

# **Boletim Científico**

**Escola Superior do Ministério Público da União**

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

**Procurador-Geral da República**  
GERALDO BRINDEIRO

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

**Conselho Administrativo**

**Titulares: Ministério Público Federal:** 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.



# **Boletim Científico**

**Escola Superior do Ministério Público da União**

**ANO I – NÚMERO 3 – ABRIL/JUNHO 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](mailto: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](mailto: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 3, abr./jun., 2002

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1  
20.ed.

## APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que apresentamos o terceiro número do *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*.

Os operadores do direito têm a função específica de atuar para que se assegure a cada cidadão o respeito que lhe é devido, a partir de sua dignidade fundamental de pessoa.

Nessa luta pela efetivação da justiça, ao longo da história, tão árdua, é que se encontra a razão de ser do direito, que deve ser fruto do trabalho incessante, não apenas dos poderes públicos, mas de toda a nação, posto não se limitar à aplicação cega de normas estabelecidas. Como bem salientou o ilustre professor André Franco Montoro, “*aceitar as normas jurídicas estabelecidas como inexorável imposição dos detentores do poder e negar ao jurista outra tarefa, que não seja a de executor mecânico das mesmas, significa desnaturar o direito e, mais do que isso, trai-lo.*”<sup>1</sup>

Assim, refletir o direito de maneira crítica, tendo sempre por base a realidade social e a justiça, se nos afigura essencial, tendo em vista a necessidade de nos adaptarmos às mudanças e, precipuamente, de encontrarmos soluções cada vez mais adequadas aos problemas que a sociedade nos apresenta.

Daí a importância do *Boletim Científico da ESMPU*, que condensa o trabalho de colegas dos quatro ramos do Ministério Público da União, bem como o de estudiosos e membros de outras instituições, nacionais e internacionais, com o intuito de fomentar a reflexão e o debate, enriquecendo o estudo e a prática do direito.

O presente exemplar desponta com dez importantes artigos, cuidadosamente selecionados, e que envolvem temas diversos do nosso dia-a-dia institucional.

Esse número conta, ainda, com a participação do ilustre professor doutor Hugo Nigro Mazzilli, que nos prestigia com um artigo de grande interesse e atualidade: “A responsabilidade civil do membro do Ministério Público”.

Por fim, cumpre, mais uma vez, agradecer a todos os que vêm se empenhando para que este Boletim se torne realidade, desde os ilustres colegas que nos contemplam com artigos de inquestionável valor científico, até aqueles que se encarregam da preparação técnica do nosso periódico.

A todos, uma boa leitura.

**Sandra Cureau**

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União



<sup>1</sup> MONTORO, André Franco, “*Introdução à ciência do direito*”. 20ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.04.

## COLABORADORES

**André de Carvalho Ramos** – Procurador da República. Procurador Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de São Paulo.

**Carlos Henrique Bezerra Leite** – Procurador Regional Trabalho. Professor de Direito do Trabalho (UFES). Mestre e doutorando em Direito (PUC/SP). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito.

**Cássio Casagrande** – Procurador do Trabalho. Doutorando em Ciência Política no Instituto de Pesquisas Universitárias do Rio de Janeiro.

**Elaine Noronha Nassif** – Procuradora do Trabalho. Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos (Cejur) da PRT da 3ª Região e Coordenadora de Núcleo Estadual da ESMPU pelo MPT/3ª Região. Mestre e doutoranda em Direito Processual pela PUC/MG. Especialista em Administração Pública.

**Hugo Nigro Mazzilli** – Procurador de Justiça de São Paulo (Aposentado). Doutor em Direito pela USP. Ex-membro do Conselho Superior do Ministério Público e ex-presidente da Associação Paulista do Ministério Público. Professor da Escola Paulista do Ministério Público, advogado e consultor jurídico.

**João Batista de Almeida** – Subprocurador-Geral da República. Mestre em Direito Público pela UnB.

**Jorge Cesar de Assis** – Promotor de Justiça Militar (MPM). Autor de livros de Direito Militar.

**Luiza Cristina Fonseca Frischeisen** – Procuradora Regional da República. Mestre em Direito Público pela PUC/SP e doutoranda em Teoria Geral e Filosofia do Direito na USP. Professora da Universidade de Taubaté, da PUC/SP e da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Associada do Instituto de Estudos de Direito e Cidadania.

**Marco Aurélio Dutra Aydos** – Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Filosofia pela New School for Social Research, Nova York, EUA.

**Paulo Borba Casella** – Professor de Direito Internacional e Direito da Integração na Faculdade de Direito da USP, doutor e livre-docente em Direito Internacional (USP).

**Ricardo de Brito A. P. Freitas** – Promotor de Justiça Militar (MPM). Mestre e professor de Direito na Universidade Federal de Pernambuco.

**Rodrigo Elias Sanchez** – Bacharel em Relações Internacionais pela PUC/SP e graduando no Curso de Direito na USP.

**Viviann Rodriguez Mattos** – Procuradora do Trabalho. Pós-graduanda pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo em Interesses Difusos e Coletivos. Mestranda pela Universidade Ibirapuera em Direitos Econômicos Especiais. Ex-procuradora do INSS/SP.

# SUMÁRIO

## I Artigos

### **A tutela dos interesses individuais homogêneos no direito processual do trabalho: Ação civil coletiva ou ação civil pública?**

*Carlos Henrique Bezerra Leite* ..... 9

### **Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política – Perspectivas para o seu estudo**

*Cássio Casagrande* ..... 21

### **A *phrónesis* aristotélica, a equidade e a atividade do juiz na racionalidade do discurso processual**

*Elaine Noronha Nassif*..... 35

### **Ação civil pública em matéria tributária – Reflexões sobre a posição do STF**

*João Batista de Almeida* ..... 41

### **Aplicação da pena no direito militar. Análise comparada**

*Jorge Cesar de Assis* ..... 49

### **As idéias viajantes: igualdade formal e igualdade material**

*Luiza Cristina Fonseca Frischeisen* ..... 55

### **Dois conceitos do político**

*Marco Aurélio Dutra Aydos* ..... 63

### **Mutações do Estado brasileiro: repercussões na organização judiciária e construção da nação**

*Ricardo de Brito A. P. Freitas* ..... 85

### **Efeitos das crises econômicas globalizadas nas relações de trabalho**

*Viviann Rodriguez Mattos* ..... 105

## II Palestra

### **A Responsabilidade Civil do Membro do Ministério Público**

*Palestra do professor doutor Hugo Nigro Mazzilli* ..... 117

## III Resenha de Livro

### ***Cooperação Judiciária Internacional***

*Resenha de autoria de André de Carvalho Ramos* ..... 153

**IV Lançamento de livros de integrantes do MPU** ..... 155





# A TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: AÇÃO CIVIL COLETIVA OU AÇÃO CIVIL PÚBLICA?

*Carlos Henrique Bezerra Leite\**

**Sumário:** 1. Considerações preambulares. 2. A ação civil pública trabalhista e a nova jurisdição trabalhista metaindividual. 3. A ação civil coletiva. 4. A questão da competência da Justiça do Trabalho. 5. Ação civil pública e ação civil coletiva: Distinções. 6. Conclusões

## 1. Considerações preambulares

Embora os interesses ou direitos metaindividuais, como gênero que tem como espécies os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, já existissem desde os primórdios, pois *ubi societas, ibi ius*, parece irrecusável que somente nas duas últimas décadas é que a tutela desses “novos direitos” passou a ser sistematizada nos ordenamentos jurídicos dos países que integram as chamadas democracias ocidentais.

No direito brasileiro, a Lei da Ação Popular–LAP (Lei nº 4.717/65) deu os primeiros passos para a proteção dos direitos difusos, mas a legitimação ativa era conferida apenas ao cidadão e seu objeto se restringia à anulação de ato lesivo ao patrimônio público e ao meio ambiente.

Vinte anos mais tarde, surge a Lei da Ação Civil Pública–LACP (Lei nº 7.347/85), que alargou a *legitimatío ad causam* para o Ministério Público, o Estado (e suas descentralizações) e as associações civis, embora o seu objeto, em função do veto presidencial ao inciso IV da sua redação original, continuasse restrito à defesa dos interesses difusos (patrimônio público e cultural, meio ambiente e consumidor).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação civil pública foi guindada à categoria de garantia constitucional, atribuída ao Ministério Público e, nos termos da lei, a outros entes coletivos, destinada à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III). Vê-se que o legislador constituinte, sabiamente, estabeleceu uma norma de encerramento em relação à ACP, à medida que ampliou não apenas o seu objeto para todo e qualquer interesse difuso e coletivo, como, também, permitiu que outros interesses metaindividuais viessem a ser tuteláveis por esta ação constitucional<sup>1</sup>.

---

\* Carlos Henrique Bezerra Leite é Procurador Regional Trabalho. Professor de Direito do Trabalho (UFES). Mestre e doutorando em Direito (PUC/SP). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito.

<sup>1</sup> Nesse sentido, o STF decidiu que os interesses individuais homogêneos constituem subespécie de interesses coletivos (RE 163.231-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 26.2.97, in Informativo STF nº 62, Brasília, 3 a 7 de março, 1997).

A bem ver, porém, somente com o Código de Defesa do Consumidor–CDC (Lei nº 8.078/90) é que o legislador brasileiro classificou os interesses metaindividuais, definindo-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos (CDC, art. 81, par. único, I, II e III), pacificando, a um só tempo, cizânia doutrinária e jurisprudencial então existente.

Assim, os interesses difusos e coletivos são transindividuais e indivisíveis, mas, naqueles, os titulares são pessoas que estejam ligadas entre si por circunstâncias de fato, como os habitantes de uma dada região que foram vítimas de poluição do ar atmosférico; enquanto que nestes os titulares são um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por meio de uma relação jurídica base, como os integrantes de uma família, de um sindicato, de uma associação.

Já os interesses individuais homogêneos não são transindividuais e indivisíveis, mas tão-somente os “decorrentes de origem comum”. Vale dizer, os interesses individuais homogêneos são os tradicionais direitos subjetivos que, por opção legislativa, passaram a ser passíveis de tutela coletiva. A *mens legis* em tema de interesses individuais homogêneos, pois, tem por escopo propiciar o acesso coletivo ao Poder Judiciário, por intermédio de uma única demanda, de direitos individuais que normalmente ficariam desprotegidos, como é o caso, por exemplo, dos trabalhadores de uma empresa que não se sentem motivados a buscar a tutela jurisdicional para vindicar o pagamento de vantagens pecuniárias, seja pelo justo receio de perderem seus empregos<sup>2</sup>, seja, geralmente, pelo ínfimo valor que cada um, isoladamente, faria jus, desmotivando, assim, o patrocínio por advogado particular, seja, ainda, pela posição restritiva do Enunciado 310 do TST, que não reconhece aos sindicatos a substituição processual prevista no art. 8º, III, da CF.

Numa palavra, os interesses difusos e coletivos são essencialmente coletivos; ao passo que os individuais homogêneos são acidentalmente coletivos<sup>3</sup>.

Com o advento da Lei Orgânica do Ministério Público da União–LOMPU (Lei Complementar nº 75/93), a ação civil pública passou a ser utilizada na Justiça do Trabalho, por força do art. 83, III, da referida norma legal<sup>4</sup>, mas ainda não está pacificado o seu cabimento em defesa dos interesses individuais homogêneos.

Há diversos óbices que dificultam a defesa dos interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho. Os principais são os seguintes:

a) o MP não só está legitimado a defender interesses individuais indisponíveis. Logo, os homogêneos, por serem disponíveis, refogem à atuação ministerial;

b) a defesa dos interesses individuais homogêneos deve ser feita pela ação civil coletiva-ACC, sendo a ACP destinada apenas aos interesses difusos e coletivos;

---

<sup>2</sup> O atual ordenamento jurídico pátrio não oferece um sistema eficaz de proteção da relação empregatícia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, seja pela ausência de regulamentação do art. 7º, I, da CF, seja em razão da lamentável denúncia da Convenção n. 158 da OIT, perpetrada pelo governo brasileiro, em 1996.

<sup>3</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, Revista de Processo, nº 61:188-9.

<sup>4</sup> O art. 83, III, da LOMPU diz que compete ao Ministério Público do Trabalho: “Promover a ação civil pública, no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.”

c) o art. 83, III, da LOMPU refere apenas a ACP para a defesa dos “interesses coletivos”, silenciando sobre os individuais homogêneos;

d) o art. 84 combinado com os arts. 6º, incisos VII, d e XII, todos da LOMPU, prevêm que os interesses individuais homogêneos indisponíveis sejam tuteláveis pela ação civil pública–ACP e os disponíveis pela ação civil coletiva–ACC.

O objetivo específico deste artigo pode ser sintetizado na seguinte problematização: para a adequada e efetiva tutela dos interesses individuais homogêneos, no âmbito da Justiça do Trabalho, pode ser utilizada a ação civil pública (ACP) ou a ação civil coletiva (ACC)?

Não serão abordadas neste estudo outras relevantes questões, como as relativas à *legitimatío ad causam* do Ministério Público do Trabalho e à disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses individuais homogêneos, o que exigiria um novo trabalho, em virtude das inúmeras variáveis que tais questões comportam.

## **2. A ação civil pública trabalhista e a nova jurisdição trabalhista metaindividual**

Ante os princípios constitucionais da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e do devido processo legal (*idem*, incisos LIV e LV) que norteiam a temática do efetivo acesso ao Judiciário, e considerando a nova tendência legislativa de regulação e proteção dos direitos metaindividuais, como conseqüência da massificação social de que fala CAPPELLETTI<sup>5</sup> ou da multiplicação dos direitos aludida por BOBBIO<sup>6</sup>, salta aos olhos que o ortodoxo sistema liberal individualista do CPC e da CLT (título X, capítulo III) mostra-se inadequado e insuficiente para solucionar os novos conflitos trabalhistas de massa.

Como bem observa MARCELO ABELHA RODRIGUES,

*“tratar-se-ia de, por certo, se assim fosse, uma hedionda forma de inconstitucionalidade, na medida em que impede o acesso efetivo à justiça e fere, em todos os sentidos, o direito processual do devido processo legal. Isto porque, falar-se em devido processo legal, em sede de direitos coletivos lato sensu, é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC (Lei 8.078/90) e LACP (Lei nº 7.347/85)”<sup>7</sup>.*

Por outro lado, o sistema fascista que influenciou e consolidou o nosso direito coletivo trabalhista – material e processual – apresenta-se absolutamente ultrapassado, pois prestigia a função anômala do Poder Judiciário Trabalhista para solução dos conflitos coletivos de interesses (ou econômicos), mediante criação de normas e condições destinadas às categorias profissionais e econômicas, em detrimento da solução democrática da autocomposição daqueles conflitos.

Pode-se, assim, dizer que a *jurisdição trabalhista*, no ordenamento jurídico brasileiro,

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro, Acesso à Justiça, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, *passim*, 1988.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto, A era dos direitos, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campos, p. 68-69, 1992.

<sup>7</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha, Elementos de direito processual civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 73, 1998.

é exercida por meio de *três sistemas* de tutela processual:

a) o *primeiro*, destinado aos tradicionais *dissídios individuais*, que continua subsistindo, sem embargo das críticas que lhe é dirigida, principalmente por não ter acompanhado as modernas técnicas de celeridade introduzidas no Código de Processo Civil, como a tutela antecipada, a ação monitória, etc.

b) o *segundo*, voltado para os *dissídios coletivos* de trabalho, nos quais se busca, via Poder Normativo, a criação de normas trabalhistas para as partes que figuram no processo (CF, art. 114, § 2º);

c) o *terceiro* e último sistema jurisdicional trabalhista, vocacionado à *tutela preventiva e reparatória dos direitos ou interesses metaindividuais*, que são os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

É neste último sistema que surge o que os processualistas modernos denominam de jurisdição civil coletiva<sup>8</sup>, ao qual, por questões didáticas e em homenagem à “autonomia” do direito processual do trabalho, preferimos chamar de “*jurisdição trabalhista metaindividual*”.

Para implementar essa nova jurisdição trabalhista metaindividual é condição necessária observar, aprioristicamente, o novo sistema de acesso coletivo à jurisdição trabalhista, integrado por normas da CF, da LOMPU, da LACP e do CDC (parte processual – Título III). Isso implica que somente na hipótese de lacuna desse novo sistema de proteção aos interesses ou direitos metaindividuais trabalhistas, aí, sim, poderá o juiz do trabalho socorrer-se da aplicação supletória da CLT, do CPC e de outros diplomas normativos pertinentes. Inverte-se, assim, a regra do art. 769 da CLT. Pode até parecer estranho ao profissional do direito do trabalho, mas isso também aconteceu com o direito processual civil, pois o CPC passou a ter somente aplicação subsidiária em tema de tutela dos interesses metaindividuais (LACP, art. 19)<sup>9</sup>.

Vale lembrar, nesse passo, que o cabimento da ação civil pública na Justiça do Trabalho é expressamente previsto nos arts. 83, III, 84, 6º, VII, a e d, da LOMPU (Lei Complementar nº 75/93), que dispõem, *in verbis*:

“Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

(...) III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

<sup>8</sup> Este terceiro sistema não se confunde com o segundo, pois neste os direitos coletivos dos trabalhadores integrantes de uma dada categoria profissional são criados, depois de frustradas as tentativas de negociação coletiva ou recusa da arbitragem, pelo Poder Normativo da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, § 2º). Enquanto que naquele o direito ou interesse é preexistente, incorrendo, assim, a função legislativa do Judiciário. No terceiro sistema, portanto, o juiz aplica o direito (a lei) ao caso concreto, podendo a decisão (coisa julgada) produzir efeitos *erga omnes* ou *ultra pars*; no segundo, cria o direito como um “terno sob medida” para as categorias que figurarem no dissídio coletivo de interesse (ou econômico), mediante sentença normativa com eficácia *ultra pars*, porquanto atingirá apenas os integrantes das referidas categorias.

<sup>9</sup> LACP, art. 19: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.”

Este dispositivo poderia levar o leitor apressado à conclusão de que apenas os interesses coletivos *stricto sensu* seriam tuteláveis pela ACP trabalhista.

Ocorre que o art. 84 e seu inciso V da LOMPU, que constituem verdadeiras normas de encerramento da atuação do Parquet Trabalhista, vaticinam textualmente:

*“...Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente:*

*(...) V - exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade”.* (grifos nossos)

No Capítulo II (art. 6º) do Título I da LOMPU estão os instrumentos de atuação de todos os segmentos do Ministério Público da União, que abrange os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios (CF, art. 128, I).

Assim, por força dos referidos dispositivos, combinados com o 6º, VII, todos da LOMPU, o Ministério Público do Trabalho está legitimado a promover a ACP em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que estes interesses se identifiquem com a sua finalidade, qual seja, a de tutelar os interesses metaindividuais dos trabalhadores junto à Justiça do Trabalho.

Com efeito, diz o art. 6º, VII, da LOMPU:

*“Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:*

*(...) VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:*

*a) a proteção dos direitos constitucionais;*

*b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;*

*c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;*

*d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”.* (grifos nossos)

A intercalação da vírgula entre os vocábulos “indisponíveis” e “homogêneos” autoriza dizer que a ACP se presta à tutela tanto dos interesses individuais indisponíveis quanto dos interesses individuais homogêneos (disponíveis ou indisponíveis).

De tal modo, à falta de norma legal que trate especificamente da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, a parte processual do CDC (Título III) deve ser, em tema de interesses metaindividuais trabalhistas e por determinação do art. 21 da LACP, observada em primeiro lugar.

Como adverte NELSON NERY JÚNIOR:

*“A parte processual do CDC, portanto, tem uma ultra-eficácia dada pela LACP 21. Essa ultra-eficácia da parte processual do CDC tem uma explicação lógica. A LACP sistematizou o processo e o procedimento das ações coletivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos em juízo. É insuficiente no tratamento da coisa julgada, pois prevê em apenas um dispositivo (LACP 16) regras a respeito do tema. De outra parte, uma terceira categoria desses direitos foi criada pelo CDC que, por óbvio, não tem seu regulamento procedimental na LACP. A tutela da obrigação de fazer e não fazer com execução específica e a ação inibitória (CDC 35 e 38) não estão reguladas na LACP. São alguns exemplos de lacuna da LACP (...) De conseqüência, não é de estranhar-se a invocação de dispositivos processuais do CDC em ações trabalhistas, ambientais, tributárias, na defesa de índios, de idosos etc.”<sup>10</sup>*

Em suma, em se tratando de defesa dos interesses metaindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos)<sup>11</sup>, a não adoção da nova jurisdição trabalhista metaindividual (sistema integrado CF/LOMPU/LACP/CDC) pelo juiz do trabalho, importa grave violação aos princípios constitucionais que asseguram o efetivo acesso coletivo dos trabalhadores à justiça e ao devido processo legal (CF, arts. 5º, XXXV, LIV e LV, 127 e 129, III e IX) e manifesta negativa de vigência dos arts. 83, III, 84, 6º, VII, d, da LOMPU.

### 3. A ação civil coletiva

A expressão “ação civil coletiva”, no nosso ordenamento jurídico, foi prevista, inicialmente, no Título III, Capítulo II, da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, também chamada de Código de Defesa do Consumidor–CDC, especificamente no art. 91, que diz:

*“Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”<sup>12</sup>.*

Posteriormente, ou seja, em maio/93, passa a ser também prevista no art. 6º, inciso XII, da LOMPU, nos seguintes termos:

*“Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:*

---

<sup>10</sup> O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública trabalhista, in Revista LTr, ano 64, nº 2, p. 153, fev/2000.

<sup>11</sup> Ressalvado, como já assinalado anteriormente, o canhestro dissídio coletivo de interesses ou de natureza econômica que desencadeia o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, ante a previsão expressa no art. 114 da CF.

<sup>12</sup> Artigo com redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.03.1995 (DOU de 22.03.1995, em vigor desde a publicação), que corrigiu a remissão ao art. 82, e não ao art. 83, como constava da redação original.



*(...) XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos”.*

Trata-se, pois, de uma das espécies do gênero “ação coletiva”, cujo objeto repousa exclusivamente na defesa de interesses individuais homogêneos. Como a lei não faz qualquer distinção, tem-se que tanto os interesses individuais homogêneos indisponíveis quanto os disponíveis podem ser tutelados por esta ação.

Não obstante, conforme já apontamos alhures, também o inciso VI, alínea d, do mesmo art. 6º da LOMPU, confere ao MPU a promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais homogêneos, sem distinguir os disponíveis ou indisponíveis.

Por outro lado, o art. 21 da LACP manda aplicar

*“à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”<sup>13</sup>.*

Acresce que o art. 201, inciso V, do ECA, reproduzindo a regra contida na alínea c, inciso VII, art. 6º da LOMPU, estabelece que é da competência do Ministério Público:

*(...) V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal”. (grifos nossos)*

A transcrição de todos esses dispositivos torna-se necessária para que o leitor possa facilmente compreender a exata dimensão desse problema da dogmática jurídica e a natural cizânia doutrinária que surgiu em relação ao tema ora focalizado.

É importante assinalar que, na prática, a ACP e a ACC têm sido utilizadas indistintamente na Justiça comum para a defesa de qualquer interesse individual homogêneo dos consumidores, já que ambas são assemelhadas às *class actions* do sistema norte-americano, que foram adaptadas a um sistema de civil *law*, mas sem olvidar a realidade de nosso País.

Lembra, nesse passo, Ada Pellegrini Grinover que, inicialmente, o legislador brasileiro inspirou-se nas *class actions* americanas para criar, primeiro, as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível. Mas, antes mesmo da promulgação do CDC, o legislador pátrio ampliou o objeto da ACP para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913, de 7.12.89), sendo esta a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro, embora com característica específica de ação condenatória<sup>14</sup>.

Essa ilustre processualista adverte, contudo, que

<sup>13</sup> Artigo acrescentado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>14</sup> Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 670-671, 1998.

*“as ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos não se limitam, no ordenamento brasileiro, à ação de responsabilidade civil por danos coletivamente causados, sendo sua aplicação mais ampla do que a contida no Capítulo II do Título III, CDC (...) Mas é neste capítulo que se encontra a regulamentação da class action for damages, ou seja, das ações civis de responsabilidade pelos danos sofridos por uma coletividade de indivíduos”<sup>15</sup>.*

E faz uma interessante observação para o estudo da liquidação de sentença nas ações coletivas no processo do trabalho:

*“A solução do Código, nesse particular, inspira-se nas ações individuais de cumprimento do sistema brasileiro, decorrentes de sentença coletiva trabalhista. A execução, definitiva ou provisória, poderá ser coletiva e será instruída com a simples certidão da(s) sentença(s) de liquidação”<sup>16</sup>.*

Para que não pare dúvida sobre sua posição em prol do cabimento da ACP em defesa de interesses individuais homogêneos, Ada Pellegrini Grinover assegura:

*“Todo o tít. III do CDC, portanto, pode ser aplicado nas ações de que trata a LACP, disciplinando o processo civil dos interesses difusos, coletivos ou individuais. Esses direitos individuais, desde que homogêneos, podem ser tutelados pela ação civil pública”<sup>17</sup>.*

Nos domínios do direito processual do trabalho, a questão pode ser assim problematizada: a via adequada para tutelar os interesses individuais homogêneos no âmbito da Justiça do Trabalho é a ação civil pública (ACP) ou a ação civil coletiva (ACC)?

Respondendo à pergunta, Ives Gandra da Silva Martins Filho<sup>18</sup> sustenta que os interesses difusos e coletivos devem ser defendidos pela ação civil pública, ficando a ação civil coletiva jungida exclusivamente à proteção dos interesses individuais homogêneos<sup>19</sup>. Seus argumentos são, basicamente, os seguintes: o cabimento da ACC na Justiça do Trabalho está previsto nos arts. 83, inciso I, da LOMPU; 91 do CDC e 21 da LACP; enquanto que a ACP trabalhista está prevista na CF, art. 129, III; na LACP, art. 1º, IV; na LOMPU, arts. 83, III e 6º, VII, d. Tudo isso, para justificar a sua tese de que a competência originária para a ACP trabalhista seria dos Tribunais (Superior ou Regionais, conforme a abrangência da macrolesão), em função da sua semelhança com o dissídio coletivo de natureza jurídica (ou melhor, de natureza declaratória), restando às Varas do Trabalho a competência para a ACC, dada a sua natureza condenatória.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 672.

<sup>16</sup> Op. cit., mesma página.

<sup>17</sup> A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, n. 5, p. 211, jan/mar, 1993.

<sup>18</sup> Ação civil pública e ação civil coletiva, Revista LTr 59, p. 1449-1451, novembro.

<sup>19</sup> No mesmo sentido: João Batista de Almeida, Ação civil pública e ação civil coletiva, Ajuris, edição especial, p. 466-473, março-1998. Segundo esse autor, a ação civil coletiva é “destinada à defesa apenas do consumidor, vítimas ou sucessores...” (op. cit., p. 473).



Não nos parece juridicamente válida a proposta do ilustre juslaboralista, atualmente ministro do TST, *data maximu venia*.

Cabe advertir, inicialmente, que o inciso I do art. 83 da LOMPU, invocado pelo referido autor, diz que a competência do Ministério Público do Trabalho junto aos órgãos da Justiça do Trabalho é para “*promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas*” (grifos nossos).

Vale dizer, não há, nem na CF nem nas leis trabalhistas, norma alguma prevendo o cabimento da ACC<sup>20</sup>. Há, apenas, previsão expressa para a ACP, pela aplicação combinada dos arts. 83, III, 84, *caput*, e 6º, VII, d, da LOMPU.

A questão dogmática a ser enfrentada, portanto, reside, *a priori*, na competência da Justiça do Trabalho, que é delimitada pelo art. 114 da CF.

#### **4. A questão da competência da Justiça do Trabalho**

Com relação à ACP, essa competência emerge da aplicação conjunta da CF, art. 129, III; da LOMPU, arts. 83, III, 84 e 6º, VII, d; da LACP, art. 1º, IV, e 21; do CDC, arts. 81, parágrafo único, I, II e III, 90 e 91.

Estes dispositivos formam, em seu conjunto, um novo sistema integrado que propicia o acesso coletivo à Justiça do Trabalho, visando à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos trabalhistas<sup>21</sup>.

No que concerne à ACC, não existe nem na CF nem em norma jurídica trabalhista específica autorização para o seu cabimento na Justiça do Trabalho.

Acresce que o art. 84, *caput*, da LOMPU incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito de suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas no seu art. 6º, sendo certo que entre as atribuições do MPT junto à Justiça do Trabalho não consta a promoção para a ACC, e sim para a ACP.

Numa palavra, afigura-se-nos que o elastério é permitido apenas para as atribuições do Ministério Público do Trabalho, e não para a competência da Justiça do Trabalho, pois esta, como é sabido, por ser matéria de ordem pública, há de vir expressa na lei, o que não ocorre, na espécie.

De outra parte, a regra de abertura do CDC (art. 83), no sentido de admitir para a defesa dos direitos e interesses metaindividuais, “todas as espécies de ações”, há de ser entendida sob o enfoque da competência para conhecê-la e julgá-las, isto é, são permitidas todas as ações em defesa de tais interesses, desde que o órgão judicial encarregado de apreciá-las seja competente.

---

<sup>20</sup> Num julgado, o TRT do RN admitiu uma ação civil pública como ação civil coletiva, como se vê da ementa do acórdão: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERESSES HOMOGÊNEOS – 1. Mesmo admitindo-se, hipoteticamente, como individuais os interesses em debate, é indiscutível, por outro lado, sua homogeneidade, porquanto têm origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078/90), motivo pelo qual, sem embargo, resta patenteada a legitimidade do parquet, a teor do art. 6º, XII (ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos), da Lei Complementar nº 75/93. 2. Recurso conhecido mas não provido” (TRT 21ª R. – RO 27-00384-98-7 – 3ª JCY de Natal – Rel. juiz Carlos Newton de Souza Pinto – DOERN 18.06.1999).

<sup>21</sup> Sobre esse novo sistema de acesso coletivo à Justiça do Trabalho, ver Carlos Henrique Bezerra Leite, *Ações coletivas e tutela antecipada no direito processual do trabalho*, Revista LTr 64, nº 7, p. 854 ss., 2000.

Formalizando o problema em linguagem da lógica jurídica<sup>22</sup>, temos: se não há, de *lege lata*, competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ACC, então ela não é cabível nos domínios do processo trabalhista.

Isso não significa, em absoluto, que os interesses ou direitos individuais homogêneos não possam ser tutelados no âmbito da Justiça do Trabalho. Apenas o tipo de ação que pode propiciar a efetiva e adequada tutela jurisdicional de tais interesses é a ACP, e não a ACC, pois esta é cabível apenas em defesa do consumidor, das vítimas ou seus sucessores.

Vale dizer, em se tratando de ACC em defesa do consumidor, que a LACP e o CPC têm aplicação subsidiária, por força do art. 90 do CDC<sup>23</sup>.

Todavia, em homenagem ao princípio da instrumentalidade que, com muito mais ênfase, informa o direito processual do trabalho, o juiz poderá receber a ACC, convertendo-a em ACP trabalhista, desde, é claro, que isso não implique violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

## 5. Ação civil pública e ação civil coletiva: distinções

O sistema integrado para o processamento da ACP na Justiça do Trabalho é aquele já mencionado alhures, isto é, o composto pelas normas previstas na CF (art. 129, III), na LOMPU (arts. 83, III, 84, 6º, VII, d), na LACP e no CDC (Título III); enquanto que o sistema para o processamento da ACC é previsto apenas no CDC e no art. 6º, XII, da LOMPU, tendo por escopo a defesa coletiva do consumidor em juízo.

Nesse sentido, é possível afirmar, com João Batista de Almeida, que a ACC e a ACP

*“não se confundem. Embora sejam, por vezes, utilizadas indistintamente, uma em lugar da outra, na verdade, são ações típicas, distintas, com perfil e procedimento próprios e destinadas à proteção de bens diversos, embora possuindo algumas afinidades e muitas distinções. Por ora, é importante ressaltar que a ação civil pública foi criada em 1985, por meio da Lei nº 7.347, para a defesa coletiva do consumidor e de outros bens tutelados, enquadrados na categoria de direitos ou interesses difusos ou coletivos – estes, por definição, de natureza transindividual e indivisíveis –, bem como dos direitos individuais homogêneos de caráter social, consoante têm admitido o STF e o STJ (...) E também ressaltar que a ação civil coletiva, criada em 1990, pelo CDC, destina-se à defesa unicamente do consumidor, vítimas ou sucessores (e não de outros bens tutelados), e é adequada para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum, divisíveis por natureza, apresentando, desse modo, campo de utilização bem mais restrito do que o da ação civil pública<sup>24</sup>.”*

<sup>22</sup> VILANOVA, Lourival, As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo, São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 43 ss.

<sup>23</sup> CDC, art. 90: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

<sup>24</sup> A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos, Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 34, abril-junho, 2000, p. 89.

E nós acrescentamos um dado extremamente importante para o estudo metodológico destas duas espécies de demandas coletivas: a ACP é uma ação constitucional; a ACC é uma ação infraconstitucional. Isto reforça a importância daquela nos domínios do direito processual do trabalho, cuja missão precípua é servir de instrumento de realização do direito material (constitucional e legal) trabalhista.

Ora, se os direitos sociais dos trabalhadores encontram-se essencialmente previstos na Constituição Federal que, por sua vez, não exclui outros que visem à melhoria da condição social, e se existe um remédio constitucional que garante a fruição desses mesmos direitos, então parece-nos mais lógico e razoável alargar o objeto da ACP trabalhista para a proteção dos interesses individuais homogêneos a estender a legitimação do Parquet Laboral para outro tipo especial de ação coletiva não prevista expressamente na Constituição e no capítulo a ele reservado especificamente na LOMPU.

Além de todos esses aspectos dogmáticos, há um dado fenomenológico que não pode ser olvidado pelos juslaboralistas e operadores do direito do trabalho: a ACP se transformou no principal veículo de atuação do Ministério Público do Trabalho como órgão agente junto à Justiça do Trabalho<sup>25</sup>.

## 6. Conclusões

Como síntese das principais idéias expendidas ao longo deste estudo, apresentamos as seguintes conclusões:

a) os interesses individuais homogêneos são os tradicionais direitos subjetivos que, por opção legislativa, passaram a ser passíveis de tutela coletiva, isto é, são coletivos apenas na forma em que são protegidos judicialmente;

b) a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos visa, sobretudo, à facilitação do acesso ao Poder Judiciário da massa de direitos ou interesses trabalhistas que normalmente ficariam no “limbo”, sem a devida garantia constitucional;

c) essa nova forma de acesso coletivo à Justiça Laboral é feita aprioristicamente pela “jurisdição trabalhista metaindividual”, ou seja, pelo sistema integrado por normas da CF, da LOMPU, da LACP e da parte processual do CDC;

d) a CLT, o CPC e outras normas trabalhistas são aplicáveis apenas subsidiariamente, desde que compatíveis com o referido sistema integrado;

e) a Justiça do Trabalho é competente para a ACP que tenha por objeto a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

f) não há previsão legal para a Justiça do Trabalho processar e julgar a ACC, o que implica sua incompetência absoluta, no particular;

Finalizando, tendo em vista a existência de fundada cizânia doutrinária e jurisprudencial que gravita em torno do problema central deste estudo, parece-nos recomendável que o juiz

---

<sup>25</sup> Segundo o Relatório Anual do Ministério Público do Trabalho referente ao exercício de 1999 (p. 32), foram ajuizadas 690 ACPs e apenas 29 ACCs.

deverá agir com generosidade diante de demandas que tenham por objeto a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos trabalhistas.

Para tanto, é preciso exaltar o caráter instrumental do processo e o seu verdadeiro escopo, qual seja o de estar a serviço do direito material e, em última análise, da almejada Justiça Social.

# MINISTÉRIO PÚBLICO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – PERSPECTIVAS PARA O SEU ESTUDO<sup>1</sup>

*Cássio Casagrande\**

**Sumário:** 1. Da “debilidade do judicialismo” à judicialização da política. 2. Cidadania e acesso à Justiça na Constituição de 88. 3. A ação civil pública e o Ministério Público. 4. Ministério Público, Estado e sociedade civil organizada

## **1. Da “debilidade do judicialismo” à judicialização da política**

A República brasileira, na sua conformação política e constitucional, foi obra inspirada no modelo norte-americano de tripartição dos poderes e de descentralização federativa. Muito cedo, porém, o sistema republicano brasileiro deu mostras da dificuldade de transposição daquela forma de organização política para a vida nacional.

Uma dos maiores entraves à implantação do ideal político americano foi a impossibilidade de se recepcionar no país a idéia de “governo dos juizes” e, por conseguinte, a aceitação de um papel politicamente ativo do Poder Judiciário, o qual poderia intervir para solucionar as crises institucionais entre o Executivo e o Legislativo, como também aquelas entre a União e os Estados Federados, e, ainda, para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

A “debilidade do judicialismo”<sup>2</sup> no Brasil foi talvez a grande decepção de Rui Barbosa, que concebera a modernização política do País pela adoção das grandes linhas institucionais do modelo americano, com especial destaque para a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e das liberdades públicas. Rui acabou atribuindo este fracasso à incapacidade dos juizes da mais alta corte em assumir este papel político. Raymundo Faoro, porém, lembra que “o destino da República não dependia de quinze velhos, muitos de indiscutível desassombro. Não foi o Supremo Tribunal o órgão que falhou à República, mas a República que falhou ao Supremo Tribunal. A missão política que ele deveria representar estava destinada

---

\* Cássio Casagrande é Procurador do Trabalho. Doutorando em Ciência Política no Instituto de Pesquisas Universitárias do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Texto reelaborado a partir de trabalho apresentado no curso “seminário de tese” do IUPERJ, no segundo semestre de 2001. Agradeço as sugestões do professor Luiz Werneck Vianna.

<sup>2</sup> O conceito “debilidade do judicialismo” é aqui emprestado a Aliomar Baleeiro, político liberal e depois presidente do STF, que o empregou para descrever a situação das Forças Armadas como garantidoras da ordem constitucional, em substituição ao Judiciário: “Os presidentes se apoiavam nas Forças Armadas, que lhes davam força absoluta ou sumariamente os depunham. Pouco a pouco, como nas repúblicas hispano-americanas, o militarismo passou a condicionar o presidencialismo, que disso só se livrou nos EUA.” *In A Constituição de 1946. Constituições Brasileiras*, vol. V, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Brasília, 1999.

a outras mãos, alimentadas de forças reais e não de papel”<sup>3</sup>.

Os regimes constitucionais que se seguiram ao colapso da República Velha não lograram recuperar o ideal americano de governo dos juízes. Ora enveredaram pelo autoritarismo estatal corporativo, no qual a cidadania passou a ser tutelada pelo Estado (aí incluído um Judiciário destinado a abstrair dos conflitos de interesse a legitimidade dos interesses sociais antagônicos), caso dos regimes de 1937/45 e de 1967/85, ora reprisaram o inconsistente modelo liberal desconstituído de cultura cívica, no qual o Judiciário esteve demasiado sujeito às pressões localistas e oligárquicas, como nos períodos 1934/37 e 1945/69.

A Constituição de 1988, diferentemente, representou uma mudança de paradigma tanto para o pensamento jurídico brasileiro, como para a posição do Judiciário dentro do tradicional sistema de tripartição dos poderes do período republicano.

A afirmação de um modelo de democracia participativa resultou sobretudo da criação de um amplo sistema de garantias de direitos e uma série de inovações processuais (entre as quais destaca-se a possibilidade de defesa de interesses coletivos), somada à inédita posição de independência do Judiciário em relação aos demais poderes. No mesmo sentido, a adoção do sistema de controle de constitucionalidade concentrado e difuso trouxe para a esfera pública o debate sobre os valores fundantes do regime democrático inaugurado em 1988. Ao instituir este sistema de defesa de interesses coletivos e de controle de constitucionalidade, o constituinte permitiu à comunidade de intérpretes da Constituição novas formas de participação na atividade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, por intermédio do Judiciário.

Esta nova conformação jurídica e política do Estado brasileiro teve, como conseqüência, um grande impacto na construção da cidadania. A sociedade civil organizada volta-se agora não mais unicamente para o tradicional jogo político do sistema representativo, como a participação eleitoral e as legítimas pressões sobre o Legislativo e os administradores do Executivo. O Judiciário passa a ser um novo locus da política, abrindo-se ao que cientistas políticos e sociólogos chamam de “judicialização da política e das relações sociais”: “A intervenção normativa e a constituição de uma esfera pública vinculada direta ou indiretamente ao Judiciário, como no caso das ações públicas e dos Juizados Especiais, em vez de manterem os indivíduos à parte da República, pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas”<sup>4</sup>.

O constituinte de 88 criou basicamente três instrumentos processuais fundamentais para esta democracia participativa. As ações diretas de constitucionalidade, o mandado de injunção e a ação civil pública. A primeira representou uma possibilidade de participação *ex post* de movimentos organizados no processo legislativo e não é o objeto do presente trabalho. A segunda inovação não prosperou em virtude de sua baixa eficácia em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre seus efeitos. Finalmente, o que nos interessa, a ação civil pública, embora criada ainda no regime pré-88, recebeu delineamentos constitucionais que permitiram às associações e ao Ministério Público intervir em conflitos coletivos de natureza política e social.

<sup>3</sup> FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, pg. 749.

<sup>4</sup> WERNECK VIANNA, Luiz Werneck e CARVALHO, Maria Alice Rezende de, A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil

A destacada posição do Ministério Público neste campo, como reconhecido pela bibliografia, suscita uma gama de questões sobre os efeitos para a cidadania e para a organização política do surgimento deste novo ator na arena pública.

## **2. Cidadania e acesso à Justiça na Constituição de 88**

Cidadania, em uma acepção vulgar, pode ser definida como o direito a ter direitos de um determinado Estado. Isto significa que há um direito de cidadania como também direitos da cidadania. Ou, em outras palavras, o direito à cidadania brasileira confere aos brasileiros os direitos civis, políticos e sociais reconhecidos pelo sistema jurídico nacional. Para que se possa falar em cidadania plena, no entanto, não basta o simples reconhecimento daqueles direitos pela Constituição; é preciso que eles sejam também assegurados através do acesso à Justiça e às suas instituições, bem como por meio de instrumentos e garantias processuais.

O tema da cidadania foi a preocupação central da Assembléia Nacional Constituinte, na segunda metade da década de 80. Os movimentos populares que lutaram pelo fim do arbítrio a partir do processo de abertura política iniciado no governo Geisel (notadamente os sindicatos, entidades ligadas à Igreja Católica, a OAB, a ABI, entre outras) e as campanhas públicas do processo de redemocratização (anistia, diretas-já, eleição indireta de Tancredo Neves e o próprio movimento pela Constituinte) tiveram sempre como objetivo primeiro o restabelecimento dos direitos civis e políticos no País. As seguidas crises inflacionárias do governo Figueiredo e a péssima distribuição de renda resultante do ciclo militar recolocaram, por sua vez, os direitos sociais em pauta. Assim, a Constituição de 88 foi inspirada essencialmente pela necessidade do restabelecimento de um Estado de Direito e de criação de um verdadeiro Estado de Bem-Estar Social. Os direitos civis, políticos e sociais ganharam, em conseqüência, projeção e amplitude jamais alcançada em outras Constituições brasileiras, indo muito além, neste particular, do que a chamada Constituição Democrática de 1946. “A cidadania, literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política. Não se diz mais ‘o povo quer isto ou aquilo’, diz-se a ‘cidadania quer’. (...) No auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã”<sup>5</sup>.

O caráter efetivamente inovador da Constituição de 1988 para o domínio da cidadania vem sendo reconhecido por diversos autores. Em seu trabalho *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, Gisele Cittadino<sup>6</sup> situa a Constituição de 1988 na linha do constitucionalismo comunitarista, em oposição à tradição preponderante do pensamento jurídico nacional, o qual esteve quase sempre voltado para o liberalismo e a decorrente concepção de Constituição como obra de organização e limitação dos poderes de Estado em favor da autonomia privada dos cidadãos.

Esta mudança de paradigma, segundo a autora, resultou não apenas do processo de recusa ao autoritarismo e luta pela redemocratização vivenciado nos anos 70 e 80, como também da experiência constitucional ibérica no mesmo período e da influência dos constitucionalistas portugueses e espanhóis sobre os doutrinadores brasileiros, além de situações conjunturais específicas que envolveram o processo constituinte, notadamente a influência do anteprojeto

<sup>5</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O Longo Caminho*.

<sup>6</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*.



elaborado pela comissão de notáveis, o trabalho eficiente dos minoritários partidos de esquerda e a ativa participação de setores organizados da sociedade civil.

A dimensão comunitarista da Constituição de 1988 é revelada, basicamente, por três aspectos: a) um complexo e exaustivo sistema de direitos; b) instrumentos processuais para garantir sua efetividade e c) atribuição ao Supremo Tribunal Federal do papel de guardião da Constituição. O presente trabalho concentra-se nas implicações dos dois primeiros itens para o exercício da cidadania.

O sistema de direitos e garantias fundamentais difere da tradição liberal brasileira na medida em que a Constituição de 1988 não se restringe a elencar as liberdades civis e políticas dos cidadãos, mas atribui a estas liberdades um sistema de valores que informa todo o conteúdo jurídico das normas materiais da Carta. Assim, ao prever no preâmbulo valores como bem-estar, desenvolvimento, justiça, pluralidade, entre outros, além de sublinhar como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, os constituintes abandonaram uma tradição de neutralidade da norma constitucional em favor de um sistema axiológico de normas programáticas. Além disto, a Constituição adentrou com grande força na regulação da ordem social e econômica, permitindo assim novas formas de controle político, pelos cidadãos, da atividade estatal.

Este sistema a que se filiaram os constituintes de 88 tem sido classificado pelos constitucionalistas comunitaristas de “Constituição Aberta”, no qual o amplo sistema de direitos, por estar sempre submetido a um conjunto de valores da comunidade, deve estar “aberto” à interpretação dos destinatários da norma e à integração jurisprudencial. O processo de interpretação constitucional, assim, não se limita aos métodos ou regras de interpretação, mas também à participação ativa dos integrantes da comunidade, a quem cabe suscitar, em juízo ou mesmo fora dele, a extensão exata dos direitos constitucionais em cada caso particular.

É em função desta possibilidade de participação ativa no processo de interpretação dos direitos constitucionais que Gisele Cittadino sustenta: “A principal característica ‘comunitária’ do texto constitucional se encontra precisamente na idéia de ‘comunidade de intérpretes’, que pressupõe, por um lado, uma concepção de ‘Constituição aberta’ e, por outro, a adoção de diversos e novos institutos que asseguram a determinados intérpretes informais da Constituição a capacidade para deflagrar processos de controle, especialmente judiciais.”

Assim, ainda segundo a mesma autora, para dar plena eficácia aos direitos fundamentais previstos na Carta de 88, independentemente da regulamentação que aquelas normas constitucionais exigiriam, os constituintes conceberam dois instrumentos processuais: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção<sup>7</sup>. Ou seja, institutos associados, exatamente, à obrigatoriedade de ações normativas pelo poder público<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Para Cittadino, instrumentos como o “mandado de segurança, a ação popular e os instrumentos que denunciam irregularidades, ainda que viabilizem a existência de uma comunidade de intérpretes do texto constitucional, pois podem ser impetrados por cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, conforme o caso, são institutos próprios de um constitucionalismo liberal, de vez que em princípio associados ao dever de abstenção por parte do Estado. Op. cit. p. 49. A autora não relaciona a ação civil pública como instrumento de garantia dos direitos constitucionais.

<sup>8</sup> Cittadino, op. cit.



Após a entrada em vigor da Constituição, houve, contudo, divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à efetiva finalidade do mandado de injunção. A controvérsia era sobre se aquele instrumento permitiria ou não ao juiz integrar a norma, criando uma regra para o caso particular. Após intenso debate entre os comentadores e inúmeras divergências entre os tribunais, prevaleceu a posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o mandado de injunção destina-se tão-somente a notificar o Poder Legislativo competente a elaborar norma necessária ao exercício regular de um determinado direito constitucional. Esta decisão, criticada por grande parte dos constitucionalistas<sup>9</sup>, teve por efeito o quase que completo abandono do instrumento pelos jurisdicionados, deixando, portanto, de funcionar como instrumento de concretização dos direitos sociais previstos na Carta de 88.

Quanto à ação direta de constitucionalidade por omissão, muito embora plenamente aceita pelo STF, seu efeito prático é o mesmo do mandado de injunção, na medida em que a decisão proferida pelo Tribunal limita-se a instar o Poder Legislativo ou o Executivo a editar norma para o fim de dar plena eficácia à norma constitucional. Veja-se a esse propósito a recente decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade por omissão do Poder Executivo Federal ao deixar de estabelecer correção anual dos salários dos servidores públicos federais. A decisão indica ao Poder Executivo a necessidade de editar norma prevendo a revisão, porém, sem nenhum poder de sanção.

Outro problema para a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição é que estes não dependem na maior parte das vezes da existência de uma norma regulamentadora, mas simplesmente de uma conduta ativa por parte do Estado. Nas palavras de Cittadino, “os direitos sociais fundamentais, que integram o sistema de direitos constitucionais, são direitos a prestações cujo objeto pode ser uma ação fática ou uma ação normativa por parte do Estado. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão são institutos associados, exatamente, à obrigatoriedade de ações normativas por parte do poder público (...)”<sup>10</sup>. Como então resolver, dentro dos mecanismos instrumentais da Constituição, o problema das assim chamadas “ações fáticas” devidas pelo Estado-prestador?

Portanto, um aspecto decisivo para a plena eficácia dos direitos sociais é que estes são, nos sistemas constitucionais dos *welfare state*, liberdades a serem conquistadas através do Estado, ao contrário das liberdades civis que se afirmam no Estado, como assinala Bobbio<sup>11</sup>. Ou seja, os direitos sociais são obtidos pelos cidadãos através da atividade estatal não apenas legislativa mas, sobretudo, executiva. Tanto o mandado de injunção como a ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão são instrumentos que, conceitualmente, não se destinam a compelir o Estado a cumprir norma relativa a direitos sociais, por ação ou abstenção;

---

<sup>9</sup> Gisele Cittadino relata a polêmica em detalhes em “Pluralismo...”, p. 69-72.

<sup>10</sup> Cittadino, op. cit., p. 51

<sup>11</sup> Sobre a importância da efetivação ou concreção para a vida dos direitos sociais, Bobbio lembra ainda: “Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.” A Era dos Direitos.

limitam-se, apenas, a exigir atividade legislativa para produção de tais normas. Por que tipo de instrumento processual, então, se poderia assegurar a força normativa dos direitos sociais constitucionais? Ou, em outras palavras, “se a Constituição instituiu instrumentos jurídicos para constranger um parlamento, por vezes recalcitrante em cumprir seu poder-dever magno, qual seja de votar e editar atos normativos (e os meios são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e também o mandado de injunção), há que se indagar qual seria o pejo em criar instrumentos jurídicos hábeis a constranger uma administração recalcitrante em cumprir vetores e determinações, diretas e concretas, da lei ou mesmo da Constituição”<sup>12</sup>.

Muito embora em sua concepção original (Lei nº 7347/85) estivesse a ação civil pública destinada tão-somente à proteção de certos direitos difusos e coletivos, ao ser erigida à categoria de ação constitucional<sup>13</sup>, transformou-se no mais importante e eficaz instrumento de concreção dos direitos sociais constitucionais, cumprindo de alguma forma o papel que originariamente fora imaginado pelos constituintes para o mandado de injunção<sup>14</sup>.

Entre outros fins, a ação civil pública permite ao Ministério Público ou a associações requerer que o Judiciário inste o Executivo a adotar determinadas providências administrativas para assegurar direitos constitucionais, isto é, “a consecução de atos e fatos jurídicos (providências materiais positivas) que dependeriam da livre e prévia opção dos agentes políticos ou previsão orçamentária”<sup>15</sup>. Esta participação do Judiciário no processo de decisão política e de resolução de conflitos coletivos, fenômeno conhecido como “judicialização” ou “jurisdicização”, vem suscitando nos últimos anos intenso debate entre cientistas políticos e constitucionalistas sobre suas repercussões para a democracia representativa e a divisão clássica de poderes.

De um lado, os críticos da judicialização, como Celso Fernandes Campilongo, observam que “a democracia constitucional pressupõe a separação entre os sistemas político e jurídico. Sem essa separação não existe democracia. Isso significa que as decisões políticas – exceção feita à sua constitucionalidade – não podem estar submetidas ao controle judicial. (...) Diante das incertezas do processo decisório político (e dos riscos a ele inerentes) o Judiciário estaria, cada vez mais, assumindo um papel de revalidador, legitimador ou instância recursal das decisões políticas. Os temas da política, premidos por uma multiplicidade de demandas, seriam revistos pelo sistema jurídico”<sup>16</sup>.

Em sentido contrário, o constitucionalista Luís Roberto Barroso descarta a incompati-

---

<sup>12</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Ministério Público. Inconstitucionalidade, discricionariedade e ação civil pública. “Justitia”, nº 59, jul/dez/97.

<sup>13</sup> Nos termos do art. 129, inc. III, da Constituição, a ação civil pública destina-se à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

<sup>14</sup> Para a evolução das diversas categorias de interesses difusos e coletivos que desde 1981 foram sendo admitidos como defensáveis por meio da ação civil pública, ver Hugo Nigro Mazzilli. “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”. Para um estudo sobre a ampliação da ação civil pública em direção aos direitos sociais constitucionais, ver MANCUSO, Rodolfo Camargo, “A Ação Civil Pública como Instrumento Judicial das Chamadas Políticas Públicas”, in MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. Lei nº 7347/85 – 15 anos. Para a evolução histórica da ação civil pública no quadro de transformação institucional do Ministério Público, ver ARANTES, Rogério Bastos, “Ministério Público e Política no Brasil”.

<sup>15</sup> Palu, op. cit., p. 131.

<sup>16</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Governo representativo versus governo dos juízes: A autopoiese dos sistemas político e jurídico”. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 8, nº 30, p. 120-126, jan./mar. 2000.

bilidade da judicialização com o sistema democrático representativo: “Sem abandonar o modelo representativo, outras formas de intervenção vêm sendo estudadas e positivadas, com o fito de viabilizar manifestações de outras pessoas e entidades que não tomam parte no governo, mas que se pronunciam, por via institucionalmente disciplinada, dos processos decisórios, tanto os de cunho restrito e específico quanto os que assumem caráter mais geral.” E quanto ao papel político do Judiciário, sustenta: “Embora sua escolha não se dê por via eletiva – e parece bem que seja assim –, também os juízes exercem um poder representativo. Não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio político.”<sup>17</sup>

A ação civil pública, no contexto da judicialização e suas implicações para o sistema político, parece encontrar melhor interpretação em Luiz Werneck Vianna: “As ‘duas’ democracias da Constituição – a da representação e a da participação, mesmo que esta esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente. Fora do campo normativo, no mundo das coisas reais, não há monopólio nem ritual certo para os processos de formação da opinião e de sua conversão em formação da vontade democrática.”<sup>18</sup>

Nas duas seções seguintes a questão da judicialização será examinada especificamente no que diz respeito à ação civil pública e aos atores que mais a instrumentalizam: o Ministério Público e as associações civis, com destaque para as possibilidades de enfoque no estudo futuro do tema.

### **3. A ação civil pública e o Ministério Público**

A Constituição de 88, além de ampliar o escopo dos interesses passíveis de tutela por meio da ação civil pública, vinculou a legitimidade do Ministério Público para utilizá-la aos “interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição, arts. 127 e 129, inc. III). A Lei Complementar nº 75/93, que disciplinou o regime jurídico do Ministério Público da União, previu expressamente o cabimento da ação civil pública para a “proteção dos direitos constitucionais” (LC 75/93, art. 6º, inc. VII, “a”). Some-se a isto o fato de que a própria definição legal de “interesse coletivo”, regulamentada em 1990 com o advento do Código de Defesa do Consumidor, veio permitir que praticamente todos os direitos sociais constitucionais possam ser conceituados como modalidades daquele tipo de interesse: “No ordenamento brasileiro, por definição legislativa (art. 81 do CDC), os interesses difusos e coletivos apresentam, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. Isso significa que a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, a mesma para todo o grupo” (...)<sup>19</sup>

No caso dos direitos sociais, em função de sua natureza, seus destinatários são quase sempre particularizáveis em grupos como aposentados do INSS, beneficiários do sistema de

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.

<sup>18</sup> WERNECK VIANNA, Luiz e outros. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos”.

saúde pública, trabalhadores de determinada empresa, alunos de uma escola pública, moradores de áreas públicas invadidas, em oposição ao Estado prestador<sup>20</sup>. Assim, a ação civil pública vem permitindo ao Judiciário tanto a integração da norma “em branco”, por omissão do Poder Legislativo – na medida em que o juiz pode decidir pelo deferimento de direitos sociais constitucionais independentemente de regulamentação –, como a determinação ao Estado para que pratique ou deixe de praticar ato com o fim de garantir a concretização dos direitos sociais. Desta forma, a ação civil pública vem se transformando lentamente para além de um mero instrumento do processo civil para defesa de interesses difusos e coletivos, seguindo cada vez mais na direção de uma verdadeira ação constitucional de defesa de direitos sociais em dimensão coletiva.

No entanto, esta nova conformação da ação civil pública traz em si dois problemas que ainda demandam estudos mais aprofundados e que dizem respeito à sua recepção pelos Poderes do Estado e pela sociedade. De um lado, as novas implicações que o instituto representa para o Poder Judiciário e para a clássica divisão de poderes, conforme já referido no item anterior. De outro, para o Ministério Público como intérprete qualificado dentro da comunidade e para o papel que a sociedade civil organizada, através da ação civil pública, pode (ou não) desempenhar na defesa de seus direitos constitucionais, independentemente da atuação de qualquer órgão estatal.

Aceitando-se a premissa de que a ação civil pública vem efetivamente se transformando em verdadeira ação de defesa de direitos sociais constitucionais, estaríamos diante de uma posição de relevância do Ministério Público como intérprete privilegiado da Constituição, dentro da comunidade de intérpretes, ou seja, um desequilíbrio em favor do Ministério Público em detrimento de outros grupos (cidadãos, associações, Judiciário, etc.). Fábio Kerche observa com razão que a amplitude de interesses sociais passíveis de tutela judicial ou extrajudicial pelo Ministério Público permite à instituição atuar “em questões tradicionalmente reservadas aos agentes políticos. Ou seja, há ou poderia haver, em caso de empenho, uma espécie de ‘substituição’ dos representantes eleitos pelos representantes ligados ao Ministério Público e legitimados por outros mecanismos que não os eleitorais. Neste sentido a instituição se utiliza (identificando que há espaço para atuar) e contribui (selecionando as mais diversas questões) para a ‘política da justiça’ ou ‘judicialização da política’”. Isto é, a faculdade que o membro do Ministério Público tem de atuar “de ofício” (ou seja, independentemente de provocação) confere-lhe um papel político de destaque dentro da comunidade de intérpretes da Constituição.

Esta nova atribuição conferida ao Ministério Público mudou radicalmente a conduta dos membros da instituição, na medida em que sua natureza é completamente diversa do papel reservado ao promotor ou procurador até antes do advento da Lei da Ação Civil Pública, em 1985 e, particularmente, após a vigência da Constituição de 88: Antônio Augusto Camargo Ferraz, membro do Ministério Público de São Paulo e um dos colaboradores do anteprojeto da ação civil pública de 1985, comenta esta transformação: “O promotor de justiça passou, então,

---

<sup>20</sup> “A grande questão do ponto de vista do potencial raio de ação do MP é que a concepção desses interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é muito ampla e pouco regulamentada do ponto de vista legal. Vai desde o direito à escola, à saúde até a proteção do meio ambiente, sem que, contudo, exista uma legislação infraconstitucional disciplinando todos os seus aspectos.” Fábio Kerche. O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88, in SADEK, Maria Tereza. O Sistema de Justiça.

a se sentir diretamente responsável pelos valores e bens que deve defender (o patrimônio público e social, a infância, o meio ambiente, os direitos do consumidor, as normas urbanísticas), sem intermediários, sem trâmites burocráticos e independentemente da existência, ou não, de um processo. Houve, como facilmente se percebe, mudança radical de atitude. O promotor deixou de ser um funcionário de gabinete, de conduta passiva, envolvido apenas com processos ou inquéritos instaurados por terceiros; saiu de sua escrivaninha e dos limites dos fóruns; ganhou as ruas; passou a ter contato direto com fatos sociais, políticos, administrativos e econômicos que, segundo a Constituição e as leis, reclamam sua intervenção.”<sup>21</sup>

Lembre-se que, durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, a idéia de criação de um sistema de *ombudsman* ou ouvidoria-geral dos cidadãos foi deixada de lado justamente por se entender que este papel deveria caber aos membros do Ministério Público, instituição que faria as vezes de “filtro e motor para todas as espécies de queixas, petições e reclamações do público em geral, selecionando os órgãos dos Poderes do Estado que deveriam ser acionados”<sup>22</sup>.

Esta prevalência de um papel ativo e de destaque aos membros do Ministério Público no processo de interpretação constitucional, por meio da ação civil pública, como já foi observado, vem levando ao seguinte questionamento: não estaria havendo uma forma de desequilíbrio dentro da comunidade de intérpretes, na medida em que a titularidade da principal ação de defesa de direitos constitucionais estaria fortemente vinculada aos integrantes do parquet, em detrimento de outros membros desta comunidade, notadamente a sociedade civil organizada? A moderna teoria de interpretação constitucional vem reservando cada vez mais espaço ao problema da função ideológica do direito pelo exame da situação do intérprete dentro da comunidade<sup>23</sup>, o que por sua vez suscita um tema constante da filosofia jurídica (e em especial da teoria crítica): “a discussão da objetividade da norma e da neutralidade de seu aplicador e do papel do direito como instrumento de conservação e de transformação.”<sup>24</sup>

Dentro da comunidade jurídica já se ouvem muitas vezes preocupadas quanto ao fato de o Ministério Público haver “se assenhorado” da ação civil pública. Em debate promovido pelo Idesp em outubro de 1996, a jurista Ada Pellegrini Grinover, uma das grandes precursoras dos estudos sobre ações coletivas no Brasil, apresentou sua crítica: “...quando eu ouço dizer que o Ministério Público é o titular primário da ação civil pública, porque esta titularidade decorre diretamente da Constituição, que permitiu a legitimação concorrente apenas por lei, eu me pergunto se não seria equivocado esse ponto de vista. A meu ver, o titular primário das ações civis públicas é a sociedade. A condução pelo Ministério Público deveria ser supletiva, exatamente para que, enquanto a sociedade civil não se organizasse, o Ministério Público assumisse a condução desse processo”<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> FERRAZ, Antônio Augusto M. Camargo. “Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público”. In Edis Milaré (org.). Ação Civil Pública. Lei nº 7347/85 – 15 anos.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política.

<sup>23</sup> Como por exemplo, na obra de Peter Häberle, Hermenêutica Constitucional.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.

<sup>25</sup> Participação no painel “O Papel do Ministério entre as Instituições que Compõem o Sistema Brasileiro de Justiça”, Maria Tereza Sadek (org.), O Ministério Público e a Justiça no Brasil.



Sob outro ponto de vista, a ação do Ministério Público em direção à defesa dos interesses coletivos representaria a tentativa de uma instituição (ou parcela da *intelligensia* jurídica) de adequar as reformas formais do sistema democrático brasileiro a uma cultura cívica de baixa densidade, ação que se revestiria de caráter nitidamente político, no sentido de “favorecer, tal como nas lições da ciência política de estilo *tocquevilliano*, a emergência do público em meio ao particularismo privatista”<sup>26</sup>.

Em perspectiva histórica, a ação civil pública de fato nasceu sob forte influência de membros do Ministério Público, que já a vinham utilizando mesmo antes de sua previsão por lei específica, com base na Lei nº 6938/81, que regulamentava a política nacional de meio ambiente e permitia o ajuizamento de ações civis para reparação de danos ambientais. Muito embora houvesse divergências entre os juristas que colaboraram na elaboração de anteprojetos de lei para defesa de interesses difusos e coletivos, particularmente quanto ao papel a ser desempenhado pelo Ministério Público, prevaleceu no texto aprovado a concepção de integrantes do parquet, já que a instituição ganhou posição de destaque entre os demais co-legitimados, contando com poder de instauração de inquérito e requisição de informações a autoridade e particulares<sup>27</sup>. Além disto, diversos diplomas legais posteriores à introdução da Lei da Ação Civil Pública também previram a legitimidade do Ministério Público para defesa de novos interesses coletivos como os dos investidores do mercado financeiro, das pessoas portadoras de deficiência, da criança e do adolescente, do consumidor, dos trabalhadores, entre outros. A própria Constituição de 88 ratificou esta forte vinculação da ação civil pública ao discipliná-la no capítulo destinado ao Ministério Público, dentre uma das “funções” da instituição (art. 129, inc, III). Observe-se que as demais ações constitucionais ou estão previstas no Título relativo aos direitos e garantias fundamentais (como a ação popular, o mandado de segurança) ou no capítulo referente ao Poder Judiciário, na parte que trata do controle de constitucionalidade.

O fortalecimento político do Ministério Público na defesa de interesses coletivos se dá também no campo do controle da administração pública, pois a Lei nº 8429/92 permitiu a utilização da ação civil pública para a defesa do patrimônio público contra atos de improbidade administrativa, sem que os eventuais investigados possam recorrer a foro privilegiado, o que dá novos contornos políticos para a atuação de promotores e procuradores.

Outro importante aspecto a se considerar em relação ao Ministério Público diz respeito ao altíssimo grau de independência da instituição no Brasil em relação ao Poder Executivo. Analisando a posição institucional dos “órgãos requerentes” na França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos (os quais, embora sujeitos a controles e responsabilidade em diferentes graus, não gozam da independência do modelo brasileiro), Carlo Guarnieri conclui que a situação do Ministério Público dentro da organização do Estado exerce uma influência decisiva sobre a capacidade do sistema judiciário em atuar politicamente. Isto é, quanto menos centralizado for o controle sobre o Ministério Público, “mais diversificado será o fluxo dos casos que entram no

---

<sup>26</sup> WERNECK VIANNA, Luiz e CARVALHO, Maria Alice Rezende de. “República e Civilização Brasileira”. Newton Bignotto (org.) Pensar a República.

<sup>27</sup> Sobre a divergência entre doutrinadores processualistas quanto ao anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública e a história de sua tramitação no Congresso, ver ARANTES, Rogério B., Ministério Público e Política no Brasil.

Judiciário e assim maior sua atuação política”<sup>28</sup>. Esta função de “filtragem”, no que diz respeito ao Ministério Público brasileiro, é ainda maior não só por causa da sua incomparável independência, mas justamente em face da forte titularidade sobre as ações civis públicas (situação que também não ocorre nos países citados), o que aumenta notavelmente a gama de questões constitucionais e políticas que a instituição é capaz de levar ao Poder Judiciário.

Por fim, ao contrário do que ocorre no processo criminal, o Ministério Público, ao decidir os casos de ajuizamento de ação civil pública, não se sujeita a princípio semelhante ao da obrigatoriedade da ação penal. Isto significa dizer que os seus membros possuem grande discricionariedade ao decidir que questões serão levadas ao Judiciário.

#### **4. Ministério Público, Estado e sociedade civil organizada**

A legislação que regula a ação civil pública desde o início previu a possibilidade de sua utilização pela sociedade organizada, através das associações civis. A Constituição de 88, embora de fato reafirmasse a posição de destaque do Ministério Público entre os legitimados, reforçou também a titularidade processual dos atores sociais organizados, já que o § 1º, do art. 129 estabeleceu que “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. E o art. 5º, inc. XXI, da mesma Carta reconheceu que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

A despeito desta ampla legitimação das associações civis, as pesquisas até agora realizadas<sup>29</sup> demonstram que ainda há realmente um desequilíbrio entre os autores de ações civis públicas ajuizadas, respondendo o Ministério Público por grande parte delas. Se a Constituição e a legislação infraconstitucional prevêm amplamente a possibilidade de as associações se utilizarem deste instrumento processual, pode-se indagar se o desequilíbrio existente entre Ministério Público e sociedade civil no manejo da ação civil pública decorreria de questões culturais da formação da sociedade brasileira, que seria pouco afeita à solidariedade comunitária e extremamente dependente do Estado para se organizar, conforme conhecida matriz de interpretação sociológica ou se, ao contrário, o problema estaria mais diretamente ligado à natureza da organização judiciária nacional e a conseqüentes dificuldades de acesso à Justiça no País.

A questão merece ser situada no contexto do processo de redemocratização vivenciado nas últimas décadas, sem prejuízo das interpretações sociológicas “de longa duração” mais conhecidas. José Murilo de Carvalho, no já citado trabalho, analisando a evolução da sociedade civil nos últimos tempos, registra o aparecimento de uma nova tendência: “Se há algo importante a fazer em termos de consolidação democrática, é reforçar a organização da sociedade para dar embasamento social ao político, isto é, para democratizar o poder. A organização da sociedade não precisa e não deve ser feita contra o Estado em si. Ela deve ser feita contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado. Experiências recentes sugerem otimismo ao apontarem na

<sup>28</sup> GUARNIERI, Carlo. Magistratura e Política in Italia. Pesì senza Contrappesi.

<sup>29</sup> Por exemplo, Paulo César Pinheiro Carneiro. Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública.

direção da colaboração entre sociedade e Estado que não fogem totalmente à tradição, mas a reorientam na direção sugerida. (...) Trata-se do surgimento das organizações não-governamentais que, sem serem parte do governo, desenvolvem atividades de interesse público. (...) Da colaboração entre elas e os governos sociais, estaduais e federal, têm resultado experiências inovadoras no encaminhamento e na solução de problemas sociais, sobretudo nas áreas de educação e direitos civis<sup>30</sup>.” Sob este prisma, importa descortinar a natureza da relação destes novos movimentos associativos com o Ministério Público, na busca da afirmação de direitos constitucionais.

Ao que tudo indica, as pesquisas que identificam se determinadas ações civis públicas foram propostas pelo Ministério Público ou por associações civis seriam insuficientes para responder a esta indagação. Se se ignorar que muitas das ações ajuizadas pelo Ministério Público tiveram por origem representações e denúncias de entidades civis e organizações não-governamentais, as quais contribuem ativamente durante a fase de investigação, estar-se-á desprezando um componente importante do associativismo<sup>31</sup>. Pelo mesmo motivo, não há como se descartar a atuação extrajudicial do Ministério Público a partir de tais representações. Por outro lado, seria também necessário estudar as hipóteses de atuação de ofício do Ministério Público, em que não há provocação de cidadãos ou associações, para que se possa compreender a natureza de seu voluntarismo político. Uma avaliação do atual estágio de desenvolvimento político brasileiro comum a muitos promotores e procuradores oferece uma perspectiva. Os membros da instituição mais engajados em priorizar a defesa de interesses coletivos e difusos costumam justificar suas posições no entendimento de que a sociedade civil se apresenta “frágil e desorganizada”, cabendo-lhes a missão histórica de preencher este “vácuo”<sup>32</sup>. Assim, assumindo o Ministério Público o papel de “intérprete dos direitos da sociedade civil”, poderia se transformar em “um agente organizador da vida associativa”<sup>33</sup>.

Para um melhor exame dos obstáculos decorrentes das dificuldades de acesso à Justiça para a sociedade civil organizada, é preciso ainda estudos mais aprofundados sobre o porquê de algumas associações optarem por representar ao Ministério Público ao invés de se utilizarem diretamente dos remédios processuais à sua disposição. A possibilidade de resolução de conflitos através do Ministério Público, porém de caráter extrajudicial, sem recurso à máquina do Judiciário, e as dificuldades de formação acadêmica e profissionalização de advogados na área de defesa de interesses coletivos podem estar entre as respostas.

Há também carência de dados sobre a natureza das ações civis públicas ajuizadas por estas associações. É importante conhecer quais são as principais matérias levadas ao conhecimento do Judiciário pelas organizações não-governamentais, para que se possa examinar se este instrumento judicial de participação está se constituindo em uma esfera para a promoção de valores republicanos ou, ao contrário, se é apenas uma forma de disputa econômica por recursos escassos.

---

<sup>30</sup> CARVALHO, op. cit., p. 227.

<sup>31</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera a “provocação de inquérito civil” uma forma de participação política na medida em que se abre ao requerente a possibilidade de “produzir elementos de fato relevantes sobre ofensas a interesses difusos”, dando impulso à atividade investigatória do Ministério Público.

<sup>32</sup> SILVA, Cátia Aída. Justiça em Jogo: Novas Facetas da Atuação dos Promotores de Justiça.

<sup>33</sup> WERNECK VIANNA, Luiz e CARVALHO, Maria Alice Rezende de. República e Civilização Brasileira.



Também merece abordagem a natureza dos interesses que têm despertado maior luta judicial por parte de associações. Por exemplo, uma prevalência de ações iniciadas por entidades privadas de defesa do consumidor pode indicar que associativismo esteja se consolidando mais nas classes médias.

De igual relevo é o tema da participação política dos sindicatos, pela ação civil pública, no Poder Judiciário. Apesar de uma antiga tradição iniciada no modelo de Estado corporativista de tutela jurisdicional dos conflitos entre capital e trabalho, os sindicatos têm encontrado dificuldade em se adaptar às novas possibilidades abertas pela via da ação civil pública, pela qual poderiam aumentar seu poder de exigir a observância dos direitos da cidadania e sociais nas relações laborais. Parte deste problema pode ser atribuída à resistência da Justiça do Trabalho em reconhecer a legitimidade das entidades sindicais na propositura de ações coletivas<sup>34</sup>, como também à crise por que passa o movimento sindical no País.

Outro ponto importante para que se dimensione até aonde poderá ir o papel de destaque do Ministério Público dentro da “comunidade de intérpretes” da Constituição refere-se aos limites impostos pelos Tribunais à legitimação da instituição para atuar como “substituto” da cidadania, limites que em última análise vêm sendo determinados pela jurisprudência do STJ e do STF nos últimos anos.

## **Bibliografia**

- ARANTES, Rogério Bastos, “Ministério Público e Política no Brasil”, tese de Doutorado, São Paulo, USP, 2000.
- BALEEIRO, Aliomar, *In* “A Constituição de 1946”. Constituições Brasileiras, vol. V, Brasília, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. “Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora.” 3ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. “O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.” 5ª Edição. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.
- CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto M. “Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público”. *In* MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública. Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, “Governo Representativo versus Governo dos Juizes: A Autopoiese dos Sistemas Político e Jurídico”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 8, nº 30, p. 120-126, jan.-mar./2000.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1999.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*, 3ª edição, São Paulo, Ed. Globo, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos”, *in* *Revista de Processo*, ano 25, jan.-mar./2000
- GUARNIERI, Carlo. *Magistratura e Política in Italia. Pesì senza Contrappesi*. Bologna, Ed. Il Mulino, 1993.
- HÄBERLE, Peter. “Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”. Tradução de Gilmar Ferreria Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- KERCHE, Fábio. *O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88*, *in* SADEK, Maria Tereza. “O Sistema de Justiça”. São Paulo, Idesp/Sumaré, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo C. em “A Ação Civil Pública como Instrumento Judicial das Chamadas Políticas Públicas”, *in* MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública. Lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”. São Paulo, Ed. Saraiva, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Direito da Participação Política. Legislativa. Administrativa. Judicial.”

<sup>34</sup> De que é exemplo maior o estapafúrdio enunciado 310 do TST, segundo o qual “o art. 8º., inc. III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato”.

- Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1992.
- PALU, Oswaldo Luiz. Ministério Público. “Inconstitucionalidade, Discricionariedade e Ação Civil Pública”. *Justitia*, nº 59, jul.-dez./97.
- PINHEIRO CARNEIRO, Paulo César. Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.
- SADEK, Maria Tereza. “O Ministério Público e a Justiça no Brasil”. São Paulo, Idesp/Editora Sumaré, 1997.
- SILVA, Cátia Aída. “Justiça em Jogo: Novas Facetas da Atuação dos Promotores de Justiça”, São Paulo, Edusp, Fapesp, 2001.
- WERNECK VIANNA, Luiz e outros. “A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.” Rio de Janeiro, Ed. Revan, 1999.
- WERNECK VIANNA, Luiz e REZENDE DE CARVALHO, Maria Alice. “República e Civilização Brasileira”. BIGNOTTO, Newton (org.) *Pensar a República*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2000.

# **A PHRÓNESIS ARISTOTÉLICA, A EQÜIDADE E A ATIVIDADE DO JUIZ NA RACIONALIDADE DO DISCURSO PROCESSUAL**

*Elaine Noronha Nassif\**

A grande questão do direito hoje é a sua integração com a realização da justiça. Sabemos que uma lei pode ser aplicada de modo justo ou de modo injusto, independentemente do seu grau abstrato de justeza, posto que esta abstração não capta meandros de um caso concreto.

Antes a justiça não era um problema do direito, era um problema moral. O juiz, escravo da lei, limitava-se a aplicá-la sem questionamento sobre seus resultados, se justos ou injustos. O juiz não devia se preocupar em discernir o justo do injusto. A idéia kelseniana de que é justo é o que é legal se torna insuficiente quando abordamos a questão da justiça na interpretação e aplicação da lei.

Assim, não basta saber a lei e aplicá-la literalmente para ser justo. Também com outros ramos do conhecimento humano é assim. Podemos, por exemplo, nos formar em medicina, conhecer as doenças e os remédios, mas isso não basta para curar o doente. A aplicação da medicação adequada, de forma adequada, é o que revela a sabedoria prática do médico, seu discernimento entre o que é bom e o que é ruim para o paciente.

Para o juiz uma outra realidade se apresenta, qual seja, a da judicialização das questões políticas e sociais de uma sociedade, o que torna muito mais comprometedor, ou seja, de um nível de responsabilidade pessoal muito maior, a atividade de aplicação das leis, pois os efeitos de uma decisão podem assumir proporções nunca antes imaginadas, pois o Poder Judiciário estava preparado para resolver questões individuais, e não macroquestões.

Além disso, as leis, apesar de serem muitas e crescerem de modo exorbitante, tanto em quantidade quanto no que tange ao alcance de situações práticas, jamais conseguem prever todos os fatos que acontecem na vida real. O juiz trabalha o tempo todo com colisões ou lacunas, pois o ordenamento jurídico é aberto, o que significa que ele não consegue prever todas as situações fáticas possíveis.

---

\* Elaine Noronha Nassif é Procuradora do Trabalho. Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos (Cejur) da PRT da 3ª Região e Coordenadora de Núcleo Estadual da ESMPU pelo MPT/3ª Região. Mestre e doutoranda em Direito Processual pela PUC/MG. Especialista em Administração Pública.

Mesmo quando prevêm o fato jurídico futuro, as leis são abstratas e genéricas, de tal forma que se o juiz não leva em consideração esse caráter genérico da lei, e não ameniza seu rigor com os elementos oferecidos pelo caso concreto, ele certamente aplicará a lei de maneira injusta.

Se o ordenamento é aberto e genérico, logo a lei é o que o juiz diz que ela é. Mas persiste a questão: o que um juiz deve fazer para ser justo? Esta pergunta torna necessário o estudo e desenvolvimento de uma teoria da justiça.

Para a abordagem deste tema, encontramos na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, em especial nos livros quinto e sexto, os fundamentos para um entendimento sobre a justiça, ou melhor, uma teoria da justiça.

Aristóteles parte da idéia de que o que se espera de um homem justo é que ele aja de forma justa. O que se espera do juiz é uma sentença justa. O que se espera da justiça é que ela faça justiça. Mas o que é ser justo? O que é possível o juiz fazer para sentenciar com justiça nos casos difíceis? A justiça pode ser abandonada em nome da realização do direito?

Na teoria da justiça de Aristóteles, o justo é o proporcional e o injusto, o que vai contra o proporcional. O justo é um meio termo entre o ser justo e o ser injusto, pois a justiça só é invocada em meio a uma situação injusta.

A justiça é a disposição em virtude da qual os homens praticam o que é justo. Esta disposição para praticar o justo é um estado de ânimo em potencial e quando se realiza a disposição, ou seja, quando um homem transforma essa disposição em ato. Transformar a disposição em ato é realizar o discernimento entre o que é bom e o que não é, e é assim que um homem se mostra justo.

A justiça é invocada quando uma situação de injustiça vem à tona. A justiça é uma idéia ligada à idéia de injustiça.

Se para falar de justiça precisamos falar de injustiça, para ser justos precisamos saber o que é ser injusto. Então, o que é ser injusto? Para Aristóteles, há três modos de ser injusto: quando se viola a lei; quando se toma mais do que devido e quando se falta com a igualdade. Estando ligada à injustiça, vemos nestes três modos de ser injustos, a palavra “justiça”. No primeiro modo, “cumprir a lei”, está a justiça no sentido universal. No segundo e terceiro modos, está a justiça na sua acepção particular.

Com efeito, parece-nos mais facilmente injusto o homem que transgride a lei. Que lei? A lei, como vista por Aristóteles, ou seja, uma regra descritiva, mais que uma regra prescritiva; em outras palavras, a lei é antes recolhida da comunidade do que formulada por ela. Portanto, tanto o conceito de justiça quanto o conceito de lei estão relacionados a um determinado meio, uma determinada comunidade, cultura ou valor cultuado por essa comunidade.

Tanto é assim que Aristóteles destaca que uma pessoa injusta pode cometer, acidentalmente, uma ação justa, e vice-versa. Uma pessoa pode agir injustamente sem ser por isso injusta.

Cada ação injusta corresponde, em regra, a uma classe determinada de vícios, por exemplo, o abandono do companheiro está ligado à covardia; os maus-tratos estão ligados à ira. As ações justas, por outro lado, correspondem a uma classe de virtudes, tais como a prudência, a temperança e a coragem. Estas três virtudes, somadas à justiça, constituem as quatro virtudes

cardeais. Para Comte Sponville (1985):

*“Das quatro virtudes cardeais, a justiça é sem dúvida a única que é absolutamente boa. A prudência, a temperança ou a coragem só são virtudes a serviço do bem, ou relativamente a valores – por exemplo, a justiça – que as superam ou as motivam. A serviço do mal ou da injustiça, prudência, temperança e coragem não seriam virtudes, mas simples talentos ou qualidades do espírito ou do temperamento.”*

A justiça, portanto, é uma virtude que como toda virtude pode e deve ser adquirida e desenvolvida pelo homem. Esse desenvolvimento da virtude é mais fácil quando a pessoa convive num meio justo, com pessoas justas. Sendo uma virtude reconhecida por todos, e sendo a justiça uma virtude, quando uma pessoa é justa para uma comunidade, ela não é justa aos olhos de um e injusta aos olhos de outra. Ela é justa para todos os que vivem nesta comunidade.

O pior homem seria assim aquele que usa de maldade para com seus amigos e família e possivelmente até consigo mesmo, e o melhor homem seria o que usa da virtude para com os outros, o que é difícil de fazer. Assim, uma pessoa pode ser justa aos olhos da lei mas injusta para com os seus ou para consigo mesma. Existe, pois, um modo particular de ser injusto que é uma parte do modo total de ser injusto. O modo total de ser injusto consistiria em transgredir a lei.

Voltando à justiça no sentido universal, se o transgressor da lei é injusto, aquele que a cumpre é uma pessoa justa. Mas o que a lei ordena que ele cumpra? A lei ordena um quadro vago e abstrato de condutas gerais, de ações que devem ser seguidas. Portanto, se não se atenta para esta característica abstrata, corre-se o risco de errar no cumprimento da lei, ou seja, ao invés de realizar virtudes éticas corre-se o risco de realizar seu desvirtuamento, a entrega ao próprio vício que ela repeliu.

Então cumpre perguntar o que é aplicar uma lei de forma justa? A resposta de Aristóteles a essa questão está em praticar a equidade. A equidade é a justiça não segundo a lei, mas sim como um corretivo da justiça legal. É que sendo a lei uma disposição genérica e abstrata, sua aplicação sem a consideração dos elementos específicos do caso concreto levaria a uma aplicação rígida, porém, injusta.

Uma aplicação flexível da lei consiste em proceder à subsunção do fato à lei, e depois dos fundamentos dessa lei ao fato, de modo a se conseguir a tão desejada proporcionalidade, característica da justiça. Uma forma de se chegar ao meio-termo, à realização da prudência, da sabedoria prática, do discernimento, enfim, da *phrónesis*.

Chegamos portanto ao conceito de *phrónesis*, que conforme ensina Galuppo (2001) “pode ser traduzida por prudência ou por sabedoria prática, mas que talvez melhor se traduza por discernimento.” O mesmo autor, referindo-se ao livro IV da *Ética a Nicômaco*, ressalta que “Toda virtude, inclusive a justiça (virtude ética) e a própria *phrónesis* (virtude dianoética), é também uma disposição. O termo disposição significa uma tendência, que pode ser uma *héxis* ou seja, um hábito ou disposição permanente e estável, que funciona como princípio próximo de uma ação posta sob o senhorio do agente e que exprime sua *autarkéia*, no sentido de uma maneira de ser, uma atitude habitual ou potência para agir, que produzirá no agente uma segunda natureza, e que pode ser identificada como causa imediata da ação e, mais especificamente,

do modo de agir do agente”.

Devemos aqui abrir um parêntese para explicar o que Aristóteles quis dizer com “uma segunda natureza”. É que para Aristóteles, existe um lugar natural em que a coisa é mais coisa. Ele fala que ninguém nasce homem. A humanidade é uma segunda natureza, que é produzida pelo hábito. Os outros seres estão aprisionados à sua primeira natureza.

A *eudaimonia*, assim, é um termo grego que significa a realização plena do ser humano, e em que lugar esse homem é mais homem. Ele é um animal político e por isso tende a se realizar na vida política, na *pólis*, que não significa cidade, mas atividade política. Aristóteles usa outra palavra para significar *pólis*, que é *Autarkéia*, que é a liberdade para decidir sobre seu futuro. Nesse sentido, ninguém que morre jovem foi feliz porque não se realizou, não chegou a ser homem, a realizar sua própria finalidade.

Feito este parêntese, voltemos à *phrónesis*, para dizer que ela tem relação com a equidade na medida em que se relaciona com as coisas singulares, ou seja, ela se volta para uma situação, buscando uma solução adequada para aquela situação, realizando, desta maneira, a equidade, ou seja, o que a lei manda, orienta, para aquela dada situação.

A justiça do juízo é o discernimento entre o justo e o injusto. Todavia, a justiça que buscamos é a justiça política. Por isso importa saber que, além do transgressor da lei, há outros dois tipos de pessoa injusta: a que toma para si mais do que lhe é devido e a que falta com a igualdade. Essas duas acepções acabam se identificando de alguma forma, pois realizar a igualdade é, exatamente, tomar o que lhe é devido. Para entender estas formas devemos considerar que Aristóteles distingue duas categorias de justiça, ambas tendo por referência a relação com o próximo. Uma é a categoria da justiça distributiva e a outra é a categoria da justiça corretiva. A diferença primeva entre elas é o fato de que a relação, na primeira, é proporcional geométrica e na segunda, proporcional aritmética.

A justiça corretiva é a busca de um meio-termo entre a perda e o ganho, de modo a evitar os extremos: uma grande perda ou um grande ganho. A justiça distributiva não se baseia em perdas e ganhos, mas em trocas. Para tanto é necessário medir as coisas a fim de igualá-las e assim permitir as trocas e estabelecer a igualdade de distribuição de bens numa determinada comunidade. Aí entra a função da moeda, que é a de igualar as coisas.

Todas as coisas que são intercambiáveis precisam ser comparadas de alguma maneira a fim de se igualarem as trocas. Isto veio a ser feito pela moeda. O dinheiro, como qualquer mercadoria, não tem sempre o mesmo valor. Assim, a moeda iguala as coisas tornando-as comensuráveis. Nem haveria sociedade se não tivesse troca, nem troca se não tivesse a igualdade, nem igualdade se não houvesse comensurabilidade. Assim, a “justiça como reciprocidade” é uma espécie de justiça distributiva voluntária, pois tem por iniciativa a ação das próprias pessoas da comunidade.

Aristóteles identificou também a “justiça como reciprocidade”, tal como afirmavam os pitagóricos, ou seja, como gratidão: procurar devolver proporcionalmente tudo o que recebeu.

A justiça do chefe de família e do padre não é a mesma do que a dos governantes, ainda que semelhante. A justiça fundada em convenção e na utilidade é semelhante às medidas: as medidas de vinho e do trigo não são iguais em todas as partes, senão maiores onde se compra e menores onde se vende.

Ainda na “Ética a Nicômaco” (1999), lemos que é próprio do homem prudente, discernir sobre o que é bom para ele mesmo viver bem em geral. Ou seja, discernir aquela sorte de coisas que conduzem à vida feliz. Aqueles a quem chamamos prudentes calculam com justeza, e também, prudente, é o homem reflectivo.

Hannah Arendt (1999) distinguiu entre ação, obra e trabalho, o que corresponderia dizer que a ação tem a ver com a ação política. O trabalho, traduzido por labor, seria uma atividade contínua e sem fim. Enquanto a ação tem ligação com a liberdade, o trabalho tem ligação com a necessidade. A autora ensina que:

*“As três atividades e suas respectivas condições têm íntima relação com as condições mais gerais da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. O labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. O trabalho e seu produto, o artefato humano, emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história.”*

Para o homem ser livre e se dedicar ao ócio, este entendido como atividade filosófica ou política, deve haver quem produza para a sua sobrevivência. Então para o homem existir na *pólis* ele existe antes naquilo que se chamou *oikia*, que é a casa, o local onde se produzem os meios de sobrevivência. Já a obra, ao contrário do trabalho (labor), tem finalidade. Por exemplo, o artesão que produz uma cadeira realiza uma obra, pois violenta, transforma a natureza, altera a função natural das coisas.

E por que estamos falando disso? Porque a prudência se localiza no campo da ação, da práxis. Ela não tem a ver com a teoria, mas com a prática. Não é uma ciência, nem é uma arte. É uma prática.

Verificamos isso porque a porção teórica, abstrata e genérica da aplicação do direito é a lei. Esta pode regular um monte de coisas, mas ela não tem como regular a situação, o meio, as circunstâncias nas quais os fatos previstos poderiam ocorrer. Assim, a adequação desta previsão abstrata ao fato concreto está em levar em conta as circunstâncias específicas.

A flexibilização na aplicação, para o mais ou para o menos, estará ligada à versão sobre tais circunstâncias, jamais previstas. Esta versão é produzida por argumentos que se desenvolvem de forma mutante, posteriormente aos acontecimentos em julgamento, e buscam a compreensão do ocorrido, uma compreensão suficiente persuasiva para o meio social no qual deverá ser exposta.

Barros (1998), que adota a teoria tridimensional do Direito, formulada por Miguel Reale, dissertando sobre a razoabilidade da decisão judicial, conclui, sinteticamente, que a proposição normativa é uma estrutura lógica que corresponde a uma forma lógica de argumento, havendo uma integração entre forma lógica (proposição normativa) e argumentação, pois o pensamento lógico é complementar ao pensamento argumentativo. O resultado dessa complementariedade se traduz na instrumentalidade do pensamento lógico para o pensamento argumentativo, sendo que a interpretação e a criação do Direito se enriquecem com a utilização



integrada entre lógica deôntica (lógica jurídica) e argumentação jurídica. Esse enriquecimento se manifesta através do know-how proporcionado pelo instrumental lógico que viabiliza a verificação da racionalidade dos raciocínios argumentativos, revelando a sua estrutura e gerando regras que possam nortear o discurso jurídico dialógico.

Não se trata, pois, a argumentação, de um procedimento meramente retórico. Significa que vence o que argumenta melhor, e o melhor argumento não existe ontologicamente. Ele se revela um argumento melhor na medida em que resiste melhor, na medida em que responde melhor ao argumento da parte adversa.

Esta questão nos reporta novamente ao que Aristóteles no disse sobre a equidade, ou seja, na justiça não como aquilo que dispõe a lei, mas a justiça segundo a equidade que dela se extrai, a justiça como um corretivo da lei, ou melhor do seu caráter abstrato, genérico, rigoroso e insensível às circunstâncias materiais dos acontecimentos nela previstos.

E tudo o que foi dito nos conduz a repensar o Direito como ciência. Será ele uma ciência? A dúvida que se coloca é bastante oportuna pois se o Direito quiser ser uma ciência terá de realizar muitas injustiças, aplicando a mesma fórmula a situações completamente diferentes, já que terá de aplicar objetivamente a lei sem se importar com sua adequação às situações, ao contexto.

Não se pretende aqui abordar a questão do Direito como ciência, mas esta é a grande pergunta que fica em aberto quando pensamos no brocardo *dura lex, sed lex*, em que a cegueira da justiça não estaria relacionada com uma compensação sensível da audição, mas sim a uma total ausência de um dos sentidos, sem compensações.

### **Bibliografia**

- ARENDETT, Hannah. "A Condição Humana". Trad. Roberto Raposo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ARISTÓTELES. "Ética a Nicômaco". Trad. de Mário da Gama Kury, 3ª ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, c. 1985, 1999.
- BARROS, Cristiane Gouveia de. "Teoria geral do direito e lógica jurídica: (lógica jurídica em convergência com argumentação e sua utilidade para os operadores do direito)". Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COMTE-SPONVILLE, André. "Pequeno tratado das grandes virtudes". Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- GALUPPO, Marcelo Campos. "A Justiça: algumas considerações aristotélicas sobre a aplicação da lei". 2001 (mimeog.).



# AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – REFLEXÕES SOBRE A POSIÇÃO DO STF

*João Batista de Almeida\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A posição da doutrina sobre o tema. 3. A jurisprudência do STJ até 1999. 4. Posição do STF a partir do RE 195.056. 5. Reflexões acerca do *leading case*. 6. A inconstitucionalidade da MP 1984. 7. Conclusões

## **1. Introdução**

A tutela dos direitos ou interesses difusos e coletivos surgiu no Brasil no final dos anos 70, quando a doutrina, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover e inspirada em Mauro Cappelletti, passou a manifestar preocupação quanto à insuficiência dos esquemas tradicionais do processo civil, indicando a necessidade de proteger tais direitos e interesses, inclusive mediante a definição dos entes legitimados e a ampliação dos efeitos da coisa julgada, para que se adequassem à nova realidade.

Em resposta a esses reclamos surgiu, em julho de 1985, a ação civil pública (Lei nº 7.347), para a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses difusos e coletivos.

Com a CF 88 a ação civil pública foi constitucionalizada ao figurar como função institucional do Ministério Público. Com efeito, o art. 129, inciso III estabelece competir ao Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Tal dispositivo resolve, a um só tempo, tanto a legitimidade para agir em favor do órgão ministerial, como a adequação da citada via processual.

O Código de Defesa do Consumidor, vigente a partir de 11.3.1991, (Lei nº 8.078), alterou vários artigos da Lei nº 7.347, bem como trouxe vários outros dispositivos aplicáveis subsidiariamente à ação civil pública<sup>1</sup>, além de estabelecer a total integração dos dois diplomas legais em matéria processual<sup>2</sup>.

A ação civil pública passou a ser largamente usada na proteção dos bens por ela originalmente tutelados. Além disso, foi indicada, pela doutrina ou por leis posteriores, como

---

\* João Batista de Almeida é Subprocurador-Geral da República. Mestre em Direito Público pela UnB.

<sup>1</sup> Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078, de 11.9.90, arts. 81 a 104.

<sup>2</sup> CDC, art. 90.

adequada para tutelar outros bens, como infração à ordem econômica e à economia popular, criança e adolescente, pessoas portadoras de deficiência, pequenos investidores no mercado de valores mobiliários, populações indígenas e minorias, moralidade administrativa, matéria tributária (defesa do contribuinte), combate à improbidade administrativa, engenharia genética, direitos sociais dos trabalhadores, direitos individuais homogêneos (com restrições) e qualquer outro interesse difuso ou coletivo<sup>3</sup>.

Em razão de seu grande espectro de aplicação, da alta conflituosidade e da relevância social dos temas por ela tutelados, a ação civil pública passou a ser, na área cível, uma das ações mais prestigiadas, estudadas e questionadas. Pelos mesmos motivos, foi largamente impugnada nas vias judiciárias, principalmente no que se refere aos temas legitimidade e adequação da via processual.

Dentre os aspectos controvertidos<sup>4</sup>, sem dúvida, a utilização da ação civil pública para promover a defesa do contribuinte, veiculando pleito de natureza tributária, tem ocupado a atenção dos doutrinadores e dos operadores de Direito. Este trabalho visa precipuamente a mostrar as posições anteriores e atuais da doutrina e dos Tribunais Superiores, com enfoque especial no *leading case* da Suprema Corte.

## 2. Posição da doutrina sobre o tema

A grande maioria dos doutrinadores sempre sustentou haver adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública na defesa dos contribuintes, ou seja, para veicular matéria tributária.

Até recentemente ocorria uma quase unanimidade da doutrina quanto ao tema, sustentando a viabilidade quanto aos aspectos adequação e legitimidade, consoante se lê dos seguintes autores: Rosa e Nelson Nery Júnior, CPC Comentado, cit., p. 1129, nota nº 23; Antônio de Souza Prudente, Legitimação Constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa de direitos individuais homogêneos, *in* Rev. CEJ, Brasília, nº 9, set.-dez. 1999, p. 77/79; Kazuo Watanabe, CDC Comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 725; Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública, 6ª ed., cit. p. 37; Hugo Nigro Mazzilli, O Inquérito Civil, Ed. Saraiva, 1ª ed., 1999, p. 123-4; Washington Araújo Carigé, “IPTU – Cobrança indevida de tributos – A legitimidade do Ministério Público e a ação civil pública” *in* RDC 9/111-115, RT, SP, jan.-mar./1994; Paulo Valério Dal Pai Moraes, “O Ministério Público e a legitimidade para a defesa dos interesses coletivos decorrentes de questões tributárias de massa”, *in* Revista de Estudos Tributários nº 11, Ano II, jan.-fev./2000, p. 132-157.

A partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE 195.056-1 – Paraná (IPTU – Município de Umuarama), surgiram alguns pronunciamentos discordantes, sustentando tese oposta, qual seja (1), a falta de legitimidade do MP para a ação civil pública em matéria tributária e (2) a inadequação da aludida via processual para a finalidade proposta.

Adotaram essa posição os seguintes doutrinadores: Osmar Tognolo, Ação Civil Pública em matéria tributária, *in* Suplemento Direito e Justiça – jornal *Correio Braziliense*, DF,

<sup>3</sup> Ver, sobre o assunto, nosso A Proteção Jurídica do Consumidor, 2ª edição, Ed. Saraiva, SP, 2000, p. 237/8.

<sup>4</sup> Sobre o tema, dentre outros, nosso Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública, 1ª edição, Ed. RT, SP, 2001.

16.8.99, p. 1 e Revista de Estudos Tributários, nº 10, Ano II, nov.-dez. 99, p. 155/157 e Hugo de Brito Machado, ACP e tributo inconstitucional, in Suplemento Direito e Justiça, jornal *Correio Braziliense*, DF, 17.8.98, p. 2, Ministério Público e Ação Civil Pública em matéria tributária, in revista *Dialética de Direito Tributário*, nº 52, p. 84-90 e Ministério Público e Tributação, in Boletim de Direito Municipal, v. 4, Ano XVI, abril-2000, Ed. NDJ Ltda., p. 2278.

### **3. Jurisprudência do STJ até 1999**

Na área judiciária, no entanto, a matéria nunca esteve pacificada, registrando-se julgados em ambos os sentidos, a dizer, ora reconhecendo as citadas adequação e legitimidade, ora negando-as.

Apenas para citar como exemplo, o STJ chegou a sustentar, em momentos diversos, as duas posições, diametralmente opostas:

a) adequação da ação civil pública em matéria tributária e legitimação do órgão ministerial para promovê-la: STJ, Resp. nº 49.272-6/RS, 1ª T., Rel. min. Demócrito Reinaldo, j. 21.9.94, v. u., publ. DJ 17.10.94 (taxa de illum. pública); STJ, AGResp 98.286/SP, 1ª T., Rel. min. José Delgado, j. 15.12.97, v. u., publ. DJ 23.3.98.

b) negando tal adequação e a legitimação: STJ, Resp. nº 177.804/SP, 1ª T., Rel. min. José Delgado, j. 18.8.98, v. un., publ. DJ 26.10.98; Resp. nº 140.368/MG, 1ª T., Rel. min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão min. José Delgado, j. 11.5.99, v. m., publ. DJ 30.8.99 e RSTJ 127/71.

A partir de 1999 tem prevalecido essa última orientação (alínea b).

### **4. Posição do STF a partir do RE 195.056**

Apenas em 1999 o STF julgou o *leading case*, e o fez para não reconhecer a legitimação do MP e considerar não adequada a ação civil pública para veicular pleito envolvendo matéria tributária.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, o Plenário do STF entendeu que: “Constitucional. Ação Civil Pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: Legitimidade. Lei nº 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei nº 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei nº 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I - A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei nº 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei nº 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei nº 8.625, de 1993, art. 25. II – Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III – O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto – no caso o IPTU – pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei nº 7.374/85, art. 1º, II, art. 21,

redação do art. 117 da Lei nº 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei nº 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis.” (C.F., art. 127, caput). IV – R.E. não conhecido”<sup>5</sup>.

Como se vê, a Suprema Corte, contrariando a mais abalizada doutrina, deixou de prestigiar a tendência mundial do uso da ação coletiva para demandas desse tipo, determinando que cada contribuinte, a título individual, ajuíze a sua própria ação, com isso ocasionando sérios transtornos aos interessados e ao Poder Judiciário, que já trabalha no limite de sua capacidade.

## 5. Reflexões acerca do *leading case*

A CF 88 constitucionalizou a ação civil pública, ao incluir sua promoção como uma das funções institucionais do Ministério Público, para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de “outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). Incluem-se nessa última categoria os interesses transindividuais, indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas da coletividade, ligadas entre si por circunstâncias de fato, bem como os titularizados por pessoas determináveis integrantes de grupo, categoria ou classe, unidas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por “interesses coletivos” são também entendidos os direitos individuais homogêneos, que são considerados coletivos *lato sensu* – portanto, dentro da concepção não restritiva adotada pela CF – ou “subespécie de interesse coletivo”<sup>6</sup>.

Em sede infraconstitucional compete ao Ministério Público da União zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte<sup>7</sup>.

Além disso, o art. 129, inc. III, da CF, reconhece legitimação ao Ministério Público para promover a ação civil pública na defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de “outros interesses difusos ou coletivos”, categoria na qual poderiam ser enquadrados os consumidores e os contribuintes, tese, aliás, acolhida no voto vencido do min. Marco Aurélio.

Deve ser observado que a ação, no caso concreto, continha dois pedidos, um de natureza coletiva – a impugnação da cobrança em favor de toda a categoria de contribuintes do município – e outro individual homogêneo – o pedido de restituição do imposto indevidamente pago. Para o pleito difuso ou coletivo, via ação civil pública, não há necessidade de caracterizar-se relação de consumo, nem condição de consumidor dos contribuintes. Isso só deve ocorrer no pleito dos direitos individuais homogêneos – por natureza divisíveis e disponíveis. Ocorre que todos os pleitos foram tratados como de direitos individuais homogêneos e, como tal, desacolhidos tanto por inadequação da via como pela ilegitimidade do órgão ministerial. Pergunta-se: acaso não teria o MP legitimidade para formular pedido de natureza coletiva? Óbvio que sim.

O mestre Kazuo Watanabe tem advertido que “o que importa para os fins de tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo”, vale dizer, o seu

<sup>5</sup> STF, RE nº 195.056-1/PR, Trib. Pleno, Rel. min. Carlos Velloso, j. 9.12.99, v.m., decisão publicada DJ 17.12.99, ac. ainda não publicado. No mesmo sentido, em caso envolvendo taxa de iluminação pública, RE nº 213.631/MG, Trib. Pleno, Rel. min. Ilmar Galvão, j. 9.12.99, v. m., publ. DJ 7.4.2000.

<sup>6</sup> STF, RE 163.231-SP, Trib. Pleno, Rel. min. Maurício Corrêa, j. 26.2.97, v. un., acórdão não publicado.

<sup>7</sup> LC75/93, art. 5º, inc. II, alínea a, aplicado subsidiariamente à Lei nº 8.625/93.

objeto litigioso”<sup>8</sup> (CDC comentado pelos autores do anteprojeto, Forense, 6ª ed., p. 728), acrescentando que “é na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses “coletivos” tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos “individuais homogêneos”, e a de interesses ou direitos “coletivos”, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível”<sup>9</sup>.

Com precisão científica, o mesmo autor também aduz que: “A determinação dos membros integrantes do grupo é, precisamente, a nota que distingue os interesses ou direitos coletivos ou direitos difusos. Se o ato atacado através da ação coletiva (reajuste de mensalidades) diz respeito a todos os contratantes dos planos de saúde, globalmente considerados (não sendo atacados um a um, em relação a cada um dos filiados, os reajustes exigidos pelas empresas mantenedoras dos planos), a nota da indivisibilidade do bem jurídico e bem assim a sua transindividualidade são inquestionáveis, pois basta a procedência de uma única demanda para que todos os filiados dos planos de assistência médica e hospitalar sejam coletivamente beneficiados<sup>10</sup>.”

O Acórdão do STF acima transcrito está em total desconformidade com a melhor doutrina, ao dar o mesmo tratamento a pedidos de natureza diversa – coletivo e individual homogêneo – e reconhecer inadequação onde não existe e negar legitimidade ao parquet em matéria em que ela está patente.

De ver-se que, contraditoriamente, no caso do aumento abusivo das mensalidades escolares, os direitos individuais homogêneos (*rectius* coletivos) foram considerados subespécies de interesses coletivos, situação que era idêntica à dos contribuintes, que, no entanto, lograram tratamento diverso.

Na sustação da cobrança do tributo indevido (pedido coletivo), como se percebe, há manifesto interesse social evidenciado pela dimensão e característica do dano, posto que este atinge uma gama enorme de pessoas de determinado município, altamente dispersas, bem como está presente a relevância social do bem jurídico que se busca proteger – a ordem jurídica tributária, tal como exigido no § 1º do art. 82 do CDC. c/c Lei Complementar nº 75, de 20.5.93 (LOMPU), art. 5º, inciso II, alínea a. Aliás, essa lei permite expressamente a defesa dos contribuintes pelo Ministério Público.

Espera-se que a Suprema Corte, ao analisar os novos processos submetidos a julgamento, venha a reconsiderar essa decisão do *leading case*, que representa verdadeira restrição à tutela coletiva.

Resulta claro, pois, que a ação civil pública é adequada para a defesa do contribuinte, veiculando pleito de natureza difusa ou coletiva em matéria tributária, estando legitimado o órgão ministerial para a sua promoção.

---

<sup>8</sup> Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Forense, RJ/SP, 6ª ed., 2000, p. 728.

<sup>9</sup> ob. cit., p. 729

<sup>10</sup> ob. cit. p. 730

## 6. A inconstitucionalidade da MP nº 1984-19/2000

Por meio da Medida Provisória nº 1984-19, do ano de 2000, foi alterada a Lei nº 7.347/85 (LACP), com a inserção do parágrafo único ao art. 1º, com a seguinte redação: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Como se vê, em mais uma de suas manobras casuísticas, o Poder Executivo editou medida provisória para tentar resolver questão emergencial de seu interesse, no caso concreto, as liminares deferidas nos processos coletivos questionando a cobrança da CPMF e outros tributos e exações.

Ocorre que tal dispositivo incorre em inconstitucionalidade porque:

a) estabelece restrição à atuação institucional do Ministério Público, pois a promoção da ação civil pública para a defesa de outros interesses difusos ou coletivos, prevista no art. 129, inc. III, da CF88, passou a ser função institucional do MP, ficando constitulizados tanto os aspectos da legitimação como o da adequação da via processual. Além disso, compete ao Poder Judiciário interpretar quais direitos e interesses estão inseridos nessa cláusula de encerramento. Nessa sorte, não poderia o legislador ordinário proibir o uso da ação civil pública para a defesa do contribuinte, ou seja, em matéria tributária, quando a Constituição Federal o admite;

b) o dispositivo questionado da MP 1984-19, repetido nas reedições posteriores, também ofende o caput do art. 127 da CF 88, pois retira do Ministério Público a incumbência de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

c) do mesmo modo, viola a autonomia funcional da Instituição assegurada ao órgão ministerial no art. 127, §2º, pois a vontade do Chefe do Poder Executivo está a anular referida autonomia;

d) por fim, tal parágrafo acrescido, ofende o inciso IX do art. 129 da CF 88, que inclui, entre as funções institucionais do Min. Públ., a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas”, sendo certo que a Lei Complementar nº 75, de 20.5.93, (LOMPU), declarou competir ao Min. Públ. “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações ao poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e dos direitos do contribuinte”<sup>11</sup>. Além da inconstitucionalidade material, por restringir o alcance do inc. IX do art. 129, ainda ocorre inconstitucionalidade formal, por ofensa ao princípio da hierarquia das leis, posto que legislação ordinária do porte de uma medida provisória não pode contrariar o que dispõe uma lei complementar à Constituição.

Resta, portanto, inócua a tentativa de restringir o alcance da ação civil pública por meio de medida provisória, com ofensa à CF 88.

## 7. Conclusões

a) A grande maioria dos doutrinadores sempre sustentou haver adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública na defesa dos contribuintes, ou seja, para veicular matéria tributária.

<sup>11</sup> art. 5º, inc. II, alínea a, aplicado subsidiariamente à Lei nº 8625/93 – LONMP



b) A partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE 195.056-PR, surgiram pronunciamentos discordantes, sustentando tese oposta.

c) O STJ chegou a sustentar inicialmente a tese da adequação e da legitimidade do MP, posicionando-se de forma diametralmente oposta a partir de 1999.

d) Em 1999 o STF afastando-se da melhor doutrina, julgou o *leading case* (RE 195.056-PR), e o fez para não reconhecer a legitimidade do MP e considerar não adequada a ação civil pública para a finalidade referida, por envolver, no caso concreto, direitos individuais homogêneos, considerados disponíveis (IPTU) e não se confundirem as relações Fisco-contribuinte e consumidor-fornecedor.

e) Há necessidade de revisão da orientação adotada no *leading case*, porque o Ministério Público está legitimado para defender os direitos dos contribuintes, por força da CF 88 (arts. 127, caput e § 2º, 129, incisos III e IX) e da LC 75/93, art. 5º, inc. II, alínea a, aplicado subsidiariamente à LONMP – Lei nº 8.625/93.

f) A Medida Provisória nº 1984-19, reeditada seguidamente, tendo hoje o nº 2180-35, de 24.8.2001, incorre em inconstitucionalidade na parte em que insere parágrafo único no art. 1º da Lei nº 7.347/85 (LACP), proibindo o uso da ação civil pública em matéria, por ofensa aos dispositivos constitucionais e legais citados.





# APLICAÇÃO DA PENA NO DIREITO MILITAR ANÁLISE COMPARADA

*Jorge Cesar de Assis\**

**Sumário:** 1. Apresentação do tema. 2. Atenuantes e limites da pena. 2.1. A legislação espanhola. 2.2. Legislação comparada. 3. A suspensão condicional da pena. 4. Conclusão

## 1. Apresentação do tema

A matéria a seguir apresentada decorreu de uma dúvida colocada para um grupo de discussão acerca do direito militar, em página espanhola da web, [derechomilitar@eListas.net](mailto:derechomilitar@eListas.net):

*“Para el caso de un militar que há cometido un delito penado com prisión de tres meses y un dia a seis meses, y concurriendo circunstancias atenuantes ¿ es posible solicitar la pena inferior em grado?”<sup>1</sup>.*

*“Teniendo en cuenta que el reo es militar profesional – aunque los hechos datam de cuando era militar de reemplazo¿ seria posible solicitar una suspensión de la condena?”<sup>2</sup>*

## 2. Atenuantes e limites da pena

A Lei orgânica n° 13, de 09.12.1985, trata do Código Penal Militar espanhol, que entrou em vigor em 1° de junho de 1986, sendo alterado pela Lei orgânica n° 134, de 20.12.1991, e pela Lei orgânica n° 11, de 27.11.1995, que inclusive aboliu a pena de morte em tempo de guerra. A tipificação de condutas construtivas de delito militar está centrada basicamente nos delitos exclusiva ou propriamente militares.

### 2.1. A legislação espanhola

Em seu art. 22, o Código Penal Militar espanhol considera como circunstâncias atenuantes nos delitos militares as circunstâncias modificativas previstas no Código Penal co-

---

\* Jorge Cesar de Assis é Promotor de Justiça Militar (MPM). Autor de livros de Direito Militar.

<sup>1</sup> “Havendo circunstâncias atenuantes é possível solicitar pena em grau inferior para um militar que cometeu delito apenado com prisão de três meses e um dia a seis meses?”

<sup>2</sup> “Seria possível solicitar uma suspensão da condenação de um réu, militar profissional, levando-se em consideração que os fatos ocorreram quando estava afastado do cargo?”

mum e, especificamente, “o fato de não haver transcorrido trinta dias desde que o culpado efetuou sua incorporação às fileiras” e igualmente “o fato de haver precedido, por parte do superior, imediata provocação ou qualquer outra atuação injusta que naturalmente tenha produzido no sujeito um estado passional ou emocional intenso”<sup>3</sup>.

O socorro às regras do Código Penal comum está devidamente previsto nas causas de isenção de responsabilidade criminal e nas causas de inimputabilidade, conforme anotado no preâmbulo do Código Penal castrense.

Por sua vez, o art. 24 do código espanhol estabeleceu que as penas principais são: a) prisão; b) perda de emprego; c) inabilitação definitiva para comando de navio de guerra ou aeronave militar; d) confinamento; e) desterro.

Tratando da aplicação da pena, o art. 35 dispõe dever-se ter em conta, além das circunstâncias atenuantes e agravantes que concorram, a personalidade do culpado, sua graduação, função militar, a natureza do móvel que o impulsionou, a gravidade e a transcendência do fato em si e sua relação com o serviço e o lugar de sua perpetração. Para a imposição de pena em menor extensão, o culpado não deve ser militar profissional<sup>4</sup>.

Já o art. 36 estabelece que, concorrendo duas ou mais atenuantes e nenhuma agravante ou a reincidência, poderá impor-se a pena inferior em grau àquela assinalada pela lei<sup>5</sup>.

São exemplos de delitos militares punidos com pena de três meses e um dia a seis meses de prisão, pelo CPM espanhol, os seguintes: a embriaguez em ato de serviço<sup>6</sup>; o descumprimento negligente de ordem geral em tempo de paz<sup>7</sup> e outros.

Forçoso concluir então que à luz dos dispositivos vigentes do CPM espanhol que, se concorrerem, no caso concreto, duas ou mais circunstâncias atenuantes e nenhuma agravante, e não sendo caso de reincidência, poderá ser imposta uma pena inferior em grau, na exata dicção do art. 36. Para a atenuação, entretanto, é necessário a ocorrência de no mínimo duas atenuantes. A locução *poderá* deve ser entendida não como uma faculdade, mas sim um dever do juiz, desde que presentes as circunstâncias previstas na lei.

---

<sup>3</sup> Artículo 22. En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes: a) Para las clases de tropa o marinería, la de no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas; b) La de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso.

<sup>4</sup> Artículo 35. En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes e agravantes que concurran, la personalidad del culpable, su gradación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y transcendencia del hecho en sí y su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión. La individualización penal que se efectúe debe ser razonada en la sentencia.

<sup>5</sup> Artículo 36. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la circunstancia segunda del párrafo primero del artículo veintidós, podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la ley.

<sup>6</sup> Artículo 148. El militar que en acto de servicio de armas o transmisiones, voluntaria o culposamente se embriagare o drogare, resultando excluida o disminuida su capacidad para prestarlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

<sup>7</sup> Artículo 158. El militar que por negligencia no cumpliera una consigna general, dejare de observar una orden recibida o causare grave daño al servicio por incumplimiento de sus deberes militares fundamentales, será castigado en tiempo de guerra con la prisión de cuatro meses a cuatro años. En tiempo de paz, si concurriere negligencia grave, se impondrá las penas de tres meses y un día a seis meses de prisión.

## 2.2. Legislação comparada

Pela sistemática do Código Penal Militar brasileiro (Decreto-Lei nº 1001, de 21.10.1969), as circunstâncias agravantes (art.70) e as circunstâncias atenuantes (art. 72) estão tratadas em dispositivos diversos, sendo certo que quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominados ao crime (art. 73).

Importante ressaltar que os limites da pena no direito penal militar são fixos, quais sejam, o mínimo da pena de reclusão é de um ano e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias e o máximo de dez anos (art. 58).

Isto significa que na aplicação da pena, sopesado o concurso de agravantes e de atenuantes, e mesmo quando a lei prevê causas de especial aumento ou diminuição de pena, a reprimenda final não poderá ser fixada abaixo do mínimo legal ou acima do máximo, contrário ao previsto no Código Penal comum, em que, de acordo com o sistema trifásico preconizado no art. 68, a pena final poderá ficar abaixo do mínimo ou acima do máximo legal<sup>8</sup>, pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira.

No entanto, em vários dispositivos do Código Penal Militar brasileiro, pode o juiz, em determinados crimes, e por ocasião do julgamento, desclassificá-los para transgressão disciplinar (lesão levíssima, art. 209. § 6º; furto atenuado, art. 240, § 1º, e outras).

Pelo Código de Justiça Militar da Pátria-Mãe (Decreto-Lei nº 141, de 09.04.1977, ainda em vigor)<sup>9</sup>, existe a previsão de uma série de atenuantes consideradas para os crimes essencialmente militares (art. 20) aos quais, aliás, o Código se aplica, a teor de seu art. 1º.

As penas aplicáveis pelos crimes essencialmente militares são: a prisão maior, que varia de dois a oito anos até de vinte e quatro a vinte e oito anos; a de presídio militar, variando de seis meses a dois anos até de seis a oito anos; e a de prisão militar, que não será inferior a dois meses e nem superior a um ano (arts. 24 a 27).

O art. 39 do Código de Justiça Militar português assevera que poderão extraordinariamente os juízes, considerando o especial valor das circunstâncias atenuantes, substituir as penas mais graves pelas menos graves.

O Código de Justiça Militar do Peru (Decreto-Lei nº 23.214, de 24.07.1980, modificado pela Lei nº 26.677, de 22.10.1998 e pela Lei nº 27.178, de 28.09.1999) estabelece em seu art. 22 que “las unicas sanciones penales que pueden imponerse conforme a las disposiciones de este Código, son las siguientes: muerte, sólo por traición a la Patria, en caso de guerra exterior; internamiento; penitenciaria; prisión; reclusión militar; expulsión de los institutos armados; separación absoluta del servicio; separación temporal del servicio; multa; y, arresto.”

Trata das circunstâncias atenuantes em seu art. 20, e das agravantes no 21.

Por ocasião de sua aplicação, os juízes fixarão a duração da pena dentro do mínimo

---

<sup>8</sup> Art. 68 do CP. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

<sup>9</sup> Importante anotar que o governo de Portugal está preparando uma nova legislação que irá atualizar os textos em vigor e simultaneamente dar cumprimento ao normativo constitucional que extingue os Tribunais Militares em tempo de paz, mantendo embora a existência de juízes militares junto aos Tribunais Civis para julgar crimes “essencialmente militares”. (cfe Ofício, de 07.06.2001, de S. Exa. o Presidente do Supremo Tribunal Militar de Portugal.)

e máximo fixado pelo Código de Justiça Militar, tendo em conta o que nele foi disposto<sup>10</sup>.

Nos casos em que, a critério dos juízes, se considere excessivo castigar o detido com a pena fixada em lei, poderá ser aplicada a que lhe segue em escala<sup>11</sup>.

Nos casos de delitos culposos, o raciocínio é o mesmo: será castigado com a pena inferior à que corresponde ao mesmo delito intencional, e, ainda assim, desde que os juízes considerem a pena fixada como excessiva, poderão aplicar outra de grau imediatamente inferior, justificando a atenuação (arts. 40 e 41).

### 3. A suspensão condicional da pena

A suspensão condicional da pena *sursis* é o instituto pelo qual o réu é condenado mas não se executa a pena privativa de liberdade se ele cumprir, durante determinado prazo, as condições e obrigações impostas pela lei e pelo juiz. No campo do direito penal militar sua incidência não é tão ampla quanto no direito comum.

A legislação penal militar espanhola não contempla tal possibilidade, dir-se-ia, por *razones de ejemplaridad directamente vinculadas com la disciplina*.

O art. 348, da Lei Orgânica nº 2, de 13.04.1989, que trata do processo penal militar, assevera que as penas privativas de liberdade se executarão com a duração e o regime previsto na legislação penal e penitenciária, quando estas penas devam cumprir-se em estabelecimentos penitenciários comuns; ou com obediência aos princípios da Lei Orgânica Geral Penitenciária, adequados à especial estrutura das Forças Armadas quando as penas devam ser cumpridas em estabelecimento penitenciário militar. Em qualquer caso, obedecerão ao disposto no art. 42 do Código Penal Militar da Espanha<sup>12</sup>.

O Código de Justiça Militar português também não prevê a suspensão condicional da pena.

Seu art. 47 assevera que todas as penas começam a correr desde o trânsito em julgado da decisão condenatória, enquanto que o art. 468 define que as decisões dos tribunais militares serão executadas logo que passem em julgado<sup>13</sup>.

Em contrapartida, o Código Penal Militar brasileiro, acolheu o benefício do *sursis*, em seu art. 84:

---

<sup>10</sup> Artículo 38. Los jueces fijarán la duración de la pena dentro del mínimo e máximo señalado por este Código, teniendo en cuenta lo dispuesto en él y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y de la represión. Deberán expresar los motivos en que se basa la duración fijada a la pena.

<sup>11</sup> Artículo 39. En los casos en que, en concepto de los jueces, por estar casi probada alguna causal de justificación o de exención, o por concurrir causales de atenuación que disminuyan notablemente la responsabilidad penal, se considere excesivo castigar el delito com la pena específica señalada, podrá aplicarse la que sigue en la escala descendente.

<sup>12</sup> Artículo 42. Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa. En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, com separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas, se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa.

<sup>13</sup> Art. 47. Todas as penas começam a correr desde o dia do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas será levado em conta, por inteiro, na duração das penas, a detenção, a prisão preventiva e a privação de liberdade sofrida nas condições previstas no art. 3º.

*“Art. 84. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) a 6 (seis) anos, desde que:*

*I- o sentenciado não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa de liberdade, salvo o disposto no § 1º do art. 71.*

*II- os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.*

*Parágrafo único. A suspensão não se estende às penas de reforma, suspensão do exercício do posto ou função ou à pena acessória, nem exclui a aplicação imediata de medida de segurança não detentiva.”*

Excetua, no entanto, no seu art. 88, o condenado por crime cometido em tempo de guerra e, em tempo de paz, o condenado por crimes contra o dever e o serviço militar, e contra a hierarquia e a disciplina.

De outra penada, o Código de Justiça Militar do Peru previu o *sursis*, no seu art. 66, nos casos em que a pena privativa de liberdade não seja superior a seis meses, sendo o réu primário e de bons antecedentes. E diga-se, de forma mais ampla, tratando a possibilidade como “La condena condicional”<sup>14</sup>.

A condição, portanto, segundo a lei militar peruana, é aplicada sobre a condenação em si, e não sobre a execução da pena propriamente dita, tanto que o art. 67 assevera que, transcorridos cinco anos sem que o beneficiado tenha sofrido outra condenação e nem tenha infringido as regras de conduta que lhe foram impostas, a condenação é como se não tivesse ocorrido, não produzindo efeito algum. Em caso contrário, por óbvio, se executará a condenação que lhe foi imposta.

#### **4. Conclusão**

Sem pretender esgotar o tema – até porque nos faltam condições para tanto, pode-se concluir o seguinte:

Em relação à atenuação da pena aplicada por crime militar na Espanha, até mesmo por expressa disposição legal (art. 36, CPM), poderá impor-se pena inferior em grau àquela prevista em lei. A toda evidência, não existindo grau inferior (v.g., três meses e um dia é a pena

---

<sup>14</sup> Artículo 66. El juzgador podrá a su juicio suspender la ejecución de la pena, suspensión que comprenderá la pena principal como las accesorias: a- Si la sentencia se refiere a pena privativa de libertad no mayor de seis meses y a persona que no hubiese sido objeto de anterior condena; y, b- Si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida impedirá cometer nuevo delito. Las sentencia mencionará las razones que justifiquen la concesión de la condena condicional y las reglas de conducta impuestas por las circunstancias tales como: 1- abstenerse del consumo de bebidas alcohólicas y de concurrir a lugares de expendio de éstas; 2- reparar el daño causado por el delito; 3- observar conducta intachable; y, 4- no dar lugar a que se imponga castigo disciplinario por falta que mereza arresto de rigor o arresto simple por más de tres días.

mínima de prisão – art. 26, I), tal atenuação extraordinária não será possível porque a pena já foi fixada em seu mínimo legal.

Tanto em Portugal (art. 39, CJM) como no Peru (art. 39, CJM), a critério dos juízes (prudente arbítrio), e considerando no primeiro caso o especial valor das circunstâncias atenuantes e no segundo ser excessivo o castigo da pena fixada em lei, pode-se substituir as penas mais graves pelas menos graves naquele, ou aplicar a pena que lhe segue em escala neste.

No Brasil existe um critério rígido de aplicação da pena já que foram fixados limites (art. 58, CPM) que não podem ser ultrapassados. Assim, quando a pena final estiver fixada no mínimo legal, não mais caberá nenhuma atenuação.

Quanto à suspensão condicional da pena *sursis*, verifica-se que ela não está prevista no direito penal militar espanhol e nem no português.

No Brasil, o *sursis* foi aceito com vedação aos casos de crimes contra o dever e o serviço militar, e contra a hierarquia e a disciplina.

Já no direito penal militar do Peru existe a condenação condicional mais ampla, pois se estende também às penas acessórias. Aqui não é mais a execução da pena privativa de liberdade que é suspensa mediante condições impostas pelo juiz, mas sim a própria sentença condenatória, e uma vez tendo o réu cumprido todas as condições e obrigações que lhe foram impostas é como se a condenação não houvesse existido. Guarda, portanto, certa similitude com a suspensão condicional do processo, instituto trazido ao direito penal brasileiro (mas sem repercussão no direito penal militar) pelo art. 89, da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que criou os Juizados Especiais Criminais.

# AS IDÉIAS VIAJANTES: IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL

*Luiza Cristina Fonseca Frischeisen\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A idéia de igualdade formal. 3. A idéia de igualdade material. 4. Constitucionalismo, soberania popular e a expansão dos direitos sociais. 5. Cidadania e o encontro entre igualdade formal e material

*Uma democracia pode perfeitamente se manter sem ser só uma sociedade de indivíduos. Ela pode ser uma sociedade de grupos, cada um com sua narrativa própria, evidentemente. Mas ainda é preciso que essas narrativas diferentes confluem de alguma forma em narrativa comum.*

(Contardo Calligaris, Notas sobre os desafios para o Brasil, em Multiculturalismo e Racismo, uma comparação Brasil-Estados Unidos)

## 1. Introdução

O professor Gomes Canotilho em uma das edições do seu Direito Constitucional, antes que este se transformasse no atual Direito Constitucional e Teoria da Constituição, afirmava que existem palavras que são como viajantes, viajam através dos tempos e adquirem novos sentidos. Uma destas palavras é Constituição.

Penso que também existem idéias viajantes, às quais estamos sempre agregando novos significados, sem que jamais estejam completamente prontas. As idéias de igualdade formal (jurídica) e material (de fato) fazem parte deste seletto grupo.

Na história brasileira estamos sempre vivenciando tensões entre a chamada igualdade jurídico-formal e aquela que denominamos de igualdade material.

Aqui devemos entender como igualdade formal aquela garantia da igualdade perante a lei e como igualdade material, aquela necessária para que a igualdade perante a lei possa se realizar de fato.

A igualdade jurídico-formal na Constituição Federal de 1988 está prevista no artigo 5º e seus incisos, já os mecanismos necessários para garantir o exercício por todos de tais direitos serão caracterizados pela expansão da igualdade material, ou seja, da expansão das possibilidades

---

\* Luiza Cristina Fonseca Frischeisen é Procuradora Regional da República. Mestre em Direito Público pela PUC/SP e doutoranda em Teoria Geral e Filosofia do Direito na USP. Professora da Universidade de Taubaté, da PUC/SP e da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Associada do Instituto de Estudos de Direito e Cidadania.



da repartição dos bens considerados indispensáveis a uma vida digna e também das expansões das próprias oportunidades para o acesso a estes bens.

A igualdade formal é claramente uma categoria jurídica, já a igualdade material pode ser uma categoria jurídica, mas perpassa a política e a economia.

O discurso atual no Brasil de inclusão dos chamados excluídos se torna de tal forma unânime, que pode levar à idéia de que estamos todos de acordo.

Todavia, o que os diversos interlocutores parecem não deixar claro são os caminhos para a inclusão e quais os graus de inclusão que cada um pretende para os integrantes da sociedade brasileira. Se alguns autores afirmam que cada sociedade apresenta seus próprios limites para a desigualdade, precisamos pensar também se alguns dos interlocutores do debate da inclusão no Brasil não estariam, na verdade, dispostos a tolerar graus muito pequenos de igualdade.

Assim, é necessário avaliar até que ponto a parcela da sociedade brasileira que efetivamente tem acesso aos bens e serviços que garantem parâmetros de vida digna, e, portanto, podem exercer a igualdade formal porque tem acesso à igualdade material, está disposta a abrir mão de parte do seu quinhão, para que a desigualdade possa de fato ser diminuída<sup>1</sup>.

Haveria no Brasil um conflito entre a sociedade civil, aquela que funciona e é eficiente e o social, inoperante, e que precisa da ação estatal como nos faz pensar Renato Janine Ribeiro?<sup>2</sup>

Estaríamos no Brasil dispostos a avançar na igualdade jurídico-formal, mas não estaríamos tão dispostos assim quando tratamos de discutir políticas públicas de construção de igualdade, através de instrumentos jurídicos ou não?<sup>3</sup>

Esta tensão entre igualdade formal e igualdade material poderia ser verificada nas Constituições brasileiras?

Será possível transplantar a idéia de igualdade jurídica intrinsecamente ligada à idéia de sujeito único de direito para o campo dos direitos sociais ou daqueles pertencentes a grupos?

Estes são alguns questionamentos que, sem respostas prontas, serão melhor desenvolvidos nos próximos itens.

## 2. A idéia de igualdade formal

Uma das características do Direito da Idade Média era a pluralidade de fontes e de sujeitos. A idéia moderna do Estado como única fonte de Direito é consequência direta do processo de unificação de grande parte dos Estados europeus, que aconteceu na maior parte deles no curso dos séculos XV, XVI e XVII<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Neste ponto, observe-se a discussão sobre o IPTU na cidade de São Paulo: sem que seja necessário defender uma posição ou outra, verifica-se que as associações de comerciantes e industriais estão unidas contra o IPTU progressivo, ninguém parece estar disposto a pagar mais tributos em prol da isenção de boa parcela da população que habita em imóveis residenciais ou do argumento de que a cidade terá mais recursos para aplicar em programas de interesse geral.

<sup>2</sup> A Sociedade contra o social ou A Sociedade privatizada, em A Sociedade contra o Social, O Alto custo da vida pública no Brasil, p. 19-25, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

<sup>3</sup> E neste sentido temos a resistência de parcela razoável da população brasileira que nega a existência de discriminação contra os negros em nosso País e, portanto, nega-se à discussão sobre políticas afirmativas de inclusão específicas para os brasileiros (as) afrodescendentes.

<sup>4</sup> Somos herdeiros deste processo, na medida em que Portugal como metrópole terá de fazer valer as disposições do direito régio em suas colônias, entre elas, o Brasil.

Unificações estas que, respeitando-se as peculiaridades do processo histórico de cada país, tinham por finalidade fortalecer a autoridade que se definira como central e por consequência o Direito produzido pela mesma, em detrimento das autoridades locais e do direito costumeiro e produzido à margem do Direito Real ou Central<sup>5</sup>.

Por outro lado, as sociedades medievais eram estamentais, ou seja, às pessoas aplicava-se o direito que lhes coubesse como integrante de determinada corporação ou de determinado estamento da sociedade, não existindo a idéia da pessoa como sujeito de Direito.

Será na passagem da Idade Média para a Idade Moderna que serão delineadas as idéias jurídicas de soberania nacional e popular, representação política, separação de poderes, direitos individuais, poder constituinte, que se apresentam ainda hoje como grandes temas de debates.

Uma das criações do direito moderno é a idéia de unicidade do sujeito de direito. Concepção necessária para a criação da idéia da igualdade jurídica, ou seja, de que todos são iguais perante a lei<sup>6</sup>. Da necessidade da produção de uma só norma aplicável a todos decorrerá também a idéia da necessidade da codificação das normas, que será vencedora no século XIX.

Outra idéia cara ao Direito Moderno, da qual ainda hoje somos herdeiros, é da universalidade do direito natural decorrente diretamente do uso da razão<sup>7</sup>.

Tais idéias fazem parte do ideário iluminista revolucionário ou aquele do chamado despotismo esclarecido, como nos ensina José Reinaldo de Lima Lopes:

*“O iluminismo, representando a modernização forçada e pelo alto, consistiu, no direito, em uma crítica dos privilégios estamentais da nobreza, da autoridade, da tradição, crítica dos limites da propriedade feudal, crítica do poder dos reis, crítica do clericalismo (secularização)”<sup>8</sup>.*

Por outro lado, a propósito da idéia de igualdade perante a lei ligada à construção do conceito da pessoa como sujeito único de direito, Giovanni Tarello esclarece :

*“Ahora bien, ningún sistema jurídico puede ser estructuralmente simple, em el sentido apenas aclarado, si confugura diferencias subjetivas debidas a la clase social, a la religión, a la ciudadanía, a la raza, al sexo, al estado familiar, y asi sucessivamente.*

---

<sup>5</sup> José Reinaldo de Lima Lopes pontua: “ Portanto, a nova teoria do direito, que será elaborada nos séculos XVII e XVIII sob o nome de *direito natural*, deita suas raízes nestes processos e eventos históricos: desenvolvimento capitalista do mercado, fim da cristandade, conquista da América, afirmação do Estado nacional. A nova teoria política e jurídica deve entreter-se com os assuntos da soberania e do pacto de dominação (sujeição entre soberano e súditos)”. *O Direito na História – Lições Introdutórias*, São Paulo, Max Limonad, 2000.

<sup>6</sup> Evidentemente que a idéia de igualdade jurídica somente é possível posteriormente à fundamentação teórica da própria noção de igualdade entre os indivíduos. Nesta linha podemos situar Hobbes no século XVI e Locke no séc. XVII. Para ambos no estado da natureza, todos os homens são iguais, embora saibamos que o estado da natureza para Hobbes é o estado de guerra permanente e para Locke no estado da natureza os homens vivem em perfeita liberdade.

<sup>7</sup> Kant é o grande teórico da existência de um direito universal que pode ser compartilhado e percebido pela razão. Ainda hoje, em um mundo em que todos reivindicam o respeito à singularidade, todos querem ser também reconhecidos como iguais. Assim, a base da universalidade dos direitos humanos é justamente a possibilidade de compartilhar a razão e reconhecer no outro um igual, ainda que a comunidade atual seja bem maior do que a Europa de Kant.

<sup>8</sup> *O Direito na História – Lições Introdutórias*, p. 208.

(...)

*Esta igualdad ante la ley no significó otra cosa que unicidad de sujeto jurídico, y por esto fue, más que una ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos<sup>9</sup>.*

Portanto, resta claro que a idéia de igualdade jurídica não possui um caráter de melhor distribuição de bens ou oportunidades para o alcance da igualdade material, mas é tão-somente uma idéia de representação da unicidade do sujeito perante a lei.

O Direito pode ser aplicado igualmente para todos, porque reconhece-se a igualdade e a unicidade de todos os sujeitos.

Todavia, como bem sabemos, a igualdade jurídica no ideário liberal do século XIX era plenamente compatível, por exemplo, com a escravidão, já que a Constituição Brasileira de 1824 assim estabelecia em seu art. 179, inciso XIII: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. E a escravidão só seria juridicamente abolida em nosso País em 1888.

Este o modelo imperativo do liberalismo predominante do século XIX: a igualdade é formal, de cada um perante a lei. Todavia, os mecanismos para que esta possa de fato ser exercida não interessam ao campo do direito<sup>10</sup>.

Fábio Konder Comparato lembra que foi somente com a Constituição de 1934 que incorporamos no Brasil ao conceito de igualdade jurídica o significado de não-discriminação em razão de qualquer característica do indivíduo nos moldes do artigo 113, inciso I daquela Carta: “*Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas*”<sup>11</sup>.

Entretanto, o próprio exercício da igualdade jurídico-formal não é desprovido de dificuldades e a expansão do significado daqueles que podem enquadrar-se neste conceito é prova disso.

Neste sentido, os movimentos pela afirmação dos direitos civis e políticos enquadram-se na expansão da base daqueles que podem ser considerados iguais perante a lei.

Assim, o fim da escravidão no Brasil pôde proporcionar a expansão da idéia de igualdade perante a lei entre brancos e negros ainda na vigência da Constituição Imperial de 1824, o mesmo acontecendo com as mulheres brasileiras em 1932, quando passaram a ter o direito ao voto.

---

<sup>9</sup> La igualdad jurídica y el sujeto único de derecho, em *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, p. 50. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

<sup>10</sup> A propósito do Estado Liberal cunhado durante o século 18, Boaventura de Souza Santos explicita: “*Ao reduzir as ricas tradições epistemológicas do primeiro período do Renascimento à ciência moderna e às ricas tradições jurídicas desde a recepção do direito romano ao direito estatal, o Estado liberal oitocentista teve um papel fundamental e concedeu a si próprio um extraordinário privilégio político enquanto forma exclusiva de poder. Esta tripla redução do conhecimento à ciência, do direito ao direito estatal e dos poderes sociais à política liberal – por muito arbitrária que tenha sido nas suas origens – atingiu uma certa dose de verdade à medida que se foi inserindo na prática social, acabando por se tornar uma ortodoxia conceptual.*” A Crítica da razão indolente, contra o desperdício da experiência, p. 257-258. São Paulo, Cortez Editora, 2000.

<sup>11</sup> Igualdade, Desigualdades, p. 75, Revista Trimestral de Direito Público, nº 01.

Todavia, a igualdade jurídico-formal defendida pelo modelo liberal de Estado esgota-se em suas possibilidades diante da inexistência de condições de igualdade material<sup>12</sup>.

### 3. A idéia de igualdade material

Gomes Canotilho, ao tratar da igualdade material no seu Direito Constitucional e Teoria da Constituição, prefere não definir a expressão, mas sim fazer uma narrativa histórica da expansão daquela no decorrer de largo período histórico<sup>13</sup>.

Logo se vê que o conceito de igualdade material, ao contrário do conceito da igualdade jurídico-formal, é bem mais difícil de ser definido ou delimitado.

Existem também as variáveis que surgem como quando debatemos a idéia de igualdade, como nos lembra Norberto Bobbio: a) os sujeitos entre os quais se trata de repartir os bens e os ônus; b) os bens e os ônus a serem repartidos e c) o critério com base no qual os repartir<sup>14</sup>.

E ainda as perguntas que nos faz Amartya Sen: Por que a igualdade? e igualdade de quê?<sup>15</sup>

Robert Alexy, ao analisar a questão dos direitos subjetivos sob a ótica da igualdade jurídico-formal (de Iure) em paralelo à igualdade material (igualdade de fato) assim explicita as nuances do tema:

*“Este cuadro obtiene un mayor refinamiento si se consideran los derechos de igualdad prima facie abstractos de los cuales – al igual que en el caso de los principios definitivos abstractos – hay dos. Uno de ellos responde al principio de la igualdad de iure, el outro, al de la igualdad fáctica. El derecho prima facie a la igualdad de iure puede ser formulado como derecho prima facie a la omisión de tratamientos desiguales; en cambio, el derecho prima facie a la igualdad fáctica es un derecho prima facie a acciones positivas del Estado<sup>16</sup>.”*

Entretanto, não podemos fugir da discussão da igualdade material vez que esta está posta na nossa Constituição Federal, que em seu artigo 3º estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É certo, como veremos a seguir, que a igualdade material está diretamente ligada à expansão dos direitos sociais.

---

<sup>12</sup> Aqui vale a observação de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, que analisa a igualdade sobre a ótica do Direito Processual Penal: “Na medida em que todos são iguais perante a lei, todos os que tiverem praticado conduta típica, ilícita e culpável, deverão participar do processo penal. Há justiça processual, também, quando os regramentos processuais são os mesmos para todos os acusados. *Há justiça processual, ainda, quando o acesso à justiça é garantido a todos, em igualdade de condições.*” Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro, p. 14, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001 (grifo nosso).

<sup>13</sup> Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 356-365, 3ª edição, Coimbra, Ed. Almedina, 1999.

<sup>14</sup> Direita e Esquerda – Razões e significados de uma distinção política, p. 96. São Paulo, Ed. Unesp, 1995.

<sup>15</sup> Desigualdade reexaminada, p. 43, São Paulo, Rio de Janeiro, 2001.

<sup>16</sup> Teoría de los Derechos Fundamentales, p. 418, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª reimpressão, 2001.

#### 4. Constitucionalismo, soberania popular e expansão dos direitos sociais

Note-se que o mesmo o art. 5º, no qual está estampada a igualdade jurídico-formal<sup>17</sup>, tem em seus incisos garantias que seguem além da igualdade jurídico-formal, por exemplo, quando garante o direito de propriedade em seu inciso XXII, mas no inciso imediatamente abaixo afirma que a propriedade atenderá a função social.

Já nos artigos 6º e 7º estão estabelecidos direitos sociais de todos os integrantes da sociedade e dos trabalhadores propriamente ditos.

A Constituição Brasileira de 1988 ultrapassou em muito o modelo de Constituição liberal que imperou no século XIX. É herdeira da tradição iniciada com as Constituições Mexicana e de Weimar que incorporam direitos sociais no rol de direitos dos cidadãos.

É necessário ressaltar que a idéia contemporânea de Constituição é bastante diferente daquela que tinham os liberais do século XIX. Para os liberais daquele período, Constituição era antes de tudo instrumento ordenador do funcionamento e poderes do Estado e das relações de sujeição dos cidadãos para com a administração, acompanhada da declaração de direitos civis e políticos nacionais do Estado em questão.

O exercício da soberania popular e a expansão dos mecanismos de representação (do sufrágio universal) sempre foram um problema para os liberais constitucionalistas. Havia sempre uma tensão entre aqueles que produziam as regras de funcionamento do Estado e aqueles aos quais as regras seriam aplicadas.

Na Europa do século XIX, que vivia o período de restauração pós-Revolução Francesa de 1789, e nas colônias do continente americano que se tornavam independentes, o exercício da soberania popular nos moldes preconizados por Rousseau e Siéyes causava pavor<sup>18</sup>.

À idéia do movimento constitucionalista que defendia a permanência da Constituição contrapunha-se a idéia de uma assembléia que, formada por representantes do povo, poderia mudar a Constituição inúmeras vezes colocando em risco a estabilidade almejada<sup>19</sup>.

Maurício Fioravanti explicita que esta tensão entre Constituição e soberania popular somente deixará de ser um problema grave quando os direitos sociais são introduzidos nas Constituições já no século XX, a partir da Constituição de Weimar em 1919:

*“En suma, la constitución tenía necesidad de contener en sí las grandes decisiones del poder constituyente, enunciándolas con otras igualmente grandes normas de preincipio. Sobre todo en materia de derechos fundamentales y de igualdad. La Constitución, en cierto sentido, há vuelto así a poseer, como en tiempo de revolución, un contenido político que stá directamente ligado a la voluntad constituyente del pueblo soberano y que es un contenido democrático”<sup>20</sup>.*”

<sup>17</sup> Ressalve-se que na forma do artigo 5º da Constituição Federal a igualdade perante a lei é assegurada a todos sem distinção de qualquer natureza (e neste todos incluem-se inclusive os estrangeiros).

<sup>18</sup> Neste sentido, um dos clássicos críticos da Revolução Francesa: Edmund Burke no seu *Reflections on the Revolution in France* de 1790.

<sup>19</sup> Como de fato aconteceu no período revolucionário de 1789 na França.

<sup>20</sup> Cabe destacar, entretanto, que a Constituição Mexicana de 1917, que se segue à Revolução de 1910 naquele país, já continha rol de direitos sociais e pode ser considerada como a primeira Constituição de conteúdo verdadeiramente democrático.

Portanto, com a incorporação nas Constituições da idéia que a igualdade de fato (material) passa-se a exigir do Estado um posição ativa diretamente ou através de delegação para real eficácia daquela.

Para alguns autores, neste momento a própria idéia de Estado como única fonte do Direito passa a transmutar-se para uma idéia de Constituição como fonte de Direito<sup>21</sup>.

Mas seriam nossos operadores do direito formados em escolas e tradições, que os permitem pensar nos direitos sociais como direitos subjetivos? É possível que o instrumental da igualdade jurídico-formal possa dar conta das novas demandas coletivas?

## 5. Cidadania e o encontro entre igualdade formal e material

Como explicitado anteriormente, igualdade jurídico-formal e igualdade material, em um Estado Democrático de Direito, que tem a Constituição como fonte de direito, são como as duas faces de uma mesma moeda.

Ao incorporar um conteúdo material de não-discriminação, a igualdade jurídico-formal não pode mais ser somente de direito, ela precisa existir de fato para se tornar verdadeira e eficaz.

Neste sentido a palavra cidadania, esta também uma palavra viajante, antes ligada à nacionalidade, pois cidadão de um país era aquele nacional de um determinado Estado, sujeito de direitos e obrigações neste espaço-território, hoje significa exercício de direitos, em espaço que pertence a todos, e, portanto, a cidadania é essencialmente geral e pública, que se opera no espaço da sociedade civil como um todo.

Na lição de Ralf Dahrendorf: “A sociedade civil não é um jogo privado de discurso inteligente à parte das instituições do governo, muito menos contra elas. Ao contrário, é o conceito abrangente de unidades sociais no qual a cidadania é o princípio orientador<sup>22</sup>.”

Entretanto, como sabemos, a sociedade brasileira é perpassada por graus extremos de desigualdades, sem a inclusão desta parcela da população nos sentidos que nos oferece o artigo 5º da Constituição Federal, impossível pensar em cidadania no nosso País.

Esta inclusão implica, inclusive, expansão do acesso à justiça para que o reconhecimento da igualdade jurídico-formal resulte em igualdade material.

Aqui o papel dos operadores do direito comprometidos com a igualdade: fazer com que a Justiça funcione para todos e não somente para pequena parte da população<sup>23</sup>.

Portanto, buscar a cidadania é cumprir a Constituição e o real sentido material da igualdade jurídico-formal.

---

<sup>21</sup> Francisco Rubio Llorente explicita a questão: “*La Constitución no es sólo una disciplina sobre las fuentes del derecho. Ella misma es, y con eso entramos en lo meollo de nuestra reflexión, fuente del Derecho. De ella dimanar derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos, cuya relación se establece así como relación de sujetos, como relación jurídica, y ello no porque el Estad sea encarnación de la idea germanica de libertad, sino porque la titularidad de la soberanía no le corresponde a él, sino al pueblo, es decir, para huir del riesgo de nuevas hipostizaciones, al conjunto de los ciudadanos.*” La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución), p. 47-48, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>22</sup> O Conflito Social Moderno, p. 49, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 1992.

<sup>23</sup> José Murilo de Carvalho explicita o tema ao afirmar que, embora os direitos sociais estejam declarados, o exercício efetivo dos mesmos, que estaria no campo dos chamados direitos civis, como o acesso à justiça deixa muito a desejar em nosso País. Cidadania no Brasil, o Longo Caminho, páginas 214-217.



## Bibliografia

- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BASTOS, Aurélio Wander. Os Cursos Jurídicos e as Elites Políticas Brasileiras. Brasília, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 1973.
- BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda, Razões e Significados de uma distinção política. São Paulo, Ed. Unesp, 1995.
- \_\_\_\_\_. Igualdad y Libertad. Barcelona, Ediciones Paidós, 1993.
- CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições do Brasil. São Paulo, Editora Atlas, 10ª edição, 1989.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1999.
- CARVALHO, José Murilo de. A Construção da Ordem. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 1996.
- \_\_\_\_\_. Cidadania no Brasil, o Longo Caminho. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2001.
- CLAVERO, Bartolomé. Código Civil, Título Preliminar: Primera Recepción Española y Primer Rechazo Constitucional em De la Ilustración al Liberalismo. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- DAHRENDORF, Ralf. O Conflito Social Moderno, um ensaio sobre a política da liberdade. São Paulo, Jorge Zahar Editor e Edusp, 1992.
- FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. Madrid, Trotta, 2001.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas Públicas, A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- GROSSI, Paolo. Em busca da ordem jurídico medieval.
- HESPANHA, António M. Sabios y rusticos: la dulce violencia de la razón jurídica, em La Gracia del Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- HOBBS, Thomas. Do Cidadão. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito, 2ª edição. São Paulo, Ícone Editora, 1993.
- KUNTZ, Rolf. Locke, Liberdade, Igualdade e Propriedade. Clássicos do Pensamento Político, org. por Célia Galvão Quirino, Cláudio Vouga e Gildo Marçal Brandão. São Paulo, Edusp, 1998.
- LOCKE, Jonh. Dois Tratados sobre o Governo. São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- LLORENTE, Francisco Rubio. La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História, lições introdutórias. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Tratamento Igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, vol. 15, número 42, fev. 2000.
- RIBEIRO, Renato Janine. A sociedade contra o social, o alto custo da vida pública no Brasil. São Paulo. Companhia das Letras, 2000.
- ROUANET, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A Idéia de Justiça em Kant, seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte, Editora UFMG, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica da Razão Indolente, contra o desperdício da experiência. São Paulo, Cortez Editora, 2000.
- SANTOS, Milton. Por uma outra globalização, do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro. Record, 2000.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. O Espetáculo das Raças. São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- SEN, Amartya. A Desigualdade reexaminada. Rio de Janeiro. Record, 2001.
- SKINNER, Quentin. As Fundações do Pensamento Político Moderno. São Paulo, Companhia das Letras, 1996.
- SOUZA, Jessé. org. Multiculturalismo e Racismo, uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília, Paralelo 15, 1997.
- TARELLO, GIOVANNI. Ideologías del Siglo XVII sobre la Codificación y Estructura de los Códigos em Cultura Jurídica y Política de Derecho.
- VITA, Álvaro de. A Justiça Igualitária e seus Críticos. São Paulo. Editora Unesp. 2000.



## DOIS CONCEITOS DO POLÍTICO

*Marco Aurélio Dutra Aydos\**

**Sumário:** 1. A “grande narrativa”. 2. As biopolíticas. 3. Sobreviverá a Modernidade? 4. Radicalismo universalista e radicalismo particularista. 5. A Situação política alemã no início do século 20. 6. A República de Weimar. 7. Carl Schmitt. 8. Heller em “revisita ao conceito do político”. 9. A “ética do cuidado” e o “pastor do Ser”. 10. A filosofia realizada entre nós, de 1964 a 2002

Poucos filósofos da política no século 20 foram tão perigosamente daninhos à democracia liberal, e tão obscurecidos nesse perigo, quanto o jurista alemão Carl Schmitt. E raros continuam tão redivivos e influentes, ainda que desconhecido dos agentes da política, quanto ele. Entre seus contemporâneos, ele chegou a ser visto como o “Hobbes do século 20”, e talvez com razão. Revisitar o pensamento radical de Schmitt não é ressuscitá-lo por sua grandeza, mas necessário para que forjemos antídotos conceituais que impeçam a sua reparação “espontânea” nas práticas e linguagens da política pós-moderna. Agnes Heller, percebendo essa necessidade, dedicou dois ensaios à reformulação crítica do que há de essencial na obra de Schmitt, abrangendo o “conceito do político” e o conceito de decisão<sup>1</sup>. No presente artigo, por limite de espaço, queremos apenas apresentar, sob o pano de fundo de cada um dos momentos políticos que deu origem a cada um dos conceitos, a reformulação do conceito do político de Schmitt, tal como apresentada por Agnes Heller. O conceito do político de Schmitt é radical, particularista e moderno por excelência. O conceito reformulado por Agnes Heller sofre o influxo do rechaço das grandes narrativas modernas, característica da condição política pós-moderna. Ao tempo em que resenhamos o conceito do político de Carl Schmitt e sua reformulação crítica por Agnes Heller, liberando-o de sua carga tirânica original, apresentamos em ambos os casos os contextos espirituais que deram origem a ambas as formulações. No primeiro caso, o espírito totalitário que destruiu a República de Weimar. No segundo, a condição política pós-moderna, que rechaça as “grandes narrativas” da modernidade, situação espiritual que dará lugar às “biopolíticas” pós-modernas. Vejamos, em primeiro lugar, o espírito político do nosso tempo, com Agnes Heller.

### 1. A “grande narrativa”

A filosofia política e moral do século 20 foi uma filosofia de feitio radical que rompeu

---

\* Marco Aurélio Dutra Aydos é Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Filosofia pela New School for Social Research, Nova York, EUA.

<sup>1</sup> “The Concept of the Political Revisited” em *Can Modernity Survive?* E “Decision as Will or as Choice” em *The Grandeur and Twilight of Radical Universalism*, Pp. 405/414.

com a tradição da filosofia até Hegel. A consigna radical está na tese de número 11 de Marx, que mandava deixar-se de apenas interpretar o mundo, e tratar-se de transformá-lo. A filosofia deveria “realizar-se” e realizou-se de fato. A filosofia de Marx, mal ou bem, realizou-se e tornou-se real no Leste Europeu, mas essa “realização” entra em colapso, depois de 1956 (Hungria), passando por 1968 (Praga) até a queda do muro de Berlim, em 1989. Deixamos de acreditar na redenção da espécie humana pela política. O movimento filosófico que deu origem a essa imaginação chama-se radicalismo universalista. Falecido este, sobrevive a sua contraparte, concebida no mesmo período histórico, que é o radicalismo particularista de Carl Schmitt.

O crepúsculo do universalismo radical, ou o fim da filosofia da práxis (que são apenas rótulos filosóficos a designar o falecimento do comunismo, também apelidado de socialismo real), engendra a “condição política pós-moderna”. O “giro” pós-moderno na política tem sido explicado como o rechaço consciente da “grande narrativa”.

A grande narrativa é construção teórica e prática tipicamente moderna. É a arrumação da História, com h maiúsculo, numa estória que faça sentido, que tenha início, meio e fim, que seja “racional”. Hegel foi o autor mais representativo de uma narrativa desse gênero, ao definir que o “Espírito do Mundo” revelava a trajetória da Razão na História, desde o despotismo asiático (da liberdade de um), através do mundo greco-romano (da liberdade de alguns) para o mundo moderno (da liberdade de todos). Marx conduziu a grande narrativa para o futuro, dizendo que toda a história humana não passava de “pré-história”, que a verdadeira história ainda estava para realizar-se, e teria começo verdadeiro a partir da abolição das classes, que forjaria o “homem novo”, fundindo “Natureza” e “Liberdade”.

A condição política pós-moderna rechaça a grande narrativa. “*É precisamente esse giro pós-moderno o que foi exposto corretamente no ensaio tão grosseiramente mal-interpretado de Fukuyama, que resume o rechaço da grande narrativa na política com o termo hegeliano do ‘fim da História’*”, asseveram Heller e Fehér.<sup>2</sup>

Costuma-se na esquerda radical apelar ao discurso do “inimigo” e então diversos livros, autores e até mesmo expressões são rotulados como “ideologias”, e recusados numa atitude “religiosa”, de que é um exemplo a recusa em admitir o termo “pós-moderno”, que seria no todo uma expressão da decadência ou ideologia de direita.

Na verdade, se todos estão falando de um espírito que seria “pós-moderno”, cabe à filosofia explicitar em termos abstratos e históricos se há “razão” nisso, sem descuidar de denunciar as falas puramente ideológicas. Por isso que seguiremos ainda um pouco na digressão filosófica do que distingue em essência as políticas modernas e pós-modernas.

Ainda segundo Heller, em sua formulação da filosofia da história em fragmentos, de 1993, a categoria central da modernidade é a da contingência, que está ligada ao conceito de destino. Os homens e mulheres modernos, ao contrário do pré-moderno, apesar de todas as suas determinações, conhecidas e desconhecidas, de toda a maior ou menor mobilidade social etc, têm diante de si a tarefa de escolherem-se existencialmente e assim darem a si um “destino”<sup>3</sup>, diversamente dos pré-modernos, para os quais só existia uma “sina”, ou “télós”, dado pela

<sup>2</sup> HELLER, Agnes & FEHÉR, Ferenc. *Biopolítica*....P. 47. A obra será referida ora em diante como Bio, seguida da página, no corpo do texto.

<sup>3</sup> HELLER, Agnes. *A Philosophy of History in Fragments*. P. 19.

“loteria genética”. Quem havia nascido servo seria servo para sempre, e não haveria como ser algo diferente. Só para os modernos a pergunta que se faz às crianças – “o que você quer ser quando crescer” – é possível. No mundo moderno homens e mulheres são conscientes de serem artífices de seu destino, e com isso a modernidade verá o aparecimento de outros sentimentos não existentes outrora, como o desespero e a angústia. Surgem, por outro lado, a esperança e o espírito da Utopia, que são construções imaginárias modernas. “*Os antigos não tinham esperança, logo eles não tinham história. Somente a visão da Vinda do Reino que não é desse mundo pode tornar todos os Reinos desse mundo provisórios, ou seja, históricos*”.<sup>4</sup> A modernidade construiu, para bem e para mal, a idéia de que somos artífices não só do destino individual, mas do destino coletivo, através da imaginação filosófica que construiu as “grandes narrativas”. Junto com elas, surgiram utopias radicais, que saltam além de Rodes, e prometiam fundir a Natureza humana e a Liberdade, dominar a natureza e expandir os seus limites indefinidamente. Junto com elas, veio a possibilidade histórica da aniquilação, pela política, da Vida e da Liberdade, em massa, pelo comando da imaginação tecnológica. Depois de Auschwitz e do Gulag, deixamos de orientar-nos na história (individual e coletiva) pela “grande narrativa” e esse é todo o horizonte histórico que temos.

A partir do rechaço da “grande narrativa” moderna, surgem as políticas da pós-modernidade em rota de colisão com o espírito da modernidade. Como o reclamo comum é de retorno à entidade mítica denominada “Corpo”, que teria sido podada pela entidade igualmente mítica denominada “espírito”, podem as políticas pós-modernas ser agrupadas sob a bandeira da biopolítica. Para compreender a nova linguagem, resenhamos o texto *Biopolítica*, de Agnes Heller e Ferenc Fehér, de 1995.

## 2. As biopolíticas

Dentre as heranças não cumpridas da modernidade estaria o sonho fáustico de “dominar a Natureza”, fazer recuarem as barreiras naturais. A modernidade levanta-se contra a pré-modernidade como a utopia racional contra o crescimento “orgânico”, como planejamento e ordem contra o caos. Mas “depois de Auschwitz e do Gulag (...) é possível que a modernidade tenha menos energias para planificar e projetar do que as de que necessita para sobreviver” (Bio, 8).

As políticas tradicionais da modernidade são políticas de classe, centradas na idéia “espiritual” da liberdade, nos conceitos universais de “gênero humano”, etc. Pode muito bem que a ilustração branca encubra preconceitos e diferenças, mas pode também que a entidade denominada “Corpo” não apresente um arsenal de “defesa” contra o veneno totalitário que se infiltra nas biopolíticas. Que são biopolíticas e onde se infiltra nelas o veneno totalitário?

O termo foi introduzido por Foucauld, que também define a rebelião do corpo contra o “espírito” (entidade que é uma criação da modernidade, mais além da alma cristã), na fórmula: “*a alma é a prisão do corpo*”. É verdade que “quase todas as principais tendências da modernidade foram contrárias ao Corpo, e subestimaram ou submeteram o corpóreo ao mesmo tempo em que procuravam regrá-lo e substituí-lo” (Bio, 11, 15). Só se pode falar num “corpo político” em sentido próprio em tempos pré-modernos. “A modernidade não

---

<sup>4</sup> HELLER, A *Philosophy of History* ... p. 51.

tolerou e não necessitou de um corpo político”, ao contrário, apresentou como vantagem decisiva o incorpóreo, o impessoal e invisível, de modo que também se podia passar despercebido do político, abster-se do político e não ser “totalmente vigiado”. Uma das características da dialética da modernidade está em que “ao passo que suas tendências principais desvalorizam o corpo, foi precisamente a modernidade quem emancipou legalmente o corpo pela primeira vez na história escrita, ao ampliar a lei de *habeas-corporis*, antes privilégio do nobre, e convertê-la em princípio geral para todos”(Bio, 18).

Alguns elementos decisivos distinguem as biopolíticas das políticas tradicionais:

(1) Ambas elaboram diferentemente o “domínio” do político. Para a política moderna tradicional, o espaço do político é o domínio público por excelência, e sob a experiência totalitária, “somente com muita reticência ela aproxima-se da esfera privada”. Já as biopolíticas lançam-se ao cenário político do privado para o público, com a problemática consigna de que “tudo é político”. As políticas tradicionais tendem a limitar a esfera da política abrindo espaços ao que está “além da justiça” (a vida boa), ao passo que as biopolíticas centram toda a vida boa na linguagem dos “direitos” e chegam a ponto de perceberem todas as dimensões da existência humana como “contratos”, direitos e ações legais, o que é uma “perversão cultural”(Bio, 49, 55).

(2) definem-se as biopolíticas em geral pela aplicação despudorada de uma “dupla verdade” (o que vem de um ‘amigo’ é verdade ao passo que a verdade do inimigo é mito), como também a limitação à política de “amigo-inimigo”. É uma fala política que se situa perfeitamente “no diapasão político da democracia de massas”. Segundo Heller, costuma-se criticar legitimamente a definição do político pela recorrência ao binômio amigo-inimigo, mas esta é uma fórmula adequada a toda política “vazia de liberalismo”(Bio, 32, rodapé). Daí que formulem (contrariando a esperança razoável de um universalismo limitado em que possa haver “diálogo” entre as diferentes culturas), epistemologias *regionais*, de onde surgem por sua vez “verdades regionais” e teorias como a do “minidiscorso”.

(3) um dos sintomas de infecção totalitária nas biopolíticas é a consigna já bastante popular de “correção política”, que pretende forjar uma única opinião politicamente correta sobre determinado assunto. Dentro do universo “politicamente correto” há um retorno aos tempos em que ser “*menos que radical resultava ser incoerente, frívolo ou covarde no cenário da esquerda*”(Bio, 38).

(4) Há uma diferença “assíncrona e por isso conflitiva” entre as políticas modernas tradicionais e as biopolíticas, uma vez que as primeiras tendem a elaborar suas pautas de ação abandonando a “grande narrativa”, ao passo que as últimas estão prestes a elaborar suas versões da mesma, ao re-elaborarem discursos históricos que tenham início, meio e fim, sobre bases científicas ou míticas.

(5) as políticas modernas tradicionais tendem para (a) base de classes, (b) um universalismo, (c) a construção do valor universal da liberdade, como “herança espiritual da modernidade”, (d) a valorização da “forma” como assecuratória da liberdade. Já as biopolíticas teriam uma “tendência antiuniversalista” no que são fortemente pós-modernas, teriam uma base antiespiritual, centrada na entidade denominada “O Corpo” (daí porque elaboram políticas de gênero, de raças, de saúde, da Natureza, etc.) e tendem a elaborar a política sobre a base de “substâncias” (o que o gênero, ou a raça, etc. *são*).

Como regra, as biopolíticas têm apresentado uma tendência antiliberal, de amigo/inimigo. Uma das maneiras pelas quais a tentação totalitária infecciona as biopolíticas é precisamente a forma de “autoclausura” em que elaboram suas políticas. Mais notáveis dentre essas formas estão uma espécie histórica de feminismo (presente nos Estados Unidos) e de política de raças.

“O primeiro passo no rumo da autoclausura é a novidade do feminismo acadêmico de uma ‘epistemologia especial’. Algumas de suas piruetas são claramente grotescas, como a crítica feminista à ‘teoria matemática do caos’, potente recordação dos bons velhos tempos da revolução cultural do presidente Mao e sua crítica à ‘química burguesa’”. Mas não é preciso ir ao extremo para ter em conta que é o abandono do “postulado de fazer compreensível a experiência a potencialmente ‘todo ser humano’, o que equivale precisamente a cancelar o espírito da modernidade que não admitiu o conceito de ‘conhecimento de casta’” (Bio, 31).

Sequer se podem refutar os argumentos da epistemologia regional, porque “os fundamentos desse ‘ramo do conhecimento’ são na verdade a mística do graal de um grupo de iniciados”, possuída pela lógica da política de amigo-inimigo que domina a biopolítica hoje.

Entre as biopolíticas dominantes estariam as políticas de saúde, que impõem um determinado modo de vida “politicamente correto” adentrando na esfera personalíssima da liberdade, sob o argumento de defesa do “corpo”, tendência que chegou a inventar a consigna do “fumante passivo” sob o argumento de “gastos públicos”. Em última instância “não se pode perseguir a saúde como política, com sua tendência a ‘disciplina e castigo’ sem o binário ‘amigo-inimigo’. A biopolítica de saúde, especialmente como política sexual, “é uma reação aos anos 60 (uma parte considerável da política sexual atual não é em realidade mais do que contra-revolução sexual)” (Bio, 79, 73). A condição política pós-moderna verá com frequência a inversão dos signos, em que os filhos de pais que viveram os anos 60 também são revolucionários, mas “abraçam princípios radicalmente conservadores”, sendo que surgirá uma forte tendência religiosa, com o ressurgimento de valores como a virgindade e outros tabus conservadores.

O movimento antiassédio, que na verdade é um elogio da sexualidade, “de seu caráter eminentemente humano, o reconhecimento da sexualidade como um grande poder formativo, emocional e cultural”, por isso mesmo cometeu um erro catastrófico ao unir-se a um impulso explicitamente violento “em favor da dessexualização do mundo (uma evidente reação desesperada ante a revolução sexual falida dos anos 60)” (Bio, 101-2).

Por fim, a corrente mais em voga da biopolítica retorna a uma política de raças que, tal como a “epistemologia regional” das feministas, aponta para uma impossibilidade de princípio de compreender o outro, sendo que a diferença reporta-se a um aspecto absolutamente biológico (está impressa no corpo).

A ordem democrática moderna é anônima, mas “ser invisível é estar livre da Visão Pública e significa, nesse sentido, proteção”. Apesar de que se inscreva num marco democrático, “a reaparição súbita da política de raça continua sendo a vitória póstuma de Hitler. A autodefinição genética da ‘raça’ pode camuflar-se, mas segue existindo sob a superfície, e sua presença oculta reinvoca o ritual arcaico da hostilidade contra o ‘estranho’” (Bio, 115).

A cultura ‘estranha’ pode ser aprendida, ainda que com esforço, mas a “entidade



genética” só se pode desnudar em sua “estranheza”, e nada se pode aprender de um “diálogo tão fútil”. A raça é a negação da cultura e da historicidade. A raça não tem história, só tem mitos. “Todos os modernos querem reter as ‘lições’ e os ‘frutos’ da mudança histórica como uma parte integral de sua própria personalidade; assim é como se distinguem dos pré-modernos. Nesse sentido é que a raça não tem história. Não tem relatos significativos, comovedores, surpreendentes, eletrizantes; em suma, tem mitos”.

“Os conflitos étnicos de raças são um triunfo decisivo, embora aterrador, do corpóreo sobre o espiritual. A paisagem foucauldiana da modernidade é bastante lúgubre se for enfocada desde o ponto de vista de uma política de raças”(Bio, 118).

### 3. Sobreviverá a Modernidade?

Diante do cenário político em que nos situamos, a pergunta é sobre a capacidade de sobrevivência da modernidade, liberada do jugo das grandes narrativas. No cenário político pós-moderno, haverá os que não “desistem” da modernidade, e que entendem que a “modernidade” deve sobreviver pagando o preço de reduzir o horizonte de sua utopia de fundir “Natureza e Liberdade”, mantendo um arsenal de conquistas espirituais (como o Estado democrático-liberal, formas de defesa da privacidade contra a invasão política e defesa contra a ameaça de infecção totalitária) que são desenvolvimentos do valor universal da Liberdade. Para tanto será preciso deixar sepultado o que não deve retornar: a política de classes, o paradigma da produção, a linguagem e prática teológicas de uma esquerda radical e messiânica, etc. Haverá, de outra parte, os que embarcarão nas biopolíticas, tipicamente pós-modernas, muitas vezes assumindo com uma naturalidade impressionante os riscos totalitários do discurso do “biologismo”, que, tal como já advertia Lukács, via de regra dá lugar a concepções reacionárias de mundo<sup>5</sup>. Por serem um rechaço da herança política moderna forjada sobre a base de classes, as biopolíticas aparentemente estariam além do binômio esquerda e direita e das dicotomias maniqueístas da modernidade. Mas pode ocorrer que sejam usadas como capas para falsear e reprimir conquistas e lutas autênticas. Assim como o adesivo “de esquerda” na lapela já foi cavalo de Tróia para tiranos e ditadores, a neolinguagem política pós-moderna também lhes servirá como luva, com a vantagem de destronar a linguagem de outros pelo culto ao novo “em si”, sempre reacionário. O feminismo falso e oportunista, por exemplo, demonstrado por alguns de nossos políticos, na realidade é, para ambos os gêneros, um insulto. A paisagem pós-moderna, ante a falência das auto-imagens redentoras de esquerda, é favorável ao oportunismo antidemocrático e antiliberal, que terá curso praticamente livre para aniquilar as liberdades sob o jugo da linguagem “substantiva” pós-moderna. Afirma Heller que “Não há razão para que tenhamos muitas ilusões. *Os Le Pen da biopolítica de direita também têm sua ‘suposta concepção do Bem’ em cujo nome pretendem reprimir nossas liberdades*” (Bio, 121/2). E é para defesa de nossas liberdades, em plural, que deveremos estar em guarda contra a infecção totalitária nas biopolíticas.

É preciso abandonar o discurso de conto de fadas, atual, de que a democracia liberal já se instalou definitivamente sobre o globo e ela é o oposto excludente do totalitarismo. Devemos perceber que a modernidade sempre elaborou idéias maniqueístas, e “uma das

---

<sup>5</sup> LUKÁCS, György. *El Asalto a la Razón...* P. 538.

*novas versões do pensamento maniqueísta é a suposição mais recente de que o totalitarismo, a abolição institucional da nossa liberdade, e a democracia sejam opostos absolutos e mutuamente excludentes. Uma vez vencido o dragão totalitário, reza o conto de fadas da esperança, a liberdade está garantida definitivamente...*” (Bio, 119). Pelo contrário, há sinais suficientes de que a ameaça de uniformização do indivíduo, de intolerância para com o insólito e o excêntrico, ditaduras de maiorias politicamente corretas, etc. convivem com instituições da democracia liberal e eleições.

Rota de colisão não significa “ou isso ou aquilo”. Seria falso dizer que temos de optar entre as políticas tradicionais da modernidade *ou* as biopolíticas pós-modernas. Ambas terão de conviver na situação espiritual do nosso tempo. A questão é de que modo se vai além do caráter autodestrutivo da modernidade, como se rechaça a grande narrativa e o que vem em seu lugar, e de como as políticas tradicionais formularão sua relação com as biopolíticas: se numa política de (1) diálogo ou de (2) autoclausura. Mas a relação que teremos com as políticas da pós-modernidade depende em grande medida do “conceito” do político que abraçamos, conscientemente ou não. O que nos remete ao conceito excludente do político de Schmitt e sua reformulação por Agnes Heller.

Repensar o pensamento de outro também é aprender, disse Hegel com propriedade (Filosofia do Direito, § 69). Pretendemos repensar o pensamento de Carl Schmitt mediante o prisma da “soberana competência do olhar” de Ágnes Heller, quando dissecou as origens e significados filosófico-políticos do “decisionismo” e do conceito do político de Carl Schmitt, para, ao final, reconstruir o conceito do político, liberado da sua carga tirânica original.

O olhar de Heller é soberano também quando rejeita uma postura típica da esquerda intelectual, a do patrulhamento contra certos “autores perigosos”. A vertente que pretende que não se leiam os autores perigosos é uma vertente anti-iluminista, que por vezes chega a conter alguns traços narcísicos (oculta-se o que se sabe para “saber mais”). Se há certos autores perigosos, com certeza são estes os que devem ser lidos e discutidos em filosofia política, para serem compreendidos, criticados e reformulados. Esse é o único meio de eliminarmos a poderosa influência que exercem sobre as construções imaginárias de que nos valem para agir politicamente.

O afamado conceito do político de Schmitt é tipicamente moderno, e representa a fórmula adequada de um radicalismo particularista, não universal. Vejamos o que vem a ser essa categoria.

#### **4. Radicalismo universalista e radicalismo particularista<sup>6</sup>**

A filosofia política representativa do século 20 foi uma filosofia radical. O mesmo ocorreu com a filosofia moral, do início do século, a partir dos paradigmas dos extremos, compreendidos na expressão utilizada por Karl Jaspers de “situação limite”. Ao passo que a filosofia moral tradicional sempre se importou com a pessoa normalmente boa, a filosofia moral do século 20 erigiu como personagens do discurso ético os extremos do santo e herói, de um lado, e da escória humana de outro. Essa é uma forma de radicalismo que costumeira-

---

<sup>6</sup> HELLER, Agnes & FEHÉR, Ferenc. Apresentamos os conceitos referidos apropriando, sinteticamente, a exposição de Heller & Fehér, na Introdução a *The Grandeur and Twilight of Radical Universalism*.



mente introduz na filosofia política um acento teológico. Daí se verá a filosofia política falar em redenção e salvação, e surgirão políticas messiânicas, etc.

Heller parte do conceito de “universalismo radical” para contar a “história” teórica da filosofia da práxis em sua vertente universalista (com origem em Marx). Segundo a conhecida tese de número 11, de Marx, a filosofia deveria deixar de apenas interpretar o mundo e realizar-se, modificar o mundo.

Alguns elementos comuns são elaborados pelas filosofias políticas radicais, dentre eles (1) a “Era da Onisciência” (o dever é uma decorrência do conhecimento científico do futuro); (2) o direcionamento do discurso a coletivos, com a fixação de deveres ético-políticos no plural (já não se pergunta o que eu devo fazer, mas o que a classe, o partido, etc. deverão fazer), (3) a aspiração a uma nova “classe política” (caso de Hannah Arendt, radical, mas não-universalista, mas também um pouco do Max Weber de “*A Política como Vocação*”). O mundo moderno reificou a estrutura do Estado, tornando-a uma burocracia, mas não criou uma “classe política”. Os antigos não tinham conceitos do político, e não precisavam, pois relacionavam-se à política de modo quase-natural. Kant e Hegel formularam diversos aspectos filosóficos da política moderna, mas não um “conceito do político”. O conceito do político é por si uma necessidade do radicalismo político e engendra políticas radicais. (4) O radicalismo também surge de filosofias radicais, que reverteram a metafísica tradicional. Já não adianta construir castelos especulativos no éter das idéias, acima da condição “demasiado humana”. É preciso descer aos subterrâneos e descobrir novas forças e determinações do agir humano. Daí porque as filosofias radicais vão à raiz. Em Marx, a raiz é a luta de classes, motor da História. Em Freud, a raiz é o subterrâneo bárbaro e desconhecido do inconsciente, que é um desenvolvimento de uma vertente do pensamento de Nietzsche. Em Kierkegaard a raiz é a *existência* do indivíduo (a existência precede a essência, o indivíduo é o universal). Que as filosofias políticas radicais de Lukács, Heidegger e Carl Schmitt sejam expressões do existencialismo de Kierkegaard não é novidade (e tampouco “culpa” de Kierkegaard, como seria dito mais tarde na mais dogmática das obras filosóficas de Lukács, que é a história da Destruição da Razão).

Falando a partir da experiência opressora do “marxismo realizado” no Leste Europeu, é natural que Heller e Fehér ponham de lado nessa história outras vertentes de filosofia da práxis, como o “radicalismo particularista” de Carl Schmitt (que é, por seu turno, aquela que nos interessa, porque é a filosofia que se realizou entre nós).

Vejamos, com mais clareza, o que significa o radicalismo universalista, e saberemos também visualizar o outro lado da mesma moeda.

A expressão “radicalismo universalista” não foi um termo usado por Marx, mas designa o seu modo de pensar a filosofia prática, a partir da famosa tese de número onze. Segundo o dito, os filósofos já haviam interpretado o mundo de diversas formas, agora era hora de transformá-lo. A transformação da função da filosofia, por paradoxal que pareça, torna-a uma filosofia da “antipráxis”. Porque, se o “dever” já é dado cientificamente por alguém, “rouba-se à prática a liberdade de escolha, de falhar e de reconsiderar”. Por maior que tenha sido a tradicional vontade dos filósofos de influenciar as instituições políticas, as filosofias não eram até Marx vistas como “armas” para a política, pelo menos não como Marx concebeu a sua. “*A filosofia prática permaneceu ética, ou tornou-se, com Kierkegaard, existencial*”.

A partir do momento em que foi posta em prática, revelou-se o seu erro. O radicalismo universalista foi posto em prática por duas vezes, “*a primeira por motivos nobres, a segunda, por motivos ignóbeis*”. O abandono de uma terceira chance sinaliza também o começo do fim dessa história, o “crepúsculo do universalismo radical”.

Esse radicalismo da filosofia da práxis era universal no sentido de Hegel. Haveria uma única história universal, sendo as histórias concretas apenas particularistas, que só teriam sentido à medida que se enquadrassem na “marcha” da História universal, que seria marcha progressiva no rumo da liberdade. Marx radicalizou o universalismo de Hegel ainda mais, ao projetá-lo para o futuro.

Que o universalismo radical de Marx tenha sido o mais influente e abrangente não quer dizer que não tenha havido outros radicalismos, não-universalistas.

*“O radicalismo político e social também retirou inspiração de muitas outras fontes, entre elas algumas não-universalistas, tais como de alguns anarquistas, de Nietzsche, e de autores racistas. Mas a obra de Marx eleva-se sobre todas tanto pela abrangência quanto pela influência, e permaneceu como a única filosofia representativa da práxis”.*

O radicalismo universalista tornou-se história no “*glorioso ano de 1989. Nesse particular, embora não em outros, 1989 é o 1968 do Leste Europeu.*”

“Mesmo que a filosofia da práxis esteja morta, o radicalismo universalista, ainda assim, elaborou grandes idéias e chegou a profundas iluminações – idéias e luzes que hoje nós visitamos do mesmo modo com que nos debruçamos sobre as idéias e luzes de Spinoza ou Platão. Se os radicalismos universalistas são autenticamente profundos, às vezes pensamos com eles, por outras vezes contra eles.”

Eis uma formulação apropriada para que recebamos a “herança” de Marx e de tudo que foi pensado sob o título de filosofia da práxis.

A filosofia da práxis de Marx é, porém, apenas uma das formas com que o radicalismo do início do século formulou as regras da política. O outro lado da mesma moeda, também antiliberal por excelência, foi o radicalismo particularista de Schmitt.

O “conceito do político” de Schmitt, segundo Heller, veio em socorro da filosofia política quando a política tinha caído presa de “demasiado realismo, demasiada ciência”. Não é mera ideologia, como tanto que foi produzido sob os rótulos de Bolchevismo e Nazismo, é um conceito que afirma a capacidade da filosofia de forjar “políticas”, de “construir instituições imaginárias”. Isso significa que o “conceito” pode ser repellido por outro conceito, igualmente filosófico, capaz de alterar a base da instituição imaginária da política radical, sedimentada entre nós.

A base do radicalismo político talvez esteja na pretensão a fundar conceitos políticos sobre alicerces científicos. Uma postura tipicamente liberal, que pode também ser compreendida como mais democrática, ao contrário, rejeita o critério da “ciência” na aferição da vontade política. Com a sobriedade e honestidade que transparece de sua obra científica, sempre que fala do que é melhor na política concreta alemã, Max Weber firma petição de princípio de jamais permitir-se envernizar seus argumentos com a “autoridade da ciência, porque as posições últimas adotadas pela vontade não podem decidir-se por meios científicos”<sup>7</sup>.

É estritamente *política* a pretensão de uma filosofia política a dizer “as verdades”

---

<sup>7</sup> WEBER, Parliament and Government in Germany under a New Political Order, em *Political Writings*, 130.

conceituais do ponto de vista da ciência, como faz Schmitt. Só que é política no espírito do radicalismo. Contra a Verdade da ciência, nada podemos dizer. A concepção materialista da História também formulava uma grande narrativa sobre provas “científicas”. A idéia de “provar” cientificamente a vontade política está na base do radicalismo antiliberal e antiparlamentar que forjou a reação contra Weimar. A idéia de que na política todos temos opiniões e não verdades é tipicamente liberal, e é como “reação” ao espírito burguês, democrático-liberal e classicista de Weimar que se ergue o pensamento de Schmitt. O “radicalismo particularista” de Schmitt é a outra face (de direita) do radicalismo universalista de esquerda. Vejamos um pouco da situação histórica que gerou esses dois extremos.

### 5. A situação política alemã no início do século 20

A história da derrota de Weimar é exemplar e contém lições universais<sup>8</sup>. Para quem busca apropriar relatos históricos significativos, a história será “espírito vivo” e não a reportagem de eventos singulares (não precisamos entrar na discussão filosófica sobre a história, se há uma ordem racional, se há simples caos, se há repetição cíclica de formas paradigmáticas, se há repetição invertida, o que era tragédia virando farsa, etc.). Como afirma Gollo Mann, “a fronteira entre a ‘história’ e o ‘presente’ é indefinível”. Pois não se conta a história com seriedade sem formular perguntas: o que antecedeu determinado evento, o que restou dele, qual é a origem e a herança desse evento ou daquela instituição.

Ao apropriarmos a história da derrota de Weimar, estaremos buscando traços que identifiquem formas políticas, como o espírito ditatorial da era de Bismarck, o espírito social-democrata e liberal de Weimar, e o espírito totalitário de Hitler (que é, no apropriado dizer de Karl Löwith, “o Reich bismarckiano elevado à segunda potência”<sup>9</sup>), para construí-los como “instituições imaginárias” que nos sirvam de balizas para compreender os perigos potenciais do presente.

### 6. A República de Weimar

A Alemanha moderna traz consigo a memória do Império, que é uma combinação de complexos de superioridade e inferioridade. Superioridade porque os alemães julgavam-se herdeiros da missão civilizadora dos romanos; inferioridade porque sabiam contar com instituições antiquadas, fossilizadas, feudais.

A República de Weimar foi proclamada em 9 de novembro de 1918, pelo social democrata Philipp Scheidemann, num estranho começo. Ela foi proclamada mais de forma defensiva do que ofensiva, ou como escreve Peter Gay, “não tanto de puro entusiasmo republicano, mas de um desejo ansioso de retardar a proclamação de uma república soviética por Karl Liebknecht”. “Ninguém deixou de notar que a República vinha ao mundo quase que por acidente, e coberta de desculpas”<sup>10</sup>. Nascida de compromissos, de modo indireto, ficou no ar a palavra de Max Weber: “No futuro, o presidente do *Reich* deverá ser eleito diretamente pelo povo”<sup>11</sup>. A Alemanha do militarismo, do autoritarismo, do formalismo daria lugar, na

<sup>8</sup> Seguiremos, no relato geral da história alemã, a obra de MANN, Gollo. *The History of Germany since 1789*.

<sup>9</sup> LÖWITH, Karl. *My Life in Germany*.... P.1.

<sup>10</sup> GAY, Peter. *Weimar Culture*. P. 11.

<sup>11</sup> WEBER, Max. “The President of the Reich”, em *Political Writings*. P. 304.

utopia que se desenhava – ainda que mal nascida – à Alemanha da poesia lírica, da filosofia humanista e do cosmopolitismo pacífico. A primeira já havia tido Bismarck, tentava-se agora dar vez à segunda Alemanha, a da poesia e do humanismo. Mas a “transição” mal começada provou que havia uma vasta e encoberta “herança”, e os primeiros quatro anos da República de Weimar foram anos de crise ininterrupta, “uma sangrenta guerra civil, a re-emergência do fator militar na política, assassinios políticos e a impunidade política de tais homicídios... inflação astronômica – tudo isso deu nova esperança aos monarquistas, aos militaristas fanáticos, aos anti-semitas e xenófobos de toda sorte”.

Apesar de contar com uma boa Constituição, de traço liberal, arquitetada pelo democrata Hugo Preuss, os homens e mulheres da política de Weimar falharam em domar o legado da regra autoritária, e houve ainda falhas em “transformar a maquinaria do antigo regime – a militar, o serviço público e os tribunais”, a “estrutura autoritária da Alemanha que a revolução tinha abalado muito pouco”.<sup>12</sup> Sobretudo os tribunais, os quais, sob a bandeira da objetividade e independência, jamais haviam sido tão parciais: os extremistas de esquerda eram punidos com rigor, normalmente com a pena de morte, enquanto os extremistas de direita encontravam mais simpatia dos juízes. A média das sentenças era de quinze anos para a esquerda, quatro meses para a direita, isso quando não eram os direitistas absolvidos por questões técnicas do processo ou liberados para evadirem-se para o exterior”<sup>13</sup>.

Os debates parlamentares assumiam um ar de “irrealidade” ou surreal, em face da realidade social que se vivia então, e enquanto isso o radicalismo de direita e esquerda conduzia o debate político em torno a temas como o retorno ao tempo dos “heróis” germânicos, contra a vulgaridade comercial inglesa e ocidental, um retorno da “sociedade” para a “comunidade”. Um tema, relata Peter Gay, domina o debate cultural, a revolta de pais contra filhos e um romance de sucesso então, “Não é o assassino, e sim a vítima a culpada”, que lidava com tal conflito, logo tornou-se slogan dos Názis<sup>14</sup>. Os anos de 1929-33 foram anos desastrosos de “desemprego, governo por decretos, decadência dos partidos de classe média e retomada da violência”. Pouco a pouco, começa o tom “liberal” da República (fundada para afastar o radicalismo de uma república soviética) a radicalizar-se para a direita, e um “furo” da Constituição de Weimar possibilitava o governo de decretos em estado de emergência, no art. 48 da Constituição. O que era emergência e qual o limite dos decretos era então “questão política” – e ficou aberto o terreno para Hitler, “que imediatamente passou a destruir a Constituição que ele tinha jurado defender”.

Na fundamentação jurídica do governo por decretos emergenciais do art. 48 da Constituição de Weimar, começa a despontar o nome do jurista, e futuro ministro de Hitler, Carl Schmitt. Mais tarde, Schmitt escreverá um texto defendendo soluções políticas mediante analogias jurídicas com os estados emergenciais em que a lei deixa de ter validade: o estado de necessidade e a legítima defesa.

Como reporta Gollo Mann, “por um longo tempo, admiradores da ditadura entre os constitucionalistas alemães vinham dedicando atenção ao artigo 48 da Constituição. Nós sabemos o seu sentido e objetivo limitados. Ele dispunha sobre a base legal para restaurar a

<sup>12</sup> GAY, Peter. *Weimar Culture*. pp. 18-19.

<sup>13</sup> GAY, Peter. *Weimar Culture*. p. 20.

<sup>14</sup> GAY, Peter. *Weimar Culture*. p.115.

ordem e segurança públicas, para a ação policial. Ele certamente não estava desenhado para conferir ao Presidente o poder de governar sem o Parlamento, como estava claro pelo poder do Parlamento de revogar qualquer ordem tomada com fundamento no artigo 48. ... Contudo, não havia carência na Alemanha de eruditos sofisticados, de argutos intérpretes que argumentavam que uma Constituição precisa de seres vivos que a expandam, relacionando o seu texto às demandas do presente, à situação atual – ou até mesmo que se arranjassem contra o texto. Um pedaço de papel – Metternich havia escrito cem anos antes – não fazia uma Constituição, somente o tempo”.<sup>15</sup> Só que Carl Schmitt será mais que um erudito sofista.

## 7. Carl Schmitt

Sempre que alguém se torna um sofisticado “conselheiro” do Mal, surge alguma curiosidade, legítima, sobre a sua pessoa e personalidade. Como e por que isso ocorre? No caso específico de Carl Schmitt parece que todos o apresentam como uma pessoa subjetivamente honrada, que teria abraçado o Mal em luta contra o Mal. Karl Löwith, em suas memórias do período de ascensão de Hitler e da “coordenação” nazista, comenta sobre Schmitt (a quem ouvira numa palestra na Itália, onde professores do Terceiro *Reich* dividiriam com os italianos a necessidade das leis raciais germânicas, entre os quais estavam Schmitt, Heidegger e o jurista Hans Frank): “O Conselheiro de Estado não era de modo algum um autoconfiante ditador, mas um pequeno-burguês (...) Ao terminar sua conferência, ele lançava à volta dele inseguras olhadelas, como se não se sentisse seguro de sua audiência. (...) Ele pessoalmente provinha do novo círculo católico que se formara à volta de Scheler. A diferença entre eles era que Scheler manifestava sua dúvida interior em constantes mudanças de postura, ao passo que Schmitt e Petersen manifestavam-se em termos de decisão, fosse ela em prol da Igreja ou em prol do Estado”<sup>16</sup>.

Segundo Agnes Heller, “Schmitt faz um pouco de teatro de sua sinceridade. Deve ser mencionado lateralmente que auto-legitimar-se pela sinceridade ou transparência de propósitos é propriedade comum dos radicalismos de direita e de esquerda. Mas contrariamente às ideologias do Nazismo, Bolchevismo e Fascismo, o reclamo de Schmitt por sinceridade, pelo menos em sua capacidade como teórico político e legal, não foi fraudulento”<sup>17</sup>.

O pensamento político de Carl Schmitt é a expressão filosófica sofisticada das necessidades do tempo. Para justificar o governo ditatorial sobre a base de medidas provisórias, Carl Schmitt começa por retomar o conceito de soberania, em sua obra *Teologia Política* (1922).

A segunda cartada de Schmitt é contra o “liberalismo” do século 19, que era incapaz

---

<sup>15</sup> MANN, Gollo. *The History of Germany Since 1789*. p. 389. Em obra de Ari Marcelo SOLON [*Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*]. p. 93, reproduz-se o famigerado § 2º do art. 48 da Constituição de Weimar, segundo o qual “O Presidente do *Reich* pode, quando a segurança pública e a ordem estiverem gravemente perturbadas e ameaçadas, adotar as medidas que julgar adequadas para o restabelecimento da segurança e da ordem pública (...) Para este fim, poderá, provisoriamente suspender, total ou parcialmente, os direitos contidos nos artigos (...) da Constituição”. Interessante observar como Kelsen “somente dez anos mais tarde, já no exílio americano (...) deu-se conta de como ‘o abuso de poderes’ conferido pelo artigo 48 da Constituição de Weimar, que facultava ao governo emanar decretos de emergência, diminuía o caráter democrático da república alemã, preparando o advento do regime nacional-socialista” (Citação da mesma obra, p. 108.)

<sup>16</sup> LÖWITH, Karl. *My Life in Germany ...* P. 91

<sup>17</sup> HELLER, Agnes. “Decision as Will or as Choice” em *The Grandeur and Twilight...* p. 406.



de tomar “decisões políticas”. Numa crítica feroz a Kelsen, por falta de *decisão*, Schmitt considera todo o sistema parlamentar algo destinado a conversas infundáveis, mas sem habilidade para decidir em face à emergência, sendo a exceção a instância que prova o conceito, e não a regra. Publica, para essa crítica, *A Situação Espiritual do Parlamentarismo Atual*, em 1923<sup>18</sup>.

Por fim, em sua obra magna, *O Conceito do Político*, de 1932, Schmitt define o que é o político, para fundamentar a guerra contra o inimigo interno.

As atividades políticas de Schmitt, antes da subida de Hitler ao poder, concentraram-se no problema de fundamentar que a democracia não é incompatível com a ditadura, e sim com o liberalismo<sup>19</sup>.

Schmitt funda-se em alguns elementos da filosofia existencial e da filosofia da vida em voga durante o período de Weimar para opor-se à república democrático-liberal. Segundo Schmitt, o liberalismo corrói a unidade do Estado, e troca a decisão pela conversa infundável da burguesia, “*una clase discutidora*”, conforme citação de Donoso Cortés, reacionário espanhol que aprova com entusiasmo.

Segundo Lukács, “nada tem de estranho que Schmitt, partindo de tais premissas, se convertesse num devoto entusiasta de Hitler e construísse uma teoria ‘filosófica do direito’ adequada para justificar todas as atrocidades do hitlerismo. Assim, depois de haverem sido implacavelmente exterminados os partidários da segunda revolução (1934) [golpe militar que pretendeu derrubar Hitler, M. A.] Schmitt escreveu o estudo intitulado ‘O *Führer* defende o Direito’, com o qual tratava de justificar as formas mais descaradas da arbitrariedade jurídica fascista, advogando resolutamente em favor da idéia de que o *Führer* era o único chamado a ‘distinguir entre os amigos e os inimigos...’”<sup>20</sup>

Para fundamentar sua filosofia política, Schmitt vale-se de grandes generalizações, e como todo pensador político representativo, reorganiza a partir de seus postulados a histórica política e situa-se nela: Schmitt considera que a história moderna dos últimos séculos desenvolve-se no seguinte plano. Do absolutismo do século 18, para o liberalismo do século 19 (em que dominam os conceitos de cultura, economia, parlamento, Estado como guarda-noturno da sociedade civil, do Estado liberal que, por falta de unidade entraria em crise, isto é, a República de Weimar), que deveria dar lugar à ditadura no século 20, que seria o século do Estado *total*. O século 19 havia despolitizado a economia e a cultura, sendo um século de neutralização. Carl Schmitt tem nítida inspiração, para sua auto-imagem, em Hobbes, o célebre autor do *Leviatã*, e chega a ser considerado o “Hobbes do século 20”, cuja missão está em dar fundamentação filosófico-jurídica ao Estado total. Que se tenha entusiasmado por Hitler e servido ao nazismo foi parte desse projeto, menos por oportunismo do que por adequação ao seu pensamento. Profundamente ligado à Igreja Católica, Schmitt via-se como o lutador

---

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. (título em inglês) *The Crisis of Parliamentary Democracy* (do original *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*).

<sup>19</sup> Sintoma da “proximidade” teórica de extrema esquerda e extrema direita é a condescendência de Lukács para com Carl Schmitt em seu “acerto de contas” com o irracionalismo. Tudo visto e sabido, para Lukács o “neokantismo liberal” de um Kelsen seria bem pior do que Carl Schmitt. Segundo Lukács, na polêmica alemã, “Schmitt tem razão frente ao neokantismo liberal, como tem também, em termos gerais, em sua engenhosa polêmica contra a sociologia do liberalismo” (LUKÁCS, *El Asalto a la Razón*.. p. 529).

<sup>20</sup> LUKÁCS, György. *El Asalto a la Razón*. p. 535.

contra o Anticristo, representado pelo bolchevismo. Contra o bolchevismo, que era fundamentalmente antiparlamentar e antiliberal, somente um Estado forte, igualmente antiparlamentar e antiliberal, poderia triunfar. Porque “a vida não luta contra a morte e o espírito não luta contra a ausência de espírito. Espírito luta contra espírito, vida contra vida, e é da força de um saber íntegro que surge a ordem das coisas humanas”<sup>21</sup>. Daí Carl Schmitt perceber a necessidade de fundamentar a legitimidade da ditadura, que não seria incompatível com a democracia, embora por razões distintas da temporária “ditadura do proletariado” do marxismo. Como consegue Carl Schmitt operar esse casamento?

Primeiro: critica o parlamentarismo e o liberalismo como signos do século 19, como expressões do mundo que elevou a economia a seu centro. Fundamenta-se em Rousseau na idéia de que a vontade geral não é equivalente à soma da vontade de todos. Se não é equivalente à soma da vontade de todos, pouco adianta para a democracia, que deve ser expressão da vontade geral, a perda de tempo do parlamentarismo, expressão da burguesia, “*una clase discutidora*”. Segundo, elabora o conceito de soberania: soberano é o poder que tem a capacidade de decidir nos casos excepcionais (*Teologia Política*).

A política de Carl Schmitt é marcadamente teológica, a começar pela sua tese forte: todos os conceitos da política são conceitos teológicos secularizados<sup>22</sup>. A seguir investe, num de seus pontos mais fortes, contra o formalismo da filosofia do direito de Kelsen, porque Kelsen e seus seguidores não vêem que em seus esquemas de raciocínio o aplicador da lei abriu mão da capacidade de decidir, deixando que uma divindade que ele desconhece ocupe o lugar de sua decisão, e com isso fazendo o gesto de Pilatos, de lavar as mãos. Em seguida, funda uma outra tese teológica: a de que todas as teorias políticas são necessariamente antropologias filosóficas: subsumem-se na dicotomia bom por natureza x mau por natureza.

Para Carl Schmitt, é fundamental que se dê de cada palavra, de cada conceito da política a sua definição. Porque as “*representações essenciais da esfera espiritual do homem são existenciais e não normativas*”. E, se o centro da vida espiritual desloca-se na história, como Schmitt afirma que ocorreu, primeiro do teológico para o metafísico, deste para o humanitário-moral, e deste para o econômico, e em seguida para o técnico, todos os conceitos também modificam-se essencialmente. O conceito de progresso para o século humanitário-moral será o conceito de progresso moral, para o século 20, o de progresso tecnológico. “Os mal-entendidos mais freqüentes e mais grosseiros (dos quais aliás vivem muitos enganadores) se explicam pela transferência errada de um conceito natural de uma determinada área – digamos da metafísica ou da moral, ou somente da econômica – para uma outra área, de resto sempre área da vida espiritual”<sup>23</sup>.

Se os conceitos essenciais à política são existenciais, o que definirá o político será uma distinção específica que não seja transportada de outra esfera. As distinções últimas, no plano moral, seriam bom e mau; no estético, belo e feio; no econômico, útil e prejudicial, ou rentável e não-rentável. E a distinção especificamente política é entre amigo e inimigo. “O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; não tem que surgir como concorrente econômico, podendo talvez até mostrar-se proveitoso fazer

<sup>21</sup> SCHMITT, *O Conceito do Político*. P. 120.

<sup>22</sup> SCHMITT, *Political Theology*... P. 36.

<sup>23</sup> SCHMITT, Carl. *O Conceito* .... P. 111.



negócios com ele. Pois ele é justamente o estranho, bastando à sua essência que, num sentido particularmente intensivo, ele seja existencialmente algo outro e estrangeiro, de modo que, no caso extremo, há possibilidade de conflitos com ele, os quais não podem ser decididos mediante uma normatização geral previamente estipulada, nem pelo veredito de um terceiro ‘desinteressado’, e, portanto, ‘imparcial’”<sup>24</sup>.

Não há possibilidade de uma normatização abstrata para resolver os conflitos políticos, porque o inimigo político representa a negação da própria existência de alguém, “devendo ser repellido e combatido para a preservação da própria forma de vida”. Não há compromisso ou negociação com o inimigo, não existe árbitro: cada qual decide por si se a alteridade do outro representa a negação de sua essência. O político não reside no conflito em si, mas na “*tarefa de distinguir claramente entre amigo e inimigo*”<sup>25</sup>.

Político é todo agrupamento que se orienta na perspectiva da eventualidade séria do conflito, se estiver presente nele a capacidade de decidir o excepcional, capacidade que Schmitt denominará *soberania*. O inimigo de um Estado não é necessariamente o estrangeiro, mas aquele que o ameaça, cabendo-lhe em situações críticas, em sua função de produzir tranqüilidade, segurança e ordem, determinar também o “inimigo interno”. Em Marx, Lenin e Lukács, o inimigo é definido conforme o marxismo, que pertence ao economicismo do século 19, segundo Schmitt, e por isso é inimigo de classe<sup>26</sup>. O marxismo estaria errado ao vincular-se ao economicismo do século “liberal”, segundo Schmitt.

Em síntese apertada, a filosofia política de Carl Schmitt desenvolve-se sobre dois pontos estruturais essenciais: (1) o conceito de soberania ligado à capacidade de decidir o extraordinário (emergencial); (2) o conceito da política como a luta entre amigos e inimigos, em que a última palavra (soberania) está na capacidade de eliminar o inimigo.

Não deve impressionar o fato de a filosofia política de Carl Schmitt ser aqui e lá inconsistente ou “citar errado” Hobbes e Kierkegaard. A força de uma filosofia está na capacidade de ser substrato de “instituições imaginárias” e nesse sentido a filosofia de Schmitt é demasiado poderosa para ser desprezada como simples “ideologia”.

## **8. Heller em “revisita ao conceito do político”**

Num conciso ensaio, denominado “O Conceito do Político Revisitado”, que não obstante tentaremos apresentar ainda mais sucintamente em sua idéia geral, Ágnes Heller reconstrói o “conceito do político” em crítica à formulação moderna de Carl Schmitt<sup>27</sup>.

O “conceito do político” como tal é uma concepção moderna, diz a autora. O pensamento pré-moderno tratava a política de modo quase-natural e não problemático, ao estabelecer que o político era tudo quanto dissesse respeito à “classe” política, fosse ela qual fosse.

Na modernidade, a própria necessidade de conceituar o “político” gera políticas radicais.

Segundo a autora, foi Max Weber quem primeiro suscitou o problema, em sua conferência “A Política como Vocação”. Depois dele, o conceito embarcou numa carreira eminentemente filosófica. “Carl Schmitt, o padrinho do conceito do político, emprestou-lhe a

<sup>24</sup> SCHMITT, Carl. *O Conceito...* P. 52.

<sup>25</sup> SCHMITT, Carl. *O Conceito...* P. 63.

<sup>26</sup> SCHMITT, Carl. *O Conceito...* Pp. 72 e 90.

<sup>27</sup> HELLER, Agnes. “The Concept of the Political Revisited” em *Can Modernity Survive?*

elegância formal de uma sucinta filosofia política”. Seu livro foi também “um ato político”, à medida que seu alvo era destruir o liberalismo, “desprezível inimigo do radicalismo político”. Para Heller, a principal objeção à filosofia política de Schmitt não é o fato de ser unilateral, ou até mesmo formalmente permeada de equívocos (como as citações, contra o texto, de Kierkegaard e Hobbes), mas o fato de ela extrair a sua essência da “exclusão”, objeção que não pode ser feita às demais versões representativas do radicalismo existencialista na filosofia política, como por exemplo, as de Lukács e de Heidegger. Ambos abraçam a filosofia de Kierkegaard da “escolha existencial” e a situam no plano das coletividades. Para Lukács a escolha existencial era pela “classe” empírica do proletariado (mesmo essa não seria de exclusão, já que teoricamente o proletariado libertaria todas as outras classes de sua alienação). Para Heidegger, a escolha seria da “nação” alemã, mas esta era uma, entre outras escolhas possíveis.

A única filosofia política representativa com uma permanente ligação ao “conceito do político” foi a de Hannah Arendt, que, todavia, jamais subscreveu aos extremos do radicalismo político. Teoricamente, no entanto, Arendt liga-se ao radicalismo, na medida em que não exclui o “Outro” da política, mas exclui determinados “assuntos”, entre eles toda a esfera que se chamaria de “Questão Social”.

Em razão da ligação do próprio conceito do político, no século 20, ao radicalismo político, será viável uma nova “conceituação do político”?

Essa é a proposta do ensaio de Heller, que parte de uma reformulação conceitual *a partir* das filosofias de Kant e Hegel, que perceberam as sutilezas da modernidade, mas não conceituaram o “político”.

Segundo Heller, o conceito do político viável será um conceito de inclusão, e todo conceito moderno e inclusivo do político deverá conter em sua formulação o valor universal da liberdade:

*A concretização do valor universal da liberdade no domínio público é o moderno conceito do político.*

Um conceito do político que define um “domínio” do político, e não uma *conduta* da política, é extraordinariamente mais “inclusivo” do que um conceito de corte radical como o de Carl Schmitt. Definido o domínio do político, tudo o que adentrar nesse campo é político. Não há necessariamente exclusão de políticas de classe, mas não se resume o moderno conceito necessariamente às políticas tradicionais da modernidade, que são políticas de classe. Não há exclusão de políticas do corpo ou biopolíticas, mas não há a necessidade de definir o político pela referência biológica. Não há necessidade de constituir-se uma classe política, mas não há por outro lado a exclusão de que exista uma classe política de “profissão”. A Questão Social estará abrangida nesse novo conceito, mas não se pretende pelo conceito “prometer” mais do que a política possa dar (isto é, o conceito não abraça a “metafísica da questão social” ou a idéia de que a questão social terá uma solução política plena e definitiva, ou por panacéia).

Segundo a autora, o conceito do político proposto, ao definir o domínio do político, deixa em aberto o conteúdo que entra e sai desse domínio. Por outro lado, a concretização da liberdade *pode* ocorrer empiricamente, dependendo das circunstâncias, sob a forma de conflito de amigo e inimigo, mas não é obrigatório. Essa é uma das formas em que a política acontece no domínio político, mas “pode dar-se de modo cooperativo e de discussão, e ainda muitas outras formas”. Quanto à classe política, ocorrerá que pessoas entrem na política

por “vocação”, mas também poderá ocorrer que “entrem no espaço público por apenas um breve momento e deixem, contudo, um impacto extraordinariamente forte nele. Ninguém e nada estão excluídos por princípio”. O conceito é moderno no sentido de que pode fazer-se acompanhar de diversas visões da história, “inclusive os paradigmas quase-redentores, segundo os quais o Ser e Dever finalmente se fundirão, ou o progressivista, ou o cético, ou o niilista”. O conceito reformulado tem a vantagem de ser “inclusivo”, ocupando o lugar que a mera recusa do poderoso conceito de Schmitt deixaria, de outro modo, vago, e pronto a ser ocupado por uma formulação inconsciente da mesma fórmula radical e excludente.

Junto à nova formulação do conceito do político, haveria que definir a nossa posição em relação às políticas pós-modernas, que poderia dar-se numa postura de “cuidado”, como formula Agnes Heller em *Biopolítica*. Nem tudo precisa ser aterrador porque “mudamos” de linguagens políticas, mesmo que nossa resistência seja para “sobreviver na modernidade”.

### 9. A “ética do cuidado” e o “pastor do Ser”

Segundo Heller, “há uma corrente complementar distinta de ‘bioética’ encerrada na metáfora heideggeriana: ‘O homem não é o senhor dos seres. O homem é o pastor do Ser’”, onde o Ser de Heidegger pode ser livremente trocado pelo termo Natureza. “Ser um pastor (...) significa abandonar a dualidade do homem faustiano, de atenção afetuosa para dentro e agressão colonizadora para fora. A conduta do pastor para com a Natureza é de ‘cuidado’”.

“Pois cuidado não é o mesmo que supervisão, tutela, disciplina e castigo. É, junto com seu termo gêmeo, o *souci de soi* foucauldiano, o princípio de deixar o mundo todo intacto o mais possível, ao mesmo tempo em que ampliamos nossos espaços dentro de seus limites. É só o cuidado, e não a autonomia do Corpo em sua firme oposição ao espiritual, o que dá origem a uma participação responsável na sobrevivência da modernidade” (Bio, 68).

Nem tudo precisa ser aterrador na biopolítica, não obstante o que se veja na atualidade seja o horizonte de uma biopolítica de direita. O que se verá é uma confusão entre políticas modernas e pós-modernas, onde será importante sabermos como ambas as formas de conceber o político poderão relacionar-se entre si.

“Este recentrar do Corpo se produz no fogo cruzado de duas concepções opostas da condição pós-moderna. De uma parte, os modernos de todas as tendências nunca abandonarão a idéia de que sua liberdade é um valor autoconstruído (espiritual) que não pode ser defendido coerentemente fundamentando-se no Corpo. Por outra parte, já não albergam excessivas esperanças com respeito a sua fusão e sua harmonização final. Esse é o ponto no qual se funda a confusão, onde (em nome da integridade do Corpo) se sacrifica a liberdade, onde a política tradicional da modernidade e a biopolítica, o novo pretendente, entram em trajetória de colisão, onde questões que nunca foram reconhecidas como assuntos públicos se politizarão e se negará ou menosprezará o caráter político de questões públicas seculares. A confusão pode ser parteira de aventuras libertárias. Também pode ser o momento em que não apenas entremos em um ‘contrato sexual’, mas também de redigir uma carta de “direitos” da Natureza, do gênero e da diferença humana em geral, cujo reconhecimento há muito já se devia ter produzido” (Bio, 122).

Há, ainda, uma categoria que pode temperar a modernidade tradicional, que seria a da “diferença”. É possível imaginar-se o “diálogo” entre as diferenças, com a vantagem de

que, ao contrário dos biologismos que se reportam a uma essência, a “diferença não é um termo substantivo, não se define pelo que é (o que é sua substância), mas por que modo, até que ponto e em que difere de todas as demais ‘diferenças’ . É um termo reflexivo, de inter-subjetividade, não de substancialidade”(Bio, 109).

Não se precisa de formas totalitárias de biopolítica para dotar o discurso político da modernidade de antídotos contra suas tendências autodestrutivas, antídotos que são desprezados pelos biologismos em voga com uma surpreendente ‘naturalidade’, quando não vêem maiores problemas em sacrificar as liberdades, desde que salva a sua substância. Daí porque frequentemente serão as biopolíticas presas do radicalismo moderno que pretenderam criticar, formulando políticas de amigo-inimigo.

A partir da “revisita” ao conceito do político de Carl Schmitt e sua crítica reformulação por Agnes Heller, podemos visitar também a nossa própria história política, para identificar e rebater, onde elas se instalam na vida cotidiana, políticas excludentes traduzidas na fórmula de Schmitt, e opor a esta um novo imaginário.

#### **10. A filosofia realizada entre nós, de 1964 a 2002**

O conceito de uma coisa, em política, não é uma formulação de interesse restrito à discussão acadêmica, mas antes o substrato imaginário de práticas reais. De certo modo, podemos dizer, contra Marx, que as filosofias políticas representativas se realizam e transformam o mundo, mas nem sempre para melhor.

Como prova do radicalismo do século 20, temos o caso brasileiro, em que se realizou, à extrema direita, o exato contrário do radicalismo que se *realizou* no Leste Europeu. Este jamais se realizou entre nós, mas o mesmo espírito radical que o criou realizou-se, em sua outra face, também radical, mas particularista. A linguagem política de Carl Schmitt deixou de ser apenas o “preâmbulo” dos Atos Institucionais da ditadura militar, para constituir o substrato (ainda que potencialmente desconhecido dos agentes) de “instituições imaginárias” dos juristas e ganhar terreno nas burocracias executiva e judicial.

O autor do conceito do político por excelência do século 20 é um filósofo político do tipo radical e particularista. Tem em comum com as tendências radicais a onisciência do futuro. Carl Schmitt é bastante claro ao afirmar que fala de “cátedra científica” quando pretende conceituar o político. Em grandes generalizações, estabelece que o século 18 foi o século do absolutismo, o 19 do liberalismo, e o 20 [foi] seria o do totalitarismo. O totalitarismo para Schmitt é o conceito político que fará frente aos perigos do mundo liberal, que deixariam os flancos políticos abertos para a bolchevização (a radicalização da política à esquerda).

A filosofia política de Carl Schmitt é uma filosofia de tipo radical e particularista, que se realizou no século 20 tanto quanto o radicalismo universalista de Marx, só que com a diferença de não se ter tornado “história” em 1989.

Os conceitos e conclusões de Schmitt foram literalmente transcritos como “motivos” do Golpe Militar de 1964. Dizia o Ato Institucional n.º 1, de 1964 que era “indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é

uma autêntica revolução. (...) a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. (...) Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. (...) Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas”.

Seguiram-se outros atos até o de número 5, de 1968, que tinha por motivos assegurar a “autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições do nosso povo, na luta contra a corrupção...” e que o governo da República “não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam”, em razão de que “atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la”, etc...

O soberano é aquele que decide em situações de emergência. A soberania da vontade de um é compatível com a “vontade geral”, uma vez que, na emergência, não se pode aguardar pela discussão infinita dos parlamentos. A ditadura é compatível com a democracia, para defesa da liberdade contra o pior dos males, o bolchevismo: tudo isso é Carl Schmitt.

Agora, o despotismo democrático também fala a linguagem de Carl Schmitt, só que sem a “franqueza” da coerção pura do regime militar. Os motivos vêm fantasiados de “notícias” e a violência física é mantida como “ameaça” para obter-se a coordenação pela via da violência ideológica.

Heller fala da “biopolítica de raça” como a “glória póstuma de Adolf Hitler”. Em nossa experiência recente, teríamos de referir que o seu conselheiro e assessor jurídico é quem, de 1990 a 2002, festejaria a glória póstuma. Entre nós, Carl Schmitt ressuscitou sem a autenticidade e sinceridade originais, como farsa, cópia para consumo rápido, um *clone kitsch* do original. Veio com o governo Collor, em 1990, legitimando o “confisco” da caderneta de poupança, e seu espírito não parou de alargar-se. O espírito de Schmitt, redivivo, ao adaptar-se a uma tradição nacional de apego e admiração pela ditadura, dentre as duas Alemanhas, com certeza escolheria a via prussiana de abjeta inclinação diante do Poder, seja o que for que se comande, do carrerismo inescrupuloso, do autoritarismo que torce a Constituição com sofística, tanto pior quanto mais revestida de inteligência e astúcia.

Agora, como dantes, também criticou-se o Congresso por “falta de decisão” e por isso pretendeu-se simular a “necessidade” da via cesarista do governo de decretos, por estado de necessidade ou legítima defesa constitucional, para garantir a “governabilidade”. Quem afirma que não pode governar sem medidas provisórias sempre se esquece de qualificar o tipo de governo que outorga à Nação, e será frequente que seja um regime odioso.

A história talvez seja repetição, como escreveu Marx, e o que foi trágico retorna como farsa. O Conselheiro do Mal, Carl Schmitt, em sua sinceridade, admitiu ter sido a



sua trajetória a de um “triste, vergonhoso, mas autêntico caso de um Epimeteu<sup>28</sup> cristão”<sup>29</sup>. Depois de 1933, não cremos que se possa conscientemente reclamar autenticidade ao abraçar o “decisionismo” de Carl Schmitt. Somente móveis alienados e particularistas por excelência permitem compreender uma tal escolha: Ambição, Vaidade, Fome pelo Poder. Em tempos como o nosso, os caminhos abrem-se a um Ricardo III (*Now is the winter of our discontent....*). O que podemos fazer é resistir para que ainda venham, tais clones de tiranos, a oferecer o Reino por um cavalo...

Só que, desde que o radicalismo das esquerdas messiânicas não nos satisfaz mais, em nossa consciência pós-moderna, fica mais difícil opor alguma barreira ao livre trânsito do discurso e prática neodecisionistas.

Será necessária labuta conceitual.

Quiçá a identificação do “antigo” sob a máscara do novo já tenha um potencial libertador.

A reconstrução do conceito do político implica uma nova visão da “democracia”. A democracia já não pode ser um fato ou um instante da vida política. Como a palavra democracia é abstrata, ela é também indicativa de que a categoria política democracia é abstração que se vai concretizando em cada ato democrático. Por isso a democracia será uma tarefa e não um evento, um fato ou momento. Concretizar o valor universal da liberdade no domínio público é uma tarefa democrático-liberal “permanente”, cuja primeira e essencial antítese é a ficção de um “estado de emergência permanente”, que legitima o regime do radicalismo particularista, de 1990 a 2002.

Pretender que a modernidade sobreviva é o horizonte utópico do presente. Sobreviver na modernidade não é romantismo, reacionarismo, arcaísmo ou utopismo. Quem afirma que a “marcha da História” conduz inexoravelmente ao “Reino Animal do Espírito” é parte da modernidade, não toda ela.

Há que se ter coragem de *diminuir* o horizonte da utopia de harmonia final de fusão da Natureza e da Liberdade, para admitir uma convivência pacífica entre as nossas “naturezas”, “fronteiras e formas” entre as naturezas que funcionem como salvaguardas contra o vírus totalitário.

Bush, Le Pen e Sharon dão as coordenadas do neofundamentalismo globalizado. Não há motivos para ilusões. Vivemos uma época “reacionária” e em períodos de reação pouco pode ser feito para expansão das liberdades, em plural. Mas o pouco que *pode* ser

---

<sup>28</sup> Na mitologia grega, Epimeteu é irmão de Prometeu. Cf. KURY, Mário da Gama. Dicionário de Mitologia Grega e Romana. P. 125. “Seu nome significa ‘o que pensa depois’, contrastando com o de Prometeu, que significa ‘o que pensa antes’. Quando Prometeu, em seu empenho de tornar menos penosa a existência humana, conseguiu enganar Zeus e roubar-lhe o fogo, proibiu o irmão de aceitar qualquer presente do deus. Epimeteu, entretanto, não resistiu à tentação quando recebeu Pandora como presente de Zeus por intermédio de Hermes. Essa fraqueza de Epimeteu, ao tornar-se instrumento da vingança divina, foi a causa da infelicidade das criaturas humanas”. Pandora (p.303), por sua vez, recebeu de Zeus a missão de “castigar a raça humana, presenteadada havia pouco tempo com o fogo divino por Prometeu”. Há duas versões da lenda, uma delas de que “Pandora trazia um jarro contendo todos os males, fechado por um tampo que os impedia de sair de onde estavam; incapaz de conter a curiosidade, Pandora removeu o tampo e os males espalharam-se pelo mundo. Assustada, Pandora fechou o tampo, mas só ficou no jarro a esperança, que estava no fundo da mesma. Em outra versão da lenda o jarro continha todos os bens, que saíram do jarro e voltaram para junto dos deuses, menos a esperança”.

<sup>29</sup> Citado em SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania...* P. 115.

feito também *deve* ser feito. É preciso preservar o pouco que se conquistou, não caindo no “conto de fadas” de direita que aposta na universalização da força bruta (em essência um neodarwinismo social), disfarçada de tudo que foi mais sublime na história, para que se perpetue o que lhe interessa, que é a consagração do ideal asiático e antimoderno da liberdade de um (ou de poucos) sustentada pela servidão de todos.

### **Bibliografia**

- GAY, Peter. *Weimar Culture - The Outsider as Insider*. New York: Harper, 1970. 205pp.
- HELLER, Ágnes. *Can Modernity Survive?* Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1990. 177pp.
- \_\_\_\_\_. *A Philosophy of History in Fragments*. Oxford: Basil Blackwell, 1993. 276pp.
- HELLER, Agnes & FEHÉR, Ferenc., *The Grandeur & Twilight of Radical Universalism*. New Brunswick: Transaction, 1991. 579pp.
- \_\_\_\_\_. *Biopolítica – La Modernidad y la Liberación del Cuerpo*. Trad. José Manuel Álvares Flórez. Barcelona: Península, 1995. 122 pp.
- KURY, Mário da Gama. *Dicionário de Mitologia Grega e Romana*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1999. 405pp.
- LÖWITZ, Karl. *My Life in Germany Before and After 1933 - A Report*. Trad. Elizabeth King. Urbana: Chicago: University of Illinois Press, 1994. 175 pp.
- LUKÁCS, György. *El Asalto a la Razón - La Trayectoria del Irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*. Trad. Wenceslao Roces. 2ª ed. Barcelona, México: Grijalbo, 1968. 705pp.
- MANN, Golo. *The History of Germany since 1789*. Trad. Marian Jackson. New York, Washington: Praeger, 1968. 547pp.
- SCHMITT, Carl. *Political Theory - Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Trad. George Schwab. Cambridge: MIT Press, 1988.
- \_\_\_\_\_. *O Conceito do Político*. Trad. Alvaro Valle. Petrópolis: Vozes, 1992.
- \_\_\_\_\_. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Trad. Ellen Kennedy. Cambridge, London: MIT Press, 1988. 129pp.
- SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como Problema da Norma Jurídica e da Decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. 224pp.
- WEBER, Max, *Political Writings*. ed. Peter Lassman, Ronald Speirs. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.





# MUTAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO: REPERCUSSÕES NA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E CONSTRUÇÃO DA NAÇÃO<sup>1</sup>

*Ricardo de Brito A. P. Freitas\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A organização judiciária colonial. 3. A organização judiciária imperial. 4. A organização judiciária republicana. 5. Conclusões

## 1. Introdução

A palavra mutação significa mudança, alteração, modificação, transformação. Falar das mutações produzidas no Estado brasileiro ao longo de seu desenvolvimento histórico implica avaliar a dimensão da influência exercida pelas transformações sociais, políticas e econômicas na organização do Poder Judiciário. O título do trabalho sugere, portanto, a necessidade de abordarmos o problema sob uma ótica raramente observada pelos profissionais do direito. Evitaremos, por força dessa exigência e considerando as limitações deste trabalho, relacionar monotonamente as várias mutações de ordem meramente legais atinentes à organização do Poder Judiciário no Brasil. No mesmo sentido nos furtaremos à tarefa de mencionar minuciosamente, como é de praxe, a estrutura judiciária nos períodos históricos enfocados, tais como o número de magistrados em cada tribunal, as competências específicas das cortes de Justiça etc., salvo quando indispensável à compreensão do tema. Ademais, para evitar a possibilidade de equívocos, faz-se necessário, desde logo, explicitar o alcance das mutações que vão nos interessar para efeito de análise.

As mutações ou transformações que nos interessam são todas aquelas que, independentemente de apresentar um caráter socialmente revolucionário, influenciaram a conformação das estruturas judiciárias e da legislação nacional. Assim, não nos deteremos tão-somente nos processos revolucionários que transformaram radicalmente as nossas estruturas sociais, sendo suficiente, para efeito deste estudo, o exame das transformações operadas numa dimensão meramente institucional.<sup>2</sup> Portanto, consideraremos haver mutação do Estado sempre que

---

\* Ricardo de Brito A. P. Freitas é Promotor de Justiça Militar (MPM). Mestre e professor de Direito na Universidade Federal de Pernambuco.

<sup>1</sup> Palestra proferida no Seminário “O Poder Judiciário no Brasil dos 500 Anos: Memória, Tradição e Perspectivas” na Justiça Federal em Pernambuco.

<sup>2</sup> Ver a respeito dos diversos significados da palavra “revolução” VANOSSI, Jorge Reinaldo. Teoría Constitucional. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador. Volume I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975, pp.143-144.

ocorrerem modificações operadas na estrutura do Estado ou mudanças no poder político. Logo, não vai nos interessar a tradicional distinção entre revolução e golpe de Estado. Enquanto a revolução, em sentido amplo, busca remover, normalmente pelo uso da violência, as autoridades políticas e substituí-las visando a promoção de transformações sociais radicais, de modificações nas relações políticas e mutações na ordem jurídico-constitucional, o denominado golpe de Estado possui objetivos mais limitados, na medida em que cinge-se a substituir as autoridades políticas, afetando muito pouco ou nada a estrutura sociopolítica (salvo se o golpe de Estado é o veículo utilizado para desencadear uma revolução). Nesse caso, consideramos indistintamente as revoluções e os golpes de Estado pelo fato de ambos implicarem mutações no Estado com freqüentes repercussões na organização judiciária.

Bem mais complicada se mostra a avaliação das repercussões das mutações do Estado brasileiro na construção da nação. Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que o conceito de nação encontra-se, na sua origem, indissolúvelmente ligado às revoluções burguesas, passando a desfrutar de enorme prestígio apenas no século 18. É, portanto, um conceito cuja importância está, de certa maneira, datada, tendo perdido atualmente o prestígio que desfrutara. O segundo problema a envolver o conceito de nação é de ordem semântica, isto porque, “apesar de sua imensa força emocional, permanece ainda entre os mais confusos e incertos do dicionário político” (Rossolillo, 1986:1121). Por exemplo: no período das grandes revoluções liberais e, também, anticoloniais, a palavra nação foi utilizada como sinônimo de povo. O povo, ou seja, a nação, se autogovernando, se livrando das fortes amarras do absolutismo monárquico. Posteriormente, o vocábulo nação passou a ser identificado com Estado. As tentativas posteriores de identificar o sentido do termo também não lograram completo sucesso. Procurou-se construir o conceito de nação com base na identidade de raça, costumes, valores culturais, religião, idioma, território, etc., existente entre os indivíduos, o que é igualmente complicado em face da complexidade cultural das sociedades contemporâneas, sobretudo em um País de população e dimensão continental como o Brasil (Burdeau, 1980:24). Atualmente, frise-se, é este o sentido predominante do vocábulo.

No Brasil, “o nacionalismo brasileiro não precedeu, sucedeu, a criação do Estado nacional”. Com isso pretende afirmar que “não havia sentimento nacionalista na América Portuguesa em 1822”, mas apenas um “ressentimento antilusitano limitado às camadas médias e populares das grandes cidades costeiras: Rio, Bahia, o Recife”. O brasileiro enxergava-se como um súdito do monarca português e o Brasil, talvez, como o centro renovado do Império e nada mais. Durante todo o Império, por sua vez, teria predominado um nacionalismo débil, pois se tínhamos um Estado não tínhamos um povo, mas apenas homens livres e escravos vivendo juntos (Melo, 2000:14-6).

Na passagem do século 19 para o século 20 já existia uma consciência nacional. Os juristas, por exemplo, formulavam as suas reflexões considerando o Brasil enquanto “nação”, ou seja, levando em consideração as suas diferenças e especificidades em relação ao estrangeiro. Neste sentido, preocupavam-se com a construção de uma nação por eles concebida em termos de modernidade e progresso. Encaravam como expressões correlatas “construção da nação” e “reestruturação do Estado”, vistos como sinônimos de reorganização da estrutura política do Estado, sobretudo da sua organização judiciária (Neder, 1995). Posteriormente, pas-

sou-se a identificar a “nação” com o conjunto da sociedade.

Quanto ao problema da organização judiciária, parece-nos preciosa a tipologia formulada por Zaffaroni com respeito aos diversos modelos de magistratura. Como todo esforço taxonômico, também este redundante em inevitável simplificação, o que não lhe diminui o valor e evidente utilidade, na medida em que permite o estabelecimento de um quadro comparativo suficientemente claro acerca das principais características das estruturas judiciárias.

Zaffaroni distingue três modelos básicos de magistratura, a saber: a) empírico-primitivo; b) técnico-burocrático; c) democrático-constitucional. Enquanto os dois primeiros são modelos prontos e acabados, o último seria o modelo ideal que se encontra em permanente aperfeiçoamento.

Dentre as características do modelo empírico-primitivo podemos citar: a) a pouca relevância conferida à formação dos magistrados; b) o ingresso na carreira através do apadrinhamento ou critérios político-partidários; c) a carência de efetiva independência judicial; d) a hierarquização dos juízes das instâncias inferiores em relação aos juízes das instâncias superiores e destes em relação às autoridades político-administrativas.

Por sua vez, o modelo técnico-burocrático apresenta, em suma, as seguintes características: a) inexistência de preocupações dos magistrados com o aprofundamento da democracia; b) pouca sensibilidade no tocante às desigualdades sociais; c) escasso engajamento ético; d) rígido positivismo legalista; e) ausência de questionamentos constitucionais; f) aplicação irrestrita da lei; g) juiz de perfil deteriorado, porque asséptico, neutro, legalista e, ao mesmo tempo, excessivamente “carreirista”; h) excessivo apego à jurisprudência e às “orientações superiores” etc. Todavia, em relação ao modelo empírico-primitivo, o modelo técnico-burocrático apresenta uma melhor qualificação dos juízes e a sua seleção através de concurso público.

Por fim, o modelo democrático-contemporâneo seria aquele onde existe uma preocupação com o aprimoramento dos magistrados e dos próprios processos de seleção. Nele, o magistrado mostra-se politizado, decide de modo menos preso a formalismo, controla efetivamente a constitucionalidade das leis, atua de forma independente etc. (1995).

## **2. A organização judiciária colonial**

Ao mencionarmos as mutações do Estado e sua repercussão na construção da nação brasileira devemos, necessariamente, retroagir ao período colonial de nossa história. É verdade que o Brasil, enquanto nação, como observamos anteriormente, não surge antes de sua independência política; contudo, a sua organização judiciária já se delineia nessa fase, o que nos obriga a examiná-la.

É suficientemente conhecido o prestígio que os doutores em direito desfrutaram em Portugal. A monarquia portuguesa, não obstante ser Portugal, no século 16, um País agrário, tinha logrado obter a centralização política característica dos Estados monárquicos absolutos. Por sua vez, esse processo de concentração de poderes tornou os monarcas, e não apenas os portugueses, extremamente dependentes de um novo estamento forjado nesse período: a burocracia. Foi assim que, de mãos dadas, o monarca e a burocracia lusitana constituíram a aliança que representava o eixo do poder político português. Por outro lado, não se pode esquecer o caráter marítimo do reino. Os mercadores, ou seja, a burguesia comercial portuguesa, emprestava, igualmente, o

seu apoio ao monarca que, afinal, os favorecia com a sua política econômica.

Em síntese, pode-se afirmar, desse modo, que a colonização brasileira traduz, sobretudo, uma convergência de interesses produzida em solo português entre a burguesia mercantil e a coroa, com a benção da burocracia lusitana. A descoberta do Brasil – e das futuras colônias espanholas também – relaciona-se, portanto, de um lado, “com a formação do Estado moderno, centralizado e absoluto, e, de outro, com o desenvolvimento de uma poderosa classe de mercadores e armadores que se associaram à Coroa nos empreendimentos marítimos e colonizadores” (Viotti, 1988:19-20).

Descoberto o Brasil e iniciada a sua colonização algumas décadas após, a estrutura político-jurídica do novo território foi organizada nos moldes estabelecidos pela metrópole em obediência às necessidades da economia colonial que, em nosso País, encontrava-se firmemente integrada à economia mundial para cumprir o papel que lhe fora destinado pela política econômica mercantilista característica dos Estados nacionais de então. Em termos gerais, pode-se dizer que a estrutura político-jurídica do Brasil correspondia à das demais colônias em termos de subordinação para com a metrópole, guardadas as especificidades da colonização portuguesa. No sistema colonial como um todo, havia um grande centro político representado pela metrópole. Entretanto, no início da colonização portuguesa em nosso País, apesar do monarca monopolizar o poder político, não o fez no tocante ao poder judicial. No período correspondente ao da instalação das capitânicas hereditárias, o poder judicial local encontrava-se concentrado na pessoa do donatário, de modo que este “controlava a justiça de alto a baixo”, o que se confirma “pelo fato de que a capitania estava isenta de inspeção por parte de qualquer magistrado da Coroa – o corregedor – mesmo que o donatário fosse acusado de crime” (Schwartz, 1979:21). Toda a máquina judicial das capitânicas (ouvidor, escrivães, tabeliães, meirinhos) estruturava-se a partir da iniciativa do donatário. De acordo com a própria carta de doação, era ele quem escolhia os funcionários da Justiça, monopolizando tanto a jurisdição cível quanto a criminal. Havia apenas um limite, importante, por sinal, dos poderes do donatário. Trata-se da jurisdição sobre os fidalgos. Um integrante da nobreza, como, aliás, ocorria em vários países europeus, só podia ter uma causa cível julgada na capitania se esta não envolvesse grandes quantias. Por outro lado, nas causas criminais, o fidalgo só poderia vir a ser condenado por crime cuja pena correspondesse a um máximo de dez anos de exílio. Porém, tratando-se dos crimes de blasfêmia, heresia, sodomia e falsificação, até mesmo os fidalgos poderiam ser condenados à morte pela justiça donatária, sem direito a apelação, frise-se (Schwartz, 1979:21).

No entanto, independentemente da condição de donatário, mesmo os proprietários rurais, localizados no cimo da pirâmide social colonial, detinham um poder “de fato” nem um pouco desprezível e que produzia efeitos no âmbito das relações sociais mais estreitas, de modo que, na verdade, “nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica”, visto que “tudo se fazia consoante a sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica” (Holanda, 1997:80). No que tange ao exercício do poder judicial, então, pode-se dizer que, nos primeiros tempos da colonização, não havia, em certo sentido, excesso, mas falta de Estado no Brasil. Essa ausência, todavia, acreditamos deva ser atribuída às próprias necessidades da empresa colonial. Em termos mais estritamente econômicos, o Brasil foi integrado à economia mundial para cumprir o papel que lhe foi destinado pelo sistema capitalista comercial. Em decorrência,

a economia colonial baseou-se, inicialmente, quase exclusivamente na monocultura da cana-de-açúcar, do tipo *plantation*, onde o concurso da mão-de-obra escrava barata adequada ao trabalho nas grandes unidades produtoras mostrou-se indispensável, sobretudo em face da incompatibilidade cultural dos indígenas com essa atividade. Em consequência dessa estrutura econômica, a sociedade brasileira constituiu-se a partir de uma rígida hierarquia entre as classes sociais. De um lado, sobretudo nos primeiros tempos da colonização, o proprietário de grandes extensões de terra e dos engenhos de açúcar e, de outro, todos os não-proprietários.

Em conclusão, temos que o mandonismo, a violência e o exercício do poder “de fato” dos senhores locais constituíram um reflexo, para não dizer uma exigência, sobretudo, da estrutura econômica. A estrutura judiciária, portanto, adequava-se tanto à vastidão da colônia e à escassez populacional quanto às necessidades de empreender a máxima exploração da mão-de-obra escrava, ou, generalizando, a utilização mais eficaz possível dos meios de produção, visando a apropriação das riquezas da terra.

Explicitando melhor o quadro das relações de poder no início do período colonial, é importante ressaltar, de modo a evitar equívoco, que, não obstante a enorme autonomia judicial dos donatários das capitanias hereditárias e o extenso poder “de fato” da elite agrária, a Coroa jamais abdicou, em momento algum, do exercício de sua autoridade no Brasil. A esse respeito, assinala Faoro que em toda vila que nasce no País “o pelourinho demonstra que o rei existe e está presente” (1984:149).

Se, no início da colonização, os donatários dispunham de um considerável poder, ainda no século 16 iniciou-se, até por força das dificuldades enfrentadas pelas capitanias hereditárias, uma progressiva centralização política e administrativa que culminou com a criação do Governo-Geral. Firmada a tendência, a autonomia do poder dos senhores de engenho e demais latifundiários em geral veio a ser considerada com maior severidade, passando a ser vista como uma ameaça potencial aos interesses da metrópole. Então, a partir deste ponto, ao longo de toda a colonização, sempre que necessário, o Estado português valeu-se de uma dupla estratégia consistente em reprimir violentamente os insubmissos e/ou desenvolver, conforme o caso específico, toda uma atividade voltada para a conciliação, de modo a cooptar o rebelde à ordem jurídica em vigor. De toda maneira, para a monarquia portuguesa tratava-se de assegurar que “falar alto e firme ao rei não seria tolerado, em nenhum momento”, vez que tal conduta representaria uma porta aberta à insubordinação e à anarquia (Faoro, 1984:149-50).

Ainda na vigência do regime de capitanias hereditárias, foi elaborado o Regimento do Governo-Geral (1548) visando estruturar a administração colonial. Observa-se, desse modo, a partir dessa data, uma superposição entre os poderes dos funcionários da Coroa encarregados do Governo-Geral e dos donatários. Nos sessenta anos seguintes ao Regimento do Governo-Geral, em obediência aos seus ditames, a justiça, no Brasil, foi exercida pelos ouvidores e seus subordinados, sem excluir a justiça dos proprietários das capitanias hereditárias. Tal modelo de organização judiciária, fruto de uma renúncia da Coroa à imediata centralização do poder, teve como resultado “um sistema de controle exercido pelo rei e pelo donatário, ao mesmo tempo, confuso e muitas vezes inoperante” (Schwartz, 1979:24). De toda sorte, ele representa um aumento concreto da presença da Coroa nas questões até então de interesse exclusivo do donatário da capitania. Daí por diante a presença do Governo-Geral nos assuntos judiciais só

fez aumentar. Na gestão de Mem de Sá, por exemplo, talvez devido a sua experiência como magistrado integrante da Casa da Suplicação, foi ampliada a intervenção do governador-geral nos assuntos judiciais, reafirmando-se o poder do ouvidor-geral de fiscalizar a distribuição da justiça nas capitânias.

Já sob o domínio espanhol, no bojo de uma reorganização geral da justiça portuguesa, a organização judiciária brasileira se tornou mais complexa. Em 1609 foi instalada na Bahia uma Relação (Corte Suprema de Apelação) do mesmo nível que a do Porto e a das Índias (Goa), tendo funcionado até 1626 quando a ameaça holandesa – e também a difícil situação econômica – fez com que interrompesse as suas atividades, só retomando-as em 1652. Mas a causa determinante da criação da Relação no Brasil teria sido o crescimento da população e das atividades mercantis, o que, paulatinamente, elevou o número de litígios (Schwartz, 1979). A estrutura do tribunal correspondia, grosso modo, a das demais Relações. Os recursos de suas decisões, quando permitidos em razão do valor de alçada das causas cíveis e das sanções criminais impostas aos acusados, eram conhecidos pela instância superior, a Casa da Suplicação sediada em Lisboa.

A Relação da Bahia durante o século 18, precisamente até o ano de 1751, continuou sendo a única corte suprema do Brasil, não obstante, a partir de 1621, a nova estrutura administrativa da região colonial fizesse com que o chamado Estado do Maranhão se vinculasse diretamente à Casa da Suplicação.

Com o governo de Dom José I ocorreu uma importante alteração na organização judiciária brasileira. Em 1751 foi criada uma outra Relação, desta feita no Rio de Janeiro. Tal iniciativa prende-se ao desenvolvimento econômico da região, produzido através de uma intensa atividade de exploração mineral em Minas Gerais, região distante da Bahia. Além disso, a Coroa criou, ainda, no Pará e em Pernambuco (1758), posteriormente em todo o Brasil (1765), Juntas de Justiça com a incumbência de agilizar a prestação jurisdicional.

Outras iniciativas de grande importância jurídica foram as leis que proibiram a escravização de índios no Brasil (1755 e 1759), aboliram a escravidão em Portugal (1761 e 1773), transformaram a inquisição em um tribunal estatal, retirando a sua condição exclusivamente eclesiástica (1769) e a reforma da Universidade de Coimbra (1772). Esta última, inclusive, como se sabe, teve influência não desprezível no processo de independência nacional.

É importante assinalar que, não obstante as mutações até então produzidas no Estado português decorrentes, por exemplo, das transformações operadas na empresa colonial, domínio espanhol, despotismo esclarecido etc., permaneceu íntegra, durante todo o período colonial, malgrado certas contradições existentes, uma aliança entre a metrópole e os donos do poder local. Desse modo, como reconhecem os estudiosos do tema, “a aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos dos segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção” (Wolkmer, 1998:40).

Substancialmente, portanto, pode-se afirmar que as transformações operadas na organização judiciária brasileira ao longo do período colonial representaram, nem mais nem menos, um aperfeiçoamento do sistema de coerção e controle do Estado português sobre as massas despossuídas e, também, um signo do poder da metrópole perante a oligarquia agrária nacional.



### 3. A organização judiciária imperial

O advento da independência do Brasil costuma ser atribuído a uma variada gama de fatores, incluindo as transformações econômicas que então se processavam no mundo, a influência do liberalismo político e econômico, a formação das elites brasileiras nas novas idéias, a atuação da maçonaria etc., o que é basicamente correto. Todavia, a coincidência da independência ocorrida em diversos países americanos, mais ou menos ao mesmo tempo, “sugere a existência de determinações gerais que transcendem os quadros sociais”, afirmação que, ao nosso ver, não implica a exclusão de concausas genuinamente particulares do processo de independência nacional (Viotti, 1988:20).

Em termos fundamentalmente econômicos, a independência do Brasil insere-se no processo de transformação capitalista representado pela substituição do decadente capitalismo comercial pelo nascente capitalismo industrial, o que gerou uma crise no sistema mercantilista radicado no princípio do exclusivismo dos vínculos comerciais entre a colônia e a metrópole (Prado, s.d.:123). Essa crise no interior do capitalismo explica-se pelo fato de o capital industrial ser desfavorável à manutenção dos monopólios comerciais. Pelo contrário, o que pretendia é a promoção de aberturas comerciais cada vez mais irrestritas no sentido de propiciar a colocação dos bens produzidos pelos países produtores industrializados nos mais diversos mercados, inclusive no mercado colonial. Desse modo, os interesses do capital industrial colidiram diretamente com a concepção econômica que expressava os interesses do capital comercial tradicional, monopolista e protecionista. De maneira que, na época, a atividade comercial internacional desenvolvida totalmente livre de restrições, se mostrou indispensável ao pleno desenvolvimento das forças produtivas. É precisamente este o fator de índole econômica geral que explica a independência brasileira.

No plano interno, se tornou na época mais do que evidente para os brasileiros o caráter parasitário de Portugal, pois a importância econômica do Brasil era muito superior à sua, conforme reconheciam os próprios portugueses. Portugal, em situação política e economicamente desprivilegiada no cenário europeu, não era mercado para os produtos brasileiros, limitando-se a funcionar como simples entreposto, atividade de onde retirava o seu sustento e a sua sobrevivência. Para garantir a reprodução desse sistema, amplamente desvantajoso para o Brasil e também para as nações industrializadas, sobretudo para a Inglaterra, Portugal empreendeu progressivamente o uso de meios de coerção cada vez mais rigorosos sobre a economia e a sociedade brasileira de maneira a reforçar ainda mais o monopólio (Prado, s.d.:124-5). Em suma, inclusive em decorrência da ampliação do mercado interno brasileiro ocorrido em função do enriquecimento da sociedade e do aumento populacional a partir do “ciclo do ouro”, tornaram-se “cada vez mais penosas as restrições impostas pela metrópole, tanto mais que cresciam as possibilidades de participação no mercado internacional” (Viotti, 1988:22).

Assim, diante do quadro econômico desfavorável, deu-se o divórcio entre os interesses das elites portuguesa e brasileira. Examinando o processo de construção nacional por outro ângulo, mostra-se consensual entre os estudiosos do tema a afirmação de que o motor ideológico do movimento anticolonial foram as idéias liberais de origem francesa e – secundariamente, as de origem inglesa. No plano político, esse liberalismo, como pôde ser visto também no movimento de independência dos Estados Unidos, consistiu, em conseqüência da concepção

jusnaturalista de que os direitos individuais são sagrados e invioláveis, em obrigar, inclusive os governantes, a observá-los, o que constituiu um forte estímulo contra o poder da metrópole. Dessa forma, se a felicidade do monarca acarretava a infelicidade dos seus súditos, a revolução, em casos extremos, constituía-se na única alternativa possível.

Não obstante a recepção do iluminismo francês pelas elites nacionais, incluindo as idéias de Rousseau, a realidade política e a estrutura socioeconômica do País, carregando consigo as marcas da herança colonial, cobraram um alto preço pela sua importação. No Brasil, o liberalismo assumiu uma dimensão excessivamente formal ou, se desejarmos politizar um pouco mais, excessivamente conservadora, revelando-se “menos doutrinário que justificador”, aproveitando às elites interessadas apenas em diminuir o poder do monarca para aumentar o próprio “sem generalizar às classes pobres a participação política” (Faoro, 1984:246). Por esta razão, não se pode sustentar que houve uma verdadeira revolução no Brasil com a independência, no sentido de uma radical transformação das estruturas socioeconômicas, mas apenas, o que não deixa de ser importante, uma transformação de caráter jurídico-político expresso pela libertação do jugo colonial que, no entanto, permitiu a reprodução das relações de poder entre as classes sociais, limitando-se a reformular o arcabouço constitucional do Estado naquilo que era impostergável.

A realidade é que as elites nacionais, vitoriosas contra os portugueses, conseguiram impor a sua visão política liberal-conservadora. A organização jurídico-política brasileira foi, portanto, uma consequência direta dos limites impostos ao liberalismo pelas oligarquias, desejosas apenas de assegurar a liberdade de comércio e a autonomia política obtida em prejuízo da metrópole. Naquele momento da construção da nação, o efetivo exercício dos direitos individuais e políticos por parte das massas despossuídas foi considerado um sério risco às prioridades da elite. Em consequência, foram excluídos da cidadania escravos e índios, bem como os indivíduos livres situados na base da pirâmide social, utilizando-se para tanto o sistema de eleição indireta e a exigência de caráter censitário no tocante ao exercício do direito de voto. Por força dessa exclusão, ocorreu uma inevitável concentração de poder em benefício das elites, explicando-se, assim, o porquê da “sobrevivência das estruturas tradicionais de produção e das formas de controle político caracterizadas pela manipulação do poder local pelos grandes proprietários e a marginalização e apatia da maioria da população” (Viotti, 1988:58).

A Constituição de 1824, como não poderia deixar de ser, constituiu-se no diploma jurídico de maior expressão do período imperial, sintetizando as aspirações das elites dominantes, malgrado a existência de contradições entre elas. Em seu aspecto ideológico apresentava inspiração liberal-conservadora, tendo sido influenciada pelas Constituições francesa de 1814 e portuguesa de 1822. Foi liberal, por exemplo, ao relacionar, no seu artigo 179, os direitos e garantias individuais, inclusive garantias penais e processuais penais. Conservadora, entre outros aspectos, por manter a estrutura escravocrata que perdurou até 1888.

No plano da organização judiciária, é relevante perceber a inexistência de autonomia judiciária por parte das províncias que compunham o Estado unitário brasileiro do Império, o que representava uma grande concentração de poder na pessoa do imperador, alçado, em razão do Poder Moderador, considerado pela Constituição a “chave de toda a organização política”, à condição de árbitro da vida política nacional. A prevalência do poder pessoal do

imperador implicou, inevitavelmente, no enfraquecimento dos demais Poderes do Estado, sobretudo o Poder Judiciário, administrativamente subordinado ao Executivo e, por via de consequência, ao monarca. Portanto, é lícito afirmar que, no Brasil Império, o Judiciário correspondia a uma função do Estado e não propriamente a um Poder separado do Executivo, conforme a fórmula de Montesquieu.

O Poder Judiciário – “Poder Judicial”, segundo a Constituição de 1824 – era formado pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal de Justiça (máxima instância), composto por ministros nomeados dentre os desembargadores dos Tribunais da Relação; Relações provinciais (segunda instância), compostas por desembargadores; juízes de direito e municipais; juízes de paz e tribunal do júri. Os magistrados não possuíam a garantia da irremovibilidade (artigo 153, da Constituição), ficando sujeitos à suspensão pelo imperador (artigo 154, da Constituição). Porém, os juízes de direito eram vitalícios no cargo, o que não ocorria com os juízes municipais – nomeados por quatro anos com possibilidade de recondução – e os juízes de paz (eletivos). Além disso, os magistrados obrigavam-se a prestar contas de suas atividades e comportamento funcional tanto no âmbito dos poderes políticos da província quanto do governo central. Desse modo, o controle do Poder Moderador e do Poder Executivo sobre o Poder Judiciário implicava, como se percebe, na impossibilidade de sua independência.

Salienta Koerner, com muita propriedade, que “o STJ não tinha, ao contrário do Supremo Tribunal Federal criado na República, atribuições de caráter político, tais como julgar a constitucionalidade das leis ou a legalidade dos atos dos membros de outros poderes” (1998:36). Possuía, portanto, de acordo com a Constituição, funções meramente técnico-jurídicas, o que é compreensível ante os impedimentos de caráter político à sua independência, impostos pela ordem constitucional imperial.

Quanto ao direito positivo infraconstitucional e o seu reflexo na organização judiciária nacional, é importante recordar que o Código de Processo Criminal de 1832 também se adequou, como não poderia deixar de ser, ao espírito liberal da Constituição de 1824, tendo consagrado o habeas corpus e o júri. O Código respondia, inclusive, a necessidade de se imprimir racionalidade ao sistema punitivo pela superação das “atribuições confusas e sobrepostas dadas aos agentes da Justiça, legadas pelo período colonial” (Neves & Machado, 1999:126). Nesse período sobressaía-se como figura ímpar no interior do sistema penal o juiz de paz, magistrado leigo e não remunerado com competência para julgar pequenas causas e conciliar os litigantes, bem como reprimir bêbados, vadios e prostitutas. Em 1832 as atribuições dos juízes de paz foram ampliadas de modo a abranger funções tipicamente policiais. Acima dos juízes de paz situavam-se os juízes municipais. Estes eram escolhidos pelo presidente da província. Politicamente, as amplas atribuições dos juízes de paz exprimiam “o fortalecimento das autoridades locais e regionais”, correspondendo a influência dos liberais radicais (exaltados) e dos liberais moderados na condução da política imperial (Neves & Machado, 1999:126-7).

Em 1834, o Ato Adicional à Constituição veio a representar uma solução de compromisso entre conservadores e liberais, todavia, o regresso conservador ocorrido em 1837 alterou a correlação entre as facções políticas nacionais, tendo o regente Pedro de Araújo Lima liderado um processo de centralização do poder político. Dando continuidade a tendência, a Lei de Interpretação ao Ato Adicional de 1840, fruto da consolidação da influência conservadora sobre os

destinos nacionais, restringiu os poderes provinciais. No plano judiciário, tratou de centralizar a atividade judicial concedendo ao governo central o direito de nomear os magistrados.

Por fim, uma nova reforma de índole conservadora ocorrida em 1841 acarretou uma redução das atribuições do judiciário em favor da polícia, visando justamente reforçar “o aparato burocrático de dominação patrimonialista” presente no regime monárquico (Wolkmer, 1998:87-8). A polícia, por exemplo, além de investigar os delitos, passou a ter, em alguns casos, jurisdição, podendo processar e aplicar penas (Neves & Machado, 1999:126). Os delegados e subdelegados eram nomeados pelo chefe de polícia que, por seu turno, era escolhido dentre os membros da magistratura, mais precisamente dentre os desembargadores e os juízes de direito (Koerner, 1998:35-6). Aliás, o chefe de polícia ocupava, no plano hierárquico, uma posição de superioridade em relação aos juízes, fossem estes juízes de direito ou municipais, podendo ordenar-lhes que “procedessem investigações, abrissem processos, e também controlando a sua atividade” (Koerner, 1998:36-7). Dessa maneira, pode-se afirmar que, no plano criminal, com a reforma “foram atribuídas, por um lado, funções judiciais à polícia e, por outro, funções policiais aos magistrados” (Koerner, 1998:38). No plano político-criminal, argumentavam os conservadores que a reforma justificava-se pela excessiva brandura de nosso sistema penal, fator que contribuía para o aumento da criminalidade (Barbosa, 1972:109).

Em 1853 o quadro político no Brasil Império sofreu uma outra alteração. Firmou-se um consenso em torno da preservação da centralização política estatal. Neste período, portanto, a noção de Estado centralizado confundia-se com a idéia de nação. Conservadores e liberais inauguraram a linha política conhecida por “conciliação”, firmando as bases do bipartidarismo no País. Frise-se que, no plano econômico, a década de 50 teve grande importância histórica. Ela demarca o início da superação da estagnação econômica vivida pelo País na primeira metade do século 19. Diz-se, a seu respeito, que ela inaugura uma fase de prosperidade que perdurou, salvo breves reveses, durante toda a segunda metade do referido século (Prado, s.d.:142). Compreende-se, assim, o porquê da conciliação. Não obstante algumas contradições secundárias, “interessava a conservadores como liberais favorecidos por uma conjuntura econômica favorável, em função de suas origens comuns e da relativa homogeneidade de suas formas de pensar, acordos que preservassem a prosperidade e favorecessem a grande propriedade” (Neves & Machado, 1999:243).

Em 1854, o ministro da Justiça Nabuco de Araújo propôs mudanças na legislação visando reformar a organização judiciária. Todavia, a resistência parlamentar impediu mudanças profundas na estrutura judicial, de modo que, ao final, segundo o próprio autor, o projeto foi inteiramente desfigurado, não chegando sequer a ser aprovado ante a oposição tanto de “saquaremas” quanto de “luzias”, não obstante as diferenças existentes entre as concepções acerca da organização judiciária entre conservadores e liberais. Para os primeiros, a dimensão política do Judiciário era simplesmente nula. Ele deveria se constituir, tão-somente, na agência do governo competente para aplicar a lei aos casos concretos destituídos de dimensão política, não importando, na prática, outras funções que lhes fossem atribuídas pela lei. Concebiam, assim, a existência de um Judiciário “identificado ao poder imperial em seus fundamentos e objetivos” e dos magistrados como meros delegados do poder imperial investidos nessa condição com a única missão de decidir os conflitos interindividuais com base na lei (Koerner, 1998).

Estes, deparando-se com um conflito entre os interesses do cidadão e do Estado, segundo a concepção conservadora que predominou durante o segundo reinado, não teriam competência para conhecer do problema. Portanto, não podia o indivíduo fazer valer seus direitos perante o Estado utilizando-se da via judicial, devendo conformar-se, necessariamente, com os recursos administrativos que eram postos à sua disposição (Koerner, 1999:41). Para os liberais, pelo contrário, caberia ao Judiciário dar concretude ao pacto social liberal, agindo de modo a proteger os direitos individuais em face do poder político do Estado. Com tal desiderato, propunham a reforma da organização judiciária com base nos seguintes pontos: 1. Autonomia das decisões judiciais; 2. Constituição de uma magistratura organizada em carreira; 3. Controle judicial do processo eleitoral; 4. Despartidarização da magistratura e 5. Separação entre o Judiciário e a Polícia. Tratava-se, portanto, de uma radical transformação a ser operada no Judiciário brasileiro, então subordinado na atividade de prestação jurisdicional aos ditames dos Poderes Moderador e Executivo, e constituído por magistrados cooptados por estes poderes e não selecionados de acordo com o critério do mérito, cuja carreira integrava a carreira política pela via dos partidos políticos e que, ademais, tinham as suas atribuições confundidas com as da polícia. Tratava-se para os liberais de “constituir a autonomia de julgamento do Poder Judicial, cujos magistrados seriam independentes em relação ao governo e aos poderes locais, com uma carreira diferenciada e estruturada burocraticamente, e com poderes ampliados de intervenção sobre os conflitos sociais e sobre o processo eleitoral” (Koerner, 1999:92).

Em 1866 Nabuco de Araújo volta à carga, tendo afirmado, no prefácio de sua proposta, pretender a efetiva independência do magistrado; a separação entre a Justiça e a Polícia; a restrição da prisão preventiva e a jurisdição definitiva dos juízes vitalícios em todas as causas civis, criminais e comerciais, dentre outras medidas (1997:639). A reforma, no entanto, só veio a ser aprovada em 1871, tendo absorvido algumas das idéias apresentadas por Nabuco de Araújo, mas refletindo, todavia, a hegemonia conservadora. Merecedor de transcrição completa é o depoimento de Joaquim Nabuco a respeito dos efeitos decorrentes da mutação legislativa produzida pela reforma. Não obstante admitir que a transformação não se deu exatamente como ele imaginava, suas palavras constituem, a meu ver, uma crítica certa às limitações da lei diante das resistências culturais de um povo à transformação. Ao mesmo tempo, frise-se, evidencia a importância da magistratura independente. Diz ele:

*“Essa reforma de 1871 será mais uma prova, como a eleição direta, como todas as outras reformas quase, da inutilidade de alterar a lei, qualquer que seja, quando o espírito da nova instituição criada, de modificação introduzida, não precedeu a reforma. O que faltava para proteger e garantir a liberdade individual em nosso País era o interesse de cada um pela liberdade e o direito alheio; essa falta era insuprível pelas combinações, por mais engenhosas que fossem, da lei; onde o indivíduo não se interessa senão pelo que pessoalmente lhe concerne, a liberdade individual só pode ser protegida tornando-se em ponto de honra de uma magistratura escolhida e superiormente educada, cri-*



*ando-se, por outra, uma aristocracia de juízes. Nabuco tinha essa intenção, por isso nunca acreditou em reforma judiciária que não assestasse sobre a elevação intelectual e social do magistrado” (1997:640).*

De toda sorte, quando observamos as características da organização judiciária nacional ao tempo do Império, percebe-se o quanto evoluiu e pode ainda evoluir, caso enfrente os desafios de nosso tempo.

Examinando os rumos da política judiciária no segundo reinado à luz do plano especificamente econômico e político, temos que, no plano econômico, a arrancada do Brasil na direção do crescimento foi encabeçada, ao longo de toda a segunda metade do século 19, pelo setor exportador que lucrou não apenas com o aumento no volume das exportações, mas também pela elevação dos preços médios dos produtos exportados. Ao lado desse fator, tornando a situação ainda mais favorável, as importações diminuíram de valor. Contudo, a renda nacional não se elevou de modo igual em razão da queda verificada nos preços internacionais do açúcar e do algodão, em prejuízo da região Nordeste (Furtado, 1984:142).

A situação altamente favorável da balança comercial permitiu ao Brasil recuperar suas contas externas. Foram duas as principais conseqüências do crescimento econômico: a) a elevação do padrão de vida da população; b) o aparelhamento técnico do País com a construção de estradas de ferro, instalação das primeiras manufaturas, mecanização do campo etc., de modo que “pode-se dizer que é nesta época que o Brasil tomará pela primeira vez conhecimento do que fosse o progresso moderno e uma certa riqueza e bem-estar material” (Prado, s.d.:168). É certo que boa parte dos novos empreendimentos (indústrias, bancos, companhias de navegação a vapor, companhias de seguro e estradas de ferro) vai ser destinada à simples especulação, todavia, não deixou de representar uma injeção de energia ao capitalismo no Brasil.

Ao mesmo tempo em que os lucros provenientes da exportação contribuíram para criar uma influente burguesia rural vinculada ao café, favoreceram o desenvolvimento urbano em uma dimensão jamais vista anteriormente, permitindo com isso o acirramento das contradições entre as elites. O problema da escravidão ganhou uma maior importância em virtude da adesão dos centros urbanos à pregação abolicionista, o que contribuiu para a abolição da escravatura em 1888. Por outro lado, decadente, perdendo escravos para a próspera economia cafeeira do Centro-Sul do País, o Norte agrário aderiu mais rapidamente ao ideal abolicionista que as regiões economicamente mais prósperas. Além disso, enquanto o regime escravocrata perdia adeptos entre os proprietários rurais nordestinos, também se percebia no setor manufatureiro o lado negativo da utilização da mão-de-obra escrava. De acordo com Caio Prado Jr., nas manufaturas “não se empregarão trabalhadores servis, a não ser para tarefas secundárias e acessórias; a sua ineficiência para os serviços mais delicados e complexos das manufaturas será logo percebida; sem contar a vantagem financeira maior que representa o pagamento de salários em vez do preço dos escravos” (s.d.:174-5).

A guerra do Paraguai veio afetar acentuadamente as finanças do Estado, mas tão significativo fora o crescimento econômico produzido a partir de 1850 que a economia não se

deteve, apesar do Império não ter recuperado jamais a saúde orçamentária. Entre 1870 e 1880, verifica-se o período em que ocorreu um dos maiores surtos de prosperidade no País em razão da crescente multiplicação das fábricas, empreendimentos comerciais e, sobretudo, agrícolas. Ao mesmo tempo começa a verificar-se uma considerável acumulação de capitais decorrente tanto da atividade agrícola quanto da “substituição dos escravos por trabalhadores livres”, o que propiciou a mobilização dos capitais imobilizados “naquela propriedade humana”. Assim, “grandes disponibilidades de capital até então fixos, se tornam circulantes e desembaraçados para outras aplicações além do pagamento do trabalho agrícola”. A própria indústria, embora desempenhando um papel mais modesto que a agricultura, conhecerá, entre os anos de 1880 e 1889, uma grande prosperidade que vai se prolongar durante a República nos primeiros anos do novo regime (Prado Jr., s.d.:259-60).

Quanto às classes sociais, é importante salientar que o crescimento econômico revelou a existência de um significativo descompasso entre as forças políticas que tradicionalmente davam sustentação ao Império e os beneficiários do enriquecimento acelerado. Precisamente a esse respeito, reconhece-se que “as novas elites urbanas não se sentiam suficientemente representadas e os fazendeiros das áreas cafeeiras mais novas, que produziam boa parte da riqueza do País, sentiam-se peados pelas estruturas políticas do Império” (Viotti, 1998: 15). Desse modo, a República constituiu-se, em grande parte, no desaguadouro de um descontentamento político desencadeado, em última análise, pelas transformações experimentadas pela economia nacional que impulsionaram o redeslocamento das classes sociais, provocando um amplo rearranjo do sistema político nacional.

Em termos de evolução da política imperial, deve-se registrar a existência de uma defasagem entre o sistema político nacional e o crescimento econômico do País. A Constituição de 1824 consagrara o voto dos analfabetos, contudo, a reforma eleitoral ocorrida a partir de 1879, não obstante ter introduzido a eleição direta, ao proibi-lo, restringiu ainda mais a participação popular no Brasil. Como se não bastasse, aumentou a exigência de renda, fazendo com que se elevasse de 200\$000 (duzentos mil réis) para 400\$000 (quatrocentos mil réis). Desse modo, em uma nação com uma taxa de alfabetização em torno dos 20%, formada por uma população majoritariamente empobrecida, os eleitores, em número de 1.114.066 indivíduos em 1874, caíram para 145.296 em 1881, ou seja, apenas 1,5% da população do Império estimada em 9.941.471 pessoas em 1881 (Neves & Machado, 1999:396-8).

#### **4. A organização judiciária republicana**

Diante do cenário anteriormente exposto, entende-se por que a República foi produzida a partir dos interesses das elites sub-representadas no jogo político do fim do período imperial, tais como as camadas médias urbanas, grandes proprietários rurais de São Paulo e militares. Por sua vez, as classes subalternas quase não tiveram participação da queda do regime, produto da atividade da elite cafeeira, militares e intelectuais, limitando-se, de acordo com a célebre frase de Aristides Lobo, a assistir bestializadas à passagem das tropas golpistas, acreditando tratar-se de uma parada militar. Aliás, os próprios republicanos ideológicos não estiveram à frente do golpe de Estado. Assim, a República foi consequência da disputa política entre os donos do poder “preocupados em manter-se à frente dos destinos do País, do que dos



verdadeiros ideólogos do republicanism, atônitos em relação ao súbito adesismo manifestados pelas elites dominantes” (Penna, 1999:31). Desse modo, a proclamação da República representa, como em muitas outras ocasiões em nossa história, uma revolução “pelo alto”, um movimento de mudança visando, paradoxalmente, a manutenção das relações fundamentais de poder intactas, aptas a reproduzir a dominação oligárquica no Brasil, o que não exclui a ocorrência de mutações de caráter superestrutural na sociedade e nem tampouco o ingresso de novos atores sociais na cena política, como, por exemplo, os militares, ainda impregnados em significativo número pelo positivismo então reinante nas escolas militares, e a classe média urbana. Os juristas, como não poderia deixar de ser, considerando-se o papel histórico por eles representado na construção da nação, participaram ativamente da estruturação do Estado republicano, orientando-o no sentido da modernização conservadora alicerçada em princípios liberais. Tal esforço não implica afirmar que “o ideário burguês liberal vá progressivamente adaptando-se à sociedade brasileira”, mas tão-somente que o novo contexto histórico importa na “necessidade de uma reelaboração e redefinição das estruturas de poder face a uma maior complexidade da sociedade” (Neder, 1995:41).

Com a República foi introduzido o federalismo no Brasil pela Constituição de 1891. Enquanto os republicanos ideológicos centravam, desde o início de suas atividades, a sua concepção de República na expansão da cidadania, incluindo a extinção da escravidão no País, o federalismo foi bandeira central de luta dos republicanos conservadores e escravocratas de origem paulista. Portanto, a ênfase no federalismo e não na efetivação dos direitos políticos e individuais das camadas sociais excluídas, foi a principal marca da primeira República, com tudo o que isso possa implicar.

O federalismo, não obstante o seu caráter modernizador e progressista em relação ao unitarismo do fim do Império, graças ao vício de origem representado pelo apoio das oligarquias agrárias, foi um mecanismo destinado a atender aos seus interesses, contribuindo para a perpetuação das estruturas locais de poder fundadas no mandonismo, no clientelismo e na patronagem. Desse modo, mostra-se correto o julgamento acerca da República no sentido de que ela “acabara tão-somente ajustando as estruturas arcaicas da sociedade, modernizando-as onde era inevitável, sem alterá-las essencialmente” (Penna, 1999:39). As transformações operadas na organização judiciária nacional representaram, nesse sentido, apenas uma tentativa de modernização do obsoleto edifício do Estado nacional. Frise-se que, na época, a idéia de reforma do Estado era tida sinônima de reforma judiciária, em outras palavras, de mutação na organização judiciária nacional.

As transformações operadas no Poder Judiciário nacional, fruto da necessidade de modernização do aparelho de Estado e da sua adequação à Constituição republicana de inspiração norte-americana, não deixaram de apontar na direção do seu maior amadurecimento político. Todavia, mais uma vez, até mesmo em decorrência das especificidades do desenvolvimento histórico dos Estados Unidos, o Poder Judiciário nacional não desempenhou um papel decisivo como guardião das liberdades individuais, submetendo-se, por força da realidade política, à injunção dos grupos sociais dominantes. A federação de caráter oligárquico veio, por sua vez, a moldar o caráter e a atuação do Poder Judiciário, limitando significativamente senão sua independência de jure, sua independência de fato. Compreende-se, a partir desta observação, por que o Poder

Judiciário Federal representado, sobretudo, pelo STF, mostrou-se fraco na contenção de abusos por parte das oligarquias estaduais e do próprio governo federal. De toda sorte, a Constituição republicana assegurou aos magistrados as garantias da magistratura e, ao Judiciário, o poder de julgar os conflitos entre a União e os Estados, bem como os crimes políticos, assegurando a eficácia da sentença pela possibilidade da intervenção federal nos Estados. Contudo, o peso político das oligarquias regionais terminou muitas vezes por levar o STF a tornar-se uma arena de disputas partidárias, deslegitimando a sua atuação como árbitro das grandes questões políticas nacionais. Viu-se, então, o Poder Judiciário instrumentalizado politicamente em favor de interesses partidários (Koerner, 1998:179 ss). Exemplificando, tomemos a conhecida passagem de nossa história ocorrida no governo Floriano Peixoto. Por conta de uma manifestação oposicionista, o governo federal determinou a prisão de vários opositores, dentre eles senadores, deputados, militares de alta patente etc. Rui Barbosa impetrou junto ao STF *habeas-corporis* em favor dos presos. O *writ* foi denegado pela suprema corte, o que teria provocado o seguinte comentário por parte de Floriano Peixoto: “Se os juízes do tribunal concedessem o *habeas-corporis* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhe dará o *habeas-corporis* de que, por sua vez, necessitarão” (Silva, 1985:25). E não se afirme que a pressão foi exercida sobre o Poder Judiciário apenas pelos governantes militares. O próprio Prudente de Moraes, tendo decretado o estado de sítio e prendido os seus opositores após o atentado de que foi vítima, ao deparar-se com *habeas-corporis* concedido pelo STF, não poupou a Suprema Corte de críticas, tendo afirmado na Mensagem Presidencial enviada ao Congresso em 1898 que a decisão daquela Corte de Justiça, eivada de inconstitucionalidade e partidarismo, afetava a harmonia entre os Poderes do Estado, atingindo a ordem pública (Koerner, 1998:182-3).

Na década de 20 todo o modelo agroexportador então vigente no Brasil sofre um forte abalo. A monocultura cafeeira, expressão econômica do poder das oligarquias do Sul do País, entra em crise. Ao mesmo tempo, certos grupos sociais excluídos da grande política emergem com influência, forçando transformações inadiáveis.

Em 1930 uma mutação de grande significado político ocorre no Brasil. A política da Primeira República, caracterizada pela barganha, negociação e conciliação entre as elites agrárias e exclusão de outras forças vivas da nação, entra em falência. Com isso, uma ruptura institucional de significativas proporções, resultante das transformações operadas no cenário sociopolítico, vem a ter lugar. Como atores de peso na política nacional surgem a burguesia industrial e o operariado, agregando-se às elites rurais e os militares cada vez mais organizados. Expande-se a cidadania no Brasil com o redeslocamento do poder para os centros urbanos. Todavia, apesar disso, não chegou a haver uma revolução social com a alternância do domínio de classe e alterações nas relações de produção. Como expressam os estudiosos do tema, “houve uma renovação do pacto oligárquico” onde “trocam-se antigas práticas políticas em favor de uma maior subordinação ao Estado”. Neste rearranjo político as elites urbanas passam a se constituir em importantes protagonistas no jogo do poder, o que implicou em conquistas políticas generalizadas a toda a população, tais como o voto secreto e a Justiça Eleitoral (Penna, 1999:147 e ss).

A revolução de 30 vai, mais uma vez, provocar impacto na organização judiciária nacional. Com a Constituição de 1934, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar passam a integrar o Poder Judiciário.

O golpe de Estado de 1937, concretizando as tendências que vinham se manifestando no País, inaugurou uma ditadura. Ao mesmo tempo em que promoveu a industrialização do País através do intervencionismo estatal no plano econômico, o regime autocrático provocou uma concentração de poderes no Executivo, suprema autoridade nacional, com competência para editar decretos-leis, segundo as “disposições transitórias” da Carta Constitucional posta em vigor. Por outro lado, a própria Constituição, tendo enunciado as liberdades individuais, na prática as eliminou mediante o expediente consagrado no artigo 186, das suas “disposições transitórias”, que consistia na decretação do estado de emergência onde as referidas liberdades ficavam suspensas, podendo ser o indivíduo privado de sua liberdade de locomoção, ver censurada a sua correspondência e eliminadas as liberdades de expressão e reunião. Além disso, ficava autorizado o presidente da República a proceder a busca e apreensão domiciliar (artigo 168, da Constituição). Com isso, o Estado centralizador e intervencionista se libertou de quaisquer freios porventura existentes à sua atuação em prol do crescimento econômico. Favoreceu o novo regime, sem dúvida, a pouca estima existente em relação às instituições democráticas tanto por parte das elites quanto das classes populares. Os trabalhadores urbanos, inclusive, foram aquinhoados com uma legislação de proteção social pelo Estado, de modo a neutralizá-los como força política de transformação social.

Com a Constituição de 1946 foi restabelecida a democracia, o que implicou o fortalecimento dos Poderes Legislativo e Judiciário. Frise-se que, em todas as três Constituições, inclusive na Constituição de 37, foram mantidas as tradicionais garantias da magistratura.

Com o movimento militar de 1964 o Brasil voltou a conhecer um longo período de supressão das liberdades democráticas. Os chefes militares, invocando “o interesse e a vontade” da nação no Ato Institucional nº 1, de 10 de abril de 1964, começam por suprimir pelo prazo de seis meses a garantia judicial da vitaliciedade (artigo 7º), negando a possibilidade de controle judicial do mérito das demissões, dispensas, aposentadorias compulsórias e da colocação em disponibilidade dos agentes públicos destituídos da estabilidade ou vitaliciedade (artigo 9º) (cf. Campanhole & Campanhole, 1981:309 e ss). Interpretando esta mutação política ocorrida em nosso País, assinala Faoro, com muita propriedade, ter havido uma:

*“substituição dos dirigentes políticos, com a mudança das regras do esquema de comando, sem transformação social ou econômica. Sua nota de atuação se traduziu pela autonomia de um segmento político dominante – um estamento e uma elite – que, de cima para baixo, procurou, em nome da segurança nacional, modernizar a estrutura do País, moldando-a dentro de padrões conservadores. De qualquer sorte, inegável e declarado foi o deslocamento do titular do Poder Constituinte, apropriado em favor de uma camada dirigente, ou pretensamente tal, justificada em si mesma, sem prestar contas ao povo, alheias a qualquer responsabilidade perante a nação” (1981:20-1).*

O lento processo de redemocratização do País veio, finalmente, restituir ao povo as

liberdades democráticas, devolvendo integralmente ao Poder Judiciário o poder que lhe havia sido ilegitimamente usurpado.

### **Conclusões**

Do exame das mutações produzidas no Estado brasileiro ao longo de nossa história, pode-se concluir, utilizando-se os modelos ideais de magistratura elaborados por Zaffaroni, ter o Judiciário nacional transitado de uma estrutura empírico-primitiva a uma estrutura técnico-burocrática bastante sofisticada, mas ainda distante de um modelo democrático-constitucional de Judiciário.

Apesar de todos os percalços que acompanharam o processo de construção da organização judiciária nacional, não resta dúvida que o Poder Judiciário atingiu, hoje, uma situação de independência em relação aos demais Poderes do Estado como nunca se viu ao longo da evolução histórica do Brasil. Aliás, o próprio Zaffaroni considera que, “em comparação com os demais modelos judiciários latino-americanos, a estrutura brasileira parece como a mais avançada de toda a região e praticamente a única que não corresponde ao modelo empírico-primitivo do resto” (1995:125). Todavia, a meu ver, nem por isso encontra-se a salvo de enfrentar sérios desafios impostos pela atual conjuntura, com características de crise, que podem importar em retrocessos.

É tradicional, em alguns meios, a afirmação de que os problemas enfrentados pelo Judiciário resolvem-se com o tratamento legislativo adequado de determinadas questões através de reformas, sobretudo no âmbito do direito processual. Há, também, aqueles que salientam a escassez de recursos, a inexistência de juízes em quantidade suficiente ou o baixo nível do ensino jurídico como óbices ao bom funcionamento do Judiciário.<sup>3</sup> Não compartilho tais opiniões. Os problemas apontados existem e possuem certa importância, mas são, todos, secundários. Na verdade, um dos principais fatores da crise do Judiciário radica no que pode ser denominado de expansão real da cidadania e nas importantes transformações operadas no âmbito do capitalismo mundial. A complexidade e sofisticação das relações sociais no País acarretaram a multiplicação dos conflitos intersubjetivos ou coletivos em torno de problemas inteiramente novos, envolvendo, inclusive, o interesse dos governos. Por outro lado, foram explicitados certos conflitos até então reprimidos por causa da situação política vivida pelo País durante o regime militar. Na atualidade, observa-se, por exemplo, a importante dimensão assumida pelos confrontos entre agricultores “sem terra”, de um lado, e fazendeiros/jagunços/policiais militares, de outro, bem como o conflito entre a população urbana “sem teto”, de um lado, e particulares/policiais militares, de outro. Por fim, é de ser lembrada a frequência com que os particulares e as agências governamentais se digladiam numa intensidade nunca vista anteriormente. Em outras palavras, o que se observa “é a crescente demanda de protagonismo dirigida

---

<sup>3</sup> Essa visão dos problemas do Poder Judiciário é comum à maioria dos magistrados. Segundo pesquisa realizada, dentre outras pesquisadoras, pela professora Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca, 59,8% dos juízes entrevistados indicaram a sobrecarga de trabalho e a falta de recursos como os problemas que mais afetam a máquina judiciária. Quanto ao número insuficiente de juízes, dados do STF revelam, hoje, a existência de um juiz para cada mil habitantes, enquanto a Alemanha possui um juiz para 3,5 mil habitantes e a Argentina um para 9 mil. Cf. “Juízes jovens, mas com perfil conservador”, reportagem publicada no jornal *O Globo* em 21 de agosto de 2000.

aos judiciários latino-americanos”, resultante do fato de que “o Estado é mais complexo do que outrora e que as relações jurídicas se multiplicaram” (Faria, 1991:21 e ss). Por outro lado, paradoxalmente, as exigências determinadas pelo fenômeno da globalização têm provocado o enfraquecimento dos Estados nacionais frente ao capital internacional, produzindo um dismantelamento das estruturas estatais inerentes ao *welfare state*. Diante dessa angustiante realidade, entendo que a efetiva independência do Judiciário passa pelo comportamento de seus integrantes diante, sobretudo, dos conflitos coletivos e políticos. Passa, diria melhor, por uma transformação cultural, capaz de reafirmar o papel político do Poder Judiciário e não meramente técnico-judicial.<sup>4</sup>

Esta orientação se impõe porque a concepção de um Judiciário “apolítico”, assimilada pelos seus integrantes desde os bancos das faculdades de direito, termina por funcionar de forma contrária ao que estes possam dela esperar. Ao invés de reafirmar o caráter politicamente neutro e imparcial de sua atuação, a apoliticidade conduz o Judiciário ao descrédito público, produzindo um déficit de legitimidade. Afirmar o caráter independente e imparcial da magistratura não implica negar a interação entre o Judiciário e a realidade social. Não se pode exigir ao magistrado que renuncie a suas convicções políticas, suas idéias sobre os rumos do País onde vive e os destinos do mundo. Fazê-lo, implicaria transformá-lo em um “quase cidadão”, um incapacitado diante das demandas sociais de uma melhor prestação jurisdicional eficiente e apta a compor os conflitos sociais.

Afastese, por sua vez, qualquer confusão entre politização e partidarização do Poder Judiciário. Se, realmente, começarmos a admitir paulatinamente que a atividade judicial possui um conteúdo acentuadamente político, inclusive porque os Poderes do Estado desempenham funções políticas, o que se deve combater é, unicamente, a chamada partidarização do Poder Judiciário.

De fato, dentro dos marcos do Estado democrático de direito, é a partidarização do Judiciário que deve ser evitada por implicar parcialidade das decisões judiciais. Falar em partidarização, ao contrário do que muitas vezes nos diz a doutrina, importa em considerar não apenas a dependência diante dos partidos políticos, mas de todos os interesses particularizados de indivíduos, grupos sociais, que em dado momento exigem a prestação jurisdicional em face de um conflito. Parece-nos claro, neste ponto, que partidarizar a máquina judicial colocando-a a serviço dos interesses particulares dos grupos de poder acarreta irreparáveis danos a sua missão política. A partidarização faz com que o Poder Judiciário atue com parcialidade, aderin-

---

<sup>4</sup> Neste sentido representa um alento a opinião do presidente do Superior Tribunal de Justiça. Segundo ele, a modernização e ampliação do aparato judiciário podem até mesmo agravar antigas mazelas e não resolvê-las, caso a “mentalidade elitista” da magistratura não for modificada. Para ele “a Justiça enfrenta um problema cultural”, pois “o Poder Judiciário é excessivamente conservador”. Cf. matéria “Juízes jovens, mas com perfil conservador”, cit. Reconheça-se, no entanto, as dificuldades do Judiciário inerentes a transição em curso do autoritarismo político para a democracia no Brasil. Neste sentido, parece-nos correta a afirmação de que o que se pede do Judiciário, “mais do que uma simples, embora necessária modernização, um movimento de democratização das suas estruturas, em especial, ampliando e agilizando as vias de acesso à Justiça, lugar social recém-descoberto pela multidão sem direitos como de aquisição da cidadania”, de modo que se possa atribuir a esse Poder do Estado “maior atividade nos processos de mudança social”. Cf. VIANNA, Luiz Werneck et alii. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 3ª ed., 1997, pp.321-323.

do a uma das partes do conflito, justamente a mais forte, de modo a resguardar os seus interesses em detrimento da parte politicamente mais débil. Como efeito de tal postura temos que o Poder Judiciário vê subtraída a sua capacidade de mediar eficazmente os conflitos, de colaborar com a promoção dos câmbios sociais, reafirmando a sua condição de instância social politicamente conservadora. Perde, assim, a credibilidade de que desfruta perante a sociedade.

O magistrado “eunuco político” não é, na verdade, independente, como muitas vezes ele próprio acredita e deseja fazer com que os outros acreditem. A imparcialidade na atuação do Poder Judiciário não depende da apoliticidade de seus integrantes, mas sim da existência de reais condições políticas de independência judicial. Na verdade, a relação entre a imparcialidade judicial e o regime político vigente em um determinado País é a seguinte: quanto mais autoritário for o regime político menos independente será o Poder Judiciário e, conseqüentemente, mais parciais serão as suas decisões. Quanto mais democrático o regime, menos despolitizados serão os magistrados e mais imparciais as suas decisões.

Só um Poder Judiciário pluralista, onde as diversas concepções políticas possam manifestar-se sem amarras e de forma transparente na fundamentação das decisões judiciais, pode ser verdadeiramente imparcial. A imparcialidade proclamada no discurso que faz apologia do apoliticismo é uma falsa imparcialidade. Em seu nome, em nome de uma suposta “objetividade” dos julgados, é imposta aos destinatários das decisões judiciais uma única visão de mundo, não por coincidência a dos donos do poder, reproduzindo-se, assim, a ideologia dominante, e, por outro lado, emperrando-se os avanços sociais pelo incremento da repressão estatal sobre as camadas sociais mais desfavorecidas e desorganizadas.

Os caminhos para a superação da crise do Judiciário ainda não estão totalmente evidenciados; seguramente, no entanto, passam pelo seu fortalecimento perante os demais Poderes do Estado, o que implica na preservação da sua independência substantiva. Com isto pretendo afirmar que, sejam quais forem as opiniões existentes sobre o problema, inclusive no que se refere às imprescindíveis transformações a serem feitas na mentalidade dos operadores judiciais, a capacidade de poderem decidir de forma imune às pressões externas oriundas dos demais Poderes do Estado é algo fundamental à preservação do próprio Estado democrático de direito.

### **Bibliografia**

- BARBOSA, Marcelo Fortes. 1972. “O direito penal imperial” in *Justitiae*. São Paulo: s.ed., 24, [105-113].
- BURDEAU, Georges. 1980. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 19ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hílton (orgs.). 1981. *Constituições do Brasil*, 5ª ed., São Paulo: Atlas.
- FAORO, Raymundo. 1984. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. Volume 1, 6ª ed., Porto Alegre: Globo.
- \_\_\_\_\_. 1981. *Assembléia Constituinte. A Legitimidade Recuperada*. São Paulo: Brasiliense.
- FARIA, José Eduardo. 1991. *Justiça e Conflito. Os Juízes em Face dos Novos Movimentos Sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.



- FURTADO, Celso. 1984. Formação Econômica do Brasil, 19ª ed., São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. 1997. Raízes do Brasil, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras.
- KOERNER, Andrei. 1998. Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira. São Paulo: Hucitec.
- MELLO, Evaldo Cabral de. “A fabricação da nação” in *Folha de S.Paulo*. Caderno Mais. 17 de setembro de 2000.
- NABUCO, Joaquim. 1997. Um Estadista do Império. Volume I, 5ª ed., São Paulo: Topbooks.
- NEDER, Gizlene. 1995. Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Fabris.
- NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das & MACHADO, Humberto Fernandes. 1999. O Império do Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- PENNA, Lincoln de Abreu. 1999. República Brasileira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- PRADO Jr., Caio. História Econômica do Brasil. [São Paulo]: Brasiliense, s.d.
- ROSSOLILLO, Francesco. 1986. “Revolução” in Dicionário de Política. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco (orgs.). Trad. Carmen C. Varrialle et alii. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- SCHWARTZ, Stuart B. 1979. Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial. A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes. 1690-1751. São Paulo: Perspectivas.
- SILVA, Hélio. 1985. O Poder Civil. Porto Alegre: L & PM Editores.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. 1975. Teoria Constitucional. Teoria Constituyente. Poder Constituyente: Fundacional; revolucionário; reformador. Volume I. Buenos Aires: Depalma.
- VIANNA, Luiz Werneck et alii. 1997. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, 3ª ed., Rio de Janeiro: Revan.
- [VIOTTI] da Costa, Emília. 1988. Da Monarquia à República: Momentos Decisivos, 6ª ed., São Paulo: UNESP.
- WOLKMER, Antônio Carlos. 1998. História do Direito no Brasil, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. 1995. Poder Judiciário. Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais.

# EFEITOS DAS CRISES ECONÔMICAS GLOBALIZADAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

*Viviann Rodriguez Mattos\**

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Exposição. 3. Conclusões

## 1. Introdução

Não é de hoje que acompanhamos na mídia escrita e falada as crises econômicas que assolam o mundo, iniciadas em um país, porém, abalando estruturas pensadas sólidas de outros, por conta do fenômeno da globalização.

Mas se as crises econômicas existem desde que os povos se organizaram em sociedade, a globalização também não é um fenômeno tão novo assim, pois existe desde que o homem passou a andar em torno do mundo, mesmo em seu aspecto econômico, pois ninguém olvida que, desde a época do Império Romano, as conquistas eram motivadas pela globalização econômica.

Obviamente, após o fim da Guerra Fria, com o desenvolvimento da tecnologia e das comunicações, os contornos da globalização ficaram mais claros e espantosos, principalmente após os anos 90, quando ela entrou em um ritmo jamais visto na história humana, uma vez que nesse período, os capitais passaram a circular instantaneamente de um país para o outro e as empresas multinacionais, na busca de um novo patamar de produtividade, migraram para outros países onde o seu custo operacional poderia ser mais baixo.

Por efeito dessa circulação de capitais, da mesma forma que a globalização, as crises econômicas passaram a adotar outros limites: deixaram de ser problemas regionais para ser problemas mundiais, e, conseqüentemente, as relações de trabalho sofreram as influências da globalização destas crises econômicas, pois, segundo Arion Sayão Romita<sup>1</sup>, “o conteúdo da relação de trabalho – ou seja, a regulação dos direitos e deveres dos sujeitos da relação contratual de trabalho – não cessa de evolucionar sob a pressão dos fatores econômicos, ou antes, do sistema de valores históricos e culturais da sociedade”.

Assim, fala-se em crise econômica, em crise do Direito do Trabalho e em crise internacional, mas o que efetivamente quer dizer crise?

---

\* Viviann Rodriguez Mattos é Procuradora do Trabalho. Pós-graduanda pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo em Interesses Difusos e Coletivos. Mestranda pela Universidade Ibirapuera em Direitos Econômicos Especiais. Ex-procuradora do INSS/SP.

<sup>1</sup> ROMITA, Arion Sayão. “Direito do Trabalho – Temas em aberto”, SP, Editora LTr, 1998.

Elucida Jürgen Habermas, citado por Romita<sup>2</sup>, “que, antes do seu uso como termo científico-cultural era-nos familiar conforme seu uso médico: designa a fase de uma doença na qual se reconhece que os poderes do organismo não são suficientes, por si sós, para recobrar a saúde. Associa-se à crise a idéia de uma força objetiva, que priva o sujeito de alguma parte de sua capacidade normal. Hoje, nas ciências sociais, usa-se freqüentemente um conceito teórico sistêmico de crise. Em perspectiva sistêmica, as crises surgem quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessários para a contínua existência do sistema. Neste sentido, as crises são vistas como distúrbios persistentes da integração do sistema”.

Assim, o termo “crise” atualmente é utilizado, genericamente, como “perturbação violenta ou ruptura de um processo”, como conceituado por Orlando Teixeira da Costa<sup>3</sup>.

Esse conceito de crise econômica não é estranho ao Direito do Trabalho, pois as relações de trabalho sofreram efeitos diretos das crises, tendo, por esta razão, inclusive, recebido o apelido dado por Palomeque López de “companheiro de viagem histórico do Direito do Trabalho”, ou de acordo com o jurista francês Antoine Jeammaud de “companheirismo histórico”, portanto, não se pode falar em crise econômica sem falar de seu companheiro, o Direito do Trabalho, seja em qualquer país que a crise for estudada, principalmente em um país de contrastes como o Brasil, após seu ingresso na economia globalizada. E são esses efeitos que pretendemos analisar neste trabalho.

## 2. Exposição

O Brasil caracteriza-se pelas suas grandes desigualdades sociais. Segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 08.05.2002<sup>4</sup>, 24,4% da população ocupada tem rendimento mensal de até um salário mínimo para subsistência muitas vezes de 3,9 componentes de uma família.

A pesquisa realizada pelo Datafolha em novembro de 2001, divulgada no jornal *Folha de São Paulo*, corrobora esses números, afirmando que quase 30 milhões de brasileiros que recebem até um salário mínimo estão no limiar da linha da pobreza internacional definida pelo Banco Mundial, enquanto 7% dos brasileiros ocupados (8 milhões) estão no patamar da miséria, o que significa não terem o suficiente nem para subsistir.

Embora na última década tenha aumentado o número de crianças nas escolas, o estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), confirmado pelo IBGE, indica a presença de um grande número de trabalhadores infantis, cujo grosso do trabalho infantil se concentra em atividades primárias, como agricultura, pesca e pecuária (70%); no setor industrial (9%), no comércio varejista e serviços em geral (9%), no trabalho doméstico (6,5%) e 3% em atividades consideradas insalubres ou perigosas como a construção civil e mineração, representando em 1999 um total de 6,6 milhões de crianças e adolescentes no mercado de trabalho.

---

<sup>2</sup> Ob. citada. (pág. 111)

<sup>3</sup> Cf. Orlando Teixeira da Costa. “A crise econômica e a atuação dos Sindicatos.” Revista LTr 53-1/23.

<sup>4</sup> Resultado do Senso disponível no site [www.ibge.com.br](http://www.ibge.com.br).

A taxa de desemprego em março de 2002, para o conjunto das seis regiões metropolitanas atingidas pela pesquisa do IBGE, foi de 7,1%, e a taxa de desemprego aberto livre das influências sazonais, passou de 6,7% em fevereiro de 2002 para 6,4% em março do mesmo ano, sendo que, embora o número médio de pessoas ocupadas tenha crescido em 2% em relação ao primeiro trimestre do ano passado, o contingente de empregados com carteira de trabalho (CTPS) assinada teve uma redução de 0,4% no mesmo período, aumentando-se, conseqüentemente, o número de empregados sem CTPS para 4,1% em detrimento de apenas 1,2% de empregados com CTPS assinada.

Esse quadro, já conhecido nas pesquisas nas regiões metropolitanas, revela-se nacional, segundo pesquisa Datafolha, realizada entre 19 e 21 de novembro de 2001, que demonstra que entre 1996 e 2001 não foi apenas a quebra sucessiva de recordes de desemprego que aumentou a precarização do trabalho. O emprego formal, seja o registrado em CTPS ou o oferecido pelo funcionalismo público, sofre perdas significativas, aumentando de 13% para 16% o percentual de brasileiros que vivem de “bicos”, equiparando-se ao percentual de assalariados registrados, que caiu de 22% para 16%.

Em outras palavras, se fossem divididos os tipos de ocupações em estáveis e precários, o primeiro grupo formado por assalariados registrados, funcionários públicos e autônomos regulares encolheu de 40% de 1996 para 26% em 2001, enquanto o grupo de ocupados em situação precária aumentou de 24% para 26% no mesmo período, ou seja, nas palavras do jornalista José Roberto de Toledo<sup>5</sup>, “apenas metade da força de trabalho ocupada no Brasil tem garantias mínimas”.

Os trabalhadores com CTPS assinada são cada vez mais jovens, estudaram mais e, apesar disso, ganham menos. Essa foi a tendência verificada nos últimos dois anos em pesquisa baseada em dados do Ministério do Trabalho.

Essa, no entanto, não foi a mesma tendência mostrada pelo Datafolha que, segundo o estudo, um trabalhador com CTPS assinada ganha 92% a mais que um assalariado sem registro e tem um rendimento 40% maior do que os brasileiros que fazem “bicos”, sem computar os rendimentos extras como férias e 13º salário.

Os dados do Ministério do Trabalho demonstram também que, embora o emprego formal tenha crescido, o que aumentou foram as vagas de pior qualidade, formando o que passou a se chamar, pelo economista da Unicamp, Anselmo Luis dos Santos<sup>6</sup>, de “trabalho formal precário”, acarretando uma profunda transformação da estrutura do emprego no Brasil que corroe a massa de salários paga pelo setor formal de trabalho e que, segundo Ilmar Ferreira da Silva<sup>7</sup>, economista do Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos), podem comprometer o crescimento da economia.

Alerta Nei Frederico Cano Martins<sup>8</sup> que diante da atual situação dos trabalhadores, os sindicatos, além de terem de lutar para se manterem, perdem qualquer força reivindicatória,

---

<sup>5</sup> Matéria publicada no jornal *Folha de São Paulo* em 24.03.2002

<sup>6</sup> Entrevista concedida ao jornal *Folha de São Paulo* de 28.04.2002.

<sup>7</sup> Entrevista concedida ao jornal *Folha de São Paulo* de 28.04.2002

<sup>8</sup> MARTINS, Nei Frederico Cano. “Os princípios do direito do trabalho e a flexibilização ou desregulamentação”. Revista LTr 64-07/847

qualquer poder de barganha, o que impede o diálogo entre os atores sociais.

Essa transformação do mercado de trabalho e o enfraquecimento dos atores sociais, em especial dos sindicatos de classe, em tão curto período têm diversas explicações, que variam segundo a tendência ideológica do especialista.

Para José Roberto de Toledo<sup>9</sup>, essas transformações no mercado de trabalho, como regra geral, decorrem do aumento da inserção brasileira na economia globalizada (o que implicou o aumento de importações e fechamento das vagas, principalmente nas indústrias) e das taxas de crescimento inferiores às necessárias para o País encaixar os milhões de jovens que chegam anualmente ao mercado de trabalho.

O economista Francisco Faria Júnior<sup>10</sup>, da LCA Consultores, avalia que os trabalhadores que foram “expulsos” do mercado formal, pela rotatividade da mão-de-obra na busca das empresas por maior produtividade com baixo custo operacional, engrossam as filas dos dispostos a trabalhar na informalidade, sem registro em carteira nem direitos trabalhistas.

Leonardo Rolim<sup>11</sup>, secretário do Ministério do Trabalho, lembra que parte da pressão exercida pelos jovens no mercado de trabalho é explicada pelo aumento da população jovem brasileira. Segundo o IBGE, as pessoas com idade entre 14 e 29 anos representam 30% da população do País.

Apesar de todas essas constatações das pesquisas – aumento do desemprego, crescimento do trabalho informal e o achatamento da renda do trabalhador brasileiro –, o sociólogo e presidente Fernando Henrique Cardoso, em entrevista concedida ao *Jornal Nacional* do dia 08.05.2002, fazendo uma retrospectiva da década com base na pesquisa do IBGE, insistiu em afirmar que “a década de 90 não foi de toda perdida”, pois apesar de todos os índices contrários, o povo brasileiro atingiu melhores índices de qualidade de vida, ante o aumento de bens de consumo, o que não seria possível se não percebesse uma renda compatível com os custos.

Se é possível reconhecer que na década de 90 registrou-se certa elevação nos índices de qualidade de vida das camadas mais pobres da população, por influências diretas do controle da inflação, também não se pode esquecer que as turbulências nocivas da economia interna e externa e das instituições democráticas estão gradativamente empurrando os agentes econômicos para o desemprego, a informalidade e para a violência.

O Brasil vive, assim, momentos de expectativas e angústia, mas desta vez não só premido pelas conseqüências de uma crise econômica interna, como também das crises econômicas mundiais marcadas pelo processo da globalização.

Lembrando as palavras do economista americano C. Fred Bergsten<sup>12</sup>, diretor do Instituto de Estudos Econômicos Internacionais de Washington, “a globalização é uma corredeira porque libera forças terríveis. Ela tanto pode acelerar as economias de uma forma como nunca a humanidade conheceu como pode fazê-las naufragar também em tempo recorde”.

Deste modo, a globalização abriu uma avenida de novas oportunidades para algumas

---

<sup>9</sup> Mat. Citada.

<sup>10</sup> Mat. Citada.

<sup>11</sup> Mat. Citada.

<sup>12</sup> Entrevista concedida a revista *Veja*, edição 1753, ano 35 – nº 21 de 29.05.2002

nações em desenvolvimento, como a China, derrubando o preço dos fretes e das comunicações e colaborando com aumento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países. Em contrapartida, produziu também nos países do Terceiro Mundo, como Brasil, Argentina e Uruguai, aspectos sombrios, ante a completa dependência dos países aos humores dos donos do capital, motivo pela qual a crise econômica de uns atrai crises econômicas para outros: o “11 de setembro” é o exemplo ainda vivo disso.

Desde aquela data fatídica, uma sucessão de desastres vem escurecendo os horizontes não só políticos como econômicos das relações internacionais, desde tornando a luta antiterrorista como princípio definidor da vida internacional e a militarização da política exterior, passando pela crise argentina, seus efeitos de desintegração política e social e o perigo de que, deixada sem solução, ela termine por alastrar-se pela região, até a exacerbação do protecionismo nos líderes da economia mundial, ameaçando as perspectivas das negociações comerciais na OMC (Organização Mundial do Comércio) e na Alca (livre comércio das Américas) e os sinais preliminares de que o dólar está entrando em área de turbulência.

Reafirmou-se, assim, a absoluta primazia da política sobre a economia e do Estado sobre as chamadas forças espontâneas do mercado.

No mais recente relatório da OMC sobre comércio internacional divulgado em 02.05.2002, verifica-se que o valor das exportações mundiais caiu 4%, no maior declínio registrado desde 1982. Dentre os fatores desfavoráveis está a queda acentuada nos setores de viagem e turismo, por conta do “11 de setembro”, a queda na venda dos semicondutores e dos embarques de computadores pessoais, o declínio da venda de telefones móveis e a lenta atividade econômica da Europa Ocidental pelas crises domésticas.

A despeito do declínio geral do comércio internacional em 2001, países como a China, Índia e Brasil, menos dependentes de exportações de produtos de tecnologia de informações, registraram forte avanço nas suas exportações, tendo o Brasil exportado 6% mais no ano passado, enquanto as importações permaneceram estagnadas.

Em que pese o Brasil ter sido uma exceção à crise internacional relativo à balança comercial, motivada pelo “11 de setembro”, os seus resultados, depois que o País entrou no contexto globalizado, não são animadores, pois, embora tenha conseguido manter estável sua balança comercial, não foi capaz de controlar o desemprego e, somando isso ao fraco desempenho do restante da América Latina afetado pela crise da Argentina, cujas importações despencaram 20% no ano passado, os resultados se tornam ainda mais atemorizantes.

Com a crise da Argentina e a desvalorização do real no Brasil para que o País pudesse suportar os efeitos das crises asiáticas de 1998 e da recessão interna de 1999, o Uruguai também sofre hoje uma crise que já é a pior de sua história, tendo o seu produto interno bruto (PIB) caído de US\$ 20 bilhões para US\$ 17 bilhões, a dívida pública crescido, as fábricas sendo fechadas e o desemprego explodido na mesma proporção da criminalidade.

Com todas essas crises, apesar do esforço brasileiro em ser atingido o mínimo possível, a indústria brasileira nos últimos meses reverteu a tendência de alta e está passando por um período de desaceleração, segundo a Confederação Nacional da Indústria (CNI), uma vez que o quadro econômico está se deteriorando, com a interrupção da queda de juros e o aumento do dólar e do risco político.



O governo brasileiro já revê crescimento do País para baixo, não vendo por ora sinal de retomada do crescimento econômico – de crescimento maior que o 1,51% de 2001, quando a renda per capita do brasileiro estagnou, uma vez que, neste ano, dobrou o número de empresas que não pretendem investir, as indústrias estão ociosas e os bancos reservam mais dinheiro para compensar calotes quase certos, pela não redução das taxas de juros.

Segundo o coordenador do Dieese, Sérgio Mendonça<sup>13</sup>, a não redução pelo Banco Central das taxas de juros cobradas e a revisão das projeções iniciais de crescimento do País no ano de 2002, são fatores que certamente terão impacto forte no mercado de trabalho, causando um aumento no desemprego e da informalidade e uma conseqüente diminuição da redução da renda do trabalhador.

Por outro lado, com a diminuição da renda do trabalhador, seja pelo desemprego, seja por aventurar-se, por total falta de opção, à informalidade, há também a diminuição do poder de compra, reduzindo o mercado consumidor e, conseqüentemente, empurrando as fábricas para inatividade e mais trabalhadores para o desemprego, impedindo o crescimento econômico. São os “companheiros de viagem” fazendo jus ao título.

Ou seja, o Brasil com sua nova roupagem globalizada, relembra o seu passado nem um pouco glorioso e vive hoje, sob influência das crises econômicas de outros países, em um círculo vicioso do qual não consegue escapar: a não redução pelo Banco Central das taxas de juros, afasta os investimentos internos, quebra indústrias e comércios e conseqüentemente causa um aumento no desemprego e uma diminuição da renda do trabalhador que, por sua vez, impede-o de adquirir bens e serviços, comprometendo o crescimento da economia, pois as indústrias ficam ociosas por não terem para quem vender e, ante a falta de consumo, aumenta o risco econômico do País no exterior, inibindo a entrada de investimentos estrangeiros.

Apesar desse círculo vicioso ser visível a todos, especialistas econômicos e sociais se dividem em suas opiniões: alguns culpando a globalização pelas crises econômicas e, conseqüentemente, pelas crises nas relações de trabalho; e, outros, incriminando o protecionismo do Direito do Trabalho pelas crises econômicas, alegando que o sistema adotado para reger as relações de trabalho se subtrai à realidade econômica, política e social, motivo porque deve dar espaço ao desenvolvimento da economia cedendo em suas regras de garantia, ante a importância prioritária do aspecto econômico sobre qualquer outro.

Não há dúvida que a globalização, como demonstrado acima, tem grande parcela de responsabilidade nas crises econômicas, mas nem por isso ela pode ser repudiada, pois uma de suas características é a obrigação de aceitá-la, quer se goste ou não, uma vez que ela é irreversível e os países que decidiram deixá-la de lado, por motivos ideológicos ou por falta de condições mínimas, como Cuba, Coréia do Norte e os países da África, sofrem hoje pela decadência e incapacidade de superar as misérias.

Portanto, a globalização não pode ser desconsiderada, pois ela não é mais uma faculdade e sim uma imposição mundial para o desenvolvimento dos países. Mas, se por um lado ela tem de ser aceita, por outro, não quer dizer que suas ideologias atuais estejam em consonância com a verdade fundadora das sociedades.

---

<sup>13</sup> Entrevista concedida ao jornal *Folha de São Paulo* de 24.04.2002

Naturalmente, aqueles que adotam o posicionamento de que na globalização deve-se adotar a economia como prioridade máxima estão imbuídos da ideologia de privilégio do capital sobre o trabalho, convertendo a competitividade das empresas no mercado global em um bem muito maior que subordina os demais, em valorização dos interesses individuais, em detrimento dos interesses coletivos, o que, também a nosso ver, se afigura extremamente perigoso.

Na sábia lição de Oscar Ermida Uriarte<sup>14</sup>, o trabalho tem dúplice função, uma para o próprio trabalhador, uma vez que é do seu trabalho que obtém o seu sustento e de sua família, e outra para a sociedade, como *“el principal medio de identificación e inclusión social del individuo”*, pois desta última *“depende toda la red de protección social que hace del trabajador un ciudadano em el sentido político y social del término: miembro de la sociedad y de la nación”*, de modo que culpar as relações de trabalho pelas crises e oferecer como solução a elas o sacrifício da coletividade em prol dos interesses individuais, acarreta em aclamar pela exclusão social e, conseqüentemente, pelo fim do próprio direito à cidadania.

O simples privilégio do capital sobre o trabalho implica esquecer dos fundamentos básicos que levaram os homens a se reunir em sociedade: o aperfeiçoamento do bem-estar social. O crescimento econômico só tem razão de ser quando de alguma forma beneficiar as pessoas, e, sem o respeito aos direitos fundamentais nenhum benefício, mesmo pecuniário, será aproveitado pela sociedade.

Constitui-se equívoco considerar que o protecionismo laboral, que se materializa na aplicação do princípio da norma mais favorável, da condição mais benéfica e mesmo da irrenunciabilidade dos direitos e da continuidade da prestação laboral, seja um entrave para o desenvolvimento econômico, pois o móvel da sociedade foi, é e continuará sendo a melhoria das condições jurídicas da coletividade.

Como nos lembra a jurista Eliana Vitelli<sup>15</sup>, “os valores que orientam o desenvolvimento econômico não são os mesmos que orientam o Direito, especialmente o Direito Laboral; querer que este vá a reboque daquele implica contrariar a sua própria natureza e transformá-lo em mero garantidor dos interesses econômicos”, pois, “se por um lado, vivemos em um sistema de economia capitalista, por outro, vivemos sob a égide de uma Constituição que adota o princípio da justiça social (art. 170) como norteador da ordem econômica e social, que elege os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, lado a lado com a livre iniciativa (art. 1º, IV) e que proclama o Estado Democrático de Direito”.

Se as garantias trabalhistas, que, de uma forma singular, procuram assegurar o bem-estar social, fossem empecilhos ao crescimento econômico, pelo menos o Brasil, que possui metade de sua força de trabalho ocupada sem garantias mínimas, já por força do poderio econômico (capital), seria o país mais desenvolvido economicamente de todo o mundo. E se não o é, não é por culpa da existência destas garantias, que embora gerem para as empresas encargos sociais, os valores despendidos pelas empresas para cobrir os encargos revertem-se em favor do mercado consumidor, o que já não acontece com a enorme carga tributária da qual

---

<sup>14</sup> URIARTE, Oscar Ermida. “Globalización y relaciones laborales” - trabalho veiculado no livro coordenado por SILVA, Diana de Lima, e, PASSOS, Edésio. “Impactos da globalização – relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa”. SP, Editora LTr, 2001.

<sup>15</sup> VITELLI, Eliana Pedroso. Revista LTr 62-10/1349.

as empresas estão submetidas, tendo, muitas vezes, que pagar tributos cumulativos, como o caso da CPMF.

Também a visão da importância prioritária da economia não poderia estar mais errônea, pois o crescimento econômico exclusivo, de forma alguma, pressupõe progresso para uma sociedade, pois o progresso está, na verdade, intrinsecamente ligado ao tema da democratização, consubstanciada no princípio da dignidade humana como meio de se alcançar o bem-estar social, que, por esta razão, não pode ser dissociada do desenvolvimento, para que este assuma seu pleno sentido.

Não é de hoje a necessidade que as Constituições democráticas, de um modo geral, sentiram de dar prioridade à dignidade humana, esculpindo um rol mínimo de direitos humanos e sociais do trabalho em um único documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular, como forma de limitar e controlar os abusos de poder do Estado e consagrar os princípios da legalidade e da igualdade, como meio de nortear o bem-estar social.

Hodiernamente, na visão ocidental da democracia, onde o povo escolhe seus representantes, delegando-lhes poderes com limitações, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade humana, sentiu-se a necessidade de constitucionalizar essa crença, visando promover o progresso social e a melhoria das condições de vida em uma ampla liberdade.

Na lição de Alexandre de Moraes<sup>16</sup>, “a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos”, a partir dos quais qualquer indivíduo pode e deve exigir sua observância pelos seus representantes ou exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia.

Como ressalta Canotilha e Vital Moreira<sup>17</sup>, “a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado do caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto de vista em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador como titular de direitos de igual dignidade”.

Assim, os direitos dos trabalhadores, como direitos fundamentais do homem, caracterizando-se em verdadeiras liberdades positivas, são de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, pois visa à concretização da igualdade social e fundamenta o Estado Democrático.

A globalização não pode fugir a esta ideologia de democratização e da observância dos direitos fundamentais dos cidadãos, sob pena de ser frustrada toda e qualquer tentativa de estabilização da economia integrada. Esta é opinião também do articulista especial do jornal *Estado de São Paulo*, Mário Vargas Llosa<sup>18</sup>.

Para Llosa, “o aspecto fundamental da globalização não é o entrelaçamento mundial dos mercados, mas o avanço da legalidade e da liberdade pelo mundo todo, ao mesmo tempo que o comércio, algo que só o sistema democrático garante. O desenvolvimento, entendido como termos estritamente econômicos, é uma ilusão precária. O importante é que, com a economia, aumentem também a liberdade, o respeito aos direitos humanos, a soberania individual,

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre. “Direito Constitucional”, Editora Atlas, SP, 1997.

<sup>17</sup> CANOTILHA, J.J. Gomes; Moreira, Vital. “Constituição dirigente e vinculação do legislador”. Coimbra Editora, 1994.

<sup>18</sup> Matéria publicada no jornal *Estado de São Paulo* no dia 26.05.2002.

as oportunidades de trabalho e de ascensão, bem como a proteção jurídica”.

Logo, a pretensão de subjugar as relações de trabalho à economia configura-se em evidente retrocesso aos primórdios do Estado totalitarista; por esta razão, a reação à globalização ganha força a cada dia.

Na opinião do economista Antônio Barros de Castro<sup>19</sup>, se as reformas levadas a efeito nas economias emergentes com a globalização foram um grande êxito no que diz respeito à ampla abertura e privatização da economia, o mesmo não se pode dizer dos objetivos esperados com esta abertura: a retomada do crescimento em bases sustentáveis com mais equidade e democracia, pois ao invés disso, verificou-se uma chocante regressão da economia.

Na primeira semana de maio foi a vez da Cepal (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe) que deu peso expressivo à defesa de políticas nacionais e regionais em seu encontro bienal. As políticas de liberalização (comercial, financeira, de investimentos e tecnologias) recebem os elogios de praxe, mas a insuficiência das políticas de estabilização é declarada abertamente. Para tentar corrigi-las, os técnicos da Cepal defenderam políticas setoriais centradas no interesse nacional e a mobilização de redes políticas regionais, não só baseadas na adoção de soluções únicas no princípio de máxima liberalização dos mercados, mas em diversas formas de articulação virtuosa de Estado e mercado.

Diante de tudo quanto foi demonstrado alhures, a realidade atual faz por merecer as críticas, pois se os mercados foram abertos com sucesso, os modelos de estabilização adotados pela globalização não surtiram os efeitos desejados, e não por óbices das garantias sociais dos trabalhadores. E o exemplo disso é a Argentina que, apesar de flexibilizar praticamente todas as normas trabalhistas em prol do desenvolvimento econômico, ainda assim se encontra na maior crise econômica de todos os tempos.

Aliás, os EUA, maior precursor da abertura de mercado e da implementação da Alca, contrariando seu próprio discurso, ciente da importância da defesa da dignidade humana de seus cidadãos, vêm hoje erguendo barreiras protecionistas artificiais para impedir a entrada no país de produtos mais competitivos em custo e qualidade, como o caso da siderurgia e da agricultura, por pressão da sociedade americana, ante o risco do desemprego no país e da queda da renda mensal dos trabalhadores.

Deste modo, verifica-se que não é a subserviência do trabalho ao capital, retirando-se parte das regras que asseguram a dignidade da pessoa humana enquanto trabalhadora, que se superam as crises econômicas no contexto globalizado. Ao contrário, as agravam, pois sem dignidade não há uma democracia, e sem democracia não existe política econômica que resista aos humores da economia capitalista, ante ao enfraquecimento dos atores sociais envolvidos, pela ausência de um mínimo de igualdade entre os trabalhadores e as classes dominantes, e, conseqüentemente, do próprio país, por não atingir a necessária homogeneidade dentro dele para competir com os mercados mais ricos e com risco de ficar mais dependente das variáveis externas, com os fluxos dos capitais especulativos.

Vale, portanto, deixar-se a seguinte reflexão: estão os países em desenvolvimento, como o Brasil, preparados para a globalização, munidos na prática da necessária democracia

---

<sup>19</sup> Artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo* de 27.02.2002.

representativa em sentido mais concreto para superar as crises econômicas que dela advêm, considerando seu passado subserviente aos interesses dos países centrais e às classes sociais mais privilegiadas do país? Esta, a nosso ver, é a primeira pergunta a ser respondida antes de retroceder os países aos tempos das barbáries sociais, que, ao invés de resolver as crises a agravariam de forma perigosamente irremediáveis.

### 3. Conclusões

As crises econômicas que antes se limitavam apenas ao seu país de origem, por conta do fenômeno da globalização, adquiriram novos contornos, deixando de ser problemas regionais para ser problemas mundiais.

Com o agravamento das crises internas pela adição das crises internacionais internamente, as relações de trabalho sofreram bruscas transformações em um curto período, transformando as estruturas formais desta relação em informais, sem as garantias mínimas da formalidade, e criando uma nova forma de relação de trabalho formal que passou a se chamar de “trabalho formal precário”, que, por igualmente achatarem a renda do trabalhador, colaboram também para o fortalecimento da crise econômica, mais pelos efeitos que estas relações sofreram por conta das crises econômicas, do que como causa em si delas.

Com o crescimento da globalização, durante muito tempo se pugnou ou pelo abandono da concepção globalizada ou pelo fim do princípio da proteção ao trabalhador e pela flexibilização das leis trabalhistas como forma de alcançar o crescimento econômico com a mundialização dos mercados.

No entanto, modernamente, considerando os resultados negativos dos países que deixaram de entrar no contexto globalizado e daqueles obtidos pelos países que se despojaram das normas públicas de direitos dos trabalhadores, passou a se repensar esse meio como o próprio conceito de globalização e aqueles que são ou devem ser os seus reais fundamentos, bem como as conseqüências que devem ser esperadas dela.

Embora, durante muito tempo, as vozes contrárias à globalização tenham sido abafadas pelos gritos daqueles que a defendem sob o ângulo primordial da economia, atualmente, surge timidamente em ambas o questionamento sobre qual seria a real saída para o necessário crescimento econômico, pois nos moldes como vem se desenvolvendo, há um enfraquecimento dos atores sociais, tornando o mercado interno mais fraco e suscetível às crises econômicas, pois sem força, o mercado interno, além de ceder às pressões de outros países, se vê impossibilitado de ampliar-se para fora de suas fronteiras, por não obter a necessária homogeneidade em relação aos mercados mais ricos.

E tão tímidos quanto os questionamentos, ressurgem o conceito e a necessidade de prática da democracia, que “pressupõe luta incessante pela Justiça Social”<sup>20</sup>, buscando distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento e nível de vida digno, não tolerando a desigualdade entre os trabalhadores e a classe dominante, como única e verdadeira forma de revigorar o Estado e alcançar a homogeneidade para competição com os demais mercados no contexto globalizado.

---

<sup>20</sup> Cf. Claude Julien. “O suicídio das democracias”. RJ, Artenova, 1975, p. 23, tradução de Marina Colasanti – Citado por José Afonso da Silva.

## Bibliografia

- CANOTILHA, J.J. Gomes, e, MOREIRA, Vital. “Constituição Dirigente e vinculação do legislador”. Coimbra, Editora Coimbra, 1994.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE, site: [www.ibge.com.br](http://www.ibge.com.br).
- JORNAL *ESTADO DE SÃO PAULO* – Matérias publicadas no período de 01.01.2002 a 31.05.2002.
- JORNAL *ESTADO DE SÃO PAULO* – Matérias publicadas no período de 01.01.2002 a 31.05.2002.
- MORAES, Alexandre de. “Direito Constitucional”. SP, Editora Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. “Direitos Humanos Fundamentais”. SP, Editora Atlas, 1997.
- NERY JR., Nelson. “Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor”. SP, Editora LTr, 5ª Edição: 2001.
- REVISTA *ÉPOCA* – Editora Abril, 29.04.2002.
- REVISTA *EXAME* – Harvard Business Review – Edição Especial – parte integrante da Edição 764 de Exame – Editora Abril - Drucker, Peter F. “Eles não são empregados, são pessoas”.
- REVISTA LTr – Legislação do Trabalho.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. “O direito do trabalho do século novo”. Revista LTr 65-01/13.
- COSTA, Orlando Teixeira da. “A crise econômica e a atuação dos Sindicatos.” Revista LTr 53-1/23.
- CRUZ, Cláudia Ferreira, e, CHAHAD, José Paulo Zeetano. “A discussão da dimensão sócio-laboral na atual etapa do MERCOSUL”. Revista LTr 63-01/48.
- GIGLIO, Wagner D. “O sindicalismo diante da crise”. Revista LTr 65-01/09.
- MARTINS, Nei Frederico Cano. “Os princípios do direito do trabalho e a flexibilização ou desregulamentação”. Revista LTr 64-07/847.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Questões atuais do direito do trabalho”. Revista LTr 61-01/74.
- REALE, Miguel. “A globalização da economia e o direito do trabalho”. Revista LTr 61-01/11.
- RUIZ, Manuel Maria Zorilla. “Um direito social de princípios para uma reforma social de preceitos”. Tradução de Everaldo Gaspar Lopes de Andrade. Revista LTr 59-07/936.
- SUSSEKIND, Arnaldo. “A globalização da economia e o direito do trabalho”. Revista LTr 61-01/40.
- VIANA, Marcos Túlio. “Desregulamentar.. regulamentando”. Revista LTr 59-07/884.
- VIANA, Marcos Túlio. “A proteção social do trabalhador no mundo globalizado – o direito do trabalho no limiar do século XXI”. Revista LTr 62-07/885.
- VITELLI, Eliana Pedrosa. “O princípio da proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas”. Revista LTr 62-10/1349.
- REVISTA *VEJA* – Editora Abril.
- \_\_\_\_\_. Edição Especial, ano 35, nº. 19.
- \_\_\_\_\_. Edição 1751, ano 35, nº. 19, 08.05.2002.
- \_\_\_\_\_. Edição 1753, ano 35, nº. 21, 21.05.2002.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios de Direito do Trabalho”. Tradução de Wagner D. Giglio, SP, Editora LTr, 1997.
- ROMITA, Arion Sayão. “Direito do Trabalho – Temas em aberto”. SP, Editora LTr, 1998.
- SILVA, Diana de Lima, e, PASSOS, Edésio. “Impactos da globalização – relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa”. SP, Editora LTr, 2001.
- SILVA, Jose Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. SP, Malheiros Editora, 9ª Edição, 1994.
- VI CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. Promovido pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT.





## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

*Palestra do professor doutor Hugo Nigro Mazzilli\* proferida  
no dia 14 de março de 2002 no Auditório da Pr/SP, Núcleo Regional da ESMPU.*

Após os cumprimentos e congratulações de praxe, foi dado início aos trabalhos.

*Dr. Hugo Nigro Mazzilli*

O tema da discussão de hoje é a responsabilidade civil dos membros do Ministério Público. Trata-se de questão de grande atualidade, porque, como sabemos, houve uma grande transformação no Ministério Público brasileiro a partir de 1988. A Constituição de 88 tornou-se um verdadeiro divisor de águas para o Ministério Público Nacional.

O que era o Ministério Público Nacional antes de 1988?

Sem dúvida já era uma instituição em crescimento, mas ainda sem as garantias e as atribuições que tem hoje. Mais do que isso: ainda não tinha surgido a adequada consciência social da sua atuação, pois a população em geral não sabia o mínimo sobre a instituição ministerial; mal a conhecia. O Ministério Público não freqüentava os jornais, não era procurado pela sociedade, a quem deveria defender. Era um organismo administrativo quase desconhecido.

Hoje, porém, a situação é completamente diferente. Se consultarmos os jornais de hoje, de ontem ou da semana passada, ou se assistirmos a um noticiário televisivo destes dias, inevitavelmente haverá inúmeras referências à atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente, no combate à improbidade administrativa, na proteção ao consumidor, na repressão ao crime. Todas essas notícias sobre a instituição têm agora uma intensidade que jamais tinha ocorrido antes de 88.

Como se deu essa mudança?

Até 88, o Ministério Público não tinha um estatuto nacional uniforme que unisse os ramos da União e dos Estados. Tínhamos Ministérios Públicos mais desenvolvidos ou apare-

---

\* Hugo Nigro Mazzilli é Procurador de Justiça de São Paulo (Aposentado). Doutor em Direito pela USP. Ex-membro do Conselho Superior do Ministério Público e ex-presidente da Associação Paulista do Ministério Público. Professor da Escola Paulista do Ministério Público, advogado e consultor jurídico.

lhados, com uma estrutura de Órgãos de Administração Superior mais definida, e outros, com menor estrutura organizacional e perfil heterogêneo. Para não irmos muito longe, lembremos que o Ministério Público estava dividido entre a advocacia privada, a advocacia da União e a atividade ministerial propriamente dita – experiência esta muito conhecida, especialmente no Ministério Público Federal. Mesmo nos Estados, discrepâncias semelhantes também aconteciam. Pois foi justamente a partir da Constituição de 88, e, especialmente, para aqueles que ingressaram na instituição ministerial após 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição), que o Ministério Público veio a conhecer um perfil nacional mais uniforme, mais homogêneo.

Na área criminal, o que acontecia com o Ministério Público antes de 88? A instituição já detinha o papel de promover em juízo o combate aos crimes de ação pública. Mas sua legitimidade ativa não excluía a iniciativa concorrente: havia casos em que o Delegado de Polícia e o próprio juiz podiam instaurar ação penal, como nas contravenções penais e nos processos sumários da Lei nº 4.611/65 (delitos de trânsito). Isso gerava um absurdo lógico, segundo o qual até mesmo o juiz podia acusar a pessoa que ele próprio iria julgar... Sem dúvida, a teratologia era patente, porque violava o princípio do devido processo legal, sem qualquer oposição significativa dos tribunais. Naquela época, poucos percebiam que uma acusação feita por um órgão imparcial do Estado, que não acumule o dever de acusar e julgar, já é a primeira garantia do indivíduo: este só pode ser acusado por um órgão do Estado diferente daquele que vai julgá-lo. Essa garantia expressa só foi reconhecida a partir do advento da Constituição de 1988.

Na área civil, a atuação predominante do Ministério Público dava-se no campo interveniente. É verdade que ele detinha algumas ações civis públicas, mas eram raramente utilizadas. Como exemplo, lembremos que o Ministério Público já podia, desde 1881, defender o meio ambiente em algumas situações, mas foram poucas as ações que ele efetivamente veio a propor com base no permissivo constante do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81. A instituição ainda dispunha da ação de nulidade de casamento, de algumas ações para defesa de menores incapazes, para tutela de fundações e outras hipóteses semelhantes. Mas não era expressiva sua iniciativa na esfera civil, campo no qual a população não identificava com facilidade o papel do Ministério Público como instituição de defesa da coletividade.

Enfim, naquela época, o Ministério Público era instituição mais conhecida no ambiente forense, não na coletividade.

E como é hoje a situação?

Na área criminal, a partir da Constituição de 88, o Ministério Público alcançou a titularidade privativa da ação penal pública. Com isso, passou a exercer diretamente uma parcela da soberania estatal. O Ministério Público, e só o Ministério Público, pode promover a ação penal pública, ressalvada apenas a ação penal subsidiária em caso de inércia. Nem mesmo o Poder Judiciário pode impor ao Ministério Público a promoção de uma ação penal. Assim, o Ministério Público passou a monopolizar, dentro do prazo legal da denúncia, o poder estatal de promover a aplicação do direito de punir do próprio Estado. Se o Ministério Público oportunamente entende que não há base para uma acusação penal pública, essa decisão é só dele, e decorre de sua autonomia funcional. Nem o Supremo Tribunal Federal pode impor ao Ministé-

rio Público que exercite a ação penal. Trata-se de monopólio da Instituição, fruto de parcela direta da soberania do Estado.

Na área da ação civil pública, o Ministério Público alcançou hoje, em sua plenitude, a defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das pessoas portadoras de deficiência, das pessoas idosas, dos investidores no mercado de valores e, em tese, de quaisquer outros interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). É verdade que, pouco antes da Constituição, já sob a vigência da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), ele já tinha conquistado a ação civil pública para defesa de interesses difusos e coletivos, mas foi especialmente a partir dos fundamentos trazidos pela Lei Maior que esse instrumento foi consolidado e passou a ser utilizado em larga escala.

No campo pré-processual, ficou dito na Constituição de 88, em seu artigo 129, inc. III, que o Ministério Público detém um procedimento investigatório próprio, para preparar-se para as atuações a seu cargo. Embora criado na Lei nº 7.347/95 (LACP), o inquérito civil acabou, portanto, sendo consagrado pela própria Constituição. Antes disso, o Ministério Público recebia inúmeras atribuições da lei: eram o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e tantas outras leis que lhe davam atribuições, como promover a ação penal pública, a ação de nulidade de casamento, a defesa de incapazes etc. Mas, se as leis lhe davam as ações, até ali não se preocupavam em dar-lhe os instrumentos para que se preparasse para sua efetiva propositura.

Ora, um advogado, quando é procurado por um cliente, não propõe a ação imediatamente. Ele conversa com o cliente, recolhe a documentação que exista sobre o assunto, vai a uma delegacia de polícia em busca do boletim de ocorrência, vai à Junta Comercial para apurar o que exista contra a empresa que será acionada, fala com as testemunhas que o cliente indica, escolhe as provas que vai produzir. Quando acredite ter reunido em mãos tudo aquilo de que precise, só então propõe a ação.

E o Ministério Público, o que fazia antes de ter o inquérito civil? Em matéria criminal, por exemplo, dependia quase que exclusivamente das investigações da Polícia, ou, pelo menos, dependia das peças de informação que lhe chegassem às mãos; quase não detinha mecanismos diretos de investigação. É certo que o Código de Processo Penal de 1941 já lhe dava alguns poderes requisitórios diretos; também é verdade que a Lei Complementar federal nº 40/81 (a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) já lhe dava poderes de requisição. Entretanto, ainda não havia sido instituído um procedimento formal definido na lei, um procedimento oficial, que o Ministério Público pudesse instaurar e presidir, por meio do qual pudesse exercer um poder investigatório direto. Em matéria cível, então, sequer havia um procedimento formal para investigações que servissem de base à atuação do Ministério Público. Não havia ainda esse instrumento. Foi a Lei nº 7.347/85 que trouxe a concepção do inquérito civil, idéia essa acolhida pela Constituição de 88, em seu artigo 129, III. Pois o inquérito civil foi responsável por uma verdadeira revolução no Ministério Público brasileiro, em muito ampliando, como consequência, a sua atuação funcional.

Esse novo alcance social da atuação do Ministério Público pós-88 os membros da instituição vêm sentindo diretamente, à vista do notável aumento de seus serviços; também a sociedade o está notando, à vista da presença mais constante do Ministério Público nas ques-

tões de interesse social. Também a imprensa tem sentido mais de perto a atuação do Ministério Público, como consequência das transformações por que passou a instituição, até porque novas áreas lhe foram descortinadas: a área ambiental, a do consumidor, a da improbidade administrativa, a do combate à criminalidade econômica, a do combate ao crime organizado, entre tantas outras. Assim, creio que era mesmo inevitável que também aquelas pessoas que o Ministério Público processa passassem a sentir mais de perto essa notável mudança na atuação ministerial ...

Os senhores poderiam dizer: mas tudo isso, ou quase tudo isso o Ministério Público já podia fazer mesmo antes de 1988. Podia, só que não tinha instrumentos diretos e eficientes para tanto. Não podendo investigar diretamente, ou não tendo mecanismos eficientes e diretos de investigação, muitas vezes não tinha meios adequados para levar adiante uma atuação funcional mais efetiva.

Pois foi com o advento do poder investigatório direto do órgão ministerial que aquelas áreas, que lhe foram gradativamente entregues, passaram a ser objeto de proteção mais efetiva. O procurador da República e o promotor de Justiça começaram a propor ações em maior quantidade e com maior viabilidade, porque, antes de ajuizá-las, passaram a preparar-se, reunindo todos os elementos necessários para a instauração e a promoção da ação. A maior viabilidade dessas ações passou a ser evidente, pois os pedidos puderam ser mais bem feitos, as testemunhas passaram a ser arroladas já com uma idéia mais adequada do que ela poderia saber. Fazendo um pequeno parêntese, lembro-me de que, atuando ainda sob o sistema antigo, quantas vezes eu, na qualidade de promotor de Justiça criminal, cheguei a propor ações penais com base em testemunhos que em juízo vieram a ser desmentidos... quantas vezes descobri em juízo que os fatos se tinham passado de forma completamente diferente daquilo que eu imaginara que tivesse acontecido, à luz de informações obtidas no inquérito policial...

Houve, pois, uma mudança muito grande no objeto e na forma de atuação do Ministério Público.

Além disto, houve também uma segunda mudança. Mudou, ou, pelo menos, ampliou-se também o perfil das pessoas que o Ministério Público passava a enfrentar. Não que o Ministério Público tivesse deixado de processar o pequeno criminoso, o conhecido ladrão pé-de-chinelo. Também eles delinqüem e também essas infrações à lei penal precisam ser apuradas. Mas aqueles grandes criminosos, aqueles grandes violadores da lei que detêm o poder econômico ou o poder político, esses costumavam ficar fora da alçada do Ministério Público e do Poder Judiciário. São os poderosos, são aqueles que detêm poder suficiente, muitas vezes, para impedir que investigações efetuadas e dirigidas fora do Ministério Público tenham êxito, por causa da influência do poder econômico ou do poder político, exercido não raro sobre as autoridades policiais, subordinadas às autoridades administrativas. Estas pessoas começaram a ser investigadas pelo Ministério Público em casos como danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público... Eram pessoas que nunca, na História do nosso País, em 500 anos da História de subdesenvolvimento de nosso País, nunca tinham sido seriamente incomodadas.

Esta é a verdade, senhores. Passaram a ser investigadas pessoas que simplesmente estavam despreocupadas e que julgavam que sua delinqüência estava acima de qualquer investigação, como sempre estivera. Até mesmo a sociedade aceitava bem que o Ministério Público

e o Poder Judiciário voltassem tradicionalmente sua atenção para a pequena criminalidade, quase com o conformismo atávico do inevitável, com a desesperança de centenas de anos de desmandos impunes de poderosos.

Mas, a partir do momento em que o Ministério Público passou a poder investigar diretamente, pôde ir mais fundo do que o faziam as investigações conduzidas pela autoridade policial, que é autoridade administrativa, subordinada hierarquicamente em toda a esfera administrativa até chegar ao chefe do Poder Executivo Estadual ou Federal, conforme o caso. A partir daí, aconteceu o inevitável: o Ministério Público começou a esbarrar na investigação de crimes praticados por autoridades, autoridades essas que controlavam a polícia, detinham o poder de escolher o chefe de Polícia e até mesmo o poder de remover uma autoridade policial. Assim, o Ministério Público começou a ampliar o campo de suas investigações, não raro chegando até a governantes, altos políticos e grandes empresários.

Não é verdade que o Ministério Público se tenha voltado propositada ou exclusivamente sobre esses supostos alvos. O que ocorreu foi que, a partir do momento em que passou a exercer com autonomia funcional e plenitude o trabalho para o qual foi destinado pela Constituição e pelas Leis, a partir daí, não havia como não chegar a delitos praticados também por poderosos.

Ora, o trabalho do Ministério Público é perseguir o crime, defender o meio ambiente, proteger o consumidor, combater a improbidade administrativa e realizar outras funções semelhantes. Quando os membros do Ministério Público, que têm esta destinação constitucional, que são pagos pela sociedade para fazer tudo isso, quando eles efetivamente começaram a fazer tudo isso em sua plenitude, começou a ficar claro que, em nosso País, assim como em qualquer outro país do mundo, os crimes não são cometidos só por ladrões pés-de-chinelo. Havia também delitos oriundos da macrocriminalidade, crimes do colarinho branco, crimes de improbidade administrativa, crimes de administradores, de políticos e de empresários. O Ministério Público começou a dar-se conta de que havia empresas poderosas que manipulavam o mercado; que havia graves danos ao meio ambiente, muito maiores do que o do roceiro que põe fogo no pasto de um alqueire; que havia administradores que desviavam o fruto do trabalho de toda uma população para contas secretas no exterior... Sem dúvida alguma, tudo isso também consistia em infração à lei penal e à lei civil. E o Ministério Público brasileiro começou a fazer aquilo para o qual ele existe, a fazer aquilo para o qual seus agentes são remunerados: começou a abrir inquéritos civis, começou a propor ações penais e ações civis públicas, começou a ampliar notavelmente o alcance da sua atuação.

Imediatamente surgiram enormes e orquestradas reações contra o Ministério Público, como era de se esperar. Não somos ingênuos, sabemos que a profissão dos membros do Ministério Público é perigosa; muitos deles têm pagado caro por isto, até com a vida. Só para ficar com dois casos emblemáticos, lembremos o famoso escândalo da mandioca que vitimou um procurador da República, e o mais recente caso da defesa do consumidor, que vitimou um promotor de Justiça de Minas Gerais. Ora, há represálias de todo o tipo: desde atentados até mesmo pressões mais sutis, embora igualmente eficazes. Começaram a surgir reações até mesmo sob vestimentas jurídicas para inviabilizar a nova atuação do Ministério Público.

Uma das primeiras formas de ataque ao novo Ministério Público baseou-se em



visar exatamente o ponto no qual a instituição adquiriu maior poder: tenta-se cercear seu poder investigatório.

Embora pudesse a Constituição ter instituído um Ministério Público com organização administrativa a ser definida por leis e regulamentos infraconstitucionais, a Lei Maior não quis assim. Conferiu-se ao Ministério Público, pela primeira vez, um perfil nacional, estabelecendo-se um conceito para a instituição, erigindo-se princípios institucionais, opondo-se vedações, assegurando-se garantias, elegendo atribuições. Tudo isso se fez no seio da própria Constituição. Passou a ser muito sólido o novo perfil constitucional do Ministério Público a partir de 1988.

Assim, a primeira reação jurídica de maior peso contra o Ministério Público partiu do próprio governo. Este, por intermédio de seus líderes no Congresso, começou a articular propostas de alteração do estatuto constitucional do Ministério Público, inclusive propondo-se, na emenda de reforma do Poder Judiciário, a alteração do art. 127, § 1º, da Constituição, segundo a qual os princípios institucionais do Ministério Público passariam a ser a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e *responsabilidade de seus membros*. Este acréscimo à parte final do dispositivo – “a responsabilidade de seus membros” – tinha motivação e endereço certos. É lógico que os membros do Ministério Público já estavam e ainda estão sujeitos à responsabilidade e, aliás, suportam responsabilidades extremamente sérias e severas, como veremos na reunião de hoje. Não estou, pois, a sustentar que o membro do Ministério Público deva furtar-se à responsabilização, quando devida, mas sim a sustentar que, erigir a responsabilidade dos membros do Ministério Público a princípio institucional, passou a ser uma filosofia do governo, passou a ser o início de uma reação a um trabalho que o Ministério Público tinha começado a fazer. Com efeito, não vi o mesmo líder do governo propor a inclusão do princípio da responsabilidade pessoal dos agentes públicos como princípio institucional dos outros órgãos do Estado...

Seria esse um fato isolado, que nada indicaria, se não fizesse parte de um conjunto. Senão vejamos. No tocante à escolha do procurador-geral da República e dos procuradores-gerais de Justiça – campo em que a Constituição de 1988 tanto avançou por permitir-lhes investidura por tempo certo – também surgiram neste último governo projetos de emenda constitucional, ainda em andamento, visando a alterar o sistema vigente. Ora, o atual sistema de escolha dos chefes do Ministério Público, embora não seja perfeito sob a Constituição de 88, é infinitamente melhor do que o sistema anterior. E os senhores, que integram o Ministério Público da União, conhecem esse problema melhor ainda que os membros dos Ministérios Públicos dos Estados, pois nestes últimos os membros da instituição participam da escolha do respectivo procurador-geral, enquanto, no Ministério Público da União, seus membros não têm igual poder no tocante à escolha do procurador-geral da República. Mas, verdade seja dita, mesmo com suas imperfeições, ainda assim a Constituição de 88 foi um passo fantástico no sentido do aprimoramento da autonomia funcional do Ministério Público. Pode ela até não nos satisfazer integralmente; é possível e até desejável que, quase três lustros depois, o Ministério Público e a sociedade ainda busquem mais. Mas lembremos de como era antes... Sob as Constituições anteriores, o presidente da República podia nomear e demitir livremente aquele que em tese teria o poder de acusá-lo.... Era exatamente assim: um absurdo. A Constituição

de 88 trouxe um progresso notável, ao assegurar mandato aos procuradores-gerais.

É verdade que não se trata bem de um verdadeiro mandato. O termo *mandato* até me parece menos feliz, pois dá idéia de representação jurídica, significando a situação de alguém que seja mandatário de outrem. Um deputado é mandatário do povo, um presidente da República também, mas o procurador-geral escolhido pelo chefe do Poder Executivo não pode ser mandatário. Não é mandatário do povo, que não o escolheu; nem da classe, que não o elegeu. Seria mandatário do chefe do Executivo que o nomeou?! Lógico que não pode ser essa a vontade da Lei Maior, que conferiu autonomia funcional ao Ministério Público. Por isso, José Afonso da Silva, com toda a razão, diz que não se trata de mandato, mas sim de investidura por tempo certo.

Ora, sob o sistema hoje vigente, há regras muito rigorosas para balizar, em especial, a escolha e a demissão do procurador-geral. Ora, nessa linha de tentativa de cerceamento do Ministério Público, surgiram projetos de emenda constitucional que pretendem a volta para o velho e saudoso tempo (saudoso, suponho, para os chefes do Poder Executivo) em que o presidente da República e o governador do Estado podiam nomear qualquer pessoa de notável saber jurídico, sem compromisso ou vínculo algum com o Ministério Público, para que ela atuasse a contento do administrador no elevado cargo de chefe da instituição ministerial...

Ora, sob o perfil constitucional do Ministério Público pós-88, a instituição deixou de ser órgão do governo, e sim passou a ser órgão dotado de autonomia funcional, o que é muito diferente.

Esse segundo exemplo reafirma claramente a tendência. Não se trata de mais um fato isolado, e sim um dado de conjunto.

A seguir, tivemos novo lance: a tentativa de impor a chamada *Lei da Mordaza* no Ministério Público. De minha parte, não acredito seja próprio que promotores de Justiça ou procuradores da República chamem a imprensa e se exibam gratuitamente como se fossem vedetes de televisão. Entretanto, dentro do equilíbrio e da sobriedade indispensáveis, o membro do Ministério Público tem não só o direito de expor à sociedade o que está fazendo em seu nome, como tem mesmo o dever de fazê-lo.

O art. 37 da Constituição assenta, entre outros princípios essenciais à Administração, o da publicidade. Isto significa que, na Administração, a publicidade é a regra, embora haja exceções. Assim, se eu, como promotor de Justiça ou procurador da República, tenho acesso a contas bancárias das pessoas que investigo, não poderei divulgar dados pessoais cobertos pelo sigilo legal, da mesma maneira que o juiz também não o poderia fazer. Tomemos um outro exemplo: se um juiz de família sentencia um processo de separação judicial, fica necessariamente sabendo por quê o casal se separou. Assim, se o juiz chamar a imprensa e contar os motivos da separação, estará violando o sigilo funcional. Mas nada há de errado em que o membro do Ministério Público chame a imprensa e diga: estou investigando este loteamento irregular por causa de tais fatos; recebi uma denúncia de que há desvio de bens públicos em tal local; estou investigando possíveis danos ambientais acolá e as investigações estão em tal fase – tudo isso é mera e legítima prestação de contas à coletividade, que paga os serviços públicos e tem direito de saber o que é feito em seu nome e em seu benefício.

É óbvio que devemos ter todo o cuidado ao divulgar investigações em andamento,

pois estamos lidando com pessoas presumidamente inocentes, ainda não julgadas e muito menos condenadas. Mas, tomadas as cautelas cabíveis, prestar contas do trabalho que o Ministério Público faz não é direito de quem as presta; é antes um dever da própria instituição para com a sociedade.

Pois apesar disso, tivemos aqui o terceiro capítulo da tentativa de cercear a atuação do Ministério Público. Tentou-se impor uma Lei da Mordaza, procurando impedir-se a divulgação de trabalhos investigatórios do Ministério Público e de outras autoridades, quando pudesse causar prejuízo a terceiros, o que geraria especial responsabilidade do agente.

Ora, sob o sistema já vigente, independente de qualquer Lei de Mordaza, é claro que o membro do Ministério Público já será responsabilizado se divulgar informações que detenha sobre investigações por ele conduzidas, que violem o sigilo legal e indevidamente causem danos a terceiros. Já existem sanções civis, administrativas e até penais para isso. Vou lembrar aqui, como exemplo, um fato recente que ocorreu no Ministério Público de São Paulo. Há questão de pouco mais de um ano, havia um concurso de ingresso à carreira local em andamento. Um procurador de Justiça, membro de banca examinadora, que naturalmente tinha acesso às informações privilegiadas do concurso, segundo consta, teria divulgado essas informações sigilosas para favorecer candidatos a ele ligados... Se esse fato ocorreu mesmo – e há ação em andamento para apurá-lo –, esse procurador terá cometido crime. Não precisamos de uma Lei de Mordaza: já temos enquadramento legal suficiente para esse procurador no Código Penal e na Lei de Improbidade Administrativa, afora as responsabilidades civis e administrativas daí decorrentes. Instituir, entretanto, um novo diploma legal para reprimir as informações, no mais das vezes lícitas, que um membro do Ministério Público pode desejar transmitir à coletividade, sem dúvida é somar mais um passo à reação que está ocorrendo contra a recente atuação institucional.

Depois disso, no ano de 2001, o governo federal tentou incentivar a modificação da Lei da Ação Civil Pública, voltado-se especialmente para criar limitações ao uso do inquérito civil – e isso depois de editar diversas medidas provisórias que já limitavam abusivamente o objeto da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (v.g. Med. Prov. 1.570, 2.180 e outras). Atribuiu-se ao Deputado governista Artur Virgílio um texto de anteprojeto, texto esse que chegou às minhas mãos por intermédio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), noticiando-se que o governo federal estaria interessado em propor alterações ao sistema do inquérito civil na Lei da Ação Civil Pública. Por que seria?... Para aprimorar a Lei da Ação Civil Pública? Para aprimorar o inquérito civil e dar mais instrumentos investigatórios ao Ministério Público e aos demais co-legitimados à ação coletiva? Não, senhores. Exatamente para coarctar a ação ministerial, porque o Ministério Público estaria investigando abusivamente, quando não era convidado a investigar... Como se o Ministério Público precisasse ser chamado para a investigação, lembranças de outras eras, não dos tempos da Constituição democrática de 1888 para cá. Entretanto, uma mudança desse porte não viria ser recebida silentemente pelo próprio Ministério Público, nem conseguiria passar sem chamar a atenção da imprensa... Mesmo uma medida provisória não passaria despercebida em área tão sensível, apesar de que, em geral, as medidas provisórias, sim, é que já se vinham prestando esse tempo todo à utilização abusiva, sem o devido cobro de nossos maiores tribunais.

Não bastasse tudo isso, ainda tivemos o cúmulo das evidências do que digo em dezembro de 2000. Naquele momento, tivemos a edição da Med. Prov. nº 2.088-35/00, que criou uma pérola jurídica – a reconvenção nas ações de improbidade. Segundo a medida provisória, se o membro do Ministério Público movesse uma ação de improbidade contra um agente público que soubesse ser inocente, o membro ministerial poderia responder por improbidade pela própria propositura da ação. Mas perpetrou essa medida provisória o absurdo de que o réu da ação de improbidade poderia reconvir contra o membro do Ministério Público...

Ora, não defendo jamais a impunidade dos membros do Ministério Público. Se um destes propuser uma ação de improbidade contra alguém que sabe inocente, isso no mínimo seria prevaricação, e, independentemente da Med. Prov. nº 2.088/35-00, já seria um ilícito suscetível de enquadramento na Lei 8.429/92. Mas, ao instituir essa regra na medida provisória, o governo federal deixava ainda mais claro que estava em andamento um processo de intimidação do Ministério Público, para que seus membros, quando fossem propor uma ação, hesitassem muito antes de fazê-lo, porque a reconvenção seria dirigida pessoalmente contra eles. Sem dúvida, o objeto dessa medida seria embaraçar ou entorpecer a sua atuação.

O mais curioso é que essa solução, sobre ser inútil, já que meios já existiam para responsabilizar um membro do Ministério Público prevaricador, ainda continha uma verdadeira excrescência processual. Sabemos que, no processo civil, a reconvenção só pode envolver as mesmas partes da ação, devendo ser conexos os pedidos da ação e da reconvenção. Ora, no caso, sequer haveria conexidade de pedido nem identidade de partes na reconvenção e na ação. E isso porque, na ação de improbidade movida pelo membro do Ministério Público contra um agente público qualquer, quem é o autor da ação? O Ministério Público, não o *membro* do Ministério Público que assinou a petição inicial. E quem é o réu? O agente público cuja responsabilidade está sendo buscada. Ora, na reconvenção, o autor reconvinde é o agente público, réu da ação de improbidade. E quem é o reconvinde, réu na reconvenção? É o *membro* do Ministério Público, pessoalmente considerado... Ora, este último nem mesmo é parte na ação... Não existe no processo civil reconvenção contra quem não é parte. Isto é absurdo. Além disso, a reconvenção funda-se em fato novo, que é uma suposta improbidade na propositura da ação, enquanto a ação se funda em outros fatos, anteriores à propositura da ação, os quais não têm nada a ver com a reconvenção: não há conexidade entre os pedidos.

A reação foi maior do que o governo esperava. Houve editoriais na imprensa, o Ministério Público reagiu, a sociedade questionou: afinal de contas, não são poucos os que hoje reconhecem o importante papel que um Ministério Público livre e independente pode desempenhar na defesa do próprio regime democrático – destinação à qual foi alçada a instituição na Constituição de 1988.

Assim, a contragosto, o governo federal voltou atrás menos de um mês depois, em janeiro de 2001, e reeditou a medida provisória tirando fora essas excrescências (Med. Prov. nº 2.088-36/01)...

Percebe-se claramente que todos esses são episódios de um processo reativo contra tudo aquilo em que se tornou o Ministério Público a partir da Constituição de 1988.

Finalmente, para coroar, no mau sentido, estas reações, vieram as inúmeras ações civis que passaram a ser sistematicamente movidas contra os membros do Ministério Público,

nas quais se busca a *responsabilização pessoal* dos membros do Ministério Público.

O problema começou a surgir em todos os Ministérios Públicos, especialmente no Federal. O dr. André de Carvalho Ramos há pouco nos relatou que dezenas de procuradores da República já estão sendo processados civilmente, e, a meu ver, tudo leva a crer que esse triste rol vá aumentar. Nos Ministérios Públicos estaduais, caminha-se da mesma forma. Citei dois exemplos, aos quais me liguei mais diretamente, porque fui consultado em ambos, que dizem respeito aos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro. São membros do Ministério Público que estão sendo acionados civilmente apenas porque exercitaram tudo aquilo que a Constituição e as leis puseram em suas mãos; até onde vi, não o fizeram com interesse pessoal, não agiram por perseguição, não o fizeram com dolo ou fraude – apenas cumpriram aquilo que entenderam justo e correto, dentro dos limites da lei. E mais: fizeram aquilo a que eram funcionalmente obrigados a fazer. E estão agora tendo de contratar advogados para dar explicações pessoais em juízo, estão enfrentando processo longos e caros, para, ao final, mostrarem apenas que estavam cumprindo o que a Constituição *manda* que eles façam.

Isto tudo é claramente um processo de intimidação. Está em curso um processo de intimidação do Ministério Público.

Sem dúvida, há casos abusivos em que o membro do Ministério Público deve mesmo ser responsabilizado, com toda a amplitude possível. Não pensariam os senhores que, por ter sido promotor de Justiça por três décadas, integrando o Ministério Público de São Paulo, tenha eu uma visão apenas protetiva dos ex-colegas de mister. Sei muito bem que há maus promotores; não são muitos, mas sei que há maus membros do Ministério Público e muito lutei contra eles. Problemas como falta de amor ao serviço ou problemas de desonestidade e corrupção, sei que existem; principalmente estes últimos, são raros, mas existem. Casos de prevaricação, abuso de poder, concussão ou corrupção, entre outros, têm ocorrido e devem ser combatidos com toda a energia que a instituição tenha, até de forma exemplar. Entretanto, se nos casos de abusos, erros, omissões, dolo ou fraude, é mesmo caso de responsabilidade civil, penal ou administrativa do membro faltoso, casos outros há, entretanto, em que não deve o membro do Ministério Público ser responsabilizado em grau algum. Resumiria assim meu pensamento: quando o membro do Ministério Público atue no exercício regular da sua função, sem dolo ou fraude, não pode ser responsabilizado civil ou penalmente. Qualquer falha sua poderá justificar em tese sua responsabilidade funcional, como nos casos de abuso, erro, omissão, dolo ou fraude, e até em caso de mera culpa; mas, nem toda falha justificará sua responsabilidade extrafuncional, no campo criminal ou civil.

Devemos distinguir quando o erro do membro do Ministério Público deve levar à responsabilidade civil, à responsabilidade penal, à responsabilidade administrativa, ou a todas elas em conjunto, ou a nenhuma delas, quando tenha agido no exercício regular da função.

A razão dessas distinções consiste em preservar a atuação ministerial. Ao separar as funções de Estado, a Constituição criou órgãos distintos, estabelecendo seus poderes, garantias, deveres e, também, as responsabilidades diversas dos seus agentes. Algumas vezes a Constituição conferiu garantias excepcionais a alguns agentes públicos – por exemplo, os juízes e os membros do Ministério Público gozam de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. No tocante ao Ministério Público, a Constituição conferiu-lhe ainda, por expresse, o



princípio da independência funcional. Com isso, não quis a Lei Maior criar uma categoria privilegiada de funcionários públicos, como pessoas mal informadas ou mal intencionadas poderiam sustentar. Quando a Constituição conferiu ao Ministério Público e à Magistratura garantias especiais, é porque queria não só recrutar os melhores agentes, como investi-los de garantias para que efetivamente pudessem fazer tudo aquilo para os quais ela os votava. Quando conferiu ao Ministério Público independência funcional, é porque queria que seus membros fossem corajosos, exercendo a independência em face até mesmo do próprio chefe da instituição; quando lhe conferiu a autonomia funcional, é porque queria que a instituição não se curvasse a outro império senão ao da lei, e não aos governantes ou a outros órgãos e Poderes do Estado. Quando a Constituição conferiu aos membros do Ministério Público e Magistrados a inamovibilidade, foi para preservar o princípio do promotor natural e do juiz natural. Quando lhes deu estas garantias, não estava a conceder privilégios, e sim ferramentas que reputou indispensáveis para que esses agentes exercitassem efetivamente suas funções constitucionais. É verdade que não foi intuito da Constituição conferir esses instrumentos ao Ministério Público para que ele ficasse gratuitamente processando poderosos, só por serem poderosos; mas também é igual verdade que não os conferiu aos membros da instituição para que ficassem em casa acovardados, temendo causar problemas para os grandes, refestelando-se na segura ou pouco perigosa tarefa de processar os desvalidos. Se a Constituição trouxe tais garantias e funções ministeriais, foi para que os membros do Ministério Público tenham a efetiva possibilidade de, em sendo preciso, poder processar tanto aquele pobre coitado que precisa de um advogado da assistência judiciária, quanto o político, o administrador ou o empresário que podem contratar os advogados mais bem remunerados do País.

Entremos, então, na análise do cerne de nossas discussões de hoje: o regime jurídico da responsabilidade do Ministério Público.

O art. 37, § 6º, da Constituição, que diz que as pessoas jurídicas do Direito Público e também as de Direito Privado, prestadoras de serviço público, responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, enquanto agentes, causarem a terceiros, assegurando-se o direito de regresso da pessoa jurídica contra o agente responsável, em caso de dolo ou culpa.

Se compararmos esse texto da Constituição com o texto da Carta anterior de 1969, veremos que foi abandonada a expressão “funcionário público”, preferindo-se a expressão “agentes”. A expressão antiga – *funcionário público* – permitia excluir com mais facilidade de seu âmbito o membro de Poder ou o membro do Ministério Público, que são agentes políticos e não funcionários públicos em sentido estrito (desconsiderada, aqui, a conceituação de funcionário público para fins penais, que tem conotação específica e âmbito próprio de incidência). Tecnicamente falando, o membro do Ministério Público é agente político e não funcionário público em sentido estrito.

Entretanto, a mudança de terminologia de *funcionário público* para *agente*, embora pudesse dar a impressão que a Constituição teve a intenção de estender a responsabilidade por dolo ou culpa ao membro do Ministério Público, ao juiz e aos demais agentes políticos, na verdade teve outra motivação. A doutrina especializada bem esclarece que essa mudança se deve antes a diversa razão técnica, ou seja, a Constituição passou a prever nesse dispositivo a responsabilidade das pessoas jurídicas, não só as de Direito Público, como também as de Direi-



to Privado, que prestem serviço público. A Constituição quis, assim, alcançar no § 6º do art. 37 a situação dos agentes de empresas de Direito Privado que prestem serviço público, e, nessa qualidade, causem danos a terceiros. A Constituição quis, pois, alcançar exatamente essa hipótese: tais empregados não são funcionários públicos, mas são agentes públicos. Daí, a Constituição passou a admitir que, nesses casos, haja responsabilidade da pessoa jurídica de Direito Público, que terá direito de regresso contra o agente responsável. Por isso a Constituição fala em responsabilidade dos *agentes públicos* nos casos de dolo ou culpa. A mudança de terminologia ocorreu simplesmente para cobrir a situação dos empregados das pessoas jurídicas de direito privado, que não são funcionários públicos e sim são agentes.

E os agentes políticos, como ficam? Os agentes políticos estariam sujeitos ao regime geral da responsabilidade dos agentes públicos? Inclusive nos casos de dolo ou culpa, os agentes políticos poderiam ser responsabilizados pessoalmente? Por exemplo, o presidente da República, que é um agente político, por negligência, comete um engano: poderá ser responsabilizado pessoalmente? Um deputado, por um erro de interpretação de uma lei, pratica um ato de seu ofício equivocado: pode ser responsabilizado mesmo por mera culpa? Os ministros do Supremo Tribunal Federal, interpretando com erro uma prova, condenam um inocente numa ação penal originária, responderão pessoalmente pelo seu comportamento culposos?

A nosso ver, em todos esses casos, ainda que o Estado responda pelo dano, não haverá responsabilidade pessoal do agente político. Os agentes políticos são aqueles órgãos do Estado a quem a Constituição e as leis cometem decisões finais do Estado, na esfera de sua atribuição. Detêm todos independência funcional para poder decidir com desembaraço, sem temer represálias pessoais. São os chefes ou membros de Poder, ou seus delegados imediatos (ministros, secretários), são os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, são aqueles que, em sua esfera de atribuições, tomam decisões de Estado com plena independência funcional.

Para todos estes, há um regime próprio de responsabilidade. Por exercerem funções originárias e próprias do Estado, têm um regime especial de responsabilização. É certo que o Estado, para exercer seus poderes e encargos, necessita de um conjunto de agentes, desde o corpo de funcionários, do mais humilde contínuo, até os chefes de Poder; só que uns são funcionários públicos em sentido estrito, outros são agentes políticos; a uns cabem funções subordinadas, a outros, funções independentes e próprias do Estado. No que diz respeito ao Ministério Público, enquanto um funcionário da instituição zela pela guarda dos veículos no estacionamento atento às ordens de seu superior hierárquico, um agente político tem a função responsabilizar os criminosos, agindo com plena independência funcional.

Ora, são agentes políticos os que fazem parte do primeiro escalão da Administração, os membros do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Todos eles sujeitam-se a regras especiais de investidura, destituição, garantias e responsabilidades. São investidos ora em mandatos eletivos, ora em cargos vitalícios. São eles que, em síntese, tomam decisões últimas, nos limites da sua competência funcional. São decisões últimas, porque, ainda que possam ser revistas – e sempre há mecanismos de freios e contrapesos bastantes – tais decisões são tomadas com plena independência funcional, a qual vem assegurada, muitas vezes, como é o caso do Ministério Público,

pela própria Constituição da República. Eles têm prerrogativas e responsabilidades próprias, fixadas na própria Constituição e leis especiais, muitas vezes por leis complementares, como é o caso do Ministério Público.

Essas regras especiais se justificam porque esses agentes executam funções próprias de soberania do Estado, que supõem um sistema de freios e contrapesos próprio, um sistema de poderes, vedações e garantias próprias, e, também, um sistema próprio de responsabilidade, já que detêm independência funcional.

Isso não quer dizer que a responsabilidade dos agentes políticos seja mais suave do que a dos demais servidores do Estado. Ao contrário, são responsabilidades graves, até mesmo responsabilidades políticas (*impeachment*); são responsabilidades extremamente onerosas para os agentes e para as instituições a que pertencem. Existem cargos públicos mais fiscalizados que os de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público? Reciprocamente eles se fiscalizam; o advogado fiscaliza a ambos, a sociedade fiscaliza a todos e a imprensa também. Todos sujeitam-se a controles funcionais, não raro por órgãos colegiados; normalmente suas decisões devem ser motivadas e tornadas públicas, podendo ser impugnadas.

Assim, por exemplo, ao acusar, ao promover a persecução penal, ao investigar danos ao patrimônio público ou ao meio ambiente, muitas vezes o membro do Ministério Público se dispõe indistintamente contra fracos e contra poderosos. Ai dele se não tiver uma atuação pessoal e funcional correta, porque é natural que se exponha muito. Em tese, o membro do Ministério Público pode responder não só sob o aspecto disciplinar, como sob o aspecto civil, penal e até político (em caso de *impeachment*).

O agente político tem, pois, maior liberdade de ação, mas tem maiores responsabilidades. A própria Constituição e as leis estabelecem regras próprias para todos eles, instituindo responsabilidade político-administrativa, responsabilidade civil, responsabilidade criminal e responsabilidade funcional. Assim, em virtude disso, presidente da República, governadores, prefeitos, ministros dos Tribunais Superiores, juízes em geral, deputados, senadores, todos eles são autoridades máximas nas suas áreas de competência, e, nessa qualidade, podem causar danos a terceiros, determinantes da responsabilidade indenizatória do Estado.

E o que acontece quando esses agentes políticos causam danos a terceiros? Quantas leis inconstitucionais o presidente da República sanciona e anos depois os tribunais dizem que eram inconstitucionais e causaram danos? Quem responde por esses danos? A União responderá pelos danos; o presidente, pessoalmente, só responderá se tiver agido com dolo ou fraude. Fora daí, não responderá pessoalmente, porque, se tiver agido no exercício regular de sua função, ainda que erre, seu erro será próprio do cargo. O erro que provoca a responsabilização pessoal do agente político é o erro proposital, é o erro doloso, é a fraude. Assim também, *mutatis mutandis*, ocorre em relação aos demais agentes políticos.

Os agentes políticos não são, portanto, funcionários públicos comuns; daí porque o sistema de sua responsabilidade não é a comum. Eles têm responsabilidades próprias. Pelo exercício regular das suas funções, seus danos determinarão a responsabilidade indenizatória do Estado. Tomemos, como exemplo, o do juiz que, de boa-fé, condene um inocente. Isso, infelizmente, acontece diariamente. Por mais que o juiz se esforce, leia e releia os autos, sopesse as provas várias vezes, aplique o princípio da dúvida a favor do réu – assim mesmo, por mais

culto e esforçado que seja, pode de boa-fé condenar um inocente, ao interpretar mal uma prova, ao não alcançar bem uma perícia. Com freqüência os tribunais consertam esses erros, e às vezes até as revisões e rescisórias consertam os erros dos próprios tribunais... Até mesmo anos depois da condenação, uma revisão criminal pode reconhecer que aquele réu era inocente. O juiz que condenou o inocente vai pagar do seu próprio bolso a indenização devida?

Se o juiz de boa-fé condenou um inocente, quem responderá pelo dano será apenas o Estado. O juiz agiu regularmente, investido em suas funções de órgão originário do Estado, a quem a Lei Maior conferiu independência funcional. Ele usou de suas garantias e prerrogativas, procurando acertar, mas errou. Isso acontece e é inevitável.

O presidente da República e o parlamentar participam do processo de elaboração de uma lei, que anos depois é declarada inconstitucional. Eles vão pagar pessoalmente pelos danos que surgiram em decorrência da aplicação dessa lei inconstitucional? Salvo em caso de má-fé, não pagarão. Essa é a teoria aceita pelo Direito Constitucional e pelo Administrativo.

Resta dizer: mas, então, quando é que os agentes políticos responsabilizam a si mesmos? O presidente da República pode impunemente agir como um déspota? O membro do Ministério Público pode livremente cometer desmandos? O juiz pode condenar inocentes à vontade, e ficará tudo por isso mesmo, e sempre jogaremos todos os ônus nas costas largas do Estado?

Se fosse assim, seria mesmo um absurdo. Mas não é assim. Na verdade, devemos retornar à análise do artigo 37, § 6º, da Constituição: o Estado terá ação regressiva contra o agente causador do dano, em caso de dolo ou culpa.

Alguns juristas têm sustentado, como Hely Lopes Meirelles em seu clássico livro *Direito Administrativo Brasileiro* (19ª ed., págs. 72-3), que os agentes políticos são pessoalmente responsáveis em caso de abuso de poder, má-fé e até mesmo em razão de culpa grosseira. Também eu, há alguns anos, cheguei a pensar assim. Hoje, entretanto, recuso a responsabilização do agente político em caso de mera culpa.

Por que não haveria responsabilidade civil do membro do Ministério Público pelos danos que tenha causado por culpa?

Ora, ele é um agente político, dotado de plena independência funcional. Está relacionado entre as autoridades estatais para as quais a Constituição e as leis impõem um regime próprio de responsabilidade. Tão importante é o livre exercício de sua independência funcional, que a própria Constituição considera crime de responsabilidade do presidente da República atentar contra as garantias institucionais do Ministério Público. Tão importante é o livre exercício do Ministério Público que, se o próprio presidente da República atentar contra as garantias da instituição, poderá perder o cargo.

Sendo assim tão relevante para a ordem constitucional o exercício independente do Ministério Público, a tal ponto que foi erigido a princípio institucional, resta inquirir qual é a finalidade dessa garantia. Consiste em proteger o livre exercício da *função ministerial*. Por isso que, se o agente do Ministério Público errar, o Estado sempre responderá perante o lesado; o próprio Ministério Público jamais responderá; o membro do Ministério Público será pessoalmente responsável só nos casos de dolo ou fraude.

Por que o Ministério Público não responsabilizará jamais a própria instituição? Por-

que esta não detém personalidade jurídica. O Ministério Público é órgão do Estado; é o Estado. Já vi sentenças cíveis condenando o Ministério Público em encargos da sucumbência... Trata-se de equívoco significativo, pois o Ministério Público é o Estado; pela teoria da organicidade, o Ministério Público é a pessoa jurídica da qual ele faz parte.

Quanto ao membro do Ministério Público, a regra é sua inviolabilidade na esfera civil. Esta ocorre sempre que o exercício da função for regular, isto é, sempre que o membro esteja agindo de boa-fé, dentro de suas atribuições funcionais. Se ele tem atribuições para o ato (competência no sentido administrativo, não jurisdicional, evidentemente), se está agindo dentro das normas de razoabilidade (princípio implícito que rege a Administração) e se não está movido por dolo ou fraude – não há de ser responsabilizado pessoalmente na esfera civil. Não pode ser punido por agir, se, nesses casos, a lei supõe que sua ação é um dever. Na verdade, o membro do Ministério Público muitas vezes não tem nem mesmo a discricionariedade para agir ou deixar de agir: identificando a hipótese em que a lei exige sua ação, não poderia deixar de agir. Daí, as hipóteses de erro, causado por boa-fé, não lhe podem ser imputadas a título de responsabilidade civil pessoal.

Ora, se o membro do Ministério Público está agindo em estrita observância ao princípio da obrigatoriedade, se está acionando um réu não porque dele seja inimigo pessoal, mas porque entende fundamentadamente que a prova dos autos exige que assim o faça, se o membro do Ministério Público identificou a hipótese em que a lei exige sua atuação, então ele é obrigado a agir. Erraria o membro do Ministério Público não quando age, ainda que contra um possível inocente que ele crê culpado, mas sim quando não age contra uma pessoa que acredite culpada. Claro é que, se o membro do Ministério Público age para satisfazer sentimento pessoal ou age movido por razões estranhas à função, então não estará no exercício regular da função. Mas, ao contrário, se está no exercício regular da função, se não está nutrido por sentimento pessoal, se não é inspirado por razões estranhas à função, se apenas se curva ao princípio legal da obrigatoriedade, se não está imbuído de dolo ou fraude, se sua atuação é razoável, se não desborda os limites de suas atribuições – então o membro do Ministério Público é inviolável, para fins de responsabilização pessoal na área civil.

Dentro dessa linha, coerentemente, o art. 85 do Código de Processo Civil de 1973 estabelece de forma acertada que o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. Devemos relevar o fato de a lei ter-se referido a *órgão*; deveria ter dito *membro*. O órgão muitas vezes é impessoal, como um colegiado – tal qual o Conselho Superior do Ministério Público, o Colégio de procuradores. A responsabilidade, porém, quando houver, será pessoal, será do membro, não do órgão. Retomando a dicção do Código, vemos que a responsabilidade civil ocorre em caso de dolo ou fraude. A literalidade do dispositivo afasta a própria idéia de culpa. Esse dispositivo inspira-se no art. 133 do mesmo estatuto, que se refere à responsabilidade pessoal do juiz. Por sua vez, esta última norma buscou sua inspiração no art. 121 do Código de Processo Civil de 1939. Pontes de Miranda comentou este último dispositivo com muita propriedade, em passagem que mais tarde veio a ser reproduzida em julgado do Supremo Tribunal Federal. Em lição que se referia aos juízes, mas que sabemos de todo aplicável, por identidade de razão, aos membros do Ministério Público, Pontes de Miranda lembrou que o juiz não é dotado da qualidade da inerrância;

como não tem, nem poderia ter essa qualidade, o Direito só encontrou um caminho para responsabilizá-lo: recorrendo aos velhos conceitos de dolo ou fraude. E isso porque, nos casos de dolo ou fraude, podemos constatar diretamente que o juiz agiu de forma consciente, em contrariedade àquilo que o ordenamento jurídico lhe impunha.

Em todos os casos em que caiba responsabilidade por ato praticado por agente público, a ação será proposta contra o Estado: é o que diz o § 6º do art. 37 da Constituição. Conforme o caso, o Estado é que terá ação regressiva contra o agente público que diretamente tenha causado o dano. É a teoria do risco administrativo. Nelson Nery Júnior, Pedro Roberto Decomain e José Afonso da Silva sustentam que, neste caso, o lesado agirá contra o Estado e não contra o causador do dano; o lesado invocará a responsabilidade objetiva, por força da teoria do risco administrativo, de forma que estará dispensado de provar a culpa do agente que causou o dano. Em sua ação contra o Estado, o lesado vai, pois, discutir a ocorrência do dano – sua materialidade e sua causação; mas não precisará discutir a culpa do agente. O § 6º do art. 37 não chegou, entretanto, a instituir a teoria do risco integral, porque, embora o lesado não precise discutir culpa, a ordem jurídica não comete ao Estado o risco integral, já que a pessoa jurídica de Direito Público pode provar dolo ou culpa do lesado e eximir-se da responsabilidade que lhe está sendo imputada.

Voltemos à análise da culpa. Como já anotei antes, Hely Lopes Meirelles sustentou que, em caso de culpa grave, os agentes políticos poderiam ser responsabilizados pessoalmente na esfera civil. Inicialmente, também segui esta orientação, e esta respeitável posição ainda é hoje seguida por Pedro Decomain, que escreveu importantes comentários sobre a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Entretanto, reestudei a matéria e hoje não mais reconheço a responsabilidade do membro do Ministério Público em caso de mera culpa.

A partir da Constituição de 88, os membros do Ministério Público passaram a deter um regime de garantias e responsabilidades próprias, só equiparáveis às dos juízes. Ora, o sistema vigente exclui expressamente as hipóteses de responsabilização pessoal desses agentes nos casos de mera culpa (arts. 85 e 133 do CPC). A razão consiste em que a possibilidade de responsabilização pessoal por culpa levaria a um natural processo de intimidação psicológica, o que favoreceria a omissão e confortaria a fraqueza de não cumprir o dever. Imaginemos minha situação se eu fosse um procurador da República em meu gabinete de trabalho, e tivesse sob estudo um inquérito policial ou um inquérito civil, que envolvesse interesses poderosos, de grandes empresários, de políticos importantes, de autoridades relevantes do Estado ou da República. Se eu estivesse convencido de que a Constituição e as leis não me dão garantias pessoais de indenidade, mesmo que toda prova dissesse ser caso de propor ação, sempre poderia temer que amanhã surgisse algum jurista muito culto que dissesse que o branco é preto e as coisas não seriam bem assim; sempre eu poderia acreditar que o juiz poderia recusar meus melhores argumentos; sempre poderia temer que amanhã surgisse uma nova prova imprevisível, ou até mesmo uma interpretação nova para um fato velho, o que me levaria a responder pessoalmente por minha ação, ainda que eu estivesse imbuído de boa-fé. Eu poderia ter a coragem pessoal de arrostar todos os riscos; poderia não ter. Afinal, mesmo que eu me saísse bem na ação que me viesse a ser movida, eu teria que constituir advogado, teria que custear uma ação complexa, longa e cara, e eu poderia não dispor de recursos para tanto. Eu poderia



ficar anos tentando provar que agi corretamente a cada denúncia que oferecesse, correndo ainda o risco de ser condenado simplesmente por ter feito aquilo que eu julgava que a Constituição e as leis exigiam que eu fizesse. Agora vamos ver o outro lado da questão. E se eu arquivasse esse caso? Se eu o arquivasse, poderia invocar minha independência funcional. Eu não precisaria esperar as altas luzes de um preclaro jurista para justificar um imaginoso arquivamento do inquérito. Normalmente, na pior das hipóteses, o procurador-geral ou o Conselho Superior do Ministério Público poderia dizer que não concorda com minha respeitável opinião e mandaria que *outro* membro do Ministério Público propusesse a ação... E, se alguém processado fosse, seriam eles, não eu próprio...

Para que esta tentação, muito humana, não interfira na ação do Ministério Público, a lei confere garantias à instituição e a seus membros. A Constituição não supõe que os membros do Ministério Público e da Magistratura todos tenham de ter a coragem fácil de um insano. Sem dúvida, exige-se que essas autoridades detenham coragem, mas não além daquela já naturalmente necessária para exercer sua função – o que já as expõe bastante, como infelizmente a morte de colegas nos dá triste exemplo. A Constituição e as leis exigem que os membros do Ministério Público, investidos de garantias especiais, ao menos cumpram os seus encargos até o fim. Para isso lhes deu garantias; não privilégios pessoais, como pessoas desinformadas ou de má-fé procuram fazer crer. Assim, se seguirmos a teoria de que, até no caso de mera culpa, o membro do Ministério Público poderia ser responsabilizado, será natural que o Ministério Público enquanto instituição se intimide, porque o erro fundado na culpa é uma possibilidade muito constante na atuação dos juízes e promotores – basta ver a quantidade de denúncias improcedentes e de sentenças e acórdãos reformados pelos tribunais...

Essas considerações me fizeram rever a questão da responsabilidade dos agentes políticos em caso de culpa. Somou-se a isso a tendência mais recente, que se generalizou entre os países democráticos, no sentido de que, para assegurar que os membros do Ministério Público sejam capazes de adimplir inteiramente suas funções sem intimidação, embora de maneira necessariamente responsável, o sistema legislativo não deverá impor-lhes embaraços, perseguição, interferências indevidas ou sequer exposição excessiva ou injustificada à responsabilidade civil, pessoal, administrativa ou de qualquer outra natureza. Assim, o VIII Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes deliberou em Havana, Cuba, entre 27 de agosto e 07 de setembro de 1990, que os Estados membros da ONU devem assegurar meios para que seus agentes encarregados da persecução criminal possam exercer suas funções sem intimidação, embaraço, exposição excessiva ou injustificada à responsabilidade pessoal. Esse Congresso não está propondo que os membros do Ministério Público possam fazer o que bem queiram e, mesmo assim, restarem incólumes, como o rei já foi incólume. Não: nos casos de excessos, deverá responder.

Dentro dessa linha, nossa lei positiva já diz, com todo o acerto, que, em matéria civil, o membro do Ministério Público responderá em caso de dolo ou fraude, somente. No que diz respeito à responsabilidade funcional, entretanto, esta é bem mais ampla.

Esses princípios estão, pois, assegurados nas linhas mestras do papel dos promotores e procuradores, adotadas pelo VIII Congresso da ONU para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, tendo a comunidade jurídica se comprometido a assegurar aos seus



agentes as adequadas condições de imunidade para que possam cumprir a sua função com coragem e independência.

Suponhamos, porém, que o membro do Ministério Público tenha agido mais do que apenas com culpa: ele sabia que o réu era inocente e o denunciou, pediu-lhe a prisão preventiva; moveu-lhe uma ação civil pública e pediu-lhe o seqüestro dos bens apenas porque ele era um desafeto que ele desejava pessoalmente que fosse processado. O que fazer contra este membro do Ministério Público?

Mesmo nesse caso, a ação de responsabilidade ainda será movida contra o Estado; este, sim, é que terá ação regressiva contra o agente.

Caberia, entretanto, ação direta do lesado contra o próprio agente público, como está sendo comum hoje em dia? Aquele que se diz lesado por ato do Ministério Público contrata um advogado e este, em vez de acionar o Estado, aciona o membro do Ministério Público. Muitas vezes aquele que se diz lesado não está interessado sequer em obter uma efetiva indenização, até porque são infundadas muitas dessas alegações de prejuízos indevidos; muitas vezes o indivíduo está apenas interessado em intimidar ou embaraçar a atuação do Ministério Público. Então ele processa o promotor de Justiça ou o procurador da República, e não o Estado, não a União. Isso é possível?

O § 6º do art. 37 da Constituição assegurou que essa ação de responsabilidade por ato de agente público deve ser proposta contra o Estado; este sim é que, se for o caso, terá ação contra o agente, fundada no direito de regresso.

Nem mesmo cabe denúncia da lide feita pelo Estado em face do agente, até para não introduzir fundamento jurídico novo na discussão do lesado contra o Estado. O sistema da Constituição de 88 é o seguinte: ação contra o Estado, regresso contra o agente. É o entendimento que temos seguido, harmônico com as lições de Pedro Decomain, nos seus *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*; de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (art. 85); de José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*; é a posição sustentada em Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, obra esta hoje atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

Contra esta orientação, existe o respeitabilíssimo posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*). Celso Antônio não vê razão para que o indivíduo não possa processar o juiz, o promotor, enfim, qualquer agente político diretamente responsável pelo dano. Faz ele exposição muito bem elaborada a esse propósito. Seria possível somar a seus argumentos até mais um: a conveniência do lesado. Imaginemos que o lesado acione o Estado por danos causados por um agente público. O que irá acontecer? Todas as vantagens processuais tem o Estado, não apenas nos prazos de contestação e recursos, mas ainda mais. Lá no fim do processo existe a temível e interminável fila dos precatórios, que o Estado paga quando quer, se quiser... Então o indivíduo, mesmo que não esteja querendo intimidar o agente público, muitas vezes prefere acionar diretamente o causador do dano, não o Estado.

Ainda que seja respeitável essa razão de conveniência do lesado, devemos reconhecer que a Constituição, para assegurar o funcionamento de seus serviços fundamentais

dos órgãos originários, assegurou a indenidade pessoal de seus agentes, encarregados de tomar as decisões de governabilidade do Estado. O que seria dos ministros do Supremo Tribunal se eles pudessem ser responsabilizados pessoalmente, em primeiro grau, pelos atrasos ou até pelos erros de suas decisões? Basta que a Maior Corte casse uma decisão dela própria, ou revogue uma Súmula, e estará reconhecendo seu próprio erro anterior... Nem como presunção seria possível admitir que nunca errem, apenas porque dão a última palavra. Quantas vezes voltam atrás, revêem súmulas, concedem revisões ou rescisórias de seus próprios julgados, provêm recursos contra atos de turma ou de seus próprios ministros... E quanto aos que tiveram seus atos reformados? Vamos processá-los pessoalmente porque erraram? O que faríamos com os presidentes da República, com os governadores, com os prefeitos, com os legisladores em geral, quando errem de boa-fé, ao interpretar incorretamente o interesse público? Percebendo que o Estado não funcionaria se todos os agentes políticos estivessem expostos à possibilidade de responsabilização pessoal mesmo quando errassem de boa-fé, a Constituição e as leis corretamente estabeleceram para eles um sistema próprio de garantias e responsabilidade.

Em razão disso, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello a esse respeito, embora extremamente respeitável, é o que, a meu ver, menos concorre para assegurar o funcionamento normal do Estado.

O que está errado não é o sistema instituído pela Constituição, segundo o qual o lesado deve agir contra o Estado, e este é que tem ação de regresso contra o agente público; o errado é aquilo que o Estado faz em relação a seus débitos judiciais: não os paga e deixa sem pejo crescer as filas de precatórios, tudo sob as vistas complacentes dos tribunais. O erro não é o procedimento operacional em si, nem está na própria existência da lista de precatórios, até muito justa para evitar preterições ou favorecimentos; o erro é não programar nem pagar anos a fio as condenações judiciais...

Voltando, porém, à questão da ação de responsabilidade contra o Estado e seu direito de regresso, há alguns dias, o Supremo Tribunal Federal enfrentou esta questão que estamos agora a discutir (RE nº 228.977-SP, 2ª Turma, rel. min. Néri da Silveira, j. 5-03-02, Informativo STF, 259). O caso envolvia a discussão da responsabilidade pessoal de um juiz de Direito do Estado de São Paulo, porque ele, na sentença, tinha feito referências extremamente desabonadoras ao réu e, depois, tinha concedido uma entrevista à imprensa e acrescentado mais alguns pormenores. O réu processou pessoalmente o juiz na esfera cível; este pediu sua exclusão do processo, entendendo que o Estado é que deveria responder pela pretensão reparatória e, se fosse o caso, regressivamente, deveria voltar-se contra o Magistrado. O Tribunal de Justiça de São Paulo não aceitou as ponderações do réu e determinou que a ação prosseguisse contra ele. A 2ª Turma do STF, entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.977 de São Paulo, entendeu unanimemente que o juiz acionado era parte passiva ilegítima, pois a ação deveria ser proposta apenas contra o Estado; o regresso, se fosse o caso, é que deveria ser exercitado contra o juiz. Essa é exatamente a posição que vimos defendendo. É a única solução que assegura o melhor funcionamento da máquina estatal, por permitir que seus agentes políticos possam agir com destemor e determinação, providos de garantias para tanto, garantias estas que são

necessárias à sua atuação funcional.

Em suma, e a título de conclusão, podemos dizer que, de fato, o Ministério Público mudou muito nestas duas últimas décadas. Os senhores, melhor do que ninguém, sabem como o Ministério Público mudou, até porque uma das mudanças mais notáveis do Ministério Público brasileiro se deu exatamente no Ministério Público da União. O Ministério Público passou a fazer jus às suas novas responsabilidades, em correspondência com as mudanças da própria sociedade, que se tornou mais livre e mais exigente, e passou a acompanhar mais de perto o trabalho daqueles que devem representá-la.

Por fim, ousarei apresentar uma pequena recomendação aos senhores, antes de passarmos aos debates, nos quais, estou certo, muito os senhores terão a contribuir, a questionar e até, por que não, a objetar ao que eu já disse até aqui. Quero, modestamente, ponderar algo aos senhores: usem de redobradas cautelas nas investigações, de redobradas cautelas nas atuações em geral.

Certo é que há alguns pressupostos para a atuação ministerial. Para que o sistema funcione corretamente, é preciso que a sociedade compreenda bem o que o Ministério Público está fazendo; é imperioso que o Poder Judiciário tenha visão para reconhecer o importante papel que do Ministério Público e dele próprio se espera no reordenamento ético de nosso País. O trabalho sério do Ministério Público deve ser prestigiado e fortalecido pelo Poder Judiciário, até porque o trabalho ministerial acaba normalmente desaguando mais adiante nas ações judiciais. Se o Poder Judiciário não tornar viável o papel do Ministério Público em prol do saneamento moral do País, nada mudará efetivamente entre nós. Espero que o Poder Judiciário tenha essa sensibilidade, perceba o que está ocorrendo, pois os juízes também estão sofrendo esse mesmo processo de intimidação.

Mas, a par desses pressupostos, é preciso prudência sim, na atuação do Ministério Público; é preciso respeitar a privacidade das pessoas; é preciso que o membro ministerial tenha a cada passo de sua ação a clara consciência de que está lidando com direito de pessoas que podem ser e não raro são inocentes. Se os membros do Ministério Público não gostam, e com razão, de ser processados quando nada devam, assim também os inocentes também não gostam disso, e, muitas vezes, há inocentes entre aqueles que o Ministério Público investiga; isso é até inevitável. Por isso, o membro ministerial também deve observar o sigilo legal; não deve expor, fazer exposição injustificada de pessoas que estão sendo apenas investigadas; não deve agir com juízos temerários. Falhas gratuitas em sua atuação podem expor, enfraquecer e até mesmo comprometer a própria instituição.

Mas, naqueles casos em que o membro do Ministério Público esteja cumprindo corretamente suas funções, não pode ter o que temer. Agindo rigorosamente dentro das suas atribuições legais, estará inteiramente acobertado ou resguardado em sua atuação funcional.

Com isso, meus senhores, encerro minha exposição. Perdoem-me, talvez tenha sido mais longa do que gostariam de ter ouvido, mas tenho a certeza de que agora, com os debates, virá a parte mais interessante do encontro, pois contaremos com os questionamentos, as objeções e as contribuições que são fruto da experiência profissional que certamente têm todos os senhores.

Muito obrigado.

*Dra. Zélia Luíza Pierdoná*

Eu convido o professor Hugo e o professor André para que possamos encaminhar as discussões.

Professor, antes de passar a palavra ao André, que está coordenando, eu não posso me privar de parabenizar esta brilhante palestra, porque, professor, hoje virou lugar comum falar da responsabilidade dos membros do Ministério Público e, sem dúvida alguma, professor, as suas palavras não só instrumentalizarão, como nos encorajarão para que possamos realmente desempenhar as funções constitucionalmente definidas, mas de forma responsável. Eu até fiquei, assim, admirada com suas palavras; gostei muito, porque não é aquela questão: Ah! podemos fazer tudo, vamos fazer tudo. Responsabilizou-nos e também nos encorajou. Eu gostaria, professor, inclusive vou sugerir à Associação que no nosso próximo encontro, que vai ser em outubro, convide o senhor e tenho certeza que este convite deve ser homologado pelos colegas aqui presentes.

Eu só estou preocupada, professor, porque nós temos 17 colegas recém-empossados e esta sua palestra faz parte da 4ª Reunião Geral dos colegas de todo o Estado e agora eles vão ficar com uma idéia supervalorizada de que as reuniões são ótimas e que sempre haverá palestras como esta, então, como procuradora-chefe, estou muito preocupada em como nós vamos dar seqüência a isto, porque certamente teremos problemas em acompanhar esta qualidade que ouvimos.

Mas, antes de passar a palavra ao colega André, que vai coordenar as discussões, eu gostaria de, também, parabenizá-lo não só pela escolha do tema, que é muito presente, muito oportuno, mas, principalmente, pela escolha do nome. André está de parabéns, a Escola Superior está de parabéns por isso; não o convidei porque achei que você tivesse saído mais cedo, faço convite no sentido de que todos nós que estávamos à mesa voltemos para o debate e passo, então, a coordenação dos trabalhos ao colega André, porque o professor está se dispondo a discutir conosco, a ouvir nossas dúvidas, os nossos anseios sobre este tema. Parabéns mais uma vez ao professor.

Muito obrigada pela sua participação e o senhor está sempre convidado. Hoje eu o convidei para jantar e ele disse que como nós não tínhamos feito este convite antes, ele não poderia, mas na próxima vez ele vem para jantar conosco, certo? Porque a sua presença sempre nos é muito agradável. Obrigada.

*Dr. André de Carvalho Ramos*

Em primeiro lugar, agradeço novamente ao professor Hugo Nigro Mazzilli pelo brilhantismo da sua palestra e pela gentileza novamente de ter aqui acolhido nosso convite e, sem delongas, pelo adiantado da hora, eu gostaria de passar a palavra a qualquer um que queira fazer uma pergunta, iniciar o debate, iniciando pelo colega Pedro, de Bauru. Os colegas que porventura venham a fazer perguntas ou participar dos debates, gostaria que usassem o microfone.

*Dr. Pedro Machado (Bauru)*

Boa noite professor, eu só queria fazer uma pergunta, mais para confirmar se eu realmente entendi o que o senhor explicou. O Ministério Público, enquanto instituição, só pode ser parte legítima no pólo passivo de uma ação judicial, dentro desta ótica que o senhor colocou, em caso de mandado de segurança e *habeas-corpuz*; fora dessas situações o Ministério Público só tem legitimidade ativa e não passiva, esta é a linha que o senhor defende, não?

*Professor Hugo*

Sim, em regra geral é isso o que procurei dizer. O Ministério Público pode ser parte processual passiva, mas parte formal, não só nestes casos que o dr. Pedro bem lembrou, mas ainda em alguns outros casos, como em embargos à execução em ação civil pública que esteja sendo movida pela instituição, pois, nos embargos, o exequente passa a ser o embargado. Em todos esses casos, o Ministério Público será parte passiva formal, não material, porque não haverá uma pretensão formulada em face do Ministério Público, propriamente dito.

O que temos é que nesses casos, o Ministério Público é parte passiva formal. Também no processo de usucapião, o Ministério Público é citado como parte *pro populo*, assumindo posição de parte passiva formal. Mas tanto nesse, como nos demais casos, o Ministério Público não suporta, enquanto instituição, os efeitos do dispositivo da sentença. O pedido não é feito contra ele, exceto em embargos à execução quando se busca a desconstituição do título executivo. O que eu quis dizer durante a exposição anterior, e agora agradeço a oportunidade de melhor explicitar, é que o Ministério Público não pode ser parte passiva material numa ação, pois, não tendo personalidade jurídica, não tem aptidão para estimular, no pólo passivo, a formação da relação processual: não sucumbe, nem é condenado.

Na verdade, o Ministério Público é o Estado. Assim, se o Ministério Público, por um de seus agentes, causar um dano, e vir a ser necessário que o lesado acione alguém pela pretensão reparatória, a parte material que deve responder pelo dano não será nunca o Ministério Público e sim o Estado.

É por isso vejo com surpresa algumas decisões equivocadas que condenam o Ministério Público a pagar honorários de advogado em ações civis públicas por ele propostas, julgadas improcedentes. Trata-se de erro técnico porque, na verdade, se o Ministério Público da União entrar com uma ação e sucumbir, podemos até discutir se são devidos ou não os honorários advocatícios, mas não podemos impor esse encargo ao Ministério Público, porque, em sua ação, ele responsabiliza a União, da qual é órgão.

A propósito, dr. Pedro, recordarei uma curiosidade que ocorreu quando da elaboração da Carta de Curitiba, que já foi mencionada pelo dr. André. Em 1986, o Ministério Público nacional era díspar, como eu vinha dizendo aos senhores. Estávamos às vésperas da Constituição de 1988, e queríamos buscar um perfil nacional uniforme para a instituição. Naquela época, um culto procurador de Justiça do Rio de Janeiro, Sérgio D'Andrea Ferreira, propôs que o Ministério Público adquirisse uma "personalidade institucional pública". Por uma série de razões, nós nos opusemos a isso, até porque, se o Ministério Público fosse uma pessoa jurídica,

poderia responder sim por danos que seus agentes causassem.

O que vingou foi o contrário: o Ministério Público é órgão do Estado. Então, quando processa o réu, exercendo o direito de punir, é o direito de punir do Estado que está sendo exercitado; quando o Ministério Público defende o meio ambiente, é na qualidade de órgão estatal que o está fazendo. Ser órgão do Estado não quer dizer, porém, que seja órgão do governo, em vista de sua autonomia institucional.

*Dr. André de Carvalho Ramos*

Agora vou passar a palavra ao dr. Jefferson, de Marília.

*Dr. Jefferson Dias (Marília)*

Professor, duas perguntas rápidas para o senhor: Até onde a total omissão da Corregedoria, ou seja, a falta de um controle interno efetivo colabora para o surgimento de um controle externo?

E a segunda pergunta: No caso de ação de improbidade administrativa, como ficaria o membro do Ministério Público: também está sujeito à ação de improbidade? Como seria, então, o caso de ação de improbidade, já que no pólo ativo a legitimação é concorrente com vários órgãos igualitários?

*Professor Hugo*

Conheço bem o Ministério Público do Estado de São Paulo e posso dizer aos senhores que existem falhas na apuração de infrações de seus próprios membros. Não falarei sobre as falhas correspondentes que possam existir no Ministério Público da União, que os senhores conhecem melhor do que eu. Falarei agora daquele Ministério Público que eu integrei por três décadas. E o farei com franqueza. O Ministério Público tem membros corajosos, denodados, esforçados. Mas também tem membros que querem ganhar mais e trabalhar sempre menos; membros que não podem ver processos, por causa de uma pequena idiossincrasia contra eles; membros que dão atenção a tudo, menos à carreira: lecionam com carga horária incompatível com a dedicação prioritária aos graves encargos da instituição ministerial, membros que fazem do Ministério Público não sua primeira, mas sua última profissão. Sei que o Ministério Público não é tudo na vida de seus membros; afinal, temos nossas famílias, nós mesmos temos responsabilidades outras também. Mas, de minha parte, sempre pus o Ministério Público no primeiro plano, sob o aspecto profissional. Mas não era isso o que eu vi em diversos membros da mesma instituição.

Há colegas que dão outras prioridades à sua vida funcional, e, às vezes, acabam deixando aquelas do Ministério Público para um lugar bem remoto na sua escala de valores. Aí as comarcas se entopem de serviços parados em suas mãos; são aqueles que não atendem à população; não movem as ações necessárias; fazem sábias e laboriosas cotas de “pelo prosseguimento” e do “nada a opor”. Por tudo isso, creio, realmente, que a Corregedoria-Geral do



Ministério Público deve ser bem rigorosa. De minha parte, fico feliz em nunca ter sido corregedor dentro da minha instituição, porque talvez, se tivesse sido, teria bem menos amigos... Afinal, não podemos querer consertar a casa dos outros, antes de consertarmos a nossa.

Entretanto, creio que tudo isso está mudando para melhor. Lembro-me de que, antigamente, era muito mais comum encontrar promotores de Justiça acomodados do que hoje. Hoje, vejo nos jovens que entram no Ministério Público de todo o País uma vontade, um idealismo, uma força muito grande, suficiente para mudar e aprimorar cada vez mais a instituição.

E se há erros, e erros existem, a maior parte deles é causada pela natureza do homem e não por exclusividade de uma Corregedoria-Geral ou de um único promotor. É trabalho de toda a instituição lutar contra isso. Creio que há uma melhora, pois eu, que já vi como era e vejo como é hoje, posso dizer que melhorou extraordinariamente a instituição. Se eu contasse aos senhores como é que foi o começo da minha carreira, na minha primeira Comarca, os senhores ficariam incrédulos. Havia três colegas de Promotoria; eu era substituto. Cada qual deles praticamente dividia por metade o serviço comigo... Não atendiam o público, um deles quase não aparecia no Fórum, outro me entregava só os inquéritos policiais relatados, ficando com aqueles em que bastava concordar com a dilação de prazo pretendida pela autoridade policial... Existiam e ainda existem problemas. Mas a grande verdade é que, quem faz o Ministério Público são aqueles que acreditam nele; não são aqueles que estão ou deveriam estar sendo investigados pela Corregedoria. Estes não fazem o Ministério Público.

Com relação ao segundo ponto levantado pelo senhor, dr. Jefferson, diz respeito à ação de improbidade. Sim, o membro do Ministério Público pode ser réu em ação de improbidade. Temos, aliás, no Estado de São Paulo, o caso de dois membros do Ministério Público que são réus em ação desse jaez, movida pela própria instituição, porque teriam violado o sigilo funcional. Trata-se de fatos de gravidade, enquadrados na Lei nº 8.429/92; podem perder o cargo na ação que lhes está sendo movida, porque teriam divulgado questões do concurso a candidatos que privilegiaram. Temos também casos, ainda que raros, de enriquecimento sem causa, de violação dos princípios da administração. Em todos esses casos, podem os membros do Ministério Público ser réus em ação de improbidade. O que não se admite é que possam ser acionados em juízo pelo simples fato de estarem cumprindo regularmente mandamentos que a Constituição e as leis puseram em suas mãos. Improbidade é o procurador que faz parte de uma banca de concurso passar as perguntas do concurso a seus alunos, antes do exame... Mas improbidade alguma há em o membro do Ministério Público processar uma pessoa, ainda que esta pessoa venha depois a ser declarada inocente por um tribunal, desde que ele não tenha agido nem com dolo, nem com fraude, ou seja, nem com má-fé.

*Dr. Jefferson Dias*

No caso de improbidade, no pólo ativo, só há a legitimação do Ministério Público?

*Professor Hugo*

Na verdade, o que ocorre é o seguinte: o Estado, enquanto pessoa jurídica, está

naturalmente legitimado a defender a si mesmo. Ele, aliás, é o legitimado ordinário; para isso, tem seus representantes, que podem e devem defendê-lo. O cidadão, nos casos da ação popular, também pode defender o patrimônio público. O Ministério Público igualmente pode fazê-lo.

Já vi, muitas vezes, o questionamento de alguns advogados e de algumas Cortes, dizendo que seria absurdo que o Ministério Público defendesse o Estado, seja porque ao Ministério Público está vedada a representação judicial da Fazenda, seja porque o Estado tem seus próprios procuradores.

Ora, tanto o próprio Estado pode defender-se, por meio de seus procuradores, como o cidadão e o Ministério Público podem fazê-lo, se for o caso. A diferença é que o Estado defende a si mesmo por legitimação ordinária; o Estado quando tem o seu procurador, o seu advogado, e, quando comparece em juízo para se defender, temos a legitimação ordinária.

Entretanto, às vezes, o causador do dano ao Estado é o administrador em exercício, ou um ex-administrador ligado ao administrador atual. Nesses casos, o sistema vigente inviabiliza a ação da máquina estatal. A decisão de acionar fica nas mãos do chefe da advocacia do Estado, que é cargo de escolha do chefe do Poder Executivo. Então, se este pode controlar a nomeação e a destituição daquele que em tese teria o poder de processá-lo ou processar seus aliados, nesses casos a legitimação ordinária não vai funcionar. Por isso que, nesses casos, a Constituição confere legitimação extraordinária ao cidadão, por meio da ação popular, e ao Ministério Público, por meio da ação civil pública. Nesses casos, o cidadão e o Ministério Público não agem como representantes da Fazenda Pública, e sim como substitutos processuais da coletividade, na defesa do patrimônio de todos. Sustento ainda que, em matéria cível, o Ministério Público jamais detém exclusividade no pólo ativo, devendo agir naqueles casos em que a legitimação ordinária não funcionou.

Caso entendêssemos, porém, que a atuação do Ministério Público em favor do zelo pelo patrimônio público devesse sempre ocorrer, então iríamos voltar a dele fazer um cobrador da dívida ativa do Estado. Não é assim, porém. A partir da Constituição de 1988, foram desmembrados os papéis de Ministério Público e advocacia da Fazenda.

Em suma, naqueles casos em que a legitimação ordinária não funciona, estará o Ministério Público legitimado para exercer seu papel.

*Dr. André de Carvalho Ramos*

Vamos passar a palavra agora ao colega Marlon, aqui de São Paulo.

*Dr. Marlon Weichert (São Paulo)*

Professor, são basicamente três indagações, porque, conforme designação, trago muitas dúvidas, e tenho que cumprir o mister em relação aos colegas de São Paulo.

Uma primeira dúvida é a seguinte: se a nossa Lei Orgânica do Ministério Público da União prevê, na parte disciplinar do membro, a possibilidade da responsabilização por negligência, será que havendo previsão específica, como numa infração disciplinar, isso modificaria o raciocínio exposto em caso de culpa, ou em nenhum caso de culpa haveria possibilidade de

responsabilização do membro do Ministério Público?

A segunda questão é se, em caso de culpa, o Estado responderia objetivamente ou subjetivamente pela culpa, e nesse caso, não haveria a possibilidade de regresso contra o Ministério Público? Eu queria confirmar este entendimento quanto ao que o senhor expôs.

E uma terceira situação é que, em caso de um processo movido contra o membro do Ministério Público, a instituição do Ministério Público teria legitimidade para requerer a sua própria participação na lide, como assistente do réu?

### *Professor Hugo*

Agradeço muito às perguntas do dr. Marlon, bem como a objetividade e a clareza das questões, muito oportunas.

A Lei Orgânica do Ministério Público da União, assim como a dos Estados, responsabiliza os membros do Ministério Público até mesmo por negligência. Essa responsabilização existe, só que não se trata de responsabilidade civil; é responsabilidade funcional, disciplinar ou administrativa. É certo que, se um membro do Ministério Público, ainda que de boa-fé, errou ao denunciar alguém, porque não leu bem as provas, porque deixou de realizar uma diligência ou de considerar um elemento de convicção, então esse membro pode merecer responsabilização funcional. A Corregedoria-Geral do Ministério Público deverá investigar por que ele agiu mal, por que não fez a diligência que deveria ter feito, por que perdeu o prazo, por que causou dano. O membro poderá responder por tudo isso, sob o aspecto administrativo, ainda que não tenha agido nem com dolo nem com fraude, mas poderá advir responsabilidade administrativa. O que não me parece cabível é responsabilizá-lo civilmente em caso de mera culpa, porque isso poderia coarctar a ação da própria instituição.

Em relação às hipóteses de culpa – adentramos agora no exame da segunda questão – se o agente político praticar uma ação dentro das suas atribuições, mas se tiver agido com culpa, o Estado responderá objetivamente, é a teoria do risco administrativo. O lesado não vai precisar discutir a culpa do membro do Ministério Público, do juiz, do prefeito; vai discutir apenas se houve o dano, provando sua existência e sua autoria, e o nexo causal. Mas o Estado, se vier a ser condenado, terá ação regressiva contra o agente, salvo se se tratar de agente político, pois o sistema estende a este a indenidade no tocante à responsabilidade por culpa.

Quando o juiz vai sentenciar, não consultará o tribunal sobre o que deve fazer. O simples fato de deter independência funcional aumenta a possibilidade de que possa errar; mas, em compensação, confere-lhe maior poder para decidir de acordo com a lei e sua consciência. Daí, para bem se desincumbir desse poder, é garantido pela indenidade. Por isso, não haverá ação de regresso contra o agente político em caso de culpa; nesse caso, haverá responsabilidade do Estado, mas não haverá regresso.

E a terceira pergunta formulada pelo dr. Marlon é muito oportuna. Sobre a hipótese, o dr. Moacir já me tinha alertado, pouco antes da reunião. Trata-se da possibilidade de a instituição do Ministério Público intervir no processo assistindo o réu no pólo, evidentemente, passivo, atuando até mesmo como litisconsorte. Seria isto possível ou não? Em tese, creio possível, desejável, talvez até necessário.

Uma ação movida contra um membro do Ministério Público, em razão de ato praticado no exercício de suas funções, pode visar a intimidar o membro do Ministério Público ou a embaraçar o próprio exercício da atuação ministerial. Se o escopo for esse, a ação poderá estar em busca de elidir garantias constitucionais da instituição.

Ademais, se um membro do Ministério Público, ainda que de boa-fé, é responsabilizado em juízo porque errou ao denunciar um inocente, logo teremos de responsabilizar, também, o juiz que, de boa-fé, recebeu a mesma denúncia ou condenou o mesmo inocente. Se qualquer agente público estiver sendo responsabilizado pelo exercício regular de funções de soberania do Estado, haverá interesse público na solução dessa lide, a justificar a intervenção ministerial.

*Dr. André de Carvalho Ramos*

Agora vou passar a palavra ao colega Pedro Barbosa.

*Dr. Pedro Barbosa (São Paulo)*

Boa noite, professor. Primeiro, quero pedir ao senhor a autorização para tocar em um assunto que está ligado às causas dessa tentativa de responsabilização pessoal dos membros do Ministério Público, ou seja, a questão que o senhor abordou quando o senhor, no início da exposição, falou sobre alguns fatos que levaram a essas responsabilidades de natureza civil, administrativa etc... Eu queria saber, professor Mazzilli, qual a sua visão sobre a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público. Como é que o senhor vê esta questão na jurisprudência e se acredita haja uma tendência favorável à consolidação dessa possibilidade, apesar de o estatuto constitucional do Ministério Público expressamente não dar esta função aos membros do Ministério Público.

*Professor Hugo*

Dr. Pedro Barbosa coloca o dedo num dos pontos mais delicados da atuação do Ministério Público moderno. A Constituição conferiu ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal, atribuiu-lhe o controle externo da atividade policial, mas não falou uma só palavra sobre a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público. E mais: as leis infraconstitucionais também não avançaram suficientemente nesta matéria.

O Código de Processo Penal dá ao Ministério Público o poder de requisição. Essa requisição, o Ministério Público pode exercitar diretamente; não precisa requerê-la ao juiz, nem requisitá-la à autoridade policial. A Lei da Ação Civil Pública e outras leis também aludem ao poder direto de requisição ministerial. Também a Constituição lhe permite expedir requisições e notificações, nos procedimentos de sua competência, não as limitando a qualquer tipo de área, o que significa alcançarem quaisquer áreas de sua atuação funcional. Mas, de fato, falta ainda que a legislação infraconstitucional explicita mais claramente o que espera do Ministério Público no seu papel de titular privativo da pretensão punitiva estatal.

Enquanto a legislação infraconstitucional não faz isto, surgem as inevitáveis indecisões, as controvérsias judiciais e os posicionamentos jurisprudenciais mais diversificados. Já vi, e os senhores também, posicionamentos que sustentam que a investigação criminal é exclusiva da Polícia. Diz-se que o art. 144, § 1º, IV, da Constituição, confere à Polícia Federal a exclusividade no exercício das funções de polícia judiciária da União. *A contrario sensu*, argumentam alguns que, mantido o princípio da simetria, a Polícia Estadual teria, então, exclusividade das investigações criminais que não fossem de interesse da União.

A leitura desse dispositivo constitucional deve ser diversa. A Constituição não quis conferir exclusividade à Polícia para investigar crimes, tanto assim que as Comissões Parlamentares de Inquérito não raro investigam crimes; os Tribunais de Contas não raro apuram crimes; o Ministério Público investiga danos a diversos interesses que também podem consistir crimes, como em matéria ambiental, do consumidor ou do patrimônio público; o juiz corregedor também acaba investigando crimes funcionais. O Código de Processo Penal contém dois dispositivos, em vigor incontestemente há décadas, que bem demonstram que o inquérito policial é inteiramente dispensável para o exercício da ação penal: o art. 12 (o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra) e o art. 40 (quando, em autos ou papéis de que conheceram, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia). Assim, o Ministério Público pode basear a imputação penal em quaisquer elementos de convicção idôneos que lhes cheguem às mãos, como cópias de processos, documentos por ele requisitados diretamente, informações colhidas pela própria instituição ou fornecidas por terceiros.

Sem dúvida, no sistema hoje vigente, o inquérito policial é muito importante, é útil, normalmente dele se vale o Ministério Público. Mas a investigação criminal não é privativa da Polícia por vários motivos.

Em primeiro lugar, porque o art. 144, § 1º, da Constituição, quando diz que a Polícia Federal tem exclusividade no exercício da função de polícia judiciária da União, está apenas querendo dizer que a polícia judiciária da União exclui essa função da polícia estadual. A Constituição está proibindo que a polícia dos Estados exerça a função de polícia judiciária da União; não está impedindo que outros órgãos do Estado investiguem crimes, muito menos vedando que o faça aquele que é o titular privativo da pretensão punitiva estatal. Está apenas dizendo que a polícia estadual não pode exercer as atividades de polícia judiciária da União. Assim, essa suposta exclusividade do poder de investigar crimes não foi instituída pela Constituição, simplesmente não existe.

Em segundo lugar, seria rematado despropósito que a Constituição desse ao Ministério Público a titularidade da ação penal com privatividade, dele fizesse o único órgão estatal que pode propor ação penal pública, e lhe vedasse os meios eficientes de desincumbir-se desse seu mister, especialmente naqueles casos em que os mecanismos ordinários de investigação dos crimes não funcionassem. Os senhores poderão indagar: mas quando não funcionariam? Deixemos de lado agora exemplos do momento e busquemos exemplos clássicos. Há algumas décadas, tivemos aqui no Estado de São Paulo a famigerada figura do Esquadrão da Morte. Um grupo de policiais, alguns da mais alta hierarquia da polícia, “julgava” e aplicava as “pe-

nas”, sem processos, executando na ponta de revólveres quem bem lhe conviesse. Estávamos em outra época; em alguns círculos achava-se bonito que policiais, que teriam prestado bons serviços à ditadura, fizessem isso; a execução de supostos bandidos tinha até certo aplauso popular, a tal ponto que, quando da morte de um dos líderes do Esquadrão da Morte, o governador do Estado foi desfilar, segurando a alça do caixão...

O Ministério Público quis lutar contra isto. Deveria valer-se do inquérito policial? Inquérito policial para investigar delegados de polícia da mais alta hierarquia? Que gozavam da simpatia de governantes? O que o Ministério Público fez? Investigou diretamente os crimes, em colaboração com o Poder Judiciário, e isso foi o começo do fim do Esquadrão da Morte de São Paulo.

Um outro exemplo. Suponham os senhores que uma autoridade, uma alta autoridade do Estado ou da República, esteja envolvida em grave denúncia de improbidade administrativa, como o desvio de dinheiros públicos. Requisitar um inquérito policial a ser instaurado e conduzido pela polícia será problema muito delicado, porque aquela autoridade estadual ou federal poderá ter ascendência hierárquica sobre a polícia.

Não sustento que o Ministério Público deva hoje substituir a investigação policial pela própria. A atividade de polícia judiciária existe; normalmente a polícia faz um inquérito policial aproveitável, para os fins a que se destina; normalmente a polícia trabalha no sentido do interesse comum, que é em defesa da coletividade. Mas, naqueles casos excepcionais em que os próprios policiais estejam envolvidos nos crimes, naqueles casos em que as próprias autoridades que controlam a polícia estejam envolvidas nos crimes, nesses casos, o Ministério Público precisa ter a coragem de fazer as investigações diretamente; precisa ter a coragem de sustentar a sua legitimidade para fazer essas investigações. Esse será o único meio de levar a cabo a sua destinação constitucional de promover a correspondente ação penal. Caso contrário, não conseguirá promover ação penal alguma. E os senhores sabem que, na teoria constitucional, se a Constituição deu os fins, dá os meios. Quais são os meios para o Ministério Público exercer a ação penal, se a autoridade investigada controla a polícia? Nesse caso, os meios compreendem a investigação direta. Devemos, assim, valeremo-nos do art. 129 da Constituição, cujos incisos lhe permitem fazer requisições diretas, presidindo não só inquéritos civis como outros procedimentos administrativos de sua competência. E, para ter sucesso nessa tarefa, o Ministério Público precisa contar com a indispensável compreensão do Poder Judiciário.

Sei que para que esse caminho tenha êxito, é preciso ter muita prudência. É a segunda vez que lhes falo em prudência hoje. Talvez os senhores estejam me tomando por pessoa tímida. Não me faria justiça essa avaliação. Em minha atuação funcional exercitei todas minhas funções em sua plenitude, e, só para mencionar fatos mais recentes, como membro de Conselho Superior do Ministério Público paulista, cheguei a votar decisivamente no sentido de que fossem processados, entre outros, dois ex-governadores de Estado por improbidade administrativa. Usei de todos os poderes que a Constituição e as leis puseram nas minhas mãos. Fiz tudo o que estava ao meu alcance, mas busquei ao extremo a prudência. Prudência não é medo; prudência é respeito, é cuidado, é juízo, é respeito aos direitos de quem pode ser inocente; é busca do acerto.

Sugiro que os membros do Ministério Público investiguem diretamente, mas com prudência, ou seja, só o fazendo naqueles casos em que possam convencer o juiz de que bem



agiram ao investigarem diretamente. Vamos precisar do Poder Judiciário para nos dar força nessas investigações. Mas, se o Poder Judiciário lavar as mãos e disser que o Ministério Público não pode investigar crimes, em hipótese alguma, então nós teremos um belo artigo na Constituição que não será nada mais que mera letra morta: será o art. 129, inc. I...

*Dr. André de Carvalho Ramos*

Passo a palavra agora ao dr. Moacir, subprocurador-geral da República.

*Dr. Moacir Guimarães Moraes Filho (Brasília)*

Dentro dessa resposta última que o senhor bem desenvolveu, me veio justamente uma idéia, depois de ter ouvido um debate acirrado sobre os problemas internos do Ministério Público.

Seria possível que o Ministério Público desaforasse um inquérito policial já em fase bem adiantada na polícia, chamando-o para seu âmbito, e prosseguindo na investigação? O que se tem verificado em algumas procuradorias municipais é a dificuldade do Ministério Público em conviver com a atuação policial. Ora, o policial corrupto evidentemente continua emperrando a atividade de controle do Ministério Público.

Farei, então, duas perguntas. Uma, se é possível desaforar, trazer para o âmbito do Ministério Público, e neste continuar uma investigação já iniciada pela polícia, ou se é possível desaforá-lo e, embora continuando os autos na polícia, passar as investigações para aquela banda que não é podre. Aí o Ministério Público poderia, com segurança, aproveitar o relatório do inquérito que lhe fosse mais satisfatório?

A outra pergunta refere-se à questão da responsabilidade. No Conselho Superior do Ministério Público, eu já tive a oportunidade de votar duas vezes essa matéria, e então propus, inicialmente, que a defesa dos colegas demandados pudesse ser feita pela procuradoria-geral dos Direitos do Cidadão. Na segunda votação, que foi a mais recente, que gerou, inclusive, a designação do dr. Marlon, eu votei no sentido que a intervenção se fizesse por meio de assistência simples na relação processual, até porque seria uma forma de não vincular o Ministério Público, em princípio, à tese que vai ser apresentada na defesa daquela ação. Então eu pergunto se, dentro dessa perspectiva da indenidade, da inviolabilidade do membro do Ministério Público no exercício de suas funções, como ficaríamos nós no domínio da responsabilização civil. Como ficaríamos os efeitos civis de uma sentença condenatória, sob o aspecto patrimonial, em relação ao membro do Ministério Público condenado? Seria imprestável como título executivo judicial para executar e o patrimônio do membro do Ministério Público no tocante à reposição de um dano moral?

*Professor Hugo*

Eu queria agradecer as ponderações do dr. Moacir.

Desde a Lei Complementar federal nº 40/81, que foi a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, já tinha ficado previsto que, em caso de crimes cometidos por mem-

bros do Ministério Público, o inquérito policial seria encaminhado ao procurador-geral, a quem competiria o seu prosseguimento. Esta possibilidade foi reafirmada no parágrafo único do art. 18 da Lei Complementar nº 75/93 e no parágrafo único do art. 41 da Lei nº 8.625/93.

Tudo reforça, pois, nossas ponderações de que a polícia não é o único órgão estatal encarregado de efetuar investigações criminais.

Suponham os senhores, porém, que a polícia esteja investigando um crime de outra autoridade que não um membro do Ministério Público, e, pela repercussão política, pelos envoltimentos eventuais de policiais com os detentores do poder, o Ministério Público esteja convencido de que a investigação não esteja sendo conduzida de forma isenta. Poderia também aí o Ministério Público requisitar os autos para prosseguir nas investigações?

Hoje não há instrumentos legais que permitam esta requisição. Então, o que se poderia fazer nesse caso? A meu ver, desenvolver uma investigação paralela sobre estes fatos.

Todas essas questões que aqui estamos discutindo, senhores procuradores da República, dizem respeito a uma história que não está pronta. Trata-se de uma história que está acontecendo hoje, que está sendo escrita passo a passo. Não se trata de uma lição que possamos ler no Nelson Hungria ou no Pontes de Miranda. O desenrolar dessa história vai depender muito da seriedade do trabalho do Ministério Público, do cuidado profissional que a instituição tenha, do descortino do Poder Judiciário, e também do tipo de País que nossas autoridades, nossos parlamentares e nossos magistrados querem que nós tenhamos nos próximos anos. Essa é a verdade.

De minha parte, sempre tive muito cuidado nas denúncias que dei. Quando eu enfrentava uma tese mais ousada eu a aliava a um caso que a justificasse, porque assim aumentava as possibilidades de êxito. Em casos em que esteja evidente, em que esteja bem claro que policiais ou autoridades estejam envolvidos, como no caso do Esquadrão da Morte, se o Ministério Público instaurasse ainda hoje uma investigação direta, teria maiores oportunidades de vê-la referendada pelos tribunais; caso o Ministério Público se dispusesse a investigar crimes que nada justificasse forem tirados da rotina da polícia, possivelmente esta sua atitude não obteria receptividade nos tribunais. Assim, em casos em que a polícia esteja tendo dificuldades, mas pode levar a cabo sua tarefa, façamos uma requisição aqui, indiquemos uma providência acolá, complementemos uma imperfeição da polícia com uma requisição ou outra, mas não lhe tentemos tomar a condução do inquérito policial, porque o Judiciário nem sempre dá razão às reivindicações do Ministério Público. Mas, nos casos em que a polícia esteja desinteressada ou incapacitada de investigar um crime, a possibilidade de sucesso da iniciativa ministerial direta passará a ser mais efetiva.

Temos de ter estratégia. Vamos investigar crimes, devemos investigar crimes? Sim. Estou dizendo que o Ministério Público pode investigar crimes. Em meu livro *O inquérito civil – as investigações do Ministério Público* (Saraiva, 2000), defendo a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público; não para que a instituição ministerial dispute hoje o espaço investigatório da polícia, até porque não tem estrutura para isso, ainda até porque, em muitos casos, a polícia investiga bem. Mas, nos casos em que ela investigue mal, aí sim o Ministério Público deve tomar as providências a seu cargo, com boas chances de os tribunais reconhecerem a legalidade do que está fazendo.

Enfim, meus senhores, esta é uma história que está acontecendo, é uma história da qual fazemos parte. Vamos ver como nós nos comportamos, incluindo os juízes. Dependemos muito da visão deles sobre todas essas questões. Devemos procurá-los, convidá-los para reuniões e debates, pois, se a grande maioria deles, assim como a grande maioria do Ministério Público está interessada na melhora das condições culturais, sociais e éticas de nosso País, essa luta haveremos todos de vencer juntos.

A segunda questão que o dr. Moacir propõe diz respeito ao fato de ter ele submetido ao Conselho Superior do Ministério Público um projeto de Resolução, já acolhido, no sentido de que a própria instituição ministerial deve fornecer supedâneo àquele procurador da República que esteja sendo acionado em um processo de responsabilidade civil, intervindo na qualidade de assistência simples. Quero louvar o Conselho Superior do Ministério Público por essa iniciativa que me interessou extraordinariamente. Já pedi ao dr. Moacir em particular, e agora o faço em público, no sentido de que ele me faça a gentileza de me mandar uma cópia desta Resolução. Quando o membro do Ministério Público é colocado como réu numa ação civil, na verdade pode tratar-se de uma tentativa de intimidação da própria instituição.

Reconheço a necessidade de o Ministério Público poder e dever intervir nesses processos com total independência. Dentro da linha de tudo aquilo que venho dizendo, creio ter ficado claro que essas ações de responsabilidade devem ser movidas contra o Estado, não contra o agente político.

Não obstante os percalços que os membros do Ministério Público têm sofrido, eu não poderia deixar de dar uma palavra, também, de louvor ao belo trabalho feito pela instituição. A meu ver, essa é a melhor arma para a defesa do Ministério Público. A melhor arma não é o mero entusiasmo, o mero arroubo. Sem dúvida, o procurador da República precisa ter a coragem, mas, mais do que isso, o estudo, a disciplina e a maturidade, pois sua responsabilidade é altíssima, já que lida com valores extraordinariamente caros.

*Dr. André de Carvalho Ramos*

Gostaria de dar a palavra à dra. Ana Lúcia Amaral, da Procuradoria Regional da República em São Paulo.

*Dra. Ana Lúcia Amaral*

Hugo, é muito bom tê-lo aqui conosco. Você sempre será um de nós, com certeza.

Eu, às vezes, ensandeco e começo a elucubrar e faço algumas coisas. Você observou muito bem que há uma nítida articulação de intimidação contra o Ministério Público e você citou uma proposta de alteração na Constituição, na linha da responsabilidade.

Depois, a Medida Provisória 2088-35, naquela versão que depois foi alterada na ocasião da edição da Medida Provisória 2088/36, eu, cá com meus botões, fiquei imaginando a seguinte situação: a medida provisória é um ato do Poder Executivo, do presidente da República, e, através desse ato, ele estará impondo limitações ao exercício de uma institui-

ção, dita permanente, com prerrogativas constitucionais. Desta forma, as limitações implicariam violação dos direitos humanos, na medida em que o órgão aparelhado para exercer suas atribuições na defesa dos direitos humanos estaria inibido em sua atuação. Eu, como cidadã, sentindo ter havido violação aos meus direitos humanos, porque eu assumiria um órgão criado para defesa desses direitos, eu me sentiria cerceada. Eu encaminhei uma reclamação para a Comissão Americana de Direitos Humanos, narrando a situação. Embora fosse membro do Ministério Público, era uma cidadã que se sentia violada; eu não sentia que as instituições do País me dariam proteção, porque essa medida provisória dificilmente seria atacada por um dos principais legitimados, que seria a Procuradoria-Geral da República, pois via de regra o procurador-geral da República não promove ações contra as medidas provisórias, porque o procurador-geral da República é de escolha do presidente da República, ainda que haja sabatina do Senado.

E mais, eu dizia que as ações diretas de inconstitucionalidade, via de regra, no Supremo Tribunal Federal, não tinham julgamento conclusivo. Eu me vali de uma pesquisa acadêmica sobre ADINs de 1988 a 1998, que mostrava somente uma ADIN que tinha tido julgamento de mérito e que as outras ou tinham liminar que nunca tinham apreciação final, ou nem sequer tinham apreciação liminar. Chegou a ser aberto um procedimento segundo os ritos da Comissão.

Nesse meio tempo, houve a mudança da medida provisória, mas, no meu entender, a Med. Prov. nº 2.088-36 mantinha limitações à atuação do Ministério Público. Eu informei a mudança dessa medida provisória, com a nova redação, mas insistia em que eu me considerava ainda em situação de ameaça, porque a instituição continuava sem os devidos instrumentos para sua atuação.

O governo brasileiro foi notificado de que existia esta reclamação, porque era minha reclamação, havendo uma outra, apresentada pelo dr. Filomeno, e a reclamação dele foi anexada à minha. O governo brasileiro veio e disse que aquela medida provisória já era objeto de uma ADIN proposta pelo procurador-geral. Eu recebi a comunicação disso e respondi que senti que a ameaça aos meus direitos permanecia porque, como havia dito na manifestação anterior, o Supremo Tribunal Federal normalmente não aprecia ADINs. Olha, até hoje permanece sem apreciação uma eventual liminar; além disso, essa medida provisória sofreu outras reedições, o procurador-geral até chegou a perder a oportunidade de um aditamento, considerando que não era mais necessário esse aditamento. Eu mandei esta resposta lá para a Comissão Internacional de Direitos Humanos Americana.

Em suma, diante desse projeto de lei aí, Lei da Mordaca e coisas paralelas, e a ação concreta do governo brasileiro promovendo ações de improbidade contra membros do Ministério Público, é muita alucinação da minha parte pensar nesta alternativa? Ausência de decisão da Suprema Corte brasileira numa ação dessa equivale ao exaurimento das vias, dos meios funcionais existentes para proteção dos direitos humanos, que é um requisito para processar a reclamação, é o exaurimento das linhas nacionais. Aí você já pensou nisso? Foi pego meio na dúvida, parecido como o que eu faço via de regra, via e-mail?

Obrigada.

### *Professor Hugo*

Antes de tudo quero homenagear a procuradora da República dra. Ana Lúcia Amaral pelo trabalho que tem feito, um trabalho incalculável, enorme, de muitos anos, liderando muitas lutas institucionais, especialmente em matéria de ação civil pública. Quero homenagear a coragem institucional que ela sempre demonstrou.

De fato a dra. Ana Lúcia me coloca um problema sobre o qual eu não tinha ainda meditado, nem conhecia os detalhes da sua reclamação. Pareceu-me da exposição que a sua reclamação veio corroborada por outra do dr. José Geraldo Brito Filomeno, que é o atual procurador-geral de Justiça de São Paulo, um colega a quem respeito, foi meu companheiro de lutas institucionais no Ministério Público paulista. Quando vejo o dr. Filomeno e a dra. Ana Lúcia numa luta em conjunto, eu imagino quão respeitável é esta luta, pelo que conheço dos dois.

Penso ser correta a crítica que a dra. Ana Lúcia faz ao Supremo Tribunal Federal, que não decide inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade. É uma constatação de mais de 12 anos, no curso dos quais, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo faz um juízo preliminar, um juízo de mera viabilidade de uma liminar, e normalmente a questão morre por aí.

É um desapontamento, para dizer o mínimo. Questões muito sérias, pois dizem respeito à constitucionalidade do ordenamento jurídico; não são resolvidas senão sob julgamento preliminar, por ministros que se reservam para julgar o mérito e não o fazem por anos a fio, salvo em casos raríssimos. Parece-me que isto é realmente uma falha muito séria, entre outras que existem no Supremo Tribunal Federal, como sabemos. Desejamos que o Supremo Tribunal se volte mais para as questões constitucionais, para as questões de maior alcance social, que exerça mais o seu papel de Poder de Estado, para interferir mais efetivamente na governabilidade do País. Não para efetuar interferências políticas no sentido partidário, é óbvio, pois isto não seria papel do Supremo, mas para exercer todo o poder que lhe foi outorgado na Constituição. Nesse ponto, o Supremo Tribunal fica aquém dessas possibilidades. Qual foi a reação que o Supremo teve contra o notável abuso das medidas provisórias? Modestíssima. Qual a posição que o Supremo teve contra o Plano Collor, que bloqueou de forma claramente inconstitucional todos os ativos financeiros? Modestíssima e atrasada. Qual o papel que o Supremo teve em inúmeras questões tormentosas da nossa vida política e constitucional, inclusive na questão da destituição do presidente Collor? Após o empate da votação no Supremo, foram dois ministros do Superior Tribunal de Justiça que decidiram a questão. A maior Corte Constitucional, com todas as prerrogativas que tem, não conseguiu resolver se o presidente da República devia ser cassado ou não. Muitas vezes o Supremo não decide com a brevidade, não decide com a eficiência, não decide com a firmeza que deveria.

É uma pena. Nós esperamos do Supremo Tribunal Federal que ele também, como o Ministério Público, mude. Até certo ponto é compreensível que os Tribunais, pela sua tradição de equidistância, pela sua tradição de isenção, pelo seu distanciamento, é compreensível que demorem mais para reagir aos estímulos da sociedade. Tenho, porém, a esperança de que este processo culmine com o aprimoramento institucional.

Retomando as observações da dra. Ana Lúcia, quero dizer que concordo integral-

mente com seus comentários formulados a propósito da Medida Provisória 2088/35 na sua redação de dezembro de 2000. Entendo que essa medida provisória do presidente da República visou claramente a ofender as garantias constitucionais do Ministério Público.

Entretanto, tendo em vista à nova redação da Medida Provisória (2.088-36/01), que entrou em vigor a partir de janeiro do ano subsequente, gostaria de examinar diretamente os fundamentos da representação da dra. Ana Lúcia para melhor apreender seu posicionamento. Com relação à reedição da aludida medida provisória, vejo nela os mesmos vícios da falta de urgência e da falta de relevância, tão comuns aliás, em inúmeras outras medidas provisórias.

A mera possibilidade do indeferimento da petição inicial da ação de improbidade – objetivada na reedição da medida provisória – é uma questão procedimental que poderia ser disciplinada pelo Código de Processo Civil; poderia ser tratada como mais uma hipótese de inépcia da inicial. Então, não me parece que essa possibilidade, só por isso, cerceie a atuação do Ministério Público.

Mas, à vista do teor da medida provisória de janeiro de 2001, bem como da exposição oral que acaba de ser feita pela dra. Ana Lúcia, não consegui vislumbrar em que a Med. Prov. 2.088-36/01 estaria ainda cerceando o trabalho do Ministério Público. Assim, sem maior estudo, não gostaria de opinar a respeito.

Realmente gostaria de ler primeiramente a sua argumentação, dra. Ana Lúcia, como foi lançada à guisa de fundamento da representação, porque, no tocante ao texto original da Medida Provisória 2.088-35/00, estamos de acordo; mas, com relação à versão imediata, nº 2.088-36/00, embora padecendo de alguns defeitos ainda capitais, mesmo assim parece-me que esmaeceu em muito o cerceamento que se tentaria impingir ao Ministério Público.

*Dr. André de Carvalho Ramos*

Como não há mais inscritos, e em virtude do adiantado da hora, como não haverá mais inscrição, eu gostaria, novamente, de agradecer ao dr. Hugo Nigro Mazzilli.





## COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL

*Resenha: André de Carvalho Ramos\**

*Organizadores: Paulo Borba Casella\*\* e Rodrigo Elias Sanchez\*\*\*,*

*Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.*

A obra em epígrafe contém os diversos instrumentos internacionais de cooperação judiciária que afetam o Brasil, tendo sido elaborada por Paulo Borba Casella, professor de Direito Internacional e Direito da Integração na Faculdade de Direito da USP, doutor e livre-docente em Direito Internacional (USP), e por Rodrigo Elias Sanchez, bacharel em Relações Internacionais pela PUC-SP e graduando no Curso de Direito na USP, revelando-se como uma preciosa literatura acerca do tema “Cooperação Jurisdicional Internacional”.

Além de reunir a coletânea da legislação específica sobre a cooperação, trazendo no seu corpo diversos instrumentos bilaterais, bem como multilaterais dos quais o Brasil é signatário, a obra possui prefácio introdutório no qual cuida de conceitos afetos à cooperação judiciária, dando especial relevo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matérias atinentes às cartas rogatórias, buscando fazer com que o estudioso alcance uma visão sistemática sobre o tema em comento, tomando parte das posições que paulatinamente vem construindo um entendimento sobre a matéria.

Bastante oportuna e válida a obra em tela. Oportuna, em virtude da escassez de obras nesse sentido, tornando-se um instrumento crucial no dia-a-dia do aplicador do Direito Internacional; válida, já que visível aos olhos de todos o rompimento de barreiras das fronteiras nacionais, dando ensejo à cooperação dos poderes judiciários nacionais.

Preocuparam-se ainda os autores em destacar, no tocante às cartas rogatórias, a importante “Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias” e seu “Protocolo adicional”. Salienta-se que enquanto a primeira tem por escopo fornecer um caráter de obrigatoriedade à cooperação jurisdicional, fazendo com que esta se sobreponha à discricionariedade antes prevalente à

---

\* André de Carvalho Ramos é Procurador da República. Procurador Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de São Paulo.

\*\* Paulo Borba Casella é Professor de Direito Internacional e Direito da Integração na Faculdade de Direito da USP, doutor e livre-docente em Direito Internacional (USP).

\*\*\* Rodrigo Elias Sanchez é Bacharel em Relações Internacionais pela PUC/SP e graduando no Curso de Direito na USP.

ratificação da Convenção. Já o Protocolo surgiu com o propósito de operacionalizar a transmissão de cartas rogatórias, através da aprovação de formulários que acabaram por conferir celeridade ao sistema. Deram ainda um outro especial enfoque ao Protocolo de Las Leñas, imprescindível no trato de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias no âmbito do Mercosul.

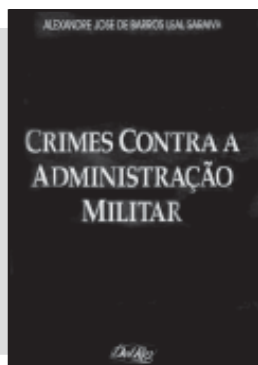
Merecem também especial destaque as considerações de Nadia de Araújo, professora de Direito Internacional Privado na PUC/RJ, doutora em Direito Internacional na USP, procuradora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, que cuidou de desenvolver o prefácio da obra, expondo a posição jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal vem adotando acerca dos pedidos de concessão do *exequatur*. Ressalta-se que a Suprema Corte vem agindo de forma denegatória com base em argumentos de ordem formal, bem como material. Em relação a este último vem entendendo o E.STF que medidas de caráter executório só poderão ser deferidas em havendo sentença transitado em julgado determinando a constrição, devendo existir, como corolário, a pertinente homologação da sentença estrangeira; caso contrário, estar-se-ia diante de verdadeira ofensa ao texto constitucional.

No entanto, malgrado existente a posição supracitada, a autora do prefácio, com sólidos argumentos, sustenta que nem sempre o trânsito em julgado tornar-se-ia possível, por estarmos, na maior parte das vezes, diante de medidas de cunho cautelar, às vezes incidental. Por outro lado, destaca a atenuação da posição jurisprudencial no tocante à concessão da aludida medida quando proveniente de países com os quais haja convenção nesse sentido.

Com a clareza que lhe é peculiar, Nádia de Araújo defende também posição que merece relevo: a proteção à pessoa humana deve prevalecer sobre toda e qualquer análise de cunho eminentemente formal. Nesse sentido, destaca a necessidade de revisão das posições jurisprudenciais face aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Compêndio atualizado e imprescindível ao manuseio diário dos operadores jurídicos da área, revelando-se de inesgotável qualidade.

## Lançamento de LIVROS de Integrantes do MPU



### **CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR**

*Editora Del Rey, 2000*

**Alexandre José de Barros Leal Saraiva** – Promotor de Justiça Militar  
(Ministério Público Militar)

Esta obra especializada apresenta doutrina predominante e jurisprudência atualizada a respeito do capítulo do Código Penal Militar que dispõe sobre os Crimes contra a administração das Forças Armadas. O autor exerce atividade ministerial perante a Justiça Militar de primeira instância. É também professor de Direito Penal e integrou o quadro de oficiais jurídicos do Exército.



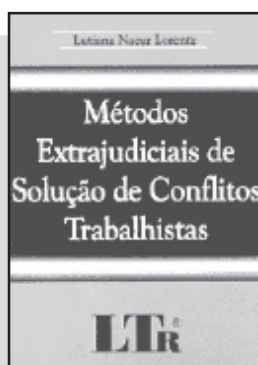
### **DIREITO MILITAR – HISTÓRIA E DOCTRINA**

*Editora Amajme, 2002*

**Getúlio Corrêa** – Organizador

Autores: **Pérciles Aurélio Lima de Queiroz** – Subprocurador-Geral de Justiça Militar; **Jorge César de Assis** – Promotor de Justiça Militar; **Célio Lobão** – Juiz-Auditor Corregedor JM Federal (ap.); **Eliezer Pereira Martins** – Advogado; **José Julio Pedrosa** – Ministro do STM; **José Luiz Dias Campos Junior** – Advogado; **Octavio Augusto Simon de Souza** – Juiz do Tribunal Militar/RS; **Paulo Tadeu Rodrigues Rosa** – Advogado; **Ronaldo João Roth** – Juiz-Auditor Estadual/SP; **Univaldo Corrêa** – Juiz-Auditor Estadual/SC (ap); **Viviane de Freitas Pereira** – Juíza-Auditora Estadual/RS.

Trata-se de coletânea publicada pela Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais (AMAJME), reunindo trabalhos de estudiosos do assunto, contendo onze matérias de interessantes temas de Direito Militar: perda do posto da patente, evolução histórica da Justiça Militar, direito processual, princípios constitucionais aplicáveis à jurisdição militar, menagem e competência dos Conselhos de Justiça. Obra de vários autores, dentre os quais figuram membros do Ministério Público Militar.



### **MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS**

*Editora LTr, 2002*

**Lutiana Nacur Lorentz** – Procuradora do Trabalho  
(Ministério Público do Trabalho)

Este livro discute de forma ampla as vias de soluções de conflitos trabalhistas, sob o foco da atividade extrajudicial: comissões de conciliação prévia, ajuste de conduta, mediação e arbitragem. Oferece genuínas considerações a respeito dos institutos do contraditório, da plena defesa e da isonomia processual no âmbito do processo trabalhista.