

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: PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – *e-mail:* pericles@mpm.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 ; ROBERTO CARLOS BATISTA – Promotor de Justiça (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) – *e-mail:* robertob@mpdft.gov.br



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO II - NÚMERO 7 – ABRIL/JUNHO DE 2003

BRASÍLIA/DF

BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 603/604, Lote 23, sala 324

CEP 70200-901 – Brasília/DF

Tel.: (61) 313-5111 – 313-5114 – 313-5116 – Fax: (61) 313-5185

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

E-mail: editoracao@esmpu.gov.br

© *Copyright* 2003. **Todos os direitos autorais reservados.**

Secretaria Editorial:

Cecilia S. Fujita dos Reis

Arlete Previtali

Diagramação, fotolitos e impressão:

Dupligráfica Editora Ltda. – SIG/Sul Quadra 08 n. 2396 – CEP 70610-400 – Brasília/DF

Tel.: (61) 344-1918 – Fax: (61) 344-1924 – E-mail: dupligráfica@zaz.com.br

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 II, n. 7, abr./jun., 2003

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

APRESENTAÇÃO

“Eis a nossa tão sonhada Lei Orgânica do Ministério Público da União!”

Foi assim que, em julho de 1993, o então Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, iniciou a apresentação da primeira edição da Lei Orgânica, que ora completa dez anos de existência.

O estatuto jurídico do Ministério Público da União não decorre apenas das normas da Constituição Federal, mas é especificado por uma legislação própria: a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

Nela a sociedade pode encontrar não apenas as prerrogativas dos membros da Instituição, mas também os deveres funcionais e, sobretudo, uma estrutura interna, que permite fazer face às suas inúmeras atribuições.

Com a Lei Orgânica foram criadas as Câmaras de Coordenação e Revisão, como órgãos setoriais de coordenação, integração e revisão do exercício funcional, no âmbito do MPF, do MPT, do MPM e do MPDFT, ao lado da figura do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, como um articulador privilegiado de promoção dos direitos humanos. Destacam-se, ainda, os Colégios de Procuradores da República, do Trabalho, da Justiça Militar e de Promotores e Procuradores de Justiça, que são instrumentos de democracia interna, dentro de um contexto participativo e transparente.

Os festejos dos dez anos da Lei Complementar n. 75 marcam um momento importante na vida do Ministério Público da União. Entretanto, há um longo caminho a ser percorrido. Por exemplo, há o desafio da Lei de Ofícios. É preciso realizar uma leitura permanente, sintonizada com o tempo presente, que exige uma constante retomada da construção do perfil institucional.

A Lei Orgânica não é uma legislação acabada. Cada um de nós é convidado a povoá-la com suas aspirações e seus sonhos, para a construção de um Ministério Público da União cada vez melhor.

Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União





Affonso Henriques Prates Correia – Subprocurador-Geral da República aposentado.

Álvaro Augusto Ribeiro da Costa – Advogado-Geral da União.

André de Carvalho Ramos – Procurador da República, Doutor em Direito Internacional (USP), autor dos livros *Direitos Humanos em juízo* – comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Ed. Max Limonad, 2001) e *Processo internacional de Direitos Humanos* (Ed. Renovar, 2002).

Denise Neves Abade – Procuradora da República em São Paulo, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Especialista em Crimes Econômicos pela École Nationale de Magistrature francesa.

Francisco Dias Teixeira – Procurador Regional da República em São Paulo e bacharel em Filosofia pela USP.

Geisa de Assis Rodrigues – Procuradora Regional da República da 4ª Região.

João Batista de Almeida – Subprocurador-Geral da República com atuação perante o STF e assento na 2ª Turma. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Foi Presidente do Brasilcon (2000-2002).

José Eduardo Sabo Paes – Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, Professor da Universidade Católica de Brasília e Professor visitante da Universidade de Brasília.

Luciano Feldens – Procurador da República no Rio Grande do Sul, Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Valladolid/Espanha, Mestre em Direito e Especialista em Direito Penal pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Professor de Direito Penal na Unisinos (Graduação e Especialização), na Escola Superior do Ministério Público (FESMP) e na Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe).

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.

Maria Eliane Menezes de Farias – Subprocuradora-Geral da República e Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão.

Rodrigo de Lacerda Carelli – Procurador do Trabalho, lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região.

Editorial

Homenagem aos Dez Anos da Lei Complementar n. 75/93

Péricles Aurélio Lima de Queiroz 9

Artigos

O Ministério Público e o poder

Francisco Dias Teixeira 11

O membro do Ministério Público como agente político

Denise Neves Abade 39

O Ministério Público na Constituição brasileira. Sua natureza, princípios e estrutura

José Eduardo Sabo Paes 49

O poder requisitório do Ministério Público e a inoponibilidade de sigilo

Luciano Feldens 65

Políticas públicas e controle social

Maria Eliane Menezes de Farias 75

Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público

André de Carvalho Ramos 81

A defesa do contribuinte como função institucional do Ministério Público

João Batista de Almeida 101

A filiação partidária dos membros do Ministério Público Federal na redação original da Lei Complementar n. 75/93

Marco Aurélio Dutra Aydos 111

Notas sobre a Lei de Ofício como decorrência necessária da Lei Complementar n. 75/93

Geisa de Assis Rodrigues 133

O Ministério Público do Trabalho após a Lei Complementar n. 75/93 <i>Rodrigo de Lacerda Carelli</i>	141
---	-----

Histórico

Da história da Lei Orgânica do Ministério Público da União <i>Afonso Henriques Prates Correia</i>	151
---	-----

Entrevista – Os dez anos da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 <i>Álvaro Augusto Ribeiro da Costa</i>	155
--	-----

HOMENAGEM AOS DEZ ANOS DA LEI COMPLEMENTAR N. 75/93

*Péricles Aurélio Lima de Queiroz**

Vinte meses após o lançamento desta revista jurídica, instituída pela Escola Superior do Ministério Público da União, o *Conselho Editorial* apresenta o sétimo número do *Boletim Científico*. Esta edição temática é comemorativa dos dez anos de vigência da Lei Orgânica do Ministério Público da União – Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

Veículo de comunicação especializada por excelência, destinado à difusão de idéias, teses, conceitos, estudos, reflexões de Membros e servidores desta Instituição, o *Boletim Científico* projeta-se na certa confirmação de seus objetivos, revelados na sua periodicidade, na criteriosa seleção de artigos e na garantia de espaço acessível a todos que, por intermédio dele, desejam se exprimir.

A primeira referência codificada sobre o Ministério Público brasileiro apareceu ainda no período Imperial, com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832, aludindo à figura do *promotor de Justiça*. Todavia, foi no princípio da República que o Ministério Público obteve o reconhecimento de “instituição” nos Decretos n. 848 (organizou a Justiça Federal), de 11 de outubro de 1890; e 1.030 (Estatuto do MP do DF), de 14 de novembro de 1890. Depois de decorridos 103 anos, foi editada a Lei Complementar n. 75, que concedeu ao Ministério Público a estrutura organizacional indispensável ao cumprimento de sua elevada missão no contexto do estado democrático de direito.

A Lei Complementar n. 75 representa extraordinário e notável progresso na consolidação das atribuições previstas na Carta Magna: estabelece competência dos órgãos, fixa atribuições, prevê instrumentos de atuação, institui mecanismos eficazes de controle interno, cria colegiados de revisão da atuação funcional. Ansiosamente profetizada como o patamar de crescimento e envoltura no universo social e defesa do cidadão, na breve trajetória de uma década, esse Estatuto admite vaticinar a solidez dos alicerces, a firmeza das diretrizes legais, o contínuo aperfeiçoamento profissional e o avanço permanente da instituição.

* Péricles Aurélio Lima de Queiroz é Subprocurador-Geral da Justiça Militar e Coordenador do Conselho Editorial, Corregedor-Geral do MPM e Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

Os artigos que compõem esta edição analisam, com muita propriedade e interesse, diversos temas de atuação ministerial em face da Lei Complementar e também da atualidade: “O Ministério Público e o Poder”, “O Membro do MP como Agente Político”, “O MP na Constituição brasileira”, “O Poder requisitório do MP e a inoponibilidade de sigilo”, “Políticas Públicas e Controle Social”, “Tratados Internacionais: novos espaços de atuação do MP”, “A Defesa do Contribuinte como função institucional do MP”, “A filiação partidária dos membros do MPF na redação original da LC n. 75/93”, “Notas sobre a Lei de Offícios” e “O MP do Trabalho após a LC n. 75/93”. Reservou-se espaço, também, para o relato histórico dos personagens ministeriais que tiveram direta e preponderante influência na elaboração do projeto de lei enviado ao Congresso Nacional, fronteira originária desse Estatuto.

A Escola Superior e o Conselho Editorial congratulam-se com todos os Membros do Ministério Público da União neste memorável primeiro decênio de nossa lei de organização.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PODER

*Francisco Dias Teixeira**

I – Introdução

I. A cogitação, no Brasil, acerca de um quarto órgão de exercício do Poder¹ pelo Estado, ao lado dos órgãos legislativo, executivo e judiciário, que seria a instituição por nós denominada *Ministério Público*, tem início muito antes da promulgação da Carta Política de 1988. Com efeito, já em 1914, Alfredo Valladão dizia em palavras que se tornaram antológicas:

“As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade em nossos dias.

Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado.

Se Montesquieu tivesse escrito hoje o ‘Espírito das Leis’, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a ‘Divisão dos Poderes’.

Ao órgão que ‘legisla’, ao que ‘executa’, ao que ‘julga’, um outro órgão acrescentaria ele – o que ‘defende’ a Sociedade e a Lei perante a Justiça, parte a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado!”²

Mas foi na década de 80, e mais intensamente durante as discussões em torno da nova ordem constitucional que se desenhava, que a expressão *quarto poder* tornou-se freqüente, inclusive na mídia. Referia-se, porém, mais à corporação dos *promotores de justiça*, com sua luta por conquista de *espaço político* e de direitos e prerrogativas para

* Francisco Dias Teixeira é Procurador Regional da República em São Paulo e bacharel em Filosofia pela USP.

¹ Ao referir-me à *força política emanada do povo*, grafo Poder (“P”); quando referir-me à ação política exercida por um órgão do Estado, com vistas a dar efetividade àquela *força política*, grafo poder (“p”); ao referir-me ao órgão do Estado, nome de uma instituição, grafo Poder (“P”), seguido da especificação. V.g., Poder Legislativo.

² In “O Ministério Público no Tribunal de Contas”, trabalho publicado no *Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 19 abr. 1914, ao qual tive acesso na biblioteca da Faculdade de Direito da USP. Um excerto desse trabalho foi publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 225, p. 33-39, jul. 1954, sob o título “Ministério Público”.

É importante contextualizar esse artigo de Alfredo Valladão, que não teve origem espontânea nem finalidade doutrinária. Trata-se de uma resposta a um artigo anônimo, publicado no mesmo jornal, em sua edição de 8 mar. 1914. Nesse artigo, o autor anônimo critica um recurso interposto por Alfredo Valladão perante o Tribunal de Contas, objetivando (e obtendo) a cassação do registro de um contrato celebrado pela União com uma empresa particular, tido por irregular. O articulista anônimo sustentara que, em face da Lei n. 392, de 8 de outubro de 1896, que havia modificado as atribuições do membro do MP junto ao TC (antes, disciplinadas no Decreto n. 1.166, de 17/12/1892), deixando o membro do MP de integrar o TC, o papel daquele foi amesquinçado, deixando também de ser um representante do MP para ser um agente do Executivo, e, como tal, não tinha legitimidade para interpor o recurso. Alfredo Valladão, afora as considerações doutrinárias a respeito do papel do Ministério Público no plano da teoria do Estado, sustentou que, ao deixar de integrar o Tribunal, aquela autoridade não deixou de ser representante do MP; e, exatamente por não fazer parte do Tribunal, teve firmada a sua independência e elevada a sua função.

seus membros, de que propriamente a seu *poder real*, decorrente das competências desse órgão do Estado (e, conseqüentemente, não raro, era pronunciada em tom irônico).

Se, malgrado isso, verificou-se, naquela década, um ímpeto de proclamação dessa instituição como órgão de exercício de Poder estatal, consolidado na Carta Política de 1988 seu *status* que vinha sendo desenhado/reivindicado, pouco se tem analisado esse *status* em face da teoria da *separação de poderes*, e do paradigma da *tripartição* adotado expressamente em nossa Constituição. Ou seja: não se tem procurado dar resposta a essas duas perguntas: o Ministério Público co-participa do exercício do Poder, um dos principais objetos do regramento constitucional? Se participa, pode-se afirmar, então, que a Constituição de 1988 prevê um quarto órgão de exercício do Poder, superando a clássica tripartição?

Tem-se contornado essas questões com o bom argumento de que se trata de questão teórico-formal e irrelevante para o Ministério Público exercer suas funções, que são aquelas previstas na Constituição, independentemente da questão teórica, ora posta. Esta tem sido, predominantemente, a posição de seus membros que se dedicam a refletir e escrever sobre a instituição.

Fora da instituição, lê-se mais comumente o argumento segundo o qual a Carta Política adotou, expressamente, a separação tripartida do Poder (art. 2º), e, portanto, o Ministério Público, ainda que *órgão autônomo do Estado*, está adstrito a algum daqueles *Poderes*, ou, mais precisamente, ao Executivo. Outros afirmam que, ontologicamente, só existem três espécies de função no Estado: legislar, administrar e julgar.

Concordamos parcialmente com aqueles colegas. Estamos convencidos, porém, que, embora teórica, a questão não é inócua, a não ser que se entenda que toda reflexão teórica gera sempre um produto estéril.

2. Conforme se sabe, e é próprio da luta política, a Assembléia Constituinte que promulgou a Carta de 1988 consistiu numa síntese do processo político de democratização de nosso Estado (ainda que parcial), e, como tal, encontrou instituições, particulares e do próprio Estado, já com alto grau de inserção na *sociedade civil*, e interação com ela. Pode-se dizer que o Ministério Público já despontava – de forma ainda muito heterogênea, a depender do estado da federação e da própria área de atuação funcional – como instituição comprometida com os valores de uma *legalidade democrática*, legalidade essa, pois, que não apenas atendesse ao valor da *segurança jurídica* (efetividade das leis promulgadas pelo Estado), mas que também fosse instrumento de *efetivação* de direitos e deveres iguais, o quanto possível, entre os membros da sociedade. A Instituição já estava vocacionada a desempenhar papel de alto conteúdo político-estatal.

A Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, baixada pelo General então Presidente da República, ao acrescentar um parágrafo ao art. 96 da Constituição Federal, prevendo a edição de lei complementar dispoendo sobre normas gerais a serem adotadas na organização dos ministérios públicos estaduais – esse ato ditatorial (contradição da História!) abriu a porta para o avanço do Ministério Público em caminho de sua afirmação como instituição verdadeiramente nacional, e seu fortalecimento como instituição a serviço da democracia.

Com efeito, agora, além das garantias consistentes em ingresso na carreira somente mediante concurso público de provas e títulos, estabilidade no cargo após dois anos de exercício, inamovibilidade, salvo por conveniência do serviço, já asseguradas constitucionalmente ao Ministério Público nacional, outras *normas gerais*, previstas em lei complementar federal, também haveriam de ser adotadas na organização do Ministério Público em plano nacional.

Assim, com base no parágrafo único do art. 96 da Constituição Federal de 1967/9, foi editada a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que, dispondo sobre essas *normas gerais*, consolidou os avanços doutrinários em torno do Ministério Público e normatizou práticas já consagradas pela instituição, conferindo-lhe um estatuto nacional, que vai muito além daquelas garantias já previstas na CF. Mesmo que esse estatuto ainda esteja muito afeto a interesses dos respectivos membros, agora, a própria Instituição se fortalece, projeta-se, e adquire feição política, e se impõe diante dos demais poderes, não obstante a fragilidade dessa força, porque decorrente de lei complementar à Constituição³.

Finalmente, nesse caminho pré-constituente, é de ser lembrada a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Conforme se vê, é amplo o espectro de bens cuja proteção a lei ordinária procurou viabilizar, bens esses cuja fruição, por ser coletiva, reporta-se, diretamente, ao exercício da cidadania. Essa lei conferiu legitimidade concorrente ao Ministério Público para a defesa desses bens (art. 4º), estabeleceu a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nas respectivas ações, na condição de *fiscal da lei* (§ 1º do art. 5º), e previu a assunção da titularidade da ação pelo Ministério Público, quando o autor for outro a tanto legitimado, mas desistir da ação (§ 3º do art. 5º). Assim, a lei em consideração conferiu ao MP um importante instrumento jurídico para desincumbir-se de uma função de alto teor político, qual seja, a decisão, em nome de uma determinada comunidade ou mesmo de toda a população, com base em sua *autonomia funcional*⁴ (portanto, sujeito apenas à lei e à Constituição), sobre a defesa de um determinado bem tido por lesado, muitas vezes em sacrifício de outro bem de interesse de outro setor da população (o que eleva o teor político dessa decisão).

³ Os quatro primeiros artigos dessa lei complementar, conforme se pode constatar por sua simples leitura, é a gênese do atual estatuto constitucional do MP, desenvolvido e modificado para melhor:

“Art. 1º O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta lei complementar. Art. 2º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional. Art. 3º São funções institucionais do Ministério Público:

I – velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;

II – promover a ação penal pública;

III – promover a ação civil pública, nos termos da lei.

Art. 4º O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira e terá autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária”.

⁴ Ver-se-á que a Constituição Federal de 1988, ao assegurar esse princípio ao MP, diz *independência* (e não *autonomia*) funcional.

3. Porém, é com a promulgação da Carta Política de 1988 que se permite indagar se o Ministério Público brasileiro constitui um órgão de Poder do Estado, em paralelo ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, ou se se trata de um órgão, ainda que autônomo, adstrito à consagrada separação tripartida do Poder do Estado.

A questão deve ser analisada, pois, em dois níveis:

a) o da *teoria política* – indagando-se se há uma relação essencial (lógica ou científica) entre o postulado do Estado democrático (não só porque é este que *interessa*, mas também porque a chamada *separação de poderes* relaciona-se com a democracia do Estado) e a divisão tripartida do exercício do Poder, ou, não havendo tal relação, se o Poder pode ser exercido, se não por menos, por mais que três órgãos distintos;

b) o da *hermenêutica constitucional* – se for correta a premissa segundo a qual não há relação essencial entre o postulado do Estado democrático e a divisão tripartida do exercício do Poder, há de se indagar quais são as características exigíveis a um órgão para, numa determinada organização estatal supostamente democrática, considerar-se-o *órgão de exercício do Poder*.

Nesse segundo nível, apoiando-se em nossa Carta Política, a questão pode ser analisada enfocando o Ministério Público em três ângulos: a) o de seu perfil estrutural; b) o de suas competências; c) o das garantias de seus agentes – para se concluir se se trata ou não de um órgão de Poder do Estado.

Cada um desses níveis de análise exige e merece ampla pesquisa bibliográfica e profunda reflexão. Não é a pretensão deste pequeno ensaio; nem seria adequado a tanto o meio de sua divulgação (um periódico). Aqui, objetiva-se apenas – e sem pretender ser original, mas também sem constrangimento de defender idéias próprias – lançar alguns argumentos a respeito do tema.

II – O Poder

1. A palavra *poder* é empregada para designar fenômenos de naturezas diversas (naturalística ou humanística), e, conseqüentemente, é empregada em diversas áreas do conhecimento humano. Para Norberto Bobbio, “Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção)”. Já, diz o autor, “Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem”⁵.

⁵ BOBBIO, Norberto. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução coordenada por João Ferreira. 5. ed. Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial, 1983. p. 933.

Aqui, neste esboço de ensaio, emprega-se a palavra *Poder* para designar fenômeno mais restrito ainda do que aquele verificado na *realidade social*, genericamente considerada. Pois não se refere ao poder interpessoal (do pai sobre o filho, de um amigo sobre o outro, do *expert* sobre o leigo etc.), nem ao poder político intra-social (o poder das categorias profissionais, dos partidos políticos e das diversas instituições, associações etc.), e nem mesmo se refere ao poder do Estado, como instituição burocrática capacitada ao exercício de funções. Mas aqui refere-se ao *Poder* de um povo considerado em sua totalidade, totalidade essa qualificada por uma organização estatal. Portanto, a palavra *Poder* aqui se refere a um campo restrito da política, e ao ponto mais elevado desta, porque ele – o *Poder* – paira sobre as pessoas individualmente consideradas, suas associações e sobre a própria instituição estatal. Com efeito, é o Poder do povo que institui o Estado. E se este, em seu funcionamento burocrático, exerce poder sobre o povo, é o povo que tem Poder sobre o Estado. Daí dizer-se que o Poder é *soberano*.

Bobbio, em seu *Dicionário de política*, após analisar os vários aspectos do poder no plano social em geral, aborda o poder “no estudo da política”, e faz o seguinte registro:

“Mais recentemente, uma importante tentativa de construir uma teoria política geral fundada sobre o conceito de Poder foi realizada por Talcott Parsons. Identificando como função específica do sistema político no âmbito do funcionamento global da sociedade a ‘consecução de objetivos’ ou a capacidade de tornar efetivos os objetivos coletivos, Parsons define o Poder, no sentido específico de Poder ‘político’, como a ‘capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de obrigações coletivas em que as obrigações são legitimadas pela sua coessencialidade aos fins coletivos e portanto podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar’”.

E conclui:

“Nesta perspectiva, o Poder, conservando embora sua característica relacional fundamental, torna-se entretanto uma propriedade do sistema; torna-se, precisamente, o ‘meio circulante’ político, análogo à moeda na economia, ancorado por uma parte na institucionalização e na legitimação da autoridade e por outra na possibilidade efetiva do recurso à ameaça e, como extrema medida, ao uso da violência”⁶.

O Poder de que aqui se cuida mais se assemelha a esse conceito de Parsons, registrado por Bobbio. Porém, ainda é diverso. Com efeito, não se trata da força atuante na sociedade – “meio circulante” –, por meio de suas diversas instituições, susceptível de ser

⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 941.

pesquisada empiricamente, mas de noção puramente teórica, que apenas num segundo momento se realiza, e por meio de órgãos estatais específicos, de *alto conteúdo político*, e não por meio de qualquer instituição estatal.

2. Como, então, definir o Poder de que aqui se trata? Diria que *Poder* é a força política que emana de um povo organizado numa comunidade denominada Estado, e se volta a esse mesmo povo, em benefício do todo ou em benefício de uma parte e em detrimento da outra, mas sempre obrigando a todos, sob o pressuposto de que se exerce sempre no *interesse geral*⁷.

Trata-se, pois, de uma força de natureza política⁸. E é soberana, pois, no plano político, não pode haver força que se sobreponha àquela emanada de *todo o povo*; é inalienável, porque constitui a síntese da *vontade de todos*, e não é possível transferir a *vontade* a outro ente; é indivisível, pois representa a *vontade de todos*, e, se fosse dividida, já não mais representaria o todo, e, conseqüentemente, deixaria de ser Poder.

Na teoria do Estado, sob inspiração jurídica, discute-se se o Poder é um fenômeno distinto da *soberania*, ou se se confunde com ela. Discute-se, ainda, se o Poder é um fenômeno político, que antecede o Estado, ou é um fenômeno normativo, posto por teste. Neste ensaio, tem-se que Poder e Soberania são o mesmo fenômeno social, e, portanto, de natureza política. Ao contrário, o Estado, fenômeno normativo, vem após, ao menos no plano lógico (pois, *na prática*, a Norma vai-se criando contemporaneamente ao estabelecimento do Poder), e se constitui – o Estado –, exatamente, na *fórmula* de exercício do Poder⁹.

Rousseau, denominando *Soberania* o que aqui se denomina Poder, diz quanto à inalienabilidade: “Afirmo, pois, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade”¹⁰. E sobre a indivisibilidade: “A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte.

⁷ O art. 1º da Constituição de 1988, em seu parágrafo único diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Tal enunciando, porém, não corresponde à nossa realidade constitucional, pois o Judiciário (e também o Ministério Público, conforme se procurará demonstrar) é órgão estatal de exercício do Poder, e o faz por meio de cidadãos não eleitos, mas escolhidos mediante concurso público.

⁸ Na linha da classificação do *poder* acima vista, pode-se classificar a *força* em: a) força física propriamente dita ou da natureza (que, atualmente, é conhecida em quatro espécies: força da gravidade, força eletromagnética, força nuclear forte e força nuclear fraca); e b) força humana ou cultural. Sendo esta de duas espécies: 1) força física impropriamente dita ou força coativa; e 2) força política ou persuasiva. O Poder é uma força desta última espécie – força política ou persuasiva. É certo que a força política pode originar-se da força física, e, mesmo já estabelecida, pode valer-se da força física para manter-se. Porém, a relação força física/política não é discutida aqui. Toma-se a *força política* como fenômeno dado e estático, originário do “pacto social”, conforme será visto a seguir.

⁹ Sobre a polêmica, v. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 94-100.

¹⁰ ROUSSEAU. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Livro II, cap. I, p. 43-44. (Coleção *Os Pensadores*).

No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito de um decreto”¹¹.

Verifica-se, pois, que, para Rousseau, em primeiro plano, está a *vontade geral*; o Poder é a força política que emana da vontade geral. O Poder está, pois, ligado à vontade geral, mas com ela não se confunde, tanto que o Poder pode ser transmitido (alienado) e a vontade geral não.

Vê-se que o “Poder” de que Rousseau cuida, para nós, é simples órgão (ou, mais restritivamente ainda, agente) de exercício do Poder, na medida em que é divisível e transferível. E o Poder de que cuidamos é o *Soberano*, ou a *vontade geral*, de Rousseau.

Porém, não se atém aqui à idéia de *vontade geral*, que se remete à de pacto social, conceitos cruciais no pensamento de Rousseau. Parte-se da concepção de Poder, conforme já conceituado: força política emanada da vontade geral.

Mas o Poder, por sua vez, só se efetiva por meio de instituições, que, por seu turno, se concretizam em pessoas físicas.

III – As funções do Poder

1. Aristóteles

Conforme se sabe, o mais antigo registro na história da filosofia política sobre a teoria da chamada *separação dos Poderes* (expressão que doravante é substituída por *divisão das funções do Poder*)¹² é de autoria de Aristóteles. Teoria essa que, muito mais tarde, foi desenvolvida por Montesquieu, que estabeleceu a *teoria operacional* de exercício do Poder pelo Estado, um estado concebido sob inspiração da revolução burguesa, e tendo por finalidade precípua a limitação do poder do monarca no estado absolutista que precedera a revolução do século XVIII. Em síntese, pretendeu-se – com a ascensão da burguesia – que o Poder não fosse exercido por uma só pessoa ou um só órgão, para evitar o arbítrio.

¹¹ Idem, ibidem, Livro II, cap. II, p. 44.

¹² O professor Dalmo de Abreu Dallari diz a respeito: “Embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuaram para *divisão* de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância”. E, mais à frente, prossegue: “Qual a importância prática dessa polêmica na atualidade? Existe, na verdade, uma grande importância, pois aquela diferenciação está intimamente relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social. De fato, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado...” (op. cit., p. 187-188).

Divergimos, d. v., da lição acima transcrita. Temos que se trata de *simples questão terminológica*. Com efeito, quer para um quer para o outro grupo de doutrinadores, o Poder (entidade abstrata, da qual só se pode conhecer suas emanações fenomênicas, e, portanto, ele nunca se revela *por inteiro*) é indivisível. O que se divide, mesmo, entre indivíduos e instituições, são as funções atinentes ao Poder. Por isso, evitamos tanto a expressão *divisão de poderes* quanto a expressão *separação* de poderes, preferindo “divisão das funções de exercício do Poder”, ou, mais abreviadamente, “divisão das funções do Poder”.

Já em Aristóteles (*Política*) encontramos referência explícita às funções legislativa, executiva e judiciária do Estado, *in verbis*:

“Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – (*omissis*). A terceira é a que administra a justiça”¹³.

É importante observar que Aristóteles não proclama a necessidade de essas funções (legislativa, executiva e judiciária) serem entregues a órgãos (*magistraturas*) distintos; mas, ao contrário, tem por mais *democrático* o governo em que todos os cidadãos (pressupondo-se a *democracia direta*) exerçam, indistintamente, todas elas, conforme se vê no parágrafo seguinte do mesmo capítulo:

“É forçoso que todas essas decisões sejam atribuídas aos cidadãos em geral, ou somente a alguns – a uma magistratura¹⁴ única, por exemplo, ou então a vários magistrados; ou estas a uns, aquelas a outros; ou umas a todos e outras a certo número de cidadãos. Demais, o que está essencialmente conforme com o espírito da democracia é conceder a todos os direitos de decidir sobre tudo: aí está a igualdade a que o povo aspira sem cessar”¹⁵.

Mais interessante ainda é observar que, não obstante, de início, Aristóteles identificar três espécies de *magistraturas* em que todos os estados devem se apoiar, no mesmo capítulo XI da obra citada, mais especificamente no parágrafo 9, Aristóteles identifica uma outra espécie de função, ou *magistratura*, de forma não menos expressa. Confira:

“Por outro lado, nos governos oligárquicos [oligarquia, aqui, não tem o sentido negativo atual], seria necessário escolher no povo alguns cidadãos que seriam admitidos às deliberações, ou então constituir, como em certas repúblicas, uma magistratura composta daqueles que se denominam

¹³ ARISTÓTELES. *Política*, VI, XI-1. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 3. ed. São Paulo: Atena Editora, s.d. p. 238. (Biblioteca Clássica, vol. XXXIX).

¹⁴ Na obra, a palavra “magistratura” é empregada em vários sentidos: ora significa o que hoje designamos *poder* (Legislativo, Executivo etc.), ora significa o que hoje corresponde a mera função do Estado, ora designa a atual autoridade executiva. Mas não tem o significado atual de conjunto dos membros do poder Judiciário nem de função judicante.

¹⁵ Op. et loc. cit.

relatores ou guardiães das leis e só se submeter às deliberações as questões sobre as quais eles tenham preparado seu relatório. Porque, deste modo, o povo participará das deliberações sem poder abolir parte alguma essencial da constituição. Poder-se-ia ainda só conceder ao povo o direito de aprovar as leis que lhe fossem apresentadas, sem que ele pudesse introduzir na legislação qualquer coisa de contrário. Finalmente, poder-se-ia dar também a todos os cidadãos opinião consultiva, deixando aos magistrados a última palavra”¹⁶.

Não creio ser arbitrário afirmar que essa *quarta magistratura*, “composta daqueles que se denominam relatores ou guardiães das leis”, feitas as necessárias mediações, corresponde, em parte, àquela hoje denominada Ministério Público, especialmente tal qual essa instituição existe hoje no Brasil, conforme será visto à frente.

É que essa função de “relator ou guardião das leis” não se compreende em nenhuma daquelas *magistraturas* antes identificadas por Aristóteles, e que correspondem aos nossos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Com efeito, enquanto Aristóteles se refere a essas magistraturas no § 1 do Capítulo XI, ele se refere à *magistratura guardiã das leis* no § 9, de forma paralela e independente das primeiras. E só depois, no Capítulo XII, é que trata das diversas divisões que comportam as magistraturas identificadas no Capítulo XI (*executiva, legislativa, judiciária e guardiã das leis*), que, segundo ele, constituem “o corpo deliberativo”, “o verdadeiro soberano do Estado”. Lê-se:

“A questão relativa à divisão das magistraturas une-se imediatamente à que acabamos de tratar; porque parte da constituição dos Estados apresenta também inúmeras diferenças, seja quanto ao número das diversas magistraturas, seja quanto à extensão dos poderes ou à duração das funções”¹⁷.

E especifica algumas das inúmeras possibilidades de divisão das magistraturas (diga-se: órgão de exercício do Poder), que, conforme visto no Capítulo XI, são *executiva, legislativa, judiciária e guardiã das leis*.

Mas essa não é a única referência que encontramos em Aristóteles a uma magistratura que não se encaixa nos nossos atuais Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e, por outro lado, em muito se assemelha àquela hoje outorgada ao Ministério Público. Com efeito, no § 10, verificamos que Aristóteles identifica uma função, em questão penal, a ser outorgada aos cidadãos, em tudo semelhante àquela hoje exercida pelo MP no Brasil. *Verbis*: “Seria preciso também fazer exatamente o contrário daquilo que acontece nas repúblicas; quando o povo absolve, é preciso que a sua decisão seja soberana, mas não quando ele condena; nesse caso é preciso que a questão volte ao juízo dos magistrados”.

¹⁶ ARISTÓTELES. Op. cit., p. 241.

¹⁷ ARISTÓTELES. Op. cit., p. 241-242.

Não é forçado o estabelecimento de uma relação entre essa função do “povo” e a do Ministério Público atual, na titularidade da ação penal pública. A “absolvição” corresponde ao nosso arquivamento da *notitia criminis*; a “condenação” corresponde à atual acusação.

Com isso não se pretende que a origem do Ministério Público está no pensamento aristotélico. Mas constata-se que Aristóteles – o primeiro, de que se tem notícia, a teorizar sobre as funções do Estado – refere-se a uma função, direta e essencialmente ligada à Soberania, da qual o Ministério Público brasileiro é titular.

2. Os contratualistas

2.1. *Locke*. Entre os contratualistas, foi Locke, em seu *Segundo tratado sobre o governo* (1689/90), o primeiro a referir-se à divisão de funções no exercício do Poder.

Após tratar do poder legislativo e suas limitações, não obstante ser a mais importante forma de expressão da *vontade geral*, Locke pondera:

“Todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam freqüentemente separados”¹⁸.

Vê-se, pois, que a separação das funções legislativa e executiva, em Locke, decorre mais da contingência de a função legislativa não exigir “tempo integral” do que da necessidade de se evitar o arbítrio por parte do soberano, questão essa que, não obstante ser antevista por Locke, no parágrafo imediatamente anterior, somente veio a ser desenvolvida por Montesquieu, servindo de fundamento teórico e prático para a divisão das funções do Poder. Vê-se, também, que, em Locke, não há um *poder judiciário*.

O terceiro poder, em Locke, é o Federativo, que tem por função dirimir conflitos entre o *corpo social* e a pessoa que não faça parte do *corpo* (conflitos esses decorrentes do *direito natural*), e não entre indivíduos ao abrigo do *contrato social*, função essa que cabe ao Executivo.

Trata-se – o poder Federativo – de um “poder” que hoje compreende em parte o Executivo e em parte o Legislativo, e diz respeito às relações de um Estado soberano com outro. É o que se lê na seguinte passagem:

¹⁸ LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 91. (Coleção *Os Pensadores*).

“Existe outro poder em uma comunidade que se poderia denominar natural, visto como é o que corresponde ao que todo homem tinha naturalmente antes de entrar em sociedade; porquanto, embora em uma comunidade os seus membros sejam pessoas distintas ainda relativamente umas às outras, e como tais são governadas pelas leis da sociedade, contudo, relativamente ao resto dos homens, constituem um corpo que se encontra, como qualquer dos seus membros anteriormente se encontrava, ainda no estado de natureza com os demais homens. Daí resulta que as controvérsias que se verificam entre qualquer membro da sociedade e os que estão fora dela são resolvidas pelo público, e um dano causado a um membro desse corpo empenha a todos na sua reparação. Assim, neste particular a comunidade inteira é um corpo em estado de natureza relativamente a todos os estados ou pessoas fora da comunidade. Aí se contém, portanto, o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade, podendo-se chamar ‘federativa’, se assim quiserem. Se entenderem a questão, fico indiferente ao nome”¹⁹.

A função de dirimir conflitos entre os membros do *corpo social* ou entre este e um de seus membros, função hoje vista como típica do Poder Judiciário, na concepção de Locke, pertence ao Poder Executivo.

Portanto, em Locke, apesar de se verificarem três funções de exercício do Poder – legislativa, executiva e federativa –, vistas sob o paradigma atual, essas funções resumem-se a duas: legislativa e executiva, já que – repita-se – a função “federativa” é exercida pelos atuais Poderes Legislativo e Executivo, e o Poder Judiciário de hoje não é concebido por ele.

2.2. *Montesquieu*. Conforme é sobejamente divulgado, cabe a Montesquieu a glória de haver formulado a teoria da *divisão das funções do Poder* em três partes: legislativa, executiva e judiciária. Montesquieu afastou-se, pois, da doutrina de Locke, vinculando-se à de Aristóteles. Porém, o filósofo francês foi além, impulsionado pelas contingências históricas de seu tempo, motivo mesmo de sua teoria: apreendeu a necessidade de essas funções serem exercidas por órgãos distintos, como forma de conter o arbítrio do Soberano, e conseqüente garantia da liberdade individual, que estaria comprometida caso concentrasse numa mesma pessoa (=órgão) o poder de legislar, fazer executar a lei e julgar suposto descumprimento da norma. Conforme se sabe, Montesquieu tinha à vista o poder monárquico absoluto, que viria a ser derrubado com a Revolução de 1789, e para a qual muito contribuiu a militância intelectual dos chamados *contratualistas*, com suas formulações sobre o novo estado – o estado burguês.

¹⁹ LOCKE. Op. cit., p. 91-92.

A função judicante – ou poder judiciário –, agora, revela-se de extraordinária importância para assegurar a liberdade individual e garantir o direito do indivíduo em face do Soberano. Diz Montesquieu, em sua obra publicada em 1748, que veio a ser paradigma do exercício do Poder nos estados inspirados na Revolução Burguesa:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado”²⁰.

É de se observar que as atribuições do Estado imaginado por Montesquieu são muito diversas das funções do Estado de hoje, e, conseqüentemente, diversas são as funções de cada órgão do Poder. Com efeito, as funções executivas do Estado de hoje, no plano interno, não existiam nos tempos de Montesquieu, mas, naquele tempo, existia apenas a função executiva no plano externo (fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões – tal qual em Locke, ao que este denomina poder Federativo).

Por outro lado, a função de resolver conflitos decorrentes da aplicação da lei – *direito civil* –, no âmbito interno do Estado, apesar de ser uma *espécie diversa* de poder, também tem “natureza jurídica” (para utilizarmos uma expressão atual) executiva. Julgar querela e fazer cumprir a lei é função executiva, pois, em Montesquieu. Verifica-se, assim, que a *função de julgar* foi destacada da função executiva por Montesquieu unicamente pela *utilidade* de se proteger o súdito do arbítrio do Soberano; mas desprovido de base lógica ou *científica* para considerá-la diversa, em essência, de uma função executiva. Tem-se em Montesquieu, portanto, nada mais que um germe do Poder Judiciário tal qual é hoje concebido.

Semelhança verifica-se, apenas, quanto ao Poder Legislativo de hoje e aquele descrito por Montesquieu.

A explicação da simplicidade da função propriamente executiva identificada por Montesquieu, para um estado *tipicamente-burguês*, em comparação com a dos dias atuais, do Estado do Bem-Estar Social (desconsiderando-se, aqui, suas recentes tendências *neo-liberais*) é intuitiva. Naquele, a função do Estado consistia em garantir a segurança de si próprio, Estado, com base no “direito das gentes”, o que corresponde àquilo que hoje é denominado “política externa”. No plano interno, a função de maior relevo do Estado liberal-burguês era legislar. Muito reduzida era a função de julgar. Quase inexistente e

²⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marques Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 148-149. (Coleção *Os Pensadores*).

mesmo indesejável era a de administrar. Não se verifica, pois, no Estado “liberal” antevisto por Montesquieu, o Poder Executivo tal qual verificamos no Estado contemporâneo, com a função complexa de administrar uma ampla parcela dos bens existentes no território do Estado (*bens públicos*), para reparar desigualdades no plano individual, promover o *desenvolvimento social*, visando a assegurar um patamar comum de bens – materiais e não materiais – a todos os indivíduos. Dessa forma, pensando, conforme Montesquieu pensou, que a função executiva consiste apenas em *fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões*, é lícito afirmar que o Poder (órgão e respectivas funções) Executivo que vemos hoje é mesmo um quarto poder na teoria de Montesquieu.

Por aqui já se pode afirmar que a chamada *separação de Poderes*, ou, mais precisamente, a divisão das funções do Poder do Estado, é mera técnica de distribuição das tarefas do Soberano (=Estado), em face de realidades históricas (que certamente vigem por períodos alongados, mas não são permanentes), realidades essas que determinam o conteúdo e a extensão dessas tarefas. A realidade histórica no tempo de Montesquieu determinava a finalidade básica de garantir a liberdade dos súditos em face do Soberano.

Por outro lado, para Montesquieu, a função de julgar, então subtraída do Monarca, não devia corresponder a órgão permanente do Estado, “mas [devia ser exercida] por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”, não estando ligada “nem a uma certa situação nem a uma certa profissão”, de forma que “Não se têm constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura mas não os magistrados”²¹.

Não se vê, pois, na teoria de Montesquieu, o Poder Judiciário tal qual existe hoje: órgão do Estado. Encontra-se, apenas, a função de julgar, função esta que deveria ser entregue diretamente ao titular da Soberania: o povo.

Mas, se encontramos em Montesquieu um poder executivo reduzido à *política externa* e um judiciário diluído entre o povo, por outro lado, o autor de *O espírito das leis* constata a necessidade de um *quarto poder*, um *poder regulador*, destacado do poder legislativo. Lê-se: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito”²².

Ainda que considere odioso esse poder, conforme a seguir afirma, porque empenhado em manter seus privilégios, Montesquieu constata, no Estado que ele podia vislumbrar, a necessidade dessa função reguladora, à qual, a ela sim, deveria corresponder um órgão permanente do Estado.

Apenas o *poder legislativo* era concebido por Montesquieu – e pelos contratualistas em geral – com forma e conteúdo próximos aos de hoje: síntese do *pacto*, e, como tal, expressão direta do próprio Soberano, concretizada por meio de normas gerais.

²¹ MONTESQUIEU. Op. cit., p. 149.

²² MONTESQUIEU. Op. cit., p. 141.

Vê-se, pois, que, mesmo em Montesquieu, onde a teoria da *tripartição das funções do Poder* recebe os contornos mais precisos, esses contornos não são tão nítidos e nem são tão definitivas essas funções – legislar, administrar e julgar – conforme se cristalizou posteriormente. Mas se, por um lado, se reconhece apenas dois órgãos de exercício do Poder – legislar e administrar/defender o Estado –, por outro, verificam-se quatro funções atinentes ao Poder: legislar, administrar, julgar e *compor* as três primeiras.

Disso decorre que, sendo único o Poder soberano de um Estado, as funções do Estado no exercício desse Poder, e também os órgãos necessários ao desempenho dessas funções, dependerão das demandas históricas de uma sociedade e de um Estado concretos. Já se pode adiantar que não é por outro motivo que as funções do Ministério Público – de fiscalização, controle e propulsão – incidem, mais frequentemente, nesse poder do Estado cujas funções, conforme já dito, aumentaram e modificaram mais que aquelas atinentes ao *Legislativo* e ao *Judiciário*, após Montesquieu elaborar a sua teoria: o Poder Executivo.

2.3. *Rousseau*. Coube a Rousseau a crítica à *separação de poderes*, crítica essa que, se não visou diretamente ao autor de *O espírito das leis*, atinge a sua teoria. Nesse sentido, são inequívocas as seguintes palavras do autor de *O contrato social*, publicado em 1757, nove anos, pois, após o surgimento de *O espírito das leis*:

“Nossos políticos, porém, não podendo dividir a soberania em seu princípio, fazem-no em seu objeto. Dividem-na em força e vontade, em poder legislativo e poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro. Algumas vezes, confundem todas essas partes, e outras vezes, separam-nas. Fazem do soberano um ser fantástico e formado de peças ajustadas, tal como se formassem um homem de inúmeros corpos, dos quais um tivesse os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais além disso. [omissis]. Esse erro provém de não disporem de noções exatas sobre a autoridade soberana e de terem tomado por partes dessa autoridade o que não passa de emanações suas. Assim, por exemplo, tiveram-se por atos de soberania o ato de declarar guerra e o de fazer a paz, que não o são, pois cada um desses atos não é uma lei, mas unicamente uma aplicação da lei, um ato particular que determina o caso da lei, [omissis]”²³.

Para Rousseau, apenas a Lei, considerada abstratamente, como expressão da *vontade geral*, é manifestação de soberania; e, conseqüentemente, somente a função legislativa é ato do Soberano. Mas não é o simples legislar um ato de soberania. Ato de

²³ ROUSSEAU. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 44-45. (Coleção *Os Pensadores*).

soberania é apenas aquele que expresse a *vontade geral*²⁴. O que não exclui a possibilidade de se criarem órgãos diversos do *legislativo* para execução da lei (*executivo, judiciário* etc.). Mas apenas a Lei expressa o Poder, o Soberano, o Todo. O mais é ato particular.

A abordagem de Rousseau é informada por sua visão de *pacto social totalizante* (ou, numa expressão menos neutra, totalitário), no qual a *vontade geral* constitui o *poder absoluto*, dele escapando apenas as ações individuais que, segundo seu próprio juízo (da *vontade geral*), não lhe interessam e, portanto, remanescem na esfera da *liberdade individual*²⁵. É de se compreender, assim, a aversão do autor de *O contrato social* à idéia de *separação de poderes*, pois, em sua ótica, isso implica fracionamento do Soberano (=vontade geral), cuja unicidade é a base mesmo de sua obra. O próprio ato de fazer a Lei é um ato particular, ainda que esta veicule a *vontade geral*²⁶.

Mas, quer entre os contemporâneos de Rousseau quer entre os teóricos atuais, não há divergência quanto à unicidade do Poder. Na essência da teoria de todos, vê-se essa unicidade. A diatribe parte de um mal-entendido, causado por visões ideológicas mais fundas (a Locke e a Montesquieu, interessava prestigiar a liberdade individual; a Rousseau, interessava fortalecer a autoridade da vontade geral/Soberano), ou, mesmo, por simples questão semântica!

O Poder (=Soberano=Vontade-Geral) é *uno e indivisível*, e radica no povo. O legislar, o administrar, o julgar – quer o moderar, quer o impulsionar, quer o fiscalizar aquelas funções, quer ainda outra função não vislumbrada mas que venha a ser identificada como necessária à manutenção do corpo social, do Estado – todas elas são apenas meio, técnica de exercício do Poder.

Assim, abstraindo-se a ideologia rousseauiana quanto ao *pacto social*, aniquilador das individualidades, teoricamente é justificável sua insistência na indivisibilidade do Poder, entidade abstrata, radicada no *povo*, que, por ser a *vontade geral* e apenas existir como tal, não pode ser dividida, separada ou o que o valha. O que se dividem ou se separam são as funções para o exercício do Poder.

E aqui é que se afasta da teoria rousseauiana, quando ela preconiza que apenas a Lei expressa a vontade do Soberano, e, conseqüentemente, somente o ato de promulgá-la é função de exercício do Poder. Esse é um momento privilegiado de manifestação da Soberania. Mas a Lei, por si, não basta. Ela deve ser efetivada; só assim a *vontade geral* faz-se, *de fato*, Soberana. E aquele mesmo Poder (=Soberano), que emana a Lei e cria órgão para dizê-la, pode criar outros órgãos que sejam necessários à conversão do enunciado (Lei) em intervenções práticas no seio da sociedade. E esses órgãos, à luz da teoria política, e em face mesmo do precursor e do formulador da teoria da separação de Poderes – Aristóteles e Montesquieu, respectivamente – não são necessariamente apenas três.

²⁴ Conforme se sabe, Rousseau estabelece diferença entre a *vontade geral* (entidade abstrata, que visa ao *bem de todos*, e, portanto, nunca erra) e a *vontade de todos* (soma de vontades de indivíduos ou de grupos, que nem sempre, ou quase nunca, coincide com a primeira). V. op. cit., Livro II, Cap. III).

²⁵ V. op. cit., Livro II, Cap. IV.

²⁶ Não nos referimos ao conceito jurídico de *lei de efeito geral*, formal, portanto; mas ao conceito rousseauiano de lei que “se prende ao interesse comum” e não ao de grupos ou facções (op. cit., Livro II, Cap. III). É evidente o idealismo dessa concepção, que quase (ou talvez nunca mesmo) corresponde à política concreta.

IV – Os órgãos de exercício do Poder

1. Breve crítica

No plano teórico, a concepção da separação das funções do Poder não se contrapõe à idéia da indivisibilidade do Poder. No entanto, muitas vezes, a prática dos Estados liberais cuja organização segue a teoria de Montesquieu torna pertinente a crítica de Rousseau – “Nossos políticos, [...], não podendo dividir a soberania em seu princípio, fazem-no em seu objeto...”. É que, na prática, esses órgãos de exercício do Poder foram-se deslocando e distanciando dos detentores do Poder, e constituindo, eles mesmos, *poderes reais*, que agem segundo ideologias e interesses da própria corporação, e não do chamado *povo*. Este aparece apenas na retórica. A discussão da questão atinente às dimensões, densidades e complexidades dos Estados contemporâneos, que impõem, cada vez mais, mediações entre o simples-cidadão e o cidadão-agente²⁷, não comporta aqui. Aqui, interessa o fato – dado por verdadeiro – de que grande parte (por vezes, a maior) dos simples-cidadãos não tem suas *vontades* ecoadas naqueles órgãos montesquieunianos de exercício do Poder, por mais que alguns de seus agentes apregoem, e logrem, a inclusão de “setores marginalizados” nos mecanismos de aferição da *vontade geral*. Os órgãos, em si, tornaram-se corporação com visões próprias, que aderiram em si interesses próprios (sob a retórica da “prerrogativa para que seus membros possam bem desempenhar a função”), e cristalizaram-se em si mesmos, isolando-se não apenas do simples-cidadão mas também um do outro. O chamado mecanismo de *freios e contrapesos* serve mais como técnica de controle entre eles mesmos, intercorporação: divisão de poder entre as corporações ou, ainda mais, entre os membros de uma e os das outras.

Isso não era previsto nos dias de Montesquieu. Assim, para o autor de *O espírito das leis*, que nada vislumbrou além do *estado liberal*, ao exercício do Poder, além das funções de elaborar normas gerais e de garantir a segurança do Estado, restaria, apenas, a função consistente em dirimir os litígios decorrentes do suposto descumprimento daquelas normas. A sua grande contribuição foi, pois, no sentido da criação de um *Poder Judiciário* independente em suas decisões, mas também, e por isso mesmo, inerte.

2. A “separação de poderes” e o Ministério Público nas Constituições brasileiras anteriores²⁸

2.1. A Constituição Monárquica de 1824

Conforme se sabe, a Constituição de 1824 proclamou que eram quatro os poderes,

²⁷ As expressões cidadania-ativa, para indicar o eleitor, e cidadania-passiva, para indicar o eleito, deveriam ser invertidas...

²⁸ Para maior brevidade do texto, e também em face de sua finalidade (a análise do MP brasileiro em face do Poder), deixamos de fazer referência ao MP no Brasil-Colônia, e também, após a Independência, a seu estatuto nas diversas leis ordinárias, o que predominou antes da Carta Política de 1988; e nem cogitamos sobre a origem do MP. Sobre isso, v., dentre outras obras: MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989; RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; SAUWEN FILHO, João Francisco. *O Ministério Público brasileiro e o Estado democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

verbis: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

Porém, ressaltou: “Os representantes da Nação Brasileira são o Imperador e a Assembléia Geral”. Essa prescrição está em consonância com as teorias contratualistas, inclusive com o autor da “separação dos poderes”, que conferem à função legislativa maior dignidade que às demais, na medida em que ela expressa a vontade do Soberano (abstração do povo), consistindo as demais na execução dessa vontade, e, portanto, essencialmente, de natureza executiva. A menção ao Imperador decorre do mito político da monarquia, de que este, seja lá por *vontade divina* ou origem histórica remota, é consubstancialmente ligado a seu povo.

Antes, porém, no art. 9º, lemos a justificativa histórico-doutrinária da *separação de poderes*: “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.

Percebe-se, na justificação precisa da *divisão de poderes*, o quanto o redator da Constituição de 1824 ainda estava influenciado pelas teorias contratualistas do século imediatamente anterior. Mas, por outro lado, percebe-se também que, diferentemente das Constituições posteriores, que adotam como dogma os poderes legislativo, executivo e judiciário (dizendo que “são Poderes da União”), o constituinte de 1824 não tem dogma. Diz, apenas, que a Constituição “reconhece” determinados poderes; e não são apenas três, mas quatro.

A ideologia contratualista da Carta de 1824 verifica-se também em seu art. 12, ao proclamar que: “Todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação”. Ora, quem delega continua sendo titular daquilo que delegou. Posteriormente, com exceção da Constituição de 1891, que nada declara a respeito, todas as demais proclamam que “o Poder emana do povo”. “Emanar” é provir, proceder, sair, originar-se etc. (cf. *Aurélio*), e, portanto, alcançar “o outro” e nele “residir”.

Os Poderes Executivo e Moderador eram exercidos por um mesmo “órgão” do Soberano (que a Carta denomina Nação – art. 12), que era a “instituição-Imperador”. O Poder Executivo era exercido pelo Imperador por intermédio de seus Ministros (art. 102), já o Poder Moderador era exercido pessoalmente pelo Imperador, e sua finalidade era velar “sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos” (art. 98). A “função moderadora” realizaria aquilo que hoje se chama “freios e contrapesos”, mas não por meio de mecanismos jurídico-formais, e sim, por força da “vontade” do monarca, e a partir do mito (em sentido histórico-sociológico) de que o monarca sintetiza a vontade do “povo”. Daí por que sua pessoa é “inviolável” e “sagrada” (art. 99). Conseqüentemente, no plano jurídico-institucional, e em tese, não poderia haver crise quanto ao exercício do Poder, conforme sempre está sujeito o sistema republicano (e é próprio da democracia), pois, neste, falhando o sistema de “freios e contrapesos”, não existe outro mecanismo institucional para recolocar os órgãos em seus respectivos trilhos, especialmente se a falha ocorrer no Judiciário.

O Poder Moderador exercia funções de “chefe da nação”, no significado próprio desse termo nos sistemas monárquicos, especialmente no século XIX. Além de outros, detinha poder para: nomear senadores, a partir de lista tríplice; dissolver a Câmara dos Deputados; suspender magistrados; suspender resoluções dos Conselhos Provinciais; perdoar réus condenados e reduzir pena.

É de considerar que, não obstante a aparência de um “superpoder” – com referência ao Legislativo e ao Judiciário, porque, quanto ao Executivo, sendo este exercido pela mesma pessoa/instituição, não era possível que isso se verificasse – não obstante a aparência, já que podia “anular” ato dos demais poderes, o Poder Moderador apenas “participava” da divisão das funções do Poder, recebendo o que lhe fora outorgado pelo Constituinte (e pouco importa, aqui, o caráter democrático ou não dessa ordem instituída); e não poderia ir além, porque, se o pudesse, tratar-se-ia de uma monarquia absolutista (e não constitucional), na qual não se fala em divisão das funções do Poder, porque todo ele se concentra no monarca. Assim, por óbvio, se o Poder Moderador podia suspender juiz ou o exercício da função legislativa, não podia ele julgar nem legislar.

Disso decorre que o Poder não se exerce apenas legislando, administrando e julgando. Essas são as funções cristalizadas na teoria do Estado, a partir de Montesquieu, que dificulta ver além delas.

O Ministério Público, porém, na Carta de 1824, era apenas referido, e indiretamente, no título destinado ao Poder Legislativo, ou, mais especificamente, no capítulo referente ao Senado: “Art. 48. No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados [praticados por Ministros e Conselheiros de Estado – art. 38], acusará o Procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

Apesar de não erigir esse ministério em órgão autônomo do Estado, nem garantir independência de atuação a seu agente (o que não podia conceber naquela época, presa à teoria da tripartição do exercício do Poder, à qual se pode acrescentar apenas a reminiscência da figura do monarca, na condição de representante da nação, com sua função moderadora) – apesar disso, observa-se que a Carta de 1824 prevê uma função cuja natureza difere da natureza própria das funções atinentes aos demais órgãos – Legislativo, Moderador, Executivo e Judiciário. Com efeito, a função de “acusação nos juízos do crime”, apesar de estar no capítulo referente ao Legislativo, difere das funções deste, tanto que não é exercida pelo Senador, mas pelo Procurador da Coroa e Soberania Nacional. E difere tanto da função judicante, que o Constituinte inseriu-a dentro do Legislativo.

Verifica-se, aí, uma concepção de “fiscal do cumprimento da lei penal”, ao se acusar, em nome da Coroa e da Soberania Nacional, a infringência da lei.

É de se notar, ainda, o *status* desse agente do Estado – representante da Soberania Nacional –, no exercício de sua função, muito semelhante à concepção atual de “advogado da sociedade”. E muito diferente daquela figura simples do “procurador do rei”, na origem do Ministério Público em sua vertente francesa, que usualmente é invocada. É sintomática desse *status* da função a circunstância de ela se inserir no capítulo que trata do poder Legislativo, aquele que representa a nação.

2.2. As Constituições Republicanas de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/1969

Com a queda da Monarquia, foi abolido o *Poder Moderador* no Estado Brasileiro, e todas as nossas Constituições, a partir da de 1891, proclamam a tríplice divisão das funções atinentes ao Poder.

2.2.1. A Constituição de 1891 – Seguindo o modelo norte-americano, a Carta de 1891 inspirou-se em rígida concepção da tripartição das funções do Poder. É de se registrar, porém, que essa Constituição declarou que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Judiciário são “órgãos da soberania nacional”, expressão que julgamos definir mais corretamente o significado dessas instituições, do que aquela que se inaugurou com a Carta de 1946 – “São Poderes da União ...” –, talvez pretendendo com isso significar que a Constituição dispõe apenas sobre a organização da União, como se ela não dispusesse, em primeiro lugar, sobre o exercício do Poder no Estado Brasileiro (equivocada idéia de autonomia dos Estados-Membros...).

O Ministério Público, nela, apareceu de forma indireta, e até mesmo com menor *status* do que era revestido pela Carta monárquica. Foi deslocado do Poder Legislativo para o Judiciário, com a seguinte referência: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei” (§ 2º do art. 58). E lá nas “Disposições Gerais” previu-se que “A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex-officio* pelo Procurador-Geral da República” (§ 1º do art. 81).

Vê-se, pois, que o Ministério Público não foi previsto nessa Carta Política como uma instituição; mas apenas foi prevista a pessoa de seu chefe, que seria um dos membros da cúpula do Poder Judiciário, de confiança do Presidente da República. É sob a vigência dessa Carta que o juriconsulto e então conselheiro Ruy Barbosa, em breve parecer, sustentou que se aplicavam, não apenas ao Procurador-Geral da República mas a todos os membros do Ministério Público, as vedações previstas aos membros do Judiciário, porque o membro do Ministério Público era um membro da magistratura; e o jurista e historiador Alfredo Valladão, então representando o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, escreveu o artigo referido no início, no qual, dissentindo em parte do grande Ruy Barbosa, sustentou que o MP era, sim, uma magistratura, mas autônoma, não integrante do Poder Judiciário.

2.2.2. A Constituição de 1934 – Esta inovou fortemente quanto à organização do Estado.

Com efeito, não obstante declarar que “São órgãos da soberania nacional, [...], os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (art. 3º), e tratar desses órgãos em capítulos próprios, essa Constituição abre dois outros capítulos: sobre a “Coordenação dos Poderes” (Cap. V) e sobre os “Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais” (Cap. VI).

A “coordenação dos poderes” foi conferida ao Senado Federal, função essa semelhante àquela denominada Poder Moderador na Carta monárquica, e agora consistia em “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição” (art. 88). Quanto à função legislativa, ao Senado competia apenas colaborar (art. 22).

Já a função de “cooperação nas atividades governamentais” foi conferida a três órgãos: o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos.

Essa concepção do Ministério Público como órgão de “cooperação nas atividades governamentais”, por certo, é inadmissível hoje, quando se o concebe como órgão da própria sociedade, que se ergue em forma estatal, para, ombreando-se aos demais órgãos de Poder, exercer funções próprias, em defesa da sociedade, e sua cooperação com os demais órgãos só se dá naquele nível elevado em que se encontram todos os órgãos do Estado: onde se situa o interesse da sociedade, titular do Poder, e, portanto, a quem todos os órgãos devem convergir.

No entanto, compreendida historicamente essa concepção corporativo-estatal do constituinte de 1934, é de se notar um enorme avanço na evolução da instituição Ministério Público. Com efeito, ainda que, aí, não se tenha garantido independência funcional aos membros da instituição, nem autonomia ao órgão estatal, e nem mesmo indicado quais eram aquelas funções, concebeu-se o Ministério Público fora daquela divisão tripartida de órgãos da Soberania. Sua função era cooperar na atividade estatal, quer legislativa, quer executiva, quer judiciária, a partir da noção de que sua função era fiscalizar o cumprimento da lei, a qual, de maneiras diferentes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário estão comprometidos.

Mas, além desse aspecto simbólico e de um estatuto bastante detalhado (arts. 95 a 98), com previsão de sua organização por meio de lei, à instituição foram conferidas garantias tais como: aprovação, pelo Senado, do nome indicado pelo Presidente da República para o cargo de Procurador-Geral da República, que já não mais seria um ministro do STF, mas cidadão que preenchesse os mesmos requisitos exigíveis para essa função, sendo-lhe garantido, ainda, os mesmos vencimentos; equiparação dos vencimentos dos chefes dos Ministérios Públicos locais com os de desembargador; concurso público para ingresso na carreira, e garantia ao cargo, salvo decisão em processo judicial ou administrativo, assegurando-se ampla defesa.

A grande fraqueza da instituição estava na possibilidade de destituição do Procurador Geral da República *ad nutum*.

2.2.3. A Constituição de 1937 – Conforme se sabe, o suspiro democrático do Estado Novo, canalizado pela Constituição de 1934, foi interrompido pela famosa Carta de 1937. O Ministério Público foi atingido fortemente por esse golpe da Revolução.

Essa Carta não proclama a *separação de poderes*. Não obstante, segue o mecanismo da tripartição do exercício do Poder, conforme se vê em seu texto.

Aboliram-se aquelas inovações na estrutura do Estado intentadas pela Carta de 1934, suprimindo-se os capítulos sobre a “Coordenação dos Poderes” (Cap. V) e sobre os “Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”. Em compensação, a Carta de 1937 trouxe uma novidade: o Senado passou a ser Conselho Federal, composto de “representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República” (art. 50), e seria “presidido por um ministro de Estado, designado pelo Presidente da República” (art. 56).

É importante (no mínimo curioso) observar a “retórica do Poder” nessa Carta: “O poder político emana do povo e é exercido em nome dele, e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade” (art. 1º).

É de se creditar ao redator da Carta o acerto da expressão “poder político”. Com efeito, seria redundante a expressão Poder (“P”) político. Por outro lado, ao proclamar que o poder político emana do povo, mas não prevendo órgãos autônomos para exercer esse poder, o ditador-Constituinte, que, na condição de Chefe do Executivo, detinha inúmeras formas de controle sobre a organização dos serviços legislativos e judiciários e sobre o exercício das respectivas funções, acabava por ser de direito e de fato o ente catalisador do Poder, “que emana do povo”. E, conseqüentemente, “o interesse”, “o bem-estar”, “a honra”, “a independência” e “a prosperidade” do povo eram aquilo que o ditador entendia como tal. Isso, que é a essência da ditadura e é demonstrado empiricamente por tantos quantos se debruçam na análise histórico-político-sociológica daquele período, é extraído já da hermenêutica da Carta Política.

Suprimido o capítulo do Ministério Público, este voltou a ser apenas referido, e no capítulo relativo ao Judiciário, para dizer que o Procurador-Geral da República é Chefe do Ministério Público Federal. Mas, agora, ao contrário da Carta de 1891, o PGR não seria mais um dos membros do STF; e, ao contrário da Carta de 1934, sua nomeação prescindia de aprovação do Senado (agora denominado Conselho Federal): era de “livre nomeação e demissão do Presidente da República” (art. 99). Mas – grande conquista!... – previu-se que “Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogado ou membros do Ministério Público”, pelo Presidente da República, mediante lista tríplice do tribunal. Dada a composição predominante do MP àquela época, quem ditou a Constituição de 1937 certamente quis no Judiciário uma voz – e um voto! – que exprimisse a vontade do Chefe do Executivo, então ditador (extrema cautela, pois isso já não lhe faltaria entre os membros do Judiciário). Mas isso é apenas um exemplo de como o povo pode apropriar-se de instituições concebidas autoritariamente e transformá-las em instrumento da democracia (independentemente da crítica, ainda hoje pertinente, ao denominado *quinto constitucional*).

Sobre a função do Ministério Público nada se mencionou, senão indiretamente, ao cuidar da “cobrança da dívida ativa da União”, para dizer que podia ser cometida “ao Ministério Público dos Estados a função de representar em juízo a Fazenda Nacional” (parágrafo único do art. 109). Do que se conclui, *a contrario sensu*, que a função do Ministério Público Federal prestigiada pela Carta de 1937 era cobrar a dívida ativa da União.

2.2.4. A Constituição de 1946 – A Carta de 1946 voltou a proclamar a tripartição do exercício do Poder, agora inovando com a inadequada expressão “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si” (art. 36).

O “Conselho Federal” voltou a ser Senado Federal, e com função legislativa típica (a inovação, aqui, foi a outorga ao Vice-Presidente da República da função de presidente do Senado – art. 61).

Pode-se dizer que foi a Constituição de 1946 (talvez a primeira síntese de um processo realmente democratizante de nossa história) que deu estatuto ao Ministério Público. Nessa Carta, o Ministério Público é instituído como órgão autônomo na estrutura do Estado. Topograficamente, é-lhe dada posição de realce, pois vem disciplinado num Título (III) próprio, ao lado daquele (Título I) destinado aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que são tratados em Capítulo. É de se observar que, enquanto os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aparecem como órgãos da União, o Ministério público deixa de figurar apenas como órgão da União, para sobrepor-se à estrutura federativa, surgindo como órgão da sociedade. Para melhor visualizar essa verdadeira revolução topográfico-constitucional, vejamos o esquema da organização do Estado brasileiro na Carta de 1946:

Título I – Da Organização Federal.

(Com capítulos contendo disposições preliminares, dispoendo sobre o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.)

Título II – Da Justiça dos Estados.

Título III – Do Ministério Público.

Título IV – Da Declaração de Direitos.

E assim por diante.

Mas, obviamente, não é essa posição topográfica que confere ao Ministério Público, na Constituição de 1946, importância no Estado brasileiro; mas ela é reflexo da importância que os constituintes lhe deram, conforme se apreende dos arts. 126 a 128 a ele dedicados. A primeira consiste, conforme já dito, no fato de, pela primeira vez, ter-se instituído, em nível constitucional, o órgão Ministério Público como instituição nacional, e não mais como simples serviço da União; segundo, elevou-se em nível constitucional, ainda que implicitamente, a função própria de Ministério Público, na medida em que o parágrafo único do art. 126 previu, a título de exceção, que “A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local”; terceiro, estabeleceu a exigência do concurso público para ingresso na carreira, a garantia da estabilidade e da inamovibilidade; quarto, previu a edição de lei dispoendo sobre a organização do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados, estendendo a este aquelas garantias.

Voltou a exigência de aprovação, pelo Senado, do nome indicado pelo Presidente da República ao cargo de Procurador-Geral da República. Mas a demissão deste continuou sendo possível *ad nutum*.

Subjacente a esse estatuto, está a compreensão, do Constituinte, de que a função ministerial não é de natureza legislativa, nem propriamente executiva e tampouco judiciária; mas bem diversa das três. É certo que algumas dessas características e/ou garantias são dadas também a outras instituições e agentes do Estado. Assim é que as Forças Armadas estão também previstas em Título próprio; mas, funcionalmente, essa instituição está afeta ao Poder Executivo, por expressa disposição constitucional (arts. 87, XI, 176, 178, 179, § 1º), já o Ministério Público, não. E aos funcionários públicos em geral (também previstos

em Título próprio, com garantias semelhantes àquelas previstas ao Ministério Público), não lhes é outorgada função própria, senão aquelas que se verificarem em face das necessidades da Administração, e não lhes é prevista uma Chefia própria, ao contrário do Ministério Público (Procurador-Geral da República), e mediante alguma forma de controle por parte do Legislativo. São essas várias características/garantias que, na Carta de 1946, confere ao Ministério Público um estatuto próprio, diverso – ainda que com fortes vínculos com o Executivo – daqueles dos demais órgãos de Poder.

2.2.5. A Constituição de 1967/69 – Conforme se sabe, o golpe de estado de 1964 manteve a Constituição de 1946, que foi sucessivamente modificada por emendas constitucionais e “atos institucionais”. Em 7 de dezembro de 1966, editado o Ato Institucional n. 4, pelo Marechal que então presidia a República, foi convocado o Congresso Nacional para “votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”.

É de se registrar, porém, que, sob o aspecto normativo, o Ministério Público manteve-se praticamente intocável sob as emendas constitucionais e atos institucionais referidos; e também a Carta promulgada pelo Congresso Nacional em 24 de janeiro de 1967, praticamente, repetiu as normas contidas na Constituição de 1946 referentes ao MP. Apenas não o previu em título/capítulo próprio, mas disciplinou-o em seção dentro do capítulo destinado ao Poder Judiciário (nos arts. 137/139).

Sob a formal vigência da Constituição de 1967, em 13 de dezembro de 1968, foi editado o Ato Institucional n. 5, pelo qual o Marechal Presidente da República auto-autorizou-se a decretar o recesso do Congresso Nacional, ficando o Presidente da República, durante o recesso do Congresso, investido do poder legislativo pleno; e, concomitantemente, foi editado o Ato Complementar n. 38, decretando o recesso...

Assim, com fundamento nesses “atos revolucionários”, em 17 de outubro de 1969, a junta militar que agora exercia a Presidência da República “promulgou” a Emenda Constitucional n. 1, que também é chamada de “Constituição de 1969”.

Essa “Constituição” também não promoveu grande modificação naquele estatuto que o Congresso Nacional havia conferido ao Ministério Público em 1967, além de retirá-lo do capítulo destinado ao Judiciário e destinar-lhe uma seção no Executivo (arts. 94 a 96). Mas promoveu-lhe uma, apenas uma, significativa mudança: o Chefe do Ministério Público Federal passou a ser de livre nomeação do Presidente da República, prescindindo-se, portanto, da aprovação do Senado.

Além dessa tópica e substancial modificação (a livre nomeação do PGR pelo Presidente da República) e daquela outra menos substancial mas fortemente simbólica (a supressão do título que lhe era próprio e sua inclusão, respectivamente, no capítulo do Poder Judiciário e do Poder Executivo), o Ministério Público manteve-se, sob as Constituições de 1967/1969, formalmente, com o estatuto desenhado pela Constituição democrática de 1946; mas em hibernação, semelhantemente às demais instituições, particulares ou estatais, das quais erguiam-se apenas um ou outro membro.

3. A “separação de poderes” e o Ministério Público na Constituição 1988

3.1. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” – diz o art. 2º da Carta Política de 1988. Essa Carta repetiu a fórmula jurídico-doutrinária consagrada da tripartição das funções do Poder, com as imprecisões terminológicas também já consagradas.

Analisando-se as palavras desse dispositivo da Lei Maior, constata-se, nelas impregnadas, a ideologia corporativa do Poder a que acima se referiu. Com efeito, Legislativo, Executivo e Judiciário não são *Poderes*, conforme apregoa a Lei Maior (até porque o Poder é uno), mas são órgãos de exercício do Poder; e não “da” União, mas do povo, ou da nação (porque o Poder não pertence à União, mas se o exerce “na” União, e também nos estados e nos municípios exerce-se o Poder²⁹). É de se observar, também, que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e Poder Judiciário, na condição de órgãos da estrutura do Estado, não são independentes, mas somente autônomos entre si. *Independência* pode-se dizer apenas de seus agentes, e no que diz respeito a suas convicções no desempenho das funções que lhes cabem, nos limites da Constituição e das leis, pois, aí, expressam a Soberania, que, ao fim e ao cabo, requer uma pessoa natural que lhe dê voz e ação. Mas os órgãos burocráticos são autônomos entre si, porque se fossem independentes, cada um erigir-se-ia em Estado.

3.2. A Constituição, ao dispor sobre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, não se refere às *funções* desses órgãos-instituições (respectivamente, editar normas gerais dispondo sobre a relação entre os membros da comunidade e deles para com o Estado, fazer executar as normas, especialmente as últimas, e dirimir litígios decorrentes da interpretação das normas – em essência). Isso se deve à circunstância de suas funções já estarem consagradas e cristalizadas na teoria política e na doutrina jurídica. Mas sim, a Constituição refere-se às competências dos vários ramos desses órgãos; e o faz de maneira detalhada, especialmente quanto ao Judiciário, dado o grande desenvolvimento dessas instituições no Estado, ao longo do tempo, e sua conseqüente burocratização³⁰.

Já quanto ao Ministério Público, porque inovadora nesta parte, a Lei Maior dita as suas funções, no art. 127, *in verbis*: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Observe-se que o Ministério Público é instituição essencial ao Estado brasileiro, em sua função jurisdicional, e não ao órgão Poder Judiciário, que também é essencial à função jurisdicional do Estado.

É de se observar, ainda, que a Advocacia, não obstante estar prevista no mesmo Capítulo em que está o Ministério Público – “Das funções essenciais à Justiça” –, quando

²⁹ Nos estados, por meio do Legislativo, Executivo e Judiciário; nos municípios, por meio do Legislativo e do Executivo, em conformidade com a Constituição vigente.

³⁰ Cf. arts. 44/58, sobre o Poder Legislativo; arts. 76/91, sobre o Poder Executivo; arts. 92/126, sobre o Poder Judiciário.

exercida por iniciativa privada, o advogado não é agente público; e, mesmo que exercida por iniciativa pública (Advocacia Pública e Defensoria Pública), o *advogado do ente estatal* e o *defensor público do particular* estão vinculados à defesa de um interesse específico e próprio do ente ou pessoa, pelo que, a eles – advogado e defensor público – aplica-se, subsidiariamente, o estatuto do advogado particular. Conseqüentemente, não há que se cogitar de qualquer semelhança entre a função da advocacia, particular ou pública, e a do membro do Ministério Público, no plano em que se discute aqui, uma vez que na advocacia não se exerce o Poder de que aqui se cuida, que é o Poder do Estado, como suposto canalizador da *vontade geral*; mas o poder que se exerce com a advocacia pertence àquela parte que remanesce no seio da sociedade. A simetria entre a função do Ministério Público e a da advocacia dá-se apenas no plano processual-formal; mas não no plano substantivo, porque o membro do MP fala em nome da *sociedade*, e o advogado, em nome de uma pessoa, física ou jurídica. Daí por que a Lei Maior diz que o advogado é “indispensável à administração da justiça” (art. 133), diferentemente do Ministério Público que é “essencial à função jurisdicional do Estado”.

3.3. A Carta de 1988, no Título IV, dispõe sobre “a organização do Poder”. Conforme se lê, esse Título é dividido em quatro Capítulos: “I – Do Poder Legislativo”; “II – Do Poder Executivo”; “III – do Poder Judiciário”; “IV – Das Funções Essenciais à Justiça”.

E o Capítulo IV é dividido em três Seções: “I – Do Ministério Público”; “II – Da Advocacia Pública”; “III – Da Advocacia e da Defensoria Pública”.

Fugindo do modelo das Cartas imediatamente anteriores (1967/9), e optando por modelos anteriores (1934 e 1946), o Constituinte de 1988 não inseriu o Ministério Público em nenhum daqueles três órgãos tradicionais de exercício do Poder, mas dispõe sobre ele em capítulo à parte.

Ainda que a forma como a matéria vem organizada no texto não seja fundamental à interpretação da norma, ela apresenta algum interesse, pois denota processo intelectual subjacente ao texto, e, portanto, é recurso subsidiário de sua interpretação.

Mas, analisando-se o estatuto constitucional do Ministério Público, conclui-se que, em consonância com sua posição tópico-textual, a Carta Política também confere autonomia a esse órgão do Estado, e independência a seus membros³¹, no mesmo grau em que conferiu aos demais órgãos e agentes políticos do Estado. E mais: incumbe esse órgão

³¹ Diverge-se, sobretudo na prática forense, quanto ao emprego das palavras “órgão”, “membro” e “representante” para significar o agente do MP que pratica o ato concreto. Na linha de Hugo Nigro Mazzilli, entendo mais adequado utilizar-se a palavra “órgão” para referir-se à própria Instituição, em relação ao Estado, ou a uma estrutura burocrática da Instituição com relação a toda esta. Com efeito, se a palavra “representante” é mesmo inadequada, porque a Instituição é formada por seus respectivos agentes, e, portanto, estes não a representam mas a fazem presente, a palavra “membro” bem exprime a idéia, porque demonstra essa consubstanciação, essa integração a um mesmo corpo (=instituição). E, por outro lado, ao contrário do que pretendem alguns, o agente não é a Instituição, que é formada por todos os seus agentes, e cada um destes, apenas, agindo nos limites da Constituição e das leis, tem a prerrogativa de exprimir, de empenhar a Instituição, independentemente de mandato escrito ou ordem superior. Ademais, não há por que preferir a palavra “órgão” à palavra “membro”, pois, vernacularmente, a primeira também exprime a idéia de parte do corpo (=instituição). Assim, que a palavra “órgão”, com sua carga de significação burocrática, seja utilizada para designar o que de burocrático tem; e a palavra “membro” seja empregada para designar o agente, pessoa física, que, literalmente, é membro, e não “órgão”, da Instituição.

do exercício de funções que, pela sua natureza e universalidade, visam à consecução da *vontade geral*, supostamente pactuada na Carta Política.

Dado que o Poder, uno, não se exerce, necessariamente, somente por meio de três órgãos estatais, conforme visto acima, há que se analisar mais detidamente essas características do Ministério Público, para se verificar se ele constitui um órgão de exercício do Poder no Estado brasileiro.

Já se adiantou, pois, o entendimento, com base em noções gerais, de que, na Constituição Brasileira de 1988, o Ministério Público é um órgão de exercício do Poder, tal qual o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Impõe-se, no entanto, que isso seja demonstrado mais detalhadamente, a partir da análise do estatuto do Ministério Público no Texto Constitucional.

As linhas básicas desse estatuto são:

Quanto aos fins:

- 1) Sua essencialidade ao Estado, no exercício da função jurisdicional.
- 2) A função de defesa do regime democrático.
- 3) A titularidade da ação penal pública.
- 4) A função de fiscalizar os demais órgãos de exercício do Poder (seus serviços e servidores), quanto ao efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição.
- 5) O poder de requisitar documentos e informações a qualquer autoridade do Estado.
- 6) O controle externo da atividade policial.

Muitas outras funções do Ministério Público, constitucionalmente previstas, podem se revestir de apreciável conteúdo político, em grau não admissível ao servidor público em geral, sujeito à hierarquia. Penso, porém, que as acima listadas são aquelas que, em sua essência, contêm elementos do Poder.

Quanto aos meios:

- 1) A independência funcional de seus membros.
- 2) A autonomia funcional da instituição.
- 3) A autonomia administrativa e financeira da instituição.
- 4) O poder de iniciativa de lei, quanto a matéria de seu interesse.
- 5) A existência de Chefia própria, empossável e afastável mediante processo complexo de controle por parte de outros órgãos do Poder.

(Isto fica para uma outra oportunidade).

Bibliografia

- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 3. ed. São Paulo: Atena Editora, s.d. (Biblioteca Clássica, vol. XXXIX).
- BOBBIO, Norberto. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução coordenada por João Ferreira. 5. ed. Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial, 1983.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção *Os Pensadores*).
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marques Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção *Os Pensadores*).
- ROUSSEAU. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção *Os pensadores*).
- VALLADÃO, Alfredo. O Ministério Público no Tribunal de Contas. *Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 19 abr. 1914.

Textos legais citados:

Constituições Brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/9 e 1988.

Lei Complementar n. 40/81.

Lei Ordinária n. 7.347/85.

O MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE POLÍTICO

*Denise Neves Abade**

Sumário: 1 Introdução. 2 As visões divergentes na doutrina. 3 O exercício exclusivo de função de Estado com independência pelo Ministério Público. 4 Conclusão: a afirmação da qualidade de agente político.

1 Introdução

Nesses dez anos da edição da Lei Complementar n. 75/93, considero oportuna a discussão sobre a qualificação jurídica do membro do Ministério Público como agente político.

De fato, o exercício livre e corajoso das atribuições do Ministério Público depende, em muito, de sua caracterização como agente político, cuja nota marcante, como veremos, é justamente a ausência de subordinação e a possibilidade de tomada de decisão baseada exclusivamente no livre-convencimento motivado, tal qual ocorre com os magistrados.

Por isso a importância do estudo do conceito de agente político e sua aplicação ao membro do Ministério Público. Ressalto, ainda, que tal estudo nasceu, também, de questionamento da qualidade de agente político do membro do *parquet* efetuado por insígnis professores, em exame de qualificação para defesa de dissertação de Mestrado da Universidade de São Paulo.

Nada melhor, então, que comemorar os dez anos da Lei Complementar n. 75/93 analisando seu cerne, que vem a ser o estatuto normativo do membro do Ministério Público. Com isso, este artigo pretende estudar a *espécie de agente público* que é o membro do Ministério Público, em especial quanto à sua caracterização como *agente político*, capaz de agir com livre convicção jurídica, sem dever obediência hierárquica ao Poder Executivo ou mesmo ao Poder Judiciário.

2 As visões divergentes na doutrina

Os agentes públicos, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, são todos os que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta¹. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o artigo 37 da Constituição Federal, que trata quer da

* Denise Neves Abade é Procuradora da República em São Paulo, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Especialista em Crimes Econômicos pela École Nationale de Magistrature francesa.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 135.

administração pública direta quanto da indireta, exige tal definição ampla do conceito de agente público².

Justamente por tal abrangência, o conceito de agente público engloba categorias diversas. A distinção inicial entre os agentes públicos é feita de modo a distinguir duas grandes espécies: os *agentes políticos* e os *servidores públicos*.

Quanto aos agentes políticos, objeto de nosso estudo, cite-se, de início, o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, que os define como sendo aqueles que

“exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes públicos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos julgamentos [...]”³.

Por fim, assinala Hely Lopes Meirelles que os membros do Ministério Público “integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os servidores das respectivas instituições”⁴.

Vários autores adotam a definição de Meirelles. Entre eles, cite-se Hugo Nigro Mazzilli, que argumenta ser o membro do Ministério Público um agente político em função de sua independência funcional. Assim, para o citado autor, os agentes políticos agem com independência, estando lotados no topo da esfera hierárquica de suas áreas de atuação, como o são os membros da cúpula dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário⁵.

Para uma segunda corrente de doutrinadores, contudo, a definição de agente político é mais estrita. Para esses últimos, o modo político de provimento deve servir para distinguir os *agentes políticos* dos demais servidores públicos, o que exclui, é claro, os membros do Ministério Público e os membros da magistratura de tal categoria.

Cite-se, então, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem os agentes políticos são apenas aqueles

“titulares dos cargos estruturais à organização política do País. [...] São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de

² ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995. p. 353.

³ Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 73.

⁴ Ver MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 67.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A independência do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 729, p. 391, jul. 1996.

Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem com os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores”⁶.

Coerentemente, para Bandeira de Mello, nem os magistrados nem os membros do Ministério Público são *agentes políticos*, pois estes últimos teriam apenas um vínculo não-profissional com o Estado, “exercendo os cargos na qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e por isso candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade”⁷. Esse é também o posicionamento de Diógenes Gasparini⁸, de José Cretella Jr.⁹ e de Odete Medauar¹⁰.

Lucia Valle Figueiredo, por outro lado, apesar de adotar a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, separa os magistrados, os membros do Ministério Público e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos demais servidores, considerando-os *agentes públicos com regime especial*¹¹. Para a autora, “todos exercem funções estatais, inerentes ao ‘poder’ que ocupam”¹².

Maria Sylvia Zanella di Pietro prefere a classificação restritiva vista acima. Sustenta que o conceito de agente político vincula-se ao exercício da função de governo com clara conotação política. Tal vínculo inexistiria em relação aos magistrados e membros do Ministério Público.

É dela a crítica mais vigorosa contra a eventual natureza política do cargo do membro do *parquet* e também da magistratura judicante. Sustenta que

“essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em questões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*. O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público [...]”¹³.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 135.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 136.

⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 140.

⁹ Para Cretella Jr., “não seriam, portanto, funcionários públicos, propriamente ditos, os agentes políticos ou governantes diretos, não só pela nota política que a função ocupada revela, como porque, embora exerçam cargos públicos, as suas funções são transitoriamente desempenhadas e não se incorporam eles aos quadros regulares e permanentes”. Ver em CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 420.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 290.

¹¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 383.

¹² FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 380.

¹³ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995. p. 354.

3 O exercício exclusivo de função de Estado com independência pelo Ministério Público

A visão restritiva doutrinária vista acima funda-se na limitação da determinação da categoria dos *agentes políticos* ao modo de provimento (eletivo) e ao exercício das funções de governo, o que excluiria os membros do Ministério Público e os magistrados.

Quanto à característica da não-eletividade do Ministério Público (e também da Magistratura, diga-se), que, para parte da doutrina administrativista vista acima, tem o condão de retirar a natureza de agente político ao membro do *parquet*, observa-se que, para Ronaldo Porto Macedo Junior, é tal traço, ao mesmo tempo, fraqueza da base de legitimidade da instituição, mas também garantia de independência em face do poder político-partidário e do poder econômico¹⁴.

Por outro lado, a não-eletividade não pode servir para excluir, *ab initio*, qualquer agente público da categoria de *agente político*, pois é mero modo de provimento e não modo de determinação de suas funções.

De fato, as definições de “agente político”, de Hely Lopes Meirelles e também de Bandeira de Mello, como visto acima, enfatizam ser ele o detentor de cargos estruturais do Poder de Estado (Bandeira de Mello) e por isso agente atuante com liberdade, sem obediência a ordens ou hierarquia, no exercício de suas funções (Hely Lopes Meirelles).

Ora, com base nessa definição de agente político, fica claro que a eletividade não deve ser *per se* a sua nota característica. Pelo contrário, há de se inquirir sobre o exercício com exclusividade de uma função do Poder de Estado com independência funcional.

Quanto ao exercício exclusivo de uma função do Poder de Estado, no caso do membro do Ministério Público, assinala Mazzilli que o Ministério Público, mesmo não sendo Poder de Estado reconhecido pelo artigo 2º da Constituição de 1988¹⁵, exercita parcela significativa da soberania, ao condicionar o desencadear do *jus puniendi* estatal ao seu *único* convencimento, porque é titular privativo da ação penal pública¹⁶.

Essa titularidade da ação penal pública é ainda de maior relevo no Brasil, uma vez que predominam na legislação penal os crimes de ação penal pública. Como preleciona Scarance Fernandes, a repulsa à iniciativa do ofendido e o estabelecimento do sistema acusatório fez com que ao Estado, por meio do Ministério Público, coubesse a legitimidade

¹⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello (Coord.). *Ministério Público – I: instituição e processo*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 57.

¹⁵ A polêmica relativa à inserção do Ministério Público como “Quarto Poder” ou órgão integrante do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, já foi classificada pelo Ministro Sepúlveda Pertence como exercício acadêmico, pois o importante, para o preclaro jurista, é a independência dos demais Poderes que caracteriza a instituição após a Constituição de 1988. Nas palavras do citado Ministro, “a questão tem muito mais de fascinação teórica que de conseqüências dogmático-jurídicas. [...] Garantida efetivamente a sua independência [...], a colocação constitucional do Ministério Público é secundária, de interesse meramente teórico”. Ver em Mandado de Segurança n. 21.239/DF (Pleno), *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, p. 133-134.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. A independência do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 729, p. 395, jul. 1996. Contudo, o próprio autor reconhece que tal investidura de soberania “não recebe qualquer legitimação dos cidadãos, seja direta ou representativa, e só esta seria a perfeita fonte de legitimidade numa democracia” (artigo citado, p. 396).

para acusar. Salienta o autor, ainda, que tal exclusividade do *parquet* retirou dos demais órgãos da Administração Pública a legitimidade de ofertar a acusação¹⁷.

O mecanismo atualmente previsto no artigo 28 do Código de Processo Penal, e mesmo sua nova redação proposta no bojo da reforma do Código de Processo Penal (que estabelece o envio direto da promoção de arquivamento do inquérito policial ou de peças informativas pelo membro do Ministério Público ao órgão superior da instituição, *em todos os casos* e não somente naqueles onde há irresignação do juízo)¹⁸, em nada altera esse panorama constitucional, pois eventual decisão do órgão superior do Ministério Público pela não-propositura da ação penal é absoluta.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal também não é desafiado pela não-propositura da ação, pois cabe ao membro do Ministério Público apreciar a existência dos requisitos legais, *interpretando* as leis e *apreciando* os fatos, com livre convencimento¹⁹.

Como paralelo, cite-se a independência jurídica dos magistrados. Como ensinam no estudo sobre a teoria geral do processo Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco, há, no caso da magistratura, a igual independência jurídica, que impede qualquer subordinação hierárquica do juiz no desempenho de suas funções. Afirmam os autores que “[...] a hierarquia dos graus de jurisdição nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior”²⁰.

O magistrado, então, subordina-se à lei, mas tal subordinação é fundada apenas no seu livre-convencimento motivado.

Não há discricionariedade alguma em seu mister, como regra²¹, pois o magistrado não tem discricionariedade, por exemplo, para absolver ou condenar determinado réu no processo penal por motivo de *conveniência e oportunidade*²².

Todavia, o magistrado possui, sim, a liberdade de interpretação²³, ao subsumir os

¹⁷ Nos dizeres do referido autor, “No Brasil, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, estabeleceu a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública, acabando de vez com a ação penal de ofício e não mais permitindo que outros agentes da Administração Pública pudessem oferecer a acusação”. Ver em SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 172.

¹⁸ Ver o projeto de reforma do Código de Processo Penal e seus comentários in CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Moderna, 2000.

¹⁹ Sobre a adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal no Direito brasileiro, ver SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180 *et seq.*

²⁰ ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 162.

²¹ Excluímos hipóteses raras, como o perdão judicial, para não fugir ao escopo do estudo.

²² Para Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “La discricionariedad permite a la Administración escoger entre un determinado número de alternativas igualmente válidas y la autoriza para efectuar la elección bajo criterios de conveniencia u oportunidad, los cuales quedan confiados a su juicio” (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Ed. Colex, 1990. p. 41).

²³ Eros Grau esclarece que a interpretação é sempre necessária em virtude da “fluidez das expressões da lei”. Assim, sustenta o autor inexistir solução unívoca no Direito. Nas palavras do autor: “[...] a interpretação, vimos, supõe a faculdade, do intérprete autêntico, de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada, precisamente porque, por força da fluidez das expressões da lei, dela não se pode extrair, objetivamente, uma solução unívoca para cada situação” (foram retirados os grifos do original). Ver GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 158.

fatos às leis e à Constituição, baseado na sua livre-convicção jurídica motivada e, então, absolver ou condenar o réu²⁴.

O mesmo se aplica ao Ministério Público. Com efeito, o membro do Ministério Público cumpre o princípio da obrigatoriedade da ação penal, até quando requer o *arquivamento* do inquérito policial na inexistência dos requisitos legais para a ação penal (sob sua ótica).

Mesmo que a motivação dada seja *questionável* para alguns ou mesmo utilizada apenas como pretexto para *justificar* uma decisão pré-tomada. Esse último uso da motivação já foi reconhecido em passagem de voto do Ministro Marco Aurélio, do E. Supremo Tribunal Federal, na qual sustentou que “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”²⁵.

Quando esse posicionamento jurídico é endossado pela instância superior da Instituição, então, também está cumprido o princípio da obrigatoriedade da ação penal, mesmo na *ausência* de sua propositura, pois não existiram, no *entender jurídico* do Ministério Público, naquele caso concreto, os requisitos legais para sua interposição.

A função de acusar nos crimes de ação penal pública a cargo do *parquet*, assim, não sofre nem a concorrência de eventual ação da vítima. De fato, a admissibilidade da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe, nos termos do artigo 5º, LIX, da Constituição Federal, a inércia do Ministério Público em adotar, no prazo legal (Código de Processo Penal, artigo 46), uma das seguintes providências: oferecer a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou mesmo a requisição de novas diligências.

Esse entendimento, em que pese a algumas críticas doutrinárias²⁶, é abraçado pelo E. Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, tem deferido *habeas corpus* contra decisões judiciais que determinam o prosseguimento de ação penal privada subsidiária ajuizada *após* o arquivamento do inquérito policial requerido pelo Ministério Público²⁷.

Assim, caso o *parquet* cumpra suas atribuições constitucionais, o que implica dizer aprecie a existência ou não dos requisitos legais para a propositura da ação penal, não pode *nenhum* outro Poder de Estado nem a vítima substituir sua convicção jurídica.

²⁴ Ver, sobre o tema, importante passagem de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, que cita Garcia-Enterria e outros para demonstrar a diferença entre discricionariedade e liberdade de convencimento jurídico. SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Ed. Colex, 1990. p. 41 *et seq.*

²⁵ Tal passagem consta também da ementa do acórdão. Ver em RE n. 111.787- GO, Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 136, p. 1292. Ver mais sobre a interpretação do Direito e influência dos valores do intérprete in SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

²⁶ Scarance Fernandes, em capítulo próprio (“A ação penal privada subsidiária”) de sua obra relativa ao processo penal constitucional, faz cotejo dos diversos posicionamentos dos autores pátrios sobre a admissibilidade da queixa após o arquivamento promovido pelo *parquet*. Ver in SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 226 *et seq.*

²⁷ Ver, entre outros, o Inq. n. 172-SP (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 112, p. 474), o HC n. 67.502-RJ (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 130, p. 1084) e o HC n. 74.276-RS, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 3 de setembro de 1996 (*DJ*, de 12 set. 1996, ata n. 25).

4 Conclusão: a afirmação da qualidade de agente político

Esse exercício exclusivo de função de Estado com independência pelo Ministério Público já foi reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para Fábio Konder Comparato, o Ministério Público é um *poder livre*. Para o autor, o Ministério Público não recebe ordem de nenhum outro Poder e deve promover o cumprimento da lei sem qualquer vinculação hierárquica²⁸.

Ou, para citar as palavras do Ministro Celso de Mello,

“[...] a autonomia do Ministério Público, que agora possui extração constitucional, persegue um só objetivo: conferir-lhe, em grau necessário, a possibilidade de livre atuação orgânico-administrativa e funcional, desvinculando-o, no quadro dos Poderes do Estado, de qualquer posição de subordinação, especialmente em face dos Poderes Judiciário e Executivo”²⁹.

É importante salientar que a autonomia da Instituição é ainda reforçada pela independência funcional do membro do Ministério Público.

Com efeito, o membro do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, ou seja, não deve obediência às ordens de um superior, devendo, como salientou Sepúlveda Pertence em caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, “manifestar-se livremente”³⁰.

Conforme as palavras de Alexandre de Moraes,

“nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo [...]. A Constituição valorizou de tal modo a independência e autonomia do Ministério Público que considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre exercício da Instituição”³¹.

²⁸ Nos dizeres do autor: “Qualquer que seja a qualificação orgânica que se dê ao Ministério Público, na estrutura do Estado – como órgão auxiliar do Judiciário, segundo estabeleceram as Constituições de 1967 e, ao que parece, a de 1988; ou então ‘ramo heterotópico do Poder Executivo’, como qualificou Pontes de Miranda e determinaram as Constituições de 1946 e 1969 – o certo é que o Ministério Público é, essencialmente, um poder livre. Ele não recebe ordens de nenhum outro Poder e deve promover o cumprimento da lei, sobretudo no foro criminal, sem a menor vinculação hierárquica” (notas de rodapé suprimidas do texto original). Ver em COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 82.

²⁹ Continua o Ministro do E. STF afirmando que “É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, peculiar e especial situação na estrutura do Poder. A independência institucional constitui uma de suas mais expressivas prerrogativas. Garante-lhe o livre desempenho, em toda a sua plenitude, das atribuições que lhe foram deferidas”. Ver *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, p. 161.

³⁰ Ver em *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, p. 142.

³¹ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001. p. 480.

A doutrina reitera, então, a independência jurídica dos membros do Ministério Público no exercício de seu mister funcional. Para Luiz David Araujo e Serrano Nunes Jr., a independência funcional significa que o “membro do Ministério Público não se reporta a ninguém, senão à própria consciência, podendo esgrimir argumentos e posicionamentos jurídicos que entender mais adequados à espécie tratada”³².

Essa liberdade de convencimento, restrita apenas pela necessidade de fundamentação, associada ao exercício exclusivo de uma função de Estado, é que moldam a qualidade de agente político do membro do Ministério Público, malgrado a sua legitimação técnico-constitucional, não-eletiva.

É por isso que os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e seus seguidores vistos acima enfatizam a *liberdade de atuação* do membro do Ministério Público, que age de modo não-hierarquizado, nas *atribuições* estabelecidas na Constituição.

Assim, conclui-se que a Constituição fixou um conjunto mais amplo de *agentes políticos*, englobando os membros do Ministério Público, em conjunto com aqueles detentores de mandato eletivo.

Por fim, concluo afirmando que o estatuto normativo de agente político do membro do Ministério Público é essencial para o cumprimento de suas missões constitucionais, uma vez que sua conduta independente, judicial ou extrajudicial, é instrumento de participação na vida da comunidade³³, garantindo a efetiva aplicação e observância das leis, com base apenas no seu livre-convencimento³⁴.

Bibliografia

- ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores.
- ARAÚJO, Luiz David; SERRANO NUNES JR., Vidal. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Moderna, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

³²ARAÚJO, Luiz David; SERRANO NUNES JR., Vidal. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 290.

³³Nas palavras de João Guimarães Lopes: “Se a tarefa de elaborar leis é nitidamente política, a de dar efetividade a essas mesmas leis tem, necessariamente, igual dimensão política. Obrigado a zelar pela aplicação da lei, com todas as suas conseqüências, o Parquet é um órgão estatal cuja atuação repercute diretamente no exercício do poder por todos os atores políticos da sociedade”. Ver em LOPES, João Guimarães. Papel constitucional do Ministério Público. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Ed. Atlas, 1997. p. 96.

³⁴Preleciona o antigo Ministro Paulo Brossard que “No exercício das suas relevantes funções, o agente do Ministério Público tem ampla independência. Nos termos da lei, o seu critério pessoal é a bússola da sua atuação”. Ver em *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 147, p. 169.

- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- LOPES, João Guimarães. Papel constitucional do Ministério Público. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Ed. Atlas, 1997. p. 90-115.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Evolução institucional do Ministério Público Brasileiro. In: CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 36-65.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A independência do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 729, p. 388-396, jul. 1996.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Ed. Colex, 1990.
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Sua natureza, princípios e estrutura

*José Eduardo Sabo Paes**

Sumário: 1 Conceito e natureza. 2 A natureza autônoma e sua relação com os três poderes do Estado brasileiro. 3 Os princípios constitucionalmente estabelecidos para o funcionamento do Ministério Público (unidade, indivisibilidade e independência). 4 A missão e as funções do Ministério Público. 4.1 A missão. 4.2 As funções. 5 A organização do Ministério Público brasileiro. 5.1 Instituição permanente. 5.2 Instituição com autonomia funcional, administrativa e financeira. 5.3 Membros com garantias e prerrogativas. 5.4 O Ministério Público da União e dos estados. 6 O Estatuto dos membros da carreira ministerial. 6.1 A carreira ministerial. 6.2 Os deveres e direitos dos membros do Ministério Público. 6.2.1 Os deveres. 6.2.2 Os direitos. 6.3 As vedações. 7 Conclusão.

1 Conceito e natureza

O Ministério Público, diz lapidarmente o artigo 127 da Constituição brasileira de 1988, “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ao estatuir que se trata de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a Constituição Federal conceitua Ministério Público. Efetivamente, o Ministério Público é instituição no sentido dado por Maurice Hauriou como “idéia de empresa que se realiza e perdura no meio social”¹; permanente é, em efeito, sua função de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis. Ao dispor que é essencial, a Constituição afirma que a função jurisdicional do Estado não pode ser exercida sem a participação do Ministério Público.

A finalidade da Instituição, sua missão a realizar no meio social, é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis. As funções institucionais do Ministério Público estão explicitadas de modo não exaustivo, no artigo 129 da Constituição Federal, mas no artigo 127 estabelecem-se princípios informadores das funções que o legislador ordinário pode conferir ao Ministério Público. Desta maneira, no Direito brasileiro, sempre que existe um especial interesse a

* José Eduardo Sabo Paes é Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, Professor da Universidade Católica de Brasília e Professor visitante da Universidade de Brasília.

¹ HAURIOU, Maurice. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 158.

proteger, a lei confere atribuições ao Ministério Público como órgão agente ou interventor com o fim de salvaguardar tais interesses.

Em todo o caso, a natureza jurídica do Ministério Público brasileiro tem suscitado controvérsias doutrinárias ao longo de sua evolução constitucional.

Já no início da República o Ministério Público viu resgatados seus valores na Exposição de Motivos do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, na qual foi definido como “Instituição necessária em toda organização democrática”. No Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, já não figurava como mero auxiliar da Justiça, ocupando um modesto papel próprio da subordinação que lhe havia reservado o Regime Imperial, senão como

“o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais, o promotor da ação pública contra toda violação de direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asilados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres de humanidade”².

Mais tarde, já no governo de Bernardes e mediante o Decreto n. 13.273, de 20 de dezembro de 1923, as funções do Ministério Público e sua independência relativamente aos demais Poderes do Estado foram de tal forma dilatadas que Alfredo Valladão, ainda reconhecendo a competência do Ministério Público para intervir na disciplina judicial, em comentário que se tornou famoso, asseverava que o Ministério Público poderia ser considerado o quarto Poder do Estado³.

A Carta Federal de 1934 considerou o Ministério Público órgão de cooperação nas atividades governamentais, vinculando-o ao Poder Judiciário. A Constituição outorgada de 1937, ao abster-se de ocupar-se especificamente do Ministério Público, limitando-se a referências dispersas, o fez retroceder em importância no seio dos órgãos governamentais, subordinando-o na prática ao Poder Executivo.

No regime da Constituição Federal de 1946, por fim consolidou-se sua independência em relação com os demais órgãos governamentais, ficando a *latere* da esfera de influência dos tradicionais poderes do Estado. A Instituição ganhou na Carta Magna de 1946 um título inteiro, que seguia à parte dedicada à disciplina dos Tribunais. Isto o converteu em um órgão governamental independente.

A Lei Fundamental de 1967, no entanto, retornou o Ministério Público ao âmbito do Poder Judiciário, órgão auxiliar daquele poder.

² LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1937. p. 16.

³ O comentário é: “O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o ‘Espírito das Leis’, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele – o que defende a sociedade e a lei, perante a justiça, para a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado” (LIRA, Roberto. Op. cit., p. 17).

A emenda outorgada de 1969 o fez migrar para a esfera do poder Executivo, conceituando-o como órgão de execução desse poder, situação em que se encontrava quando se iniciaram os trabalhos preparatórios para a elaboração da atual Constituição⁴.

Já na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público foi definido como órgão institucional do Estado, autônomo e independente, não integrado ou vinculado a nenhum dos três Poderes.

2 A natureza autônoma e sua relação com os três poderes do Estado brasileiro

Como se viu, o Ministério Público tem por função institucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis (Constituição, art. 127), e o faz no exercício das atribuições previstas na própria Constituição ou nas atribuições infraconstitucionais.

Em essência a soberania é uma. Há, apenas, divisão das funções: de elaborar a lei (o chamado Poder Legislativo) e de aplicar a lei (no não-contencioso, pela administração, e no contencioso, pelo Poder Judiciário). Os ramos do Poder não são, em realidade, uma divisão apoiada em critérios científicos, senão num sistema de pesos e contrapesos sobre os órgãos que exercem a soberania.

Aceita essa premissa, nada impediria teoricamente que o Ministério Público estivesse dentro de qualquer ramo do Poder ou que fosse erigido, por opção legislativa, em um quarto Poder.

A opção do constituinte brasileiro de 1988 foi, como assevera Mazzilli⁵,

“conferir um elevado *status* constitucional ao Ministério Público, quase erigindo-o a um quarto poder: desvinculando a instituição dos Capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário⁶; fê-lo Instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático; cometeu à instituição zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; erigiu à condição de crime de responsabilidade do presidente da República os seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, lado a lado com os Poderes de Estado; impediu a delegação legislativa em matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros; conferiu a seus agentes total desvinculação do funcionalismo comum, não só nas garantias para

⁴ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 190.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 67-69.

⁶ Título IV, Cap. IV, Seção I.

escolha de seu procurador-geral, como para a independência da atuação; concedeu à Instituição autonomia funcional e administrativa, com possibilidade de prover diretamente seus cargos; conferiu-lhe iniciativa do processo legislativo, bem como da proposta orçamentária; em matéria atinente ao recebimento dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias, assegurou ao Ministério Público igual forma de tratamento que a conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário; assegurou a seus membros as mesmas garantias dos magistrados, impondo-lhes iguais requisitos de ingresso na carreira e idêntica forma de promoção e de aposentadoria, bem como semelhantes vedações; conferiu-lhe privatividade na promoção da ação penal pública, ou seja, atribuiu-lhe parcela direta da soberania do Estado; assegurou ao Procurador-Geral da República paridade com os chefes de Poder, no julgamento nos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal”.

Em face do peculiar regime do qual desfruta na ordem jurídica brasileira, distinto dos demais poderes do Estado, mas qualitativamente de igual valor ao regime jurídico-constitucional de tais órgãos, é inquestionável que o Ministério Público brasileiro é órgão independente. Em efeito, na Constituição de 1988, apesar de não estar compreendido de maneira expressa entre os poderes do Estado, o Ministério Público se encontra estruturado de modo absolutamente idêntico àqueles, em tudo o que respeita a autonomia, garantias e prerrogativas.

3 Os princípios constitucionalmente estabelecidos para o funcionamento do Ministério Público (unidade, indivisibilidade e independência)

No § 1^a do artigo 127 da Constituição da República assenta-se que a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional são princípios institucionais do Ministério Público⁷.

Segundo o princípio de unidade, sempre que um membro do Ministério Público está atuando, qualquer que seja a matéria, o momento e o lugar, sua atuação será legítima se estiver dirigida a alcançar as finalidades da Instituição. Em outras palavras, todos os membros de um determinado Ministério Público formam parte de um único órgão sob a direção do mesmo chefe; a divisão do Ministério Público em diversos organismos se produz apenas para lograr uma divisão racional do trabalho, mas todos eles atuam guiados pelos

⁷ Enquanto a doutrina mais conservadora e presente no ordenamento jurídico de alguns países, inspirada pelas peculiaridades do *parquet* francês, menciona como regra o princípio hierárquico, em realidade é ao contrário: o Ministério Público tem a autonomia funcional garantida como princípio da Instituição; e como garantia de seus membros, os quais têm independência no exercício de suas funções. Dadas as peculiaridades do Ministério Público brasileiro, a hierarquia só se concebe em um sentido administrativo, pela natural chefia exercida na Instituição por seu Procurador-Geral (poderes de designação na forma da lei, disciplina funcional, solução de conflitos de atribuições etc.). É, pois, impossível falar de hierarquia no sentido funcional no direito brasileiro.

mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades, constituindo, pois, uma única Instituição⁸.

Pelo princípio da indivisibilidade quem está presente em qualquer processo é o Ministério Público, ainda que seja por intermédio de um determinado promotor ou procurador de justiça. Por isso, a expressão “representante do Ministério Público” não é tecnicamente adequada para a eles se referir. Esse princípio permite que os membros da Instituição possam ser substituídos uns por outros no processo, não de uma maneira arbitrária, senão nos casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte etc.) sem que isso constitua qualquer alteração processual⁹.

O princípio da independência funcional significa que os membros do Ministério Público no exercício de suas funções atuam de modo independente, sem nenhum vínculo de subordinação hierárquica, inclusive em relação à chefia da Instituição, guiando sua conduta somente pela lei e suas convicções. Assim, somente no plano administrativo se pode reconhecer subordinação hierárquica dos membros do Ministério Público à Chefia ou aos órgãos de direção superior da Instituição; jamais no plano funcional, onde seus atos estarão submetidos à apreciação judicial apenas nos casos de abuso de poder que possam lesar direitos.

4 A missão e as funções do Ministério Público

4.1 A missão

A missão do Ministério Público está expressa na ordem constitucional por meio do disposto no artigo 127, no qual se estatui que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Essa missão se concretiza por meio do exercício das funções institucionais previstas no ordenamento jurídico constitucional em seu artigo 129, a seguir explicitadas.

I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

A Constituição de 1988 tem por princípio, entre os direitos individuais (art. 5º, LV), garantir o contraditório aos litigantes no processo judicial ou administrativo. Por

⁸ Ainda que o *caput* do artigo 128 da Constituição disponha que o Ministério Público brasileiro compreende o da União e o dos Estados, dando uma idéia de unidade entre eles todos, em realidade, a unidade que se pode conceber entre o primeiro e os demais é mais conceitual que efetiva: só significa que todos eles exercem o mesmo ofício de ministério público ao que se referem as leis e que a unidade é dentro de cada um deles.

⁹ Hugo Nigro Mazzilli (op. cit.) afirma que a indivisibilidade só se concebe quando há unidade, e inclusive assim os poderes do Procurador-Geral encontram limite na independência funcional dos membros da Instituição (no mesmo sentido, MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, n. 463). Mazzilli conclui: “não se pode impor um procedimento funcional a um membro do Ministério Público, senão fazendo recomendação sem caráter normativo ou vinculativo, pois a Constituição e a lei complementar, antes de assegurarem garantias pessoais aos membros do Ministério Público, deram-lhes garantias funcionais, para que possam servir aos interesses da lei, e não aos governantes” (vide também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 294).

consequente, estabelece que seja privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública, o que garante ao indivíduo ser demandado por um órgão imparcial e independente. Ainda subsiste a ação penal privada subsidiária nos crimes de ação pública no caso de a ação penal pública não ser ajuizada no prazo legal (art. 5^a, LIX).

II – Zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Trata-se de autêntica função de defensor do povo, o chamado *ombudsman* nos países nórdicos. Consiste em defender os interesses da população perante a administração pública, pois é ela que presta os serviços de relevância pública e tem a obrigação primeira de respeitar os direitos garantidos na Constituição, entre outras coisas, uma vez que os direitos são limites à atuação do poder do Estado.

A Constituição classifica como serviços de relevância pública as ações e os serviços de saúde (art. 197), mas, a despeito dessa menção expressa, outros serviços (segurança, educação, transporte coletivo etc.) poderão ser assim considerados com o fim de serem vigiados pelo Ministério Público. Além dos conhecidos meios judiciais de que dispõe (p. ex., ação civil pública, mandado de segurança), a atuação do Ministério Público como defensor do povo também deverá ser concretizada no plano administrativo, matéria que deverá ser regulada na legislação infraconstitucional.

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

Esse assunto não era novidade no ordenamento jurídico por ser objeto da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que regulamentou as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, estendendo a proteção a outros interesses difusos e coletivos. A inovação está em elevar a defesa desses interesses a uma estatura constitucional¹⁰.

Ainda que a ação civil pública tenha alcançado maior notoriedade nos casos de defesa de interesses difusos e coletivos, existem há muito tempo ações civis públicas, assim chamadas por serem empreendidas pelo Ministério Público; por exemplo, a ação de nulidade de casamento, a ação de dissolução de sociedade civil com atividades ilícitas ou imorais, a ação de inconstitucionalidade, o próprio mandado de segurança.

¹⁰ Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 82, incs. I e II): interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

IV – Promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição.

Esse dispositivo confere ao Ministério Público a legitimação para promover a ação de inconstitucionalidade que tem como objeto a lei ou o ato normativo dos estados ou dos municípios ante a Constituição dos estados. No que respeita à Constituição Federal, essa competência está conferida ao Procurador-Geral da República, além do Presidente da República, da mesa do Senado, da mesa da Câmara dos Deputados, da mesa da Assembléia Legislativa (o órgão legislativo dos estados), do governador de estado, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados e qualquer partido político com representação no Congresso Nacional ou confederação, sindicato ou entidade de classe de âmbito nacional. Não obstante, o Procurador-Geral da República sempre deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Atribui-se ao Ministério Público, com exclusividade, a representação para fins de intervenção da União e dos estados perante os Tribunais de Justiça dos estados ou ante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. A intervenção dos estados nos municípios ou da União nos municípios dos Territórios Federais é demandada nos Tribunais de Justiça dos estados para garantir a observância dos princípios contidos na Constituição dos estados, ou para promover a execução de uma lei, de uma ordem ou de uma decisão judicial (art. 35, IV).

No caso de intervenção da União nos estados, a representação do Procurador-Geral da República será promovida perante o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de descumprimento dos princípios constitucionais do artigo 34, VII, ou seja, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal e a prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

A representação para a intervenção da União nos estados no caso de oposição à execução de uma lei federal será realizada perante o Superior Tribunal de Justiça.

V – Defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Os direitos e interesses indígenas gozam de proteção constitucional, sobretudo no que concerne à sua organização social, costumes, idiomas, crenças, tradições e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos seus bens (art. 231).

A defesa judicial desses direitos e interesses deverá ser realizada pelo Ministério Público, principalmente por meio da ação civil pública, já que a atribuição concedida é a defesa dos interesses difusos ou coletivos. Ainda que se trate de ação proposta pelos próprios índios ou suas comunidades, o Ministério Público intervirá no processo (art. 232).

VI – Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

Esse dispositivo constitucional permite ao Ministério Público solicitar os dados necessários para o pleno exercício de suas atribuições aos órgãos públicos ou particulares, os quais estão obrigados a entregá-los. Aqui se inclui a representação judicial para quebra do sigilo bancário e das comunicações telefônicas e de dados.

VII – Exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.

A razão desse encargo está no fato que o Ministério Público é um órgão imparcial, encarregado de promover a persecução penal em juízo, no exercício do *jus puniendi* do Estado; o faz, ademais, com exclusividade em relação aos crimes de ação penal pública.

No entanto, para a promoção da ação penal o órgão de acusação depende dos elementos averiguados pela polícia. Por ser o Ministério Público o destinatário da atividade de investigação e, aplicando o sistema de freios e contrapesos, a lei deverá estabelecer mecanismos de controle da atividade policial por parte do Ministério Público.

Devem ser objeto de controle aquelas atividades que tenham relação com as funções do Ministério Público. A lei a que se refere o dispositivo constitucional é a Lei Orgânica do Ministério Público, prevista no artigo 128, § 5º, da Constituição Federal.

VIII – Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

IX – Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

A evolução institucional do Ministério Público direcionado a um órgão de defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, distanciando-a de suas origens de defensor dos interesses do soberano, exige dele uma atuação imparcial e independente.

A Constituição de 1988 pôs termo ao antigo regime que propiciava ao Ministério Público exercer à mesma vez funções típicas de seu cargo e a defesa dos interesses do Estado em juízo.

Mediante esse dispositivo a Constituição veda ao Ministério Público a representação judicial e a assessoria jurídica de entidades públicas e cria um órgão encarregado de defender os interesses do Estado: a Advocacia-Geral da União. Afinal se compreendeu que as relevantes funções do Ministério Público, especialmente as atribuídas ao Procurador-Geral da República – por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação penal contra as mais altas autoridades da República –, não se conformam com as funções de representação judicial da União.

4.2 As funções

As funções institucionais do Ministério Público brasileiro são aquelas que o ordenamento jurídico lhe prescreve de acordo com a finalidade da Instituição, também determinada na nova ordem constitucional, por meio do artigo 127, onde se lê: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O estatuto do Ministério Público estabelece que a função de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesse sociais e individuais indisponíveis, deverá ser exercida sob os fundamentos e princípios que descreve, vale dizer:

- a) a soberania e a representatividade popular;
- b) os direitos políticos;
- c) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
- d) a indissolubilidade da União;
- e) a independência e a harmonia dos Poderes da União;
- f) a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- g) as vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; e
- h) a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou funcional, de qualquer dos Poderes da União.

Além da cláusula constitucional, no Estatuto estabelecem-se outras funções institucionais, na medida em que no artigo 129, inciso IX, da Constituição se permite, sempre que sejam compatíveis com sua finalidade. São elas:

- a) 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; às finanças públicas; à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; à segurança pública;
- b) a defesa do patrimônio nacional; do patrimônio público e social; do patrimônio cultural brasileiro; do meio ambiente; dos direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;
- c) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; e
- d) zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto aos direitos assegurados na Constituição Federal

relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação e aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

5 A organização do Ministério Público brasileiro

5.1 Instituição permanente

De acordo com a Constituição brasileira, o Ministério Público é Instituição permanente. A asserção parte do princípio de que o Ministério Público é um dos órgãos que permitem ao Estado atual manifestar sua soberania. Entre as instituições públicas cujo fim se realiza no meio social, o Ministério Público tem a destinação permanente de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, principalmente perante o Poder Judiciário, junto ao qual tem a missão de promover a ação penal e a ação civil públicas¹¹.

5.2 Instituição com autonomia funcional, administrativa e financeira

A Constituição e as leis conferem autonomia ao Ministério Público, ou seja, lhe permitem autogestão administrativa e funcional para garantir sua efetiva independência.

Atento a esses princípios, no § 2º do artigo 127 da Constituição de 1988 dispõe-se:

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

A autonomia funcional alcança o Ministério Público como Instituição e a cada um de seus membros como agentes políticos.

Mazzilli recorda que inclusive antes da Constituição de 1988 o Ministério Público já havia adquirido autonomia funcional como bem apontava Eurico de Andrade Azevedo, referindo-se à legislação da época:

“A natureza dos serviços prestados pelo Ministério Público, pelo seu conteúdo e alcance, requer que seus integrantes, no exercício de suas funções, sejam inteiramente resguardados, de fato, de toda pressão e interferência externas, a fim de poderem atuar com total independência e liberdade, atendendo apenas às exigências do que, por lei, lhes cabe

¹¹ Mazzilli (*Regime Jurídico...*, cit., p. 72) recorda que tal afirmação já figurava no artigo 1º da Lei Complementar n. 40/81.

efetivamente fazer. Em razão disso, é que a legislação competente (Lei Complementar n. 40, de 1981, artigo 2º) estabelece a autonomia funcional como um dos princípios institucionais do Ministério Público. Isto significa que os seus membros, no desempenho de seus deveres profissionais, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder – nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Judiciário, nem ao Poder Legislativo – submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei”¹².

A autonomia administrativa e financeira, com dotação orçamentária (art. 4º), foi uma importante conquista, procedente da antiga Lei Complementar n. 40/81 e se mantém na atual Lei Complementar n. 75/93.

Permite-se de maneira expressa que o Ministério Público tenha a iniciativa no processo legislativo não só para a criação ou extinção de seus cargos e serviços auxiliares (CF, art. 127, § 2º), senão também para a organização da própria Instituição (CF, art. 128, § 5º).

No entanto, ainda que não se mencione na Constituição a expressão “autonomia financeira”, em realidade ela deriva do próprio sistema (CF, arts. 127, §§ 2º e 3º, 168 e 169), tendo sido garantidas as conseqüências dela resultantes, assim como a infra-estrutura indispensável para assegurá-la¹³.

5.3 Membros com garantias e prerrogativas

Para garantir a eficiência da atuação do Ministério Público no cumprimento de suas funções, o constituinte de 1988 concedeu-lhe garantias que fortaleceram a Instituição e, ao mesmo tempo, lhe assinaram um caráter de absoluta independência em relação aos demais órgãos do Estado. Essas garantias, algumas administrativas e outras políticas, foram confirmadas pela Lei Complementar n. 75, de 1993, do Ministério Público da União e pela Lei n. 8.625, de 1993, que estabelece normas gerais para a organização do Ministério Público nos Estados, de modo que seus membros podem ter efetiva independência funcional no desempenho de suas relevantes funções.

Ditas garantias são as seguintes (Constituição, art. 128, § 5º, inc. I):

- a) vitaliciedade, segundo a qual um membro da Instituição só pode perder o cargo por sentença transitada em julgado;
- b) inamovibilidade, mediante a qual não se pode remover o membro da Instituição de seu cargo, senão por motivo de interesse público e por decisão do órgão colegiado do Ministério Público, com voto de dois terços de seus membros. É assegurada, ademais, uma ampla defesa. A finalidade é preservar as funções do cargo; e

¹² Autonomia administrativa e financeira do Ministério Público. Parecer publicado na revista *Justitia*, v. 139, p. 148.

¹³ Nesse sentido é a ADIN n.126-4, de Rondônia, j. 29 ago. 1991, STF, sessão plenária.

- c) irredutibilidade de subsídio, supõe uma garantia de que o subsídio não será diminuído. Aliás, a irredutibilidade de vencimentos é aplicável a todos os servidores públicos.

A primeira das garantias, naturalmente, é a independência funcional, segundo a qual todos, desde o momento em que o membro ingressa no primeiro nível da carreira até o último nível, gozam de independência no exercício de suas funções.

À parte destas, podem-se incluir na relação de garantias dos membros da Instituição a promoção de grau, alternadamente, por antigüidade e mérito, e a aposentadoria com remuneração integral, obrigatória aos setenta anos de idade e facultativa aos trinta anos de contribuição (Constituição, art. 129, § 4º).

Os membros do Ministério Público possuem foro privativo decorrente da atribuição: nos crimes comuns o Procurador-Geral da República é processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, nos delitos de responsabilidade, pelo Senado Federal; os membros do Ministério Público da União que atuam ante os Tribunais Superiores são processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça; compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar os demais membros do Ministério Público da União, salvo no caso da justiça eleitoral; por último, os membros do Ministério Público dos estados são processados e julgados pelos Tribunais de Justiça de seu respectivo estado.

5.4 O Ministério Público da União e dos estados

No artigo 128 a Constituição da República indica que o Ministério Público inclui o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. Por sua vez, o Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios.

O Ministério Público da União tem como chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre os integrantes da carreira maiores de trinta e cinco anos, depois da aprovação de sua nomeação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para um mandato de dois anos, permitindo-se a recondução.

Em 20 de maio de 1993, foi sancionada a Lei Complementar n. 75, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União.

6 O Estatuto dos membros da carreira ministerial

6.1 A carreira ministerial

Normas gerais de origem federal ou local organizam o Ministério Público como carreira (CF, arts. 61, § 1º, II, d, e 128, § 5º), na qual se ingressará por concurso público com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (CF, art. 129, § 3º; LC n. 75, de 1993, arts. 189 e s.; e Lei n. 8.625, de 1993, arts. 59 a 68).

6.2 Os deveres e direitos dos membros do Ministério Público

6.2.1 Os deveres

Ademais da obrigação de manter irrepreensível a conduta pública e particular, e de velar pelo prestígio e pela dignidade de suas funções, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, a LOMPU, impõe inumeráveis deveres aos membros do Ministério Público.

Entre eles está o importante dever de informar e fundamentar seus atos, aspecto que hoje tem assento na própria Constituição.

6.2.2 Os direitos

No capítulo que trata dos direitos dos membros do Ministério Público da União, o estatuto descreve as garantias constitucionais que fazem que o cargo seja vitalício e inamovível.

Após dois anos de exercício no cargo, os membros do Ministério Público brasileiro só poderão ser exonerados por decisão judicial transitada em julgado. Ademais, a alteração de destino que pode empreender o Procurador-Geral só ocorrerá por razão de interesse público e por decisão do Conselho Superior com o voto de dois terços dos seus membros, assegurada uma ampla defesa. A transferência a pedido do interessado atenderá a conveniência do serviço, após a publicação de aviso de existência de vaga. Também se pode realizar uma transferência por permuta entre os interessados.

O capítulo dos direitos ocupa-se de diversas questões, como: designação para as correspondentes funções, compatíveis para cada classe das distintas carreiras; férias e licenças; remuneração e vantagens salariais, como o anuênio – 1% para cada ano de serviço público; aposentadoria obrigatória por invalidez, aos setenta anos de idade ou após trinta anos de serviço, cinco deles na carreira, com revisão salarial na mesma proporção em que se modifica a remuneração dos membros da ativa; pensão por morte aos dependentes dos membros do Ministério Público, correspondente à totalidade do salário do falecido.

6.3 As vedações

Como contrapartida das garantias e sempre perseguindo a atuação imparcial, independente e eficiente do Ministério Público, a Constituição estabelece também uma série de proibições a seus membros (art. 128, § 5º, II).

As proibições são: “receber, por qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial; exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei”.

7 Conclusão

Como se viu, o Ministério Público brasileiro tem como função institucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição, art. 127). Desenvolve tal função no exercício das atribuições previstas na própria Constituição ou infraconstitucionalmente.

A Constituição de 1988 optou, sem dúvida, por conferir um elevado status constitucional ao Ministério Público, convertendo-o quase em um quarto poder: desvinculou a Instituição dos capítulos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário (Tít. IV, Cap. IV, Seção I); tornou-o Instituição permanente, essencial à prestação jurisdicional do Estado, assinando-lhe a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis e a do próprio regime democrático (art. 127); confiou à Instituição a custódia do efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos garantidos pela Constituição, promovendo as medidas necessárias para sua garantia (art. 129, II); concedeu a seus agentes total desvinculação do funcionalismo comum (arts. 127, § 1º, e 128); deu à Instituição autonomia funcional e administrativa com possibilidade de prover diretamente seus cargos (art. 127, §§ 1º e 2º); confiou-lhe a iniciativa do processo legislativo e de sua proposta orçamentária (arts. 61, 127, 128); garantiu aos seus membros as mesmas garantias dos magistrados (art. 128, § 5º, I), indicando vedações similares e impondo os mesmos requisitos de ingresso na carreira (arts. 93 e 129) e a mesma forma de promoção e de aposentadoria (arts. 93, II e VI, e 129, § 4º); conferiu-lhe privacidade na promoção da ação penal pública, ou seja, uma parcela direta da soberania do Estado (art. 129, I); elevou à condição de crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República contra “o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação” (art. 85, II); e, por último, garantiu ao Procurador-Geral da República, a par dos Chefes do Poder, julgamento pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II).

Tais aspectos, como observam Burle Filho e Maurício Gomes, demonstram que o Ministério Público tem, no exercício de suas funções, notas características semelhantes às das funções fundamentais do Estado, tradicionalmente chamadas poderes e identificadas somente em três espécies – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Em outras palavras, o Ministério Público no direito positivo brasileiro é um órgão independente, não integrado no Legislativo, no Executivo ou no Judiciário, cuja função administrativa não se confunde com a tradicional função administrativa exercida caracteristicamente pelo Poder Executivo¹⁴.

Vários elementos da Constituição de 1988 demonstram esta afirmação. Efetivamente, o Ministério Público, além de não estar subordinado dentro do capítulo destinado aos outros poderes, foi elevado à posição de órgão constitucional, com competência de iniciativa de lei (arts. 61 e 127, § 2º), faculdade de exercer suas funções

¹⁴ BURLE FILHO, José Emmanuel; GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público, as funções do Estado e seu posicionamento constitucional. *Justitia*, São Paulo, n. 53, p. 54, 1991.

inclusive contra os poderes do Estado (art. 129, II), autonomia funcional administrativa, autonomia financeira (art. 127, §§ 2º e 3º) – sendo obrigatória a liberação de sua dotação orçamentária mensalmente (art. 168) –, e garantia de eleição do chefe da Instituição entre seus membros, com mandato (art. 128, §§ 1º e 3º) e somente destituível com o voto da maioria absoluta do legislativo (art. 128, § 2º e 4º).

Em síntese o Ministério Público brasileiro é órgão independente essencial para a função jurisdicional do Estado, é inafastável, dado o regime jurídico peculiar de que desfruta no ordenamento jurídico do país, distinto dos demais Poderes do Estado, mas equivalente em qualidade ao regime jurídico-constitucional de tais órgãos. De fato, na Constituição de 1988, ainda que o Ministério Público não esteja incluído expressamente entre os poderes do Estado, encontra-se estruturado, em tudo e por tudo, de modo idêntico àqueles no que concerne à autonomia, às garantias e às prerrogativas.

Ao conferir tal *status* ao Ministério Público o constituinte de 1988 demonstrou estar convencido da veracidade da asserção de Norberto Bobbio, segundo a qual o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Afirma o catedrático italiano:

“Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”¹⁵.

O Ministério Público é, irrefragavelmente, um desses modos mais seguros para a proteção dos direitos. Essa a essência da Instituição.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

O PODER REQUISITÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A INOPONIBILIDADE DE SIGILO

*Luciano Feldens**

Dez anos de vigência da Lei Complementar n. 75/93 afigura-se-nos seja lapso temporal bastante para promovermos uma retrospectiva madura em torno de sua eficácia normativa, notadamente a partir de seus dispositivos que possam ter gerado, ao longo desse decênio, alguma diatribe doutrinária ou jurisprudencial decorrente de sua invocação prática.

Elegemos um ponto, em especial, para sobre ele discorrermos. Diz respeito ao art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93, o qual encarna, expressamente, um mandato legislativo ao destinatário das requisições ministeriais, qual seja, a *inoponibilidade de sigilo ao Ministério Público*. Ei-lo:

“§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

No preciso desiderato de emprestar ao dispositivo legal uma interpretação segura acerca de seu conteúdo material, a bem compreender o real alcance de sua projeção normativa, mister tenhamos em conta o cenário que o circunda, relacionando-o, pois, a três elementos: a) ao *instrumento a que serve* (o poder requisitório), b) ao *objeto imediato* desse instrumento (as informações e os documentos perseguidos), e c) ao *sujeito* que veicula esse instrumento (o Ministério Público).

1 O Ministério Público no Estado Democrático de Direito¹

O Ministério Público atual tem seu perfil jurídico-constitucional não apenas *moldado pela*, mas *vinculado à positividade emergente do Estado Democrático de Direito*. Sob essa perspectiva, poderemos, *mutatis mutandis*, parafrasear Lincoln em sua célebre definição sobre o arquétipo de um governo democrático (1863) para dizer que o Ministério

* Luciano Feldens é Procurador da República no Rio Grande do Sul, Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Valladolid/Espanha, Mestre em Direito e Especialista em Direito Penal pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Professor de Direito Penal na Unisinos (Graduação e Especialização), na Escola Superior do Ministério Público (FESMP) e na Escola Superior da Magistratura Federal (Esmafe).

¹ A análise que desenvolvemos nesse tópico reprisa, em parte, aquilo que sustentamos em sede doutrinária. Conforme FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco* (por uma relegitimação da atuação do Ministério Público – uma investigação à luz dos valores constitucionais). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Público nasce *desse, por esse e para esse* modelo de Estado (Democrático de Direito). Toda análise que se faça em torno da configuração institucional do Ministério Público – e, desde logo, de sua atuação – não pode divorciar-se dessa *ratio* estrutural na qual se faz imerso. Esse raciocínio resulta nítido a partir da leitura mesma do art. 127 da Constituição, a qual nos permite concluir que Estado Democrático de Direito e Ministério Público alimentam uma situação de evidente auto-referenciabilidade político-normativa, tudo levando a crer que à margem do Estado Democrático de Direito só poderia existir um Ministério Público desvestido de sua essência.

Apartando-o radicalmente do Poder Executivo, o Poder Constituinte originário arquitetou o Ministério Público como autêntico *órgão de defesa social*, dotando-o dos atributos de *perenidade e essencialidade*, investindo seus membros, demais disso, de garantias bastantes ao desempenho das caras funções acometidas à instituição². Como restou assentado pelo ministro do STF Celso de Mello, em acurada análise elaborada a partir do exame das – então novas – atribuições ministeriais, “o Ministério Público tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do povo”³.

Seja em face desse desenho institucional, seja a partir de uma constatação pragmática em torno de sua atuação pós-Constituição de 1988, o fato é que o Ministério Público tornou-se *esperança social*. No contexto em que está imersa a sociedade (brasileira) contemporânea, esperança social poderá significar esperança de democracia substancial, de redução das desigualdades sociais, enfim, esperança de justiça social ou, minimamente – e daí, em essência, a relevância institucional do Ministério Público –, *esperança de real e efetiva defesa dos interesses sociais*.

De observar-se, nesse diapasão, que a edificação desse novo Ministério Público atende a uma lógica sistemática conectada a uma vertente fundamental exurgente da conceitualidade do Estado Democrático de Direito, que diz com a necessária criação de *mecanismos – in casu*, de índole institucional – *de defesa social* tendentes à proteção e efetivação de direitos sociais e individuais indisponíveis sufragados na ordem constitucional⁴.

² Frise-se, desde já: certo é que as garantias constitucionais atribuídas ao Ministério Público não o foram graciosamente. Antevia-se que a partir desse *novo* perfil constitucional a instituição enfrentaria *lobbies* poderosíssimos, públicos e privados, circunstância que efetivamente se comprovou verdadeira. Daí a razão de ser, por exemplo, da independência funcional, apta a afastar-lhe (do Ministério Público) *pressões exógenas*, expressões utilizadas pelo subprocurador-geral da República Wagner Gonçalves, nos autos do Procedimento n. 08100-01.0002/99-02 – Conselho Superior do Ministério Público Federal (6ª Sessão Ordinária do CSMPPF, assumida em 3/8/1999).

³ Voto proferido no MS 21.239 – DF, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 147, p. 161.

⁴ De fato, como assevera Jorge Miranda, “não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular, em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro” (*Direitos fundamentais: introdução geral*. Lisboa: Lisboa, 1999. p. 107).

Topologicamente situado no “Título IV – Da Organização dos Poderes”, “Capítulo III – Das Funções Essenciais à Justiça” da Constituição, seu delineamento jurídico-constitucional é moldado, inicialmente, pela letra do art. 127, que assim dispõe:

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

À luz dessa e das subseqüentes disposições constitucionais que formatam sua configuração institucional, é-nos facultado reconhecer que o Ministério Público dos tempos atuais lança-se ao exercício de uma *magistratura ativa na defesa da ordem jurídico-democrática*⁵. Pois é sob essas diretrizes que entendemos devamos perspectivar a atuação do Ministério Público no irromper do terceiro milênio.

2 O poder requisitório como instrumento necessário ao pleno exercício das funções do Ministério Público

Em seu art. 129, a Constituição de 1988 prescreveu ao Ministério Público um rol – que denominou – de *funções institucionais*. Tais funções retratam uma situação de nítida congruência com o perfil institucional traçado pelo art. 127. Considerada, pois, sua intimidade com o modelo de Estado Democrático de Direito – e com o que dele decorre diretamente –, parecem anotar em seu favor o predicado da intangibilidade. Nessa linha, aliás, aparenta ser a dicção do ministro Celso de Mello, para quem a ordem constitucional outorgou ao Ministério Público “atribuições inderrogáveis”⁶.

⁵ Expressão essa cunhada por um de seus líderes históricos – porquanto Procurador-Geral da República à época da discussão em torno do texto constitucional porvir –, o hoje ministro do STF Sepúlveda Pertence. Depreende-se de seu voto proferido no MS 21.239-DF: “O Ministério Público da União, em particular, desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais, que o prendiam necessariamente aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contrafortes de independência e autonomia, que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 147, p. 129-130).

⁶ De seu voto proferido no MS 21.239-DF, retira-se a seguinte e preciosa lição, a qual, salvo melhor juízo, respalda e qualifica o raciocínio que aqui se pretende declinar acerca do perfil dessa (nova) instituição: “Foi a Constituição Federal de 1988, inegavelmente, o instrumento de consolidação jurídico-constitucional do Ministério Público. Ao dispensar-lhe singular tratamento normativo, a Carta Política redesenhou-lhe o perfil constitucional, outorgou-lhe atribuições inderrogáveis, explicitou-lhe a destinação político-institucional, ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu, de maneira muito expressiva, garantias inéditas à própria Instituição e aos membros que a integram. Foram, assim, plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o

Outrossim – e isso se revelou assaz importante –, para o *pleno exercício* dessas graves tarefas acometidas à instituição, não escapou ao Poder Constituinte um juízo positivo de conveniência no sentido de igualmente *constitucionalizar os meios* necessários à obtenção dos fins. Pois é da vontade explícita e da legitimidade democrática do Poder Constituinte originário que nasce esse instrumento indispensável disponibilizado ao Ministério Público: o *poder requisitório*.

Do art. 129 da Constituição desponta, em dois momentos, a legitimação ministerial ao exercício desse poder. Vejamos:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, *requisitando* informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

[...]

VIII – *requisitar* diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Consabido é que o termo “requisitar” não ostenta um conteúdo genuinamente “solicitatório”; para dizer o óbvio, não equivale a “solicitar”. O instrumento da requisição consubstancia, para além de uma simples solicitação, uma exigência legal ao seu destinatário, conquanto não se faça dotado do atributo da coercibilidade, próprio das decisões judiciais. E não poderia ser diferente. A prestação de informações e documentos respeitantes ao próprio objeto da investigação não poderia situar-se na esfera de maior ou menor disponibilidade – ou “boa vontade” – do destinatário da requisição, sob pena de ver-se frustrada a lógica e sistemática estrutura – repita-se, de densidade constitucional – na qual foi concebido o poder requisitório.

Comprovação cristalina quanto à compulsoriedade do atendimento à requisição ministerial reside em dois de seus efeitos, os quais se podem relacionar, em gênero, a um (necessário) sistema de responsabilidades: primeiro, para o destinatário da requisição: seu

legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da instituição e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei. É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, peculiar e especial situação na estrutura do Poder. A independência institucional constitui uma de suas mais expressivas prerrogativas. Garante-lhe o livre desempenho, em toda sua plenitude, das atribuições que lhe foram deferidas. O tratamento dispensado ao Ministério Público pela nova Constituição confere-lhe, no plano da organização estatal, uma posição de inegável eminência, na medida em que se lhe atribuíram funções institucionais de magnitude irrecusável, dentre as quais avulta a de ‘zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia’ (v. CF/88, art. 129, inciso II)” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 147, p. 161).

descumprimento poderá lhe gerar responsabilidade penal, civil e/ou administrativa⁷; segundo, e não menos importante, para o órgão emissor da requisição (o Ministério Público): considerada, pois, a ausência de liberdade do destinatário em atender a requisição, os atos gerados em face de sua *estrita* observância imputam-se ao agente ministerial, o qual assim se habilita a figurar, ele próprio, como autoridade coatora na hipótese de eventual impugnação judicial da requisição, por ação de mandado de segurança ou *habeas corpus*⁸.

De observar-se, ainda nesse ínterim, outra consequência em nada desprezível: a requisição, ao contrário de pretender subordinar servidores de outros órgãos (Polícia Federal, Receita Federal, INSS, Banco Central etc.) – ou mesmo funcionários de instituições privadas –, traz-lhes efeito oposto, qual seja, o de serem *protegida* a sua atuação funcional, amparada que se fará ao abrigo da requisição. Deveras, o instrumento da requisição avoca a responsabilidade ao próprio órgão do Ministério Público, que igualmente se responsabiliza civil e criminalmente pelo uso indevido das informações prestadas (art. 8º, § 1º, da LC n. 75/93).

E aqui reside um aspecto fulcral da questão. Admita-se, por hipótese, que o membro do Ministério Público, ao lançar mão do poder requisitório, exceda-se no exercício de suas atribuições, agindo, por exemplo – e na interpretação subjetiva do destinatário da requisição –, com ilegalidade ou abuso de poder. Para essa hipótese há remédio jurídico, que não o silêncio e a inação do destinatário em responder à requisição. Ora, em não sendo manifesto o desbordar ministerial de suas atribuições constitucionais e legais⁹ – e afastada a hipótese, nunca descartável, de entendimento entre as partes envolvidas –, o caminho a ser perseguido pelo destinatário da requisição é apenas um: impugná-la judicialmente, inclusive – para não dizer principalmente – por meio de mandado de segurança.

⁷ LC n. 75/93, art. 8º, § 3º: “A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa”. A previsão de responsabilidade penal encontra, tradicionalmente, assento normativo nos arts. 319 e 330 do CP, bem como no art. 10 da Lei n. 7.347/85. Sem prejuízo, a inação do destinatário poderá resultar em ação de improbidade administrativa (de natureza civil), bem como, ainda na hipótese de mora de servidor público, em sua responsabilização administrativa, perante os órgãos internos de correção funcional.

⁸ A título de exemplo, tome-se a hipótese da requisição emitida para a instauração de inquérito policial. Sendo defeso ao Delegado de Polícia “indeferir-la”, eventual medida processual tendente a questionar o “ato de instauração” da investigação deverá ser dirigida em face do membro do Ministério Público.

⁹ Hipótese de contraste objetivo à Lei Complementar parece-nos seja a emissão de requisições e intimações do Ministério Público quando, não partidas do Procurador-Geral da República – ou de quem detenha sua delegação para o ato –, tenham como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente. A teor do art. 8º, § 4º, da LC n. 75/93, tais requisições ou intimações “serão encaminhadas e levadas a efeito pelo *Procurador-Geral da República* ou *outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada* [...]”. Outra particularidade diz respeito às requisições operacionalizadas no âmbito de investigações criminais presididas pelo Ministério Público e dirigidas diretamente ao próprio investigado. Inolvidável que decorre de seu direito ao silêncio a desnecessidade de produzir prova contra si mesmo (art. 5º, LXIII, da CRFB). Todavia, essa matéria merece análise casuística – motivo pelo qual aqui não a aprofundaremos –, a fim de que realmente se possa identificar se estamos verdadeiramente – ou não – diante de um pedido de informações que, não sendo de prestação compulsória (como, por exemplo, livros fiscais oficiais, escrita contábil etc.), possam comprometer a situação jurídica do investigado.

Evidentemente, e agora com sobradas razões, idêntica deve ser a solução quando o destinatário resolva desafiar a constitucionalidade do próprio dispositivo que sustenta o poder requisitório, notadamente no que respeita ao atributo da inoponibilidade da exceção de sigilo. Sobre isso, desenvolvemos o tópico quarto.

3 O objeto do poder requisitório

Como se depreende da *littera* do art. 129, inciso VI, da Constituição, o poder requisitório deve ser exercido *na forma da lei complementar respectiva*.

Adveio, pois, a constitucionalmente requerida Lei Complementar. Recebendo o número 75/93, a Lei da Regência do Ministério Público da União especificou as matérias-objeto do poder requisitório, as quais englobam:

- a) as diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 7º, II);
- b) a instauração de procedimentos administrativos (art. 7º, III);
- c) as informações, os exames, as perícias e os documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta (art. 8º, II);
- d) os serviços temporários dos servidores da Administração Pública (art. 8º, III);
- e) as informações e os documentos de entidades privadas (art. 8º, IV); e
- f) o auxílio de força policial (art. 8º, IX).

Considerando-se que as matérias acima arroladas predispõem-se à realização das funções institucionais do Ministério Público, as quais, como é cediço, não se esgotam na literalidade do art. 129 (veja-se, a propósito, o inciso IX desse mesmo dispositivo constitucional)¹⁰, também aqui descabe uma interpretação apriorística que as conceba como hipóteses taxativas (*numerus clausus*), muito embora seja-nos razoável admitir, haja vista a amplitude do dispositivo, que elas praticamente consomem as possibilidades do universo aqui contemplado.

4 A inoponibilidade da exceção de sigilo ao Ministério Público

Reprisemos o teor do art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93:

“§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, *sob qualquer pretexto*, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

¹⁰ CRFB, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX – *exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. Esse, segundo nos parece, retrata importante fundamento – e de índole constitucional – a legitimar a atividade investigatória do Ministério Público na seara criminal.

Tenha-se presente, em caráter preliminar, a ênfase legislativa, no que se propôs, em caráter peremptório, a inadmitir a oposição de sigilo ao Ministério Público por parte de qualquer autoridade, e “sob qualquer pretexto”.

A clareza do dispositivo legal realmente dispensaria maiores comentários não fosse a resistência de alguns órgãos, inclusive de natureza pública, em respeitá-lo. E o foco maior de tensão tem-se verificado quando a requisição ministerial tem como objeto informações e documentos relacionados ao que consuetudinariamente se cognomina “sigilo bancário”.

Quiçá o aspecto mais decepcionante, sob a perspectiva da conceitualidade do Estado Democrático de Direito – a apontar no sentido da submissão de *todos* à lei –, seja o fato de que um dos órgãos mais resistentes ao cumprimento das requisições oriundas do Ministério Público em hipóteses que tais é uma instituição pública: o Banco Central do Brasil.

De fato, o processo informacional entre Banco Central e Ministério Público tem sido marcado pelo ruído e pela incompreensão. Às requisições do Ministério Público são, em geral, opostos o silêncio e a inação. A partir de “juízos de constitucionalidade” operados na seara administrativa(!), desafia-se abertamente a elevada positividade normativa do dispositivo legal – cuja legitimidade de origem não carece aqui repetir – com interpretações forjadas em artigos doutrinários, trechos de ementas de jurisprudência e, demais disso, em burocráticos pareceres cuja autoria é atribuída à procuradoria jurídica da autarquia, e cujas conclusões mais parecem uma carta de alforria aos investigados, um apequenamento das próprias responsabilidades do órgão e um libelo contra o perfil constitucional do Ministério Público¹¹.

Ora, não fosse a inerente presunção de constitucionalidade de que se reveste o dispositivo legal, é-nos interdito olvidar, outrossim, que essa matéria já foi enfrentada – ainda que reflexamente – pelo Supremo Tribunal Federal. Em composição plenária, a minoria de seus membros, vencida, de fato pretendeu oferecer ao aludido dispositivo interpretação conforme a Constituição, o que lhe retiraria parcialmente a eficácia (sem redução de texto) quando em questão a prestação de informações relacionadas ao ventilado sigilo bancário (MS 21.729, DJ, 19 out. 2001, p. 33). Muito embora a natureza interpretativa assumida pela decisão do Supremo Tribunal Federal à ocasião, pode-se dizer que o entendimento restritivo quanto à normatividade do dispositivo não vingou, restando tragado pela dicção da maioria da Corte¹².

¹¹ Referimo-nos, diretamente, ao Parecer do DEJUR n. 230/99, de 2 de setembro de 1999, do Banco Central do Brasil.

¹² MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.729 (693). RELATOR: MIN. MARCO AURELIO. RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. NÉRI DA SILVEIRA (ART. 38, IV, b, do RISTF). IMPETRANTE: BANCO DO BRASIL S/A. IMPETRADO: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. *Decisão*: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa, depois do voto do Relator, deferindo o pedido e declarando a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da LC n. 75, de 20/5/93. Falaram, pelo impetrante, o Dr. Paulo César Calleri e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek. Plenário, 7/4/95. *Decisão*: Adiado o julgamento pelo pedido de vista do Ministro Francisco Rezek, depois do voto do Relator, que

Certo é que as requisições encontram limites materiais, o que se reconhece, muito especialmente, nas hipóteses em que a Constituição reservou o conhecimento de determinadas matérias ao Poder Judiciário, v.g., a busca domiciliar (art. 5º, XI), a interceptação telefônica (art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (art. 5º, LXI)¹³.

deferiu o pedido e declarava a inconstitucionalidade do § 2º do art. 8º da LC n. 75, de 20/5/93, e dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, que também deferiam o pedido, mas sem declaração da inconstitucionalidade da norma referida. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva. Plenário, 24/5/95. *Decisão*: Depois dos votos dos Ministros Relator (Ministro Marco Aurélio), Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, deferindo o mandado de segurança e emprestando interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75, de 20/5/93, e dos votos dos Ministros Francisco Rezek, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Sydney Sanches, indeferindo o mandado de segurança, o julgamento foi convertido em diligência, por proposta do Ministro Moreira Alves, independentemente da lavratura de acórdão, para requisitar a documentação relativa à correspondência mantida sobre o tema da causa com o Banco do Brasil, a que aludem as informações. Votou o Presidente na diligência. O Ministro Marco Aurélio (Relator) retificou, em parte, o voto proferido anteriormente. Plenário, 30/8/95. *Decisão*: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria de votos, indeferiu o mandado de segurança, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Celso de Mello, Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Votou o Presidente. Redator para o acórdão o Ministro Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Plenário, 5/10/95. *EMENTA*: Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei n. 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC n. 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n. 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *ut* art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei n. 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido. [DJ1, 19 out. 2001, p. 33]. Sobre “O mito dos sigilos bancário e fiscal”, reportamo-nos ao nosso FELDENS, Luciano. *Tutela Penal...*, cit., p. 208-228, no qual analisamos mais detidamente essa decisão.

¹³ Sobre o tema reserva de jurisdição, atente-se ao voto do ministro do STF Celso de Mello, no julgamento do MS 23.452: “O postulado da *reserva constitucional de jurisdição* importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A *cláusula constitucional da reserva de jurisdição* – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado” [texto destacado].

Todavia, em não se tratando de matéria acometida à reserva de jurisdição, a mera desconfiança do destinatário da requisição quanto à constitucionalidade (ainda que parcial) do dispositivo legal que a sustenta não o autoriza, evidentemente, a deixá-la sem resposta. Se o desejar, deverá impugná-la judicialmente, provocando o controle difuso de constitucionalidade. A tanto, tenhamos em conta o óbvio e bi-secular *judicial review*: sobre hipótese de litigiosidade constitucional há de falar o Poder Judiciário, e não os corredores burocráticos da administração, seja ela pública ou privada. Enfim, a requisição pode, sim, ser impugnada. E deverá sê-lo, quando o seja o caso, para a manutenção do estado de legalidade/constitucionalidade. Mas com medida judicial, jamais com um pusilânime e retumbante silêncio administrativo, público ou privado.

5 Conclusões

À guisa de conclusão, poderíamos assentar o que segue:

- a) a *inoponibilidade da exceção de sigilo* (art. 8º, § 2º, da LC n. 75/93) é atributo inerente ao *poder constitucional de requisição do Ministério Público* (art. 129, VI e VIII, da CRFB), destinando-se ao pleno exercício das funções institucionais que lhe foram constitucionalmente arquitetadas sob a contextualidade do Estado Democrático de Direito;
- b) a observância ao mandamento legal decorre, pois, da necessidade de *respeito* não apenas à *Lei Complementar* – o que já seria o bastante –, mas à *própria “vontade constitucional”* que sedimentou uma instituição voltada à defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB), conferindo-lhe os *meios necessários* à consecução desse desiderato;
- c) a obrigatoriedade quanto ao atendimento da requisição projeta graves efeitos no *plano da responsabilidade*, os quais se manifestam tanto sobre o destinatário da requisição quanto em face do próprio agente do Ministério Público; em relação ao primeiro, sua omissão – ou imperfeita atuação – poderá lhe gerar a responsabilização criminal, civil e/ou administrativa; quanto ao segundo, para além da circunstância de atrair a si a responsabilidade dos atos praticados em estrita observância à requisição, resulta sua responsabilidade civil e criminal pelo uso indevido das informações por meio dela obtidas (art. 8º, § 1º, da LC n. 75/93);
- d) eventual desconformidade à requisição do Ministério Público – e mais especificamente no que diz com a oposição de “sigilo” – encontra solução jurídica dentro do ordenamento, que não o silêncio e a inação do destinatário; sua *impugnação* tem foro adequado: o *Poder Judiciário*, quer seja atuando no exercício do controle de legalidade da atuação do Ministério Público, quer seja no controle de constitucionalidade da norma que legitima sua atuação.

POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE SOCIAL

*Maria Eliane Menezes de Farias**

1 Direitos humanos e políticas públicas

Os direitos humanos formam um conjunto de garantias do ponto de vista econômico, social, cultural, político e jurídico que deve ser progressivamente consolidado, por meio de ações articuladas e consistentes, tanto na sua estrutura quanto na sua sustentabilidade. Sendo assim, é da responsabilidade do Estado a garantia de tais ações por meio da efetivação de políticas públicas.

As políticas públicas podem ser entendidas como respostas do Estado a demandas sociais de interesse da coletividade. Estas podem ser chamadas de o “Estado em ação”, pois o Estado as implementa por meio de projetos de governo e de ações voltadas a setores específicos da sociedade.

No entanto, as políticas públicas não estão restritas à burocracia pública na sua concepção e implementação e não podem ser reduzidas a políticas estatais. É necessário que o Estado trabalhe em parceria com a sociedade civil para que desenvolva amplamente sua capacidade de cumprir seus papéis mais relevantes visando garantir direitos mediante a implementação de políticas públicas.

É fundamental salientar que a participação social na elaboração dessas políticas públicas torna-se cada vez mais indispensável para que sejam eficazes.

O desenvolvimento do controle social implica uma gama de ações para efetivá-lo com diversos atores, tais como: conselhos, sociedade civil organizada, movimentos sociais e lideranças diversas.

Assim, como as políticas públicas são instrumentos imprescindíveis para que os objetivos traçados pela Constituição de 1988 sejam efetivamente cumpridos, cabe ao Ministério Público utilizar-se dos poderes colocados a sua disposição pelo ordenamento para somar esforços com a sociedade civil, no intuito de implementar tais políticas. Esta seria uma forma de garantir o desenvolvimento e a democracia no país.

A Constituição Federal, no art. 197, prevê políticas públicas vinculantes em todas as esferas da Administração Pública ao assim dispor: “A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Nesse sentido, vale destacar algumas conclusões, ainda que todas mereçam ser apreciadas, da Procuradora Regional da República, Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, em texto publicado no *Boletim dos Procuradores da República* (ano 1, n. 5, p. 28):

* Maria Eliane Menezes de Farias é Subprocuradora-Geral da República e Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão.

“...Relativamente à implantação das políticas públicas, deve o Ministério Público atuar junto à administração, quer seja através das ações civis públicas que visam a obrigação de fazer, quer seja através da atuação extrajudicial pelos inquéritos civis públicos e outros procedimentos administrativos de monitoramento, recomendações e compromissos de ajuste, e a preferência pela atuação extrajudicial deve-se ao fato da impossibilidade de uma sentença judicial contemplar as inúmeras vertentes relativas a implantação de políticas públicas”.

2 Controle social como instrumento eficiente de fiscalização e participação social

Discorrer acerca da importância de controle social na implementação de políticas públicas certamente revela a marca de nosso momento político. Não podemos deixar de salientar que essa discussão só é possível se vista no contexto de um sistema democrático.

E se considerarmos que na história da humanidade temos visto a competição entre dois valores, o da hierarquia e o da emancipação – da sociedade perante o Estado –, então poderemos concluir que este último só tem tido alguma importância recentemente. Na lição de Robert Dahl, em seu livro *Democracy and its critics* (Yale University Press, 1989), “tanto como idéia quanto como prática, no decorrer da história documentada, a hierarquia tem sido a regra, a democracia, a exceção”. Esse processo de emancipação se deu aos poucos e de forma desigual em diferentes partes do mundo. Todavia, podemos dizer que a democracia contemporânea é fruto de duas forças históricas: o nascente capitalismo que derrubou a Idade Média e o marxismo ocidental que obrigou o próprio capitalismo a se reformular.

Mesmo a forma mais comum de democracia, a democracia liberal, se divide em dois tipos fundamentais: a “teoria democrática convencional” e a “teoria democrática radical”. Na primeira, o povo desempenha um papel passivo e limita-se a escolher entre os programas que os candidatos têm a oferecer. E os representantes, uma vez eleitos, têm um grande espaço para exercício de arbítrio, embora a exigência de eleições subsequentes signifique que eles se encontram subordinados, em última análise, aos eleitores. Já no modelo radical o povo tem um papel positivo, propulsor: os candidatos respondem às iniciativas políticas do povo, e não o contrário. Além disso, não se espera dos representantes eleitos que usem o arbítrio, mas que apenas executem as instruções de seus eleitores. Em suma, não passam de delegados.

Hoje, podemos, em adição a essas teorias, reconhecer a existência de uma teoria democrática participativa, que afirma a necessidade de amplo compromisso por parte de todo o povo. Representa, assim, verdadeiro eco da democracia radical com a dimensão adicional de que a participação da massa deveria ampliar-se para além do sistema político como se concebe habitualmente, chegando-se ao local de trabalho e à economia de maneira geral (DAHL, R. *Democracy and its critics*. 1989).

Todavia, podemos reconhecer as teorias que negam as concepções substantivas de razão e as formas homogeneizadoras de organização da sociedade (concepções

hegemônicas de democracia), reconhecendo a pluralidade humana. Isso se dá, a partir da suspensão da idéia de bem comum, como propõem Schumpeter (*Capitalism, socialism, and democracy*. Harpercollins, 1984) e Bobbio (*O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro, Graal, 1994), a partir de dois critérios distintos: a ênfase na criação de uma nova percepção social e cultural e o entendimento da inovação social articulada com inovação institucional, isso é, com a procura de uma nova institucionalidade da democracia. Trata-se de reconhecer que a radicalização da democracia passa pela idéia de que não cabe a ninguém, nem a nenhum poder, fixar um sentido unívoco para o que vem a ser “bem comum” ou “interesse público”. Essa decisão cabe à própria sociedade e somente com maior influência dessa sobre o Estado poderemos aumentar a legitimidade da gestão estatal, cuja maior beneficiária deve ser a sociedade.

Portanto, deve-se enfatizar a importância das teorias que prescrevem a intensificação da participação política do povo, não só no sistema político, como no processo econômico, de modo que minimizemos o modelo hierárquico que caracteriza nossa sociedade.

Pode-se afirmar que a evolução do Estado moderno opõe obstáculos à necessidade de se agregar legitimidade ao processo político clássico por meio de eleições. Em virtude das dimensões e da complexidade das sociedades de massa contemporâneas, da centralização do poder político, do crescimento da burocracia e da concentração do poder econômico, as garantias tradicionais da democracia precisam ser fortalecidas, protegidas e ampliadas a fim de contrabalançar a tendência para um número cada vez maior de decisões a serem tomadas por pequenos grupos e que afetam a vida das pessoas. Como são dificilmente identificáveis não existe responsabilidade política por tais decisões, conforme lição de Boaventura de Sousa Santos (*Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Routledge, 1995).

Segundo a opinião da doutrina mais progressista, impõe-se a superação de nossa nefasta tradição de um Executivo hipertrofiado e de um Legislativo emasculado que, até agora, tem favorecido o autoritarismo e a irresponsabilidade governamentais.

Ao se considerar as três funções clássicas do Poder Legislativo: a *elaboração de legislação*, o *debate político* e o *controle do governo*, nota-se, cada vez mais, a concretização da tendência de ampliação da esfera de atuação legislativa do Executivo, seja pela existência de espécies normativas elaboradas diretamente pelo Poder Executivo, por meio de Agências Reguladoras, seja por sua participação no processo legislativo (iniciativa e veto). A partir do momento em que o cidadão não vota naqueles que ocuparão diretorias e conselhos de órgãos reguladores, cessa toda e qualquer responsabilidade política pelas decisões governamentais, inviabilizando a própria legitimidade do sistema e esvaziando o poder do voto do cidadão.

Os valores democráticos concretizam-se por meio de instituições que visam conferir legitimidade ao exercício do poder. Os tradicionais mecanismos e instituições têm se revelado muitas vezes insuficientes, embora necessários, para garantir a existência de um regime político efetivamente democrático. Novos instrumentos de controle e participação popular devem ser permanentemente incorporados na prática democrática,

em correspondência com a própria modernização e maior complexidade das sociedades atuais. Alguns exemplos podem ser colacionados, como conselhos de controle social, *ombudsman* e as audiências públicas (*public hearings*, do direito anglo-saxão, ou as *enquêtes publiques*, do direito francês).

Neste momento, é fácil acreditar que qualquer modelo democrático, no futuro, enfrentará o desafio de intensificar a participação do povo no processo de produção de decisões políticas, seja por meio de mecanismos de controle social, seja mediante o controle da atividade política como o *recall* (ou voto destituente), verdadeiro instrumento de vinculação da atividade política a posicionamentos defendidos ainda no período de campanha.

De todo modo, ou a democracia se radicaliza, ou sucumbirá ao se tornar mero sistema formal legitimador da hierarquia, criando obstáculos, desse modo, à emancipação social.

No dizer de Anthony Giddens, a crise da democracia vem dela não ser suficientemente democrática. Para ele, há que se observar o fato de a nova governança reconhecer que a autoridade, inclusive a legitimidade do Estado, tem que ser ativamente renovada. Numa sociedade pós-tradicional, esta não pode ser mais legitimada por símbolos tradicionais. A pergunta que se faz é: Como democratizar a democracia? Anthony Giddens afirma que as respostas dependem do contexto, no entanto, a essência da reforma deve ser a mesma em toda parte e pode ser resumida do seguinte modo:

1. descentralização;
2. renovação da esfera pública em busca de transparência;
3. eficiência administrativa;
4. mecanismos de democracia direta;
5. governo como administrador de riscos.

Aumentar a eficácia do Estado não significa apenas aumentar a eficiência da máquina burocrática e aperfeiçoar os mecanismos técnicos de governabilidade; a reforma democrática do Estado exige melhorar as condições de governança do sistema estatal, aperfeiçoando as capacidades de comando e coordenação, mas, principalmente, redefinindo as relações com a sociedade civil mediante a criação e a articulação de canais de negociação entre sociedade e Estado.

Quanto à necessidade de o Estado expandir o papel da esfera pública, tal reforma visa oferecer maior transparência e abertura, bem como introdução de novas salvaguardas contra a corrupção. Não foi por acaso que governos em todo o mundo enfrentaram acusações de corrupção nos últimos anos. Isso não ocorre porque a corrupção está aumentando, mas porque a natureza do ambiente político mudou. Instituições democráticas liberais supostamente bastante abertas na maioria dos países têm na prática dependido de acordos feitos nos bastidores, assegurando privilégios e condescendências. Uma das maiores mudanças a afetar a esfera política é que governos e cidadãos vivem agora cada vez mais num único ambiente de informação. Qualquer tipo de prática é objeto de exame atento. E o alcance do que é considerado corrupto ou inaceitável se amplia.

Uma vez entendido o nexos de causalidade entre controle social e sistema democrático, deve-se entender como se dá essa relação em nosso sistema jurídico. E, para

tanto, vale não apenas consultar a Constituição Federal, mas investigar o seu espírito. Basta entender a mensagem do seu preâmbulo que afirma, sem ambigüidades: “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]”. E continua no art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade justa, livre e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A Constituição Federal estabelece ainda, em seu art. 6º, que: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. A primeira leitura desse dispositivo revela a universalidade desses direitos, já que eles são endereçados a todos os habitantes do país. A Constituição nos revela um caminho para a superação da miséria, social e moral. Infelizmente, ainda não entendida por todos. E também nos revela como devemos construir uma sociedade solidária. Para tanto, ela fixa uma série de direitos que exigem, para seu cumprimento, o trabalho concreto e imediato, não apenas do Estado, mas de toda a sociedade. O detalhamento desses direitos, ainda no âmbito constitucional, está delineado entre os artigos 193 e 232. Entretanto, tais direitos, mesmo quando devidamente configurados na Constituição, dependem de uma regulação infralegal que objetive concretizar normativamente tais disposições constitucionais, de modo que se tornem efetivamente aplicáveis. Por fim, somente esse conjunto de normas não muda a realidade social se não for acompanhada de ações concretas que transformem a vida das pessoas, principalmente as mais carentes, viabilizadas pela adoção de políticas públicas adequadas a esse propósito. Há ainda no corpo da Constituição, fora do Título da Ordem Social, mas relacionado com ele, e detalhados no Título da Ordem Econômica e Financeira, dispositivos relativos às políticas urbanas, fundiária e da reforma agrária, aos direitos do consumidor, sociedades remanescentes de quilombos e acessibilidade das pessoas com deficiência.

Cabe ressaltar que as normas constitucionais concretizadoras, que exigem para sua eficácia implementação de políticas públicas, criaram fundos específicos com fontes de custeio e controle social (conselhos com participação popular), como, por exemplo, os fundos nacional, estaduais e municipais de assistência social, criados pela LOAS (Lei n. 8.742/93).

Já faz parte de nossa realidade institucional o funcionamento de inúmeros conselhos, em todos os níveis da federação, sobretudo na área de seguridade social, notadamente na saúde e educação. Os Conselhos Nacional e Estaduais de Educação, constituídos também por entidades da sociedade civil, têm participado ativamente na formulação e execução de políticas na área de educação. Sem falar no Conselho Nacional de Saúde, que ao lado dos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, vêm formulando, executando e fiscalizando a implementação de políticas públicas de saúde. A participação

da sociedade civil tem sido fundamental para o atendimento das reais necessidades da população, aumentando-se dessa forma o grau de eficiência da gestão das políticas públicas.

Podemos afirmar, sem medo, que os instrumentos normativos colocados a nossa disposição nos permitem avançar na questão da cidadania. Porém, essa evolução não se dará sem o trabalho diuturno de aprimoramento institucional que a nossa jovem democracia sofrerá. E o controle social, como forma de mediar maior participação da sociedade e, conseqüentemente, dando maior legitimidade ao Estado, tem lugar assegurado nesse futuro.

A percepção de que o controle social é fruto da radicalização da democracia pode parecer muito teórica para alguns, mas se revela fundamental na medida em que exterioriza a idéia de que o controle social faz parte de algo muito maior. Trata-se de um movimento histórico em que há um enfraquecimento do Estado em nome de um maior fortalecimento da sociedade.

A diminuição do Estado abre um espaço que é disputado entre duas forças: a Sociedade e o Mercado. Quanto mais a Sociedade ampliar seu espaço, menos o Mercado terá poder. Quanto maior for o espaço do Mercado mais a Democracia terá conteúdo meramente formal. Reduzida que estaria ao exercício do direito de voto e a realização de eleições regulares. Muito pouco para quem deseja uma sociedade emancipada cujo projeto de realização está fundado nas bases da solidariedade e dignidade do ser humano.

TRATADOS INTERNACIONAIS

Novos espaços de atuação do Ministério Público

*André de Carvalho Ramos**

Sumário: 1 Introdução: a proposta. 2 Os novos horizontes do Direito Internacional: a globalização. 3 A soberania revisitada. a) O fenômeno do bloqueio e a transferência de competências. b) O “controle de convencionalidade” das normas nacionais. 4 O impacto do novo Direito Internacional no ordenamento jurídico interno. 5 O novo papel do Ministério Público em face dos tratados internacionais. a) O poder de celebrar tratados. b) A negociação dos tratados. c) O Ministério Público e a Autoridade Central. d) A implementação dos tratados. 6 Conclusão: o novo papel do Ministério Público como fiscal dos tratados internacionais

1 Introdução: a proposta

O presente artigo propõe-se a estudar, após dez anos da edição da Lei Complementar n. 75/93, o novo papel do Ministério Público na elaboração e implementação interna dos tratados internacionais, papel esse até o momento pouco analisado¹.

De fato, a consolidação da autonomia do Ministério Público Federal, após a edição da Constituição e da Lei Complementar n. 75/93, fez com que atribuições tradicionais do Poder Executivo fossem transferidas para aquela instituição, quer de modo exclusivo, quer de modo concorrente, entre elas, respectivamente a persecução criminal em juízo e a proteção de interesses difusos e coletivos.

Os tratados internacionais, como veremos, cada vez mais abordam tais atribuições, tendo em vista a globalização e a crescente internacionalização do ordenamento jurídico.

Logo, não pode o Ministério Público quedar-se inerte, deixando para o Poder Executivo a tarefa de negociar, até porque caberá ao próprio Ministério Público implementar futuramente as normas internacionais que venham a atingir diretamente as atribuições ministeriais.

Por exemplo, como abordaremos a seguir, é impensável a omissão do Ministério Público na negociação de tratados de cooperação para fins penais, deixando tal tarefa para o Poder Executivo (como tradicional), uma vez que a Constituição e a Lei Complementar n. 75/93 consagraram a titularidade exclusiva do *parquet* da ação penal pública, deixando pouco espaço ao próprio Poder Executivo.

* André de Carvalho Ramos é Procurador da República, Doutor em Direito Internacional (USP), autor dos livros *Direitos humanos em juízo – comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos* (Max Limonad, 2001) e *Processo internacional de direitos humanos* (Ed. Renovar, 2002).

¹ Algumas das déias contidas neste artigo foram abordadas na palestra do Autor no Seminário *Constituição em Crise ou Constituição Desafiada?*, realizado em Belo Horizonte, de 4 a 6 de novembro de 2002.

A implementação dos tratados também será aqui abordada, pois vários deles criam obrigações internacionais que são de atribuição do Ministério Público, como, por exemplo, os inúmeros tratados de proteção de direitos humanos.

O Ministério Público Federal, como veremos, é ator privilegiado nessa questão, uma vez que, em vários casos, a persecução criminal ultrapassa fronteiras, o que atrai a competência da Justiça Federal e por conseguinte a atribuição do MPF², e também porque, no âmbito cível, as causas baseadas em tratados internacionais são de competência da Justiça Federal³, fixando-se a atribuição do *parquet* federal no âmbito da tutela de interesses difusos e coletivos.

Para cumprir a proposta deste artigo, abordaremos, de início, o atual desenho do Direito Internacional, não mais reduzido, como outrora, a normas relativas à guerra e à paz entre os Estados. Após, verificaremos o impacto de tal desenvolvimento sobre o conceito tradicional de soberania e igualdade entre os Estados.

Analisaremos, então, a nova função do Direito Internacional, fornecendo regras de conduta e meios de proteção diretamente aos indivíduos, reconfigurando toda a relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

Após, analisaremos o papel tradicional do Poder Executivo na elaboração dos tratados internacionais e a nova inserção do Ministério Público nessa temática.

Ainda, analisaremos o papel do Ministério Público na implementação de tais tratados, o que também legitima a sua participação no processo de elaboração.

A título de conclusão, palmilhamos a perspectiva da atuação do MPF nessa temática, para completa implementação dos ditames da Constituição e da Lei Complementar n. 75/93.

2 Os novos horizontes do Direito Internacional: a globalização

O Direito Internacional possui hoje normas que regem temas como direitos humanos, meio-ambiente, integração regional e cooperação interjurisdicional, entre outros, o que retrata forte desenvolvimento da disciplina desde a chamada época clássica, na qual as normas internacionais regiam apenas o relacionamento formal dos Estados na paz e as regras mínimas de conduta na guerra⁴.

Hoje, tal simplificação de conteúdo é um passado distante. Já no século passado, a cooperação entre os Estados é tida como essencial para a sobrevivência do homem. Pela primeira vez em toda história, a humanidade da Era Nuclear enfrentava o risco do desaparecimento, não de um Estado ou outro, mas sim da própria espécie.

Além disso, iniciavam-se as preocupações ambientais, também capazes de ameaçar a sobrevivência da vida, uma vez que, como fruto paradoxal da corrida espacial, o homem descobre-se, em plena década de 70, preso ao planeta Terra.

² Artigo 109, inciso V, da Constituição.

³ Artigo 109, inciso III, da Constituição.

⁴ A obra considerada um marco fundador do Direito Internacional moderno, *De jure belli ac pacis* (Paris, 1625), de Hugo Grócio, era naturalmente relativa ao direito da guerra e da paz.

Logo, o Direito Internacional ancorado em regras limitadas relativas a temas tradicionais, como representação diplomática, imunidade de jurisdição, determinação do território, bem como no regramento das soluções de controvérsias, revelava-se perigosamente insuficiente para assegurar a vida pacífica e com um mínimo de qualidade do homem no globo. O século XX, então, assistiu a uma clara expansão do Direito Internacional.

Por outro lado, o início do século XXI é marcado pela transição e por um estado de indefinições e reconfiguração dos papéis tradicionais exercidos pelos Estados na esfera internacional.

Temos diante de nós uma era dita pós-moderna ou transmoderna⁵, na qual a segurança jurídica tradicional e a dogmática da racionalidade cedem espaço a inovações normativas para atender a finalidades ainda não satisfeitas do fenômeno conhecido como globalização.

Para Giddens, a globalização ou mundialização é um processo de diminuição das distâncias entre os Estados e regiões, agora relacionadas entre si⁶. A globalização acelerou, por meio do extraordinário avanço tecnológico, a aproximação entre os Estados, ampliando mercados, eliminando barreiras e redefinindo, por assim dizer, os conceitos básicos do Direito Internacional, baseado no poder soberano e na igualdade entre os Estados, atores privilegiados e primários da sociedade internacional, sendo certo ainda que tal fenômeno gera conflitos sociais e crise de valores tradicionais⁷.

De fato, milhares de quilômetros de distância são percorridos em frações de segundo pela informação computadorizada. O comparecimento a uma reunião de negócios em outro continente, que exigiria dias ou meses em outras épocas, passa a ser trivial, bem como o acesso a bens e valores de outras culturas.

O conceito de distância e conseqüentemente do outro se modifica.

Não é preciso estender-se muito sobre o impacto de tal realidade no Direito Internacional, uma vez que, agora, atividades locais são eivadas de nuanças transfronteiriças, obrigando o Estado, no desejo de adaptar-se a tal dinâmica, a concordar (ou a se submeter...) com a invasão de normas internacionais em praticamente todos os campos da atividade humana.

Para citar dois novos campos apenas de domínio recente do Direito Internacional basta lembrar da instalação do primeiro Tribunal Penal Internacional permanente na história

⁵ Ver o conceito de transmodernidade em SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Ed. Cortez, 2000, em especial p. 186.

⁶ Ensina Giddens que, "globalisation refers essentially to that stretching process, insofar as the modes of connection between different social contexts or regions become networked across the earth's surface as a whole". Ver in GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Stanford: Stanford University, 1990. p. 64.

⁷ Ver sobre a globalização e seus efeitos em SCHIRM, Stefan. *Mercados globais e margem de ação do Estado*. Trad. Sonali Bertuol. São Paulo: Centro de Estudos Fundação Konrad Adenauer, 1999. Ainda, cite-se a obra coletiva organizada por José Eduardo Faria, a saber: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

da humanidade⁸ e ainda a formação de novos blocos econômicos, com a ALCA (Área de Livre-Comércio das Américas) como novidade para a primeira década do século⁹.

Contudo, há de ser mencionado que também o próprio Direito Internacional deixa de ser restrito aos iniciados e aos diplomatas, passando a ser discutido literalmente *on line*.

Atualmente, apenas para citar dois exemplos, é possível acessar diretamente a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio de sítios na rede mundial de computadores.

Há, assim, o que Giddens denomina de “*disembedding*”, ou seja, a retirada de determinada relação social de seu contexto tradicional, readaptando-a em um contexto espacial e temporal distinto¹⁰. Os operadores locais do Direito, então, estão a quebrar o monopólio quase que absoluto do estudo das normas internacionais, restrito a poucos iniciados e aos diplomatas.

Ao assim proceder, há a captura do Direito Internacional pelo jurisdicionado brasileiro, que o absorve como norma equiparada à norma nacional, passando a ter na norma jurídica internacional e no acesso a jurisdições internacionais um meio de proteção contra práticas locais socialmente injustas.

Por outro lado, o próprio indivíduo e suas projeções de Direito interno (sociedades comerciais e organizações não-governamentais) passam a ter papel de protagonistas no cenário internacional, ampliando o número de atores desse plano jurídico, até então reduzidos ao Estado e às organizações internacionais.

Basta lembrar do direito de petição e do direito de ação titularizados pelos indivíduos em várias passagens do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹¹, ou a participação ativa das organizações não-governamentais no próprio Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, ou ainda a participação de indivíduos e organizações não-governamentais em Conferências internacionais de relevo, como a que ocorreu em Durham na África do Sul, em 2001.

3 A soberania revisitada

O processo visto acima resulta em desafio a Constituições como a brasileira, forjadas no molde da soberania tradicional e retratando ambições de regulação de todas as facetas da vida social, agora repleta de normas internacionais que disputam espaço normativo com a própria Constituição.

Resta saber qual é a consequência dessa disputa pelo mesmo espaço normativo no tormentoso relacionamento entre a norma constitucional e a norma internacional.

⁸ Ver sobre o Tribunal Penal Internacional in AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁹ Sobre a ALCA, ver os três volumes da coleção “Série Alca”, organizada por José Augusto Guilhon Albuquerque e Henrique Altemani Oliveira (Ed. FTD, 1998).

¹⁰ Ver in GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Stanford: Stanford University, 1990. p. 21.

¹¹ Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos – Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

Para tanto, analisaremos topicamente fenômenos resultantes do impacto desse novo Direito Internacional no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, o fenômeno do *bloqueio* e o conexo fenômeno da *transferência* e finalmente o *controle de convencionalidade*. Cabe notar que os fenômenos abaixo descritos são inter-relacionados, até porque possuem origem comum, que vem a ser a expansão do Direito Internacional nesta época de globalização.

a) O fenômeno do bloqueio e a transferência de competências

Identifico como primeiro impacto do Direito Internacional do século XXI a consolidação do *bloqueio de competências*, pelo qual um tratado internacional com dispositivos genéricos, muitos deles a exigir interpretação posterior de órgãos internacionais previstos no próprio tratado, é usado como mecanismo de bloqueio de discussão e produção normativa interna.

Assim, busca-se neutralizar a agenda política interna pelo recurso à ratificação de tratados, que impõe, como sabido, deveres ao Estado, deveres esses que podem ser utilizados para impedir que rearranjos de forças políticas internas possam levar a nova orientação normativa nacional.

Para Guilhon Albuquerque, “através de um acordo externo, de um acordo internacional, compromissos aos quais os Estados não podem faltar, trata-se de retirar da agenda interna o debate sobre o processo de ajuste, a liberalização e outros temas”¹².

Tal fenômeno, muito comum em processos de integração, fornece ao mesmo tempo segurança jurídica aos demais parceiros internacionais do Brasil e impede o retrocesso, que pode ser movido apenas por interesses conjunturais e maiorias de momento.

O desenvolvimento desse fenômeno nos dias de hoje é evidente e pressupõe tanto a ratificação de tratados com textos normativos genéricos, sujeitos a interpretação posterior por órgãos internacionais, quanto a impossibilidade ou a dificuldade de denúncia do mesmo tratado por parte do Estado brasileiro.

Basta lembrar da adesão brasileira ao acordo instituidor do Fundo Monetário Internacional ou da nossa adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos, para citar dois exemplos de alcance ideológico diverso.

Em ambos os casos, o conteúdo normativo do tratado é genérico, podendo ser utilizado para justificar políticas socialmente injustas ou para aumentar a proteção dada ao jurisdicionado brasileiro, a depender da interpretação e da gestão do tratado pelos seus órgãos de cúpula.

De qualquer modo, é engessada a agenda legislativa interna, inclusive eventual reforma constitucional, em face de compromissos internacionais fundados em dispositivos genéricos, cujo alcance é de difícil percepção no momento da tradicional e, muitas vezes, pouco debatida aprovação congressional dos tratados internacionais.

¹² O citado autor denomina tal fenômeno de constitucionalização do Direito Internacional. Ver GUILHON ALBUQUERQUE, José Augusto. A integração regional no continente americano. In: *Alca – relações internacionais e sua construção jurídica*. São Paulo: Ed. FTD, 1998. v. 1, p. 9.

O bloqueio de competências gera o efeito conexo da *transferência*, pelo qual desenvolvimentos futuros de uma determinada matéria são frutos do trabalho de organismos internacionais, que, amparados pelos dispositivos genéricos de um determinado tratado, tem clara função de criação de um direito derivado. Dijk denomina tal função como *creative function*.

No atual estágio de redação das normas internacionais, essa função é de crucial importância para superar a *vagueza e as imperfeições* existentes no texto normativo¹³.

Assim, continuando o exemplo visto acima na seara de direitos humanos, discutem-se contornos da liberdade de expressão e informação jornalística no plano da interpretação do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que foi efetivamente realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu célebre Parecer Consultivo n. 5, no qual foi estabelecido que ofende a Convenção eventual exigência de diploma de curso superior específico para o exercício da profissão de jornalista¹⁴.

b O “controle de convencionalidade” das normas nacionais

Nasce, então, fruto dessa expansão do Direito Internacional, o chamado “controle de convencionalidade”, pelo qual as normas locais passam a ter a compatibilidade aferida diante das normas internacionais.

Esse controle de convencionalidade pode ser feito de modo unilateral pelos demais Estados participantes da sociedade internacional, o que é o modo tradicional de apuração do respeito por um Estado de suas obrigações internacionais, uma vez que a sociedade internacional é uma sociedade ainda marcada pelo voluntarismo, sendo paritária e descentralizada¹⁵.

Contudo, o modo unilateral é questionável, tendo em vista que estabelece o *judex in causa sua*.

Um segundo modo de controle de convencionalidade é aquele feito por mecanismos coletivos, nos quais é apurado se determinada conduta do Estado (por exemplo, a edição de lei, a prolação de uma sentença ou um ato administrativo) é compatível com as normas internacionais.

Como já expus em obra anterior, “As diferenças são claras: no mecanismo unilateral prevalece o princípio do *judex in causa sua*, o que é substituído, nos mecanismos

¹³ Como ensina Dijk, “A supervisão internacional não tem somente uma função de revisão e correção; [...] tem um efeito preventivo e sua interpretação tem um efeito criador” (trad. do Autor). Ver in DJIK, Pieter van. Normative force and effectiveness of International norms. 30 *German Yearbook of International Law*, p. 28, 1992.

¹⁴ Tal parecer consultivo foi, após, utilizado como um dos fundamentos de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público Federal, perante a 20ª Vara Federal de São Paulo, que atacou a exigência, prevista em Decreto-Lei da época da ditadura militar, do diploma de jornalista no Brasil, o que foi acatado em decisão de tutela antecipada em 2001. Ver Ação Civil Pública, Autor: Ministério Público Federal, Réu: União Federal, Autos n. 2001.61.0002596-3, 16ª Vara Federal de São Paulo.

¹⁵ Segundo Carrillo Salcedo, a sociedade internacional é “una sociedade paritaria y descentralizada, relativamente inorganica, en la que el destinatario de la norma se confunde con el legislador y en la que logicamente el acuerdo resulta ser la preza maestra en el proceso de creación de la norma”. Ver in CARRILLO SALCEDO, J. A. *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Editora Tecnos, 1985. p. 97-98.

coletivos, por procedimentos onde a imparcialidade e o devido processo legal imperam no processamento da responsabilidade internacional do Estado”¹⁶.

Cite-se, pela importância da temática de direitos humanos, o reconhecimento, pelo Brasil, da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. De fato, exemplo marcante do controle de convencionalidade efetuado por mecanismo coletivo, afetando o Brasil, é aquele feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quer na sua jurisdição contenciosa, quer na sua jurisdição consultiva¹⁷.

Desde o final de 1998¹⁸, aceitou-se que um órgão internacional, a Corte Interamericana, passe a ser o intérprete definitivo de direitos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esses direitos, a par de uma redação genérica e por isso mesmo sujeita a ponderação de interesses, tem impacto direto na vida de qualquer brasileiro (como, por exemplo, direito à vida, direito à igualdade, devido processo legal, entre outros)¹⁹.

Recentemente, ocorreu o primeiro fruto do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte: a pedido da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte aprovou as chamadas “medidas provisórias” contra o Brasil, para que fossem tomadas medidas urgentes para garantia do direito à vida e do direito à integridade física dos presos da Penitenciária Estadual Urso Branco²⁰.

Por outro lado, analisando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observamos que nenhum ato ou norma nacional escapa de sua apreciação.

Mesmo normas constitucionais podem vir a sofrer o crivo da compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, como ocorreu no caso “*Última Tentación de Cristo*”, no qual a Corte considerou que a redação do artigo 19 da Constituição chilena ofendia a liberdade de informação prevista na Convenção, o que obrigou o Estado a reformar seu texto constitucional²¹.

Além do citado controle de convencionalidade realizado pelas decisões da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, podemos citar também as decisões do órgão de solução de controvérsias da OMC (Organização Mundial do Comércio) e até

¹⁶ Ver em RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

¹⁷ Ver sobre os casos da Corte em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

¹⁸ O Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte por meio de nota transmitida ao Secretário-Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998.

¹⁹ Ver a análise teórica dos direitos humanos e sua concretização pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

²⁰ A tradução oficial do termo em inglês “provisionary measures” foi “medidas provisórias”, constantes do artigo 63, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas que, com a devida vênia, vem a retratar “medidas cautelares”. *In verbis*, Artigo 63. 2: “Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as *medidas provisórias* que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos aos seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão”.

²¹ O caso é relativo à censura ao filme “A última tentação de Cristo”, censura esta embasada no artigo 19 da Constituição chilena. Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso “La Última Tentación de Cristo”*, Voto concorrente do Juiz Caçado Trindade, Sentença de Mérito de 5 de fevereiro de 2001, Série C, n. 73.

o mecanismo arbitral de solução de controvérsias do Mercosul (Protocolo de Brasília e Protocolo de Olivos).

Isso sem contar a subordinação brasileira às resoluções vinculantes do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas²², que, após o fim da Guerra Fria, renasce como fonte produtora de normas internacionais de cumprimento compulsório, fazendo com que normas internas possam ser submetidas à apreciação do Conselho em nome da “paz e da segurança internacionais”²³.

4 O impacto do novo Direito Internacional no ordenamento jurídico interno

A paralisia da evolução da ordem jurídica interna (por via legislativa ou por interpretação judicial) para que sejam respeitados os compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil ou, ainda, a imposição de adequação e reforma de atos e normas nacionais para que sejam compatíveis com a normatividade internacional (tal qual ela é interpretada pela sociedade internacional...) exige do estudioso uma análise, mesmo que breve, da relação do Direito Internacional e do Direito Interno.

O Direito Internacional exige dos Estados o cumprimento de suas normas e impõe relação privilegiada em face do Direito Interno, o que pode ser contrário a determinados posicionamentos comuns em nossa doutrina constitucionalista e mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, a praxe republicana de incorporação interna de tratados internacionais exige a aprovação do tratado pelo Congresso (fase do decreto legislativo) e a sua posterior promulgação pelo Poder Executivo (fase do decreto executivo).

Com efeito, o Poder Judiciário brasileiro, ao interpretar a nossa lei fundamental, afirma, por meio da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, que *é necessária a incorporação interna das normas convencionais internacionais através de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder Executivo*.

Cabe lembrar que, conforme já tive a oportunidade de sustentar, “no Brasil, há patente omissão de nossa Constituição em face do *status* normativo interno tanto das normas

²² Vide os casos das sanções à África do Sul, na década de 80, a crise da Guerra do Golfo em 1990 e, recentemente, as deliberações relativas à rede terrorista de Osama Bin Laden. Todas as resoluções foram cumpridas pelo Brasil, em geral por meio de decretos presidenciais.

²³ A liberdade do Conselho de Segurança em dispor sobre o que vem a ser uma “ameaça a paz e segurança internacionais” tem sofrido críticas, e há aqueles que clamam por um *judicial review* a ser efetuado pela Corte Internacional de Justiça. Em obra anterior, ao analisar limites à ação do Conselho de Segurança, sustentei que, caso prevalecesse o entendimento (às vezes encontrado entre autores dos países desenvolvidos), que cabe, imperialmente ao próprio Conselho definir o que vem a ser uma “ameaça a paz e segurança internacionais”, chegaríamos a situação na qual “[...] o Conselho não estaria, obviamente, restrito nem pelo Direito Internacional, já que sua interpretação do que seria a ‘real’ Carta da Organização das Nações Unidas e o ‘real’ Direito Internacional seriam inquestionáveis, tudo em nome do caráter político das decisões do Conselho de Segurança”. Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos – Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

internacionais convencionais, quanto das normas não-convencionais protetivas. A omissão do constituinte originário transferiu o ônus da decisão ao Poder Judiciário, que interpretando a nossa lei fundamental, afirma, através da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, que é necessária a incorporação interna das normas convencionais internacionais através de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder Executivo”²⁴.

Como exemplo recente, cite-se que, na Carta Rogatória n. 8.279, o Supremo Tribunal Federal recusou-se a aplicar o Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul, que já havia sido assinado, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado, mas que não havia ainda sido promulgado por Decreto do Presidente da República²⁵.

Com isso, acatou-se uma visão, no mínimo, próxima do dualismo, quando se exige a aprovação do tratado por meio de um Decreto Legislativo, sendo ainda necessária a promulgação do tratado por Decreto do Poder Executivo.

De fato, apesar de variados autores denominarem a opção do Egrégio Supremo Tribunal Federal de “monismo moderado”, defende Nádia de Araújo e Inês da Matta Andreiullo que “este sistema, de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, só pode ser considerado dualista”²⁶.

Já em relação à hierarquia normativa, observo que o *estatuto normativo* do tratado já incorporado internamente é de mera lei ordinária, conforme jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal²⁷.

Com isso, para o Supremo Tribunal Federal “[...] as normas previstas nos atos, tratados, convenções, ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Judiciário e promulgadas pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias”²⁸.

Como consequência, não há a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, já que, para a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de conflito entre essas normas deve ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece) ou pela aplicação do critério da especialidade²⁹.

Contudo, o Brasil, após a ratificação dos tratados internacionais, tem a obrigação internacional de seu cumprimento em boa-fé, devendo zelar que os atos do Poder Executivo,

²⁴ Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos – Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

²⁵ Ver em Carta Rogatória 8.279 – República Argentina. Ministro Celso de Mello, Presidente.

²⁶ Ver ARAUJO, Nadia; ANDREIULLO, Inês da Matta. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: ARAUJO, Nadia; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Os direitos humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999. p. 110.

²⁷ Sobre a visão do STF sobre o Direito Internacional, ver a preciosa obra de MAGALHAES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma visão crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

²⁸ Ver Adin n. 1.480-3, medida liminar – rel. Min. Celso de Mello, *Informativo do STF*, Brasília, Assessoria do STF, n. 48, 1996, p. 1.

²⁹ Ver in Carta Rogatória 8.279 – República Argentina. Ministro Celso de Mello, Presidente, grifos do original foram retirados.

as decisões do Poder Judiciário (mesmo as do Excelso Pretório), as normas constitucionais e legais, ou seja, todo nosso ordenamento jurídico seja compatível com o que foi mencionado nesses tratados.

Com efeito, observo que a prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é de considerar a norma interna um “mero fato”, que expressa a vontade do Estado.

Nesse sentido, cite-se a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional que estabeleceu que “From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures”³⁰.

Ou seja, não se reconhece sequer o caráter jurídico das mesmas normas, uma vez que o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado (sujeito primário do Direito Internacional, por possuir, além da personalidade jurídica, também capacidade legislativa) é considerado *uno* perante a comunidade internacional.

Com isso, o direito interno só será utilizado se norma internacional a ele fizer remissão, ou seja, como ensina o Professor Guido Soares, “os tribunais internacionais e os árbitros, somente aplicarão normas dos sistemas jurídicos nacionais à medida que elas sejam integrantes do sistema normativo internacional, em virtude da operação das fontes do direito internacional”³¹.

Logo, para o Direito Internacional, os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente.

Conseqüentemente, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados.

Tal entendimento deve estar nas mentes de todos os operadores do Direito interno, em especial os membros dos órgãos de cúpula do Estado brasileiro.

Assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como “norma suprema”, mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui o mesmo entendimento, que foi ressaltado em vários casos. Digno de nota é o Parecer Consultivo n. 14, no qual a Corte, conforme já comentei anteriormente em obra específica, “[...] concluiu que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado

³⁰ Corte Permanente de Justiça Internacional. *Certain German interests in Polish Upper Silesia* (Merits), julgamento de 25 de maio de 1926, P.C.I.J., *Serie A*, N. 7, p. 19.

³¹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. v. 1, em especial p. 203.

ao ratificar a Convenção constitui uma violação desta e, na hipótese de violar direitos e liberdades de titularidade de indivíduos determinados, gera a responsabilidade do Estado”³².

Com isso, em vista do tema em estudo, o Estado brasileiro não pode justificar o descumprimento de uma obrigação internacional alegando a existência de norma constitucional ou mesmo utilizando em sua defesa a teoria da “separação dos poderes” e o respeito à posição reiterada do Supremo Tribunal Federal.

Para o Direito Internacional³³ tais justificativas são inócuas e desprovidas de razão.

As decisões judiciais internas, as normas constitucionais e todas as demais normas e atos internos são apreendidos pelo juiz internacional como meros fatos praticados pelo Estado, não importando qual foi o órgão interno realizador dele (Supremo Tribunal Federal, membro do Poder Executivo, como um delegado da Polícia Federal, ou mesmo o Poder Constituinte Originário).

5 O novo papel do Ministério Público em face dos tratados internacionais

a) O poder de celebrar tratados³⁴

O poder de celebrar tratados, ou *treaty making power*, é expressão polissêmica e merece considerações introdutórias. Francisco Rezek preleciona que, entre os diversos conteúdos do termo, há de se preferir aquele correspondente ao estudo da formação da vontade em se comprometer internacionalmente. Assim, o poder de celebrar tratados consiste naquela competência estabelecida pelo ordenamento jurídico nacional para determinar o modo legítimo de celebração de um tratado³⁵.

Para o Direito Internacional³⁶, o modo e o exercício do poder de celebrar tratados é matéria de domínio reservado de cada Estado, devendo ser investigado, em geral, no âmbito das normas constitucionais, variando de país para país.

No caso brasileiro, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu, em seu artigo 21, inciso I, que “compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. No que tange às funções do Presidente da República, ficou estabelecida sua competência privativa para “celebrar tratados, convenções e atos

³² Ver mais in RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em júízo*. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 449.

³³ Em relação ao nosso tema, é importante frisar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos adota essa linha de pensamento, que, como já vimos, é praticamente uniforme na prática dos Estados, dos tribunais arbitrais internacionais etc.

³⁴ Ver, sobre o tema, MEDEIROS, Antonio Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1997.

³⁵ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*- curso elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Ver também, sobre o tema, ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. *Manual de direito internacional público*. Edição atualizada por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁶ O processo de formação dos tratados entre Estados é regido pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. O Brasil assinou a Convenção em 23 de maio de 1969, mas ainda não a ratificou, estando ainda o tratado na fase da aprovação congressional. Entretanto, a Convenção, na maior parte de seus artigos, apenas codificou o direito consuetudinário vigente sobre o tema, que, é claro, obriga o Brasil.

internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII). Por outro lado, ao Congresso Nacional coube a competência também exclusiva de “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I).

Assim, nesses poucos dispositivos, ficou estruturada a chamada teoria da “junção de vontades”, que consiste em ter sido o poder de celebrar tratados no Brasil dividido entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, em verdadeiro sistema de *checks and balances*, no qual é almejado o controle mútuo no importante processo de obrigar o Estado brasileiro no plano internacional.

A dinâmica da formação da vontade do Estado brasileiro para se comprometer perante um tratado internacional é singela. Após o encerramento da fase de negociação de um tratado, o Poder Executivo encaminha, querendo, mensagem presidencial ao Congresso Nacional, solicitando a aprovação congressual ao texto do tratado. Em que pese à tradição e ao jargão doutrinário, considero que é solicitada, na verdade, aprovação parlamentar ao texto do “*futuro* tratado”³⁷, pois o engajamento internacional do Estado brasileiro só será feito adiante, como veremos.

O Congresso Nacional, por seu turno, ao receber a mensagem presidencial em questão, inicia processo legislativo visando a aprovação de *decreto legislativo*, espécie normativa que consta do artigo 59, inciso VI, da Constituição, reservada à aprovação de matéria de competência privativa do Congresso. No caso de rejeição do projeto de decreto legislativo, não pode o processo de formação da vontade brasileira de se comprometer internacionalmente prosseguir.

Caso haja a edição do decreto legislativo, cabe ao Poder Executivo decidir sobre a ratificação ou adesão ao texto do tratado, que consiste no ato unilateral pelo qual o Estado brasileiro finalmente manifesta sua vontade de celebrar o tratado internacional. Como já vimos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adotando a visão dualista, exige ainda a incorporação do texto do tratado (agora, sim, tratado, pois o acordo já está celebrado após a ratificação brasileira) ao ordenamento jurídico interno, por meio do chamado decreto presidencial ou decreto executivo.

Assim, há verdadeiro processo de conjunção de vontades, no qual participam os Poderes Federais do Executivo e do Legislativo. Sem a anuência desses dois Poderes não é possível, por via de regra³⁸, o engajamento internacional do Estado brasileiro, sendo adotada, na linha da tradição republicana, a teoria dos atos complexos³⁹.

³⁷ No mesmo sentido, ver ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1956. t. 2, p. 411.

³⁸ Foge ao escopo deste estudo a análise da existência do chamado “acordo-executivo” (tratado em forma simplificada) no ordenamento jurídico brasileiro. Apoiando a existência de tratados celebrados com a solitária vontade do Poder Executivo, encontram-se Hildebrando Accioly e Francisco Rezek. CONTRA, há a abalizada opinião de Haroldo Valladão.

³⁹ Ver mais in MERCADANTE, Araminta A. A processualística dos atos internacionais: Constituição de 88 e Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba. *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996. p. 458-505.

O Poder Judiciário e o Ministério Público, contudo, atuam, tradicionalmente, apenas após a incorporação do tratado ao nosso ordenamento jurídico.

No que tange ao Poder Judiciário, cabe lembrar que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, “quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de *tratado*” (CF, art. 102, III, *b*). Por seu turno, cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, “quando a decisão recorrida contrariar tratado [...], ou negar-lhes vigência”.

Por fim, estabelece o artigo 109, inciso III, da Constituição que compete aos juízes federais processar e julgar “[...] as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”, bem como “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (inciso V).

Veremos, a seguir, a ampliação do papel do Ministério Público na formação e na implementação dos tratados internacionais no Brasil.

b) A negociação dos tratados

Como abordado acima, o Estado brasileiro negocia seus tratados internacionais por meio de seus representantes, em geral do Poder Executivo.

Em face da diversidade atual dos temas de Direito Internacional, é evidente que há inúmeros tratados internacionais afetos à atuação do Ministério Público, existindo aqueles mesmos que todo seu conteúdo interessa somente ao *parquet*, como é o caso dos tratados relativos à cooperação judiciária, em especial à investigação criminal.

Ora, sendo o Ministério Público titular exclusivo da ação penal e destinatário natural da investigação criminal, é claro que todo o discutido no âmbito de tal tratado afetará sobremaneira ente que não participa da negociação.

Surgem, inevitavelmente, as ineficiências naturais do modelo tradicional vigente hoje: contradições, omissões e desatendimento de necessidades elementares, uma vez que *o ente negociador não é aquele ao qual o tratado se destina, nem será o seu aplicador*.

Há, então, necessidade premente de integrar, de modo institucional (evitando-se bases voluntaristas, vistas nos últimos anos, nos quais era convidado um Procurador a fim de legitimar o processo de negociação), o Ministério Público nas negociações dos tratados⁴⁰.

É claro que não se pretende afastar o Poder Executivo das negociações. A tradição e a *expertise* em negociação do Ministério das Relações Exteriores é inegável. Mas ocorre que a parte técnica da negociação de tais tratados que afetam o *parquet* tem sido realizada no âmbito institucional do Ministério da Justiça.

⁴⁰ Reconheço, como já mencionei acima, a gentileza, vista nos últimos anos, dos titulares de órgãos específicos do Ministério da Justiça em convidar Procuradores para acompanhar negociações. Ocorre que defendo, conforme exposto, a participação institucional do *parquet*, e não uma participação isolada de alguns membros. Ademais, a participação institucional forja, a médio e a longo prazos, políticas institucionais relativas aos temas em discussão nos tratados internacionais.

Entretanto, há de ser acompanhada a evolução constitucional e legal do Ministério Público brasileiro, que não mais se subordina ao Poder Executivo. Com efeito, o Ministério da Justiça perdeu seu braço criminal mais evidente, uma vez que a Polícia Federal, no seu papel de Polícia Judiciária, deve cumprir a supervisão externa do *parquet*.

Interessante paradigma pode ser buscado na Lei n. 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações, que estabeleceu ser a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) competente para representar o Brasil em organismos internacionais de telecomunicações⁴¹. De fato, com o esvaziamento constitucional e legal do Ministério das Comunicações, cabe à Anatel zelar pelos interesses brasileiros perante a comunidade internacional.

Tal cuidado de integrar o Ministério Público, em bases institucionais, na negociação dos tratados afetos à sua atribuição, evitaria o desgaste brasileiro em face de seus parceiros internacionais, na eventual rejeição do teor do tratado pelo Congresso Nacional, ou sua não-implementação, em face de suas ineficiências, como veremos a seguir.

c) A atuação no Congresso Nacional

A chamada fase da aprovação congressual, como visto acima, é fundamental para que um tratado possa a ser celebrado pelo Brasil. No Congresso Nacional, então, há a discussão sobre a compatibilidade do texto do futuro tratado com a Constituição, bem como o estudo sobre a conveniência e a oportunidade na sua celebração.

A participação do Ministério Público nos debates perante as Comissões de Relações Exteriores das duas Casas é essencial para fornecer subsídios aos parlamentares, bem como informar sobre a conveniência do texto do futuro tratado.

Além disso, caso o tratado em análise permita a adoção de reservas⁴², o Ministério Público pode sugerir ao Congresso que aprove o texto do tratado, com determinação ao Poder Executivo de apor reservas no momento da sua ratificação.

d) O Ministério Público e a Autoridade Central

As possíveis ineficiências do próprio conteúdo do tratado podem frustrar a comunidade internacional e nacional.

Cito, como exemplo, o papel da Autoridade Central no caso de cooperação penal na fase de investigação criminal. Há casos de morosidade no trâmite perante a Autoridade Central designada, em geral o Ministério da Justiça, cujo papel é de mero eixo de transmissão de correspondências, uma vez que não tem atribuição criminal.

⁴¹ Lei n. 9.472/97 – Art. 19. *À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [] II – representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações, sob a coordenação do Poder Executivo; [...] XXXI – promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, com vistas à consecução de objetivos de interesse comum.*

⁴² A reserva é instituto do Direito dos Tratados, que consiste em ato unilateral, pelo qual o Estado, no momento da ratificação de um tratado, manifesta sua vontade de modificar ou excluir determinada cláusula convencional. Ver mais em BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Como explicar que o próprio Ministério Público Federal não possa vir a ser Autoridade Central, como ocorre com a Convenção de Nova York sobre Alimentos?

Para vários parceiros internacionais, a nomeação do Ministério da Justiça como Autoridade Central não gera dúvidas, pois o Ministério Público é parte integrante do Poder Executivo, e o Procurador-Geral responde ao próprio Ministro da Justiça.

Mas tal situação não existe no Brasil.

Após conhecer com maior detalhamento nossa Constituição e leis de regência, várias autoridades estrangeiras frustram-se com a delonga e com a impossibilidade da Autoridade Central brasileira em se comprometer com determinada conduta, uma vez que lhe falece atribuição constitucional para agir.

Recentemente, em caso concreto da Procuradoria da República de São Paulo envolvendo a aplicação da Convenção de Haia sobre subtração de incapazes, que estabelece prazo de até um ano da subtração para a restituição simplificada do incapaz, a Autoridade Central federal brasileira demorou *mais de um ano* para meramente repassar o pedido da Autoridade Central Argentina ao Ministério Público Federal⁴³.

Em face da delonga, o incapaz foi devolvido, nesse intervalo, à Argentina graças a ação individual proposta pela família.

Assim, urge a negociação dos textos dos tratados internacionais de modo a espelhar o novo modelo acusatório da Constituição Federal, bem como as atribuições criminais e de tutela coletiva do Ministério Público.

e) A implementação interna dos tratados: o artigo 109, inciso III, da Constituição

Outro papel que incumbe ao MPF em relação ao Direito Internacional refere-se à iniciativa de implementar as obrigações internacionais contraídas pelo Brasil.

Como já visto, os tratados internacionais podem conter uma diversidade impressionante de temas e de correlatas obrigações de fazer e não-fazer.

A título exemplificativo, citem-se os tratados internacionais de direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Conforme já expus anteriormente, as obrigações convencionais de proteção de direitos humanos são, após a incorporação interna dos tratados de direitos humanos, verdadeiras obrigações legais, que, se não cumpridas *sponte própria* pelo Estado brasileiro, podem ser exigidas judicialmente pelo Ministério Público⁴⁴.

Ou ainda, segundo Cançado Trindade, “O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais”. A consequência disso, para o mestre de Brasília, é que “o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano”⁴⁵.

⁴³ O pedido foi repassado para órgão do MPF em Brasília e não para o do local onde residia o suposto subtrator, o que ocasionou mais delonga.

⁴⁴ Ver in RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos – análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 340.

⁴⁵ Ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Org.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Brasília/São José: IIDH, 1996. p. 235.

Nesse ponto, exsurge a atribuição do Ministério Público Federal, uma vez que o artigo 109, inciso III, da Constituição estabelece ser competente a Justiça Federal (*rectius*: jurisdição) quando a causa basear-se em tratado internacional.

Logo, no inadimplemento de obrigação internacional estabelecida em tratado internacional, cabe ao Ministério Público Federal o dever de promover sua imediata implementação, quer por meio de sua atuação extrajudicial, quer por ações próprias (por exemplo, a ação civil pública).

6 Conclusão: o novo papel do Ministério Público como fiscal dos tratados internacionais

O Ministério Público brasileiro é uma instituição independente, que exerce, de acordo com a Constituição de 1988, uma função essencial à Justiça, não se subordinando a nenhum dos Poderes da República, quer seja o Poder Executivo, Legislativo ou mesmo o Poder Judiciário.

De fato, conforme preleciona Hugo Nigro Mazzilli, o reconhecimento do Ministério Público como órgão independente e com a mesma dignidade da magistratura foi atendida pela Lei Complementar n. 40, de 1981, que definiu o Ministério Público como sendo “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, e responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das Leis”⁴⁶.

Entretanto, a constitucionalização dessa aspiração ocorreu somente em 1988. Assim, o Ministério Público obteve, na constituinte de 1986-1988, a tão desejada equiparação com a magistratura.

É agente político, pois é assegurada a independência funcional, exercendo com exclusividade a importante função do poder, que é a persecução criminal em juízo⁴⁷, bem como a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por seu turno, ao mesmo tempo em que outorgou as tão almejadas garantias e prerrogativas da Magistratura, a Constituição Federal concedeu também ao Ministério Público a autonomia orçamentária e a auto-administração típica de um Poder de Estado.

A consecução desse objetivo levou o Ministério Público a buscar usar o poder auferido da equiparação com a magistratura em outros projetos de atuação.

A própria Constituição de 1988 agregou novas funções na área social do Ministério Público e, na área criminal, enfatizou-se a exclusividade da propositura da ação penal pública e a supervisão externa da Polícia. Uma nova identidade foi forjada ao Ministério Público: a de defensor da sociedade em juízo⁴⁸.

⁴⁶ Vide a influência de tal dispositivo na redação do artigo 127 da Constituição de 1988, extremamente similar.

⁴⁷ Sem levar em consideração os crimes de ação privada e a ação penal privada subsidiária da pública (essa última de nenhuma repercussão prática nos anais do Poder Judiciário, na feliz expressão de Denise Abade). Ver ABADE, Denise Neves. *O novo papel do Ministério Público e as garantias do processo penal acusatório*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 68.

⁴⁸ Para alguns autores, o Ministério Público é o *ombudsman* da sociedade, pois age até em oposição a agentes do próprio Estado, de quaisquer dos Poderes. Ver GUIMARÃES JR., João Lopes; FERRAZ, Antonio Augusto Mello

Assim, de acordo com a Constituição brasileira vigente, o objetivo da instituição “Ministério Público” é garantir a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, sendo assegurada ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa. Logo, o membro do Ministério Público atua com independência na busca pelo respeito às leis e à Constituição de nosso país.

Em relação ao Ministério Público Federal, podemos observar que foi, possivelmente, o ramo do Ministério Público brasileiro que mais sofreu modificações estruturais com a entrada em vigor da nova Constituição. De fato, foi a Constituição de 1988 que separou do Ministério Público Federal a função de advogado da União Federal.

Até então, o Procurador da República possuía, tal qual Juno, dupla face: era ao mesmo tempo defensor da sociedade, conforme mandamento da Lei Complementar n. 40, já vista, e também era advogado da União, encarregado da defesa judicial e extrajudicial dos atos do Poderes da República, em especial do Poder Executivo.

Ora, tal situação traduzia-se, na esfera da defesa dos interesses sociais, na possibilidade de ser uma ação movida pelo Ministério Público Federal contra a União (como, por exemplo, a pioneira ação civil pública de 1986 contra a importação do leite contaminado de Chernobyl perante a 4ª Vara Federal de São Paulo, em litisconsórcio com o Ministério Público do Estado de São Paulo) contestada por outro Procurador da República, agora na sua nobre veste de defensor da pessoa jurídica de direito público União Federal, encarregado de afirmar em juízo a licitude dos atos da Administração.

Além dessa incoerência institucional, havia ainda o acúmulo de serviço e a ausência de especialização na função de Ministério Público, pois sempre havia o foco na defesa, como advogados públicos, dos atos da Administração Federal e até, em certas situações, na cobrança de tributos.

Com o advento da Constituição de 1988 tal situação modificou-se radicalmente. Foi criada a Advocacia-Geral da União, perdendo o Ministério Público Federal a função de advogado público, passando a exercer com exclusividade seu mister de *defesa da sociedade, mesmo que contra atos do Poder Público*⁴⁹.

Em 1993, esse novo formato constitucional do Ministério Público Federal refletiu-se na legislação infraconstitucional, sendo editada a Lei Complementar n. 75, que estabeleceu as normas gerais de atribuição e organização do Ministério Público da União, e, entre elas, as do Ministério Público Federal.

de Camargo. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil constitucional. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público – I: instituição e processo*. São Paulo: Ed. Atlas, 1997. p. 19-35.

⁴⁹ Há um regime de transição aplicado aos membros do Ministério Público Federal que ingressaram antes da Constituição de 1988 e que exerciam, como visto, a função de advogados públicos, podendo também exercer a advocacia privada. Conforme o artigo 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o membro do Ministério Público admitido antes da vigência da nova Constituição pode optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens. Assim, é possível a tais membros a advocacia privada.

Dez anos após sua edição, é chegado o momento de nova estruturação do Ministério Público, mais próxima de seu papel de *agente* e fomentador da cidadania e de combate à impunidade.

Para tanto, seu papel na negociação e na implementação dos tratados internacionais tem de ser ocupado. Sugerimos, à guisa de conclusão final, a imediata constituição de Comissão de Relações Internacionais no âmbito da Procuradoria-Geral da República, como órgão de coordenação, assessoramento e apoio aos Procuradores da República e também com função de interlocução permanente com o Poder Executivo e com a comunidade internacional.

Só assim estaremos aptos a enfrentar os desafios da macrocriminalidade e das ofensas aos interesses difusos e coletivos em nosso país.

Bibliografia

ABADE, Denise Neves. *O novo papel do Ministério Público e as garantias do processo penal acusatório*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARANGIO-RUIZ, G. L'individuo e il diritto internazionale. 54 *Rivista di Diritto Internazionale*, p. 561-608, 1954.

ARAUJO, Nadia; ANDREIULLO, Inês da Matta. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: ARAUJO, Nadia; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Exhaustion of local remedies in international law experiments granting procedural status to individuals in the first half of the twentieth century. 24 *Netherlands International Law Review*, p. 373-375, 1977.

_____. Los derechos no susceptibles de suspensión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. *Estudios Básicos de Derechos Humanos – VI*, São José: IIDH, 1996. p. 22.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRILLO SALCEDO, J. A. *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Editora Tecnos, 1985.

- CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996.
- _____; SANCHEZ, Rodrigo E. *Cooperação judicial internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- COEHEN-JONATHAN, Gérard. Article 10. In: PETTITI, Louis-Edmond; DECAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Commentaire article par article. Paris: Economica, 1995. p. 367-408.
- DJIK, Pieter van. Normative force and effectiveness of International norms. 30 *German Yearbook of International Law*, p. 9-51, 1992.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Standford: Standford University, 1990.
- GUILHON ALBUQUERQUE, José Augusto. A integração regional no continente americano. In: *Alca – relações internacionais e sua construção jurídica*. São Paulo: Ed. FTD, 1998. v. 1.
- KELSEN, Hans. Les rapports entre le droit interne et le droit international public. *Recueil de Cours de L'Academie de Droit International*, p. 14-231, 1926.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma visão crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PARTSCH, Karl J. Individuals in international law. In: BENHARDT, Rudolf (Org.). *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam/New York: North Holland Publishing Co., 1985. v. 8, p. 316-321.
- RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 245-289.
- _____. *Direitos humanos em juízo*. Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. *Processo internacional de direitos humanos – Análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.
- RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. A Convenção Americana de Direitos Humanos no contexto constitucional brasileiro. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano I, n. 4, jul./set. 2002.

- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo: Cedec, n. 39, p. 121-122, 1978.
- SCHIRM, Stefan. *Mercados globais e margem de ação do Estado*. Trad. Sonali Bertuol. São Paulo: Centro de Estudos Fundação Konrad Adenauer, 1999.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. v. 1.
- SPERDUTI, G. L'individu et le droit international. 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, p. 727-849, 1956.
- SUDRE, Frederic. L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. 13 *Revue Française de Droit Constitutionnel*, p. 216 e ss., 1993.
- TRIEPEL, Heinrich. "Les rapports entre le droit interne et le droit international, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, p. 77-118, 1925.
- VALTICOS, Nicolas. Un système de contrôle international: la mise en oeuvre des conventions internationales du travail. 123 *Recueil des Cours de Droit International de l'Académie de La Haye*, p. 311-407, 1968.
- VASAK, Karl. Le droit internationale des droits de l'homme. 140 *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, p. 333-415, 1974.

A DEFESA DO CONTRIBUINTE COMO FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*João Batista de Almeida**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 As funções institucionais do Ministério Público. 3 A defesa coletiva do contribuinte. 3.1 A legislação aplicável. 3.2 A posição da doutrina. 3.3 A posição do STF. 4 A proibição do uso da ação civil pública para a defesa coletiva do contribuinte. 4.1 Inconstitucionalidade formal. 4.2 Inconstitucionalidade material. 5 Conclusões.

1 Introdução

A tutela coletiva no Brasil tem experimentado grandes avanços. Não prevista no Código de Processo Civil de 1973, este direcionado unicamente para a defesa dos interesses individuais, começou ela a se consolidar no campo doutrinário no final dos anos 70, sob o comando da professora Ada Pellegrini Grinover, que, inspirada em Mauro Cappelletti, introduziu entre nós os conceitos de interesses coletivos e difusos e alertou para a situação de desproteção que tais interesses enfrentavam, por absoluta insuficiência dos esquemas tradicionais.

O marco inicial da tutela coletiva no Brasil é o ano de 1985, com a edição da Lei n. 7.347, que instituiu a ação civil pública para a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural e a outros interesses difusos e coletivos.

Essa lei previu os legitimados concorrentes (art. 5º) e ampliou os efeitos da coisa julgada de *inter partes* para *erga omnes* (art. 16), com isso adequando a legislação ao rito da tutela coletiva.

A seu turno, a Constituição Federal de 1988 constitucionalizou a ação civil pública ao figurá-la 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.

Já o Código de Defesa do Consumidor, vigente a partir de 11 de março de 1991 (Lei n. 8.078), alterou vários artigos da Lei n. 7.347, bem como trouxe vários outros dispositivos aplicáveis subsidiariamente à ação civil pública¹, além de criar a ação civil coletiva e estabelecer a total integração dos dois diplomas legais em matéria processual².

* João Batista de Almeida é Subprocurador-Geral da República com atuação perante o STF e assento na 2ª Turma. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Foi Presidente do Brasilcon (2000-2002).

¹ Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.90, arts. 81 a 104).

² CDC, art. 90.

Completam o sistema processual da tutela coletiva a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), Lei n. 8.625/93, que regulamentaram as funções institucionais e os instrumentos de atuação do *Parquet*.

Após esse período de construção dos fundamentos da tutela coletiva, teve início período de desconstrução, a partir de 1997, quando o Poder Executivo, casuisticamente, baixou inúmeras medidas provisórias com o claro intuito de reduzir o campo da tutela coletiva³, de restringir legitimação outorgada⁴ e até de proibir o uso de via processual coletiva para a defesa do contribuinte⁵, temas que se pretende abordar e discutir neste trabalho.

2 As funções institucionais do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 conceituou o Ministério Público como instituição permanente, a quem cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). Ou seja, incumbe-lhe a defesa do interesse público, sendo-lhe, em contraposição, vedada a defesa de interesses meramente privados.

Mas, além de assegurar autonomia funcional e administrativa, estabelecer os princípios institucionais e as garantias e vedações, a CF/88 enumerou, no art. 129, as funções institucionais do Ministério Público.

Tais funções guardam estrita correlação com as finalidades da Instituição – a defesa do interesse público – e estão divididas na CF/88 em dois blocos:

- a) do inciso I ao V – a promoção de medidas judiciais, entre elas a ação penal pública, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade e as ações necessárias à garantia dos direitos constitucionalmente assegurados e à defesa das populações indígenas;
- b) do inciso VI ao IX – a outorga de mecanismos inerentes ao amplo poder de investigação do Ministério Público, permitindo-lhe expedir notificações, requisitar informações e documentos, bem como diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, além do exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade.

De ver-se que o segundo grupo não engloba, em verdade, funções institucionais, mas meros instrumentos de atuação. Daí ser procedente a observação de Hugo Mazzilli de que a Lei Orgânica do MPU tratou do tema com maior precisão técnica⁶.

Efetivamente, a LOMPU (LC n. 75/93) cuidou das funções institucionais no art. 5º, enumerando-as em seis incisos, reservando os arts. 6º, 7º e 8º para regulamentar os instrumentos de atuação.

³ Art. 16 da LACP, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.494/97.

⁴ Medida Provisória n. 2.102-26, de 27.12.00, que deu nova redação à Lei n. 9.494/97.

⁵ Parágrafo único acrescido ao art. 1º da LACP pela MP n. 2.102-26/00.

⁶ MAZZILLI, Hugo. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 49.

3 A defesa coletiva do contribuinte

3.1 A legislação

Dentre tais funções está elencada a de “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributos, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos *direitos do contribuinte*” (art. 5º, II, *a*).

Como se vê, além de já conceber genericamente a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, o ordenamento jurídico passou a prever especificamente a defesa do contribuinte como função institucional do Ministério Público, assim legitimando-o a tal mister.

É certo que a defesa do contribuinte já estava contemplada no art. 129, inciso III, da CF/88, porém de forma mais genérica, na norma de encerramento “e outros interesses difusos ou coletivos”. Esse dispositivo, que constitucionalizou a ação civil pública, atribuiu legitimidade ao Ministério Público para a sua promoção, bem como declarou ser ela adequada para a tutela daqueles bens expressamente enumerados (patrimônio público e meio ambiente). Não há dúvida de que o consumidor, o patrimônio cultural e o contribuinte têm idêntica natureza, e podem ser defendidos coletivamente pelo Ministério Público. O pedido de suspensão de cobrança de tributo ilegal incidente sobre toda a população tem natureza difusa. De outra banda, o pedido de suspensão de cobrança de tributo indevidamente instituído sobre determinado grupo, categoria ou classe, terá natureza coletiva. Em ambas as situações ensejando a atuação do Ministério Público.

Também o inciso IX do art. 129 do texto constitucional torna possível a atuação ministerial, ao permitir que o Ministério Público exerça outras funções previstas em lei, desde que compatíveis com a finalidade da instituição (a defesa do interesse público).

A pergunta que se faz nesse passo é a seguinte: existe lei atribuindo ao MP a função de defender os contribuintes? Sim. A Lei Complementar n. 75/93 (LOMPU), no seu art. 5º, inc. II, *a*. Referido dispositivo, além de ser posterior à Carta Magna, mantém total compatibilidade com o que consta dos arts. 127 e 129 da CF/88.

3.2 A posição da doutrina

Os doutrinadores, em sua maioria, sempre sustentaram 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.

Verificou-se até recentemente uma quase-unanimidade da doutrina em relação ao tema, sustentando a viabilidade quanto aos aspectos adequação e legitimidade, consoante se lê dos seguintes autores: Rosa e Nelson Nery Júnior (*CPC comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 1129, nota 23), Antonio de Souza Prudente (Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 9, p. 77-79, set./dez. 1999), Kazuo Watanabe (*CDC comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro/São

Paulo: Forense, 2000. p. 725), Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 37), Hugo Nigro Mazzilli (*O inquérito civil*, cit., p. 123-124), Washington Araújo Carigé (IPTU – Cobrança indevida de tributos – A legitimidade do Ministério Público e a ação civil pública. *RDC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, p. 111-115, 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. *Revista de Estudos Tributários*, ano 2, n. 11, p. 132-157, jan./fev. 2000) e João Batista de Almeida (*Ação civil pública em matéria tributária – Reflexões sobre a posição do STF e a Medida Provisória n. 1984*. *RDC*, n. 40, p. 107).

No entanto, a partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE n. 195.056-1 – Paraná, relativo à cobrança do IPTU do Município de Umuarama, surgiram pronunciamentos discordantes, sustentando a falta de legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em matéria tributária e a inadequação da aludida via processual para a finalidade proposta.

Manifestaram essa posição os seguintes doutrinadores: Osmar Tognolo (*Ação civil pública em matéria tributária*. *Correio Braziliense*, DF, 16 ago. 1999. Suplemento Direito e Justiça, p. 1; e *Revista de Estudos Tributários*, ano 2, n. 10, p. 155-157, nov./dez. 1999) e Hugo de Brito Machado (ACP e tributo inconstitucional. *Correio Braziliense*, DF, 17 ago. 1998. Suplemento Direito e Justiça, p. 2; Ministério Público e ação civil pública em matéria tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 52, p. 84-90; e Ministério Público e tributação. *Boletim de Direito Municipal*, Ed. NDJ, ano 16, v. 4, p. 2278, abr. 2000).

3.3 A posição do STF

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

Ao julgar o RE n. 195.056-1/PR, o Plenário do STF entendeu que:

“Constitucional. Ação Civil Pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: Legitimidade. Lei n. 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei n. 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei n. 8.625, de 1993, art. 25. CF, 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 n. 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei n. 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei n. 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. CF, 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 n. 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei n. 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei n. 8.625/93, art. 25, IV; CF, art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *caput*). IV – RE não conhecido”⁷.

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.

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 difusa ou 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 objeto litigioso”⁸, 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

⁷ STF, RE n. 195.056-1/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 9 de dezembro de 1999, v.m., decisão publicada no *DJ*, 17 dez. 1999. No mesmo sentido, em caso envolvendo taxa de iluminação pública, RE n. 213.631/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9 de dezembro de 1999, v. m., publicado no *DJ*, 7 abr. 2000.

⁸ WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 2000. p. 728.

‘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”⁹.

O mesmo autor, com precisão científica, 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”¹⁰.

Tal entendimento do STF 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 pela característica do dano, visto 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 o art. 5º, inciso II, alínea *a*, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (LOMPU). Aliás, essa lei permite expressamente a defesa dos contribuintes pelo Ministério Público.

Aguarda-se que a Suprema Corte, em julgamentos futuros, venha a reconsiderar essa decisão do *leading case*, que representa verdadeira restrição à tutela coletiva.

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

⁹ Idem, *ibidem*, p. 729.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 730.

4 A proibição do uso da ação civil pública para a defesa coletiva do contribuinte

Pela Medida Provisória n. 1.984-19, do ano de 2000, convalidada pela de n. 2.180-35, de 2001, foi alterada a Lei n. 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 falta de correção das tabelas do Imposto de Renda, a cobrança da CPMF e outros tributos e exações.

O casuísmo fica mais evidente quando se sabe que àquela época existiam inúmeras ações civis públicas contra a União, relativas a essas matérias.

Ocorre que tal dispositivo inserido incorre em flagrante inconstitucionalidade, como se verá.

4.1 Inconstitucionalidade formal

Como visto, a LOMPU assegura ao Ministério Público, como função institucional, a defesa do contribuinte (art. 5º, inc. II, *a*), o que será feito, em geral, por meio da ação civil pública, que é o principal instrumento da tutela coletiva.

A Medida Provisória n. 2.180-35/2001, ao dizer que “não será cabível a ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos...”, na verdade está dizendo “é proibido o uso da ação civil pública...”.

A proibição está colocada de forma tão ampla que alcança todos os legitimados concorrentes, inclusive o Ministério Público.

Ora, se a Lei Complementar atribui ao Ministério Público legitimidade para a defesa do contribuinte, não poderia uma lei ordinária contrariá-la e dispor exatamente o contrário.

Assim dizendo, a Medida Provisória em referência viola frontalmente o princípio da hierarquia das leis, uma vez que legislação ordinária de tal porte não pode contrariar o que dispõe uma lei complementar à Constituição, retirando-lhe atribuição e legitimação legalmente estabelecidas em textos de hierarquia superior.

4.2 Inconstitucionalidade material

Além disso, a proibição contida na Medida Provisória contém várias inconstitucionalidades de natureza material por ofensa a diversos dispositivos da CF/88:

- 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 CF/88, passou a ser função institucional do MP, ficando constitucionalizados tanto os aspectos da legitimação como o da adequação da via processual. Assim, 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, do mesmo modo que não poderia retirar ao *Parquet* a legitimidade que lhe foi outorgada;
- b) o dispositivo questionado da MP n. 1.984-19, 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. Quem diz se uma ação é cabível, ou não, é o Poder Judiciário;
- d) por fim, tal parágrafo acrescido ofende o inciso IX do art. 129 da CF/88, que inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas”, sendo certo que a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, declarou competir ao Ministério Público “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”¹¹. Assim, ocorre inconstitucionalidade material, por restringir o alcance do inciso IX do art. 129, proibindo aquilo que o Texto Constitucional não proíbe, ou seja, a atribuição, por lei, de novas funções ao Ministério Público, desde que compatíveis.

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

5 Conclusões

- a) A Constituição Federal de 1988 (art. 129) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 5º) elencaram as funções institucionais do MP.
- b) Entre tais funções está a de defesa do contribuinte (LC n. 75/93, art. 5º, inc. II, *a*).
- c) A melhor doutrina assevera a adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública na defesa dos contribuintes, veiculando pretensão de natureza tributária.

¹¹ Art. 5º, inc. II, alínea *a*, aplicado subsidiariamente à Lei n. 8.625/93 (LONMP).

- d) Em 1999 o STF, afastando-se da melhor doutrina, julgou o *leading case* (RE n. 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. Todavia, não examinou a questão sob o enfoque da LC n. 75/93 e da MP n. 2.180-35/2001.
- e) A Medida Provisória n. 1.984-19, reeditada seguidamente, tendo hoje o n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, incorre em inconstitucionalidade formal e material na parte em que insere parágrafo único no art. 1º da Lei n. 7.347/85 (LACP), proibindo o uso da ação civil pública nas hipóteses indicadas, por ofensa aos dispositivos constitucionais e legais citados. Torna-se necessária e urgente a revogação do dispositivo questionado pelos Poderes Executivo e Legislativo.
- f) 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 n. 75/93, art. 5º, inc. II, alínea *a*, aplicado subsidiariamente à LONMP (Lei n. 8.625/93). O STF poderá reconsiderar, em julgamentos futuros, sua posição restritiva.

A FILIAÇÃO PARTIDÁRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA REDAÇÃO ORIGINAL DA LEI COMPLEMENTAR N. 75/93

*Marco Aurélio Dutra Aydos**

A Constituição Brasileira de 1988 desenhou, em seu artigo 128, o perfil do Ministério Público: instituição permanente e essencial ao exercício da jurisdição, à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O mesmo artigo 128, em seu § 5º, previu garantias e vedações ao exercício do cargo. Dentre as vedações, uma delas sempre gerou viva polêmica nos meios jurídicos: a interdição de atividades político-partidárias. O texto constitucional, o mais democrático da história política brasileira, vedou aos membros do Ministério Público a atividade político-partidária, mas não de modo absoluto, temperando-a com a expressão “ressalvadas as exceções previstas em lei” (art. 128, § 5º, II, *e*). A Lei Complementar que organizou o Ministério Público da União, de n. 75, de 20 de maio de 1993, dispôs que, entre as exceções que a Constituição afirmou que seriam previstas em lei, poderiam os seus membros ter “filiação partidária” e o “direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer”.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN n. 1.371-8, 18/11/1995), determinou que a Lei Complementar, nesse aspecto, não tem legitimidade à luz da Constituição. Tornou absoluta a vedação que era “temperada” por exceções a serem previstas na Lei Complementar. A decisão torna inútil parte essencial da própria Constituição (“ressalvadas as exceções previstas em lei”) e nisso constitui precedente grave, pois altera a Constituição segundo o que os membros do Supremo Tribunal entenderam que ela não podia dizer, embora dizendo. Assemelharam o Ministério Público, em vedações, à magistratura, embora a Constituição não tivesse assim disposto, podendo fazê-lo. Construiu-se, enfim, uma nova Constituição a partir do precedente da Suprema Corte. Mas a modificação da Constituição por interpretação judicial não impede que ainda se discuta, em termos acadêmicos, se a feição original da Lei Complementar era boa ou má, se ofendia ou não o bem jurídico a ser tutelado, que é a garantia de imparcialidade da atuação dos membros do Ministério Público.

As opiniões dos juristas sobre a questão geralmente repetem idéia consagrada no pensamento cotidiano, segundo a qual a imparcialidade seria violada pela filiação partidária. Temos nessas opiniões fundamentalmente três grandes linhas de raciocínio. Alguns entenderam (1) que a proibição absoluta de qualquer atividade partidária, inclusive a filiação que sequer chega a ser uma “atividade”, é a única forma de garantir a imparcialidade, requisito de atuação isenta e independente. Outros se arriscaram por outra senda, imaginando

* 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.

que (2) o membro do Ministério Público poderia abusar do cargo e valer-se de atuações funcionais para promover-se politicamente (uma espécie de proteção à concorrência leal no mercado da política) e outros, ainda, que (3) a paixão partidária é incompatível com toda função essencial à Justiça, e a partidarização poderia diminuir a objetividade necessária ao defensor da sociedade.

Nosso estudo propõe questionar o *fundo* da norma legal em exame, ainda que esta hoje seja declarada ilegítima pela Suprema Corte. Queremos estudá-la como “caso concreto” para investigar o problema da imparcialidade. Em todas as opiniões doutrinárias encontráveis a imparcialidade é tomada mediante dois aspectos: *a*) como garantia necessária ao fiel exercício do mandamento constitucional conferido ao Ministério Público; *b*) como fato *natural* que seria apenas turbado pela intervenção de sentimentos político-partidários. Imparcial seria aquele que apresentasse uma espécie de *vácuo emocional*, segundo longa tradição de que “as paixões cegam a razão”, servindo a vedação para assegurar a imparcialidade. Aceitamos o primeiro aspecto, mas não o segundo. Todavia, para questionar o segundo aspecto, parece que devemos ultrapassar a fronteira do discurso técnico-jurídico. Na doutrina jurídica, procuraremos em vão por uma fundamentação que nos faça sentir que deixamos a nossa opinião pré-reflexiva, ou intuição, em favor ou contra a disposição original da Lei Complementar n. 75/93, que permitia a filiação partidária aos membros do Ministério Público Federal. Isso porque a tradição jurídica, sempre que enfrentou o problema da imparcialidade do juízo, o fez segundo a tradicional dicotomia entre pensamento e sentimento, que é em si mesma problemática. Não estamos satisfeitos com essa dicotomia, que simplifica a questão, e apresenta aporias irresolúveis, de que é exemplo a circularidade do argumento de que a fria razão domine as paixões, quando se diz que as paixões cegam o pensamento, por seu turno. Não estamos satisfeitos com a dicotomia ainda por suas conseqüências conceituais e práticas, pois ela nos leva a crer que a pessoa emocionalmente *apática* estaria em melhores condições de julgar do que a pessoa emocionalmente *rica*, comprometida com diversas emoções, inclusive com o sentimento político-partidário. Temos de adentrar no problema da imparcialidade, e tentar saber o que ela é.

O que é imparcialidade?

O dilema da imparcialidade pode interessar ao cientista e ao prático. No mundo prático, normalmente o ligamos à atividade judicial. Não podemos tratar do problema em toda a sua extensão: tratar da imparcialidade do conhecimento científico, ou histórico, significa em última análise repassar a própria história do conhecimento humano, história esta que poderia ser resumida na aporia da compreensão: posso compreender o outro porque o conheço bem ou deixo de compreendê-lo por conhecê-lo? O pensamento estará sempre em irresolúvel antinomia com o sentimento?

Delimitamos nosso interesse pela imparcialidade à atividade do juiz.

Partimos de nossas verdades cotidianas, ou opiniões correntes, as quais dividiremos, *grosso modo*, em duas espécies. Chamaremos a primeira (1) de ingênua, e a segunda (2) de crítica. Ambas, talvez, sejam extremos dos quais procuramos o termo

mediano, ou quiçá a terceira via que seja algo como aquela “elevação” sobre os contrários, ou o positivo que contém a negação, de que muito já se falou.

A opinião ingênua dirá ser *evidente* que o magistrado não pode declarar sua opção política, pois se o fizer ele perderá a sua imparcialidade, como consequência natural. A opinião crítica contraditará a primeira, dizendo que não acredita na imparcialidade, que pensa ser a imparcialidade algo que *não existe*. A crítica defende, portanto, a parcialidade, embora não o diga diretamente. Nem uma nem outra, todavia, parecem estar a salvo de recriminações na vida concreta. À primeira, opõem-se os argumentos dos críticos de que todos temos amores, preferências, e acabamos, sob o manto da interdição do político, atuando exatamente no espaço que nos fora proibido, apenas de modo velado, não-sabido, alienado, ou não-consciente. Mas ao acusar a primeira opinião de alienada, enorme dificuldade têm os críticos em dizer que espécie de parcialidade é admissível e por que razão algo que é tomado na tradição e no pensamento cotidiano como existente e necessário seria apenas fantasia ou ilusão. É verdade que a opinião ingênua é pré-reflexiva, mas nem por isso ela é mais fácil de refutar. É que a opinião crítica atua contra ela *apenas* como *ácido unilateral*, momento negativo, destruindo a ingenuidade dessa pré-reflexão, tirando-lhe a máscara, ou dizendo-lhe *parcial sem o saber*. Mas se nos limitamos a destruir a consciência imediata, chamando-lhe ingênua ou alienada, nem por isso temos melhor instrumental para agir (além de sermos, na prática, injustos com os que são *mais* imparciais, numa escala aproximada da imparcialidade ideal). Necessitamos, de alguma forma, de um conceito de imparcialidade, toda vez que agimos como juízes, porque a imparcialidade é *requisito* da justiça, e ainda que a imparcialidade ingênua possa ser desmascarada como parcial, também a parcialidade assumida às claras não consegue reivindicar que seja *justa*.

Que a imparcialidade *existe*, não vemos como negar, ao contrário da postura crítica que se limita à negação da ingenuidade. Ela é um dado da vida cotidiana. Quantas vezes nos dizemos frases como “meu pai com efeito tinha razão quando me repreendia nisso ou naquilo”, e que distância de nossa posição original tomamos para tanto; ou dizemos, “não gosto efetivamente de X, mas não posso negar que nesta situação ela (ou ele) tem a melhor razão”, ou, ainda, “não estou inteiramente de acordo com as premissas de um trabalho, mas não posso negar que é a melhor tese do concurso” etc.

Refutando a posição ingênua, temos quase um século de *crítica* oriunda de diversas disciplinas, entre elas a Sociologia, a Ciência Política e a Psicologia não-positivistas. Imparcialidade não é o mesmo que neutralidade, e isso já foi demonstrado pelas filosofias radicais do século XIX, que desmascararam a naturalidade com que a tradição metafísica encarava a vida, para dizer agora que as determinações do Ser não vinham mais do céu das idéias, ou do Espírito Absoluto, mas sim da terra, que havia pressões subterrâneas agindo sobre nós sem que delas tivéssemos inteira consciência (as “lutas de classes”, em Marx, ou os poderes “dionisíacos”, em Nietzsche, contra a tradição apolínea que tornou a metafísica tradicional um “retrato em branco e preto”, numa posição cientificamente desenvolvida por Freud). A contribuição das filosofias radicais do século XIX foi desmascarar a ingenuidade como parcialidade, evitando assim a “primeira ingenuidade”.

Depois de tirada a máscara sobra um rosto. Ainda se precisa tratar do problema da imparcialidade, e é muito melhor que se trate dele na “segunda ingenuidade”: aquela que conhece os poderes do subterrâneo, e que os conhece como determinações parciais, que podem ser (ainda que nunca totalmente afastadas) *conhecidas*, podem viver em *co-existência harmônica com nossa personalidade moral*.

Refutamos a posição ingênua. O fato de que a imparcialidade não seja neutralidade natural, apenas turbada por sentimentos, talvez careça de comprovação empírica. Assumimos tal refutação, como hipótese, em parte por experiência (a qual é um argumento persuasivo frágil, porque a experiência não é algo universalizável, mas vale referir que as pessoas mais parciais são com frequência aquelas que se apresentam como ‘naturalmente’ imparciais, como se precisassem de constante afirmação daquilo que lhes falta) e em parte por petição de princípio. Refutamos a posição ingênua por eleição de valores. Porque tal concepção leva a pensar que a pessoa poderia viver num vácuo emocional e, mais, que isso seria um fato positivo. Não acreditamos na hipótese, e mesmo se ela fosse possível, sua consequência seria o *empobrecimento emocional*, que rejeitamos com veemência. Orientamo-nos pelos valores positivos da riqueza emocional e do envolvimento da pessoa em sentimentos múltiplos e qualitativos, inclusive os sentimentos ideológicos (entre os quais se situam o sentimento político, o partidário, o religioso).

Mas não tratamos de refutar apenas a posição ingênua. Queremos criticá-la, e criticar quem a destrói de modo unilateral, e ao fim aproximar-nos do que *seja* a tão falada imparcialidade. Pretendemos assimilar a crítica à posição ingênua, e não estacionar na crítica. Dissemos o que a imparcialidade não é, aproximando-nos do conceito pelas bordas. Afirmamos que ela não é neutralidade natural apenas turbada por sentimentos. Tentemos de agora em diante acercar-nos mais ao conceito.

A imparcialidade é um sentimento

Se não sabemos o que seja a imparcialidade, iniciemos com um juízo que parece poder aspirar a assentimento universal: ser imparcial é uma condição existencial necessária à atividade do juiz. E, então, formulemos a hipótese. Talvez a imparcialidade seja um sentimento. Mas no que isso ajudará? *Que é um sentimento? Que significa sentir?*

A consciência cotidiana, porque se embriagou talvez um pouco demasiado na tradição filosófica segundo a qual a alma [psique] governa o corpo despoticamente, diria que ser imparcial significa sufocar o calor das paixões pela fria razão. Esse parece o ponto de vista intuitivo subjacente à maioria dos argumentos envolvendo a questão da imparcialidade. Mas está longe de ser o melhor. Primeiro, porque não há nada a obrigar que a razão seja necessariamente fria e o sentimento, quente. Devemos, pelo menos, refletir sobre a *hipótese* de que existam “pensamentos irracionais” e “sentimentos racionais” (por exemplo, o afeto por uma idéia, que Kant denominou “entusiasmo”). A dicotomia entre razão e sentimento (base da tradição) é que aparece em jogo aqui como questão de fundo do problema da imparcialidade.

Ao sairmos do mundo discursivo conhecido para ingresso em outro, será melhor que caminhemos com “muleta” teórica que julgamos confiável. A eleição é personalíssima e o fato de que outros prefiram a muleta de outra teoria não interfere em nossa argumentação, pois aqui também entra em jogo o conhecimento proverbial de que somos um pouco aqueles com quem partilhamos caminhos, sentimentos, modos de vida, e teorias são amálgamas disso tudo. Se a muleta ajuda, caminhemos com ela e sobre ela nos apoiemos para a viagem de retorno ao nosso universo concreto. Se a muleta não ajuda, também não adiantará ter saído do limite do concreto para o discurso conceitual. Será mais confusão do que esclarecimento.

Não é sem cuidado que ultrapassamos a fronteira. Desde que afirmamos que a imparcialidade é um sentimento, estamos legitimados a andar com a muleta teórica de uma teoria de ... *sentimentos*. Escolhemos a teoria que nos parece ter tratado o tema de modo adequado, exatamente porque parte da aporia entre razão e sentimento. Em sua *Teoria dos Sentimentos*, Ágnes Heller examina os sentimentos na perspectiva filosófico-antropológica, cujo ponto de partida é a pessoa psicologicamente sadia, e pergunta o que significa sentir, qual é a diferença específica do sentimento?¹ É a teoria à qual nos remeteremos nos próximos parágrafos.

“Implicar-se em algo”

Há teoria de sentimentos desde que existe pensamento teórico, afirma Heller. Para os antigos, o sentimento era fundamentalmente uma questão ética. A partir do século XIX, porém, a trindade conhecimento–vontade–afeto tende a ser psicologizada e surge a Psicologia autônoma. O sentimento torna-se um fato empírico (da psique) e abstrai-se completamente da moralidade. Max Weber descreveu tal processo, Freud o expressou. O primeiro como um fato problemático, o segundo como sentimento vital, como um fato trágico (TS, p. 9-11). Agora, o sentimento (degradado a instinto), a razão e a moralidade constituem três mundos entre os quais não se dá interação orgânica. A relação entre sentimento e racionalidade é a pergunta central da teoria do século XX sobre os sentimentos. Em sua teoria dos sentimentos, Heller aceita as perguntas do nosso tempo, e elege como valor a preferência pela unidade final de sentimentos, pensamento e moralidade (TS, p. 13): “O valor que elejo é o da personalidade unificada, que se auto-realiza nas tarefas que lhe apresenta o mundo, e rica em sentimentos” (TS, p. 13).

Sentir é estar implicado em algo, afirma Heller. Mas essa implicação pode dar-se de dois modos. Ou “estar implicado” é sublinhado, ou este “algo”. Há dois tipos de sentir, aos quais Heller chama *sentimentos-figura* e *sentimentos-cenário*. Há momentos de identidade entre cenário e figura: são os momentos de encontro amoroso, de criatividade, de êxtase religioso, de recepção criativa da obra de arte, momentos que a filosofia tradicional chamou de identidade sujeito-objeto.

¹ HELLER, Agnes. *Teoría de los sentimientos*. Trad. Francisco Cusó. Barcelona: Fontamara, 1980. 312 p. [A seguir citado no corpo do texto, como TS, seguido do número de página nessa edição.]

Atuar, pensar e sentir são um processo uno. Dewey expressara a idéia de que a “distinção entre a fria intelectualidade e a quente emotividade é simplesmente uma distinção funcional dentro da ação total única” (TS, p. 34). Porém, não basta assinalar que não existe pensamento sem sentimento, nem sentimento sem conceptualização, nem ação sem ambos. Precisamos perguntar por suas diferenças funcionais se queremos formular a pergunta específica: que significa sentir? Daí o contraste rígido entre sentir e pensar, que se dá no plano da consciência cotidiana e em diversas teorias científicas, e deriva de raízes distintas, entre elas, (1) que o sentimento-*cenário* não é visto como sentimento, mas abstraído do “sentir”, (2) que apenas uns poucos entre a infinita multidão de sentimentos sejam vistos como tais, especialmente os afetos. A relação entre os sentimentos em geral e o pensamento é distinta da relação entre pensamento e afetos, afirma Heller, pois:

“É certo que, quando os sentimentos-afetos se situam no centro da consciência, quando jogam o papel de figura (mas só nesse caso), eles bloqueiam o pensamento (ainda que não necessariamente a ação). É certo, sem dúvida, que num arrebatado de raiva, ou quando se tem um medo enorme, somos incapazes de pensar razoavelmente. Mas como poderemos suprimir ou controlar esse afeto (se e quando podemos suprimi-lo)? Pensando? Ainda que isso não se possa verificar empiricamente, a experiência mostra o contrário; coisa, de outro lado, lógica. Se o afeto bloqueia o pensamento, como poderemos supor que esse mesmo afeto seja suprimido pelo pensamento? Quando esse afeto é suprimido (como se dá com freqüência) isso ocorre mais devido a uma implicação: geralmente uma implicação que se situa em um nível hierárquico mais elevado que o afeto em questão, em outras palavras, devido a um sentimento que é muito mais conceptualizado, como soem ser todos os sentimentos de ordem mais elevada. E mais, a reintegração de conhecimento no sentimento é com freqüência intencional (e aí temos a impressão de que foi o pensamento que suprimiu o afeto). Spinoza havia captado esse processo e o formulou da seguinte forma: ‘Nada pode suprimir uma paixão, salvo uma paixão contrária e mais forte’” (TS, p. 40).

O contraste entre sentimento e pensamento estende-se também ao caráter, diz Heller. Assim, aquele que não aceita a hierarquia de sentimentos de uma determinada sociedade, a pessoa reflexiva que se implica mais fortemente numa tarefa, como, por exemplo, na tarefa da justiça, ou da verdade, essa pessoa é considerada “sem sentimentos”, insensível. Mas terá sentido tal contraposição?

Sim e não. No plano da vida cotidiana sim; no plano científico, não. Ainda que o conflito possa fazer-se consciente como conhecimento contra sentimento, nada diz que aquele conhecimento ou verdade estejam “vazios de implicação (sentimento)” (TS, p. 41). Pelo contrário, afirma Heller, pois somente podemos

“pugnar pela imparcialidade ou pela retidão se direta ou indiretamente estamos implicados na imparcialidade ou na retidão. Diretamente implicados, se amamos a justiça, se experimentamos a imparcialidade como um valor pessoal; indiretamente implicados se sabemos que somente poderemos conseguir o respeito de outros (sempre importante para o Ego) mediante nossas valorações imparciais e nossa retidão” (TS, p. 41).

Seria conveniente prosseguir na teoria de Heller para situarmo-nos ainda no tipo de sentir que seja a imparcialidade. Advertindo-nos, a autora, que toda classificação é defeituosa, porque todos os sentimentos são “idiossincráticos”, classifica-os em (1) impulsos, (2) afetos, (3) sentimentos orientativos, (4) emoções em sentido estrito (sentimentos cognoscitivo-situacionais), (5) sentimentos de caráter e personalidade e (6) pré-disposições emocionais (TS, p. 87). Não podendo ingressar nas diferenças que fundamentam a classificação em si, fiquemos naquilo que nos interessa. Dentre todos os sentimentos, interessam-nos as emoções. Heller situa entre as emoções todos os sentimentos ideológicos, incluído o amor a Deus (TS, p. 121), o amor e a amizade. É típico das emoções que sejam sempre sentimentos “cognoscitivos” (TS, p. 123). Que significa isso? Não poderá parecer paradoxal que digamos ser cognoscitivo um sentimento que freqüentemente não sabemos se sentimos? “Com grande freqüência ocorre que não sabemos ser o que sentimos um sentimento de inferioridade, ou de desprezo, ou de inveja. Pode ser totalmente justificado que alguém afirme: ‘acreditei que estava enamorado, mas me enganei’” (TS, p. 124). É precisamente porque o conhecimento do sentimento integra, forma o próprio sentimento, que a qualidade do sentir modifica-se quando alguém constata o que realmente sente. “Todos sabemos como mudam o comportamento e inclusive os sentimentos de uma pessoa quando descobre que realmente está enamorada de X, ou quando descobre que já não está enamorada de X, quando descobre que já não crê em Deus, ou que crê n’Ele, que segue viva em seu ânimo a vingança, ou que já desapareceu” (TS, p. 125).

As *expressões* de nossas emoções são sempre idiossincráticas: o que é signo de amor autêntico para um, não é para outro. No universo das emoções estamos sempre em necessidade de *aprendizado*. Aprendemos a sentir, primeiramente aprendendo a “ler os sentimentos de outros”. A antinomia fundamental do sentir (queremos expressar nossos sentimentos, mas nossos sentimentos em sua totalidade e concretude são incomunicáveis) é uma antinomia real, e irresolúvel, mas nem por isso, afirma Heller, ela será necessariamente trágica. Ela pode resolver-se aproximativamente, progressivamente. Por isso não há tragédia, pois a tragédia tem caráter de desenlace. Se algo progride, não podemos falar no trágico.

“A necessidade que temos de expressar-nos ‘completamente’ e de entender ‘completamente’ o outro é um valor positivo. Que essa necessidade não possa satisfazer-se nunca ‘completamente’ não é limitação nossa. Ao fim e ao cabo, nunca podemos satisfazer ‘completamente’ nenhuma das necessidades humanas qualitativas (próprias)” (TS, p. 80).

Aprendemos a sentir aprendendo a ler sentimentos, signos que expressam os sentimentos de outros. Pode ocorrer que não sejamos capazes de *ler* adequadamente os sinais de outro, pode ocorrer que o outro não seja capaz de emitir sinais que possamos ler e ainda assim interpretemos acertadamente: estamos aqui num universo em que o treinamento é necessário e o resultado sempre aproximativo, e só pode levar em conta o sentimento concreto, pois as emoções são todas sentimentos “idiossincráticos”.

Que nossas emoções sejam diferenciadas, isso forma a nossa “riqueza humana”. “Nossa riqueza em sentimentos forma parte de nossa universalidade” (TS, p. 127).

Apenas nossas emoções, dentre os sentimentos, podem quantificar-se, alienar-se; apenas o nosso mundo emocional pode empobrecer ou enriquecer-se. A análise das emoções é, por isso, a tarefa mais importante numa teoria de sentimentos (TS, p. 127). As emoções podem ser mais ou menos particularistas, mais ou menos individuais. Que significa isso?

Nosso Ego é sempre, inescapavelmente, particular. Nosso ponto de vista particular é nosso limite, que não podemos ultrapassar. Temos particularidades que recebemos pré-fabricadas, juntamente com nosso código genético, e que são o “caráter mudo da espécie”. Socialmente adquirimos, em maior ou menor medida, o “caráter genérico da espécie”, o seu “ser-para-si”. Temos como particularidades certas tendências a alguns tipos de auto-realização e aquisição, a certos afetos, a certos talentos, predisposições do nosso caráter psíquico, as quais, é importante dizer, *não* implicam qualquer predisposição no que se refere ao nosso caráter moral. (TS, p. 200). Adquirimos *socialmente* nossa personalidade moral e nossas emoções, e assim adquirimos sentimentos particularistas e individuais.

A personalidade particularista é aquela que desenvolve o mundo do seu Ego selecionando do entorno aquilo que se destina meramente a preservar-lhe ou expandir sem conflito. A elaboração da consciência particularista é mera extensão da consciência de si. Essa dupla identificação (com a consciência de si sem distanciamento, com as prescrições do entorno sem distanciamento) costuma aparecer em afirmações do tipo

“Sou o melhor pai porque eduquei meus filhos para serem bons empresários, ou bons nobres, ou bons cristãos.[...] [A personalidade particularista, parêntese nosso] Sempre ‘tem razão’, sempre ‘faz tudo bem’, sempre é ‘inocente’; em outras palavras, uma personalidade que sempre consegue justificar-se identificando-se diretamente com o sistema de costumes” (TS, p. 201).

A personalidade individual, ao contrário, toma distância de si mesma e do mundo, daí porque pareça que ela sente menos.

“É individual o que seleciona dentre o sistema de costumes do entorno sobre a base de valores eleitos por ele mesmo e seleciona também individualmente (e também sobre a base de seu sistema escolhido de valores) dentre suas próprias particularidades, dentre os componentes

de seu caráter psicológico, preferindo (optando por) alguns deles, e reprimindo ou eliminando os sintomas de outros sobre a base de sua eleição de valores” (TS, p. 202).

Quando se diz que o indivíduo toma distâncias, não se pretende dizer que “sinta menos”.

“Ao contrário, ainda que seus sentimentos não sejam mais intensos do que os do Ego particularista, são em qualquer caso mais profundos. Como os sentimentos individuais são, por excelência, sentimentos que expressam a personalidade inteira, eles são, por definição, ao mesmo tempo, sentimentos profundos. Ademais, como o mundo sentimental do indivíduo é consciente e reflexivo, seus sentimentos são sempre autênticos” (TS, p. 114).

Nas emoções individuais não há nenhum tipo de “excesso” (TS, p. 219). Não há qualquer exclusão entre distanciamento e entrega. “Podemos ter uma relação distante inclusive com a pessoa a quem nos entregamos por completo e sem reservas”, até porque a “falta de distanciamento significa também falta de respeito pela personalidade do Outro” (TS, p. 218).

As relações individuais e particularistas são duas tendências básicas: a maior parte das pessoas é mais ou menos particularista, ou mais ou menos individual. Porém há dois sentimentos sem qualquer função individual, que são os sentimentos particularistas puros, sem ambigüidade possível: a vaidade e a inveja (TS, p. 206).

O tipo de conduta particularista sem dúvida parece mais *natural* que o tipo de conduta individual, que é uma “segunda superação da natureza”. “Desenvolver a relação consciente com o ‘caráter da espécie’ significa sempre eleger o caminho mais fatigante, mais difícil”. Mas, por paradoxal que pareça,

“difícil [é] fazer-se indivíduo, mas cada vez se torna mais fácil seguir sendo indivíduo. Responder com amor às expressões de franqueza, rechaçar com desprezo a adulação, amar por eles mesmos aqueles que amamos, tudo isso requer um esforço ao princípio, mas logo vai-se tornando cada vez mais ‘natural’” (TS, p. 221).

Julgar com imparcialidade requer implicar-se positivamente no sentimento de amor à justiça, que é um sentimento ideológico, uma emoção cognoscitiva e de caráter individual, não particularista.

“Ao julgar devo suspender não apenas a relação com meu próprio Ego particularista, mas também as analogias pertinentes. Não é preciso ler *Ressurreição*, de Tolstói, para descobrir como afeta, a atitude adotada

por diversos membros do júri, o mecanismo de defesa baseado em analogias. Se a pessoa particularista descobre no acusado uma analogia com a ofensa que ela mesma sofreu, lhe resultará muito fácil votar culpado. Ao contrário, o indivíduo é capaz de analisar-se e tomar distâncias a respeito de si, inclusive quando tem de julgar. Não suspende os sentimentos em geral, mas apenas os particularistas, e a relação particularista com seus sentimentos, para colocar em primeiro termo o auto-abandono aos valores escolhidos, sejam estes o amor à justiça, o amor à humanidade, ou uma compaixão respeitosa. Mas nem sequer esta ‘suspensão’ opera em todo caso, em toda instância. O êxito depende, entre outras coisas, da “mobilização de reservas de sentimento” (TS, p. 222).

Com certeza existem choques, não apenas entre sentimentos particulares e individuais, mas entre diversos sentimentos individuais: nesse último caso estamos em presença de uma verdadeira colisão de valores e temos de desenvolver uma hierarquia de valores. *Amo Platão mas amo mais a justiça* – somente a decisão final de Aristóteles passou para a história, mas podemos imaginar que ela não se deu sem flutuações sentimentais, e na verdade “não pode haver personalidade autêntica sem este tipo de flutuações”, afirma Heller (TS, p. 223).

A razão nunca pode vencer as paixões, como afirmou Spinoza. Todavia, o conflito entre razão e sentimento é *aparente*, e tem origem

“no fato inegável de que os sentimentos individuais são mais reflexivos que os particularistas porque estão conectados com valores selecionados conscientemente, porque pressupõem a assunção consciente de responsabilidade individual e porque seu pré-requisito é o autoconhecimento e o auto-exame [...]. Certamente o conhecimento se reintegra não apenas através de sentimentos individuais, já que todas as emoções – individuais ou particularistas – são cognoscitivas. Mas no caso de emoções particularistas podemos falar de reintegração espontânea, enquanto que a reintegração do conhecimento nos sentimentos individuais é intencional. O conhecimento não se opõe à emoção: formas mais elevadas de conhecimento e de emoção são interdependentes” (TS, p. 223).

Por fim, haveríamos de referir rapidamente que somente as emoções podem chegar a ser “paixões”. Que seriam paixões? Podem ser apaixonados o amor, a amizade, o desejo de vingança e a inveja, o amor à justiça, o desejo de aprender. Certo é que as paixões são raras, pelo menos as duradouras. “Em longo prazo, seria impossível viver de tal modo que o sentimento básico permanecesse sempre no foco da consciência: recorde-se o que se disse sobre a função homeostática dos sentimentos [preservar o Ego, expandir o Ego, parêntese nosso]: as paixões fortes ou consomem a pessoa ou bem dão lugar ao cabo de um

tempo a certo cansaço” (TS, p. 143). Toda paixão goza de certa grandeza; todavia, a paixão e a riqueza de sentimentos estão em *contradição*, pois é típico da paixão cegar-nos inclusive em relação ao objeto de nossa paixão, o que se aplica inclusive à paixão por idéias: o entusiasmo conduz muitas vezes ao fanatismo (TS, p. 145).

Toda paixão é entrega, mas será toda entrega paixão, pergunta Heller, para dizer:

“Há que responder negativamente, porque podemos distinguir entre a paixão e o apaixonamento. Minha emoção faz-se apaixonada se é intensa e profunda, e se eu conscientemente me responsabilizo por ela. Isso não significa que a disposição emocional apaixonada deva reprimir as demais emoções ou disposições emocionais; posso apaixonar-me em mais de uma disposição emocional. Posso ter um amor apaixonado à justiça, mas sem que isso me impeça de amar apaixonadamente meu companheiro, ou a natureza, ou a minha comunidade. Por suposto, também nesse terreno podem dar-se prioridades, e posso estabelecer uma hierarquia. Mas o que importa é que o apaixonamento não exclui a riqueza de sentimentos, mas o contrário: não pode haver riqueza de sentimentos sem apaixonamento” (TS, p. 146).

Não podemos, no limite do nosso trabalho, com certeza, selecionar todos os pontos em que a reflexão teórica de Ágnes Heller ilumina o complexo mundo dos sentimentos e sua relação com o conhecimento e a ação, daí por que nos limitamos a generalidades, lamentando que nossa apertada síntese talvez torne o tema mais difícil e desinteressante do que é no original. Dentro de nossas limitações, tínhamos de expor tanto quanto necessário para apropriar uma linguagem teórica que nos permita refletir sobre o tema da imparcialidade. Apropriaremos as seguintes noções:

(1) Sentir é estar implicado em algo. (2) Estar implicado em algo pode dar-se como *figura* ou como *cenário*. (3) A circularidade do raciocínio segundo o qual as paixões cegam o pensamento, e o pensamento suprime as paixões, é inaceitável, segundo a experiência e a lógica. (4) Somente uma paixão contrária e mais forte suprime outra, no dizer de Spinoza, o que sói ocorrer com sentimentos de ordem mais elevada, cognoscitivos, conceptualizados. (5) A imparcialidade existe como “implicação” *direta* ou *indireta*, no primeiro caso se amamos a justiça. (6) A imparcialidade é uma emoção individual, que pode chegar a ser apaixonada. (7) A entrega apaixonada a uma emoção não exclui a entrega a outras. (8) Entregar-se a uma emoção não exclui a tomada de distâncias. (9) Ao julgar deve-se suspender nossa relação com o Ego particularista, inclusive com relação a analogias particularistas (pôr-se em lugar de outro de modo particularista). (10) Toda suspensão requer a “mobilização de reservas de sentimento”, a imparcialidade exige a riqueza emocional individual, e não a apatia ou pobreza emocional. (11) Existirão choques entre emoções, a serem resolvidos mediante a hierarquização de valores, admitidas as “flutuações emocionais”, que fazem parte da personalidade autêntica. (12) A razão não domina as paixões, mas os sentimentos individuais (se os situamos intencionalmente como

sentimentos-*figura*) podem relegar ao *cenário* de nosso mundo sentimental outros sentimentos (particularistas, ou mesmo outros sentimentos individuais quando houver colisão de valores, por exemplo, entre amor e justiça, amor e verdade). (13) Tornar-se imparcial requer aprendizado e treino, como em geral as emoções e sentimentos mais elevados o exigem. (14) Tornar-se imparcial não é *natural*, não é o caminho mais fácil e plano. Mas seguir sendo imparcial torna-se cada vez mais *natural*.

Nosso mundo emocional, no dizer de Heller, assemelha-se a um jardim, no qual se precisa de um jardineiro para regar as plantas, podar algumas ervas. E não basta apenas um bom jardineiro, também é preciso água. “Quando todas as fontes do mundo que poderiam alimentar uma emoção secam, nem o melhor dos jardineiros pode regar” (TS, p. 176)².

As correntes quente e fria da justiça

Regar e cultivar a emoção da imparcialidade e o amor à justiça, com certeza, também exigem água. A água provavelmente será uma cultura democrática vigorosa, que deixe de lado a *aparência* dos interditos para assumir alguma forma de transparência. Mas aqui já começamos a sair da teoria a que fazemos referência, para refletir sobre a imparcialidade, apropriando sua linguagem, mas por nossa própria conta e risco.

Ernst Bloch falou de uma corrente quente e outra fria no marxismo. Valemo-nos da sugestão para dizer da imparcialidade – apenas de modo funcional, pois não se pode falar de um sentimento *frio* senão de modo funcional – que ela forma a corrente fria do sentimento de justiça. Sendo a imparcialidade um sentimento *individual*, a pessoa imparcial toma “distâncias de si e do mundo”. Ela busca ver seus próprios juízos do ponto de vista de um terceiro, que é o ponto de vista universal. A imparcialidade é um sentimento não-particularista. O pai que educa seu filho de modo individual lhe dirá quando não tinha razão, perguntará “quem bateu primeiro”. Aquele outro que forma o mundo à imagem de seu Ego dirá: meu filho sempre tem razão, “quem bateu nele”?

O sentimento de justiça é um sentimento altamente reflexivo, formado por uma dupla corrente, a implicação da personalidade com a imparcialidade, que funcionalmente diremos corrente fria, e a corrente quente. A esta corrente quente chamaremos, lembrando Rui Barbosa, de “ira santa”. Da “ira santa” falou com grande eloquência o nosso mestre da retórica:

“Nem toda ira, pois, é maldade; porque a ira, se as mais das vezes, rebenta agressiva e daninha, muitas outras, oportuna e necessária, constitui o específico da cura [...]. Quando um braveja contra o bem, que não entende, ou que o contraria, é ódio irroso, ou ira odienta. Quando verbera o escândalo, a brutalidade, ou o orgulho, não é agrestia rude, mas exaltação virtuosa; não é soberba, que explode, mas indignação

² Quando as fontes de emoções individuais secam estamos diante de situações de “perversão cultural”, termo com que noutro local Heller se refere à troca de emoções por “direitos” na teoria e prática norte-americanas, o que também ocorre em ambientes excessivamente alienados, entre os quais alguns ambientes acadêmico-universitários, e ambientes burocráticos em regimes pouco democráticos.

que ilumina; não é raiva desacomodada, mas correção fraterna. Então, não somente não peca o que se irar, mas pecará, não se irando. Cólera será; mas cólera da mansuetude, cólera da justiça, cólera que reflete a de Deus, face também celeste do amor, da misericórdia e da santidade”³.

Com efeito, conhece pouco da justiça quem não pode afirmá-la como uma virtude passional, ou sentimento apaixonado. Sem entrega apaixonada, não se pode ser justo nem no sentido funcionalmente denominado *frio*, porque a imparcialidade é também um sentimento, uma emoção individual e apaixonada.

Mas não exploramos a corrente quente da ira santa: ela não se ensina, e contudo aprende-se. Aprende-a quem antes abraça a justiça num gesto existencial. Aqui, porque entramos na dimensão de *ser* da clássica definição romana de justiça (*viver honestamente*), toda didática há de contar com o prévio salto qualitativo (*salto mortale*): a escolha existencial de si mesmo como uma pessoa que quer ser justa, que apropriamos da filosofia existencial de Sören Kierkegaard⁴, o qual, criticando Hegel, afirmou não ser necessário e lógico o salto qualitativo a partir do acúmulo de quantidades: a mudança qualitativa é um salto sobre um abismo, um verdadeiro “salto mortal”⁵. O mesmo salto mortal se requer para o início do “tornar-se imparcial”, que é com certeza o caminho mais difícil. O juiz deve escolher-se existencialmente como um indivíduo que não sabe se pode ser imparcial, ou quanto pode, mas que quer aproximar-se dela e progredir *na* imparcialidade, quer conhecer a si mesmo (seu Ego particular, seus sentimentos) e hierarquizar valores quando em colisão emocional. A imparcialidade completa a prática da justiça, que deve ser uma mistura aproximativa do ideal entre as correntes quente e fria. Porque, se é fato que a ira cega, a falta da capacidade de irar-se (com a “ira santa”) também não faz ninguém enxergar melhor o justo.

Retornando à linguagem teórica de Heller, o sentimento de imparcialidade é uma paixão contrária e mais forte do que os nossos sentimentos particularistas. Por isso, e apenas por isso (e não porque a razão domine as paixões), a nossa particularidade cede vez ao sentimento de justiça. Implicamo-nos positiva e diretamente na imparcialidade se amamos a justiça. Agora, não estão excluídos conflitos entre emoções, os quais somente podem resolver-se mediante hierarquias de valores. É um típico conflito entre emoções o conflito entre o sentimento político-partidário e o sentimento de amor à justiça. Passemos então a refletir sobre esse conflito, primeiramente identificando cada emoção.

Em primeiro lugar, ambos os sentimentos são sentimentos individuais e positivos, que integram a riqueza emocional de alguém. Isso não impede que, na vida concreta, tais emoções se apresentem como sentimentos “particularistas”. Sem dúvida, os que perseguem

³ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. In: *Ensaios literários*. Seleção de Américo Lacombe. Rio de Janeiro/São Paulo: Gráfica Editora Brasileira, 1949. (Discurso de Parainfo aos Bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo, 29 de março de 1921).

⁴ Aqui também nas pegadas da Filosofia Moral de Heller. HELLER, Agnes. *A philosophy of morals*. Cambridge: Basil Blackwell, 1990. 245 p.

⁵ KIERKEGAARD, Sören. The balance between the esthetic and the ethical in the development of the personality. In: *Either/or, a fragment of life*. Part II. Trad. Howard e Edna Hong. Princeton: Princeton University Press, 1987. p. 155-338.

a política fazem-no por diferentes móveis, mas não se pode com justiça – pelo fato de que existam os que se dedicam à política por móveis particularistas e alienados, como a ambição, a ânsia de poder ou a vaidade – desqualificá-la por natureza como um sentimento particularista. Aqui vale o *dever-ser* (que *pode ser* e de fato *existe*), e podemos afirmar que o sentimento de entrega à política deve ser individual, deve ser uma entrega apaixonada ao bem da cidade (ao bem comum).

Não se pode, logo, afastar a hipótese de que todo comprometimento político é universal, pois tem por fim último o bem de todos. Modernamente, faz-se política por meio de *partidos*, porque nem todos concordamos com os diferentes *meios* de realizar o bem comum, nem com a definição desse bem comum. Todo comprometimento partidário (ainda que pareça particularista, pois todo partido almeja derrotar os adversários) é um desdobramento do sentimento político universal. Eis nossa premissa de valor, que não será necessariamente admitida por todos: não vemos no comprometimento partidário um estigma que diminua, por natureza, a imparcialidade do juiz ou membro do Ministério Público. Ao contrário, vemos nele uma riqueza emocional e uma forma de exercício de virtudes cívicas.

Agora, porém, sabemos que a justiça é por excelência universal. Não existe a justiça do proletariado, nem a justiça das mulheres, nem a justiça das minorias. A expressão justiça *social* seria redundante se não quisesse implicitamente dizer que não se refere tanto à justiça em sentido estrito, mas à política, porque lida com pautas de justiça *distributiva*. O que se quer dizer com justiça *social* é uma concepção particular de justiça distributiva.

Qualifiquemos, então, o sentimento político como um sentimento positivo e universal, e o comprometimento partidário como um desdobramento desse mesmo sentimento político universal. Qualifiquemos, igualmente, como um sentimento político e universal o sentimento de amor à justiça. Estaríamos, nesse caso, em face de um conflito entre poderes iguais, de modo que apenas vedando o acesso a um deles se pudesse realizar o outro?

Pensamos que não. Isso porque, embora seja *universal* em seus *fins*, o comprometimento partidário é *particular* (não particularista) em seus *meios*, e a mesma pessoa que pode discernir o justo pode, em tese, abrir mão de seu comprometimento particular na política. Pode ser um sacrifício decidir contra o partido, não vamos negar, mas flutuações emocionais, como afirma Heller, integram a riqueza e a autenticidade do indivíduo. Não é, em tese, *impossível* (*nem será difícil* a quem se tiver treinado na imparcialidade e no amor à justiça) sacrificar num caso concreto o bem do partido (situado no *cenário* do mundo emocional) em benefício do bem da justiça (situado no caso concreto como sentimento-*figura*). Não há, por natureza, impedimento a que alguém que tenha explicitado sua opção particular na política seja capaz de suspender tal preferência em prol da justiça da demanda. Isso vai depender de a pessoa concreta ser *capaz* ou *incapaz* de *julgar*, como ocorre, aliás, com todo e qualquer outro juízo. Quem julga se expõe, em sua individualidade e por vezes em seu Ego particular, mostra a sua índole, o seu caráter, e até mesmo a falta dele, e não há nada, em tese, que prediga que aquele juiz apático em relação à política e que não tenha qualquer sentimento político ou partidário (para quem tudo *tanto faz*, inclusive o bem da cidade) seja melhor juiz do que o seu colega que explicita seu ponto de vista na política, como qualquer bom *cidadão*.

Mesmo se considerássemos a existência de um partido de forte cunho disciplinar que obrigasse alguém a não lhe trair a causa, com razão ou sem, nem assim haveria o impedimento, em tese. O que haveria, nesse caso extremo, seria um conflito entre valores diversos, não mais o bem do partido como desdobramento de um sentimento político universal e o amor à justiça, mas entre o comprometimento com a justiça e o valor da disciplina partidária. Se a resolução do conflito entre o sentimento político universal e o sentimento de justiça dá-se pela preferência ao último, que é mais universal, não vemos maior dificuldade em resolver o conflito entre justiça e disciplina, dando preferência à justiça. A flutuação emocional aqui existirá, e nesse caso concreto a pessoa deverá optar entre a disciplina partidária ou a justiça, mas isso não ocorre no geral dos casos, de modo que inexistente a incompatibilidade *natural*. Não se pode esquecer que, no resolver tais conflitos, pesa muito não apenas a implicação *direta* com a justiça (por comprometimento pessoal com a imparcialidade e amor à justiça), mas também a implicação indireta: a pessoa que optar pela *parcialidade* sabe que estará abrindo mão de sua respeitabilidade e prestígio como *autoridade* apta a julgar com imparcialidade, e é positivo que exista nas instituições um forte costume democrático que rechace posturas parciais e particularistas (e aqui não apenas envolvendo o problema partidário, é importante que o *éthos* da instituição rechace igualmente ambições, ânsias de poder e fama, e vaidades, que freqüentemente maculam os juízos humanos). Vedar a declaração de comprometimento político e partidário ao magistrado, sob a desculpa de assegurar a imparcialidade de seus juízos, significa, em nosso contexto, tratá-lo como personalidade emocionalmente *infantil*, incapaz de tornar conscientes seus próprios sentimentos e de resolver conflitos entre sentimentos e valores. Seria exigir que o julgador fosse personalidade emocionalmente *apática*. Mas tal personalidade (se for possível) nada sabe de justiça, uma implicação emocional difícil e que exige treinar-se no auto-exame e no autoconhecimento. É como se exigíssemos do juiz de futebol que não torcesse, fora do campo e no recesso do seu espaço privado, onde não exerce a profissão, por time algum. Difícil imaginar que seja bom juiz de futebol o árbitro profissional que nunca se apaixonou pelo futebol. Mas ninguém se apaixona pelo futebol em abstrato, assim como ninguém ama um ser humano abstrato. Assim como se amam a mulher, os filhos, os amigos – assim alguém só pode amar o Flamengo ou o Vasco, e assim por diante. Diríamos que só poderá ser um bom juiz no aspecto universal, no campo, quem teve a experiência da paixão particular, de “vestir a camiseta” de seu time, sentimento que lhe enriquece o mundo emocional. Só pode aspirar à universalidade quem passou pela particularidade e equilibrou sua personalidade, conhecendo suas paixões, identificando-as e harmonizando-as com o universal, e, se for o caso, contra-atuando para que o universal seja em si uma paixão maior e contrária e retroaja sobre seu Ego particularista. Não há nada que diga que devemos permanecer no reino de necessidades do que nos é particular, sendo, como se diz, escravos das paixões. Não há nada positivo em desconsiderar a possibilidade de que se abrace a liberdade, conhecendo nossas determinações e dando-lhes *ouvidos*, mas *nunca* a última *palavra*.

E, todavia, não obstante permitir a filiação partidária (em nosso ver correta e positivamente), a lei complementar ao artigo 128 da Constituição, hoje deslegitimada pelo

Supremo Tribunal Federal, estabeleceu um impedimento, no seu artigo 80, ao exercício de funções *eleitorais* até dois anos do cancelamento da filiação partidária. Tal disposição leva-nos a indagar: qual o sentido desse dispositivo? Era positivo ou negativo?

A finalidade de tal impedimento seria a de garantir a imparcialidade? Temos uma intuição que responde negativamente a essa indagação, e para aprofundá-la iremos pensar esse impedimento ao lado de outras interdições, como, por exemplo, a vedação ao juiz de julgar a causa em que estiver envolvido parente seu até o terceiro grau (art. 252, I, Código de Processo Penal). Será que aqui se tutela também a imparcialidade do juízo? E o que dizer da escusa de depor que se oferece ao pai, ao filho, ao cônjuge do acusado, “salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias” (art. 206 do Código de Processo Penal)?

Pensamos que a lei não tutela, em primeiro lugar, em todos esses casos, a imparcialidade do julgamento. A lei tutela, antes, outros bens de valor enorme, que, a serem sacrificados, exigiriam do juiz que se aproximasse do *inumano*, do *fanatismo*. A lei (sempre que dizemos a lei, é claro, dizemos seu intérprete) não trata o julgador como personalidade emocionalmente infantil, e por isso ela é mais sábia do que o pensamento ingênuo. Ela sabe que o juízo imparcial em todos os casos *seria possível*. Mas sabe também que, em determinados casos de conflito emocional, o prejuízo para a personalidade seria enorme e irreparável. A pessoa emocionalmente rica, se fosse obrigada por dever de ofício a julgar e condenar o pai, ou o filho, ou o cônjuge (ou mesmo amigo íntimo) provavelmente abriria mão do cargo. A lei tutela o *sofrimento* do indivíduo em conflito emocional e moral, e escolhe isentá-lo do *dever* de julgar em certos casos em que julgar com imparcialidade pudesse representar sofrimento enorme. Este, em nossa opinião, é o verdadeiro fim da lei que escusa o depoimento de filho, pai, cônjuge, quando em conflito entre a verdade e o amor (pois depondo, há que dizer a verdade). Agora, quando a escolha pelo amor (a implicação emocional concreta) possa representar injustiça enorme (daí a ressalva, *se não se puder provar o fato de outro modo*), então a verdade prevalece, mesmo à custa de sofrimento enorme para a testemunha. A *harmonia* entre os valores, estabelecida na lei, é consistente.

Que a personalidade emocionalmente rica seja capaz de distanciar-se de si e do mundo, isso constitui a imparcialidade, e ela é sempre uma *aproximação*. De resto, a justiça é sempre aproximativa, sempre relativa. Permanecerão em nossos juízos móveis desconhecidos, inconscientes. Podemos aproximar-nos de tornar conscientes os móveis de nossa ação, orientá-los por valores, libertarmos nossa ação o máximo possível de móveis particularistas, mas sempre sabendo de antemão que a empresa é, em sua *totalidade*, inatingível. Isso faz parte da natureza da vida, e não macula qualquer juízo. Há um *limite* que, transgredido, torna o juízo parcial. Mas esse limite não se pode precisar, não há nem pode haver nesse terreno precisão matemática. Aqui, como em toda reflexão ética, devemos dizer com Aristóteles: aquele que se desvia um pouco para mais ou para menos do ponto médio não recai em recriminação, apenas aquele que o extrapola (*Ética a Nicômaco*, 1109 b 18/20).

Para fundamentar essa nossa intuição, segundo a qual não é apenas nem primordialmente o juízo imparcial que se tutela quando se estabelecem vedações ao julgador,

por estarem presentes no litígio sentimentos próprios que são valiosos, não procuraremos pela doutrina especializada, mais uma vez, pelas razões já enumeradas acima. Refletiremos sobre uma situação discutida por Sócrates num dos diálogos juvenis de Platão. Trata-se do *Eutífron*, que trata da piedade filial em (aparente) conflito com a virtude cívica da justiça. Sócrates, nesse diálogo, conversa com Eutífron, e não lhe diz coisa alguma sobre o que seja correto fazer no caso concreto que Eutífron lhe apresenta, mas limita-se a questionar mais e mais Eutífron, que tinha certeza do que fazia como sendo o “aprovado pelos deuses” e ao final é forçado a concluir: Oh, Sócrates, agora fiquei perplexo. Ficar perplexo (em aporia) é sempre o início (negativo) da dialética socrática, e, minando a solidez de nosso saber imediato, Sócrates abre caminho a que cada um busque então a verdade, por si, e termine em éu-poria (reconciliação). Eis a sua *maiêutica*.

Platão situa Sócrates defendendo-se de uma ação injusta, e encontraremos o sábio perante o pórtico do *basileus* para conhecer uma ação criminal contra si intentada por Méritos, por corromper os jovens, descrer dos deuses da cidade. Aí ele encontra Eutífron que chega para promover uma acusação. Inquirido por Sócrates a quem acusaria, Eutífron responde:

“A quem parece loucura que eu acuse?” (E quem? – pergunta-lhe Sócrates.) “Meu pai” – diz Eutífron. (E de quê? – pergunta-lhe o sábio.) “De homicídio, Sócrates.” É quando Sócrates começa a examinar Eutífron, fazendo-lhe perguntas ignorantes: “Certamente se tratava a vítima de um parente também, pois alguém não iria acusar o pai quando a vítima fosse um estranho”. E Eutífron: “Fazes-me rir, Sócrates, que tu creias dever-se distinguir entre o estranho e o parente... Todavia tanto meu pai como os demais parentes consideram-me ímpio por acusar um pai de homicídio...” (Platão, *Eutífron*, 4 b-e).

Impossível reproduzir todas as sutilezas de raciocínio e ironia do diálogo platônico, daí por que, remetendo o leitor ao texto, lhe resumimos o enredo. No seguimento do diálogo, Sócrates questiona Eutífron, mais e mais, sobre o que seria piedoso e ímpio, fazendo Eutífron cair em circularidade e contradição: piedoso seria o que fosse aprovado pelos deuses, mas o que seria então aprovado pelos deuses? O que fosse piedoso. No final, Sócrates deixa Eutífron perplexo, mas podemos nós aproveitar-lhe as lições: Sócrates quer fazer ver a Eutífron que ele se encontra perante um conflito moral aparente. O conflito seria entre os deveres da piedade filial e da justiça. Sócrates sugere então a Eutífron que o dever da piedade filial seria *certo* enquanto o dever de buscar a justiça seria sempre *incerto*, pois sequer poderia Eutífron dizer com certeza absoluta (de resto, ninguém pode dizer com certeza absoluta qualquer coisa em termos de justiça, a justiça humana é por natureza aproximativa, falível), que seu pai devesse ser condenado. Perplexo fica Eutífron, que sabia de tudo, enquanto o ignorante Sócrates convence-o de que mais tolo é aquele que, para praticar o dever da justiça, aprovado pelos deuses, violasse o dever da piedade filial, igualmente aprovado pelos deuses, porque poderia errar em relação à justiça, mas não em relação à piedade filial. Se não sabemos com certeza o que seja divino, então mais *humano* é dar preferência à piedade filial em detrimento da justiça. Eis a lição de Sócrates no diálogo com Eutífron.

A partir de Platão, chamaremos de interpretação *pobre* a que julga em primeiro lugar ser necessário tutelar a imparcialidade do juízo (interpretação de Eutífron), e

chamaremos rica aquela segundo a qual o que se tutela em primeiro lugar é o sofrimento do indivíduo em conflito moral (interpretação socrática). Não é (apenas, nem em primeiro lugar) porque a lei desconfia da imparcialidade do juiz que ela o proíbe de julgar, ela o proíbe de julgar porque não considera justo o sacrifício de um bem maior em proveito de um bem menor (incerto). Em conflito com a justiça, o amor merece prioridade. O amor de uma pessoa é *concreto* e contém algo de eterno, é *infinito* na transitoriedade, por ser um desdobramento do amor de Deus, fonte de todo amor. Já o amor à justiça é *finito*, como todos os assuntos da política, mesmo que levemos a sério o desejo natural, humano e respeitável de, fazendo o bem da cidade, sermos lembrados por nossa comunidade: uma forma de respondermos à nossa mortalidade (aliás, da tradição grega). O amor à justiça é uma forma de amor político (a justiça é virtude que se pratica em relação a todos os demais, é uma virtude cívica por excelência) e, como tal, *finito* e *abstrato*. Seguindo essa linha de raciocínio, diremos que o sofrimento do juiz é tutelado no artigo 252, I (impedimento de julgar parente até o terceiro grau), assim como ocorre com a mal denominada suspeição no caso de julgar amigo íntimo (art. 254, I). Não queremos dizer que a lei apenas tutele o sofrimento, mas queremos dizer que ela também tutela o sofrimento, e este *primordialmente*, porque adotamos desde o início, como fica claro, a premissa de valor segundo a qual uma personalidade madura e emocionalmente rica é capaz de aproximar-se em nível ótimo da imparcialidade de juízo.

A partir do diálogo platônico, que nos possibilita distinguir uma interpretação rica (a que tutela em primeiro lugar o sofrimento do indivíduo em conflito moral), podemos ajuizar do cabimento da regra contida no artigo 80 da Lei Complementar n. 75/93 (uma espécie de quarentena, sempre um remédio pobre, nesse caso para um mal inexistente ou mal localizado).

Vimos (1) no caso do impedimento de julgar parente ou cônjuge, um conflito entre o amor e o sentimento de justiça (no qual prevalece a primeira emoção, porque é certa, absoluta, sendo a justiça humana sempre incerta e relativa); (2) no caso da escusa de depor, um conflito entre o amor e a verdade, bens de valor enorme, conflito que se resolveu de forma equilibrada: sendo possível descobrir a verdade sem causar sofrimento a quem ama, assim se fará; sendo impossível, não se deve proteger o amor e causar a outro injustiça enorme; e (3) no caso do artigo 80, temos em conflito dois sentimentos políticos, o sentimento político-partidário e o sentimento de justiça. Em relação a ele, pensamos que o impedimento é desnecessário. Seria desejável que a lei confiasse um pouco mais na capacidade do indivíduo comprometido apaixonadamente com o sentimento político-partidário de julgar imparcialmente. Isso é possível e, no plano da experiência, não é incomum. Assim como não é incomum o seu contrário, isto é, que o indivíduo não implicado no sentimento político-partidário julgue *parcialmente*. Seria melhor a lei ter deixado ao indivíduo a opção de abster-se de julgar no caso concreto, em vez de generalizar a solução do conflito emocional *a priori*, mediante o impedimento.

Agora, mais desnecessária (e incongruente, a demonstrar desconhecimento do que seja o sentimento político-partidário) é a carência de dois anos da desfiliação partidária para que o indivíduo, por passe de mágica, adquira a capacidade de ser imparcial (segundo aqui a interpretação ingênua). Feita a desfiliação (que é, como a filiação, um ato meramente declaratório), terá desaparecido do indivíduo o comprometimento político-partidário?

Não há como sustentar, coerentemente com o que estamos argumentando desde o início, que o artigo 80 da Lei Complementar n. 75/93 seja necessário para tutelar a imparcialidade do juízo. Apenas num valor bastante menos importante no plano institucional se poderia pensar, o da *aparência* de imparcialidade. Sempre será possível que alguém desfira críticas ao julgador que declare, na política, sua preferência. Mas será um valor tutelar a *aparência* de imparcialidade, apenas para ficar imune a críticas desse tipo? Ou será um desvalor?

Aqui entramos no plano político-institucional, e devemos argumentar e raciocinar a partir de valores eleitos conscientemente e declarados com transparência. Pensamos que o fortalecimento das instituições jurídico-políticas exige enfrentar o nosso pensamento cotidiano e as críticas dos jornais de frente, exige tornar claro o *éthos* das corporações que formam a Justiça e o Ministério Público. Uma sociedade politicamente madura não se convence da imparcialidade de seus juízes apenas porque eles fazem o jogo da imparcialidade *aparente*. Daí por que tutelar a aparência de imparcialidade não pode ser para nós um valor. Elegemos por valor democrático o valor da transparência de sentimentos e inclinações político-partidárias dos magistrados e dos promotores de justiça. Elegemos por valor o seguinte dever: que, tornando os sentimentos partidários conscientes e declarados, os agentes políticos se impliquem direta ou pelo menos indiretamente no sentimento de justiça, em suas correntes fria e quente. Somente assim, sabendo que existem conflitos de valores e que as emoções das pessoas podem ser hierarquizadas, e relegadas ao *cenário* emocional em determinados casos de conflito, saberá a sociedade *se e quanto* seus juízes são *efetivamente* imparciais.

Fazer-se imparcial é o caminho mais fatigante, como fazer-se indivíduo. Orientar-se por móveis particularistas sempre vai parecer mais natural. Todavia, por paradoxal que pareça, seguir comprometido com a imparcialidade e com a justiça vai-se fazendo cada vez mais natural, uma espécie de *segunda natureza*.

Amicus Plato magis amica veritas. Pode-se amar aos amigos e à verdade, mas é um dever sagrado dar preferência à verdade, pôde declarar o grande Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, 1096 a 16), em fórmula até hoje irretocável. Por que negar ao juiz a mesma capacidade de dizer: amo o Flamengo, mas amo a justiça no futebol quando estou sendo árbitro, ou amo o partido (isto é, penso que determinado partido tem o melhor projeto para o bem comum da nação), mas amo acima de tudo a justiça, quando estou sendo árbitro?⁶

⁶ É possível que a analogia com o futebol não seja a mais feliz, mas ainda assim caberia a seguinte reflexão, sobre a base do que foi desenvolvido até agora. (1) Seria impossível a um árbitro brasileiro apitar uma final de Copa do Mundo em que jogue o Brasil? A pergunta é retórica, porque mesmo que não fosse impossível (alguns até diriam com justiça que seria uma “ofensa” a um árbitro supor que ele não seria “imparcial”) jamais será necessário. Não sendo necessário, por que não preservar o juiz de ter de apitar penalidade máxima contra a seleção? (2) O futebol exige do árbitro juízos em frações de segundos, e por isso é possível em tese que se deva preservar o árbitro da influência da “paixão”. Agora, ainda admitindo que fosse necessário um árbitro nacional para a final da Copa, a probabilidade seria de que, ao contrário do que todos imaginam (que o juiz “roubaria” para o Brasil), ele prejudicasse o próprio time de seu país, porque aportaria, para decisões rápidas, uma grande reserva de energia para aplacar o sentimento, e então possivelmente viesse a beneficiar o adversário, sendo também injusto. (3) Nada disso ocorre (ou precisa ocorrer) em juízos judiciais, que por sinal não devem ser passados com tanta “celeridade” quanto reclamam reformadores que pretendem solucionar com a panacéia da rapidez males que sequer chegaram a compreender. (4) No futebol há que se preservar, diferentemente dos juízos judiciais, a “aparência” de imparcialidade como um bem, já que se trata também de imobilizar paixões de massas.

Se pudermos ser capazes de ouvir frases como essas mais freqüentemente e com sinceridade, estaremos com certeza dando um grande passo no rumo da maioria política, e possibilitando que haja mais água no jardim da democracia; seremos mais capazes de impedir que nosso mundo moderno prossiga sendo tão excessivamente um *tempo de homens partidos*, de emoções alienadas e *infantilismo emocional*. Estes, o valor e o projeto em que nos engajamos.

Conclusão

Refutemos, então, à luz dos conceitos que desenvolvemos, as opiniões correntes citadas no início do nosso estudo, contrárias aos textos constitucional e legal em exame: (1) Que a filiação partidária traz como consequência natural a perda de isenção, a parcialidade – Vimos que não ocorre necessariamente isso. Pode inclusive ocorrer o exato contrário. (2) Que se poderia abusar do cargo, propondo ações de grande *popularidade* – Aqui parece ir-se além da tutela da imparcialidade, para tutelar a própria instituição dos perigos da demagogia e, indiretamente, os cidadãos político-partidários concorrentes, contra a concorrência desleal. A demagogia, com efeito, é um dos grandes perigos da política, e, se pudéssemos dela precaver-nos mediante *garantias* legais, com certeza teríamos avançado na maioria política. Todavia, não nos parece que a vedação que ora se estabelece tenha qualquer implicação com o problema da demagogia. Porque se a ação profissional do Procurador da República pode ser impulsionada por móveis particularistas como a demagogia, não é menos certo que pode ser impulsionada por outros móveis negativos, igualmente particularistas, *não-partidários*, como a ambição, a vontade de ser famoso, ou de *aparecer* nos jornais, a pressa em galgar cargos na hierarquia judicial, sendo conveniente ao poder político, a preferência pelo prestígio do poder em detrimento do prestígio, “pela honraria em detrimento da honradez”. E não podemos pensar em tutelar a instituição contra tais móveis particularistas mediante *vedações* (caso em que teríamos de abraçar as leis de “mordaza” e de censura aos órgãos de opinião pública, que em nossa experiência sempre terminam por amputar o braço bom sob o argumento de que o outro está doente, para em seguida substituir aquele bom por outro idêntico ao que se imputara a doença⁷). Aqui entramos noutra esfera: o que se requer é a criação de um espírito democrático dentro da instituição, que possa funcionar como *auto-regulação*, de modo que o costume (*éthos*) democrático e transparente da instituição seja antídoto eficaz contra eventuais iniciativas particularistas. Que a medida proposta pelo Procurador da República seja por si de grande repercussão nada diz de seu móvel particularista, ou demagógico, ou ambicioso por fama ou poder. Pode ser um caso de grande repercussão que seja, por sorte ou por azar, distribuído a este ou àquele. Havendo distribuição objetiva e idônea, não há por que pensar em iniciativas particularistas. E, por fim, (3) que a *paixão* partidária seja incompatível com qualquer *função*

⁷ Que é, aliás, a prática do governante que Platão identifica como o tirano, que age como um médico, mas faz todo o contrário, faz uma bela purgação, mas de tudo que é saudável e bom, deixando no Estado todos os males (Platão, *República*, 567, c 6).

essencial à Justiça. Na linguagem teórica que adotamos, a *paixão* é efetivamente contraditória com a *riqueza emocional*, porque a paixão (especialmente no caso da paixão por idéias) com frequência torna-se fanatismo. Mas não é necessário que o comprometimento político-partidário (como emoção ideológica apaixonada, e, portanto, valiosa) seja visto como *paixão*. Em tempos de “normalidade constitucional e democrática” isso não ocorre. O sentimento partidário é um sentimento altamente *reflexivo*, e mais reflexivo ainda para quem não atua diretamente na política, mas apenas declara o seu voto por este ou aquele partido, que é, em última instância, o que o ato declaratório de “filiação” significa. Mas, para contrapor-nos à opinião acima, temos necessariamente de reformulá-la lingüisticamente. A emoção partidária, seja ou não apaixonada, *não* é incompatível com o sentimento de amor à justiça. Ela é um sentimento político e uma virtude cívica, que integram a riqueza emocional do indivíduo. Antes de representar para qualquer juiz uma diminuição em sua capacidade de julgar, tal sentimento político, por tornar-se consciente, pode ter o efeito contrário, de facilitar-lhe a tomada de distância, relegando seu sentimento político-partidário ao *cenário* de seu mundo emocional, para trazer à tona, como sentimento-*figura*, o amor à justiça.

Considerações finais

O uso do “conceito do político” e a freqüente recriminação que se nos faz de agirmos política e não juridicamente são sobretudo “armas ideológicas” a proteger a própria atuação política oculta. É o que Carl Schmitt, com notável lucidez e sinceridade, registrou:

“O caráter polêmico rege, sobretudo, também o próprio uso lingüístico da palavra ‘político’, quer se coloque o adversário como ‘apolítico’ (no sentido de alienado, que esquece do concreto), quer se queira, pelo contrário, desqualificá-lo e denunciá-lo como ‘político’, para elevar-se acima dele como ‘apolítico’ (no sentido de puramente objetivo, puramente científico, puramente moral, puramente jurídico, puramente estético, puramente econômico, ou baseado em purezas polêmicas semelhantes)”⁸.

A única arma jurídica contra a manipulação ideológica do conceito do político é nossa própria imparcialidade. E para assegurá-la plenamente, livre de manipulações, a Constituição, hoje deformada por interpretação judicial, e a original Lei Complementar n. 75/93, foram mais sábias do que nosso pensamento cotidiano.

Ao definir que o legislador complementar diria quais “atividades partidárias” seriam permitidas, facultou o soberano Constituinte, ao legislador complementar, também afirmar que a mera “filiação partidária” não constitui atividade político-partidária capaz de turbar o ânimo sereno e imparcial do agente do Ministério Público.

⁸ SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 57-58.

Melhor seria que cada um, no caso concreto, pudesse optar entre exercer o ofício ou dele abster-se, tal como se dá com todos os casos de suspeição e impedimento previstos em lei. O texto original da Lei Complementar n. 75/93, que previa a possibilidade de filiação partidária, que não é incompatível com a garantia de imparcialidade, era positivo no que contribuía para o amadurecimento da cultura política e para a transparência democrática. A sabedoria da lei dera um passo à frente no rumo da superação de mitos e ilusões que, até hoje, servem de base para, sob o manto da interdição do político ao jurista, encobrir o seu contrário, que infelizmente é tão comum: a parcialidade e a manipulação do *conceito do político*. Que ela não tenha durado dez anos, nesse aspecto positivo, talvez seja exemplo de experiência imemorial a ensinar que a sabedoria de boas leis é sempre muito mais frágil do que o poder.

NOTAS SOBRE A LEI DE OFÍCIO COMO DECORRÊNCIA NECESSÁRIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 75/93

*Geisa de Assis Rodrigues**

É incontestável a importância da Lei Complementar n. 75/93 para a criação do Ministério Público Federal que hoje conhecemos. Apenas para ilustrar, podemos citar que tal diploma normativo estabeleceu, de forma pormenorizada, as funções institucionais e os instrumentos de atuação do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, instituiu a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, instrumentos que possibilitariam a criação de uma novel identidade de atuação institucional.

Como não poderia deixar de ser, a lei complementar foi precedida de um longo processo de construção do que podemos chamar de um novo Ministério Público Federal. Pedimos vênia para reproduzir um pequeno esforço de resgatar parte dessa memória por nós realizado alhures¹:

“No Ministério Público Federal o exercício de novas atribuições surgiu em abril de 1985, portanto antes mesmo da edição da lei da ação civil pública, quando o então Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, criou um Setor de Direitos Humanos em cada unidade da Procuradoria da República, cuja atribuição precípua se daria na investigação de violações aos direitos humanos, colaborando com as unidades do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana”². Para se adaptar ao exercício dos

* Geisa de Assis Rodrigues é Procuradora Regional da República da 4ª Região.

¹ Vide nosso trabalho *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 244 e s.

²Vale reproduzir o teor da Portaria n. 164, de 26 de abril de 1985: “O Procurador-Geral da República, no uso de suas atribuições legais, e considerando que é atribuição do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana receber representações que contenham denúncias de violações dos direitos da pessoa humana, apurar sua procedência e tomar providências capazes de fazer cessar os abusos dos particulares, ou das autoridades por eles responsáveis; Considerando que a participação de representante do Ministério Público Federal no mesmo Conselho se explica por sua missão principal de zelar pela observância da ordem jurídica e pelos interesses indisponíveis da sociedade, a qual há de compreender a garantia efetiva dos direitos fundamentais do Homem (1948) e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Considerando que, num regime democrático, a responsabilidade maior pela salvaguarda dos direitos humanos há de ser assumida pelo Estado, sem prejuízo da colaboração e da vigilância das entidades representativas da sociedade civil, resolve: 1) Em cada unidade da Federação, o Procurador-Geral designará um dos Procuradores da República para exercer as atribuições de encarregado do setor local de direitos humanos da Procuradoria da República. Parágrafo único. A designação far-se-á por um biênio. 2) Incumbe aos Procuradores encarregados do Setor de Direitos Humanos, no respectivo estado ou no Distrito Federal: a) receber e instruir, sumariamente, as representações que lhe forem dirigidas, denunciando ofensa de direitos humanos; b) proceder de ofício à apuração sumária da procedência de notícias de violação dos mesmos direitos, que informalmente lhes chegarem; c) provocar, através do seu Procurador-Chefe, a tomada imediata das medidas cíveis ou criminais cabíveis na esfera de competência do Ministério Público Federal, sem prejuízo da remessa ordenada no n. 4 *infra*; d) colaborar, ainda quando delas não participem com as comissões de inquérito e demais atividades do CDDPH na Unidade Federativa de sua lotação; e) propor ao Procurador-Geral, através do respectivo

encargos criados pela lei da ação civil pública, o Setor de Direitos Humanos foi transformado em Secretaria de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos Interesses Difusos pelo Decreto n. 93.840, de 22 de dezembro de 1986, que dispunha em seu artigo 14: “À Secretaria de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos Interesses Difusos compete promover, acompanhar e avaliar a atuação coordenada do Ministério Público Federal, relativamente à proteção dos direitos humanos; à defesa do consumidor; e à preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, ecológico e outros da sociedade brasileira (ação civil Pública)”³. Vários Procuradores foram encarregados da defesa dos direitos da coletividade em todo o Brasil, e atuaram com denodo e diligência⁴, mas é forçoso reconhecer que essa atuação muito se intensificou após a promulgação da Constituição de 1988. Sem sombra de dúvida, uma das causas mais significativas para esse estado de coisas era que a instituição, até a reconstitucionalização do Brasil em 1988, desempenhava ao mesmo tempo as funções típicas de Ministério Público e as de defesa dos atos da União Federal. Esse fato comprometia sobremaneira a atuação do Ministério Público Federal no âmbito civil, porque, além do consumo de tempo e de dedicação dos membros da Instituição à defesa da Fazenda Federal, que como se sabe é um litigante habitual, há incompatibilidade entre o desenvolvimento livre da postulação dos direitos transindividuais e a defesa de instituições governamentais, que não raro são as responsáveis pelas violações reiteradas a esses direitos. Não havia, portanto, condições de fecundar plenamente uma cultura de defesa dos direitos da coletividade no Ministério Público Federal em momento anterior à Constituição. Foi necessário superar muitos antagonismos internos

Procurador-Chefe, a celebração de convênios com órgãos públicos ou associações civis, que se disponham a prestar colaboração às atividades do Setor de Direitos Humanos da Procuradoria da República; f) enviar trimestralmente ao Procurador-Geral e ao seu procurador-chefe relatório das atividades do Setor. 3) A apuração sumária de violação de direitos humanos, prevista nas alíneas a e b do item anterior, não poderá consumir mais de trinta dias, findos os quais os autos serão remetidos ao gabinete do Procurador-Geral, no estado em que se encontrarem. 4) O apoio administrativo a cada Setor de Direitos Humanos incumbe ao procurador-chefe respectivo. 5) Cabe aos procuradores-chefes providenciar a ampla divulgação das finalidades do Setor de Direitos Humanos da respectiva Procuradoria e da solenidade de sua instalação e investidura do encarregado, a realizar-se nos dez dias seguintes à designação. 6) No prazo de trinta dias da instalação do Setor, cada procurador-chefe, ouvido o encarregado, encaminhará ao Procurador-Geral previsão fundamentada dos recursos humanos e materiais imprescindíveis ao seu melhor funcionamento, que servirá de subsídio à elaboração de proposta global a ser encaminhada ao Poder Executivo”.

³ O primeiro Secretário da Secodid foi o Dr. Cláudio Fonteles.

⁴ Podemos exemplificar alguns trabalhos judiciais realizados nesse período pré-1988, todos publicados no *Boletim Informativo Secodid*, ano 1, n. 3, ago./set. 1987: a) aquela que é considerada a primeira ação civil pública intentada pelo Dr. Rodrigo Janot, em 19 de março de 1986, contra o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) em favor dos consumidores que estavam sendo indevidamente cobrados pela execução de músicas estrangeiras de domínio público, contra disposição legal que instituiu o regime da gratuidade; b) ação civil pública proposta pelo Dr. João Batista de Oliveira Filho em face do Município de Mariana, contra a construção de um ginásio poliesportivo que agredia o belo histórico conjunto arquitetônico e urbanístico da mais antiga cidade mineira; c) ação civil pública proposta em 13 de agosto de 1997 pelo Dr. Jair Brandão de Souza Meira, contra o aumento de mensalidades escolares, autorizados na época por ato do Ministério da Fazenda; d) ação civil pública proposta em defesa do meio ambiente pelo Dr. Francisco de Araújo Macedo Filho, contra pesca de lagosta imatura no Ceará; e) medida cautelar proposta em defesa do meio ambiente pela Dr. Gilda Pereira de Carvalho, contra a Prefeitura da Estância Balneária de Peruíbe, pela realização de obra de enrocamento do rio Guaraú; f) ação civil pública proposta contra o IBDF e Estado do Paraná, em razão do asfaltamento de uma estrada lesivo ao ecossistema do Parque Nacional do Iguaçu, proposta pela Dra. Odília Ferreira da Luz.

e externos para se reconhecer abertamente a incompatibilidade entre as funções de advocacia da União e de Ministério Público. De 1988 a 1993 o Ministério Público Federal, especialmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, sob a liderança da Secodid, assume, de forma cada vez mais vigorosa, o exercício das novas atribuições⁵. Todavia, muitos desses ingentes esforços em promover a defesa dos direitos transindividuais existiram mais em função do trabalho pioneiro de membros do Ministério Público do que propriamente devido à existência de uma adequada estrutura administrativa.

Assim, as linhas mestras da estrutura administrativa da qual carecia nossa instituição foram lançadas pela Lei Complementar n. 75/93, permitindo o florescimento das novas atribuições do *Parquet* federal. Por isso é preciso celebrar o decênio desta lei, que protege o cidadão ao fortalecer seu guardião. No entanto, é preciso reconhecer que ainda há muito por fazer. Na verdade, a mais importante homenagem que podemos render a todos que lutaram pela concepção do estatuto do Ministério Público da União é perseverar na labuta pela plena efetividade dos seus preceitos.

Por isso consideramos fundamental, ainda que seja uma obviedade, evidenciar a importância da regulamentação dos arts. 81 e 82 da Lei Complementar, que tratam da criação da estrutura básica das unidades de lotação e de administração por meio de lei, a tão decantada lei de ofícios.

Como dito, a necessidade da chamada lei de ofícios é hoje um truísmo, muito embora até bem pouco tempo muitos se contrapusessem à sua concepção, temendo a possibilidade de um engessamento do Ministério Público Federal, o que inviabilizaria a assunção plena das novas atribuições. Talvez tivessem razão. E os dez anos que se seguiram a maio de 1993 foram suficientes para que experimentássemos várias formas de organização, e amadurecêssemos para perceber a importância de cânones administrativos mais claros e uniformes, que nos permitam desenvolver melhor nossas funções.

Hoje temos vários modelos de Procuradoria da República, de Procuradoria Regional da República e de Procuradorias da República em Município⁶. Em algumas hipóteses há especialização, em outras não. Em alguns casos as matérias de atuação recebem um tratamento como se ofícios fossem, em outros não. Existem os que tentam observar a estrutura das Câmaras de Coordenação e Revisão e outros adotam modelo sem correspondência com as estruturas de revisão. Até mesmo a Procuradoria Regional dos Direitos dos Cidadãos, que tem previsão legal, assume um figurino específico em cada Procuradoria, ora como um “ofício” específico da cidadania, ora como uma Coordenação-

⁵ Apenas a título de ilustração podemos citar os seguintes casos mais rumorosos da atuação do Ministério Público Federal no período: a ação civil pública contra o bloqueio dos cruzados promovido pelo Plano Collor, ação em defesa dos mutuários do Plano de Equivalência Salarial no Sistema Financeiro de Habitação, ação para garantir teto mínimo mensal aos segurados do INSS, ação para permitir a movimentação do FGTS nas contas vinculadas dos servidores que foram transferidos do regime celetista para o regime único, ação para garantir a distribuição de AZT para portadores de HIV, ação para determinar a incidência do reajuste de 147,06% às aposentadorias e pensões. Encontramos também nos *Boletins da Secodid* várias medidas judiciais e extrajudiciais (instauração de inquérito civil) para a promoção da defesa das populações indígenas, do meio ambiente, do patrimônio histórico, dos consumidores.

⁶ A questão se revela mais relevante no caso das PRM's maiores.

Geral de todos os “ofícios” da tutela coletiva. Parte dessa diversidade pode ser atribuída às peculiaridades de cada local, todavia mesmo quando existem semelhanças entre as diversas unidades as diferenças subsistem. O aparato de apoio às Procuradorias também é bastante distinto em cada local não só no que se refere a recursos humanos, mas também quanto às condições materiais de trabalho, mesmo quando não existe justificativa razoável para a distinção.

Cada concepção organizativa haure sua legitimidade de um frágil “acordo de cavalheiros”, que necessita ser sempre revisitado a cada alteração da composição dos representantes do Ministério Público. Muito embora quase sempre os critérios sejam estabelecidos de forma razoável, o que facilita a chancela dos novos atores, em algumas localidades vivemos sérias crises internas em virtude da ruptura desse consenso⁷. Essas lutas fratricidas sempre findam por comprometer o exercício de nossas atribuições, e o argumento que se invoca é que o equilíbrio alcançado temporariamente pode ser sempre rompido porque ele não se lastreia em nenhuma norma que obrigue a observância e o respeito a uma dada divisão de trabalho.

A propósito da resistência de muitos com os modelos sem esteio legal, temos o episódio da criação das Áreas de atuação e dos Núcleos de acompanhamento de processos no Superior Tribunal de Justiça, por meio da Resolução n. 33/97 do Conselho Superior⁸.

⁷ Só para citar, temos o caso da Procuradoria da República no Ceará, em que o dissenso sobre a estruturação da Procuradoria já motivou a propositura de algumas ações judiciais e uma discussão pública entre os Procuradores da República que sufragam posições divergentes.

⁸ *Resolução n. 33, de 17 de dezembro de 1997 – O CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, com fundamento no artigo 57, inciso I, letras c e d, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, resolve fixar critérios para distribuição de processos oriundos do Superior Tribunal de Justiça e criar Áreas de atuação e Núcleos de acompanhamento de processos criminais e cíveis, definindo os respectivos critérios de designação de Subprocuradores-Gerais da República. *Art. 1º* Os processos oriundos do Superior Tribunal de Justiça, independentemente do órgão competente para julgá-los, se fracionário ou reunido, serão distribuídos, eqüitativamente, entre os Subprocuradores-Gerais da República, integrantes das áreas de atuação definidas no artigo 2º, ressalvado o disposto no artigo 48, incisos I e II, da LC n. 75/93. *Art. 2º* Os Subprocuradores-Gerais da República, com atuação no Superior Tribunal de Justiça, exercem seu ofício nas seguintes áreas: I – área de direito criminal; II – área de direito privado, nesta compreendidos os processos afetos à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e os que versem sobre locação predial; III – área de direito público, nesta compreendidos os processos afetos à 1ª Seção, os relacionados com servidores públicos civis e militares, e benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidente de trabalho. *Parágrafo único.* As designações para a atuação nessas áreas são feitas pelo Procurador-Geral da República, atendida opção prévia e escrita do Subprocurador-Geral da República, observado o critério de antiguidade. *Art. 3º* Nas áreas de atuação são criados dois (2) Núcleos de Acompanhamento: I – um, em matéria criminal, para officiar nas causas em que o Ministério Público Federal for parte; II - outro, em matérias de direito privado e público, para officiar nas ações populares, ações civis públicas e nas ações de improbidade administrativa. § 1º Os Núcleos de Acompanhamento são integrados por três (3) Subprocuradores-Gerais da República, designados pelo Procurador-Geral da República, dentre os que exercem seu ofício, respectivamente, na área de direito criminal e nas de direito público e privado, observado o disposto no parágrafo único do artigo 2º. § 2º Os Subprocuradores-Gerais da República designados para integrar os Núcleos exercem tais atribuições pelo período de 2 (dois) anos, vedada a recondução, salvo se não houver quem os aceite compor. § 3º Compete aos Subprocuradores-Gerais da República designados para os Núcleos, nos processos em que officiam, também a sustentação oral, a interposição de recursos, bem como o ajuizamento de ações conexas perante qualquer um dos órgãos judiciários do Superior Tribunal de Justiça. *Art. 4º* Os processos que já têm definição jurídica pacificada e, por tal razão, recebem parecer-padrão não são distribuídos a gabinetes de Subprocuradores-Gerais da República, mas, classificados em setor específico da CRIP, ali recebem o parecer-padrão subscrito pelo Coordenador de Distribuição. *Art. 5º* Para assegurar a igualdade numérica na distribuição de processos entre

Conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar⁹, “Em brilhante voto no processo que tramitou no Conselho Superior versando sobre a impugnação da formação dos Núcleos¹⁰, o Subprocurador-Geral da República, ex-Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, Wagner Gonçalves defendeu o poder regulamentar do Conselho e a compatibilidade da distribuição dos processos para os Núcleos de acompanhamento com os princípios institucionais do Ministério Público. Assim, não houve violação ao princípio do promotor natural, uma vez que todos os integrantes do Núcleo têm atribuição para officiar junto aos processos judiciais. O Núcleo apenas criou um critério distinto de distribuição por matéria. Não houve, outrossim, muito menos violação do princípio da independência funcional, posto que não há obrigatoriedade do integrante do núcleo concordar com a manifestação do colega de primeiro grau. O que a instituição do núcleo favorece é uma atuação concertada entre os diversos níveis do Ministério Público Federal, e até com os membros dos Ministérios Públicos dos Estados, uma vez que compete aos Subprocuradores-Gerais da República a atuação perante o Superior Tribunal de Justiça”¹¹.

todos os Subprocuradores-Gerais da República será efetivada distribuição complementar de feitos, independentemente de sua área de atuação. *Art. 6º* Para zelar pela distribuição automática e equitativa dos feitos e para os fins dispostos nos artigos 4º e 5º desta Resolução, o Procurador-Geral da República designará Coordenador de Distribuição dentre os Subprocuradores-Gerais da República com atuação no Superior Tribunal de Justiça, observados os nomes presentes em lista tríplice elaborada pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal. *Parágrafo único.* A função de Coordenador de Distribuição será exercida pelo período de 1 (um) ano, vedada a sua inclusão na lista tríplice subsequente, salvo se não houver quem aceite integrá-la. *Art. 7º* Esta Resolução entrará em vigor no dia 1º de março de 1998, reservados os quinze (15) primeiros dias do mês de fevereiro para que os Subprocuradores-Gerais da República manifestem as opções de que tratam o parágrafo único do artigo 2º e § 1º do artigo 3º. *Art. 8º* Ficam revogadas as disposições em contrário, especialmente as Resoluções n. 18/95 e 25/96. Brasília, 17 de dezembro de 1997.

⁹Vide nosso trabalho *Ação civil pública*, cit.

¹⁰No Procedimento Administrativo n. 08100-10016/98-19.

¹¹Vale registrar excerto do memorável voto de Wagner Gonçalves: “Além da violência de se dar parecer que representa, em alguns casos, a *disposição de direito indisponível*, porque a ação, muitas vezes ganha em primeira instância (ou segunda), referia-se (como normalmente se refere) a direitos sociais, coletivos e difusos – *portanto indisponíveis* –, tinha, no Tribunal, contra si o próprio colega atuante, perdendo referida ação, de consequente, seu advogado. Ou seja, o próprio membro do Ministério Público Federal dava-lhe morte certa, matada, sendo que face ao princípio da unidade deveria, como deve, sustentar o trabalho do colega, sem prejuízo de sua independência funcional. Nos casos teratológicos, é lógico que não há falar em se manter o trabalho do colega de 1ª ou 2ª instância. Mas o que não se pode admitir, como muitas vezes ocorreu e ocorre, é que depois de inquérito civil público, ação civil ganha em primeira instância, venha o colega no Tribunal a dar parecer contrário. Como essas ações são sempre polêmicas, pela sua própria natureza, o relator e a Turma do tribunal, percebendo isso, transcrevem e elogiam o parecer do Procurador ou do Subprocurador que atua no tribunal, aproveitando-se da contradição criada com referidas atuações. De um lado, após julgamento, o processo volta para o mesmo Procurador que deu o parecer, emitindo este ‘nota interna’ pelo arquivamento, deixando, assim, de recorrer. E aquela pretensão jurídica, de interesse social e coletivo, portanto indisponível, tornou-se disponível, não tendo a ação, dali por diante, sequer advogado, o que cria também desigualdade entre as partes. O réu na ação civil pública, em qualquer instância, durante o andamento da mesma, dispõe de advogado, enquanto o autor, Ministério Público Federal, deixa de tê-lo, por ação de seu próprio colega, que, na prática, praticou um ato de desistência da pretensão material posta em juízo. Quem atuou e atua na defesa de direitos sociais e indisponíveis já teve a oportunidade de se deparar com situações como estas, que atingem a EFICÁCIA e o sentido de ser do próprio Ministério Público Federal, o qual não pode viver idilicamente em função dos interesses pessoais e personalíssimos de seus membros, mas que tem a obrigação de dar respostas sociais, respostas essas que toda a sociedade está a cobrar do Ministério Público Federal. Por isso, determinadas ações são diferenciadas. E elas o são, não por um querer maquiavélico dos membros do Conselho Superior do Ministério Público Federal, mas em razão da própria natureza dessas

Além de gerar instabilidade, a ausência de regulamentação não estimula a discussão sobre a adequação dos modelos de atuação de cada local. Não há um esforço para se construir parâmetros de âmbito nacional que mereçam ser seguidos. Por isso, é tão incômodo encarar a realidade e reconhecer que uma dada forma de se organizar do Ministério Público Federal pode representar graves prejuízos às missões que o constituinte nos incumbiu, e um outro modelo favorecer o desempenho desses encargos.

Para ilustrar nosso raciocínio, gostaríamos de trazer à reflexão o caso do “ofício” da saúde, que em muitos lugares não é nem considerado um pólo de atuação específico. Nossas considerações foram motivadas quando da elaboração de um pequeno relatório de atividades aos colegas que me sucederiam nas atribuições relacionadas à promoção dos direitos da saúde, e a inquietude que nos assaltou ante a continuidade do trabalho, tendo em vista que, a meu juízo, a adoção de um novo modelo de atuação poderia comprometer algumas poucas conquistas obtidas independentemente do brilho e dedicação dos meus pares. Nosso objetivo não é, de forma alguma, propor um modelo de atuação na área de saúde, mas registrar que uma dada forma de atuação tem potencializado, o que pode ser reconhecido a olho nu, as atribuições do Ministério Público Federal relacionadas à matéria.

Com efeito, principalmente desde 1997, vem o Ministério Público Federal desempenhando um importante papel na implementação do sistema único de saúde. Quando pelo menos um Procurador da República exerce atribuições na área de saúde de forma mais específica, tem se obtido significativos resultados no combate de fraudes, na fiscalização do controle social sobre o SUS, na implementação de políticas públicas, enfim na promoção de uma realidade mais justa para o cidadão no tocante a um tema que integra a preocupação cotidiana da esmagadora maioria da população que depende única e exclusivamente do sistema público de saúde.

Por que seria necessária a criação do ofício da saúde? O primeiro aspecto digno de nota é a necessidade do estudo atento da legislação que rege a matéria, bastante vasta e diversificada, como o capítulo da Constituição dedicado à saúde, todas as Leis federais que versam sobre a matéria, especialmente as n. 8.080/90, 8.142/90 e 9.452/97, as normas do Ministério da Saúde como a NOB (norma básica) 1/2000, as portarias do Ministro, as resoluções do Conselho Nacional de Saúde, as recomendações das Conferências Federal e Estadual de Saúde etc. Por experiência própria reconhecemos que só se pode ter uma compreensão próxima do ideal sobre o funcionamento do Sistema Único de Saúde com o efetivo conhecimento desse arcabouço normativo, o que é favorecido quando se há uma dedicação efetiva ao “ofício”.

Ademais, não se pode perder de vista que, independentemente da ótica em que se analise a demanda referente à saúde apresentada ao Ministério Público as questões se apresentam dentro de um dado contexto, cuja lógica deve ser compreendida, sob pena de

ações. Elas não se referem a direitos disponíveis, mas indisponíveis: objetivam a moralidade administrativa (ação de improbidade), os interesses sociais, difusos e coletivos (ações civis públicas) e a defesa do patrimônio público (ações populares). Estas, próprias do cidadão, que, ao propô-las, ajuda o próprio Ministério Público, o qual, aliás, tem a obrigação de lhe dar seqüência” (grifos do autor, fls. 49 e 50 do Procedimento Administrativo n. 08100-10016/98-19).

não percebermos a real dimensão da questão e a forma mais adequada de sua condução. Por exemplo, no caso de denúncias contra instituições particulares ou públicas que integram a rede do SUS, referentes à violação ao princípio da gratuidade, à dupla cobrança, à cobrança de atendimentos inexistentes etc., estão envolvidos valores diminutos, mas se é uma prática constante da instituição, pode se revelar extremamente lucrativo, e, evidentemente, o conjunto de todas as fraudes é bastante prejudicial ao sistema. Só uma visão holística permite identificar esse fenômeno. Por outro lado, existem situações em que a solução mais extremada de interdição do hospital ou de seu descredenciamento ao SUS pode vir a ser mais lesiva à comunidade de usuários, notadamente quando na localidade só existe um prestador do serviço de saúde. Essa perspectiva, às vezes só é possível quando há uma efetiva preocupação do representante do Ministério Público com os objetivos de sua atuação, o que certamente é favorecido quando, ainda que não de forma exclusiva, se atua com todos os tipos de demanda na área de saúde, permitindo que se vislumbre todo o panorama envolto na questão apresentada.

Embora toda classificação tenha sempre uma índole bastante pessoal, consideramos que existem basicamente as seguintes linhas de atuação na saúde: a) a repressão a fraudes de instituições públicas e privadas, prestadoras do serviço público de saúde; b) a repressão a atos de improbidade imputados a administradores públicos envolvendo verbas federais destinadas à saúde; c) a estruturação do sistema único de saúde na esfera federal, estadual e municipal; d) a fiscalização da implementação das políticas públicas de saúde; e e) a promoção de direitos coletivos e individuais indisponíveis de crianças, adolescentes e portadores de transtornos mentais quando os pleitos puderem ser dirigidos aos entes públicos federais.

Em todas as áreas de atuação do Ministério Público Federal no ofício de saúde é fundamental que haja um contato permanente com os diversos atores políticos que participam da rede de relações que envolve a área. Sem essa interlocução nossa atuação pode ficar seriamente comprometida. Deve haver um constante diálogo com os órgãos representantes das classes de profissionais de saúde; quer sejam corporativos, como os Sindicatos e Associações de profissionais, quer sejam de fiscalização profissional, como os Conselhos de Medicina, de Enfermagem, de Psicologia, de Farmácia, quer sejam técnicos como as Sociedades médicas, quase sempre têm muito a contribuir para o nosso trabalho. Do mesmo modo, conhecer os gestores públicos principais, se possível pessoalmente, como os Secretários-Executivos do Ministério da Saúde das diversas secretarias que compõem esse Ministério, o Secretário de Saúde do Estado e dos Municípios principais, as Coordenações das auditorias, principalmente federal e estadual, as Coordenações dos Serviços de Vigilância Sanitária, os diretores dos hospitais mais importantes etc., é bastante relevante na condução de nossos feitos. Não se pode olvidar, outrossim, as associações de usuários de saúde, que, quase sempre, são parceiros indispensáveis para que nossas atribuições sejam conhecidas e possamos estabelecer, com maior acerto, as prioridades de nossa atuação.

É imprescindível que conheçamos a função dos órgãos de auditoria do sistema único de saúde e que possamos criar uma rotina de trabalho que supere a utilização pontual

dos serviços de controle. Por exemplo, quando no exercício das nossas atribuições na Bahia, concluímos que nos casos ordinários deve ser primeiramente acionada a Auditoria Estadual, pelo seu porte e dimensão geográfica, salvo quando se tratasse de questões envolvendo municípios de gestão plena do sistema, que devem contar com sistemas de auditoria próprios. Reputamos que o Departamento Nacional de Saúde (Denasus), que tem uma representação em cada Estado, só deve ser acionado para auditar casos em que pode haver algum tipo de comprometimento da isenção do Estado, como no caso de hospitais públicos estaduais ou em se tratando de hospitais federais, como o universitário e em situações afins. Ora, essa compreensão só foi alcançada depois de vários equívocos de nossa parte, ensejando ações administrativas dúplices e desconcertadas, e só foi permitida devido a uma atuação direcionada ao “ofício” da saúde.

Esse quadro meramente ilustrativo visa demonstrar o quão relevante é a discussão sobre a nossa organização em ofícios e sobre a correspondente estrutura administrativa da qual eles devem ser dotados. É evidente que a dimensão geográfica de nossa instituição, as diferenças regionais e as especificidades locais são desafios que se apresentam à concepção de padrões de atuação. Com efeito, nossa legislação deverá ter uma certa plasticidade para engendrar vários modelos que acompanhem nossa diversidade, mas não se pode abrir mão da existência de uma linha mestra de organização. Todavia, não podemos mais nos furtar a esse importante debate.

Aliás, temos sim um relevante papel na apresentação das propostas sobre a nossa melhor organização, mas não podemos olvidar que o tema não é de interesse exclusivo do Ministério Público. Nossas dificuldades de organização interna podem estar comprometendo o exercício das atribuições constitucionais e legais, o que de resto toca de perto ao cidadão.

O aniversário de nossa lei complementar deve nos despertar para a necessidade de estabelecermos rumos, padrões e metas de atuação, que permitirão melhores resultados e ensejarão a possibilidade de um controle mais eficiente de nosso ofício ministerial por parte da sociedade. O momento político que se avizinha, de possível alteração do comando da instituição, será, certamente, propício para o desempenho dessa importante missão. O papel da Escola Superior do Ministério Público é assaz relevante para se estudar e se compreender todas as vivências de Procuradoria que tivemos nesses últimos dez anos para que possamos identificar as formas de organização que, ao mesmo tempo, sejam mais fiéis a nossa história e mais benéficas para o exercício de nossas atribuições.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO APÓS A LEI COMPLEMENTAR N. 75/93

*Rodrigo de Lacerda Carelli**

É unânime na doutrina especializada dizer que o Ministério Público se transformou totalmente com o advento da Carta Constitucional de 1988. Novas garantias, nova feição e novos objetivos institucionais foram trazidos para tornar esta Instituição a defensora, além da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tornou-se o Ministério Público um pilar na democratização da sociedade brasileira, passando a ser órgão agregador dos interesses e das demandas coletivas dessa sociedade¹. Assim, tomando *sempre* a posição de defesa de interesses máximos da sociedade, libertou-se da tutela do Estado, em seu interesse público secundário², podendo assim, como o faz agora frequentemente, atuar contra o próprio Estado para garantir um interesse maior da sociedade.

A Lei Complementar n. 75/93, toda inspirada nesse novo papel do *parquet* pátrio, trouxe para o Ministério Público da União uma série de instrumentos e institutos que favoreceram a sua atuação diante desses novos desafios trazidos, demonstrando a intenção de mudar toda a face dessa Instituição, trazendo a necessária independência funcional para exercer a função de “defensor do povo”.

Se houve uma mudança muito grande no Ministério Público em geral após a Constituição Cidadã, afirmo, sem medo de errar, que o Ministério Público do Trabalho foi o seu ramo em que mais ocorreram essas mudanças. E essas mudanças só foram implementadas, ou iniciaram sua fase de implementação, a partir da própria Lei Complementar n. 75/93.

Isso se deu devido ao perfil quase que totalmente de órgão interveniente que tinha o órgão ministerial trabalhista antes do advento do Estatuto do Ministério Público da União. Antes dessa regulamentação, estava esse ramo, em sua quase-totalidade, imerso na função de órgão interveniente nos Tribunais do Trabalho, realizando pareceres em todos os processos em segundo grau de jurisdição. Havia também atuação *custos legis* no primeiro grau de jurisdição, quando acionados pelo Poder Judiciário. A única atuação de órgão agente vinha na questão da curatela de menores sem responsável legal e ingresso de Dissídio Coletivo de Greve. Portanto, a única atuação verdadeiramente em prol da sociedade seria esta última.

* Rodrigo de Lacerda Carelli é Procurador do Trabalho, lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região.

¹ VIANNA LOPES, Júlio Aurélio. *Democracia e cidadania: o novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

² Segundo a classificação por demais conhecida do administrativista italiano Renato Alessi.

A Instituição, diversamente dos outros ramos, onde sempre houve uma forte atuação de órgão agente, tinha nítido caráter intervencionista em nível de segundo grau, sendo as outras atividades como que satélites e eventuais. A prova disso é o número de cargos de Procuradores em cada Regional, que era, e até certo ponto continua sendo³, equivalente ao número de juízes de cada Tribunal Regional do Trabalho. Além disso, a própria estruturação do Ministério Público do Trabalho em Procuradorias Regionais, seguindo a organização da Justiça do Trabalho, não tendo ofícios onde existem as Varas do Trabalho, antigas Juntas de Conciliação e Julgamento, demonstra o claro perfil de Órgão Interveniante para o qual foi estruturado.

Ao contrário dos outros ramos do Ministério Público, não havia, também, qualquer atividade administrativa autônoma, sendo sua atuação inteiramente voltada para a Justiça do Trabalho. O próprio nome antigo demonstrava o caráter de apêndice do Poder Judiciário: Procuradoria da Justiça do Trabalho.

Com o advento da Carta de 1988, não houve grandes mudanças, seja pela falta de costume na utilização dos novos instrumentos colocados à disposição, seja pela dificuldade em justificar a utilização desses instrumentos perante a Justiça do Trabalho, resistente a avanços processuais. O certo é que no intervalo entre a Constituição e a Lei Complementar n. 75/93, poucas foram as ações civis públicas ajuizadas pelo *parquet* laboral.

Porém, com a Lei Complementar n. 75/93, todo um mundo novo se abriu aos Procuradores do Trabalho, aos quais foram concedidos importantes instrumentos que fizeram, e estão fazendo, esse ramo do Ministério Público da União se adequar à intenção da Constituição Federal. Foram entregues à guarda do Ministério Público do Trabalho, por meio do inquérito civil público e da ação civil pública, a defesa dos interesses coletivos quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos e os direitos sociais dos trabalhadores (arts. 83, inciso III, e 84, II, da Lei Complementar n. 75/93). Ao lado desse instrumento, foi dada a atribuição ao *parquet* trabalhista de “propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores” (art. 83, inciso IV, da Lei Complementar n. 75/93).

Esses instrumentos valiosíssimos trouxeram para o Ministério Público do Trabalho uma atividade administrativa anteriormente inexistente, tornando esse ramo independente da Justiça do Trabalho, pois agora as questões de lesão a direitos coletivos poderiam ser tratadas por meio dos instrumentos investigatórios concedidos, podendo, inclusive, ser resolvida a questão sem a necessidade do Poder Judiciário, por intermédio dos “Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta”. As lesões coletivas trazidas por instrumentos normativos coletivos também passaram a ser tratados inicialmente administrativamente, para pronta solução, somente nos casos em que houvesse recalcitrância das entidades sindicais haveria a necessidade de requerer a tutela judiciária.

³ No decorrer do tempo houve alguns remanejamentos de vagas, para atendimento do interesse do serviço.

Entretanto, tais instrumentos vão mudando o Ministério Público do Trabalho aos poucos, à medida que a sociedade e a própria Instituição vão tomando conhecimento da sua importância na tutela dos interesses sociais. Esse processo, portanto, não está acabado, pelo contrário, a mudança desse perfil iniciou-se lenta, sendo que ainda tem muito a avançar.

Os dados empíricos demonstram essa mudança de perfil e o crescimento do Ministério Público do Trabalho como Órgão Agente na defesa dos interesses sociais, como podemos ver no quadro⁴.

MAPA ESTATÍSTICO DA EVOLUÇÃO DA CODIN (COORDENADORIA DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS) DA PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO – DE 1996 A 2002*

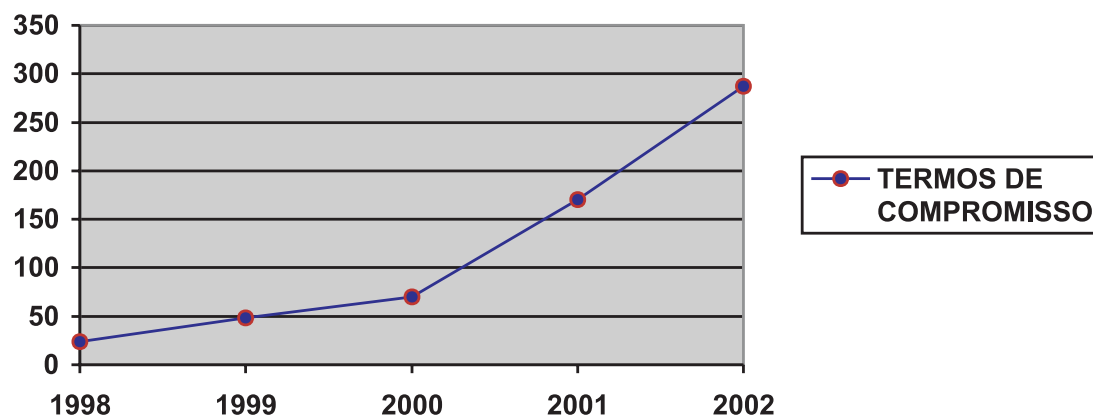
Procedimentos/Atividades	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Representações	52	200	360	479	1.012	1.434	1.663
Procedimentos preparatórios de ICP	35	182	241	305	1.104	945	1091
Inquéritos civis públicos	2	2	5	2	74	24	30
Ações civis públicas	4	9	12	45	186	49	134
Cautelares/EXAC/Mandado de segurança/RC	-	3	23	15	20	18	24
Audiências judiciais	-	37	31	46	142	118	224
Audiências extrajudiciais	-	263	550	870	1.163	1.410	1.847
Ofícios expedidos	855	1.252	1.950	3.200	4.518	6.519	9.349
Termos de compromisso	-	-	24	48	70	170	287
Recomendações notificatórias	-	-	86	19	133	38	280

Recursos Humanos	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Quantidade de procuradores	5	7	9	13	13	20	23
Quantidade de funcionários	4	4	7	12	13	16	24

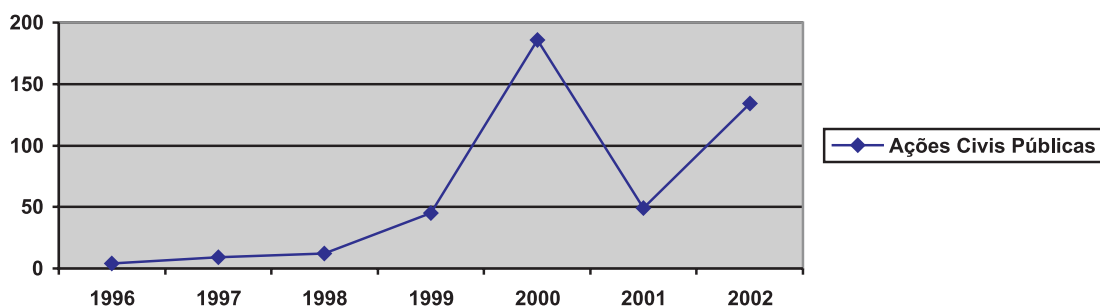
⁴ Fonte: *Relatório Gestor 2002*, da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro).

Pelos números acima, vemos alguns dados interessantes. Em apenas 6 (seis) anos, as Representações, ou seja, as notícias de lesão a direitos coletivos, trazidas pela sociedade, trabalhadores, entidades sindicais, órgãos do Poder Judiciário, órgãos do Poder Executivo etc., pularam de 52 (cinquenta e duas) para 1.663 (mil, seiscentos e sessenta e três), um aumento de mais de 3.000% (três mil por cento). Acompanhando esse número, a instauração anual de procedimentos investigatórios no âmbito dessa Procuradoria Regional do Trabalho, saltou de 35 (trinta e cinco) em 1996 para 1.091 (mil e noventa e um) em 2002. O número de inquéritos civis públicos instaurados foi de 2 (dois) em 1996 para 30 (trinta) em 2002. Esse número não seguiu a evolução, em virtude da maior facilidade e menor exigência procedimental, como publicação de portaria, para o procedimento investigatório, deixando os inquéritos civis públicos para questões em que já há indícios mais fortes de fraude. Constata-se que a atividade extrajudicial do Ministério Público do Trabalho está em um crescendo, comprovado pelo número de depoimentos tomados (audiências extrajudiciais), que em 1997 foram de 263 (duzentos e sessenta e três), e em 2002 foram 1.847 (mil, oitocentos e quarenta e sete).

O resultado para a sociedade também é demonstrável pelos números, já que em 1998 foram firmados 24 (vinte e quatro) termos de compromisso de ajustamento de conduta, sendo que em 2002 esse número deu um salto gigantesco, indo para 287 (duzentos e oitenta e sete) compromissos tomados pelo Ministério Público Trabalhista, um aumento de mais de 1.000% (mil por cento) em apenas quatro anos.



O número de ações civis públicas é outro dado que impressiona, já que de 1996 a 1999 foram ajuizadas 70 (setenta) ações civis públicas, enquanto de 2000 a 2002 buscou-se o Poder Judiciário para a tutela coletiva em 369 (trezentos e sessenta e nove) ações civis públicas.



A quantidade de procuradores no Órgão Agente, ainda longe do ideal e da demanda de interesse público, não acompanhou o acréscimo de trabalho, tendo aumentado de 1996 a 2002 de 5 (cinco) procuradores para 23 (vinte e três) procuradores, voltados para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

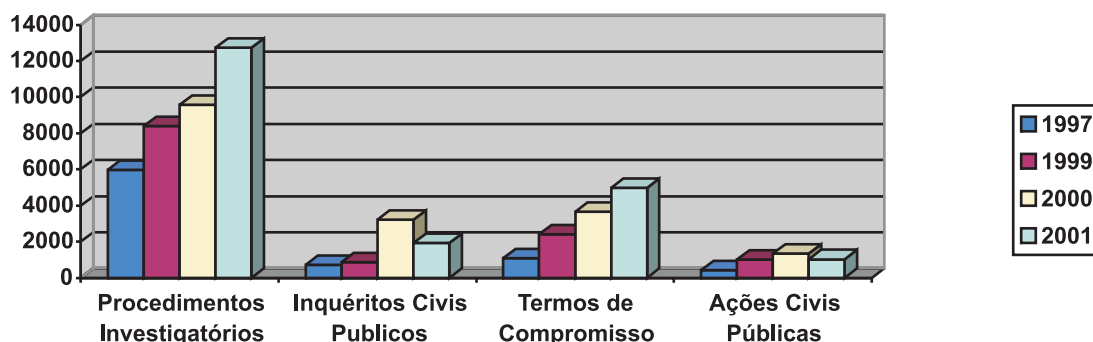
Os números a nível nacional também demonstram a evolução do Ministério Público do Trabalho em direção ao Órgão Agente, conforme o quadro abaixo⁵.

	Procedimentos Investigatórios	Inquéritos Cíveis Públicos	Termos de Compromisso	Ações Cíveis Públicas
1997	5980	731	1080	435
1998	*	*	*	*
1999	8407	878	2392	1028
2000	9555	3232	3643	1357
2001	12750	1953	4980	1029

* Dados não totalizados quanto à atuação nacional no relatório.

Os dados mais importantes deste último quadro são os relativos a Procedimentos Investigatórios e a Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Quanto aos primeiros, podemos perceber um acréscimo ano após ano, em um volume considerável, demonstrando a atuação cada vez mais robusta na defesa coletiva de direitos. O segundo dado, mais importante ainda, é a verificação da evolução mais forte ainda na resolução extrajudicial das lesões coletivas aos direitos dos trabalhadores. Passou-se de 1.080 (mil e oitenta) termos de compromisso de ajustamento de conduta em 1997 para 4.980 (quatro mil, novecentos e oitenta) compromissos assumidos perante o MPT, em um aumento de quase 500% (quinhentos por cento) em apenas 5 (cinco) anos, demonstrando a firme atuação e respeito do Ministério Público perante a sociedade.

⁵ Relatórios dos Exercícios de 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001, da Procuradoria-Geral do Trabalho.



Assim, verificamos que, quanto mais eficaz a atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa da sociedade, mais esta toma conhecimento dessa atuação e demanda novas atuações, tornando sua evolução para Órgão Agente Defensor da Sociedade irrefreável.

Neste ponto, devemos dizer que nem tudo são flores, existindo vários problemas que impedem o devido crescimento da Instituição.

Primeiramente, a estrutura em Procuradorias Regionais do Trabalho, onde são lotados e exercem as mesmas funções Procuradores do Trabalho e Procuradores Regionais do Trabalho, estrutura esta mantida pela Lei Complementar n. 75/93, mesmo com as novas atribuições, causa enormes conflitos de atribuição.

A solução para isso seria a criação de Procuradorias do Trabalho, nos moldes do que já acontece no Ministério Público Federal, nas localidades onde há varas do trabalho, sendo aí lotados os Procuradores do Trabalho. Nas Procuradorias Regionais do Trabalho ficariam os Procuradores Regionais do Trabalho, que atuariam perante o Tribunal respectivo.

Outro problema existente é a falta de uma lei de ofícios. Hoje, segundo a Lei Complementar n. 75/93, os ofícios são as unidades de lotação, ou seja, no caso do Ministério Público do Trabalho, as Procuradorias Regionais do Trabalho e a Procuradoria-Geral do Trabalho. Assim, alguém atuando na defesa dos interesses difusos e coletivos poderia ser remanejado para outra atividade, como *custos legis*, e vice-versa.

Há outro problema, da mesma ou maior gravidade. Devido à própria Constituição Federal, o chefe do Ministério Público da União, inexplicavelmente, é também chefe de um dos ramos, e escolhe em lista tríplice o chefe do Ministério Público do Trabalho, criando uma certa, inadmissível e estranha “hierarquia” entre o Ministério Público Federal e os demais ramos do Ministério Público da União.

Como a parte orçamentária do Ministério Público da União tem rubrica única no Orçamento Federal, a parte que é destinada a cada ramo é definida pelo próprio Procurador-Geral da República, apresentada perante o Conselho de Assessoramento do Ministério Público da União.

Vejam os números:

	Executado	Executado	PL	PL
	2000	2001	2002	2003
Total	752.786,7	934.185,5	947.986,3	1.438.204,0

* Fonte: Senado Federal, <www.senado.gov.br>.

Observa-se que houve um aumento nos valores nominais de 91,05% no orçamento do Ministério Público da União entre os anos 2000 e 2003.

A título de comparação, verifiquemos quanto foi destinado, desses valores do Ministério Público da União, para cada um de seus ramos:

UNIDADES	2000	2001	2002	2003
34101 Ministério Público Federal	406.522,90	545.064,20	528.129,10	921.107,20
34102 Ministério Público Militar	44.212,00	46.415,90	47.995,40	65.529,80
34103 Ministério Público do DF e T.	94.217,60	109.107,20	129.428,80	156.282,20
34104 Ministério Público do Trabalho	207.754,60	232.923,00	239.344,70	292.162,10
34105 Escola Superior do MPU	79,50	678,10	3.088,30	3.122,60

* Fonte: Senado Federal, <www.senado.gov.br>.

Do quadro acima, podemos tirar alguns números que impressionam. Dos ramos do Ministério Público da União, o Ministério Público do Trabalho teve o menor aumento no orçamento durante esses anos, tendo aumento nominal de 40% (quarenta por cento), enquanto o Ministério Público Militar teve a mesma porcentagem, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios teve acréscimo de 65% (sessenta e cinco por cento) e o Ministério Público Federal, cujo chefe é também o chefe do Ministério Público da União, teve um aumento de 126% (cento e vinte e seis por cento).

Isso significa que a participação do Ministério Público do Trabalho só diminuiu, enquanto o Ministério Público Federal teve aumentada sua participação no bolo. Observemos a participação de cada ramo no orçamento do Ministério Público da União.

	MPT	MPF	MPDFT	MPM
2000	27,5%	54%	12,5%	5,8%
2001	25%	58%	11,6%	5,0%
2002	25%	55,7%	13,6%	5,0%
2003	20,3%	64%	10,8%	4,5%

Verifica-se que a participação do Ministério Público Federal vem crescendo, enquanto todos os demais ramos estão vendo suas verbas orçamentárias diminuïrem.

Será que se justifica a distribuição tão desproporcional da verba? Ou será que é só porque há a confusão jurídica do Procurador-Geral da República ser simultaneamente chefe do Ministério Público da União e de um de seus ramos.

A aparência de exclusão dos demais ramos pode ser sentida até mesmo no endereço do sítio da Procuradoria-Geral da República, que é <www.pgr.mpf.gov.br>, ou seja, é a Procuradoria-Geral da República no Ministério Público Federal, e não Ministério Público da União. Nessa mesma página, somente há dados do Ministério Público Federal, dando a entender que o Procurador-Geral da República representa somente o Ministério Público Federal.

Assim, há necessidade premente de que tal panorama seja alterado. Essa situação anômala quanto à chefia da Instituição e de um de seus ramos deve ser o quanto antes resolvida, por meio de alterações no âmbito da Lei Complementar n. 75/93, não necessitando nem mesmo de alteração em nível constitucional.

O Procurador-Geral da República continuaria sendo chefe do Ministério Público da União, tendo atuação junto ao Supremo Tribunal Federal, e escolhido pelo Presidente da República dentre os membros do Ministério Público da União, como ocorre hoje.

Seria criado o cargo de Procurador-Geral Federal, que funcionaria como chefe do Ministério Público Federal, escolhido pelo Procurador-Geral da República a partir de lista tríplice formada pelos integrantes da carreira do Ministério Público Federal, da mesma forma que ocorre com os demais ramos.

Outra idéia que ocorre seria a própria fusão de todos os ramos do Ministério Público da União, com a formação de um só quadro, para economia de instalações e equipamentos, sendo mais bem aproveitada a verba existente. A partir daí seriam criados por lei os ofícios, sendo disputados pelo critério da antigüidade entre os membros.

As propostas acima têm como objetivo uma melhor estruturação do Ministério Público da União, e também evitar o colapso dos ramos menos atendidos pela distribuição das verbas orçamentárias, que se encontram em ritmo de concentração no Ministério Público Federal.

Nos últimos anos o crescimento do Ministério Público Federal foi inegável, sendo talvez o maior responsável pela visibilidade e prestígio que detém o Ministério Público junto à sociedade. Porém, isso não retira nem exclui dos outros ramos sua parcela de

importância nessa construção do novo Ministério Público, como comprovam os números acima trazidos. O Ministério Público do Trabalho tem sua atuação cada vez mais voltada para a sociedade a qual defende, e sua importância vem sendo reconhecida a todo o instante pela imprensa e pelas entidades da sociedade civil organizada, como a Pastoral da Terra, quanto ao árduo labor no combate ao trabalho escravo, e as entidades protetivas das pessoas portadoras de necessidades especiais, no caso da inserção da pessoa portadora de deficiência nas empresas.

E esse trabalho precisa ter continuidade e ser ampliado, necessitando o Ministério Público do Trabalho de condições materiais para que isso aconteça, sendo as reformas acima expostas mais do que prementes, para a sociedade ter o Ministério Público do Trabalho de que tanto necessita.

DA HISTÓRIA DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

*Affonso Henriques Prates Correia**

Foi em dezembro de 1988 que o Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, incumbiu-me de preparar o anteprojeto da Lei Complementar que iria dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, dizendo, em poucas palavras, que desejava encaminhar a matéria ao Congresso Nacional em fevereiro de 1989. Recomendou que ouvisse a classe e que, sendo possível, utilizasse como subsídio o trabalho da Comissão, por ele próprio designada, que antes da Constituição de 1988 havia feito outro projeto, não mais viável, devido ao modelo constitucional estabelecido para a instituição.

Está claro que aceitei a incumbência com muito prazer, pois a situação, em 1988, era muito diferente da que existiu, por longos anos, desde a primeira reunião no Hotel Arpoador, no Rio de Janeiro, quando começamos a discutir o assunto Lei Orgânica, que depois passou a fazer parte, de forma obrigatória, de todos os encontros nacionais dos Procuradores da República.

Na verdade, nessas infindáveis reuniões anteriores, discutíamos apenas um sonho, pois nada indicava que o Procurador-Geral da República fosse aceitar o que pretendíamos, e muito menos que o Presidente da República fosse se entusiasmar com as nossas idéias, pois estas não eram exatamente adequadas aos tempos autoritários em que vivíamos.

Em dezembro de 1988, reitera-se, a situação era outra, pois a nova Constituição Federal havia definido, para o Ministério Público, pelo menos parte de nossas pretensões, e as nossas idéias seriam discutidas com quem tinha afinidade com elas. Não apenas isto, mas a certeza que o Procurador-Geral não seria mero intermediário, pois iria encaminhar o projeto diretamente ao Congresso Nacional, faculdade que lhe havia sido outorgada pela Constituição. Não tinha dúvidas, no entanto, que o projeto não seria fácil de fazer, pelas condicionantes existentes e porque era evidente que iria preparar não um projeto meu, mas de José Paulo Sepúlveda Pertence, conhecedor antigo da matéria, com idéias próprias sobre ela e que sempre foi bem ciente de sua autoridade.

No ameno carnaval de Brasília, em 1989, ficou pronta a primeira versão do projeto, a primeira de uma longa série, e estou certo que fizemos bem em dizer, ao entregar uma cópia para o Gurgel, Presidente da ANPR, que se tratava apenas de um projeto preliminar,

* Affonso Henriques Prates Correia é Subprocurador-Geral da República, aposentado.

para discussão com a classe. Gurgel havia constituído uma comissão, na ANPR, formada pelos colegas Álvaro, Carlos Victor, Edylcéia e Ferreira, para discuti-lo e apresentar sugestões, e ela não teve muita simpatia pelo projeto. Não quanto às normas sobre a autonomia do Ministério Público, formalmente garantida pela Constituição, pois a respeito da matéria as divergências eram apenas pontuais. O problema era relativo à repartição de poder entre os órgãos da instituição e à definição sobre como seria o acesso a esses órgãos e funções, pois a Comissão preferia parâmetros semelhantes aos da magistratura e o projeto apresentava outra opção, visando compatibilizar o princípio da independência funcional com os da unidade e indivisibilidade, característicos do Ministério Público, e inexistentes no exercício da função jurisdicional.

Somente após muitas idas e vindas chegou-se a um aparente acordo, amparado pela revisão dos poderes do Procurador-Geral e do Conselho Superior, pela criação das Câmaras de Coordenação e Revisão e pela definição de um sistema de designação dos membros do Ministério Público, por período certo de tempo, para o exercício das funções previstas na Lei Orgânica e na Lei de Ofícios, cujo projeto seria, e parece que ainda não foi, encaminhado ao Congresso Nacional. É evidente que inúmeras divergências continuaram a existir, pois não se poderia imaginar o consenso absoluto, mas pelo menos em relação aos aspectos fundamentais o projeto parecia estar de acordo com as idéias da maioria da classe.

Em 31 de março de 1989 o Procurador-Geral da República entregou o projeto-lei ao Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Paes de Andrade, acompanhado por muitos colegas, satisfeitos, ainda que discordantes quanto a essa ou àquela regra. Recordo-me do dia como se fosse hoje, e de quem estava lá, e somente não me aventuro a dizer quais eram porque, certamente, quatorze anos depois, poderia me esquecer de alguém. E antes que me perguntem porque logo em 31 de março, adianto que não sei, pois não era esta, para mim e para o ilustre subscritor do projeto, uma data de boas recordações.

Na Câmara dos Deputados a tramitação do projeto não foi suave, embora o Relator, Deputado Renato Viana, de Santa Catarina, tenha feito todos os esforços para agilizar o seu andamento e mantê-lo como nós desejávamos. Aristides Junqueira Alvarenga, que havia sido nomeado Procurador-Geral da República, em substituição a José Paulo Pertence, preferiu que o acompanhamento do projeto, na Câmara, ficasse comigo e com o Arantes, não se comovendo com o argumento que ele, Procurador-Geral, teria maior receptividade com os congressistas que o Vice-Procurador-Geral, cargo para o qual me havia indicado. Sábio Aristides, pois se livrou de discutir centenas de emendas, e não somente com o Relator Renato Viana, que nunca deixou de ser cortês, embora advertisse que não teria como rejeitá-las, todas elas. De um ilustre deputado ouvi que não imaginava que eu fosse tão radical, curiosa referência que nunca pensei ouvir, e que pela segunda vez ouvia, naquele mesmo ano.

O projeto acabou aprovado pela Câmara dos Deputados, sem modificações importantes, ficando preservado no que era preciso. O tempo que lá tramitou me pareceu excessivo, mas é possível que tenha sido o tempo comum em projetos dessa natureza, e provavelmente apenas visão radical poderia ter concluído de forma diferente.

No Senado Federal não tenho como contar a história, exceto por ler ou ouvir dizer, pois já havia voltado para Minas Gerais. As modificações que foram feitas no texto aprovado pela Câmara dos Deputados, pelo menos as mais relevantes, tiveram como origem o próprio Ministério Público Federal, por meio de emendas assumidas pelo Relator, Senador Amir Lando, conforme consta de seu parecer, e não cabe dizer, ao se contar história, sobre o mérito delas.

Por fim, reconheça-se que a Lei Orgânica foi um marco, de boa lembrança, como outras, no Ministério Público da União. A instituição se fez e continua sendo feita com outros marcos, e pela atitude de seus membros. Deve ser ressaltado que a Constituição de 1988 e a Lei Orgânica representaram ganhos óbvios, para ela e para a sociedade. Como foram outros fatos, na história recente do Ministério Público, merecendo referência o encaminhamento ao Congresso Nacional do primeiro projeto-lei, em 1988, com autógrafo do Procurador-Geral da República, quando era questionada a sua competência para tanto, o Caso Roboredo, essencial para que se consolidasse a autonomia do Ministério Público, como instituição e não como órgão do Poder Executivo, e os julgamentos, pelo Supremo Tribunal Federal, das ações em que se decidiu sobre a constitucionalidade de normas que passaram a reger o Ministério Público. Foram, sem dúvida, momentos importantes para que surgisse um novo Ministério Público. São, no entanto, outras histórias, que não cabem nesta história.

OS DEZ ANOS DA LEI COMPLEMENTAR N. 75, DE 20 DE MAIO DE 1993

Entrevista concedida pelo Doutor Álvaro Augusto Ribeiro da Costa, Advogado-Geral da União, à Doutora Sandra Cureau, Diretora-Geral da ESMPU, e ao Doutor André de Carvalho Ramos, Membro do Conselho Editorial da ESMPU, para o *Boletim Científico* n. 7, no dia 14 de abril de 2003

A Escola Superior do Ministério Público da União decidiu entrevistar o Doutor Álvaro Augusto Ribeiro da Costa, atual Advogado-Geral da União, mas que, como Subprocurador-Geral da República, participou dos debates envolvendo a elaboração da Lei Complementar n. 75, sendo também o primeiro Procurador Federal dos Direitos do Cidadão.

1) Doutor André: *Qual era o ambiente que antecedeu o envio do projeto ao Congresso, as expectativas dos membros do Ministério Público Federal, a expectativa de toda a comunidade do Ministério Público da União em relação a esse projeto, já que quase cinco anos haviam se passado desde a promulgação da Constituição?*

Doutor Álvaro: A minha memória útil, na verdade, ela só tem pertinência na medida em que se compõe com outras memórias. A minha é tópica; ela deve ser colocada junto com muitas outras.

Quando entrei na Procuradoria, em 1975, eu já tinha notícia de que se estudava a idéia de uma nova lei; na época não se falava em Constituinte. Aliás, quem falasse de política naquela época sentiria pelo menos que estaria causando um incômodo ao interlocutor.

Havia muita autocensura, qualquer coisa que cheirasse a política não era uma conversa conveniente. Mas havia a idéia de que a lei anterior, que era muito antiga, obviamente já caíra em desuso em muitas coisas; e havia estudos, não sei se até uma comissão da Associação. Na época falava-se nisso.

Depois, com a perspectiva do que se chamou “reabertura democrática”, a ótica já passou a ser mais dirigida a uma possível Constituinte, e aí a lei seria uma consequência. De tal sorte que a idéia da lei e a idéia do Ministério Público na Constituição foram se encostando uma na outra e passaram por diversos momentos.

No momento anterior à Constituinte, eu tenho a memória, por exemplo, de uma primeira proposta de lei, se não me engano teria participado dessa comissão o atual Ministro Pádua Ribeiro, não sei se também o Ministro Resek.

Depois disso, houve um outro projeto que nasceu de uma comissão no âmbito da Associação, que nós na época chamamos de “projeto azul”, porque ele foi publicado parece que na primeira revista, ou um dos primeiros números da revista da ANPR, que tinha uma capa azul. Esse é um outro projeto. Creio, não tenho certeza, que esse foi anterior mesmo à própria Constituição de 88.

Quanto ao que aconteceu depois da Constituição de 88, convém parar um pouco, porque é bom lembrar um certo ambiente, que é anterior; é o ambiente que gerou o chamado Decreto-Lei n. 2.159. O que era isso? Como eu disse, na perspectiva da abertura democrática, as forças políticas ligadas ao regime militar entenderam de preservar seus espaços; e uma das maneiras que essas forças encontraram para sobreviver, quando já se anunciava uma abertura, foi através desse Decreto-Lei n. 2.159, institucionalizando-se mediante um Conselho, e com reflexos na carreira, de tal sorte que um grupo da época escolheria o que seria a cúpula futura do Ministério Público Federal, e essa escolha seria absolutamente discricionária e subjetiva. As futuras substituições seriam feitas por escolha dessas mesmas pessoas, que a partir daí teriam essa posição privilegiada institucional.

É bom ter uma lembrança, para não haver injustiça quanto a isso, que a composição desse primeiro Conselho, tal como posto nesse Decreto-Lei, teve o cuidado de incluir pessoas que tinham todos os méritos para participar de qualquer conselho, qualquer que fosse o critério, mas a escolha delas era uma forma de tentar legitimar o que, no fundo, era uma jogada política.

Em torno desse Decreto-Lei e da luta que se travou no Congresso Nacional para a sua rejeição, as posições então se definiram. E por que que eu lembro isso? Porque de lá para cá, de uma forma ou de outra, essas posições refletem filosofias distintas a respeito do que seja o Ministério Público, ou o que deva ser.

Então, quem quiser recuperar a história e compreender as propostas e as vicissitudes que tiveram que ser ultrapassadas em todo esse processo que envolve a lei e o próprio texto constitucional terá que fazer uma pesquisa histórica a respeito das pessoas e das propostas em torno disso. As próprias atas, notas taquigráficas do Congresso, os discursos que foram feitos na época, quem defendia e quem se colocava de um modo ou de outro, é um ponto interessante para quem quiser entender melhor.

Bom, passada a Constituição, prevaleceu no texto constitucional um modelo um pouco contraditório até certo ponto, porque havia uma posição pretendendo que se fixassem os princípios pertinentes ao Ministério Público, que são basicamente esses que estão aí, e que se contrapôs, em parte, no curso do processo constituinte, ao ponto de vista que era encabeçado pela entidade que representava o Ministério Público dos estados, que defendia um projeto mais detalhista e foi responsável por textos que iam se sucedendo. Ora nós, que éramos do Ministério Público Federal, conseguíamos um texto, numa comissão, com determinado formato, ora, numa outra comissão, o enunciado vinha a ser outro. O texto final, portanto, resulta desse embate, e quem quer que o examine vai encontrar certas incongruências, como, por exemplo, ao se falar em funções do Ministério Público, falar-se em instrumentos, confundindo-se umas e outros.

Na época, nós brincávamos dizendo que era primeiro necessário fazer a Constituição do país, para depois fazer a de São Paulo. Havia propostas, por exemplo, que refletiam essa visão, em que o Procurador-Geral da República aparecia com o nome de Promotor-Geral da República; isso dá bem uma idéia da filosofia subjacente a essas propostas.

Bem, mas saiu como saiu e satisfaz, e foi muito além do que nós mesmos pensávamos ser possível naquele momento, e foi criada realmente uma instituição, quase

um quarto poder, não há dúvida sobre isso. O que faltava então era dar consequência a isso por meio da Lei Orgânica, e aí começou toda uma outra batalha, toda uma guerra, vamos dizer assim.

Para simplificar esse processo, que pode ser recomposto a partir dos próprios anais do Congresso, nós podemos marcar alguns momentos. O primeiro foi o texto que saiu do Relator Renato Viana, que refletia basicamente as propostas aprovadas por toda a classe em diversos congressos, nas diversas comissões que trabalharam nisso. Esse foi o texto do Relator. Mas quando o projeto veio a ser votado, os mesmos que apoiavam o ponto de vista de enfraquecimento do Ministério Público, que ainda eram remanescentes da luta a respeito do Decreto-Lei n. 2.159, tiveram um grande poder e com isso conseguiram inserir emendas que, na verdade, esvaziavam todo o projeto que saíra do Relator Renato Viana. E surgiu uma luta, porque uns achavam que aquelas modificações eram irrelevantes, e outros, como eu, entendiam que não; mas o resultado dessa luta foi que dali saiu um projeto capenga, e assim foi ao Senado.

Portanto, se alguém compara o projeto Renato Viana com o que saiu da Câmara, pode ver perfeitamente que houve uma operação cirúrgica de esvaziamento de muitas das coisas que davam essa feição que hoje tem o Ministério Público, com base na lei.

Essa proposta, esse texto que saiu da Câmara, foi então ao Senado, e ali foi possível, em virtude do Relator que foi escolhido, o Senador Amir Lando, apresentar dezenas de emendas restabelecendo o texto, basicamente aquele do Deputado Renato Viana, com algumas alterações que o próprio momento havia sugerido. Essas emendas foram acolhidas em forma de substitutivo, que foi apresentado pelo Senador Amir Lando e veio, então, a prevalecer.

Isso, em resumo, é um pouco da história do processo legislativo que se vincula, de certa forma, ao processo constituinte em torno das idéias básicas sobre o Ministério Público.

O que há de mais importante aí, quais são os aspectos filosóficos desses textos, por que as opções tomadas foram no sentido “a” e não no sentido “b” etc., isso pode ser matéria para a nossa conversa, se minha memória permitir lembrar.

2) Doutora Sandra: *Qual foi o período em que você exerceu a presidência da ANPR?*

Doutor Álvaro: Eu não tenho aqui de memória exata, mas foi um período só e não houve reeleição. Mas depois de sair da presidência fui incumbido pela diretoria de acompanhar parte desse processo e participei das comissões no âmbito da Associação, junto ao próprio Procurador-Geral, tanto o Procurador Pertence como o Aristides, na discussão e na elaboração de emendas. Mas não foi um trabalho meu, foi um esforço de muita gente, de equipe, muitas pessoas durante muitas fases, foi bem amplo, uma mobilização muito grande em toda a classe.

3) Doutor André: *Em relação à menção que o senhor fez sobre a existência de filosofias diferentes do Ministério Público, conversando com nossos colegas no mundo, todos ficam espantados com a configuração constitucional do Ministério Público brasileiro. Então, quando os Promotores americanos ou europeus vêm para o Brasil, eles se espantam em verificar nossa configuração normativa, que nos põe fora do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, como tradicional nos Estados Unidos ou Europa. Isso sem contar nossa atribuição ampla, que foge muito ao acusador penal tradicional, que ficou consolidada na Constituição de 88. Estava claro, naquele momento, na Constituição de 88, essa vocação única que o Ministério Público brasileiro atingiria? E quatro ou cinco anos depois, quando a Constituição então começou a produzir seus efeitos e chegava o momento de elaborar uma lei orgânica, era claro, também, qual deveria ser a organização ideal, os poderes, as funções, os órgãos necessários para que esse novo modelo de Ministério Público, que seria o Ministério Público brasileiro, pudesse, então, funcionar a contento?*

Doutor Álvaro: Bom, seria interessante perguntar se estava claro para quem. Por exemplo, para uma grande parcela dos Constituintes isso era absolutamente irrelevante, eles não viam a menor importância nisso e não conseguiam compreender do que se tratava, até porque aparentemente as formulações eram muito genéricas, e quem é que poderia contestar que uma instituição existisse na defesa da sociedade, da ordem jurídica, dos interesses relevantes? Ninguém. Mas para outras pessoas, como, por exemplo, para o Procurador-Geral da República, o atual Ministro Pertence, estava muito claro o que se estava criando. Era uma coisa realmente distinta. Resultava, de um lado, de uma opção em não se acolher a figura do *ombudsman* e colocá-lo dentro do Ministério Público, o que é uma opção filosófica, transformar o Ministério Público, na verdade, em advogado da sociedade. E, com muita frequência, antepondo-se à própria administração pública, como a história veio a demonstrar.

Já quando se colocou a questão da Lei Orgânica, creio que as pessoas compreenderam melhor, e foi por isso mesmo que os opositores desse Ministério Público que fora desenhado na Constituição foram tão encarniçadamente adversários no seio da Câmara dos Deputados, e ofereceram as emendas que ofereceram e que resultaram no texto que eu disse capenga, que saiu da Câmara.

4) Doutor André: *Por exemplo?*

Doutor Álvaro: Eu diria, porque não tenho aqui a lembrança exata, que temas como autonomia administrativo-financeira, a própria opção pela figura do *ombudsman* dentro do Ministério Público, como os poderes de requisição. O próprio Pertence, na época, brincava comigo porque eu insistia em explicitar aqueles artigos 5º, 7º, 9º, e ele achava que aquilo não era necessário, que alguma expressão genérica era suficiente; mas a prática de quem teve que elaborar petições iniciais de ações civis públicas depois disso mostrou que, a despeito de prerrogativas explicitamente colocadas ali, até hoje há juiz que não quer ler, ou que dá àquilo uma interpretação absolutamente oposta ao que está literalmente escrito.

Se se faz esse cotejo entre o texto Renato Viana e o que saiu da Câmara, e depois se faz novamente a recuperação do cotejo entre esse último e o do Senador Amir Lando, fica muito identificado em que consiste a fragilidade e em que reside a fortaleza da instituição. Porque, naquele momento, as pessoas que queriam uma instituição que não fosse a que nós temos hoje foram muito explícitas em dizer o que não queriam do Ministério Público; e foram unívocas nas emendas que conseguiram aprovar no primeiro momento.

5) Doutor André: *Ainda em relação às funções institucionais, há uma tendência de considerar-se que o Ministério Público possuiu duas grandes funções: uma função relacionada à persecução criminal, sendo titular privativo da ação penal o Ministério Público, e uma segunda função, que é a função institucional da promoção de interesses difusos e coletivos. Do seu ponto de vista, em relação a essas duas funções básicas, quais seriam os principais avanços da Lei Complementar n. 75/93?*

Doutor Álvaro: Creio que nós estamos ainda engatinhando nisso, porque, por exemplo, o aspecto do controle externo da atividade policial, esse ainda deixa muito a desejar na própria compreensão dessa função; eu não falo nem na sua prática, e o resultado está aí, que nós conhecemos. Mas isso tem a ver também com a subsistência do inquérito policial, que é o ponto mais importante, a meu ver, quando se fala sobre impunidade.

Se não se enfrentar a questão do inquérito policial, qualquer outra consideração sobre o papel do Ministério Público na ação penal se torna, vamos dizer assim, romântica, porque é justamente entre a ocorrência do fato e o momento em que o Ministério Público pode atuar de uma forma eficaz que se cria esse vazio que se chama inquérito policial. Esse procedimento, que quando é bem feito é inútil, porque tem de ser refeito, e quanto é mal feito evidentemente é uma garantia de impunidade.

Então eu creio na prática da investigação de iniciativa do Ministério Público, que é ampla, já que ele pode oferecer a denúncia independentemente do inquérito; portanto, ele pode oferecer, como aliás sempre fez, com base no inquérito administrativo, com procedimentos de origens diversas na administração pública, mas essa prática, essa compreensão, vem se implementando; pelo que tenho notícia, pelo menos nos casos mais importantes não se espera mais pelo inquérito policial; um procedimento que venha do Banco Central ou do Ministério da Fazenda, ou, vamos supor, da Controladoria-Geral da União, pode ser suficiente ou ser suplementado, e essa prática é, a meu ver, o que há de mais rico na vivência da Lei Complementar em matéria penal. Não estou falando da vigência, eu estou falando da vivência, que é uma coisa bem distinta.

Uma outra coisa que é um óbice à vivência da Lei Complementar é de natureza cultural. Pelo menos enquanto eu estava lá, não sei agora, as atividades de *ombudsman* sempre foram vistas com muita desconfiança, como se não fosse, a rigor, uma função tão importante como qualquer outra. Ficava para essa atividade sempre o que sobrasse, o que sobrasse de recursos humanos, o que sobrasse de recursos logísticos, e era algo que se fazia sempre sem detrimento do que se chamava próprio do Ministério Público, que era, por exemplo, dar pareceres em mandados de segurança junto aos tribunais regionais ou

junto aos juízes federais. Pelo menos enquanto estive lá, muita gente achava que a atividade principal do Ministério Público continuava a ser a ação penal, aquela que se faz depois de receber o inquérito, ou a atividade judicial de parecerista junto ao tribunal e juízes federais.

A lei oferece todas as oportunidades para que o Ministério Público Federal exercite com amplitude as suas funções judiciais e extrajudiciais, mas a cultura da casa, pelo menos nesse período, ainda estava infensa ao desenvolvimento dessas virtualidades, ainda muito presa à visão clássica.

Aliás, não é só uma opção filosófica, é porque é cômodo, é muito cômodo alguém ter um assessor, um computador, e no final do mês ter uma estatística cômoda. É, como se diz hoje, muito *clean*, mas não tem nada a ver com o que se espera do Ministério Público em face da Constituição nova e da própria lei.

Mas se você me perguntar o que há de mais positivo, eu digo que não é na lei; o que há de mais positivo é que o cliente, que é a sociedade, cada vez mais identifica esse instrumento, que é o Ministério Público, como algo que lhe pertence, e cada vez vê mais nele algo que está a seu serviço. Esse é o dado mais importante.

Ao lado desse, também há um marco relevante. Os próprios administradores, na eventual referência à possibilidade de que o Ministério Público possa atuar em relação à conduta ilícita, já vêem nessa possibilidade um fator de inibição de condutas abusivas, desviadas ou mesmo atentatórias ao patrimônio público, à moralidade administrativa etc.

Creio, portanto, que a percepção da sociedade – e da própria estrutura de poder – de que existe um Ministério Público, efetivamente uma instituição que atua, esse é o dado mais importante nesse processo.

6) Doutor André: *Tenho aqui uma pergunta da Doutora Ana Lúcia Amaral, de São Paulo. Na opinião do senhor, na época da promulgação da Lei Complementar, era possível estabelecer um outro modelo de organização interna do Ministério Público que não fosse um espelho da magistratura, já preparando o Ministério Público para atuar como parte sem escalonamentos na carreira? Ou o senhor considera que foi aprovado o que era possível e que cabe, então, ao futuro talvez um outro modelo mais apropriado ao papel de parte desempenhado pelo Ministério Público?*

Doutor Álvaro: Creio que a pergunta da Doutora Ana Lúcia na verdade é mais do que uma indagação. O que ela pergunta é, por exemplo, o seguinte: Essa lei que nós temos era a lei possível naquela época? Acredito, pela experiência, que era o possível. Não é o ideal, sempre pode ser melhorada, mas há um cuidado. Nós sabemos que a atuação do Ministério Público se dá sobretudo em defesa da população como um todo, que é órfã das instituições. E que, salvo a retórica, não há ainda uma inclusão institucional da população como um todo no processo cultural, no processo histórico, no processo político, no processo econômico. O Ministério Público entra aí como um fator de correção de desigualdades, e, portanto, sempre em detrimento do poder de outrem, ou de outras categorias. Ele é, portanto, vulnerabilíssimo, porque não tem ninguém por ele, a não ser a população, que tem uma percepção ainda difusa, como eu disse anteriormente, da utilidade dessa instituição.

O fato de o Ministério Público ter como nível normativo uma lei complementar, e não ter aberto à discussão a revisão dessa lei, é que tornou possível, como se fazia antigamente nas guerras da Pérsia, defendê-lo em linhas de defesa com diversos muros. O Ministério Público, de certa forma, construiu diversas muralhas e essas muralhas são a Constituição, a Lei Complementar, e, depois, a legislação infraconstitucional e a regulamentação interna.

Por isso é que, embora a Lei Complementar daquela época possa merecer algum aperfeiçoamento, a situação social, política e econômica, bem como a desigualdade das forças dentro da sociedade brasileira, não recomendam que se abra um processo de reexame da lei, porque, se alguém abrir uma brecha, vão abrir o portão, do portão abrem outras portas, e a demanda pela destruição desse arcabouço vai ganhar um espaço que até hoje foi possível evitar.

Foi a lei possível naquele momento. Foi o que resultou dos interesses que naquela ocasião se colocavam. Mas poderá, dentro de um outro quadro político, de um outro conjunto de circunstâncias, que eu não vejo ainda agora, ter os seus aperfeiçoamentos.

Se alguém se angustia pelo fato de achar que já era tempo de mexer, resta perguntar o seguinte: será que já implementaram o que se encontra nela? Por exemplo, a Lei dos Ofícios. Quem impede que haja um ofício individual ou coletivo temático que exerça plenamente uma atividade extrajudicial em todos os níveis? Quem não sabe dos limites do Poder Judiciário, limites que decorrem da própria relação processual e limites que decorrem da instituição como hoje está posta aí quase que à execução pública? Por que o Ministério Público não pode, através da autonomia que tem, na Constituição e na lei, exercitar melhor sua autonomia, isto é, editar suas próprias normas, portanto não sujeito ao poder regulamentar do Presidente da República? Editar suas próprias normas e construir uma outra instituição nesse espaço que lhe é dado pela própria Constituição, pela própria lei, e que só cabe a ele contruir? As virtualidades que estão na lei são muito maiores do que as possibilidades que correção tópica possa propiciar; mas se há um problema de compreensão e cultural, as pessoas que não querem não vêem isto, não lhes convém ver, ou são incapazes de ver.

Não há, portanto, necessidade urgente de mudanças na Lei Complementar, se há mil possibilidades de complementá-la e implementar muitas coisas, sobretudo em termos de atividade extrajudicial.

7) Doutor André: *Tendo, por exemplo, o grupo de atuação especial, desde que com a anuência e trabalho em conjunto com o promotor natural. Assim, acata-se o princípio do promotor natural, mas se cria a agilidade necessária para atuar nessas questões prementes que a sociedade está pedindo a ação do MP...*

Doutor Álvaro: É a necessidade que faz o órgão, a função faz o órgão e faz também os seus procedimentos.

8) Doutor André: *Como o senhor viu essa inserção da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão na Lei Complementar, dos Procuradores Regionais dos Direitos do Cidadão, que criaram uma cultura de promoção dos direitos humanos ao longo do Oiapoque ao Chuí?*

Doutor Álvaro: Há dois aspectos que eu gostaria de abordar a esse respeito. A discussão sobre se o *ombudsman* seria compatível ou não com o Ministério Público, com a discussão doutrinária, fujo dela e continuo a achar que no caso brasileiro foi uma boa opção colocá-la dentro do Ministério Público, pelo fato de que a nossa cultura, diferentemente de uma cultura nórdica, não é a de se ver um administrador receber recomendação de um *ombudsman* e, a partir dessa recomendação, modificar a sua conduta. O administrador não dá a devida importância à recomendação que venha dele. Mas ele pensa, começa a pensar duas vezes, quando ele sabe que o não-atendimento a essa recomendação pode gerar uma ação, seja cível ou até penal; ou, o que mais se teme, uma ação de improbidade. A junção da recomendação, do poder de recomendação, com o poder de dar consequência prática ao que se recomenda, creio que é o que dá maior força ao Ministério Público; isso é fundamental.

Mas o outro ponto, tenho que reconhecer, é esse problema cultural interno do Ministério Público Federal, essa postura de considerar essa atividade como uma atividade que não é própria do Ministério Público, e portanto não exercê-la, do ponto de vista mais geral, com toda a amplitude, planejamento e estratégia que ele pode ter. Isso se reflete numa certa separação que não deveria haver entre a atividade da Procuradoria do Cidadão, e até mesmo a das Câmaras, que às vezes são redundantes ou superpostas, ou, ainda, conflitantes também. A própria composição das Câmaras e a definição das suas matérias a meu ver resulta dessa incompreensão de natureza cultural. Às vezes, aliada à intenção daquelas pessoas que nunca quiseram que o Ministério Público atuasse com esse perfil que tem hoje. Isso é uma constatação, e aí me vem a pergunta se não seria melhor realmente que o *ombudsman* não ficasse assim constrangido por essa cultura e pudesse atuar mais livremente. Mas, se fosse para ser assim, ele teria que ter os atributos do Ministério Público e seria uma instituição paralela; um segundo Ministério Público.

De certa forma, isso não é um fenômeno só do Ministério Público e do *ombudsman*; é um fenômeno que diz respeito, por exemplo, à Advocacia da União, porque não há nenhuma razão filosófica para que o advogado da União não tenha as mesmas prerrogativas do membro do Ministério Público, e que não aja até de uma forma convergente; não há nenhuma razão que leve a um entendimento diverso, a não ser a prática de se confundir advocacia pública com advocacia da autoridade “a”, “b” ou “c”, o que tem gerado todas essas situações que hoje estão aí visíveis, de improbidade quase que epidêmica.

9) Doutor André: *A próxima pergunta diz respeito às garantias, às prerrogativas do Ministério Público. Os predicamentos obtidos pelo Ministério Público na Constituição de 1988 são praticamente idênticos aos da magistratura, e a Lei Complementar reforça*

essas garantias da independência funcional e autonomia do MP. O senhor acha que foi o ideal, ou o que foi possível obter em termos de garantias e prerrogativas?

Doutor Álvaro: Acho que, na verdade, o que se deu ao Ministério Público não foi o que foi dado à magistratura, porque essas garantias são garantias da função, e o Ministério Público, diferentemente da magistratura, tem a iniciativa do exercício da sua função. Isso, portanto, dá a ele um campo muito maior de atuação em que essas garantias vêm a ser exercitadas.

Na verdade, e se se considerar também que a atuação do Ministério Público se faz, sim, perante o juízo, mas também e cada vez mais extrajudicialmente, a dimensão dessas garantias, o âmbito e o alcance delas é muito maior do que o da magistratura, embora sejam nominalmente as mesmas.

10) Doutor André: *O senhor sabe que está havendo uma tendência de processar o membro do Ministério Público no exercício de suas funções; processar a pessoa física, não a instituição, ou a pessoa jurídica de direito público. O senhor teme que, se essa prática vingar na jurisprudência, isso pode ser uma brecha nas garantias para o exercício autônomo da função?*

Doutor Álvaro: Não, eu acho que esse tipo de atitude é, na verdade, uma excrescência, um absurdo. Isso não significa que o membro do Ministério Público não seja responsável, civil e penalmente, nas hipóteses em que agir ilicitamente, sem dúvida. Mas essa falta de distinção entre o papel de agente político que tem o membro do Ministério Público e a falta de compreensão de que ele integra uma instituição, portanto ele não fala nem age por si mesmo, só se explica por um ressentimento exacerbado de pessoas que se sentem extremamente incomodadas com a atuação do Ministério Público.

Outras pessoas adotam essa postura no que chamam de posição teórica, mas na verdade não há margem para tal isenção sobre a matéria, porque uma coisa é dizer “bom-dia” para alguém que está na calçada, é uma coisa perfeitamente normal, e outra coisa é passar perto de alguém que está se afogando, não lhe estender a mão e dizer “bom-dia”. Não há posição meramente teórica nessa matéria. É preciso compreender as razões pelas quais as pessoas, nesse momento e nessa realidade de hoje, sustentam um tipo de posição que, na verdade, procura coagir, inibir e tolher a atuação do Ministério Público. É dentro desse contexto que essas posições têm de ser consideradas, e não dentro de uma consideração meramente literal ou formal.

11) Doutora Sandra: *Álvaro, recuperando um pouco essa questão da Advocacia da União, eu me lembro de que na época, durante todo o período de discussão da Lei Orgânica, à medida que foi sendo colocado que deixaríamos as funções de advogados da União, que nós exercíamos antigamente, e que às vezes nos levavam a situações um tanto surrealistas, quando éramos obrigados a defender posições conflitantes, o que era muito comum, por exemplo, em matéria tributária, pois, em mandado de segurança,*

considerávamos tributos inconstitucionais e tínhamos que defender esses tributos nas ações em que a União era ré, eu me lembro, também, que havia um grande receio nosso, da classe, naquela época, não sei se você se lembra disso, de que, se perdêssemos a Advocacia da União, na verdade, isso poderia significar para o Ministério Público Federal um decréscimo de importância perante a sociedade, e, na verdade, o que aconteceu foi exatamente o contrário – e me parece que, talvez, tenha acontecido exatamente o contrário, porque nós desenvolvemos muito as nossas atribuições institucionais na tutela coletiva, e foi isso que nos aproximou da sociedade –, e eu lembro até que quando nós começamos a ajuizar ações civis públicas era muito comum associações de bairro, outras ONG's figurarem no pólo ativo e, passo a passo, essas funções foram passando para o Ministério Público. Você que acompanhou isso muito mais de perto do que nós, que ainda estávamos nos estados, acha que já era possível vermos que, na verdade, perder a defesa judicial dos interesses da União era um ganho para nós, como instituição?

Doutor Álvaro: Naquela época essa questão se colocou, e era compreensível que algumas pessoas pensassem: nós temos importância, conseguimos aumentos salariais porque arrecadamos tributos. Na hora em que perdermos essa função, não teremos nenhuma importância perante o governo. Era o que se dizia. E era verdade isso na ótica de uma relação em que o Ministério Público tivesse essa limitação; mas na medida em que ele, por definição, deveria ser outra coisa, não poderia ficar preso a essa opinião, teria que correr o risco. E o risco maior seria o de perder esse apoio administrativo e não ser reconhecido como útil pelo seu cliente maior, que seria a sociedade. Foi um risco que nós corremos. Mas, felizmente, hoje não há dúvida de que a sociedade e as próprias instituições e os poderes da República já identificam o Ministério Público como algo que é necessário a todos eles. Num certo momento ele pode entrar em conflito aparente com determinado administrador, mas esse mesmo sabe que amanhã, no dia seguinte, é melhor que ele tenha o Ministério Público, para ele próprio não ser vítima do sucessor.

Ter uma instituição como o Ministério Público hoje é uma garantia até para quem não gosta dele, ou para quem o teme. Como a sociedade e as instituições hoje reconhecem o papel do Ministério Público, embora digam que aqui e ali há abusos, que tem poder demais, na verdade isso é uma opinião muito epidérmica, porque é a própria sociedade e são essas mesmas pessoas que dizem que a situação social, econômica e de abuso do poder administrativo existe e precisa ser corrigida. E vai ser corrigida por quem, por iniciativa de quem? Não há outra instituição dentro do quadro social-político vigente hoje.

É verdade que a sociedade tende, cada vez mais, a exercer autonomamente esse papel. Ótimo. O ideal é que o Ministério Público seja desnecessário. Mas enquanto ele não for, a sociedade agradece.