na TV, representam apenas o exemplo mais simples da enorme capacidade de manipulação da vontade e do imaginário popular, através dos meios de comunicação de massa. Aqueles que detêm o controle empresarial do setor de comunicação são responsáveis pela difusão de opiniões, hábitos (basta lembrar que a cada novela, novas gírias são incorporadas à fala cotidiana) e preconceitos, capazes de influenciar, decisivamente, no funcionamento das instituições sociais e políticas, como bem anotou Fábio Konder Comparato em artigo sobre o tema⁷. Não é por acaso, portanto, que a indústria das comunicações seja, em nossos dias, o setor mais próspero da economia mundial.

Os dados existentes também ajudam a entender o poder exercido pela televisão no Brasil. As redes de TV aberta alcançam, hoje, *todos* os municípios brasileiros⁸. Havia, em 1999, 53.573.000 aparelhos de televisão, instalados em 37 milhões de domicílios⁹. O número de moradias que possuem televisores é maior do que o número de domicílios beneficiados com a rede de esgoto: segundo dados do IBGE, em 2000, dos 44.795.101 de domicílios brasileiros, apenas 21.160.735 possuíam ligação com a rede geral de esgoto¹⁰. É maior também do que o número de domicílios que possuem geladeira¹¹. De acordo com levantamento feito pela Unesco, em 1987 a média de duração de assistência diária às emissões de televisão era de duas horas por pessoa – a mais alta média entre todos os países subdesenvolvidos¹².

3. Liberdade de expressão de quem?

A faculdade do indivíduo de exprimir, sem impedimentos, suas idéias e opiniões

⁶ Michel FOUCAULT, “Soberania e Disciplina” in *Microfísica do Poder*, *op. cit.*, p. 181.

⁷ “É possível democratizar a televisão?”, in Aduino NOVAES (organizador), *Rede Imaginária: Televisão e Democracia*, São Paulo, Companhia das Letras, 2001, p. 303.

⁸ Fonte: Revista *Mídia e Dados*, Grupo de Mídia de São Paulo. Citado no apêndice 2 do livro *Rede Imaginária: Televisão e Democracia*, *op. cit.*, p. 311.

⁹ Fonte: Revista *Mídia e Dados*, Grupo de Mídia de São Paulo. Citado no apêndice 2 do livro *Rede Imaginária: Televisão e Democracia*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁰ Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000 - Resultados do universo. Publicado no sítio www.ibge.gov.br.

¹¹ Respectivamente, 87,7% e 82,8%. Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de Emprego e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 1999. Publicado no sítio www.ibge.gov.br.

¹² Citado por Fábio Konder COMPARATO no artigo “É possível democratizar a televisão?”, *op. cit.*, p. 302.

foi posta como um valor fundamental pelo pensamento iluminista. No conhecido artigo de Kant sobre o movimento, a liberdade de fazer uso público da própria razão perante a totalidade do público do mundo de leitores (“a mais inofensiva das liberdades”, acrescentou o grande filósofo de Königsberg) é condição para que o homem saia de seu estado de menoridade, caracterizado pela incapacidade de servir-se do próprio entendimento sem a direção de um outro¹³.

Seguindo essa orientação, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estatuiu em seu art. 11: “*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’homme; tout citoyen peut donc parler, écrire et imprimer librement, sauf a répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi*”.

Como apontou Celso Lafer, a proteção à liberdade de opinião e expressão destinase precipuamente a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública¹⁴. Daí ser essa liberdade um dos pilares de nosso Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), uma vez que este pressupõe uma situação de pluralismo político (art. 1º, inciso V), em que todos os cidadãos têm a possibilidade de formar suas idéias e de as exprimirem sem impedimentos.

Não por outro motivo, vem a liberdade de expressão declarada em todos os grandes documentos internacionais de direitos humanos de nosso século, a começar pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XIX (“Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”).

Pois bem. O advento dos meios de comunicação de massa, no século XX, transformou radicalmente a estrutura do direito individual à livre expressão do pensamento. O pleno acesso, *por todos* os cidadãos, às opiniões e idéias essenciais à vida da *polis* somente pode ser feito através da televisão e do rádio. A imprensa escrita, como é sabido, não alcança número expressivo de leitores no Brasil, e a *internet*, espaço democrático, quase anárquico, de comunicação global, também possui um universo de usuários muito restrito.

A indagação feita no título deste item, então, é inevitável: quem, no mundo contemporâneo, possui verdadeiramente a liberdade de exprimir suas idéias e convicções? Acaso aqueles que não compartilham do pensamento único veiculado *ad nauseam* pelos veículos de comunicação de massa têm, realmente, o direito de expor suas teses? Qual o espaço reservado pelos canais de TV às organizações não-governamentais, aos intelectuais e às mais diferentes formas de expressão da cultura popular?

Trata-se aqui, mais uma vez, de reconhecer o óbvio: apenas os grandes grupos econômicos beneficiados com as concessões (públicas, nunca é demais lembrar) de rádio e televisão podem influir no processo de formação das idéias e costumes sociais. As demais organiza-

¹³ Emmanuel KANT, “Respuesta a la pregunta: qué es la Ilustración?” in *Filosofia de la Historia*, Buenos Aires, Nova Buenos Aires, 1964, pp. 58-67.

¹⁴ *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1991, p. 241.

ções sociais estão excluídas deste processo¹⁵. E, o que é ainda mais grave, as idéias e costumes difundidos pelas emissoras privadas de rádio e TV são freqüentemente incompatíveis com os princípios que informam nosso Estado Democrático de Direito. Não é preciso mais do que alguns minutos diante da televisão, em qualquer horário ou canal, para constatar a violação dos direitos fundamentais à privacidade, à não-discriminação, à honra, à presunção de inocência e à própria dignidade da pessoa humana, aviltada por programas orientados unicamente pela audiência auferida pelo Ibope.

Como bem observa Vital Moreira: “hoje em dia os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse. Agora torna-se necessário defender não só a liberdade da imprensa mas também a *liberdade face à imprensa*. Na verdade, *não carecem menos de proteção os direitos dos cidadãos perante a imprensa do que as garantias da liberdade da imprensa contra o Estado*. E quem diz imprensa diz hoje todos os meios de comunicação social, notadamente os audiovisuais”¹⁶.

Nesse contexto, a advertência contida no conhecido libelo de John Stuart Mill em favor da liberdade de discussão soa absolutamente atual: “O único modo pelo qual é possível a um ser humano tentar aproximar-se de um conhecimento completo acerca de um assunto é ouvindo o que podem dizer sobre isso pessoas de grande variedade de opiniões, e estudando todos os aspectos em que o podem considerar os espíritos de todas as naturezas (...). O hábito constante de corrigir e completar a própria opinião cotejando-a com a de outros, longe de gerar dúvidas e hesitações ao pô-la em prática, constitui o único fundamento estável para que nela se tenha justa confiança”¹⁷.

A questão que se coloca na atualidade, portanto, não é a de cercear a liberdade de expressão; ao contrário, o que se busca é justamente assegurar *a todos* (e não apenas aos donos das emissoras) o pleno acesso aos canais de rádio e de TV, de forma a garantir o mais amplo e público debate de idéias. Não se trata apenas de propiciar o que Jorge Miranda denominou de “pluralismo externo” – isto é, a concorrência entre as empresas de comunicação social –, pois esta concorrência é limitada pela natural restrição às faixas de freqüência das ondas de rádio e TV. Cuida-se, isso sim, de “*no interior da rádio e da televisão assegurar a*

¹⁵ Na precisa observação de Fábio COMPARATO, “*a vida política, como todas as formas de relacionamento social, pressupõe a organização de um espaço próprio de comunicação. No regime democrático esse espaço é necessariamente público, no sentido etimológico da palavra, porque o poder político supremo (a soberania) pertence ao povo, e é ele que deve, por conseguinte, decidir em última instância, se não diretamente, pelo menos por meio de representantes eleitos, as grandes questões de governo. Na realidade, porém, a organização do espaço público de comunicação – não só em matéria política, como também econômica, cultural e religiosa – faz-se, hoje, com o alheamento do povo, ou a sua transformação em massa de manobra dos setores dominantes. Assim, enquanto nos regimes autocráticos a comunicação social constitui monopólio dos governantes, nos países geralmente considerados democráticos, o espaço de comunicação social deixa de ser público, para tornar-se, em sua maior parte, objeto de oligopólio da classe empresarial, a serviço de seu exclusivo interesse de classe*” (“A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa”, in Eros Roberto GRAU e Willis Santiago GUERRA FILHO (organizadores), *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 155).

¹⁶ *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 09.

¹⁷ *A Liberdade*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 34.

possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião – tomando *opinião* no sentido mais amplo para abarcar quer a opinião política quer a religiosa e filosófica – existentes na sociedade”¹⁸.

De lege ferenda, seria de todo conveniente a edição de emenda constitucional estabelecendo o direito de antena, à semelhança do que foi instituído no art. 40 da Constituição Portuguesa. *In verbis*:

Artigo 40º – Direitos de antena, de resposta e de réplica política.

1. Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objetivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão.

2. Os partidos políticos representados na Assembléia da República, e que não façam parte do governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de réplica política às declarações políticas do governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas assembleias legislativas regionais (...)”¹⁹.

Apesar de não possuir o alcance do direito de antena previsto na Constituição lusitana, penso que a garantia do direito de resposta instituída no art. 5º, inciso V, da Constituição brasileira de 1988, representa um remédio bastante eficaz para assegurar a liberdade de expressão *em face* dos meios de comunicação. Senão vejamos.

4. Natureza e extensão do direito de resposta

Em nossa tradição jurídica, o direito de resposta tem sido considerado, primordialmente, uma garantia individual, destinada à proteção da honra da pessoa física ou jurídica. “O artigo de jornal ou revista que faz crítica a alguém é um ‘agravo’, uma ‘ofensa’ que pode encerrar ou não injúria ou difamação. A resposta é um ‘desagravo’”, assevera José Cretella Jr.”²⁰. “Como a publicação do que se pensa pode determinar *ofensas morais e patrimoniais a outrem*, prevê-se que seja necessário responder-se com a mesma publicidade. Daí a regra jurídica do art. 153, § 8º, 2ª parte, da Constituição de 1967: ‘é assegurado o direito de resposta’”, anota, por sua vez, Pontes de Miranda²¹.

¹⁸ *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 412.

¹⁹ O artigo 20, 3, da Constituição Espanhola também prevê o “direito de antena” nos seguintes termos: “*La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España*”.

²⁰ *Comentários à Constituição de 1988*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 213.

²¹ *Comentários à Constituição de 1967*, v. 5, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, p. 164. Na jurisprudência, também, o entendimento majoritário é no sentido de que o direito de resposta tutela o direito à honra: “O direito de resposta tem por finalidade a defesa de quem é acusado ou ofendido por publicação ou transmissão de radiodifusão, ensejando-lhe apontar erros, inexatidões ou distorções da matéria veiculada e restabelecer a verdade perante a opinião pública” (TJPA – Queixa-Crime – Rel. Benedito de Miranda Alvarenga – j. 23.03.1998 – RT 761/671).

Acaso será essa a interpretação que empresta maior efetividade à norma constitucional contida no art. 5º, inciso V, da Constituição da República? Como bem lembra Canotilho, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e (...) é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”²².

Pois bem. O art. 5º, inciso V, da Constituição da República estabelece que “é assegurado o direito de resposta, *proporcional ao agravo*, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O termo “agravo”, nos diz o dicionário, significa dano, prejuízo, ofensa. O legislador constituinte não apôs nenhum complemento à palavra; assim, não há razão para se entender que o agravo causado pelo abuso do direito de comunicação deva estar restrito à honra ou à imagem da pessoa.

Vital Moreira, em importante trabalho sobre o tema, compartilha do mesmo entendimento: “*Se o direito de resposta tivesse por fundamento apenas a defesa do direito ao bom nome e reputação ou a garantia da veracidade da informação relativa às pessoas, melhor seria que ele se consubstanciasse numa obrigação de retratação ou de correção do próprio órgão de informação, sob determinação judicial. Só que o direito de resposta consiste no direito de fazer publicar um texto pessoal do próprio interessado, a sua versão dos fatos, independentemente de uma aferição judicial da veracidade das versões em confronto. Por conseguinte, o direito de resposta é também um direito de acesso aos meios de comunicação social, para responder por palavras próprias às referências ofensivas ou inverídicas de que se seja objeto nos meios de comunicação. Ele constitui pois um dos afloramentos de ‘um direito à expressão’, isto é, um direito positivo de acesso aos meios de comunicação*”²³.

O que se está a afirmar é que a concepção subjetivista tradicional do direito de resposta como garantia do direito à honra é incompatível com a extensão da norma contida no art. 5º, inciso V, de nossa Carta Política. À semelhança do sistema português, o direito de resposta no Brasil possui, também, a importante função de *permitir o acesso do titular do direito lesado* (qualquer direito) ao órgão de comunicação social, *de modo a assegurar o contraditório necessário ao restabelecimento da verdade sobre um fato determinado*. Sob este ponto de vista, o direito de resposta não se constitui em limitação à liberdade de comunicação; ao contrário, cuida-se de verdadeira garantia da mais ampla liberdade de expressão, exercida contra o ramerrão monológico produzido pelos controladores dos meios de comunicação de massa.

Na síntese de Vital Moreira, “o direito de resposta é, sem dúvida, sobretudo um ‘meio específico de proteção do direito à identidade pessoal face aos meios de comunicação’. Mas é também um meio de acesso individual aos meios de comunicação social, um instrumento de compensação da sua unilateralidade, uma expressão do direito à ‘igualdade de oportunidades comunicativa’ (*kommunikative Chancengleichheit*) a favor de quem seja por aqueles referi-

²² *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 1097.

²³ *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, op. cit., p. 80.

do em termos inverídicos ou ofensivos. Sendo a relação dos meios de comunicação de massa com o seu auditório uma relação unilateral, ‘vertical’, enfim, monoloquial, o direito de resposta funciona como uma incursão equilibradora, de natureza controversial, coloquial e dialogal”²⁴.

Aliás, a extensão dada ao direito de resposta na Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967) é a mais ampla possível: “Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for *acusado ou ofendido* em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, *ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo*, tem direito a resposta ou retificação” (art. 29, *caput*).

Nosso ordenamento, como se vê, abrigou não apenas o *droit de rectification* - i.e., a faculdade da pessoa de apresentar a versão que reputa correta dos fatos noticiados pelos órgãos de comunicação – como também o *droit de réponse*, em sentido estrito, ou seja, a faculdade de responder a acusações, opiniões ou juízos de valor, sempre que tais juízos causem um dano a direito próprio (qualquer direito, convém repetir).

5. Possibilidade jurídica e legitimação para o exercício do direito de resposta coletivo

Quando a informação ou opinião causar dano a direito individual, o direito de resposta será exercido pela própria pessoa, seu representante legal, ou pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, se o atingido está ausente do País, se a divulgação é contra pessoa morta ou, ainda, se a pessoa visada faleceu depois da ofensa recebida, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta (Lei 5.250/67, art. 29, § 1º, “a” e “b”).

Ocorre que a ofensa ou a divulgação de um fato inverídico pode causar, também, lesão a direitos ou interesses metaindividuais²⁵. Em um programa humorístico, na maior emissora de televisão do País, por exemplo, o pai de um filho homossexual repete a cada programa

²⁴ *Idem*, p. 33.

²⁵ Como observa Rodolfo de Camargo MANCUSO, “os interesses podem ser visualizados numa ordem escalonada, uma ‘escala crescente de coletivização’. Assim concebidos, os interesses são agrupados em planos diversos de titularização, isto é, eles aparecem ordenados pelo critério de sua atribuição a um número maior ou menor de titulares” (*Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 74). Sob esse enfoque, os interesses metaindividuais ou transindividuais são “os interesses que excedem o âmbito estritamente individual mas, não chegam a constituir o interesse público” (Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 43). Acrescenta Mazzilli que “o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas (...) o fato de serem compartilhados por diversos titulares, reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que sua defesa individual seja substituída por uma defesa coletiva, em proveito de todo o grupo” (*Idem*, pp. 43-44). José Carlos Barbosa MOREIRA, com seu habitual brilhantismo, define os interesses metaindividuais, do ponto de vista subjetivo, pela “pertinência a uma série ao menos relativamente aberta de pessoas e, ao ângulo objetivo, pela unidade e indivisibilidade do respectivo objeto, com a consequência de que a satisfação de um titular não se concebe sem a concomitante satisfação de toda a série de interessados, e a lesão de um só é por força, ao mesmo tempo, lesão de todos” (“Ação Civil Pública e Programação de TV” in *Temas de Direito Processual*, 6ª série, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 243). O Código de Defesa do Consumidor, como é sabido, distinguiu, para fins de proteção, três espécies de interesses ou direitos metaindividuais: os interesses difusos, definidos como os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; os coletivos, assim entendidos “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; e os individuais homogêneos, que são os “decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, da Lei 8.078/90).

o bordão: “Onde foi que eu errei?”. O esquete apresenta a falsa idéia de que os pais são culpados pela orientação homossexual de seus filhos e que estes são verdadeiros “erros” para a sociedade. Qual o impacto causado pela repetição semanal destas idéias discriminatórias, na complexa relação entre pais e filhos homossexuais? Acaso a humilhação e o constrangimento provocados pela ingestão de insetos ou pela exposição de deformidades físicas em programas de TV representam um agravo apenas para os participantes desses programas? A identidade fundamental de todos nós, enraizada no conceito de dignidade humana, não nos torna, também, vítimas do processo de reificação promovido pelos órgãos de comunicação²⁶?

O art. 221, inciso IV, da Constituição da República impõe, às emissoras de rádio e televisão, o “*respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*”. Ora, quando um determinado órgão de comunicação social ignora este preceito e passa a promover cenas de desrespeito explícito a valores constitucionais fundamentais, não está a causar, *ipso facto*, dano a direitos e interesses metaindividuais?

Barbosa Moreira, em artigo sobre o assunto, oferece a resposta: “O interesse em defender-se ‘de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221’ enquadra-se com justeza no conceito de interesse difuso. (...) Com efeito: em primeiro lugar, ele se caracteriza, à evidência, como ‘transindividual’, já que não pertence de modo singularizado, a qualquer dos membros da comunidade, senão a um conjunto indeterminado – e, ao menos para fins práticos, indeterminável – de seres humanos. Tais seres ligam-se uns aos outros pela mera circunstância de fato de possuírem aparelhos de televisão ou, na respectiva falta, costumarem valer-se do aparelho do amigo, do vizinho, do namorado, do clube, do bar da esquina ou do salão de barbeiro. E ninguém hesitará em qualificar de indivisível o objeto de semelhante interesse, no sentido de que cada canal, num dado momento, transmite a todos a mesma e única imagem, nem se concebe modificação que se dirija somente ao leitor destas linhas ou ao rabiscador delas”²⁷.

Dizíamos que se a informação ou opinião causar dano a direito individual, é facultado ao prejudicado, seu representante legal ou sucessor exercer o direito de resposta, nos termos do disposto na Constituição da República e na Lei de Imprensa. *Quid juris* se a informação ou opinião causar dano a direitos ou interesses metaindividuais? Nesse caso, *o direito de respos-*

²⁶ “A solidariedade – anota Fábio Konder COMPARATO – prende-se à idéia de *responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social*. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano. O fundamento ético desse princípio encontra-se na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana” (*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 51-52). Não por outro motivo, a Conferência de Viena, de 1993, proclamou que “*todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados*”. Montesquieu, na segunda metade do século XVIII, também expressou com clareza a natureza solidária do ser humano: “*Se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial a minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas não à minha pátria, procuraria esquecê-lo. Se soubesse de algo útil à minha pátria, mas prejudicial à Europa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao gênero humano, consideraria isto como um crime*” (citado por Fábio Konder Comparato, em *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, p. 33). De forma mais poética, os estudantes de Paris, em 1968, criaram o slogan “*Ne touche pas à mon pote*” para exprimir a mesma idéia.

²⁷ “Ação Civil Pública e Programação de TV”, *op. cit.*, pp. 243-244. No mesmo sentido, cf. o artigo de Rodolfo de Camargo MANCUSO, “Controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva” in *Boletim dos Procuradores da República* nº 40, agosto de 2001, pp. 20-29.

ta será exercido coletivamente, pelos legitimados indicados no art. 5º da Lei 7.347/85 e no art. 82 da Lei 8.078/90²⁸. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus!* A menos, é claro, que se pretenda sustentar que apenas os direitos individuais gozam da adequada proteção constitucional em face dos meios de comunicação, o que, evidentemente, é um contra-senso.

Não se vislumbram, realmente, óbices legais para a concessão do direito de resposta coletivo, inclusive, se necessário, por via judicial. O art. 5º, inciso V, da Constituição não estabelece restrição alguma ao pedido. O inciso XXXV do mesmo artigo, por seu turno, ao consagrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, declara expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁹ (individual, coletivo ou difuso). Em perfeita consonância com este princípio, o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), *aplicável a todos os direitos difusos e coletivos por força da norma de extensão contida no art. 21 da Lei 7.347/85*³⁰, estabelece que para a defesa desses direitos “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. As normas citadas revelam, como se vê, a especial preocupação

²⁸ Fábio Konder COMPARATO, no já citado artigo “A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa”, também sustenta a possibilidade do exercício coletivo do direito de resposta: “O direito de resposta, tradicionalmente, visa garantir a defesa da verdade e da honra individual. Legitimado a exercê-lo, portanto, é sempre o indivíduo em relação ao qual haja sido difundida uma mensagem inverídica ou desabonadora. Ainda que se não possa nele enxergar um direito protestativo, como quer uma parte da doutrina, é negável que ele se apresenta como um meio de defesa particularmente vigoroso, em geral garantido pela cominação de pesada multa em caso de descumprimento pelo sujeito passivo. É sem dúvida, necessário estender a utilização desse mecanismo jurídico também à defesa de bens coletivos ou sociais, que a teoria moderna denomina ‘interesses difusos’” (*op. cit.*, p. 165).

²⁹ “Uma leitura mais moderna deste inciso – observa Luiz Guilherme MARINONI – faz surgir a idéia de que esta norma constitucional garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso *efetivo* à justiça, e, assim, um *direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva*. Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora, se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como se imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos, e, portanto, não pode ser pensado como uma garantia fundamental de justiça. (...) Como diz Camoglio, o problema crucial do acesso à justiça está, em última análise, na efetividade da tutela jurisdicional. Não basta reconhecer, em abstrato, a *libertà di agire* e garantir a todos, formalmente, a oportunidade de exercer a ação. Limitar-se a tal configuração, no catálogo tradicional das liberdades civis, significa desconhecer o sentido profundamente inovador dos direitos sociais de liberdade, em seus inevitáveis reflexos sobre a administração da justiça. Cabe, portanto – prossegue o professor da Universidade de Pavia, assegurar a qualquer indivíduo, independentemente das suas condições econômicas e sociais, a possibilidade, séria e real, de obter a tutela jurisdicional adequada” (*Novas Linhas do Processo Civil*, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 151-152).

³⁰ “Como o art. 21 da LACP determina a aplicabilidade do CDC às ações que versem sobre direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, o art. 83 do CDC tem incidência plena nas ações fundadas na Lei n.º 7.347/85. Diz o art. 83, do CDC, que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Por conseqüência, a proteção dos direitos difusos e coletivos pela LACP, como os relativos ao meio ambiente e bens e valores históricos, turísticos, artísticos, paisagísticos e estéticos, não mais se restringe àquelas ações mencionadas no preâmbulo e arts. 1º, 3º e 4º da LACP. Os legitimados para a defesa judicial desses direitos poderão ajuizar qualquer ação que seja necessária para a adequada e efetiva tutela desses direitos, em razão da ampliação do objeto da tutela” (Nelson Nery Jr., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 907). No mesmo sentido pronuncia-se Luiz Guilherme Marinoni: “Inicialmente a Lei da Ação Civil Pública regulava apenas as ações de responsabilidade civil, de obrigação de fazer e não fazer e as ações cautelares. Hoje, em vista do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor – que consagra o direito à adequada tutela jurisdicional – são cabíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” (*Novas Linhas do Processo Civil*, *op. cit.*, p. 88).

do direito contemporâneo em assegurar a *efetividade do processo*, especialmente quando os interesses tutelados possuem natureza não-patrimonial³¹, como é o caso dos interesses metaindividuais protegidos pelo direito de resposta coletivo.

A falta de previsão legal específica não pode obstar o exercício do direito de resposta coletivo. A norma constitucional instituidora da garantia possui eficácia plena, como bem anotou Pontes de Miranda em seus *Comentários à Carta Política* anterior³². Ademais, ensina Cândido Dinamarco, “a crescente e visível tendência moderna à *universalização da jurisdição* desautoriza o abuso de bolsões de direitos ou interesses não-jurisdicionalizáveis e impõe que na maior medida possível possa o Poder Judiciário ser o legítimo e eficiente portador de tutela a pretensões justas e insatisfeitas. O exagero na exclusão da jurisdicionalidade alimentaria a *litigiosidade contida* e, com isso, minaria a realização de um dos objetivos do Estado”³³. Portanto, “em processo civil, a determinação da possibilidade jurídica faz-se em termos negativos, dizendo-se que há impossibilidade jurídica quando o Estado, sem levar em conta as características peculiares da situação jurídica concreta, nega aprioristicamente o poder de ação ao particular. Inexistindo razão preponderante ou expressa vedação legal, a ação é admissível”³⁴.

O exercício regular do direito de resposta coletivo não constitui, evidentemente, censura aos meios de comunicação, pois a faculdade decorre de norma constitucional expressa³⁵. A emissora de rádio ou TV não está impedida de expressar, livremente, suas idéias. Se tais idéias, porém, atingirem direitos ou interesses coletivos ou difusos, os legitimados indicados no art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei 8.078/90 poderão postular a retificação ou a resposta, nos termos do procedimento previsto nos arts. 29 a 36 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67). Além disso, como tentamos demonstrar, o direito de resposta busca, precisamente, assegurar o contraste de opiniões e o pluralismo de idéias essenciais para a vida democrática (CR, art. 1º, inciso V)³⁶.

O argumento de que uma parcela significativa dos espectadores apóia as opiniões e preconceitos divulgados nas rádios e TV’s nacionais tampouco pode justificar o indeferimento do pedido. Com efeito, como bem lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, é justamente no embate de coletividades extensas – uma parte posicionando-se contra, e outra a favor de um padrão básico de qualidade na programação televisiva – que repousa uma das notas mais

³¹ Não é demais lembrar a máxima *chiovendiana* segundo a qual “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.

³² “Se a lei ordinária deixa de regular o direito à resposta, nem por isso fica ele dependente da legislação ordinária; o art. 153, § 8º, 2ª parte [da Constituição de 1969] é bastante em si” (*Comentários à Constituição de 1967*, v. 5, *op. cit.*, p. 163).

³³ *Execução Civil*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 380.

³⁴ *Idem*, p. 386.

³⁵ Trata-se, portanto, na expressão de Robert Alexy, de restrição diretamente constitucional (cf. a respeito sua *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 267-285). Seguindo a linha de pensamento de Alexy, observa, com propriedade, Canotilho, que as normas constitucionais imediatamente restritivas são, ao mesmo tempo, “*normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos*: (1) são *normas de garantia* porque garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de proteção a determinado direito [*in casu*, os direitos lesados pelo abuso no exercício da liberdade de comunicação social]; (2) são *normas restritivas* porque estabelecem imediatamente limites ao âmbito de proteção” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 1144).

³⁶ No mesmo sentido é a posição de Vital Moreira, *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, *op. cit.*, pp. 18-24.

típicas dos interesses difusos, que é a sua intrínseca conflituosidade³⁷.

No mais, o direito de resposta coletivo é a restrição constitucional que menos onera a liberdade de comunicação dos donos das emissoras³⁸. Parece-nos admissível, também, o

³⁷ “Controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva”, *op. cit.*, p. 27. No mesmo sentido, ensina Ada Pellegrini GRINOVER: “O interesse difuso caracteriza-se por sua ampla área de *conflitualità*. Conflituosidade; essa; que não se coloca necessariamente ou apenas no clássico contraste do indivíduo vs. autoridades, mas que é típica das escolhas políticas” (verbetes “interesses difusos” in Rubens Limongi França (coordenador), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 45, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 401-402).

³⁸ Em trabalho anterior sobre o tema (“Ratinho Livre? Censura, Liberdade de Expressão e Colisão de Direitos Fundamentais na Constituição de 88”, publicado nos Anais do XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998) sustentei que a “regra de colisão” (resultante da ponderação do princípio da liberdade de comunicação com outros direitos constitucionais) adotada pela Carta de 88 é a *responsabilização posterior* do indivíduo ou órgão que abusou de sua liberdade de manifestação ou informação. Isto porque o art. 220, § 1º, faz remissão expressa aos incisos V (“é assegurado o *direito de resposta*, proporcional ao agravo, além da *indenização por dano material, moral ou à imagem*”) e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, *assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação*”) do art. 5º. A solução da responsabilização ulterior resta ainda mais clara na Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José da Costa Rica”), tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil em 25 de abril de 1992. No artigo 13 da Convenção é estabelecido que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão *não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar*: a) o *respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas*; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. Portanto, *em geral*, não pode o Estado impedir uma informação ou idéia de circular, ainda que essa informação ou idéia afronte direitos fundamentais. A pessoa ou órgão que, no exercício de seu direito de expressão ou informação, violar direitos de terceiros deverá responder *civil, penal e mesmo administrativamente* (CR, art. 223, § 4º) pelo abuso, nos termos da legislação infraconstitucional em vigor. Trata-se, em meu entender, de uma opção política do legislador constituinte: ainda que eventualmente possam ocorrer abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação, o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988 assumiu o risco de não impedir *previamente* a circulação das idéias. A solução constitucional, contudo, se adotada sem a necessária ponderação de valores, pode conduzir, em alguns casos, a situações de flagrante injustiça, totalmente incompatíveis com a idéia de razoabilidade e de primazia da dignidade humana (CF, art. 1º, III) que devem orientar a interpretação do sistema constitucional. É verdade que a Constituição brasileira contém uma *regra* proibindo qualquer intervenção estatal na livre circulação das idéias e das informações e prevendo a *responsabilização ulterior* daqueles que exercitaram seu direito de forma abusiva. Essa proibição, entretanto, não é absoluta, mas sim o que Alexy denomina de proibição *prima facie*. Para Alexy, diferentemente da posição de Dworkin, nem todas as regras possuem caráter definitivo, podendo elas, excepcionalmente, conter cláusulas de exceção não previstas, desde que essas cláusulas estejam fundadas em princípios. As “regras de colisão” inseridas no texto constitucional – observa o constitucionalista alemão – têm um caráter incompleto. “*De modo algum possibilitam, em todos os casos, uma decisão livre de ponderação.* (...) Quando, mediante uma disposição de direito fundamental, se leva a cabo alguma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos, se estatui com ela não apenas um *princípio*, mas também uma *regra*. Se a regra não é aplicável sem ponderação prévia, então, como regra, é incompleta. *Na medida que é incompleta, a decisão jusfundamental pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as inseguranças que isto implica.* Mas, isto não muda em nada o fato de que, na medida de seu alcance, as determinações devem ser levadas a sério. A exigência de levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direito fundamental (...) é uma parte do postulado da sujeição à Constituição (...) porque tanto as regras estatuídas pelas disposições constitucionais, como os princípios estatuídos por elas são normas constitucionais. Isto leva a questão da relação de hierarquia entre ambos os níveis. A resposta somente pode indicar que, do ponto de vista da sujeição à Constituição, existe uma *prioridade do nível da regra.* (...) Mas a sujeição à Constituição significa a sujeição a todas as decisões do legislador constitucional. Portanto, *as determinações adotadas no nível das regras precedem as determinações alternativas, que levando em conta os princípios, são igualmente possíveis.*” (*Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit.*, pp. 133-134). Aplicando o modelo de Alexy ao nosso problema, temos que as regras constitucionais de vedação da censura e de responsabilização ulterior do indivíduo ou órgão emissor são o meio pelo qual o legislador constituinte pretendeu harmonizar o conflito entre a liberdade de expressão e informação jornalística e outros direitos igualmente fundamentais. Isso significa que, havendo um caso concreto de colisão, não pode, de modo geral, o magistrado, em sua atividade de aplicação do direito, impedir liminarmente a circulação da idéia ou informação, devendo se limitar a punir o responsável, se constatar a violação a direitos de terceiros. A incidência dessa regra, contudo, não é automática: em todas as hipóteses, cabe ao intérprete proceder à necessária *ponderação dos valores em jogo*, a fim de verificar se a solução constitucional geral (responsabilização posterior) não conduz *naquele caso concreto* à aniquilação do direito ameaçado de lesão. Se o magistrado constatar que há a possibilidade real dessa aniquilação ocorrer deverá, então, obstar o exercício da liberdade de expressão ou informação, a fim de preservar o bem jurídico de maior relevo e, indiretamente, o princípio orientador de toda a ordem jurídica, que é a dignidade humana.

ajuizamento de ação coletiva de indenização, postulando a condenação da emissora por danos patrimoniais e *morais* causados à coletividade, com fundamento no art. 5º, inciso V, c.c. os arts. 220, §§ 1º e 3º, II, e 221, inciso IV, todos da Constituição. A respeito do tema, observa com justeza André de Carvalho Ramos que “as lesões aos interesses difusos e coletivos não somente geram danos materiais, mas também podem gerar danos morais”, estes resultantes do “sentimento de desapareço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade”³⁹.

A legitimação para postular o direito de resposta coletivo é *autônoma, concorrente e disjuntiva*⁴⁰ e pertence, como já dito, a todas as pessoas e órgãos indicados no art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei 8.078/90 (o Ministério Público, as associações regularmente constituídas e as entidades e órgãos da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios).

O direito de resposta coletivo, nos termos do disposto na norma constitucional, deverá ser *proporcional ao agravo*; assim, a resposta ou retificação ocupará tempo igual àquele destinado à transmissão da ofensa, e será feita pela mesma emissora, no mesmo programa e horário em que foi transmitida a opinião ou informação a que lhe deu causa (art. 30 da Lei 5.250/67). Na hipótese da ofensa ter sido feita em jornal ou periódico, o direito de resposta coletivo consistirá na “publicação da resposta ou retificação no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, em edição e dias normais” (art. 30, inciso I). Se o órgão de comunicação recusar-se a transmitir a resposta no prazo de 24 horas do pedido, os legitimados para o exercício da tutela coletiva poderão reclamar *judicialmente* a publicação ou a transmissão, consoante autoriza o artigo 32 da Lei de Imprensa.

6. Conclusão

Busquei, neste artigo, apresentar as razões pelas quais entendo possível e oportuno o exercício do direito de resposta coletivo nos órgãos de comunicação social.

Parece-me inegável que os grupos econômicos beneficiados com as concessões (públicas) de rádio e televisão apropriaram-se do espaço público de comunicação. Assistimos hoje, passivamente, ao monólogo promovido pelos órgãos de mídia, sem a possibilidade efetiva do confronto de idéias necessário ao pleno exercício da democracia (art. 1º, inciso V, da Constituição da República). Como se não bastasse, *todos* os canais privados da TV aberta promovem em seus programas a sistemática e insuportável violação à dignidade humana e aos direitos fundamentais dela decorrentes.

³⁹ “A ação civil pública e o dano moral coletivo” in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, volume 25, p. 82.

⁴⁰ Pois cada um dos co-legitimados pode requerer o direito de resposta coletivo, em conjunto com os demais, ou fazendo-o isoladamente. Sobre a legitimação para agir nas ações coletivas, cf. Rodolfo de Camargo MANCUSO, *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, op. cit., pp. 127-206; Hugo Nigro MAZZILLI, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, op. cit., pp. 188-203; e Nelson NERY JR., *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 1515-1523.

Como espero ter demonstrado, o abuso do poder dos meios de comunicação demanda controle social urgente. Sem prejuízo da imposição de sanções civis, penais e administrativas⁴¹ aos órgãos ou pessoas responsáveis pela transmissão danosa, entendo que o direito de resposta coletivo é um mecanismo eficaz para, a um só tempo: a) assegurar a plena liberdade de expressão a todos aqueles que não compartilham das opiniões emitidas pelos donos das emissoras; e b) promover o desagravo de toda a coletividade, quando os valores fundamentais inscritos na Constituição são ofendidos pelas emissoras.

A Constituição da República ao prever em seu art. 5º, inciso V, o direito de resposta, não estabeleceu restrição alguma à possibilidade da garantia ser exercida coletivamente, quando a ofensa causar dano a direitos ou interesses metaindividuais. Assim, em atendimento ao princípio hermenêutico da máxima efetividade das normas constitucionais, não é possível limitar o exercício do direito à pessoa física ou jurídica, isoladamente considerada. A interpretação sistemática dos arts. 220, §§ 1º e 3º, inciso II, e 221, inciso IV, da Carta de 1988 parecem confirmar a tese ora abraçada.

O pedido de resposta coletivo poderá ser formulado por quaisquer dos legitimados indicados no art. 5º da Lei 7.347/85 e no art. 82 da Lei 8.078/90, e obedecerá, no mais, ao procedimento regulado nos arts. 29 a 36 da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67).

Augura-se que a salutar difusão do exercício coletivo do direito de resposta contribua para melhorar o nível dos programas exibidos pelos órgãos de comunicação social. A persistir o vale-tudo atual, a náusea nos impedirá até mesmo de passar perto de um aparelho de TV.

⁴¹ Nos termos do art. 21, XII, “b”, da Constituição brasileira, a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço público de competência da União. Desde que imposta por decisão judicial (CR, art. 223, § 4º), pode a lei estipular como *sanção administrativa* para os casos de graves e reiteradas violações a direitos fundamentais, o “cancelamento” da concessão outorgada à empresa exploradora do serviço.

O PAPEL DA PROCURADORIA MILITAR NA FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO HUMANITÁRIO INTERNACIONAL

*Agostinho Eduardo dos Santos**

I

Tenhamos em conta a lógica simples da Declaração dos Direitos Humanos (preâmbulo):

“Considerando que é essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão (...).”

A mensagem é válida hoje como em 1948. Sem a manutenção de um Estado Democrático e Social de Direito, ocorrem violações de direitos humanos; e sempre que isso acontece, potencia distúrbios sociais e descontentamentos. A conclusão é inevitável: a violação dos direitos humanos não pode contribuir para a manutenção da ordem e segurança públicas, pode apenas exacerbar a sua deterioração. Esta mensagem deve ser vista como uma regra incontornável. Pelo menos para os homens de boa vontade, nada pode ser mais claro.

A abordagem do tema em apreço, sub judice, em tempo de paz, convida-nos a fazê-la na perspectiva dos conflitos existentes entre alguns círculos responsáveis pela aplicação da lei e os cidadãos, ávidos pelo usufruto dos seus direitos mais elementares reconhecidos internacionalmente e pelo direito interno dos Estados nacionais.

Deste modo é imperioso desmistificar algumas idéias preconcebidas que assentam arraiais em alguns círculos judiciais e judiciários: consabido é que o respeito pelos direitos humanos é, de alguma forma, incompatível com a efetiva aplicação da lei – a velha e estafada noção de que, para aplicar a lei, capturar o delinquente e garantir a sua condenação, é necessário “ludibriar” um pouco a lei: já todos assistimos à tendência para utilizar a força de forma excessiva para controlar manifestações, ou pressão física para obter informação de dados, ou ainda um excessivo uso da força para garantir uma captura. Para esta forma de pensar, a aplicação da lei é uma guerra contra o crime, constituindo os direitos humanos meros obstáculos colocados no caminho da polícia pelos advogados e organizações governamentais de proteção dos direitos humanos. Estes mitos sobrevivem, apesar da história nos ter demonstrado, uma vez e outra, que nada pode estar mais longe da verdade.

Outrossim, é primordial trabalhar para fazer desaparecer estes mitos na perspectiva de que as violações dos direitos humanos, por parte de seja quem for, tornam mais difícil a missão da aplicação da lei.

Por outro lado, o respeito dos direitos humanos por parte das autoridades responsáveis pela aplicação da lei reforça a eficácia da atuação dessas.

Quando se verifica que as autoridades respeitam, protegem e defendem os direitos

* Agostinho Eduardo dos Santos é magistrado do Ministério Público Militar da República de Angola. Licenciado em Direito pela Universidade Internacional de Lisboa.

humanos: reforça-se a confiança do cidadão e estimula-se a cooperação da sociedade; consegue-se que a ação penal seja exercida com êxito pelas autoridades judiciárias competentes; consegue-se que as autoridades sejam vistas como parte integrante da sociedade, desempenhando uma função útil; presta-se um serviço à boa administração da Justiça, pelo que se reforça a confiança no sistema; dá-se um exemplo aos outros membros da sociedade em termos de respeito pela lei; consegue-se que as autoridades fiquem mais próximas da comunidade e, em consequência disso, em posição de prevenir o crime e perseguir os seus autores através de uma atividade judiciária de natureza preventiva; ganha-se apoio dos meios de comunicação social, da comunidade internacional e das autoridades políticas.

Os agentes de autoridade e os serviços responsáveis pela aplicação da lei que respeitam os direitos humanos colhem benefícios que servem os próprios objetivos da lei, ao mesmo tempo que constroem uma estrutura de aplicação da lei que não se baseia no medo ou na força.

É primordial realçar aqui a crucial interdependência entre a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da lei e da ordem que deve merecer uma particular atenção. Foi neste contexto que este nexos fundamental presidiu o espírito dos autores da Declaração Universal quando redigiram o art. 29º, nº 2 deste célebre instrumento.

No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito se não às limitações estabelecidas na lei com vista a exclusivamente promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

II

De uma forma resumida, o Direito Humanitário Internacional pode ser definido como o subconjunto das normas de direitos humanos aplicáveis em tempo de conflito armado. O conteúdo fundamental do direito humanitário está definido nas quatro Convenções de Genebra de 1949 que protegem, respectivamente, os feridos e doentes das forças armadas em campanha, os náufragos, os prisioneiros de guerra e pessoas civis.

Como fontes temos, nomeadamente, os dois Protocolos Adicionais (de 1977) às Convenções de Genebra. O Protocolo I reafirma e desenvolve as disposições das Convenções de Genebra no que diz respeito aos conflitos armados internacionais, ao passo que o Protocolo II faz o mesmo relativamente aos conflitos internos, sem carácter internacional.

Em conformidade com estes instrumentos, o Direito Humanitário Internacional deve ser aplicado a todas as situações de conflito armado, no decorrer das quais os princípios de humanidade devem ser sempre respeitados, qualquer que seja o caso. Neles se dispõem ainda que os não combatentes e pessoas colocadas fora de combate devido a ferimentos, doenças, captura ou outras causas devem ser respeitadas e protegidas, e que as pessoas que sofrem em consequência da guerra devem ser auxiliadas e tratadas sem discriminação. O Direito Internacional Humanitário proíbe os seguintes atos em todas as situações: assassínio, tortura, castigos corporais, mutilações, atentados à dignidade da pessoa, tomada de reféns, penas coletivas, execução sem julgamento regular e tratamentos cruéis ou degradantes.

Os mesmos instrumentos proíbem também as represálias contra os feridos, doentes ou náufragos, pessoal e serviços médicos, prisioneiros e guerra, pessoas civis, bens civis e culturais, ambiente natural e instalações que contenham forças perigosas. Eles estabelecem que ninguém pode renunciar, nem ser forçado a renunciar à proteção conferida pelo direito humanitário. Finalmente, dispõem que as pessoas protegidas devem poder recorrer a todo mo-

mento a uma potência protetora (Estado neutro que protege os seus interesses), ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha ou a qualquer outra organização humanitária imparcial.

III

Nota para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei:

a) Desaparecimentos forçados ou involuntários:

Captura, detenção, rapto ou outra privação de liberdade perpetrado pelo governo ou seus agentes, ou com a sua cumplicidade, tolerância ou aquiescência, sempre que o destino ou paradeiro da vítima não seja revelado, ou a privação de liberdade não seja confirmada.

b) Execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias:

Privação da vida sem um procedimento judicial completo e com a participação, cumplicidade, tolerância ou aquiescência do governo ou seus agentes. Inclui a morte provocada por uma excessiva utilização da força pela polícia ou pelas forças de segurança.

Massacres

Execução extrajudicial arbitrária ou sumária de três ou mais pessoas.

c) Prisão e detenção arbitrarias.

Privação de Liberdade, sem motivo legal ou processo adequado, por ato do governo ou dos seus agentes, ou com a sua cumplicidade, tolerância ou aquiescência.

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas divulgou em maio de 1989 recomendações aos Estados, através de princípios que proporcionaram orientação aos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e outras autoridades nacionais, sobre a prevenção e investigação desses crimes e procedimentos judiciais a seguir para levar os autores a responder perante a Justiça. Sublinham a importância de exercer um controle rigoroso, nomeadamente através de uma cadeia de comando claramente definida sobre os organismos responsáveis pela aplicação da lei, bem como de assegurar cuidadosos sistemas de registro, inspeção e notificação das detenções às famílias e aos representantes legais. Exigem ainda a proteção das testemunhas e dos membros da família, bem como a cuidadosa recolha e apreciação das provas pertinentes. Os princípios desenvolvem em detalhe as disposições dos tratados de direitos humanos que garantem o direito à vida.

No essencial, importa reter que: os direitos humanos não são uma questão sob a jurisdição exclusiva do Estado ou dos seus agentes. Pelo contrário, constituem uma preocupação legítima da comunidade internacional, empenhada há mais de meio século na definição de normas, criação de mecanismos para a aplicação das mesmas e controlo da respectiva observância. Os funcionários e organismos responsáveis pela aplicação da lei que desempenham as suas importantes funções de forma a respeitar e proteger os direitos humanos honram, não só a si próprios, mas também o governo que os emprega e a nação que servem. Aqueles que cometem violações de direitos humanos acabarão por chamar a atenção da comunidade internacional e ser por ela condenados. O desafio do verdadeiro profissional de polícia ou da magistratura deverá, pois, consistir em aplicar e defender as normas de direitos humanos em todas as ocasiões.

IV

Porque constatamos a vigência de normas internacionais no Direito Interno Angolano, importa referir que a Resolução nº 2/84 de 9 de fevereiro, da Comissão Permanente da Assembléia do Povo, aprovou a adesão da República Popular de Angola às Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário e ao Protocolo Adicional às mesmas.

Nesta conformidade e nos termos do espírito e letra do artº. 21 da Lei Constitucional angolana, mais concretamente no seu nº. 1, ao estabelecer que “os direitos fundamentais expressos na presente lei não excluem outros decorrentes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”, assim, este conjunto de Normas de Direito Humanitário faz parte integrante da ordem jurídica angolana, tendo como destinatários quer os cidadãos angolanos como as instituições do Estado.

A Procuradoria Militar das Forças Armadas Angolanas aparece como um dos guardiões da fiscalização e defesa da aplicação do Direito Humanitário Internacional por uma razão natural; é que dentre outras atribuições que lhe são conferidas pela lei, art. 10, al. d) da Lei nº 5/94 de 11 de fevereiro, a Procuradoria Militar das Forças Armadas tem a atribuição de fiscalizar a legalidade no seio das Forças Armadas, entenda-se, quer em tempo de paz quer em tempo de guerra.

Deste modo, a Procuradoria Militar como órgão aplicador da lei, bem como seus funcionários, devem preocupar-se com as normas internacionais de direitos humanos, normalmente aquelas que por lei foram incorporadas nas leis do nosso país.

Porém, pensamos que o papel fiscalizador deve ser exercido de modo preventivo, por meio de ações de formação no seio das Forças Armadas, a todos os níveis nas unidades militares e nos estabelecimentos de ensino militar, ministrando palestras e assessorando os comandantes militares na área do Direito, tendo em vista a maior divulgação das leis em vigor e a elevação da consciência jurídica dos militares.

Em jeito de conclusão, é primordial reter os seguintes princípios fundamentais:

- os direitos humanos derivam da dignidade inerente à pessoa humana;
- os funcionários responsáveis pela aplicação da lei deverão respeitar e cumprir a lei em todas as ocasiões;
- os funcionários responsáveis pela aplicação da lei deverão cumprir os deveres que lhes são impostos pela lei em todas as ocasiões, servindo a sua comunidade e protegendo todas as pessoas contra atos ilegais, em conformidade com o alto nível de responsabilidade exigido pela sua profissão;
- os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não deverão cometer qualquer ato de corrupção. Dever-se-ão opor frontalmente a tais atos e combatê-los;
- os funcionários responsáveis pela aplicação da lei deverão respeitar e proteger a dignidade humana, bem como defender e garantir os direitos humanos de todas as pessoas;
- os funcionários responsáveis pela aplicação da lei deverão participar as violações de leis, códigos e conjunto de princípios que promovem e protegem os direitos humanos;
- todas as atividades da polícia, dos procuradores e dos juízes deverão respeitar os princípios da legalidade, necessidade, não discriminação, proporcionalidade e humanidade.

Quod erat demonstrandum

LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINOLOGÍA

*Andrés Botero Bernal**

Sumário: 1. Introdução. 2. La criminalidad y la sociedad. 3. El crimen y lo social: dos ejemplos. 4. La eficacia simbólica del derecho. 5. La resolución del conflicto. 6. Conclusiones

1. Introducción

El crimen¹ mismo es un conflicto social, jurídico, político, etc. Es por ello por lo que la definición de crimen puede variar dependiendo del punto de mira, pero algo que le es propio, independiente de esta variación de mirada, es que constituye un conflicto.

Y el hombre, ante el conflicto, ha buscado su “resolución”, marcando este ideal el ritmo de muchas funciones sociales, como la jurisdicción y el derecho penal, entre otras.

De esta manera, el ideal de la “supresión” del conflicto, y por ende del crimen, ha estado presente desde tiempo atrás y ha sido el motor de muchas instituciones sociales.

Pero en este breve esquema caben muchas preguntas, siendo dos de ellas las siguientes: ¿es posible la “supresión” del conflicto – crimen? y ¿es funcional el crimen en las sociedades contemporáneas?

Estas preguntas dirigirán el desarrollo del presente trabajo.

2. La criminalidad y la sociedad

Históricamente el crimen ha sido observado como algo abominable y detestable. Desde las tragedias griegas se enseña que ante el crimen cabe una respuesta vengativa por parte del Destino o de los dioses.

Igualmente, la tradición judeo-cristiana dio un paso más allá de la usanza helénica al vincular el pecado con el delito, y así lo religioso-moral con la política y el derecho.

* Andrés Botero Bernal é advogado e professor de Filosofia do Direito e Direito Internacional Público da Universidade de San Buenaventura Seccional Medellín.

¹ En Derecho Penal es común distinguir crimen de delito, según la gravedad del hecho. En este trabajo no se atenderá esta distinción.

La tacha de nocividad y lesividad que rodea al crimen queda también patente más adelante, en la modernidad, cuando se discutió profundamente el fin de la pena que se le impone al delincuente. Al respecto se formularon cuatro teorías fundamentalmente:

- La retribución: para esta teoría, el sentido de la pena estriba en que “la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia”². Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, esta última propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario al sentir de algunos para el desarrollo posterior del capitalismo³.

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución, dada la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, “la imposición de un mal por el mal cometido”⁴. La pena surge, entonces, como una necesidad ética derivada de un “imperativo categórico” como lo es la justicia para Kant o el bien para Hegel, y como una necesidad lógica: negación del delito y afirmación del derecho.

- La prevención especial: esta teoría “no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Ello puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible...; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable...; y haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que no son corregibles ni intimidables”⁵.

La pena no podía seguir siendo simplemente la restauración del orden jurídico o la intimidación general de los ciudadanos: debía ser el medio garante del orden social. El delito, más que una violación al orden jurídico, es un daño social, y el delincuente es un ser peligroso para la comunidad.

Las teorías de la prevención especial y general constituyen las llamadas “teorías relativas” que miran el fin que se persigue con la pena, en contraposición a las “teorías absolutas” que atienden solo al sentido, excluyendo toda idea de fin; en estas últimas encontramos la retribución.

El principal exponente de esta teoría fue Franz Von Liszt, quien señaló al delincuente como el objeto propio del derecho penal.

² ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976. P. 12.

³ Al respecto ver: Bustos RAMÍREZ, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. P. 115-119. Bustos considera al Estado absoluto como un estadio cuyo fin no es otro que la imposición del capitalismo; así la pena “no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista”. Al respecto puede aclararse que el Estado absoluto – como etapa histórica que fue – no pretendió en ningún momento el servirse intencionalmente como medio para la llegada del capitalismo; sin embargo, influyó en la irrupción del fenómeno capitalista.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1975. P. 34.

⁵ ROXIN, Op. cit., p. 15.

La crítica a esta concepción la hace Claus Roxin al encontrar en ella tres objeciones fundamentales: la primera consiste en que tiende a dejar al particular a merced de la intervención estatal; como segunda señala que existe el riesgo de no imponerse la pena a los delitos si no existe peligro de repetición; y, por último, indica que si bien es cierto que la corrección indica un fin de la pena, en ningún modo contiene en sí misma la justificación de ese fin⁶.

- La prevención general: para esta concepción el fin de la pena es intimidar la generalidad de los ciudadanos, y en la medida en que lo logre, legitima su uso. Esta teoría encuentra entre sus defensores a von Feuerbach, el cual parte de la crisis social que surge cuando no se encuentran los mecanismos para conformar a los demás dentro de los intereses del grupo hegemónico, el cual no es más que la conciencia colectiva de Durkheim, esto es: *“el conjunto de creencias y de sentimientos comunes a la medida de los miembros de una misma sociedad, forma un sistema determinado que tiene su vida propia”*⁷.

El delincuente es un hombre que atenta contra el sistema adoptado por el consenso, y dicho acto dañino socialmente, merece ser reprimido con tal que sirva de lección a la generalidad, amenazando con la imposición de penas similares si se copia la conducta del castigado.

Roxin encuentra las siguientes críticas a esta posición: en primer lugar, no define frente a qué comportamiento el Estado puede intimidar legítimamente, por lo que de la intimidación se termina en el terror. Como segunda objeción, es discutible el efecto intimidador, ya que el delincuente – por lo general – actúa con la seguridad de no ser atrapado, lo que comprueba que no se deja influir por la amenaza estatal; de esta manera podrá decirse que cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. En último lugar, surge la siguiente interrogante: ¿cómo se justifica el que a un individuo se le ponga un mal para que otros omitan cometer un delito? ¿Acaso esto no atenta contra la dignidad humana consagrado como fundamento del Estado social de derecho?⁸.

- La teoría unificadora dialéctica: esta teoría parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales.

Claus Roxin explica así esta postura: *“El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado”*⁹. Por su parte Muñoz Conde nos describe la teoría en sus tres fases: la

⁶ Ibid, p. 15 – 17.

⁷ Citado por: Bustos RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 127.

⁸ Cfr. ROXIN, *op. cit.*, p. 17-19.

⁹ Ibid, p. 20.

primera radica “en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial”¹⁰, y los peligros propios de cada teoría sólo podrán ser superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del Derecho Penal, según Roxin¹¹.

Como bien pudo apreciarlo el lector, la disputa sobre la función de la pena pone en evidencia que el crimen está asociado con lo condenable, dejándose sólo para el debate si el castigo a la acción criminal (que ha sido vinculado a lo nocivo y a lo lesivo) debe fundamentarse en un ideal vengativo y/o ejemplarizante.

Así las cosas, el ideal de la “supresión” de los delitos como conflictos sociales, jurídicos y políticos, ha estado presente a lo largo de la cultura. De esta manera puede entenderse cómo Platón soñaba con una República donde el delincuente no se quedara sin el merecido castigo; o cómo Aristóteles clamaba por un gobierno de los mejores hombres que pondrían en jaque a la delincuencia y el mercantilismo de la época.

De igual manera, el “cielo” de las religiones monoteístas es otro ejemplo de un ideal social alejado de toda posibilidad de crimen.

¿Pero efectivamente el crimen es un atentado contra las sociedades o un posibilizador de su existencia? Esta pregunta remite incluso a aquella vieja disputa entre los consensualistas versus los defensores del conflicto como origen y sustento de las sociedades¹².

Así, para varios autores, la contradicción y el conflicto, así como la inestabilidad del sistema, son funcionales, pues permiten al sistema social reaccionar frente a sí mismo y a su entorno. Para Luhmann, las contradicciones “sirven a la reproducción del sistema mediante la necesaria reproducción de las inestabilidades, ya que las disposiciones del sistema de inmunidad pueden, pero no deben, ponerlas en marcha”¹³, con lo que atribuye así la teoría de las contradicciones a una inmunología social. En este contexto aparece el derecho, cuya función está implicada en la complejidad del sistema de inmunidad. El sistema jurídico, entonces, se constituye

¹⁰ MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 36.

¹¹ Quien desee profundizar sobre estas teorías en relación con la función de la pena, remitirse a: BOTERO BERNAL, Andrés. La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria. *En* Revista de Derecho Penal. N°. 25 (Junio – julio de 2001); p. 99-102.

¹² Sin confundir conflicto y contradicción, debe dejarse claro que es ingenua toda teoría que niegue su existencia en la cotidianidad social. Incluso las tesis consensualistas remiten de un lado al ideal no conflictivo sin negar la realidad del conflicto, y de otro reconocen la existencia del conflicto pero señalan el fundamento no conflictivo tanto de lo social como del conflicto mismo. Al respecto, bien señaló Luhmann, que no es posible formular una teoría de lo social libre de contradicciones y conflictos (LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 326).

¹³ *Ibid*, p. 334.

como anticipación de posibles conflictos, desestimulador de apariciones violentas de los mismos y dador de formas adecuadas para su manejo. Por tanto, el crimen, como conflicto a ser previsto por el derecho penal, es funcional en tanto posibilita el proceso autopoiético del sistema social. Más adelante se *detallará este aspecto y la funcionalidad del derecho según este autor, así como la contradicción que esto supone con la eficacia simbólica del derecho.*

Ya para Dahrendorf los procesos de plasmación de lo social y de lo cultural, distan mucho de las idealidades utópicas de los mismos, reconociendo con esto la existencia del conflicto en lo real / cotidiano, en cuanto disputa de realización, es decir, intento continuo por modificar lo existente desde la búsqueda de las promesas incumplidas o su rotundo desprecio. En esta teoría el orden social se edifica en las arenas movedizas de las diferentes tensiones sociales que nunca desaparecen. Por ello permite entender el cambio y el conflicto no ya como desviación de un sistema “normal” y equilibrado, sino como características normales y universales de toda sociedad¹⁴. En Dahrendorf se encuentra la reivindicación del conflicto como connatural a la condición humana, aportando la trilogía cambio / conflicto / dominio para la comprensión de la desviación social. Según este enfoque sociológico para el estudio del conflicto, la integración social basada en consensos universales, es una reificación que opera como sofisma y por lo tanto, torna incomprensible la dinámica social existente, en este aspecto ayuda a la complementación o a la complejización de la propuesta estructural funcionalista, al relativizar el deber ser devenido del consensualismo.

La conflictividad inherente a toda formación social, permite, según Dahrendorf, la actualización social, la búsqueda continua de nuevas relaciones fines / medios y con ello emergencias de manifestaciones identitarias discontinuas. Lo juvenil es entendido como espacio – tiempo vital en el cual se evidencian estos fenómenos sociales, donde la inestabilidad de sus estructuras permite anticipaciones morales o nuevos reflejos de poder social; por ejemplo, las formas gregarias juveniles o tribus urbanas, comparten el desprecio a lo ofrecido socialmente, pero reproducen formas de poder como el autoritarismo, la xenofobia, la iconografía (banderas, imágenes, tipos de música) y la diferenciación¹⁵.

Ahora bien, el crimen, en caso de afirmar que es un sustento de las sociedades, sería un argumento más de las teorías del disenso, pues para éstas las sociedades languidecen si el conflicto no aparece¹⁶. Pero los que defienden este tipo de posiciones olvidan algo: sobre el crimen se tejen consensos sociales (que son causa y efecto de consensos de los grupos humanos que integran la sociedad) que posibilitan de igual forma la dialéctica social.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. España: siglo veintiuno editores, 1998. p. 126. Igualmente, BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. *Análisis socio jurídico del proyecto de ley que crea el sistema de responsabilidad penal juvenil*. Capítulo tercero y cuarto. Texto inédito.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Esto nos lleva a hacernos una pregunta: ¿si el conflicto – crimen es funcional, por qué seguirlo atando a lo nocivo y a lo lesivo? Al respecto pueden darse desde ahora las siguientes respuestas: el crimen es funcional porque está atado a lo nocivo – lesivo, y no hay duda de que es nocivo y lesivo para la organización social tanto el(los) crimen(es) que no puede(n) ser encauzado(s) (que podría(n) poner en entredicho a la sociedad misma en casos extremos) como las manifestaciones violentas del conflicto – crimen que superen los canales de contención y regularización del mismo. Más adelante se volverá sobre el asunto.

*Pero para analizar estos consensos en torno al crimen, que a su vez supone el conflicto, es necesaria la contextualización del investigador en torno a un grupo social determinado*¹⁷, dado que las condiciones internas y externas de ese entramado complejo de las sociedades y la cultura, varían de tal forma que no es lo mismo lo social en el medioevo que en la modernidad. Empiécese, entonces, con poner dos ejemplos que muestran las diferencias de lo social en las sociedades medievales y en las contemporáneas, con respecto al crimen.

3. El crimen y lo social: dos ejemplos

En las sociedades regidas por sistemas políticos pequeños y débiles, como los reinos Taifas en Al-Andalus¹⁸, una guerra, una rebelión, la violencia generada por grupos delincuenciales bárbaros, eran asuntos que tenían un final*, pues uno de los actores del conflicto obtenía una victoria que lo daba por terminado o por lo menos bajaba intensidad al problema. En esas épocas, la guerra, así como la delincuencia, eran instrumentos políticos muy apropiados para mantener la cordura de los gobernantes y el contacto con la realidad de los pueblos. Piénsese en esto: un monarca Taifa deseoso de conservar su reino podía mentir en cuanto asunto quisiese pero no podía dejar de ser sensato y cuerdo en cuanto la atención de los conflictos generados ya sean por la guerra o por la delincuencia, para evitar de esta forma generar ilusiones más peligrosas que el propio conflicto, ilusiones que atentaban contra la eficacia militar o policial** . La guerra ni la delincuencia eran hechos que podían ser ignorados o falseados al público en general, en tanto que sus efectos (la destrucción, los ataques, las muertes, etcétera) no eran ocultables dada el pequeño espacio sobre el cual el rey Taifa ejercía el mando. La mentira sobre la guerra o la delincuencia generaba una debilidad en la organización que a su vez posibilitaba la derrota del rey o el aumento del malestar general. La necesidad de la eficacia militar (en caso de beligerancia) y policial (en caso de delincuencia) era tan grande que llamaba a la cordura a los gobernantes. “Nadie podía ser, desde el poder, absolutamente irresponsable desde el momento en que una guerra cualquiera podía ser ganada o perdida”¹⁹.

Pero cuando la guerra y la delincuencia pasan a ser continuas y permanentes, éstas dejan de ser tan peligrosas porque desaparece la necesidad de eficacia real militar y policial. Al convertirse los Estados y las sociedades en macroorganizaciones difícilmente conquistables

¹⁷ Es decir, hacer las siguientes preguntas: ¿quién habla?, ¿desde dónde habla?, y ¿a quién habla?

¹⁸ Sobre los reinos de Taifas y su forma de gobierno, puede consultarse: VIGUERA MOLINS, María Jesús. La sociedad musulmana en Al-Andalus: su reflejo en los textos. En IZQUIERDO BENITO, Ricardo y SÁENZ-BADILLOS, Ángel (coordinadores). *La sociedad medieval a través de la literatura hispanojudía*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1998. p. 29 – 51; FANJUL, Serafín. El mito de los Omeyas. En Mercurio. (julio / agosto 2001); pp. 12/13; y GUICHARD, Pierre. *El nacimiento del Islam andalusí*. En BONNASSIE, Pierre; GUICHARD, Pierre y GERBET, Marie Claude. *Las Españas Medievales*. Barcelona: Crítica, 2001. pp. 49/84.

* No se defiende que la violencia tiene un final: la experiencia histórica demuestra lo contrario. Lo que se afirma es que en las organizaciones anteriores a las actuales (como las polis griegas y las sociedades medievales, por citar dos ejemplos), frente a grandes brotes de delincuencia se esperaba un fin del mismo y una vuelta a la “calma”. Obviamente, en esta última había actos de violencia, pero interpretados de manera diferente.

** La delincuencia en esas épocas era más un problema policial que judicial; inclusive hoy día se mantiene esta concepción, reclamándosele a las instituciones de policía que actúen en la condena de los delincuentes y en la reducción de la delincuencia.

¹⁹ ORWELL, George. “1984”. Barcelona: Ediciones Destino, 1999. p. 195.

por medio de la guerra o la delincuencia, cualquier tipo de perversión militar o policial aparece como posible. En estas macroorganizaciones que parecen inconquistables, donde el poder de ingerencia del individuo se pierde en grado sumo, a este último sólo le queda como contacto con la realidad política las necesidades básicas que deben ser satisfechas en un contexto determinado y sólo sobre ellas y por ellas ejerce verdadera presión: el comer, el beber, la diversión, la vivienda, la recreación, la sexualidad, la capacitación, etc. Ganar la guerra o reducir la delincuencia pasa a ser un asunto de comentarios y disgustos pero no una exigencia concreta y organizada por parte de los individuos al gobernante. Así, una guerra o un estado caótico delincencial permanente es una impostura de las macroorganizaciones, que sirve, entre otras cosas, para consumir el sobrante de la producción, para conservar la atmósfera mental requerida en una sociedad jerarquizada y dominadora de los individuos, y para lograr la identidad del “yo” y del “otro”²⁰. Por esto G. ORWELL escribió en su novela “1984” que “una paz que fuera de verdad permanente sería lo mismo que una guerra permanente. Éste es el sentido verdadero... de la consigna del Partido: la guerra es la paz”²¹.

Así, la eficacia real militar y policial es reforzada y/o reemplazada por una eficacia simbólica en las normas de la macroorganización. Entonces, sigue la pregunta: ¿Las macroorganizaciones contemporáneas que se benefician de la guerra y de la delincuencia fomentarán la reducción de éstas a límites tolerables?

Se muestra así cómo el crimen permite un movimiento social²², pero de manera diferente a como se producía en las sociedades arabizadas de Al-Andalus. Pero... ¿cómo se produce este movimiento social con respecto al crimen? Podríamos aventurarnos a dar la siguiente respuesta: por los consensos (como el de la cordura de los reyes taifas, o el producido en virtud de la eficacia simbólica en las organizaciones contemporáneas) que se logran alrededor del fenómeno y por el disenso propio del crimen.

4. La eficacia simbólica del derecho

Así las cosas, estamos frente a una característica de lo social en cuanto al crimen: el que hoy día sea enfrentado fundamentalmente con medidas simbólicas.

De esta manera puede afirmarse que otra de las peculiaridades del derecho contemporáneo colombiano es la relacionada con el profundo abismo entre validez y eficacia, esto es, el problema de la eficacia simbólica. No pretendemos decir que no existían procesos de eficacia simbólica en otras épocas, pero consideramos que no se daban en la forma y en la

²⁰ Para Hent de VRIES y Samuel WEBER, la violencia no es necesariamente una característica del otro (de construcción por referencia o autoafirmación frente al otro), sino un medio mediante el cual el ser individual o colectivo es constituido y mantenido. Citado por: RIAÑO ALCALÁ, Pilar. *La memoria viva de las muertas*. En *Análisis Político*. No. 41 (Sep-Dic de 2000); p. 37.

²¹ ORWELL, Op. cit., p. 196.

²² “El “movimiento” es una categoría que por sí misma invita a una aplicación reflexiva, ya que lo que mueve al movimiento no es, seguramente su principio, su arché. El movimiento se mueve a sí mismo... Sólo cuando una teoría del movimiento es lo suficientemente rica para no necesitar más de las causas sociales iniciales o concomitantes, tiene sentido hablar del “movimiento social” y referirse a un proceso que se activa a sí mismo” LUHMANN, Op. cit., p. 360.

intensidad con la que ahora revisten las normas jurídicas y las disposiciones gubernamentales que pretenden “resolver” los conflictos-crímenes.

Sobre la eficacia simbólica de los preceptos jurídicos se ha dicho que “los contratiempos que surgen en la etapa ejecutiva conducen con frecuencia a la ineficiencia de las normas; suele entonces atribuirse la responsabilidad de este fracaso, a la falta de previsión de la realidad por parte del creador del texto jurídico o a la incapacidad de las instancias encargadas de la aplicación para llevar a buen término los objetivos propuestos en la norma, o incluso a la falta de comunicación entre ambas instancias”²³. Naturalmente, este fracaso es evidente en cualquier materia desde la cual se ha querido responder a un problema social con la mera expedición de normas, pues si algo está claro, es que el “remedio” a un mal no radica necesariamente en el incremento de la dureza del derecho, sino especialmente en la efectividad de las medidas que imponga, así como en el afianzamiento del respeto a la ley y a los derechos de los demás por parte de la población, cuestión que se logra a partir de controles socio-culturales razonables.

Entonces se vive así una ineffectividad de la norma jurídica que pretende “erradicar” el crimen, pero a la vez una eficacia realmente sorprendente en otro plano: el símbolo de la norma y su representación social.

¿Cómo opera entonces esta eficacia simbólica en relación con el intento de los gobiernos de “resolver” el problema del crimen? Baste un ejemplo para ello: el secuestro es un delito que cuando toma ciertas magnitudes provoca un movimiento social de repudio (véase aquí cómo un consenso y un disenso se dan cita en tiempos coetáneos y esto inspira un proceso dialéctico²⁴), el cual es traducido por el gobierno de turno en normas penales que lo castigan con mayor severidad, en discursos demagógicos que revitalizan a ciertos hombres de Estado que se ganan la simpatía proveniente del repudio a este hecho punible, y en la posibilidad de que el Estado crezca en cuanto poder, dado que se le solicita a éste que erradique el secuestro y para ello asume funciones que antes no tenía.

Se observa de esta manera cómo el crimen permite que el poder crezca, pero ello en virtud de normas que logran una eficacia simbólica pero no real, dado que la norma por sí sola no cambia una realidad. Y como el secuestro no se elimina con estos nuevos poderes asumidos por el Estado, entonces reaparece el consenso (partiendo de varios colectivos que integran la sociedad) que clama por la extinción de este atroz delito y el Estado aboga para sí más poder del que tenía antes, prometiendo eliminar esta vez sí el secuestro... pero como éste no se elimina vuelve el juego. El conflicto derivado del crimen no sólo provoca consensos en su contra (fruto de ese ideal de sociedades sin conflicto) sino que permite que el poder se incremente día tras día.

La “resolución del conflicto” debe entonces diferenciarse tratándose de efectividad material o de eficacia simbólica.

²³ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como instrumento de cambio social. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. N° 86 (1989); p. 37.

²⁴ El movimiento social que clama por la “resolución” de conflictos corresponde a la descripción que de movimiento da Luhmann. Para este autor el movimiento surge casualmente, pero esta casualidad se convierte en un riesgo para el éxito. Así, la meta del movimiento se sirve como coartada, como razón perpetua, como símbolo de su propia autopoiesis. La fijación en esta meta (“erradicar” el crimen) conduce a que el movimiento se radicalice en su transcurso al no alcanzarla. Entonces, la radicalización es una condición de continuidad más no de origen del movimiento. LUHMANN, *op. cit.*, p. 361.

¿Pero por qué el poder crece a costa del discurso de “resolución” del conflicto? Porque el poder no tiene centro, y al ser éste un vacío, se busca a sí mismo y absorbe todo aquello que le rodea, como un gran agujero negro ante el cual ni la luz se escapa. El poder, entonces, siempre buscará ser más, y el crimen, en los contextos de estas macroorganizaciones, es una excelente oportunidad para ello.

5. La resolución del conflicto

A lo anterior debe sumarse que otras funciones sociales (como la judicial y la jurídica) que han sido cargadas con un discurso ideologizado y utópico de “resolver” los crímenes, han entrado en profundas crisis de identidad y confianza, dado que esta tarea se torna imposible, lo que a su vez radicaliza aun más el movimiento social que reclama el “fin” de la criminalidad.

¿Acaso es función del juez penal eliminar la delincuencia? El proceso judicial y el juez no son instrumentos para luchar contra la criminalidad, entendida ésta como un todo: a lo sumo permiten restablecer un sistema de valores que se considera se menoscabó con el acaecimiento de un delito y sirven de canales de regularización de ciertos conflictos que han sido sopesados como de relevancia social²⁵. En otras palabras, el proceso penal, al actuar frente a un caso en concreto y luego del acaecimiento del delito, no tiene como fin la eliminación de la delincuencia, máxime si ésta resulta funcional en muchos casos para el sostenimiento de ciertas estructuras sociales.

Así, resulta pertinente en estos momentos preguntarnos por la funcionalidad del derecho penal (procesal y material) en cuanto al crimen. Al respecto Luhmann señala: “El derecho no sirve para evitar conflictos, incluso – si tomamos en cuenta la represión de conflictos en las sociedades cercanas al modelo de la interacción – provoca un incremento considerable de las probabilidades de conflicto. El derecho solo trata de evitar la aparición violenta de un conflicto y de poner a disposición la forma de comunicación adecuada para cada conflicto... El derecho sirve para continuar la comunicación con otros medios. Es adecuado para la sociedad no sólo cuando puede constatar los conflictos existentes, sino, en realidad, sólo cuando puede producir los suficientes conflictos y poner a disposición su propia complejidad para tratarlos... El derecho debe cumplir la función de un sistema de inmunidad y para eso está, precisamente. Por esta razón, el sistema de derecho es autónomo en la aplicación del esquema legal/ilegal que sólo está a su disposición”²⁶. Esta cita recuerda algo importante: el derecho no “resuelve” conflictos, antes bien, los potencializa; sin embargo, Luhmann describe algunas funciones del derecho en relación con el conflicto a venir, olvidando que el derecho cumple también una función frente al conflicto pasado y al presente, íntimamente ligada al papel de prevención de apariciones violentas del mismo. Así, el derecho juzga ciertos conflictos pasados, actúa sobre ciertos conflictos presentes e intenta prevenir y regularizar algunas manifestaciones nocivas y lesivas de ciertos conflictos futuros, no en diferentes momentos sino, por el contrario, en cada una de sus actuaciones. Así, el juez cuando juzga un crimen (que fue hecho en el pasado) aplica el derecho

²⁵ Dada la cotidianidad y la banalidad de los conflictos, sólo algunos de ellos son escogidos por el sistema para ser atendidos por el derecho. Los demás se disuelven generalmente en el tiempo. Cfr. *Ibid*, p. 341.

²⁶ *Ibid*, p. 338 – 339.

al conflicto presente continuado por el proceso penal, y busca evitar con el ejemplo (prevención general) y la distribución de cargas y roles (prevención especial y retribución²⁷) que en un futuro ese conflicto que apareció como manifestación violenta, nociva y lesiva, no se vuelva a expresar en lo social. En conclusión, el derecho penal no sólo mira al futuro, sino también al presente y al pasado, pero en una unidad de mirada, en una fusión de horizonte.

Pero estas funciones antes descritas entran en muchos casos en contradicción con la función justificativa del poder político de las macroorganizaciones por parte del derecho, cosa que se explicó anteriormente. La impunidad, la no aplicación en lo real/cotidiano de los mandatos jurídicos penales, disminuye la puesta en marcha de la función preventiva y retributiva del derecho penal (no la impide del todo, pues la norma escrita, al erigirse como símbolo sigue teniendo algún poder disuasorio), pero permite un aumento de ciertos poderes en el sistema. Esta contradicción se resuelve en algunos casos en el tiempo, cuando la eficacia simbólica sucede a la eficacia material (siendo ejemplo de ello las normas contra el secuestro); pero también puede resolverse, en otros eventos, en el seno de colectivos con alguna capacidad de determinación de otros sistemas. Como ejemplo de esto último piénsese el siguiente caso: un grupo de políticos conocedores de las expectativas y de la capacidad de respuesta de diferentes sistemas sociales, erigen como norma jurídica la imposición de un requisito adicional para la obtención de algún estatus, sabiendo que es prácticamente imposible su cumplimiento, esperando con ello la reproducción de un movimiento, de una acción o de un sistema particular, como la corrupción, pues se obliga al ciudadano a una de dos acciones a corto plazo, igualmente ventajosas para estos políticos: que abandone su pretensión de obtener dicho estatus liberando la presión que se ejerce sobre el mismo o que recurra al sistema clientelista que es muy funcional al actual sistema político colombiano.

Algo similar sucede con la función de la pena, ante la cual se ha pedido que sea un bastión de resolución de la criminalidad. ¿Si la pena tiene como función para algunos resolver el crimen, por qué siguen existiendo criminales a pesar de decenas de siglos con imposición de penas al interior de la cultura? Claro está que no es descabellada la lógica de quienes consideran que la pena tiene como función la “erradicación” del delito, si se entiende por tal la prevención de manifestaciones violentas, nocivas y lesivas de ciertos conflictos. La ley que amenaza con la imposición de penas debe atemorizar a la población en general para que se abstenga de cometer delitos. Pero si alguien aun así lo comete, la aplicación de la pena por parte de la autoridad del caso servirá para reestablecer el derecho menoscabado, vengar a la sociedad y/o a la víctima, y dar ejemplo a los demás. Y en la ejecución de la pena (en caso de ser diferente a la pena de muerte) el condenado debe rehabilitarse para que una vez se reintegre a la sociedad,

²⁷ La retribución como fundamento de la pena evita de algún modo que el crimen se vuelva a realizar, pues el delincuente al verse en la necesidad de “retribuir” al “otro” por su hecho, ya sea en forma económica (indemnización de perjuicios) o con su propio cuerpo (restricción de libertad de locomoción, entre otros ejemplos), afinará su modo de obrar en un futuro, ya sea para no volver a delinquir dado que corre el riesgo de “retribuir” al “otro” o para seguir delinquirando pero sin que su obrar sea observado y referenciado por el sistema penal. Claro está que la retribución también obedece a otra función del derecho penal diferente a la de prevenir la irrupción violenta de los conflictos: la regularización y la atenuación de los efectos socialmente calificados como nocivos y lesivos del conflicto, por medio de una distribución de cargas y roles.

no vuelva a delinquir. ¿No es esto una maquinación lógica que permite concluir que de la correcta aplicación de las penas podrá derivarse con el paso del tiempo una supresión (o por lo menos reducción) del crimen? Tal parece que sí. Pero cuando esta línea lógica se cruza con otras líneas igualmente válidas en el entramado social, se observa que por lo complejo del asunto no es fácil aventurar que el crimen podrá ser “resuelto”. Dicho de otra manera, cuando la lógica de la solución del crimen a partir de la imposición de las penas toca con otras lógicas igualmente válidas, se produce un resultado inesperado, pues este encuentro corresponde a un proceso complejo y azaroso.

Ahora bien: ¿cuáles pueden ser las otras lógicas? Éstas son infinitas, pero pueden mencionarse algunas en señal de ejemplo:

- Generalmente el que delinque está convencido de que podrá escapar a la imposición de la pena. En este caso, ¿de qué vale la ley amenazante, el castigo ejemplarizante o la rehabilitación, si el delincuente (en la mayoría de los casos) está convencido de que podrá evitar el castigo penal?
- No en pocas oportunidades otras lógicas sociales intervienen para criminalizar a algunos colectivos, aunque no siempre sean los grupos débiles los etiquetados. Esta lógica queda patente con el siguiente ejercicio: ¿cuál es la representación que de un criminal tiene el joven antioqueño? Según una investigación realizada en la ciudad de Medellín y que incluía la entrevista a cerca de 100 jóvenes estudiantes antioqueños, la representación que del criminal tienen es la del guerrillero, la del paramilitar, la del sicario proveniente de un barrio popular y la del raponero. En ninguna de las entrevistas realizadas se encontró que las primeras palabras en cuanto la representación del criminal aludieran a la criminalidad de cuello blanco²⁸. Ahora bien: ¿qué es más perjudicial para una sociedad: la criminalidad de cuello blanco (como la corrupción política de alto vuelo) o la criminalidad propia de los colectivos señalados por los jóvenes entrevistados? Si asumimos el crimen como la manifestación violenta, nociva y lesiva de ciertos conflictos con relevancia social, no hay punto de comparación entre las pérdidas sociales que deja la criminalidad de cuello blanco con la criminalidad común; sin embargo, hay toda una lógica social que permite que los criminales de corbata actúen con un menor temor a la imposición de la pena, en comparación con los colectivos criminalizados.

²⁸ Investigación denominada “Diagnóstico general de la eficacia del sistema jurídico colombiano”, cofinanciada por la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín (Línea de Psicología Social, Maestría en Psicología) y la Universidad de Antioquia (Grupo de Investigación de Bioantropología). Se realizaron varias entrevistas abiertas a jóvenes estudiantes de secundaria de la ciudad de Medellín, preguntándoseles lo siguiente: ¿cómo se imaginan a un criminal? Varios jóvenes describieron a hombres vestidos de negro como su imagen del criminal. Igualmente, entre estos jóvenes, los criminales son representados como hombres, pocas veces como mujeres. Además, la representación del criminal encontrada no se refiere exclusivamente a un sector poblacional concreto o a una clase social, como afirmarían varios criminólogos, sino a desempeños (“paramilitares” y “guerrilleros”) en los cuales puede haber tanto pobres como ricos, tanto miembros de un sector como de otro; cosa diferente sucedería si la representación del criminal se centra en el “raponero” mal vestido, o en el “mendigo”, que sí remite más fácilmente a la clase baja o a sectores determinados de la población.

6. Conclusiones

El conflicto ha sido arropado de un discurso altamente ideologizado (y utópico), discurso que se funda en su “resolución”, obedeciendo a exigencias políticas que basan su acción electoral en tal promesa. Pero este paraíso terrenal donde los conflictos se “resuelven” no sólo temporalmente sino definitivamente, se opone a la realidad social que se vive. Incluso si se reflexiona calmadamente esta utopía, nos encontraremos que por la inherencia del conflicto a la vida social, una colectividad sin conflicto alguno podría implicar la desaparición de sus miembros o la llegada al propio infierno: ¿alguien podría vivir en un mundo sin conflictos, por más que clame su “resolución”? ¿quien logre tal hazaña no viviría en un infierno?²⁹

Pues bien, una de las formas de manifestarse el conflicto, en sus múltiples facetas, es el crimen. De esta manera entra en juego ese discurso utópico que clama por la resolución definitiva del crimen para poder llegar a esa sociedad tan anhelada pero imposible, asignándose así funciones sociales a ciertas instituciones.

Pero este ejercicio de “enfrentamiento” al crimen y al conflicto (que no deja de ser un conflicto declarado al conflicto) varía en cuanto sus características y posibilidades, dependiendo de los contextos en los que nos encontremos. De esta manera, el crimen era abordado de un modo diferente en el Medio Evo español en comparación a como hoy día se hace en Colombia.

En la actualidad el crimen puede ser un medio más de expansión de ciertos poderes centrales y homogenizadores, en tanto que el discurso de su eliminación con su correspondiente consenso (de los grupos sociales y de la sociedad misma), permite acrecentar el conflicto contra el crimen y por ende la fuerza de quien se autoproclama como el enemigo de la criminalidad. Con ello entran en escena diversos fenómenos, tales como la eficacia simbólica y la perversión normativa en las macroorganizaciones, por sólo mencionar dos casos.

De esta manera, el crimen no sólo no se “resuelve” sino que se perpetúa, dado que es el garante de la lucha que contra él se libra. La “resolución” del conflicto-crimen, entonces, pasa a ser un discurso de poder en crecimiento a la vez que una contradicción de la función preventiva (que supone una unidad de mirada al presente, al pasado y al futuro del conflicto-crimen) y encauzadora del derecho penal.

No obstante, el crimen no puede desbordar ciertos límites, pues de hacerlo, la propia cohesión social se pone en entredicho. Pero en las macroorganizaciones el límite permisible es cada vez más alto, lo que soporta ciertas manifestaciones perversas en cuanto a los detentadores del poder político.

En consecuencia, rescatar una mirada menos utópica de la función de varias instituciones sociales, es una importante condición para que una sociedad responsable se proponga

²⁹ “Entonces comenzamos a inventar paraísos, islas afortunadas, países de Cucaña. Una vida sin riesgos, sin luchas, sin búsqueda de superación y sin muerte. Y por lo tanto también sin carencias y sin deseo: un océano de mermelada sagrada, una eternidad de aburrición. Metas afortunadamente inalcanzables, paraísos afortunadamente inexistentes. Todas estas fantasías serían inocentes e inocuas, si no fuera porque constituyen el modelo de nuestros propósitos y de nuestros anhelos en la vida práctica” ZULETA, Estanislao. Elogio de la dificultad. *En Cooperativismo y Desarrollo*. N° 57 (mayo – junio de 1992); p. 25. ISSN 0120-7180.

encauzar³⁰ aquellos elementos del conflicto que rechazan todo enlace con el otro y lo otro, así como los efectos nocivos y lesivos que conlleva, permitiendo de esta manera que los conflictos se manifiesten y se desarrollen de forma tal que no pongan en peligro la sensatez, y sean en alguna medida llevables por parte de los actores sociales con base en una **visión responsable local y globalmente**³¹.

Pero este último aspecto, que se convertiría en la parte verdaderamente propositiva del presente trabajo, deberá ser abordado en otra oportunidad.

Bibliografía

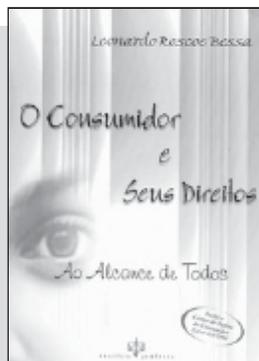
- AFANADOR CUEVAS, Sandra y varios. *Rostros del secuestro*. Primera edición. Santafé de Bogotá: Planeta, 1994.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. España: Siglo Veintiuno Editores, 1998.
- BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. Análisis socio-jurídico del proyecto de ley que crea el sistema de responsabilidad penal juvenil. Texto inédito.
- BOTERO BERNAL, Andrés. *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro inmediato*. Medellín: Editorial USB, 2002.
- _____. *La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria*. En Revista de Derecho Penal. No. 25 (Junio – julio de 2001); p. 99-102.
- _____. *La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria*. En Revista Telemática de Filosofía del Derecho. N° 5 (2001); www.filosofiyderecho.com
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. 185p.
- ESQUILO. *Tragedias Completas*, segunda edición. Santafé de Bogotá: Panamericana, 1994. 359p.
- FANJUL, Serafín. *El mito de los Omeyas*. En Mercurio. (julio / agosto 2001); pp. 12/13.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El derecho como instrumento de cambio social*. En Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. N° 86 (1989); pp. 29/44.
- GUERRERO HERNÁNDEZ, Israel y MORENO RAMÍREZ, Mariela del Rosario. *Bien jurídico y simbolismo*. En Alé Kumá, Revista Jurídica de Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Neiva. (sept. 1997). p. 73.
- GUICHARD, Pierre. *El nacimiento del Islam andalusí*. En BONNASSIE, Pierre; GUICHARD, Pierre y GERBET, Marie Claude. *Las Españas Medievales*. Barcelona:

³⁰ El encauzamiento no es un direccionamiento. El encauzamiento del conflicto es similar a lo que sucede con un río canalizado: el curso del río no fue determinado por la canalización sino por el mismo río. La canalización sólo sigue el curso tomado con mucha anterioridad por las aguas, pero no pierde oportunidad de hacer correcciones del mismo cuando las circunstancias orográficas se lo permiten, logrando en alguna medida evitar el riesgo de inundaciones y tragedias conteniendo el furor de las aguas. Claro está que el encauzamiento supone una definición del curso del río, pues si bien no lo crea, tampoco permite su cambio a corto plazo, dado que para hacerlo se deben destruir las paredes que contienen las aguas.

³¹ El concepto de “visión responsable” se encuentra desarrollado en: BOTERO BERNAL, Andrés. *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro inmediato*. Medellín: Editorial USB, 2002. Introducción.

- Crítica, 2001. pp. 49/84.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 445.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1975. p. 192.
- ORWELL, George. "1984". Barcelona: Ediciones Destino, 1999. p. 304.
- RIAÑO ALCALÁ, Pilar. *La memoria viva de las muertes*. En *Análisis Político*. N° 41 (Sep-Dic de 2000); pp. 23/39.
- ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976. pp. 11/36.
- ÜBERHOFEN, Michael. *La corrupción en el derecho comparado*. Buenos Aires: CIEDLA y Fundación Konrad Adenauer, 1997. p. 115.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. Santafé de Bogotá: Temis, 1997. p. 847.
- VIGUERA MOLINS, María Jesús. *La sociedad musulmana en Al-Andalus: su reflejo en los textos*. En IZQUIERDO BENITO, Ricardo y SÁENZ-BADILLOS, Ángel (coordinadores). *La sociedad medieval a través de la literatura hispanojudía*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 1998. pp. 29/51.
- ZULETA, Estanislao. *Elogio de la dificultad*. En *Cooperativismo y Desarrollo*. N° 57 (mayo - junio de 1992); pp. 25/28. ISSN 0120-7180.

LANÇAMENTO DE LIVROS DE INTEGRANTES DO MPU

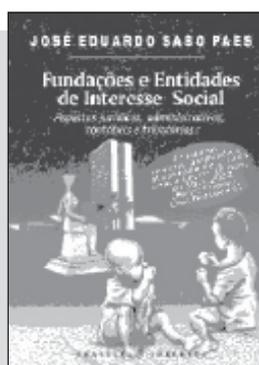


O Consumidor e Seus Direitos

Editora Brasília Jurídica, 2002

Leonardo Roscoe Bessa – Promotor de Justiça
do Ministério Público do Distrito Federal

A obra objetiva esclarecer, em linguagem clara, precisa e ao alcance de todos, os direitos do consumidor. Além de perguntas e respostas, divididas por assunto, os quatro primeiros capítulos apresentam noções básicas de direito, esclarecem o funcionamento da Justiça e dos órgãos de defesa do consumidor, explicam por que o direito gera tantas divergências e ressaltam a importância de conhecer os próprios direitos para o exercício efetivo da cidadania.



Fundações e Entidades de Interesse Social

Editora Brasília Jurídica, 2002

José Eduardo Sabo Paes – Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Com clareza e profundidade, o autor apresenta o tema no Direito pátrio, com incursões no Direito Comparado. Em sintonia com a atualidade brasileira face ao Novo Código Civil, a obra esclarece questões de regime tributário – imunidades e isenções –, questões dos incentivos à captação de recursos, da declaração de Utilidade Pública e da concessão do certificado de Entidade Filantrópica. Examina, ainda, a origem, os tipos, a organização e a atuação finalística e contábil dessas entidades, em especial das fundações, bem assim explica a atuação do Ministério Público em seu velamento, acompanhamento e fiscalização.

