

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**República Federativa do Brasil**  
**Ministério Público da União**

Procurador-Geral da República  
CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União  
LINDÔRA MARIA ARAUJO

**Conselho Editorial**

**Ministério Público Federal**

GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor  
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

**Ministério Público do Trabalho**

REGINA BUTRUS (Vice-Coordenadora) – Procuradora Regional do Trabalho  
JORGE LUÍS SOUTO MAIOR – Professor Doutor

**Ministério Público Militar**

ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar

**Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS – Promotor de Justiça



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 4 - Número 14 - janeiro/março 2005  
Brasília/DF



**Boletim Científico**

**Escola Superior do Ministério Público da União**

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, sala 218

CEP 70200-901- Brasília/DF

Tel.: (61) 3313-5114 - Fax: (61) 3313-5185

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

E-mail: <[editoracao@esmpu.gov.br](mailto:editoracao@esmpu.gov.br)>

© *Copyright 2005. Todos os direitos autorais reservados.*

**Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa**

Hindemburgo Chateaubriand P.D. Filho - Procurador Regional da República

**Setor de Apoio**

Adriana Ribeiro Tosta

**Setor de Documentação e Editoração**

Cecília S. Fujita dos Reis

**Projeto Gráfico**

Ana Manfrinato Cavalcante

**Editoração eletrônica, fotolitos e impressão:**

Artes Gráficas e Editora Pontual Ltda. - SIG/Sul Quadra 08 n. 2315 - CEP 70610-400 - Brasília/DF - Tel.: (61) 3344-1210 - Fax: (61) 3344-3041 - E-mail: <[graficapontual@ibestvip.com.br](mailto:graficapontual@ibestvip.com.br)>

**Tiragem: 3.000 exemplares**

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

---

**Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília: ESMPU, ano 4, n. 14, jan./mar., 2005

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

---

# Apresentação

Caros leitores,

tenho o prazer de lhes entregar o primeiro número da nova série do *Boletim Científico da ESMPU*, em que implementadas modificações gráficas e a partição do conteúdo por seções especializadas. Tais mudanças coincidem com o início do quarto ano de nossa publicação. Num país de periódicos efêmeros, há, portanto, motivos para marcar essa data. Nem todos eles são assim tão pragmáticos.

“Dos diversos instrumentos utilizados pelo homem”, notou Jorge Luis Borges, “o mais espetacular é, sem dúvida, o livro. Os demais são extensões de seu corpo. [...]. O livro, porém, é outra coisa: o livro é uma extensão da memória e da imaginação”.

Fica a esperança de que as inovações aprimorem a publicação, para, assim, melhor servir à memória e à imaginação de seus leitores.

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



## Um novo projeto para um novo Direito

É com grande satisfação que apresentamos ao público a edição de número 14 do *Boletim Científico*, com o qual se reformula a nossa Revista. O lançamento coincide com um momento de profundas transformações no cenário jurídico brasileiro, a partir da mudança do papel do Estado na sociedade e da explosão de novos interesses e bens jurídicos, surgidos na esteira da evolução tecnológica.

A substituição da intervenção estatal, de tipo assistencialista, pela atuação regulatória suscita, no plano jurídico, a necessidade de definir a função do Estado na economia de mercado, de modo a se preservarem os valores sociais e existenciais inseridos na Constituição da República. A promoção de tais valores e princípios constitucionais afigura-se dever imposto a toda a sociedade e, especialmente, ao Ministério Público e aos demais profissionais do direito.

Por outro lado, as novas tecnologias trazem consigo maiores danos e riscos aos direitos fundamentais e aos interesses difusos, identificando-se um conjunto de pretensões e demandas sociais não previstas no direito positivo, submetidas diariamente à tutela jurisdicional.

Singular se apresenta, por conseguinte, o papel do *Boletim Científico*, com sua extraordinária repercussão em todo o Brasil, como espaço de debate e de formulação de idéias em torno dos temas, problemas, técnicas legislativas e interpretativas do direito contemporâneo, bem como da atuação de seus protagonistas, aos quais incumbe, freqüentemente à míngua de previsão legal, o controle da concretização da legalidade constitucional.

Para melhor atender a tais objetivos, o Conselho Editorial procurou afastar-se da divisão em seções atribuídas a campos estanques da dogmática tradicional, preferindo a criação de cinco seções temáticas, consentâneas com a problematização atual: I – Direitos Humanos; II – Interesses Difusos e Coletivos; III – Direito Penal e

Liberdades Constitucionais; IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas; e V – Temas Atuais.

Os títulos das seções falam por si. A vasta gama de contribuições que nos tem sido enviada, e que vem sendo cuidadosamente examinada pelo Conselho Editorial, demonstra a boa acolhida do projeto assim constituído, cujo êxito, contudo, depende da efetiva integração da comunidade jurídica neste fórum, assim e em boa hora estabelecido. A palavra com o leitor!

GUSTAVO TEPEDINO

Coordenador do Conselho Editorial da  
Escola Superior do Ministério Público da União



# Sumário

## **Seção I – Direitos Humanos**

### **As várias faces do multiculturalismo**

*Agnes Heller*.....13

### **A presença de populações tradicionais nas áreas protegidas**

*Aurélio Virgílio Veiga Rios*.....39

### **Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental**

*Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto (Coord.)*.....57

## **Seção II – Interesses Difusos e Coletivos**

### **A compensação ambiental como fonte de custeio de unidades de conservação**

*Alexandre Camanho de Assis*.....73

### **Dignidade humana e meio ambiente do trabalho**

*Raimundo Simão de Melo*.....87

## **Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais**

### **Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado**

*Luciano Rolim*.....111

### **O Ministério Público Militar na defesa da ordem jurídica e do regime democrático**

*Ricardo de Freitas*.....147

## **Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas**

Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada  
*Daniel Sarmiento*.....167

Algumas questões relativas aos reflexos da EC n. 45/04 no  
Poder Normativo da Justiça do Trabalho  
*Deborah Felix*.....219

A curadoria das fundações situadas no Distrito Federal  
*Antonio Henrique Graciano Suxberger*.....225

## **Seção V – Temas Atuais**

Busca e apreensão em escritório de advocacia. Prévia  
comunicação à seccional da OAB. Portaria n. 1.288/2005 do  
Ministro da Justiça. Inconstitucionalidade  
*Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia e André Terrigno Barbeitas*.....265

**Seção VI – Resenhas**.....273

# Seção I

Direitos Humanos



# As várias faces do multiculturalismo<sup>1</sup>

Agnes Heller\*

1 O multiculturalismo é uma palavra de moda e também um termo altamente politizado. O termo, ou melhor, o projeto multiculturalista, foi recente e amplamente aceito por diversos intelectuais socialmente comprometidos. Tanto entre esquerdistas europeu-ocidentais quanto entre norte-americanos comprometidos com a esquerda liberal, tem-se por suposto que o multiculturalismo é uma posição liberal, de esquerda, ou geralmente “progressista”, resultando disso que qualquer atitude cética ou negativa em relação ao multiculturalismo é vista com suspeição e rotulada como conservadora, de direita ou abertamente racista e fascista. Por outro lado, liberais conservadores e, mais tarde, universalistas tradicionais norte-americanos começaram a ver o multiculturalismo como um tipo de “chauvinismo tacanho” (WALZER, 1994). Na Europa Oriental, ambas as concepções tornaram-se representativas. Dependendo da interpretação que se faça da guerra da Bósnia e muitos outros fatores correlacionados, os intelectuais pendem para o lado do multiculturalismo ou contra ele. Na Hungria, dada a situação de dependência de minorias húngaras em países vizinhos, é de se esperar uma aceitação entusiasta da agenda multiculturalista; o multiculturalismo recentemente tem sido, todavia, atacado, especialmente entre antinacionalistas, como uma espécie de biopolítica e ideologia de apoio das chamadas “etnocracias” pós-modernas (GOMBAR, 1994).

O multiculturalismo é um conceito geral e, assim, transcon-

---

<sup>1</sup> Tradução de Marco Aydos, autorizada para publicação no *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. O presente texto foi originalmente apresentado pela autora em conferência sobre integração e pluralismo em sociedades de imigração, em março de 1995, em Jerusalém. A tradução é feita a partir do texto publicado por Rainer Bauböck, Agnes Heller e Aristide R. Zolberg (Ed.) (*The many faces of multiculturalism. The challenge of diversity: integration and pluralism in societies of immigration*. Aldershot: Avebury, 1996. p. 25-41).

\* Agnes Heller é atualmente titular da cátedra Hannah Arendt de Filosofia, na *New School for Social Research*, Nova York, EUA.

textual<sup>2</sup>. Se dissermos que “o multiculturalismo como tal é certo” ou, alternativamente, “que o multiculturalismo como tal é errado”, abstraímos-nos do espaço onde as culturas aparecem, das origens dessas culturas, do nível de suas manifestações, assim como de todo o resto. Mas temas culturais não podem ser abordados de modo transcontextual. A compreensão de qualquer coisa que seja essencialmente holística – e a cultura é uma delas – demanda uma abordagem contextual. Podemos dizer que o assassinato é *errado* e que ele é errado em todo lugar; normas morais abstratas, tais como “não se deve assassinar”, são transcontextuais. Poderíamos também medir, querendo, o *desenvolvimento* econômico pelo metro da produção *per capita*; fatos puros (se de fato existirem) também podem ser descritos transcontextualmente. Mas não se pode dizer que a promoção privilegiada da língua nacional é algo *errado* em todo lugar, porque isso, ao contrário, às vezes parece correto, em alguns lugares e em certos contextos – ainda que possa ser percebido como algo errado em outros. Nem se pode asseverar que a multiplicação de culturas é um desenvolvimento progressista, porque ela com certeza não é um fato que se possa avaliar em termos quantitativos. E mais, a multiplicação de culturas numa nação ou num corpo político pode ser encarada sob certos aspectos como um grande feito, mas sob outros talvez também como um déficit; num lugar ela pode ser considerada como um *incremento* da qualidade de vida, quando em outro pode ser signo de *declínio*. Desse modo, uma falácia reside no discurso político sobre o multiculturalismo.

A cultura política deve ser algo contextual, pela simples razão de que todas as culturas como entidades devem ser compreendidas contextualmente. O discurso do multiculturalismo, no entanto, é freqüentemente conduzido de modo transcontextual e, além disso, superpolitizado. Essa falácia fecha o caminho para um diálogo aberto. Para tornar esse diálogo possível, eu recomendaria os três passos seguintes: Primeiro, deve-se desconstruir o conceito de cultura e

---

<sup>2</sup> Mantive o termo original transcontextual (que não chega a ser um neologismo em português, já que o termo contextual existe e o prefixo “trans” é prolífico, como registra Houaiss) por ser preciso e exato e porque o sentido que lhe dá a autora é explicado no curso da conferência [NT].

discutir as várias esferas de cultura separadamente. Segundo, precisa-se desconstruir<sup>3</sup> o prefixo “multi” no termo composto “multi-cultural” de modo que se distingam pelo menos quatro grandes tipos de culturas múltiplas. Terceiro, o conceito de cultura deve ser despolitizado na discussão geral e re-politizado apenas até o ponto em que se começa a examinar um tipo de multiculturalismo entre os três que iremos abordar (ou quando examinarmos casos isolados). Ainda assim, as implicações políticas permanecem brutas e sempre demandam refinamento contextual<sup>4</sup>.

Para nosso propósito, aqui, eu vou distinguir três esferas de cultura: a cultura da vida cotidiana, a alta cultura e o discurso cultural. Entre os tipos de culturas múltiplas, vou distinguir quatro grandes grupos, ainda que existam razoavelmente distinções e subgrupos entre eles – o que, novamente, não fará justiça à qualidade única de cada cultura, seja ela tomada isoladamente ou como composto de culturas. Esses quatro grandes grupos são:

- a) a multiplicidade de culturas nos Novos Mundos (as Américas, a Austrália, a Nova Zelândia);
- b) as culturas tradicionalmente múltiplas dos Velhos Mundos (tanto na Europa quanto na Ásia);

---

<sup>3</sup> Mantive literalmente expressões já correntes em filosofia, como desconstruir e, adiante, desideologizar, que apesar de não serem familiares, já se encontram registradas por Houaiss [NT].

<sup>4</sup> Certamente é possível e até mesmo frutífero limitarmos-nos a um único tipo de coexistência cultural (e.g., o caso europeu-ocidental) a partir do qual podemos construir a solução ótima ou ideal: uma descrição normativa da multiplicidade de culturas. Para citar um exemplo, Rainer Bauböck (1994) fala do problema da assimilação e chama a atenção para um caso em que a assimilação é possível mas não é necessariamente um “multiculturalismo”. Ele já definiu (de modo normativo) o multiculturalismo na forma mais bem amparada pela posição normativa. Se a questão for posta em termos tais, eu nunca hesitaria em identificar-me com o multiculturalismo. Mas o multiculturalismo é um termo ideológico prenhe de palavras de ordem, e que carrega em suas bandeiras os mais diferentes tipos de concepções e de políticas. Dizer que os multiculturalistas empregam mal o termo não ajuda, porque o que o define é o modo pelo qual ele é usado. Uma teoria crítica faz uso de normas enquanto tiver em mente o conceito normativo da coexistência de diversas culturas, mas ela, em primeiro lugar e principalmente, discutirá as interpretações correntes, tanto as libertadoras quanto as repressivas. Por que, afinal, não se transformam interpretações correntes em ações? E certas práticas precisam ser criticadas.

- c) a multiplicidade de culturas verificada em países velhos como resultado de mais recentes imigrações em massa;
- d) um caso singular, o de Israel<sup>5</sup>.

Assim como a multiplicidade de culturas significa algo diverso em cada um desses quatro casos, o mesmo acontece com o multiculturalismo<sup>6</sup>. O que poderia parecer um juízo ou avaliação razoáveis, num caso, não será de modo necessário igualmente razoável noutro caso. Por exemplo, a língua nacional tem um valor emocional inteiramente diferente na Estônia, em Israel, na Finlândia, nos Estados Unidos ou na Índia, ou ainda, por exemplo, para os húngaros, dependendo de estarem vivendo na Romênia, nos Estados Unidos ou na Suécia. Agora, todas as afirmações genéricas a respeito do privilégio ou não das línguas nacionais serão certas em alguns casos e erradas em outros. Em alguns casos serão ainda ao mesmo tempo certas e erradas, embora por razões diversas.

Nossa discussão então será baseada na hipótese de que, uma vez que as culturas são sistemas abertos e holísticos, somente compreensíveis dentro de seus próprios ambientes, torna-se necessário desideologizar<sup>7</sup> e despolitizar o termo multiculturalismo, para

---

<sup>5</sup> Também existem outros “casos isolados”. Alguns críticos apontam, por exemplo, que a África do Sul é um caso tão isolado quanto Israel. Se discutirmos os assuntos na moldura de um único contexto isolado, então todos os casos podem ser tomados isoladamente. Mas ainda assim existem casos que podem ser descritos num tipo-ideal, ao passo que outros não o permitem. Israel não pode ser encaixado num tipo-ideal, e provavelmente a África do Sul também não. Talvez existam outros casos isolados representativos que escapem de qualquer tipologia.

<sup>6</sup> Fundamentalmente, a mesma distinção é feita por M. Walzer (1994). Ele menciona, em primeiro lugar, culturas relativamente homogêneas, em que “a grande maioria dos cidadãos compartilha uma identidade étnica e celebra uma história comum”, como seria o caso da França, da Alemanha, da China etc.; em segundo lugar, os “Impérios antigos multinacionais”; em terceiro lugar, o pluralismo norte-americano. Mas depois de fazer essa distinção, ele continua sua análise principal como se os dois primeiros não existissem. Will Kymlicka (1995) critica Walzer e substitui as suas distinções por outras. Ele fala de um multiculturalismo “multinacional” e de outro “poliétnico”, argumentando que o Canadá e os Estados Unidos, por exemplo, constituem ambos os casos. Kymlicka (diferentemente de Walzer) enfrenta de modo exaustivo os problemas dos conflitos étnicos europeus (em especial os europeus orientais), tais como a alternativa entre autogoverno e representação e outros do gênero.

<sup>7</sup> Cf. nota anterior de tradução.



transformá-lo num conceito-valor razoável. Uso o termo “conceito-valor” porque é de fato o que ele é. Mesmo quando desideologizado, o multiculturalismo ainda permanece como compromisso que com muita ênfase aprova a proteção, a preservação e a promoção de uma multiplicidade de culturas dentro de um certo contexto. Uma vez desideologizado ou despolitizado, o multiculturalismo como valor não faz generalizações rasantes sobre qualquer assunto relacionado à coexistência ou ao relacionamento entre culturas: seja sobre as leis de imigração, os currículos do ensino médio ou a pretensão de uma cultura à autonomia política. E mais, um tipo desideologizado de multiculturalismo não assume que todas as culturas sejam iguais, pela simples razão de que tais entidades não podem ser comparadas, por não existir padrão disponível para a comparação. A isso eu somaria, com Taylor, que se pode admitir ou deve-se garantir o igual reconhecimento de culturas, no sentido de que numa democracia liberal não se pode viver em paz e amizade com grupos de pessoas cujos estilos de vida, línguas, costumes, práticas religiosas ou sexuais diverjam das nossas, a não ser que reconheçamos que o outro modo de vida também possui algum valor. Disso, todavia, não segue que todos os modos de vida ou culturas em geral tenham valor igual.

Mas existe algo muito errado com uma tal exigência (o reconhecimento de igual valor, A.H.). Faz sentido exigir como questão de direito que nos acerquemos ao estudo de certas culturas mediante a presunção de seu valor [...] Mas não pode fazer sentido a exigência de que seja questão de direito que cheguemos a um juízo final e conclusivo de que o seu valor é grande, ou igual ao de outras. (TAYLOR, 1992, p. 68-69.)

Como compromisso de valor, o multiculturalismo ele mesmo tem raízes culturais. Esse é de fato um círculo, mas não um círculo vicioso. O valor do multiculturalismo está enraizado na modernidade. Os valores supremos da modernidade são os conceitos universais de liberdade e de vida. Se houver conflito entre essas duas idéias-valor, à liberdade deve ser concedida prioridade<sup>8</sup>. À vida também

---

<sup>8</sup> Charles Taylor (1992) argumenta que o valor do multiculturalismo está enraizado na idéia moderna de reconhecimento mútuo.

pode ser dada prioridade – o que hoje em dia ocorre com frequência, especialmente em temas de biopolítica<sup>9</sup>. Mas se e quando isso acontecer a sobrevivência da modernidade estará em perigo. Porque o fundamento da sobrevivência da modernidade é o valor da liberdade, e não o da vida. Assim como liberdade e vida são os supremos valores-fim da modernidade, assim a igualdade será seu valor-meio supremo, de sorte que as duas maiores normas abstratas da modernidade são “igual liberdade para todos” e “iguais oportunidades de vida para todos”. Repetindo, essas normas são normas abstratas e é por isso que elas não podem ser atualizadas, podem ser apenas objeto de aproximação. E o que ocorre é que ou nos aproximamos delas ou não. Eu já observei que normas abstratas são transcontextuais. “Liberdade para todos e oportunidades iguais de vida para todos” são normas abstratas, e é por isso que elas também são transcontextuais, pelo menos na modernidade e entre os modernos – titulares dessas normas. Ao promovermos a coexistência de culturas diversas, também se promovem múltiplas avenidas de felicidade – a condição mesma que incrementa as oportunidades de vida de muitos, ainda que não necessariamente de todos. O multiculturalismo, no seu sentido mais amplo, é a utopia das oportunidades iguais de vida para todas as comunidades, num sentido direto, e ao fim e ao cabo também para todos os indivíduos, num sentido indireto. Uma utopia garantidora de igualdade de oportunidades de vida, no entanto, é uma utopia moderna incompleta, a não ser que a liberdade como valor supremo também seja incorporada a essa mesma utopia. A liberdade somente pode ser incorporada a essa utopia se o ingresso e a saída de uma e de cada cultura – nativa ou escolhida – for e permanecer um ato livre. E mais, esse ato livre deve ser repetível, de modo que a liberdade individual e a escolha sejam preservadas e até mesmo promovidas – não apenas no seio de, ou contrariamente a, uma sobrepujante cultura universal, mas também no seio de, ou contrariamente a, toda e cada uma das culturas particulares. Além disso, a

---

<sup>9</sup> Para uma discussão detalhada desse problema, confira Fehér e Agnes Heller (1994) e John Fekete (1995).

identidade múltipla de indivíduos também deve ser reconhecida e respeitada. Um bom exemplo é o caso das “políticas de identidade”, celebradas entre os multiculturalistas contemporâneos (especialmente nos Estados Unidos e no Canadá), em que a liberdade dos indivíduos relativamente a múltiplas identidades é normalmente podada, porque lhes é exigida solidariedade absoluta com uma dentre essas identidades. Agora, uma vez que todas as condições acima tenham sido contempladas, o reclamo multiculturalista é justificado, no sentido de que é autorizado pelos valores supremos da modernidade. Isso é verdadeiro apenas no caso de um conceito abstrato de multiculturalismo, qual seja, um conceito des-ideologizado e desconceitualizado. Não se pode integrar os valores de vida e de liberdade, nem mesmo no plano de uma simples premissa, e simultaneamente negar que os atores contemporâneos decidam por si mesmos o que é melhor para eles. Sempre que as decisões dos atores são prejudgadas, rotuladas, ou submetidas a preferências generalizadas, a norma do multiculturalismo deixa de ser abstrata e seu *slogan* torna-se veículo de usurpação e superimposição – todas essas coisas que ele supostamente rejeita. Somente um conceito transcontextual de multiculturalismo que assuma a diversidade cultural como uma norma abstrata é capaz de unir os valores de oportunidades de vida e liberdade num plano utópico nas esferas da identidade cultural, auto-articulação e auto-realização: em que esse “auto” signifique tanto indivíduos como grupos. Uma tal norma anula a falácia normalmente inerente na maior parte das afirmações contemporâneas superpolitizadas a respeito do multiculturalismo. Nos dias de hoje, a mais geral e inflamada questão relacionada à multiplicidade de culturas diz respeito à coexistência geral de culturas diversas em nosso globo. Alguns intelectuais, e.g., Huntington (1993), advertem-nos para um virtual choque entre civilizações; outros, como Raz (1994), pensam que o conflito entre civilizações seria administrado pacificamente se os ocidentais abandonassem o seu “etnocentrismo”. Agora, se é a primeira, ou a segunda – ou ainda muitas outras posições entre elas – a que irá caracterizar alguns dos próximos séculos da era moderna, ninguém sabe<sup>10</sup>. Mas não se deve esquecer, quando discutimos tipos de multi-

---

<sup>10</sup> O medo de um novo barbarismo resultante da perda de forças de integração não-violentas, particularmente da perda de regras gerais de civilidade e urbanidade, não é apenas um

culturalismo dentro de um império, estado, sociedade ou corpo político isolado, que a ameaça de um choque entre civilizações paira sobre nós como uma sombra escura, ao passo que apenas a promessa de uma cooperação autêntica<sup>11</sup> entre as civilizações lançaria alguma luz sobre nosso caminho.

2 Tenho feito distinção entre três espécies ou camadas de cultura: a cultura da vida cotidiana, a alta cultura e o nível do discurso cultural. Essas três camadas não foram sempre diferenciadas como estão no mundo moderno. Mas, já que o multiculturalismo nasceu na modernidade e que o discurso sobre o multiculturalismo concentra-se – pelo menos por enquanto – nos tipos de cultura que eu brevemente descrevi, deve-se tomar a “condição moderna” como ponto de partida não-problemático de nossa investigação. Quando eu distingo entre altas culturas e culturas menores e insisto na importância de manter-se essa diferença, não pretendo comparar a forma da sonata à da canção folclórica (*Völklied*, em alemão no original – NT) de modo que deprecie essa última. Nos seus encontros culturais cotidianos, homens e mulheres não possuem alternativa entre a sonata e o *Völklied*, porque em realidade o *Völklied* não existe mais. A cultura popular tradicional é cultivada em museus, onde – de modo similar aos animais preservados de espécies em extinção – a tradição é bem guardada e preservada por uma elite cultural, normalmente uma elite nacional ou nacionalista. Já não há mais nenhuma “cultura popular” autêntica. Ainda existem práticas religiosas, credos e costumes que são prestigiados pelos que os praticam, mas o universalismo das coisas e seu uso (de aparelhos de televisão e máquinas de lavar aos aviões) parecem limitar o alcance das diferenças tradicionais na vida cotidiana.

---

pesadelo conservador, mas uma preocupação geral. Claus Offe escreve: “Im Gegensatz zu Makro-Naturzuständen [...] kann man von Mikro-Naturzuständen sprechen: Von der Erosion nicht-formaler Regelsysteme im Prozess der Modernisierung selbst, sie zum gleichgültigen Geschehenlassen oder zur opportunistischen Verübung barbarischer Exklusions- und Gewaltakte disponieren” (OFFE, 1994).

<sup>11</sup> O conceito de autenticidade é empregado nesse contexto por Taylor (1992). É evidente que Taylor considera a retórica liberal autodepreciativa como uma resposta inautêntica às provocações do multiculturalismo. Eu compartilho de sua concepção.

O tipo de cultura indígena, que já serviu de veículo de entendimento e autocompreensão para segmentos de um povo, adicionando sua beleza e frescor únicos ao patrimônio da raça humana e fornecendo o solo natural para o crescimento de todas as culturas, está em dissolução praticamente em todo lugar. Acreditar que uma cultura que vá além dos costumes cotidianos, de rituais religiosos, culinária ou penteados e adereços, será ou poderia ser uma “diferença” – a alternativa ao “universalismo” da alta cultura – é simplesmente o mesmo que perseguir fantasmas. A alternativa à alta cultura é apenas um outro tipo de “universalismo”: a universalidade empírica da cultura menor<sup>12</sup> ou o universalismo fabricado em escala industrial da cultura geral de massas. Mas isso não é tudo. Enquanto a alta cultura podia, de modo autêntico, recorrer à cultura da diferença (e ainda o faz, desde que tais culturas existam), a cultura de massas usa a “diferença” apenas como uma roupagem, um colorido superficial para ganhar novos públicos e tornar-se palatável quando em confronto com os politicamente corretos.

Hoje em dia o discurso cultural está atrelado à alta cultura. Pelos últimos 200 anos nós começamos a chamar “cultos” a homens e mulheres se o seu modo ou estilo de vida exigia uma experiência contínua na alta cultura e uma prática constante de discurso cultural, a partir de tópicos variados que iam além da tradição e do patrimônio cultural próprios de um único grupo cultural. “Discurso” não é o mesmo que fala discursiva, porque aquele inclui juízos (não apenas juízos de gosto como também juízos morais), referências e alusões a uma experiência compartilhada. Homens e mulheres vivem, e sempre viveram, em dois mundos: um mundo cotidiano, de senso comum, e em “outro mundo”. O “outro mundo” engloba experiências compartilhadas que elevam homens e mulheres acima de suas ocupações cotidianas e do seu egoísmo. A Bíblia apresentou para muitas

---

<sup>12</sup> Literalmente, “baixa cultura” (*low culture*), que no sentido que a autora emprega significa toda cultura que é pobre em densidade e capacidade de render diversas interpretações, ao contrário da potencialidade da alta cultura que é hermeneuticamente inexaurível. Optei por “cultura menor” em lugar do sentido literal de “baixa cultura”. Mantive, todavia, a expressão “alta cultura” (*high-culture*) [NT].

gerações um mundo como esse, mais alto e ainda assim compartilhado. A cultura tradicional (como os contos de fadas alemães, as canções de ninar inglesas e os cantos espirituais dos negros) sempre forneceu uma escada para subida a um “outro” mundo: fantástico, belo, amedrontador e talvez mais real. Mais realidade, aqui, é equivalente a densidade de significado. A densidade de significado num objeto cultural depende do alcance de sua interpretabilidade. A alta cultura é o único herdeiro e sucessor da cultura tradicional (tal como a tradição da cultura d’O LIVRO), porque os objetos da alta cultura são densos em significado, não se pode jamais “encerrar” as suas interpretações.

À cultura (menor) de massas, todavia, falta essa densidade de significado. Ainda assim ela também apresenta outro mundo, mas um outro mundo pobre em significado, porque ele é do tipo de mundo de conto de fadas manufaturado, sem tradição, que não permite nenhuma interpretação: ele é consumido como um filé. Assim, não será a cultura de massas (e o seu universalismo) a herdeira da função das culturas indígenas da diferença, qual seja, a de elevar nossa linguagem a um sistema de símbolos, a um ponto de referência para a experiência compartilhada, a uma tradição além do plano cotidiano (o que apenas a alta cultura, enquanto e onde ela ainda existir, permite). Por isso adquire importância a distinção de Charles Taylor entre o reconhecimento de valor, de um lado, e reconhecimento de igual valor, de outro, às culturas (tradições). É agora, ao tempo em que desaparecem culturas vivas da diferença (não obstante a sua “preservação” em alguns nichos do mundo, e em todo canto nos museus do nacionalismo), que mais do que nunca se torna muito importante confiar nas culturas tradicionais que se desenvolveram como altas culturas indígenas (como a européia, a mediterrânea e a asiática): não porque a sua cultura cotidiana da diferença “valha mais” do que as culturas de outros povos (não possuímos metro de comparação), mas porque existe um “plus” em algumas que se ausenta em outras – e esse “plus” agora pertence a todo o mundo e pode ser absorvido por todos. É isso que o “universalismo” da alta cultura significa. A cultura de massas também pode ser absorvida por todos (como de fato é absorvida por todos). Apesar desse fato indiscutível, a cultura de mas-

sas raramente é rejeitada por multiculturalistas. Porque se os afro-americanos lerem Shakespeare na escola, eles também aprenderão a “ascender” a uma compreensão mais elevada, ao passo que se eles assistirem a “Dallas”, bem, aí não existe nem a necessidade nem a possibilidade de uma tal ascensão.

Como eu mencionei, hoje é basicamente a cultura de massas – em especial a cultura de massas norte-americana – que em geral começa a imprimir sua marca, basicamente por meio da mídia eletrônica, sobre a imaginação de homens e mulheres de todas as culturas, de Nova York a Bombaim, de Praga à Cidade do Cabo. Na esfera do lazer e do entretenimento, a diversidade hoje se tornou um simples fenômeno de superfície que mal esconde o fato de uma uniformidade total. Uma vez que a cultura de massas é uma cultura de fachada, como uma boneca enfeitada, ela não fornece um veículo para o entendimento recíproco como a alta cultura pode fornecer, ainda que nem sempre o faça. Isso nos conduz ao terceiro tipo (ou nível) de cultura: o da discussão ou do discurso.

Todos os tópicos podem ser enfocados num discurso cultural, ainda que os produtos de alta cultura sejam, em razão de sua inexaurível capacidade hermenêutica, especialmente aptos a serem tópicos de discussão. Mas a política, questões sociais, praticamente tudo que interesse a uma comunidade de pessoas pode ser relevante nesse contexto. O discurso cultural não é cultura fundamentalmente porque os seus temas sejam assuntos de cultura, mas sim porque o discurso em si constitui cultura, já que seu objetivo não é nem o de resolver problemas nem o de apurar os fatos. Ao contrário, ele problematiza e até mesmo cria seus temas por meio da reflexão. As pessoas envolvidas em discurso saboreiam os assuntos pelo simples prazer de degustá-los. Nesse sentido o discurso cultural é um fim em si mesmo. Mas ele também nos refina o gosto e aprimora o juízo. As pessoas distanciam-se das ocupações normais da vida diária por meio do discurso cultural. Ao engajarem-se nele, elas suspendem a unidade imediata entre conhecimento e ação. Assim, pode-se dissociar o pensamento das atividades cotidianas, ou melhor, torna-se o pensar uma atividade cotidiana mediante a conversa prazerosa. Essa é uma mescla do que Arendt queria dizer com as expressões “pensamento

puro” e “prazer da convivência”. Os outros, nossos parceiros de convívio, podem provir não só de nosso estreito meio cultural, como também de outros. Num discurso cultural, todas as relações diretas entre conhecimento e prática ficam em suspenso e, como resultado, o discurso pode tornar-se o principal veículo de conversação intercultural. Se houver grupos com origens culturais distintas e que provenham de variadas tradições culturais, então o discurso torna-se um discurso cultural. Ele justifica sua própria existência no contribuir, talvez mais do que qualquer outra coisa, para o mútuo entendimento desses grupos. Dado que o discurso cultural em si não objetiva ao mútuo entendimento, mas sim ao esforço interpretativo comum por meio da conversa, ninguém se percebe como um objeto e ninguém sai magoado. E é assim que as pessoas aprendem com as outras, e sobre elas: não porque elas cheguem a um consenso, mas porque descobrem algo a respeito do gosto e do juízo dos outros. Isso as leva a prestar atenção umas às outras, a desenvolver emoções como empatia, curiosidade, ressentimento e assim por diante. O contato recíproco é estabelecido por meio de um contexto comum.

Já que discutimos aqui o multiculturalismo, o que temos em mente é uma comunidade mais ampla ou um corpo político que abranjam uma multiplicidade de diversas culturas – pelo menos no sentido de culturas cotidianas. Nós já chegamos a uma conclusão preliminar segundo a qual os “erros” e “acertos” relacionados a temas de multiculturalismo também dependem (e por vezes radicalmente dependem) de puro contexto. O contexto de uma multiplicidade de culturas será diferente se todas essas culturas tiverem uma camada própria, indígena, de alta cultura; será outro, ainda, se apenas algumas delas a possuem, assim como diverso será também se apenas uma ou nenhuma delas a possuir. O contexto será diferente se uma alta cultura particular (como tradição) for escolhida por todas elas (sem prejuízo de que essa alta cultura seja a própria ou uma outra diversa), por algumas, por apenas uma ou por nenhuma delas. E, ainda, o resultado será diferente se o discurso cultural for conduzido, mesmo que em níveis distintos, em todas, em algumas, em apenas uma ou em nenhuma dessas culturas. O caráter das culturas múltiplas será contextualmente dependente no caso de uma cultura que desenvolva



a habilidade de abrir-se para a mudança, quando outras não o façam. A primeira atitude pode conduzir (ainda que não necessariamente) à assimilação, ao passo que a segunda atitude inevitavelmente resultará em segregação total.

**3** Entre os quatro grandes grupos em que coexistem várias culturas, não vou discutir aqui o caso de Israel. Mas devo dizer algo a respeito de algumas características representativas dos outros três tipos-ideais – e entre elas algo a respeito de padrões dos Novos Mundos, quando mais não fora para enfatizar que o multiculturalismo nos velhos continentes não pode simplesmente macaquear<sup>13</sup> o tipo de multiculturalismo que se desenvolveu em vários países dos Novos Mundos. É claro que todos os novos continentes também diferem uns dos outros, e que não posso fazer-lhes justiça num breve relato. Para citar apenas um caso diverso, eu mencionaria o da Austrália, onde os temas multiculturalistas são enfrentados de modo bem mais racional do que nos Estados Unidos ou no Canadá.

Começemos com uma visão geral, de modo que possamos apontar as diferenças entre os Velhos Mundos e o Novo. Com exceção dos aborígenes (ou americanos nativos, como os índios são chamados nos EUA), todas as culturas do Novo Mundo surgiram da imigração<sup>14</sup>. Isso significa que nenhum grupo possui quer uma reivindicação específica quer uma ligação emocional própria relativamente à terra e ao solo. Todos foram implantados lá a partir de outros lugares. Imigrantes chegaram ao Novo Mundo cruzando o oceano,

---

<sup>13</sup> No original consta “ape”, literalmente “macaquear”, mantido na versão brasileira, já que é tão informal em português quanto no original. Lembre-se que o texto é originário de conferência [NT].

<sup>14</sup> Kymlicka (1995) discorda dessa afirmação. Ele refere-se, por exemplo, às populações de fala hispânica do Novo México, que estavam lá antes da expansão dos Estados Unidos. Há uma certa verdade nisso, apesar de que não existam casos completamente “puros”. Mas não se deve esquecer que os povos de fala hispânica dos territórios mexicanos eram eles mesmos filhos e netos de imigrantes, do mesmo modo que o povo dos Estados Unidos – e quando não, eram índios aborígenes. As populações negras (importadas como escravas) são um problema especial norte-americano desde que elas não foram imigrações voluntárias, como as demais. Hoje em dia, porém, elas permanecem lá voluntariamente. Não existe um sionismo negro.

deixando seu passado para trás. Ainda que com conotações inteiramente diferentes, isso é da mesma forma verdadeiro sem importar se alguém chega como um fazendeiro ou aventureiro (isto é, voluntariamente) ou transportado e mantido lá contra a própria vontade, como ocorreu com condenados ou escravos (contanto que os últimos tenham escolhido ficar no Novo Mundo voluntariamente depois). Mas não é somente o solo nativo que deixa de representar um papel na ligação emocional dos novos habitantes, também o mito do primeiro ocupante da Terra não terá qualquer importância cultural. Que os franceses estiveram na Austrália antes dos ingleses, ou que Nova York começou como uma colônia holandesa são fatos históricos (raramente aprendidos) que não têm nenhum apelo mitológico-emocional. Desnecessário dizer que nos continentes velhos ocorre justamente o contrário. Uma vinculação ao solo ancestral de alguém representa um papel primordial na identidade nacional, assim como no nacionalismo, juntamente com o mito da ocupação originária dessa terra pelos ancestrais remotos.

Havia – e até certo ponto ainda há – uma língua dominante nas terras novas, tal como o inglês na Austrália ou nos Estados Unidos, o espanhol na América Latina ou o português no Brasil. Porém, disso não decorre que as culturas inglesa, espanhola ou portuguesa – incluindo suas respectivas altas culturas – serão, nesses lugares, agora consideradas as tradições próprias das respectivas culturas contemporâneas. Novas ondas de imigração constantemente ingressaram nessas terras, vindas das mais diversas origens culturais, grupos étnicos, raças e religiões. Por muitos anos, os Estados Unidos tiveram orgulho em ser o grande caldeirão da diversidade (o *melting-pot*), a unidade na diversidade era – mas já deixou de ser – o *slogan* (norte) americano<sup>15</sup>.

Nos Estados Unidos, o multiculturalismo de hoje significa o abandono do *slogan* tradicional. O multiculturalismo hoje procura a diversidade, não a unidade. O espírito dessa nova ideologia sugere

---

<sup>15</sup> O artigo apaixonado de Russel Baker, “Gone with the Unum” (1994), termina com a seguinte frase: “Oh, Unum, a quanta miséria nos arriscamos ao vos sacrificarmos pelo Pluribus” (p.A23).

que os povos da América têm uma única tradição comum: a constituição. Todavia, essa tradição é meramente política, não é cultural<sup>16</sup>. A etnia, a religião, o gênero, as preferências sexuais e coisas parecidas constituem as culturas respectivas dos diversos grupos. Toda cultura é igual e o entendimento recíproco entre as culturas não é necessário, porque elas podem existir uma ao lado da outra. Pode-se falar apenas a língua materna, não se precisa aprender uma língua comum (por exemplo, inglês) e muito menos se precisa apropriar uma cultura comum (por exemplo, literária). O *slogan* “abaixo a cultura ocidental”, que circula nas universidades norte-americanas, expressa a idéia de que a cultura européia não deve ser privilegiada. Isso, porém, não quer dizer que se devam ensinar outras altas culturas – por exemplo, as culturas chinesa ou hindu – além da ocidental ou européia; ao contrário, isso significa apenas que a distinção entre altas culturas e culturas menores tem de ser deixada de lado. Em poucas palavras, o multiculturalismo norte-americano contemporâneo é uma ideologia que, sob a pretensão de promover e preservar a diversidade, em realidade abole a distinção entre os três níveis de cultura – os da vida cotidiana, da alta cultura e da cultura do discurso. Todas as culturas são niveladas aos elementos básicos da cultura cotidiana e da cultura de massas.

Agora, se vamos além do plano da cultura cotidiana certamente aparecerão algumas diferenciações. Em primeiro lugar, porque existem certas línguas que não desenvolveram (pelo menos não ainda) um tipo de alta cultura. Segundo, porque existem alguns tipos de vida que não possibilitam um discurso cultural, e finalmente porque muitos grupos étnicos nos Estados Unidos não têm qualquer relação com as respectivas altas culturas de seus ancestrais nos países

---

<sup>16</sup> Segundo Walzer (1994), os Estados Unidos jamais se caracterizaram apenas por um patriotismo constitucional. Tem-se sugerido (e não apenas Walzer) que esse tipo de patriotismo despreveria mais a interpretação européia da América do que a interpretação americana de si mesma (alguns sugerem que ela seria uma invenção de Habermas). Mas ainda que isso fosse assim, hoje em dia quase nada além de uma referência a uma constituição comum torna alguém um “americano”. Se isso é suficiente para a preservação de uma espécie de “unidade” mínima é uma questão em aberto. Talvez não seja, há que se ver o que se passará.

antigos, de modo que sua cultura real não é muito mais do que a casca vazia de uma entidade originariamente rica. O multiculturalismo põe por terra todas as diferenciações e distinções mais sutis em nome de uma diferenciação bruta e unidimensional.

Resultado disso tudo é que o multiculturalismo norte-americano contemporâneo serve, querendo ou não, a três propósitos: Primeiro, contribui para a destruição do sistema escolar mediante a introdução de um currículo multicultural (em lugar de documentação detalhada eu simplesmente me reporto aos muito convincentes livros de Arthur Schlesinger Jr. [1992] e Richard Bernstein [1995] sobre a matéria)<sup>17</sup>. Crianças e jovens aprendem o que já sabem (por exemplo, seus próprios costumes) ou o que querem ouvir (a superioridade de sua religião, de sua cultura cotidiana ou de sua raça), mas nunca aprendem algo que demande algum esforço. Segundo, o multiculturalismo pavimenta o caminho para a segregação. Em terceiro lugar, esse tipo de multiculturalismo torna as “etnocracias” todopoderosas: elas não são eleitas, mas falam a linguagem do “nós” e assim substituem-se a seus inexistentes constituintes. Feministas radicais que falam a linguagem do “nós, mulheres”, “as mulheres querem”, “as mulheres sentem”, etc. são um desses casos. E mais ainda: por meio do multiculturalismo, novos códigos de “correção política” – de um fundamentalismo político quase-totalitário – ganham força e terreno<sup>18</sup>. Finalmente, todos são deixados à influência exclusiva da cultura de massas – já que, como vimos, este é o único elo que une todos os grupos culturais: o elo da uniformidade. Dito de modo simples, o multiculturalismo norte-americano contemporâneo subs-

---

<sup>17</sup> O livro de Richard Bernstein (1995) sobre o multiculturalismo é um panfleto em forma de livro. Ele tem argumentos fortes, e seu trabalho é bem documentado. O livro tornou-se polêmico e foi criticado tanto pela seção de resenhas do *New York Times* quanto pela publicação *New York Review of Books*, e não completamente sem justificativa. Mas mesmo os maiores inimigos do livro admitem que a parte descritiva do trabalho de Bernstein contém muitas afirmações verdadeiras e realistas.

<sup>18</sup> Ver (entre outros) Steven Pinker, em *O jogo dos nomes* (*The game of the name*, 1994), que comenta a respeito do Manual de Identificação Racial e Étnica do *Los Angeles Times*, que proíbe ou restringe o uso de umas 150 palavras e expressões, tais como “defeito de nascimento”, “Chinese fire drill”, louco, continente escuro, enteado/a, WASP, Welsh etc. “Todos devem cuidar do que falam.”

titui a diversidade verdadeira sob uma capa de uniformidade pela total uniformidade com uma cobertura de diversidade. David Rieff corretamente comparou essa diversidade com a de um bem suprido supermercado.

Não é preciso dizer que a situação no Velho Mundo não se parece em absoluto com a da América. E é por isso que a política multiculturalista não tem nem os mesmos motivos, nem pode ou deve implicar, na Europa, os mesmos efeitos verificados na América do Norte. Na Europa o multiculturalismo não tem tão fortes vínculos com a cultura de massas ou com os *mass-media*. A distinção entre alta cultura e cultura menor (de massas)<sup>19</sup> lá ainda está viva, e os clássicos ainda possuem um *status* privilegiado no currículo escolar. O entendimento recíproco a partir da interpretação dos mesmos textos ainda é possível. Seja como for, a cultura de massas é global, mas produzida nos Estados Unidos, não na Europa. Mesmo que a cultura de massas norte-americana seja consumida pela mídia ao redor do mundo, ela não terá nada a ver com o multiculturalismo produzido na Europa.

Os Estados nacionais europeus nunca foram caldeirões (*melting-pots*) de diversidade cultural; “muitos em um” nunca foi o seu *slogan*. Desde a emergência dos Estados-Nação, tem-se exigido completa assimilação. Dessa forma o multiculturalismo europeu conseguiu pavimentar o caminho para a aceitação do *slogan* e da prática do “muitos em um”, exatamente o *slogan* e a prática recentemente abandonados na América, onde em primeiro lugar foram inventados. Não obstante isso, os últimos desenvolvimentos do multiculturalismo norte-americano ressoam melhor se forem tomados antes como sinais de alerta do que como modelos a imitar. O multiculturalismo europeu só terá futuro se se desenvolver em diálogo com a tradição européia e se encontrar seus próprios modelos e modos de articulação.

**4** Existem dois cenários de multiplicidade cultural que foram ou se tornaram típicos na Europa. O que sempre foi típico é a coexistência

---

<sup>19</sup> *High and low culture*, no original, cf. nota anterior de tradução.

tradicional de uma grande variedade de culturas; o que recentemente tornou-se típico foi a pluralização de culturas devido a novos incrementos de ondas de emigração e imigração. Poderíamos exemplificar ambos os fenômenos com o que tem ocorrido nos países da Europa Central.

Antes do advento do moderno Estado-Nação, a diversidade de línguas, dialetos, costumes e modos de vida era vista como uma qualidade natural da Europa. Na monarquia austro-húngara esse multiculturalismo “natural” sobreviveu por um longo período. Havia aqui pouca ou nenhuma pressão, no sentido da assimilação, sobre pessoas de camadas mais baixas da sociedade que não aspirassem a um emprego público (*Staatsbeamten*) ou a postos militares. A exceção ficava com os judeus. A emancipação judaica exigia (de modo oposto à de outros grupos étnicos) que os judeus abandonassem, ou pelo menos fingissem abandonar suas formas tradicionais de vida; que eles se comportassem e falassem como os gentios. A maioria dos judeus na realidade queria assimilar-se, e muitos converteram-se ao Cristianismo como um bilhete de ingresso em sociedade. É bem sabido que a assimilação judaica acabou por ricochetear, sobretudo na Europa Centro-Oriental, mais do que em qualquer outro lugar. Não obstante esse ter sido um caso especial e trágico, tendências parecidas poderiam ser observadas em muito menor escala. Por exemplo, a expulsão étnica de alemães de vários países da Europa Central, depois da Segunda Guerra Mundial, resultou de uma combinação de vingança política com disfarçada política étnica. A população alemã (apesar de ter vivido por muitos séculos no mesmo contexto nacional) era agora percebida como incapaz de assimilação e, em conseqüência, como um corpo eternamente-estranho dentro de um organismo nacional.

Com a ressalva desse e de outros atos de expulsão similares (e.g., a expulsão dos húngaros da Tchecoslováquia), o mapa étnico da Europa Centro-Oriental permaneceu misturado durante a segunda metade deste século. Como é bem conhecido, não foram os povos, foram antes as fronteiras entre os Estados que migraram, como acontece ainda hoje. Como também é mais que sabido, todos os regimes comunistas proibiram a liberdade de expressão, e entre outras

a liberdade de se expressarem problemas étnicos. Acima de tudo, os partidos comunistas, desde a Romênia até a Iugoslávia, declararam que haviam resolvido o problema para sempre. Enquanto isso, vagarosa mas seguramente, os grupos nacionais mais numerosos ou os mais centralmente posicionados começaram a dominar todos os outros. O que aconteceu nos últimos cinco anos foi simplesmente a emergência de um conflito que sempre esteve lá. Esse conflito conduziu a guerras, e pode levar, ainda, a novas guerras.

Uma saída típica seria a criação de Estados etnicamente “puros”. Mas a mistura cultural na Europa Central é tão intensa que essa saída dificilmente teria sucesso. Talvez tenha dado certo apenas na Eslovênia. A Eslováquia separou-se, mas ela ainda possui consideráveis minorias húngara e ucraniana. A Letônia separou-se, mas tem uma maioria russa. Em conseqüência, o multiculturalismo deve ser posto na agenda européia, pelo menos numa agenda mínima. A questão que remanesce é quanto aos motivos dessa agenda.

Entre os povos da Europa Central-Oriental, cada um possui uma ligação emocional à terra, ao solo onde vive. Mais de um povo ou grupo de povos estão ligados ao mesmo chão. Vários povos possuem mitos de ocupação original (por exemplo, o mito de Átila, entre os húngaros, e o mito daco-romano dos romenos); e mais de um povo acalenta mitos de um título de propriedade adquirido pela espada ou pelo sacrifício de seu sangue (como os sérvios e os albaneses relativamente a Kosovo). Nesse particular, a igualdade de reivindicações não é uma afirmação ideológica. Aqui nós vemos diferentes povos que falam cada um a sua língua – e sobretudo línguas que não são simples cópias de línguas originais empobrecidas num meio estranho, mas línguas que permanecem ricas e que guardam traços de seu desenvolvimento lingüístico-literário pelo contato direto com suas nações de origem. Nenhum oceano as separa dos Estados das nações de origem, apenas fronteiras políticas artificiais (sendo todas as fronteiras políticas sempre artificiais). Cada um desses povos “possui” uma cultura nos três níveis: cotidiano, alta cultura e cultura do discurso.

Se existem duas ou mais culturas tradicionais que cresceram no mesmo lugar e que desenvolveram de modo independente todos

os três níveis de cultura, então não estamos mais lidando com grupos que constituem a si próprios culturalmente a partir de um único ponto comum (como é o caso dos homossexuais nos Estados Unidos), mas, antes, com etnias nacionais. Segue-se disso que sua exigência de ter acesso à educação em suas respectivas línguas maternas (desde o primário até o terceiro grau) é completamente racional; assim como racional será a outra exigência de que eles possam ensinar e aprender tudo em suas línguas maternas e também usá-las na comunicação oficial. Agora, a exigência oposta é do mesmo modo racional: deverá haver uma língua para o comércio político, que todos os cidadãos estejam habilitados a falar. De outro modo, haveria sérios problemas no entendimento recíproco transcultural entre os cidadãos no nível do discurso político – um discurso exigível num Estado democrático e constitucional. Um Estado bilíngüe ou trilingüe seria ideal, assim como é concebível em termos de estipulações constitucionais, mas raramente funciona na vida real, a não ser que prevaleça um federalismo no qual seja possível falar uma língua em cada região (e mesmo aqui, como mostra o exemplo da Catalunha, alguns problemas novos aparecem). Seja como for, uma solução como essa não está ao alcance da Europa Central-Oriental<sup>20</sup>.

Permitam-me agora comparar a agenda “multiculturalista” desse contexto com o contexto norte-americano a partir da seguinte analogia. É apropriado numa agenda multiculturalista racional que existam departamentos húngaros em todas as universidades romenas, mas não que exista um departamento chicano nas universidades norte-americanas. A razão para isso é que as universidades húngaras e os departamentos húngaros ensinam a (alta) cultura húngara, do mesmo modo como os departamentos de inglês ensinam a alta cultura inglesa, ao passo que os departamentos chicanos não ensinam a cultura hispânica, e muito menos a alta cultura hispânica. Eles ensinam apenas costumes locais, hábitos e uma história sublocal. O ensino de literatura russa na Estônia constrói uma barreira contra a invasão da cultura de massas, ao passo que o ensino de literatura afro-americana nos Estados

---

<sup>20</sup> Kymlicka (1995) discute duas opções políticas para essas regiões: a primeira, de autogoverno, e a segunda, participação. Ele recomenda a primeira apenas se a alternativa for a secessão.



Unidos abre o caminho para a cultura de massas. Isso não acontece porque não existam bons autores afro-americanos (que inegavelmente os há), mas pelo fato de que não existe uma literatura afro-americana (o que existe apenas é uma subseção dentro da literatura norte-americana que expressa a experiência comumente chamada de experiência afro-americana)<sup>21</sup>. E é por isso que essas disciplinas criadas ideologicamente abrem todas as portas e janelas para a invasão do lixo cultural de massas.

Deixem-me, agora, voltar para o último cenário multiculturalista, o dos imigrantes que chegam a países que possuem culturas nacionais relativamente homogêneas e tradicionais, como, por exemplo, o caso dos turcos e chineses, dos árabes e poloneses que se estabelecem na Alemanha. Essa é uma situação diferente da “situação do Novo Mundo”, porque existe pelo menos um grupo particular com laços tradicionais ao solo. Também é diversa daquele nosso cenário anterior, porque existem aqui muitos grupos que não possuem vínculos emocionais e não reivindicam uma ocupação original. Ao mesmo tempo, ela é similar à cena do Novo Mundo, porque os imigrantes ingressam pelas mesmas razões: em geral eles buscam o asilo de melhores condições de vida. Mas de outro lado é também uma situação similar à cena original do Velho Mundo: os recém-chegados imigram para Nações-Estado que não possuem a ideologia tradicional da “unidade na diversidade” e que partilham da tradição, ou melhor do instinto, de impor às minorias uma forte pressão no sentido da assimilação. Nesse contexto, o multiculturalismo pode ser uma medida preventiva contra a repetição do tipo de assimilação forçada que outrora foi imposta aos judeus da Europa Central. A história judaica é obviamente um obscuro ponto de referência para os multiculturalistas da Europa Central. O multiculturalismo que eu chamo de “defensivo” aponta para os perigos das pressões no sentido da assimilação forçada.

Quando em primeiro lugar defini o multiculturalismo, eu

---

<sup>21</sup> Irving Howe costumava dizer, e com razão, que não existe uma literatura judeo-americana escrita em inglês; que existe apenas literatura americana que ocasionalmente conta estórias de pessoas judias. Somente uma literatura escrita em iídiche pode ser denominada autenticamente uma literatura judeo-americana.

falei sobre ele como uma ideologia que protege e promove a multiplicidade de culturas. Agora quero dividir essas duas funções, ainda que apenas de modo relativo, e seguir falando de um multiculturalismo protetor e de outro ofensivo, respectivamente.

O multiculturalismo protetor defende cada cultura contra a discriminação, seja pelo Estado (como é na maioria das vezes o caso na Europa e na Ásia) seja pela sociedade (como é normalmente o caso nos países do Novo Mundo)<sup>22</sup>. Ele também protege o direito de todos os grupos à auto-articulação e o direito de reunião em público. Além disso, o multiculturalismo protetor defende de muitas maneiras as culturas contra pressões assimilatórias, como, por exemplo, ao enfatizar que a multiplicidade de culturas torna um país mais colorido, adiciona algo à sua beleza e torna-o um lugar mais interessante para se viver. Porém, o multiculturalismo protetor também pode tornar-se ofensivo se a sua função protetora assim o exigir: por exemplo, contra o racismo manifestado, digamos, em ataques de *skinheads*.

No início desta comunicação eu enfatizei que a agenda multiculturalista deve ser discutida num contexto concreto. Isso, porém, só é verdadeiro em relação ao multiculturalismo ofensivo, e não em relação ao multiculturalismo protetor. Eu repito, porém, que os limites entre esses dois tipos de multiculturalismo são elásticos e só podem ser estabelecidos com mais certeza nos contextos concretos.

Permitam-me retornar brevemente aos tipos de multiculturalismo predominantes na Europa Central. Lá, onde a multiplicidade de culturas étnicas floresceu desde tempos imemoriais dentro do mesmo território (ainda que não no mesmo Estado), e se essas culturas já ou ainda praticam cultura no mesmo nível, o multiculturalismo é ofensivo se ele se torna autocontraditório. Isso pode ocorrer quando ele exige a secessão ou um tipo de federalismo que garantiria pureza étnica – porque nesse caso o objetivo consciente não é multiculturalista, mas monoculturalista. Ele pode também tornar-se autocontraditório sempre que exija que os membros de uma comuni-

---

<sup>22</sup> Segundo Tamas Gaspar Miklos, entretanto, o fator da discriminação social contra a minoria húngara recentemente desempenhou maior papel na Romênia do que a discriminação estatal.

dade cultural se identifiquem, em termos absolutos, com aquela comunidade, sempre que autoproclamados “multiculturalistas” (os “etnocratas”, segundo a terminologia de Gombar) se incomodem com a pluralidade de filiações individuais ou com a escolha individual de múltiplas identidades. A pressão assimilacionista então recai para uma fase segregacionista e de políticas separatistas: é bem sabido o fato de que a pressão assimilatória é uma tradição típica do monoculturalismo. Na opinião dos multiculturalistas protetores a identificação de alguém a sua cultura nativa é uma opção aberta e respeitável tanto quanto a opção de não-identificação. A gente, então, será livre para não se assimilar ou dissimilar-se, sendo livre, por outro lado, também, para assimilar-se. O pluralismo e o “integracionismo” podem, assim, andar de mãos dadas.

O multiculturalismo ofensivo não concede essa liberdade. Ele é comunitário e antiliberal. Seu *slogan* poderia ser descrito como “o que se pode fazer, então se está obrigado a fazer”. Tomemos mais uma vez o exemplo norte-americano: um afro-americano está obrigado, até mesmo pressionado, a superenfatizar sua “africanidade” como a sua única identidade, ou quando muito a principal. Ou tomemos a perspectiva de alguns grupos de defesa dos direitos dos *gays*: não é suficiente que os homossexuais possam ser declaradamente homossexuais sem serem constantemente incomodados com a discriminação. Um homossexual tem de usar sua homossexualidade constantemente “na manga” como um emblema de identidade. O multiculturalismo norte-americano prestigia a segregação e o separatismo, e despreza o diálogo. Na opinião daqueles a quem chamo de “multiculturalistas ofensivos”, todas as culturas são iguais por definição. Afirmar algo diferente disso é por definição racista ou pelo menos elitista.

Não obstante, o multiculturalismo europeu também pode ser ofensivo, por exemplo, ao considerar todas as regulamentações de imigração com suspeição, ou se mantiver objeções contra a promoção da língua ou da cultura nacional. As nações européias não são apenas nações constitucionais como aquelas do Novo Mundo. A nacionalidade européia está muito mais ligada diretamente a linguagem e a textos, a história, a uma espécie de tradição ausente no Novo Mundo. Não é necessário que um grupo imigrante escolha a tradi-

ção germânica ou austríaca como sua, mas apenas o multiculturalismo ofensivo negará a importância de adquirir versatilidade nessa tradição, de sorte a compreender as alusões, as conotações e entrelinhas, as “citações sem rodapés” que distinguem uma cultura rica. Seja como for, não foi com certeza por aprender o idioma alemão ou citar Goethe que os judeus experimentaram uma forte pressão assimilatória no século XIX, foi, antes, porque eles não tinham liberdade para se identificarem como judeus sem sofrerem segregação e auto-humilhação, porque não podiam promover, cultivar nem mesmo defender sua própria tradição com orgulho e dignidade, e porque sua forma de vida, como diferença, não era respeitada como tal. Eu penso de modo similar a respeito dos novos grupos migratórios na Europa Central. Aprender a língua, a literatura e a história da nação cujo território eles voluntariamente escolheram como seu *habitat* não deve ser percebido como uma pressão, nem por eles nem por seus porta-vozes multiculturalistas.

O que o multiculturalismo defensivo almeja conquistar e estabilizar como uma atitude geral entre os membros de culturas diferentes é que eles possam simultaneamente manter e cultivar suas raízes, práticas religiosas, padrões de vida familiar e de amizade, culinária, gestos e modos de contar piadas e assim por diante, e que tudo isso não deva ser considerado como algo estranho em sua diferença, mas como algo interessante, atraente e rico. E se algo é verdade no plano micro, por que não seria no plano mundial? O futuro da modernidade depende de muitas coisas, mas entre elas depende também da capacidade ou incapacidade das culturas de cooperarem, de compreenderem umas às outras e, até certo ponto, de integrarem-se. O multiculturalismo defensivo oferece algumas avenidas para que sejam alcançados esses objetivos. Já o multiculturalismo ofensivo abre todos os caminhos para a perpetuação da guerra étnica e para o desaparecimento da multiplicidade cultural, que supostamente deveria proteger.

## Referências

- BAKER, Russel. Gone with the unum. *New York Times*, Sunday 10 April 1994, p. A 23.
- BAUBÖCK, Rainer. Kulturelle Integration von Einwanderern. *Journal für Sozialforschung*, v. 34, n. 1, p. 71-76, 1994.
- BERNSTEIN, Richard. *Dictatorship of virtue: how the battle over multiculturalism is reshaping our schools, our country, and our lives*. Random House, 1995.
- FEHÉR, Ferenc; HELLER, Agnes. *Biopolitics: public plicy and social welfare*. Aldershot: Avebury, 1994. v. 15.
- FEKETE, John. *Moral panic: biopolitics rising*. Montreal: Robert Davies, 1994.
- GOMBAR, Csaba. Társadalomszemléletünk etnicizálódása. *Politikatudományi Szemle*, Budapest, n. 4, 1994.
- HUNTINGTON, Samuel P. The clash of civilizations? *Foreign Affairs*, p. 22-49, Summer 1993.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford University Press, 1995.
- OFFE, Claus. Moderne “Barbarei”: Der Naturzustand im Kleinformat? *Journal für Sozialforschung*, v. 34, n. 3, p. 229-248, 1994.
- PINKER, Steven. The game of the name. *New York Times*, Tuesday 4 April 1994, p. A21.
- RAZ, Joseph. Multiculturalism. *Dissent*, Winter 1994.
- TAYLOR, Charles. The politics of recognition. In: GUTMANN, Amy (Ed.). *Multiculturalism and the “politics of recognition”*. Princeton University Press, 1992. p. 68-69.
- WALZER, Michael. Multiculturalism and individualism. *Dissent*, Spring 1994, p. 185.



# A presença de populações tradicionais nas áreas protegidas<sup>1</sup>

Aurélio Virgílio Veiga Rios\*

**Sumário:** 1 Conceito, classificação e manejo de áreas protegidas. 2 A origem e as restrições impostas às unidades de conservação. 3 A presença de populações tradicionais nas áreas protegidas. 4 Conflitos e soluções possíveis.

## 1 Conceito, classificação e manejo de áreas protegidas

O preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (UN, *ILM*, v. 31, p. 818-841, 1992, também conhecida como Convenção da Biodiversidade) enfatiza que é essencial para a proteção da diversidade biológica a conservação *in situ* dos ecossistemas e *habitats* naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies no seu ambiente natural<sup>2</sup>.

A Convenção da Biodiversidade define área protegida como “uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos da conservação”. De forma mais ampla, a Comissão de Áreas Protegidas da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN) conceitua unidade de conservação como “uma área de terra ou mar dedicada à proteção e manutenção da diversidade biológica e de recursos naturais e culturais associados e manejados por instrumentos legais ou outros meios efetivos”<sup>3</sup>.

Sobre a conservação *in situ*, o art. 8º da Convenção da Biodiversidade recomenda que cada parte contratante, na medida do possível, estabeleça um sistema de áreas protegidas com medidas especiais

---

<sup>1</sup> Este texto é uma adaptação atualizada, inédita em língua portuguesa, de dois capítulos da tese de mestrado defendida pelo autor junto à Universidade de Bristol (Reino Unido), com o título original *Legal aspects of the presence of traditional peoples on protected areas*.

\* Aurélio Virgílio Veiga Rios é Subprocurador-Geral da República.

<sup>2</sup> A Convenção da Diversidade Biológica foi firmada no Rio de Janeiro em 1992, por ocasião da Conferência Global sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, e assinada por 181 países, dos quais 168 já a ratificaram, incluindo o Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 02/94.

<sup>3</sup> IUCN. *United Nation List of National Parks and Protected Areas*. Gland, Switzerland: WCMC and CNOOA; IUCN, 1993.

necessárias para a conservação da diversidade biológica. Essas áreas são manejadas para fins diversos, que incluem pesquisa científica, proteção da vida selvagem, conservação de espécies e de ecossistemas, manutenção de serviços ambientais, turismo, lazer e cultura (GASTAL, 2002)<sup>4</sup>.

Não há dúvida de que a criação de áreas protegidas, como parques nacionais e reservas biológicas, vem sendo reconhecida como de fundamental importância para a conservação da diversidade biológica no planeta. Isso significa que a proteção dos recursos naturais está concentrada, cada vez mais, em espaços geográficos delimitados e reduzidos, onde ainda se mantêm, mais ou menos dependendo do caso, intocados pelas atividades humanas (WILSON, 1988, apud BRANDON; WELLS, 1993).

De fato, as estratégias de conservação biológica têm consolidado a idéia de se estabelecer um complexo sistema de unidades de conservação para proteger as espécies e seus *habitats* naturais. Como resultado, a maioria das áreas de reconhecida beleza cênica e paisagística no mundo está sob a proteção de parques nacionais ou de outras unidades de conservação.

A Tabela comparativa abaixo mostra o número de áreas protegidas no Brasil e no mundo:

**Tabela 1 – PARQUES E ÁREAS PROTEGIDAS**

Período	No mundo	No Brasil *
Antes de 1900	37	0
1930–1939	251	3
1940–1949	119	0
1950–1959	319	3
1960–1969	573	8
1970–1979	131	11
1980–1989	781	58
1990–2000	**	65

Fontes: REID; MULLER, 1989; DIEGUES, 1993; IBAMA, 2004.

\* As áreas protegidas registradas na tabela acima referem-se àquelas criadas pelo Governo Federal, não estando incluídas as áreas municipais ou estaduais.

\*\* Não foram encontrados dados precisos referentes à criação de novas Unidades de Conservação no mundo no período de 1990/2000.

<sup>4</sup> GASTAL, Maria Luíza. Os instrumentos para a conservação da biodiversidade. In: BEN



A expansão do número de áreas protegidas, especialmente depois de 1970, é explicada pela crescente preocupação global com a significativa perda de biodiversidade e a vasta destruição das florestas tropicais (DIEGUES, 1993). Outra importante razão para o aumento de áreas protegidas no mundo pode ser encontrada na obtenção facilitada de crédito e no suporte financeiro para projetos de conservação ambiental fomentados por agências internacionais e órgãos de cooperação (GHIMERE, 1991).

Em que pese o fato de a instituição de unidades de conservação ainda ser a forma mais usada para a proteção da diversidade biológica dentro de um ecossistema ou bioma específico, há diversos tipos de categorias de manejo de áreas protegidas que servem ao propósito de manter e proteger as espécies, *habitats* e ecossistemas.

A União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN, 1980) classifica as unidades de conservação no mundo em oito grupos, de acordo com as diferentes categorias e objetivos de manejo, que variam desde as áreas de proteção estrita ou integral (categorias I a III), que praticamente não permitem qualquer intervenção humana no seu interior, até as unidades de conservação (categorias IV a VIII) que admitem a presença humana e o envolvimento de comunidades locais no plano de manejo dessas áreas, inclusive a exploração racional e limitada de alguns de seus recursos naturais.

A partir dos anos 1980, tem-se verificado um aumento considerável das unidades de conservação de uso direto, ou seja, aquelas que permitem algum tipo de atividade humana no seu interior, como a criação de Áreas de Proteção Ambiental (APA) e Reservas Extrativistas no Brasil.

Inversamente, nesse período houve um declínio das unidades de conservação de uso indireto, como parques nacionais e reservas biológicas, consideradas por muitos, como Milano (2001), um “claro retrocesso da política conservacionista”, pois essas seriam as únicas áreas protegidas capazes de oferecer proteção integral às espécies e *habitats* em risco de extinção.

---

SUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar?* – Biodiversidade, como, para quê, por quê. Brasília: Ed. UnB; ISA, 2002.

Alguns autores apontam que as razões para a diminuição proporcional das unidades de conservação indireta, como os parques nacionais, em relação àquelas mais flexíveis quanto à utilização de seus recursos, estariam nos erros de concepção dos planos de manejo dessas áreas que enfatizam o rígido controle sobre as populações tradicionais ou comunidades locais, mas que não previnem as formas mais intensas de degradação ambiental como resultado de projetos de desenvolvimento de larga escala, como a expansão das fronteiras agrícolas, especialmente as monoculturas de grãos destinadas à exportação, a caça ilegal de fauna ameaçada de extinção, a exploração ilegal de madeiras e outros recursos naturais dos parques, além das queimadas no seu entorno (BRANDON; WELLS, 1992).

Outra explicação para o fenômeno pode ser encontrada no fato de que, desde a década de 1980, as agências oficiais e organizações não-governamentais têm modificado a sua percepção quanto à criação ilimitada de áreas protegidas com elevado grau de restrição. Muitas delas perceberam que a simples criação formal, por lei ou decreto, não garantia a efetividade da proteção da diversidade biológica, motivo que as levou a redirecionar o financiamento de novos projetos, cujos planos de manejo envolvessem as comunidades locais que vivessem dentro ou no entorno desses parques (BRANDON; WELLS, 1992).

No entanto, o propósito deste artigo é considerar tão-somente os problemas, conflitos e características das áreas de proteção integral ou de uso indireto, como parques nacionais e reservas biológicas, sem comentários significativos a respeito de outras categorias de unidades de conservação, pelo fato de que, ao menos em teoria, as comunidades tradicionais ou locais podem *legalmente* ocupar as terras situadas nas áreas de proteção de uso direto.

## **2 A origem e as restrições impostas às unidades de conservação**

A origem das áreas de proteção à vida selvagem pode ser reportada ao ano de 1900 a.C. na Babilônia. Lyster (1985) observa que Akhenaten, rei do Egito, teria estabelecido uma área especial como reserva natural por volta do ano de 1370 a.C. Outros autores

sustentam que as primeiras reservas destinadas a caça real registradas pela história teriam tido lugar na Assíria no ano de 700 a.C. (DIXON; SHERMAN, 1991, apud COLCHESTER, 1994). No entanto, parece incontroverso que reservas de caça destinadas à realeza teriam sido estabelecidas na Índia no século III a.C., e que essa idéia teria se espalhado como um hábito da elite local<sup>5</sup>.

Colchester (1994) sustenta que os normandos introduziram a mesma idéia na Inglaterra no século XI, reforçando o conceito de “florestas reais” (*Royal Forests*) com tal entusiasmo que, no reinado de Henrique II, aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) da Inglaterra estava classificada como reservas de caça (*Royal Hunts*). Segundo o autor, a população local teria sido obrigada a aceitar as restrições ao uso dessas terras e que, presumivelmente, o mito de “Robin Hood” teria raiz na insatisfação e resistência dos saxões às imposições das leis restritivas ao uso das terras comuns, estabelecidas pelos normandos.

Ainda que se admita que a criação de “florestas reais” tenha servido para ampliar as iniquidades sociais da velha Inglaterra, isso não significou a extinção completa da propriedade da terra e de outros direitos correlatos estabelecidos pelos invasores normandos.

De fato, uma rede complexa de direitos prioritários de uso, acesso, trânsito e propriedade na Inglaterra, como de resto no Reino Unido, foi mais bem absorvida pela prática de conservação da paisagem (*landscape*) e das áreas públicas e comuns do que a preservação da vida selvagem, em respeito à bem estabelecida e antiga ordem sobre o uso e domínio das terras na Grã-Bretanha (HARMON, 1991, apud COLCHESTER, 1994, p. 4).

Há um consenso entre os autores que trabalham a conservação ambiental sob a forma de áreas protegidas, que o primeiro parque moderno no mundo foi estabelecido em 1874 pelo Congresso dos Estados Unidos. Inicialmente, o Parque Nacional de Yellowstone foi criado visando propiciar a inspiração e o entretenimento de seus

---

<sup>5</sup> O Imperador Ashoka da Índia teria assinado um decreto estabelecendo que “vinte anos depois de sua coroação diversos animais não poderiam ser mortos... nem as florestas onde eles habitavam poderiam ser queimadas” (LYSTER, 1985, XXI).

visitantes, em razão de sua extraordinária beleza cênica<sup>6</sup>, mais do que a proteção de sua diversidade biológica.

O conceito de área protegida mudou desde “Yellowstone”, passando a privilegiar não somente a beleza cênica desses locais, mas também objetivos mais amplos, como a proteção de recursos hídricos, a preservação de recursos genéticos, a manutenção do equilíbrio climático e ecológico e, sobretudo, a conservação *in situ* da biodiversidade (GASTAL, 2002).

No mesmo ritmo, foram estabelecidas as bases legais para disseminar o conceito de proteção integral do meio ambiente, por meio de medidas restritivas que se sustentavam na exclusão, por princípio, de qualquer atividade humana nesses locais, que passaram a se chamar parques nacionais, reservas florestais, estações biológicas, e se transformaram na pedra de toque do processo de criação legislativa das áreas protegidas ou, para ser mais preciso, das unidades de conservação de uso indireto.

Essa abordagem restritiva pode ser explicada no “United States Wilderness Act” (1964), que considera “selvagem” (*wilderness*) “uma região onde o planeta e as suas comunidades de espécies não foram alteradas pelo homem, onde ele é apenas um visitante e não um residente dessas áreas especiais”<sup>7</sup> (LYSTER, 1985).

Assim foram desenhadas as fronteiras, onde os lugares especiais de grande beleza cênica e os seus recursos naturais poderiam estar salvos da destruição pela humanidade e do acelerado processo de colonização e exploração econômica. Em conseqüência, as pessoas que viviam dentro dessas fronteiras e ocupavam essas terras, ainda

---

<sup>6</sup> Seguindo o exemplo norte-americano, o Canadá estabeleceu seu primeiro parque nacional em 1885; a Nova Zelândia, em 1894; e a África do Sul e Austrália, em 1898. Na América Latina, o México inaugurou sua primeira reserva florestal em 1894; a Argentina fez o mesmo em 1903; e o Chile, em 1921. O Brasil estabeleceu o seu primeiro parque nacional em 1937. Todos eles tinham os mesmos objetivos de “Yellowstone”: proteger as áreas naturais de grande beleza cênica para o prazer e entretenimento, e para fomentar atividades turísticas (Fonte: DIEGUES, 1993).

<sup>7</sup> No texto original em inglês a lei assim qualifica *wilderness*: “an area must, among other things, be under the control of US Government and be at least five thousands acres in size. Wilderness may be established within national parks, or national forests or as separate units” (LYSTER, 1985, p. 101).

que indiretamente, passaram a ser expulsas e não mais bem-vindas, sendo até considerada ofensa à lei a tentativa de manter-se ou regressar aos parques criados pela lei para a proteção da natureza (DIEGUES, 1992).

### **3 A presença de populações tradicionais nas áreas protegidas**

Uma das justificativas para a opção de muitos governos por um modelo fechado ou restritivo de unidades de conservação é que o manejo de uma área com população e com usuários é muito mais complexa do que de uma área despovoada e sem qualquer intervenção humana. Vários autores sustentam que a gestão compartilhada de recursos naturais perde a sua eficácia quando confrontado com os direitos de propriedade ou uso da terra. Daí por que consideram que essas medidas de exclusão ou de restrição de atividades humanas no interior dos parques e reservas são essenciais para garantir a proteção *integral* da área e de sua diversidade biológica (DOUROJEANNI, 2002; MILANO, 2002).

A instituição de parques nacionais nos Estados Unidos significou, para outros autores, a separação entre a preservação da natureza e a ocupação humana, já que

os conceitos que afirmam que o meio ambiente e comunidades humanas seriam antagônicos e incompatíveis, desde a origem, traduzem o senso de alienação que eclodira no século XIX através do movimento conhecido como ecologia profunda ou *deep ecology*, que apregoava a exclusão humana dos lugares ainda selvagens do mundo, pela razão de que *a maioria do planeta tinha sido colonizado somente nos últimos milhares de anos* (COLCHESTER, 1994).

Na mesma linha, Diegues (1992) ressalta que a idéia dos primeiros conservacionistas norte-americanos, como Marsh e John Muir, de parques nacionais como lugares selvagens e intocados estava fortemente relacionado com o “mito do paraíso perdido”, de onde a humanidade teria sido expulsa depois do pecado original e também como o único lugar onde o homem encontraria refúgio seguro contra as doenças da civilização.

Um aspecto curioso dessa visão da natureza é que mesmo as terras que eram ou continuam sendo habitadas por povos ou comunidades indígenas foram e são muitas vezes consideradas “selvagens”. A razão para essa aparente contradição encontra-se na percepção comum de que os povos indígenas são, por sua natureza e comportamento, bons selvagens, primitivos e inocentes e, por isso, considerados como parte integrante da vida selvagem (SCHWARTZMAN, 2002).

Isso explica por que muitos ambientalistas não se opõem à presença de povos indígenas “primitivos” dentro dos parques e áreas protegidas e alguns até reconhecem, como fundamental à estratégia de conservação da diversidade biológica, o direito deles à posse das terras que tradicionalmente ocupam. Nesse sentido, apontava o primeiro substitutivo e parecer do deputado federal Fernando Gabeira ao Projeto de Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil (MERCADANTE, 2002).

Schwartzman (2002) sustenta que o “Mito do Bom Selvagem” (*Ecologically noble savage*) tem sido construído e usado por conservacionistas na tentativa de recuperar terras perdidas ou impossíveis de serem reconhecidas como parques, mas que poderiam ser reivindicadas, em algum momento histórico, como terras tradicionalmente indígenas. A estratégia, segundo o autor, pode ser nobre e consistente do ponto de vista da conservação ambiental e do respeito dos direitos dos índios às terras que ocupam, mas esconde problemas irreconciliáveis na origem, sobre o que se entende como beleza primitiva, selvagem e intocada e terra indígena ou tradicional.

Não é surpresa que essas palavras sejam igualmente utilizadas para designar os índios como “selvagens”, “primitivos”, “cruéis”, “monstros” e “bárbaros” (RAMOS, 1997) e *wilderness* ou selvagens também têm sido considerados os locais de onde os índios foram expulsos de seus territórios nos Estados Unidos da América para permitir que os colonizadores do “Velho Oeste” pudessem usufruir, para o seu exclusivo deleite, da “natureza intocada” (DIEGUES, 1993).

De vários modos essa imagem do índio como “bom selvagem” mantém-se até hoje por trás de políticas de integração dos índios à sociedade nacional e também em políticas conservacionis-

tas, conhecidas como “primitivismo reforçado” ou *enforced primitivism*<sup>8</sup>, “onde os povos indígenas somente são aceitos em áreas protegidas enquanto eles se moldarem ao estereótipo do *índio preservacionista*” (GOODLAND, 1982, citado por COLCHESTER, 1994).

Sem precisar ir mais longe, é de fácil constatação que o uso de termos como “selvagem”, “primitivo” ou *wilderness* para qualificar a necessidade de se preservar as áreas de grande beleza cênica e natural estava contaminado, na sua origem, de equívocos e preconceitos.

Certamente, esse mundo perfeito ou ideal não existia nem mesmo no “selvagem oeste norte-americano”, onde esses paraísos naturais passaram a ser chamados parques nacionais, dos quais as populações nativas foram expulsas para dar lugar ao entretenimento dos cidadãos urbanos. Particularmente, do grande chefe *Standing Bear* dos índios Dakotas (tribo Sioux) veio uma conhecida declaração sobre “a beleza selvagem do oeste”:

Nós não consideramos selvagens as vastas planícies abertas, as florestas que cobrem as montanhas, as fontes e as águas dos rios. Somente para o homem branco a natureza era selvagem e somente para nós ela era bem conhecida. A Terra não tinha cerca e tudo era abençoado pelo Grande Mistério<sup>9</sup>.

Não obstante os seus problemas conceituais e de ordem prática causados pela expulsão de milhares de pessoas para consolidar esses novos paraísos protegidos contra a ação humana, o modelo conservacionista norte-americano influenciou outros países, parti-

---

<sup>8</sup> A imagem do índio como criança vem desde o descobrimento do Brasil por Cabral em 1500, quando Caminha, escriba da expedição, escreveu ao rei de Portugal expressando a sua fascinação pela *inocência dos índios, nus de corpo e alma*. Na sua famosa Carta ele assim teria se expressado “os índios me parecem ser pessoas de grande inocência e que, se eles pudessem nos entender e nós a eles, certamente seriam cristãos, porque esses povos são bons e de uma tocante simplicidade” (CAMINHA citado por RAMOS, 1997).

<sup>9</sup> As palavras de *Standing Bear* foram mencionadas por McLuhan (1971) e transcritas por Diegues (1993, p. 11), sem referência precisa à sua data. Do texto original consta: “We do not consider wild the vast and open plains, the wonderful covered mountains, the stream and sources of the rivers. Only for the white man the nature was wild and only for us she was well-known. Earth had no fence and everything was blessed by the great mystery”.

cularmente na África e Ásia, onde muitos parques foram criados para proteger grandes mamíferos e atrair turistas internacionais, sem nenhuma consulta prévia às comunidades tradicionais que os habitavam ou que, eventualmente, usavam parte de seus recursos naturais (DIEGUES, 1993).

Enquanto isso, por pressão dos países colonizadores, foram propostas diversas medidas para a proteção de *habitats* e espécies selvagens, que passaram a influenciar diversos tratados internacionais e mecanismos multilaterais destinados à conservação da vida selvagem no século passado, como a Convenção de Londres sobre Animais Selvagens, Pássaros e Peixes na África, estabelecida em maio de 1900, pelos países centrais, como França, Grã-Bretanha, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha (LYSTER, 1985).

Como muitos outros países do hemisfério sul, o Brasil seguiu, com poucas variações, os passos do modelo norte-americano de unidades de conservação, apesar da resistência de alguns autores em reconhecer esse fato (MILANO, 2002). Tanto é verdade que as primeiras unidades de conservação seguiram o modelo restritivo de *Yellowstone*.

Os parques e áreas protegidas foram regulamentadas pelo Código Florestal Brasileiro (1965) – que introduziu e fez repercutir conceitos oriundos do *US Wilderness Act* (1964) – e definidas como áreas onde os recursos naturais, como animais e plantas, deveriam ser protegidos contra as atividades humanas, exceto turismo e medidas educativas ou pesquisas científicas (LANGLEY, 2002).

Mais ainda: o modelo brasileiro de conservação, até a publicação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei n. 9.985/2000), não considerava o uso sustentável dos recursos naturais dos parques e unidades de conservação nem mencionava a mútua dependência entre o meio ambiente e as populações tradicionais que viviam dentro das áreas protegidas (DIEGUES, 1993)

As comunidades que viviam dentro dos parques passaram a ser expulsas ou confinadas em pequenas áreas no entorno das unidades de conservação de uso indireto. De fato, o manejo dos parques nacionais e reservas biológicas foi orientado, em vários lugares do planeta, pela força e repressão, em geral contra as pretensões ou



necessidades das populações locais ou tradicionais (GOMEZ-POMPA, 1985).

Machlis and Tichnell (1985) definem esse tipo de política de exclusão voltada para as áreas protegidas como *the fences and fines approach*, que requer

uma estratégia essencialmente militar de defesa dos parques e que, muitas vezes reforçam o conflito entre comunidades locais e autoridades encarregadas da fiscalização e controle dos parques e que também demandam um grande aporte de recursos financeiros para estabelecer, monitorar e fiscalizar os planos de manejo das áreas protegidas.

De fato, muitas áreas protegidas, especialmente na África, foram criadas com pouca ou nenhuma consideração para com as populações que viviam no seu interior ou no seu entorno (ADAMS; McSHANE, 1992).

O relatório publicado pelo Banco Mundial em 1992, chamado “Povos e Parques”, ressaltava que uma grande parte das áreas protegidas, como parques nacionais e reservas biológicas, corriam sérios riscos, principalmente pelo rigor excessivo com que se impunham regras e imposições às comunidades locais (*People and parks*, 1992, World Bank Report).

Não deve surpreender que, ao lado da pressão demográfica das populações que vivem no entorno do parque, a utilização de práticas insustentáveis de uso dos recursos naturais nas fronteiras dos parques é vista, muitas vezes, como um ato de revanche das comunidades locais, que foram expulsas de suas terras tradicionais (BRANDON; WELLS, 1993).

Por outro lado, não há como se admitir – e seria ingenuidade imaginar o contrário – que *todos* os povos tradicionais têm sido ou serão *politicamente corretos* ao lidarem com os recursos naturais dos quais dependem, mantendo íntegro e intocável o manejo tradicional desses recursos. Não há dúvida que pressões econômicas, novas tecnologias e políticas públicas tomadas nos centros de decisão podem ter efeitos negativos na conservação da diversidade biológica existente nas áreas destinadas à conservação ambiental (SHIVA, 1991).

As atividades econômicas ou mesmo desastres naturais podem colocar em risco os recursos naturais dos parques e podem estar em sério conflito com o seu plano de manejo e administração, sendo necessárias medidas de proteção das áreas que possam levar em conta não só as necessidades das comunidades do entorno, mas, para além delas, influir em decisões políticas para inverter atividades ou tendências econômicas que causem ou possam causar significativa degradação ambiental (MACHLIS; TICHNELL, 1985).

Não se pode esquecer, no curso do debate, que as comunidades que vivem dentro ou nas cercanias das áreas protegidas não são homogêneas. Elas têm diferentes sistemas políticos, formas de organização social, atividades econômicas com níveis diferenciados de relação com a sociedade envolvente e de antigüidade na ocupação de seus territórios (BRANDON; WELLS, 1992).

As condições específicas de cada grupo ou comunidade e as suas relações com o ambiente, a sociedade envolvente e as mais diversas atividades econômicas podem ser consideradas como uma das principais justificativas para o fracasso de um grande número de planos de manejo de parques e unidades de conservação, estabelecidos mediante regras gerais imutáveis e inflexíveis criadas por leis nacionais, que não levam em consideração a sociodiversidade existente nos arredores ou mesmo no interior das unidades de conservação.

#### **4 Conflitos e soluções possíveis**

Os conflitos entre povos e parques podem ter origem em políticas de governo, como foi o caso da migração forçada de comunidades tradicionais para assentamentos rurais na Indonésia, obrigando a transferência de famílias de uma para outras ilhas do arquipélago (*The ecologist*, 1996, v. 16, p. 63-64), ou em disputas tribais ou, ainda, por pressão econômica exercida no entorno, além da adoção de medidas restritivas ao uso dos recursos naturais pela administração dos parques e reservas.

Refletindo as preocupações com a situação das populações tradicionais, a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN) lançou um importante documento em 1980 (World Conservation Strategy), revelando a nova posição de muitas organizações

não-governamentais – ONGs, que enfatizavam a necessidade de estabelecer vínculos entre os planos de manejo dos parques com as atividades econômicas de baixo impacto exercida pelas populações tradicionais residentes no interior das áreas protegidas, e reconhecendo, finalmente, que não havia legitimidade social no processo de criação dos parques nacionais (IUCN, 1980).

A necessidade de incluir as populações locais nos planos de manejo dos parques também foi adotado pelo Congresso Mundial de Parques realizado em Bali (Indonésia, 1982), que conclamou os governos e as ONGs a aumentarem o apoio à sustentação das comunidades próximas aos parques, reforçando a idéia de que deveria haver a participação delas nos planos de manejo dos parques (BRANDON; WELLS, 1993).

Particularmente, algumas importantes mudanças aconteceram no IV Congresso Mundial de Parques realizado em Caracas, Venezuela (IUCN, 1992). Considerando que 86% (oitenta e seis por cento) dos parques na América do Sul têm populações permanentes vivendo no seu interior, o Congresso recomendou respeito às populações tradicionais que vivem nos parques e reconheceu como de grande relevância o conhecimento tradicional desses ecossistemas, cujos recursos naturais são utilizados para a sua sustentação sem comprometer os objetivos de preservação dos parques e reservas.

Do mesmo modo, o Primeiro Congresso Latino-Americano de Parques Nacionais e Áreas Protegidas, que teve lugar em Santa Marta, Colômbia (21 a 28/5/1997), estabeleceu uma declaração de princípios considerando as áreas protegidas como espaços estratégicos para o desenvolvimento sustentável e para a qualidade de vida das gerações futuras nos países da América Latina (AMEND, 1992).

De modo mais enfático, a Declaração de Santa Marta (1997) ressaltou que a criação de parques nacionais ou de outras formas de unidades de conservação, que coincidam, em parte ou inteiramente, com terras tradicionalmente ocupadas por índios, deve respeitar os direitos dessas comunidades ao reconhecimento de seu território, à sua autonomia e ao uso e manejo de seus recursos naturais.

Passo a passo, houve uma mudança significativa no conservacionismo ambiental em relação ao papel destinado às populações

tradicionais que viviam no interior ou no entorno das áreas protegidas. Nesse sentido, um dos relatórios da WWF/IUCN, chamado “Cuidar La Tierra” (1991), insistia que a cultura e a economia das comunidades locais tinham vínculos estreitos com os seus territórios e os recursos naturais neles existentes. Aquele importante relatório produzido pela WWF dizia que os direitos originários ao uso da terra e a exploração sustentável dos seus recursos naturais deveriam ser oficialmente reconhecidos (IUCN, 1986).

Desde a década de 1980, foram estabelecidos vínculos entre a pobreza, o desenvolvimento e o meio ambiente, que levou a comunidade internacional a buscar meios de conciliar conservação com a necessidade de promoção de atividades econômicas, que passou a ser conhecido como *desenvolvimento sustentável*, a partir do Relatório Brundtland chamado “Nosso Futuro Comum”<sup>10</sup> e produzido pela Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (1987).

Entretanto, é preciso fazer a ressalva de que o conceito amplo de “desenvolvimento sustentável”, largamente difundido, tem dado margem a múltiplas interpretações e muitas delas inteiramente incompatíveis com a finalidade para o qual foi criado. Alguns autores catalogaram dezenas de definições diferentes para o desenvolvimento sustentável, razão para se ter redobrada cautela quando alguém afirma que uma atividade econômica ou empreendimento é ambientalmente sustentável (PEZZEY, 1989).

Para se tentar traduzir um conceito controvertido e complexo como *desenvolvimento sustentável* para a questão da presença humana nas unidades de conservação, seria preciso estabelecer, como condição, que o sucesso, a longo prazo, dos planos de manejo das áreas protegidas dependem da cooperação e sustentação da população local, sobretudo das comunidades tradicionais, e que nenhuma política de administração das unidades de conservação terá êxito se

---

<sup>10</sup> De acordo com o Relatório Brundtland, Desenvolvimento Sustentável pode ser definido como toda a forma de desenvolvimento que assegure às presentes gerações os meios para satisfazer as suas necessidades sem comprometer a possibilidade das futuras gerações de encontrar os seus próprios recursos (1987).

estiver pautada na exclusão das populações locais dos parques e reservas, sem que lhes sejam oferecidas alternativas de sustentação digna e compatível com as necessidades físicas e culturais dessas comunidades (BRANDON; WELLS, 1993).

Do mesmo modo, o limite da sustentabilidade do uso de recursos naturais por parte das populações tradicionais deve ser encontrado à medida que novas tecnologias ou atividades econômicas, incompatíveis com os objetivos da preservação, sejam incorporadas por essas comunidades e, comprovadamente, venham a propiciar a contaminação dos recursos naturais ou ameaçar a sobrevivência de *habitats*, ecossistemas e espécies, dos quais também dependem para a sua reprodução cultural.

Certamente, em nada auxilia o debate e as formas possíveis de conciliação dos interesses da preservação ambiental e da manutenção das populações tradicionais nos seus territórios a indicação de exemplos extremos de degradação ambiental que possam ter sido causados por populações tradicionais às unidades de conservação ambiental, como afirmam ter acontecido no caso da retomada dos índios Pataxó do Parque Nacional do Monte Pascal (DOUROJEANNI, 2002), ou o descaso causado pelo abandono ou má gestão de áreas protegidas sem critério e sem plano de manejo, ou cujos planos de manejos sejam absolutamente inexecutáveis, como se verifica na crítica ao fechamento do Parque Nacional da Serra dos Órgãos às atividades de montanhismo e ecoturismo (LEUZINGER, 2002).

Os casos ilustrativos de desmandos e de má gestão dos recursos naturais, de lado a lado, pouco contribuem ao debate, se deles se extraem, como regra ou princípio, a exclusão das populações tradicionais do manejo dos parques e reservas ou, do contrário, a impossibilidade de qualquer intervenção da autoridade pública em caso de uso insustentável e sistemático de recursos naturais por parte de populações residentes nas áreas protegidas.

A título de conclusão, não há solução normativa para conflitos decorrentes da interpretação genérica de disposições regulamentares que possam ser usadas em todas as situações envolvendo criação e manejo de áreas protegidas em locais tradicionalmente habitados por

populações que utilizam os recursos naturais ali existentes para a sua sobrevivência física e cultural.

Problemas relativos ao mau uso da terra e de seus recursos naturais por populações tradicionais devem ser vistos como uma *questão de fato*, mais que uma questão de princípio filosófico, ético ou legal.

As soluções possíveis para eventuais conflitos devem ser encontradas no esforço hermenêutico de conciliar normas internacionais e constitucionais de forma harmônica, de modo que se retire delas o conteúdo de integração de princípios que zelam pela preservação do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável e, por óbvio, dos direitos humanos.

Alguns modos de conciliar eventuais conflitos existentes nessas áreas protegidas foram estabelecidos na Convenção n. 169 da OIT, recentemente ratificada pelo Brasil, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), na Agenda 21, na Convenção da Diversidade Biológica, nos documentos produzidos pelas Nações Unidas e pela maioria das organizações não-governamentais de defesa do meio ambiente, como também podem ser encontrados no bom senso, no princípio da proporcionalidade e, sobretudo, na crença de que a diversidade biológica tem uma relação simbiótica com a sociodiversidade.

Portanto, não há no cenário internacional legitimidade para as medidas de repressão e expulsão sumária e violenta, sem prévia defesa e sem oferecimento de alternativa viável de populações tradicionais que vivem e ocupam os territórios, também reconhecidos como áreas protegidas, de importância estratégica para a conservação ambiental.

Afinal, o limite da sobrevivência humana é a possibilidade de utilizar, permanentemente, os recursos naturais do planeta e o limite da sustentabilidade ambiental é a sua conciliação com as necessidades humanas. Por isso a relação de mútua dependência entre a natureza e o homem não permite a opção por técnicas de interpretação normativa que venham a excluir um em razão do outro.

## Referências

- ADAMS, J. S.; McSHANE, Thomas O. *The myth of wild Africa: conservation without illusion*. New York: W. W. Norton, 1992.
- AMEND, Stephan; THORA (Ed.). *¿Espacios sin habitantes? Parques nacionales de América del Sur*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1992.
- BRANDON, K.; WELLS, M. *People and parks: linking protected areas management with local communities*. Washington, DC: World Bank/WWF/USAID, 1992.
- DIEGUES, Antonio Carlos S. *Populações tradicionais em unidades de conservação: o mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: NUPAUB-USP, 1993. (Série Documentos e Relatórios de Pesquisa, n. 1).
- DOUROJEANNI, M. J. Áreas protegidas de América Latina en los albores del siglo XXI. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- GHIMERE, Krishna. *Parks and people: livelihood issues in national parks management in Thailand and Madagascar*. Génève: United Nations Research for Sustainable Development, 1991.
- GOMEZ-POMPA, Arturo; KAUS, Andrea. Taming the wilderness myth. *BioScience*, v. 42, n. 4, 1992.
- HRLJ. Relations between peoples rights and human rights: semantic and methodological distinctions. *Human Rights Law Journal*, v. 195, 1986.
- INTERNATIONAL UNION for Conservation of Nature and Natural Resources. *World conservation strategy: living resource conservation for sustainable development*. Gland, Switzerland: IUCN; United Nations Environment Programme (UNEP); World Wildlife Fund (WWF), 1980.
- . *United Nations list of national parks and protected areas*. Gland, SWITZERLAND: IUCN; Commission on National Parks and Protected Areas, 1985.
- . *Cuidar la Tierra*. Gland, Switzerland: IUCN; PNUMA; WWF, 1991.
- LANGLEY, Sherry. The systems of protected areas in the United States. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- LYSTER, Simon. *International Wildlife Law*. Cambridge: Grotius, 1985.

- MACHLIS, G. E.; TICHNEL, D. L. *The state of the world's parks: an international assesment for resources management, police and research*. Boulder, USA: Westviews Press, 1985.
- MERCADANTE, Maurício. Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da Lei do SNUC. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- MILANO, Miguel. Unidades de conservação – Técnica, lei e ética para a conservação da biodiversidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- PEZZEY, James. *Definitions of sustainability*. London: UK CEED, 1989. (CEED Discussion Paper n. 9).
- RAMOS, Alcida R. *A concise dictionary of received prejudice*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. (Série Antropologia).
- SHIVA, Vandana. *Ecology and the politics of survival*. New Delhi: Sage Publications, 1991.
- SCHWARTZMAN, Stephan. Indians, environmentalists and tropical forests: the curious history of the *ecologically noble savage*. In: *Direito ambiental das áreas protegidas*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- SURVIVAL INTERNATIONAL. *Parks and peoples: tribal and conservation*. London, 1993. Special Edition.
- WORLD COMMISSION on Environment and development (WCED). *Our common future*. New York: Oxford University Press, 1987.



# Clonagem e transgênicos ante os princípios da dignidade da pessoa humana e da precaução no direito ambiental<sup>1</sup>

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto\*  
(Coordenadora)

**Sumário:** Introdução. 1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2. Princípio da precaução no direito ambiental. 3. Clonagem. 4. Transgênicos. Conclusão.

## Introdução

A Constituição brasileira de 1988, ao declarar, em seu preâmbulo, que um Estado democrático de Direito toma como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, assume, com coerência, a idéia da objetivação da responsabilidade em relação ao dano ambiental. Na conformidade a esse princípio maior, a Carta Constitucional destacou o meio ambiente em capítulo próprio (Capítulo VI), integrando-o no Título VIII – da Ordem Social –, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, salvaguardando o direito de todos ao meio ambiente em equilíbrio, garantindo aos indivíduos e à coletividade uma vida sadia, em sintonia com a natureza.

O meio ambiente, por ser bem de uso comum do povo, como previsto no art. 225 da Constituição Federal, é insuscetível de disponibilidade pelo Estado. Portanto, esse regramento constitucional estabelece a responsabilidade do Estado em obstar qualquer degrada-

---

<sup>1</sup> Este texto é resultado do trabalho de pesquisa dos alunos do curso de Direito da Upi – Faculdades Integradas (Brasília/DF): Alessandro Santos da Rocha, Demerval Silva Caixeta Júnior, Eluziene Lacerda Lima, Fabiano Arsenio Soares, Gustavo Farias Gomes, José Arthur Bezerra Silva, Katiane Tavares de Castro, Lawrence Giovanni Trombini Costa, Leonardo Augusto Martins de Moura Fé, Roberval José Resende Belinati, Rosa Márcia Rodrigues de Sousa, Sandra Reis de Miranda, Thamara Cupello de Medeiros, Vilmar Pereira da Rocha, Washington Luiz Paiva da Silva. Revisão Jurídica: Cláudio Nunes Faria.

\* Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto é Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

ção ambiental que possa ser feita por indivíduos, empresas, ou, até mesmo, entidades de direito público.

Dessa forma, consoante se deflui do referido artigo, competem ao Poder Público, com o escopo de assegurar a efetividade desse direito, os preceitos de: a) preservar os ecossistemas, as espécies, a integridade do patrimônio genético do país; b) definir os espaços territoriais, nas unidades da Federação, a serem protegidos; c) *exigir estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, devendo ser dada publicidade*; d) *controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente*; e) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino [grifo nosso].

A seguir trataremos de dois temas de grande relevância na atualidade – clonagem e transgênicos –, que devem ser sempre analisados à luz da Carta de 1988, mormente o aludido art. 225, visando observar a biossegurança, o princípio do direito ambiental da precaução, para que o maior objetivo constitucional seja respeitado, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

## **1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

A dignidade humana, um dos fundamentos do Brasil como Estado Democrático, pode ser definida como um conjunto de direitos e deveres que, agregados, vão compor o quadro de valores do ser humano.

A dignidade humana é um conceito jurídico indeterminado, com forte carga de abstração. A pessoa é um bem a ser protegido pelo Estado e a dignidade é o seu valor. Trata-se de princípio absoluto, que todo estatuto jurídico deve garantir.

A afirmação da dignidade humana, em termos éticos, apresenta-se como reconhecimento dos direitos fundamentais do homem. A dignidade da pessoa humana é a base lógica dos direitos do homem, pressupondo-se como condição primária a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a igualdade e a segurança. É fundamental, para a concretização da dignidade humana, a existência de condições mínimas materiais para a vida.

O ser humano diferencia-se dos demais seres vivos pela sua

capacidade de amar, de reconhecer no outro a importância da existência, conduzindo ao entendimento de que a dignidade da pessoa humana pressupõe: 1) o imperativo da intangibilidade da vida e, em decorrência, o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2) a consideração dos pressupostos materiais mínimos para a vida; 3) o respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária e pacífica.

O homem deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto: a dignidade. De acordo com a terminologia empregada por Miguel Reale<sup>2</sup>, é oportuno destacar três concepções da dignidade da pessoa humana: individualismo, transpersonalismo e personalismo.

Para o individualismo, o homem, cuidando dos seus próprios interesses, indiretamente protege e realiza os interesses coletivos.

No transpersonalismo é o contrário: deve-se realizar o bem coletivo para salvaguardar os interesses individuais. Inexistindo harmonia entre o bem do indivíduo e o bem do todo, preponderam os valores coletivos.

O personalismo refuta as concepções individualista e coletivista. É um “meio termo”, ou seja, não há de se falar em domínio do indivíduo ou do todo. Busca-se a solução na compatibilização entre os valores, considerando o que toca ao indivíduo e o que cabe ao todo.

A Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não essas em função do Estado. Assim, toda ação estatal deve ser avaliada considerando-se cada pessoa como um fim em si mesmo ou como meio para outros objetivos, sob pena de inconstitucional. Procura-se, com isso, compatibilizar valores individuais e coletivos.

## **2 Princípio da precaução no direito ambiental**

O dever imposto ao Poder Público e à coletividade de

---

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 277.

defender e preservar o meio ambiente (art. 225, *caput*, da CF/88) caracteriza o princípio da precaução como postulado constitucional. Previsto expressamente no art. 225, § 3º, da Carta Magna brasileira, o referido princípio serve de base para o sistema jurídico de tutela do meio ambiente em todas as suas esferas – cível, administrativa e penal.

Ressalte-se que, internacionalmente, já se falava em tal princípio desde a Declaração de Estocolmo de 1972 (Declaração sobre o Ambiente Humano). A partir daí, outras declarações e convenções internacionais incluíram entre os seus postulados o princípio da precaução, como, por exemplo, o art. 30 da Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados – ONU, Res. n. 3.281/74:

A proteção, a preservação e a melhoria do meio ambiente para as gerações presentes e futuras é responsabilidade de todos os Estados. Todos devem traçar suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento de acordo com essa responsabilidade. As políticas ambientais dos Estados devem promover e não afetar adversamente o atual e futuro potencial de desenvolvimento dos países em desenvolvimento. Todos têm responsabilidade de velar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou zonas situadas fora dos limites da jurisdição nacional. Todos os Estados devem cooperar na elaboração de normas e regulamentos internacionais na esfera do meio ambiente.

O princípio da precaução também constou, em 1992, da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento:

Princípio 15: A fim de proteger o meio ambiente, a abordagem preventiva deve ser amplamente aplicada pelos Estados, na medida de suas capacidades. Onde houver ameaças de danos sérios e irreversíveis, a falta de conhecimento científico não serve de razão para retardar medidas adequadas para evitar a degradação ambiental.

Não se pode entender a precaução como um mecanismo a ser utilizado para impedir o exercício de uma atividade, cuja certeza científica dos efeitos ainda não se tem, mas sim de antever soluções eficazes visando à preservação ambiental, seja qual for o risco.

A aplicação do princípio da precaução pressupõe a consideração de três aspectos: 1) necessidade de implementação de medidas prévias para a preservação ambiental; 2) utilidade dessas medidas, ou seja, a sua eficácia; 3) ponderação quanto à necessidade ou não, em termos econômicos, de interdição completa de determinada atividade aparentemente nociva ao meio ambiente.

### **3 Clonagem**

Atualmente, a informação científica, como não poderia deixar de ser, está focalizada na discussão sobre clonagem humana com fins terapêuticos e reprodutivos.

A clonagem terapêutica é assunto que não traz tantos debates no âmbito acadêmico e político, uma vez que seus benefícios tutelam as angústias de todas as pessoas contra as inúmeras moléstias que afligem a humanidade, com a possível cura de algumas, como: mal de Parkinson, diabetes, insuficiência do fígado.

A clonagem reprodutiva, em contrapartida, exalta os ânimos, acalora os debates, alcança a liberdade e a dignidade da pessoa humana, e não se pacificam as opiniões sobre o tema.

Os principais argumentos negativos sobre esse tipo de clonagem são: um possível preconceito sobre o futuro dos clones e desses em relação aos seres humanos naturalmente concebidos; as incertezas sobre o direito de sucessão dos clones e também a elitização do processo de clonagem, uma vez que somente as famílias mais ricas terão condições de clonar. Outra questão crucial que eleva os debates acerca da clonagem reprodutiva diz respeito à questão social da fome.

Mas a norma jurídica não se afasta do epicentro da discussão. Vê-se claramente a preocupação em torno do assunto no direito internacional, precisamente na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, concluída em 25 de julho de 1997 e aprovada pela 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco, de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997.

Dela se extraem dois artigos que vale a pena transcrever, *verbis*:

Art. 10. Nenhuma pesquisa ou aplicação de pesquisa relativa ao genoma humano, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for o caso, de grupos de pessoas.

Art. 11. Não serão permitidas práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais competentes são convidados a cooperar na identificação de tais práticas e a determinar, no nível nacional ou internacional, as medidas apropriadas a serem tomadas para assegurar o respeito pelos princípios expostos nesta Declaração.

Como se sabe, a Declaração não tem força coercitiva, mas a prudência por ela recomendada é também o corolário do princípio da precaução já consagrado na ordem jurídica nacional.

Também a legislação brasileira é rica sobre o assunto. São vários os dispositivos, na Constituição Federal brasileira de 1988, protetores do ser humano, como, por exemplo: o art. 1º indica o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; o art. 5º, III, informa que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante; ainda o art. 5º, X, mostra que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; o art. 196 demonstra que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação; o art. 199, § 4º, ensina que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização; o art. 225

notícia que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações; o parágrafo primeiro desse artigo garante o direito ao perfeito ecossistema à população do Brasil, exigindo do Poder Público uma série de atos que visem controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente.

Em relação às normas infraconstitucionais protetoras do ser humano, é destaque a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1993. Ela estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, cria limitações e vedações às atividades nesse sentido, inclusive na pesquisa científica, e também proíbe a manipulação genética de células germinais humanas, considerando-a crime.

O Código Civil também é palco de várias normas protetivas, a saber: o art. 11 esclarece que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária; o art. 13 reza que, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, mas há ressalva no parágrafo único quanto à previsão de ser admitida a disposição do corpo para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial; o art. 14 diz que é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte; é do art. 15 a norma que dispõe que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica; a norma cogente do art. 21 diz que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma.

Parece irrefutável afirmar que a maioria das legislações dos países se posiciona contra a clonagem reprodutiva. No entanto, não se trata de arredar definitivamente o conhecimento científico, mas

conseguir um equilíbrio entre o bom senso e a necessária evolução desse conhecimento, a fim de beneficiar toda a coletividade humana.

#### **4 Transgênicos**

Quando se estuda o ser humano, bem como quaisquer questões a ele relacionadas, é imprescindível abordar o debate sobre os transgênicos.

E não poderia ser diferente, já que a própria Constituição Federal, em seu art. 225, dispõe que todos nós temos direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado como bem de uso comum e essencial à manutenção de uma qualidade de vida digna, devendo o Poder Público defendê-lo e preservá-lo, inclusive para as gerações que estão por vir.

Dessa forma, deve o Estado, com o intuito de assegurar a efetividade desse “direito-garantia”, assim chamado por alguns doutrinadores e especialistas, promover a conservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais, bem como fiscalizar aquelas entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Da mesma maneira que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, também a Constituição Federal brasileira reconhece o direito do homem a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, manifestando expressamente que todos têm direito a um padrão de vida calcado na saúde e no bem-estar, que se agrega ao direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Deve o Estado, portanto, garantir a manutenção do equilíbrio social, observando sua relação com o meio ambiente.

A questão dos transgênicos relaciona-se intimamente com esse objetivo, uma vez que a saúde e o bem-estar do ser humano estão diretamente vinculados à sua relação com o meio ambiente e o direito ambiental, bem como a tudo o que se refere ao assunto.

A palavra transgênico indica transformação, modificação ou alteração da carga genética (animal ou vegetal) por meio de tecnologia específica. Na atualidade, as atenções estão voltadas para a biotecnologia agrícola, já que foi estabelecida em nível mundial uma verdadeira corrida com a finalidade de dominação dessa tecnologia e, conseqüentemente, do mercado que a envolve.



A corrida pelo domínio tecnológico é liderada com enorme vantagem pelos países desenvolvidos. Bom exemplo são os Estados Unidos que, recentemente, patentearam o “controle de expressão gênica das plantas”, ou seja, os licenciados poderão criar sementes estéreis, programando seletivamente o DNA da planta para que ele extermine seus próprios embriões, acabando dessa forma com o ciclo semente/planta/semte, passando a duas únicas fases: semente/planta. Dessa forma, fica estabelecida uma indesejável dependência dos agricultores em relação às empresas produtoras de sementes, já que aqueles deverão sempre recorrer a essas para a compra de novas sementes para o plantio da safra seguinte, pois aquelas anteriormente plantadas, por serem estéreis, não produzirão sementes aptas a um novo plantio, criando-se assim um perigoso círculo vicioso.

Com efeito, tem-se usado a capacidade de se modificar geneticamente as plantas como um instrumento de dominação econômica do mercado agrícola. Contudo, pouca ou nenhuma informação tem sido divulgada acerca das repercussões que essas modificações poderão trazer para o meio ambiente, fulminando o caráter preventivo que deve pautar as ações que envolvem esse tema fundamental na vida do ser humano.

Importante também é a relação entre transgênicos e consumidor. O código consumerista brasileiro, elogiado mundialmente e considerado um dos mais modernos, tem a enorme responsabilidade de manter esse *status*.

Os transgênicos, assim como qualquer outro produto, estão submetidos ao controle do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, no qual se constata a responsabilidade dos fornecedores em respeitar os princípios previstos no referido diploma legal.

Dentre esses vários princípios, podemos citar como de grande importância o da informação, que garante o direito do consumidor à correta e completa informação sobre a composição e qualidade do produto a ser comercializado. Nesse sentido, a ninguém deverá ser negado o direito de obter as informações sobre determinado produto, inclusive se ele é transgênico ou composto de elementos geneticamente modificados. Se isso ocorrer, estaremos diante de flagrante desrespeito ao consumidor.

A legislação brasileira que regulamenta a proteção ambiental e os transgênicos procura seguir os padrões internacionais de normatização e controle da matéria. Todavia, no dia 25 de setembro de 2003 foi assinada, pelo vice-presidente em exercício, a Medida Provisória n. 131 autorizando o plantio e a comercialização da produção de soja transgênica da safra de 2004. A edição do referido diploma legal, entretanto, foi efetivada sem que se observasse o disposto na Lei n. 6.938/81, sobre a política nacional do meio ambiente, que, entre outras medidas, determina sejam promovidas avaliações prévias de impacto ambiental. Sendo assim, não se sabe quais efeitos esses produtos advindos da modificação genética trarão para o meio ambiente e para o homem que o integra, ficando patente o desrespeito a um dos princípios basilares do direito ambiental – o da precaução.

Estamos diante da constatação de que o interesse econômico está novamente se sobrepondo aos interesses sociais. O Poder Executivo, ao editar a Medida Provisória n. 131, desprezou o princípio da precaução abraçado pelo art. 225 da Constituição Federal, que exige, como já anteriormente mencionado, o controle da produção, bem como da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que, de alguma maneira, possam gerar riscos à saúde humana.

## **Conclusão**

A Constituição Brasileira de 1988 procurou dar ao meio ambiente uma proteção especial, sendo inovadora em vários pontos, entre eles o art. 170, quanto a uma ordem econômica voltada para a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, em conformidade com os ditames da justiça social, com o objetivo inequívoco de garantir a todos uma vida digna.

A Carta brasileira de 1988 estabeleceu, entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, demonstrando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir a essência primordial da ordem jurídica. Trata-se da consagração do maior princípio fundante do Estado democrático de direito.

Em harmonia com o princípio do respeito à dignidade humana, a Carta Constitucional de 1988 atribuiu a todos a responsabilidade pela defesa de uma vida sadia para esta e para as futuras gerações (art. 225).

A aplicação do princípio da precaução está diretamente relacionada com o estudo de impacto ambiental, e, por conseguinte, uma vez comprovada a iminência de risco ou prejuízo ao meio ambiente em decorrência de determinada prática, temos a obrigação constitucional de promover o exame minucioso da questão, objetivando sempre garantir os meios de evitar um eventual dano, seja ele irreparável ou não.

A degradação ambiental não tem fronteiras; ela não se restringe àqueles que poluem, mas alcança a todos, indiscriminadamente. Um bom exemplo é a alteração climática observada mundialmente e decorrente do efeito estufa que, entre outras conseqüências, promove o aumento do buraco na camada de ozônio. Em relação aos transgênicos, não temos garantias de que as alterações genéticas promovidas nos alimentos serão benéficas.

A proteção ambiental não deve ser pessoal e restrita, e sim global; portanto, todos devem promover uma fiscalização constante das políticas de meio ambiente. Assim, a análise de temas como clonagem e transgênicos não pode prescindir da luz da bioética e do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

## **Referências**

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/n53/fjunqueiratexto.html>>. Acesso em: 12 nov. 2004.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL. Constituição, 1988. *Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/1992 a 30/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/1994*. Ed. atual. Brasília: Senado Federal, 2000.

COELHO, Luiz Fernando. Clonagem reprodutiva e clonagem terapêutica. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 29-48, jan./mar. 2002.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *Os crimes de perigo e a tutela preventiva do meio ambiente*. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/justitia/criminal/crime%2036.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2004.

DENNY, Ercílio A. *Dignidade humana e ética econômica: direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.hermes01.hpg.ig.com.br/dignidade\\_humana\\_e\\_etica\\_economi.htm](http://www.hermes01.hpg.ig.com.br/dignidade_humana_e_etica_economi.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

HOLM, Soren. Os benefícios da reprodução humana. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 13-28, jan./mar. 2002.

IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

LEITE, Marcelo. *Os alimentos transgênicos*. São Paulo: Publifolha, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINHO, Josaphat. O homem, as experiências científicas e o direito positivo. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 13-28, jan./mar. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os avanços tecnológicos e o princípio da precaução. *Correio Braziliense*, Brasília, 1º nov. 2004, Caderno Direito e Justiça, p. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br/area3/edilsonnobre.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2004.

PEREIRA, Lygia da Veiga. Clonar ou não clonar? Eis a questão. *Folha de S. Paulo*, 8 fev. 1998. Caderno Mais, p. 13. Disponível em: <<http://>

[www.ib.usp.br/textos/genetica/clonar\\_ou\\_nao\\_clonar/](http://www.ib.usp.br/textos/genetica/clonar_ou_nao_clonar/)>. Acesso em: 25 ago. 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2. ed. rev. e atual. com a Lei n. 9.605/98. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 13 set. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. É possível clonar? Conseqüências jurídicas. *R. CEJ*, Brasília, n. 16, p. 49-63, jan./mar. 2002.

VINÍCIUS, Marcelo. *Clonagem*. Disponível em: <[www.universitario.com.br/celo/topicos/subtopicos/genetica/clonagem.html](http://www.universitario.com.br/celo/topicos/subtopicos/genetica/clonagem.html)>. Acesso em: 25 ago. 2003.



# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos





# A compensação ambiental como fonte de custeio de unidades de conservação

Alexandre Camanho de Assis\*

O Brasil é um país pródigo em áreas protegidas, com quase novecentas unidades de conservação<sup>1</sup> em todo o seu território, espalhadas nas cinco regiões. Tais unidades já são mais de 250 de índole federal<sup>2</sup>, divididas, à base dos critérios do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei n. 9.985, de 18/6/2000), em unidades de proteção integral e de uso sustentável. As unidades de proteção integral<sup>3</sup> (art. 8º) têm por propósito a preservação da natureza, sendo geralmente admitido apenas o uso indireto<sup>4</sup> de seus recursos naturais, constando desse grupo as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre. Entre as unidades de uso sustentável (art. 14) – idealizadas para compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável<sup>5</sup> de parcela de seus recursos naturais – encontram-se as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante

---

\* Alexandre Camanho de Assis é Procurador Regional da República.

<sup>1</sup> De acordo com o art. 2º, I, da Lei do SNUC, unidade de conservação é o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

<sup>2</sup> Somente as unidades de conservação federais já representam 6,3% da área continental do Brasil, segundo consta do <[www2.ibama.gov.br/unidades/geralucs/estat/brasil/uccat.pdf](http://www2.ibama.gov.br/unidades/geralucs/estat/brasil/uccat.pdf)>.

<sup>3</sup> Conforme o art. 2º, VI, da Lei do SNUC, proteção integral é a “manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais”.

<sup>4</sup> Segundo o art. 2º, IX, da Lei do SNUC, uso indireto é “aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais”.

<sup>5</sup> De acordo com o art. 2º, XI, da Lei do SNUC, uso sustentável é a “exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável”.

Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares de Patrimônio Natural.

Além dessa quantidade de unidades de conservação federais, divididas segundo as categorias previstas na Lei do SNUC, um número ainda mais expressivo de suas congêneres estaduais – mais de 450 – tem lugar Brasil afora, distribuído sob as mais distintas terminologias pelos Estados da Federação. A essas, somam-se diversas áreas protegidas por municípios, universidades e instituições de pesquisa.

No âmbito privado, empresas dos mais variados ramos – como de mineração e de exploração de celulose – sustentam áreas protegidas para os mais diversos fins, entre os quais se incluem o manejo com o uso direto<sup>6</sup> de recursos naturais e mesmo o ecoturismo. Com elas, perfilam várias organizações não-governamentais de caráter ambientalista, que detêm e administram áreas protegidas para a consecução de seus propósitos.

Rico em áreas protegidas, o Brasil prodigaliza, igualmente, dificuldades que as afetam. Movidos, já há alguns anos<sup>7</sup>, por um salutar ânimo preservacionista<sup>8</sup>, e iluminados por uma Constituição notável pelo trato do meio ambiente<sup>9</sup>, os governos brasileiros das últimas décadas vêm – chancelados pelo aplauso geral, oriundo da conscientização planetária em torno da importância do meio ambiente – aumentando significativamente o espaço de áreas protegidas. Esse aumento quantitativo dos espaços territoriais mercedores de espe-

---

<sup>6</sup> Conforme o art. 2º, X, da Lei do SNUC, uso direto é “aquele que envolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais”.

<sup>7</sup> As iniciativas tendentes a criar áreas protegidas no Brasil remontam, no entanto, há mais de um século: inspirado pela criação, em 1872, do Parque de Yellowstone, nos Estados Unidos, o engenheiro André Rebouças sugeriu, já em 1876, a criação de Parques Nacionais em Sete Quedas e na Ilha do Bananal. Semelhante aspiração só ocorreria, porém, em 1937, com a criação do Parque Nacional de Itatiaia.

<sup>8</sup> Evidentemente, a inclusão da variável ambiental na concepção e execução das políticas públicas deu-se, acima de tudo, por força de questões macroeconômicas, evidenciadas com as crises do petróleo e a divulgação do relatório do Clube de Roma, ocorrentes na década de 70 do século passado.

<sup>9</sup> A Constituição de 1988 inovou, com efeito, ao abrir um capítulo para o meio ambiente, concedendo especial proteção a certos espaços territoriais. Mais que isso, proclamou o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput* e III).

cial proteção não viu, porém, a necessária contrapartida econômica para a viabilização de um modelo que se encontra majoritariamente nas mãos do Estado.

Dessa concepção pública de criação e gestão de áreas protegidas decorreram, assim, inúmeros problemas incidentes sobre elas, que vêm aumentando à exata proporção que se leva adiante o meritório esforço de aumentar, no país, a quantidade dos espaços destinados à preservação do meio ambiente, da biodiversidade, dos processos ecológicos essenciais e do patrimônio paisagístico. De modo geral, os problemas mais recorrentes<sup>10</sup> são a indefinição fundiária, a ausência de planos de manejo e os danos antrópicos<sup>11</sup> ocasionados por atividade pontual ou permanente que se dá por ausência ou precariedade de fiscalização, ou por licenciamento ambiental inexistente ou irregular. E, assim apresentados, é possível ver, neles, uma origem comum: a falta de recursos financeiros.

Até por força do fato de a gestão da quase-totalidade das unidades de conservação encontrar-se sob a responsabilidade do Poder Público, a sua situação atual é desalentadora. À míngua de recursos, os “espaços territoriais especialmente protegidos” – na dicção constitucional – só o são, em grande parte, no plano normativo, sem encontrar correspondência na realidade. Não por acaso cunhou-se a expressão “parques de papel”: ao exuberante aumento fictício de áreas protegidas, contrapõe-se a dura e crônica situação de carência de dotações orçamentárias para efetivá-las.

As conseqüências dessa deficiência são várias e interdependentes, já que de verbas dependem bens e serviços específicos. Exemplo disso são as ações de fiscalização, por sua vez à mercê de uma

---

<sup>10</sup> A sobreposição de unidades indígenas e unidades de conservação também representa um problema expressivo, a ponto de a Lei do SNUC determinar (art. 57) que “os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação”.

<sup>11</sup> Sob essa categoria agrupam-se atividades da mais variada índole, que incluem a biopirataria, o desmatamento, a caça clandestina e predatória, a invasão de terra pública, a grilagem, a extração ilegal de minerais, a deposição de rejeitos, a poluição nas suas mais variadas formas etc.

infra-estrutura que não se resume ao número de fiscais, mas de viaturas, de sistema de comunicação, de equipamentos de localização e outros. A própria estrutura física das unidades de conservação – edificações, torres de observação, cercas etc. – pende de constante incremento e manutenção, para sediar as atividades administrativas próprias e mesmo, em vários casos, receber o público.

Por outro lado, a falta de verbas para a regularização fundiária também origina uma série de efeitos perniciosos para as unidades de conservação, já que, à falta de definição quanto à titularidade das terras, o credor de uma indenização que nunca se consuma sente-se no direito de explorar seu imóvel segundo seus próprios objetivos econômicos, destinando-o muitas vezes à pecuária (com seus inseparáveis companheiros, o desmatamento e a queimada), à suinocultura ou a agriculturas que exilam a cobertura florística nativa, privilegiando monoculturas. A indefinição fundiária também acarreta conflitos de demarcação de terras, em detrimento invariável da unidade de conservação envolvida.

Entre as possíveis fontes de recursos dessas áreas protegidas<sup>12</sup> encontra-se a compensação ambiental, cuja previsão legal está no art. 36 da Lei do SNUC:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de

---

<sup>12</sup> Além dos recursos públicos destinados às unidades de conservação pelo próprio órgão gestor e que constam de seu orçamento, outras fontes possíveis são o pagamento pela exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos a partir dos recursos naturais, biológicos, cênicos ou culturais ou da exploração da imagem de unidade de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural (art. 33 da Lei do SNUC), os recursos ou doações de qualquer natureza, nacionais ou internacionais, com ou sem encargos, provenientes de organizações privadas ou públicas ou de pessoas físicas que desejarem colaborar com a sua conservação (art. 35 da Lei do SNUC), e aqueles obtidos pelas unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral mediante a cobrança de taxa de visitação e outras rendas decorrentes de arrecadação, serviços e atividades da própria unidade (art. 35 da Lei do SNUC).

unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

Em linhas gerais, portanto, a compensação ambiental é devida pelo empreendedor de uma atividade de significativo impacto ambiental, segundo a avaliação do órgão ambiental competente para o licenciamento, e fundada em EIA/RIMA<sup>13</sup>. Destina-se a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, tendo como piso o valor correspondente a meio

---

<sup>13</sup> Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente, documentos que são constitucionalmente previstos: “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (art. 225, V, da Constituição).

por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, mas sendo fixado – pelo órgão ambiental licenciador – proporcionalmente ao impacto ambiental ocasionado pelo empreendimento.

Também é o órgão licenciador que define as unidades de conservação beneficiárias, ouvido o empreendedor. Se alguma unidade de conservação, ou sua zona de amortecimento<sup>14</sup>, for afetada pela atividade, aquele deverá autorizá-la previamente – é dizer, no início do procedimento de licenciamento ambiental e antes da expedição de qualquer das licenças –, tornando-se aquela unidade de conservação beneficiária necessária da compensação, mesmo que não figure no rol das unidades do Grupo de Proteção Integral.

Cuidando-se de novidade legal, e carente de mais balizamentos objetivos para sua consecução, a compensação ambiental viu-se regulamentar pelo Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002. Nesse, previu-se um capítulo inteiramente dedicado à “Compensação por significativo impacto ambiental”, cujos artigos são os seguintes:

Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei n. 9.985, de 2000, o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir dos estudos ambientais realizados quando do processo de licenciamento ambiental, sendo considerados os impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais.

Parágrafo único. Os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados, conforme estabelecido no *caput*.

---

<sup>14</sup> Conforme o art. 2º, XVIII, da Lei do SNUC, zona de amortecimento é “o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade”.

Art. 32. Será instituída no âmbito dos órgãos licenciadores câmaras de compensação ambiental, compostas por representantes do órgão, com a finalidade de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, de acordo com os estudos ambientais realizados e percentuais definidos.

Art. 33. A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei n. 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:

I – regularização fundiária e demarcação das terras;

II – elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;

III – aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;

IV – desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e

V – desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Parágrafo único. Nos casos de Reserva Particular do Patrimônio Natural, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Relevante Interesse Ecológico e Área de Proteção Ambiental, quando a posse e o domínio não sejam do Poder Público, os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades:

I – elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade;

II – realização das pesquisas necessárias para o manejo

da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes;

III – implantação de programas de educação ambiental; e

IV – financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada.

Art. 34. Os empreendimentos implantados antes da edição deste Decreto e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de doze meses a partir da publicação deste Decreto, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora.

Alguma controvérsia se impôs acerca da natureza jurídica da compensação ambiental.

Há quem estime tratar-se de concretização do princípio do poluidor-pagador<sup>15</sup>, que predica a internalização das externalidades negativas: fazer com que o poluidor suporte os custos econômicos da degradação ambiental que sua atividade gera. Na atividade econômica, muitas vezes certos subprodutos não são contabilizados como custos de quem a exerce, mas acabam socialmente absorvidos; justamente por não ingressarem como encargos do agente econômico na cadeia produtiva é que são considerados “externalidades”, isto é, efeitos externos ao mercado. Graças a mecanismos concretizadores do princípio do poluidor-pagador, os custos desses efeitos secundários passam a ser assumidos pelo próprio agente da atividade econômica poluente ou degradante.

Caso típico é da atividade industrial, que gera – como sub-

---

<sup>15</sup> Sobre o assunto, cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997; SILVA, Isabel Marques da. *O princípio do poluidor-pagador. Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003; SOARES, Claudia Alexandra Dias. *O imposto ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, *inter alia*.



produto – resíduos que são dispersos no meio ambiente com evidente prejuízo para a população circundante, sem que haja compensação por isso. Pode-se mencionar, igualmente – e ainda nesse exemplo –, a poluição atmosférica e sonora, suportada exclusivamente pela sociedade, sem que haja qualquer contrapartida por parte do poluente. Assim, a fruição do proveito econômico da atividade industrial (e poluente) é inteiramente privada; a degradação ambiental, no entanto, é suportada socialmente. Internalizar esse tipo de efeito externo nos encargos decorrentes da atividade econômica é o quanto conclama o princípio do poluidor-pagador.

Outra abordagem jurídica da compensação ambiental propende a vê-la como imperativo de responsabilidade civil; nesse caso, ela apenas teria caráter indenizatório ou reparatório, devendo pagar pelo dano – gerado com a implantação do empreendimento –, observada a peculiaridade de a destinação da verba estar legalmente vinculada a um propósito de suporte financeiro a uma ou mais unidades de conservação<sup>16</sup>.

Parece mais exato situar a compensação ambiental nessa última vertente, já que o princípio do poluidor-pagador traz implícita a noção de que o poluidor deve arcar com os encargos decorrentes do combate à poluição. Por outras palavras, concretiza-se o princípio mediante instrumentos que vinculam despesas do poluidor aos gastos públicos direta ou indiretamente ligados a atividades estatais relacionadas com a despoluição – o poluidor financia a atividade pública de despoluição<sup>17</sup>. Essa necessária conexão entre gasto do empreendedor-

---

<sup>16</sup> Terceira corrente imputa à compensação ambiental a “natureza” de “imposto inconstitucional”. Objeta-se que a arrecadação de meio por cento está desvinculada do impacto causado, e que sequer há atividade estatal. Como a compensação não se qualifica como tributo, no caso, não parece deva ser abonada essa concepção.

<sup>17</sup> Sobre o assunto, cf. ARAGÃO, op. cit., p. 123-124: “O fim de prevenção-precaução do PPP significa, em suma, que os poluidores devem suportar os custos de todas as medidas, adoptadas por si próprios ou pelos poderes públicos, necessárias para precaver e prevenir a poluição normal e acidental, e ainda os custos da actualização dessas medidas”. E, mais adiante: “O fim de reparação indireta do PPP significa simplesmente que os poluidores devem suportar também todos os custos das medidas públicas de reposição da qualidade do ambiente perdida (‘despoluição’), ou de auxílio econômico às vítimas e custos administrativos conexos, ou seja, devem suportar financeiramente todas as despesas

poluidor e financiamento das medidas públicas de despoluição não se encontra aqui presente; assim, é mais adequado encarar o instituto da compensação ambiental como modalidade de obrigação legal de reparar o dano gerado por certa atividade, na forma do art. 225, § 3º, *in fine*, da Constituição:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independentemente da obrigação de reparar os danos causados* [ênfase acrescida].

É possível, mesmo, que esse trecho do dispositivo constitucional legitime a aplicação do princípio do poluidor-pagador no Brasil, tanto quanto a responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental; isso não significa, porém, reduzir toda obrigação decorrente de dano ambiental a concretização do princípio do poluidor-pagador.

Por outro lado, o pagamento da compensação ambiental não torna o empreendedor indene a outras obrigações – feitas à luz da responsabilidade civil – que lhe sejam impostas até que o dano seja inteiramente reparado. Há duas singularidades presentes na compensação ambiental: a primeira é que se trata de quantia fixada num piso legal, de modo que impeça a aplicação de quantias irrisórias, pagas apenas para satisfazer formalmente uma obrigação legal. A lei, ao estabelecer um piso, satisfaz um imperativo de proporcionalidade que veicula uma proibição de déficit<sup>18</sup>, tendente a impedir que uma atividade estatal seja ínfima a ponto de não alcançar seus verdadeiros propósitos.

---

públicas relacionadas genericamente com a protecção do ambiente tanto *a priori* como *a posteriori*” (op. cit., p. 124-125).

<sup>18</sup> Nesse caso, no âmbito do princípio da proporcionalidade, a proibição de déficit – *Untermaßverbot* – é o dever do Estado de garantir que certas prestações públicas não fiquem asseguradas em bases normativas tão mínimas que frustrem os próprios propósitos a que elas se destinam. Assim, a *Untermaßverbot* é o “outro lado da moeda” da proibição de excesso – *Übermaßverbot* –, o que igualmente constitui espécie de subprincípio à proporcionalidade, impedindo que o Estado, na consecução de seus objetivos, imponha ônus excessivos – desproporcionais – aos cidadãos.

O critério para a fixação do *quantum* da compensação ambiental reclama apenas a observância de um piso, embora o Decreto n. 4.340/2002 determine, textualmente, que os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados. Parece evidente que o dano somente pode ser estimado, pois, ordinariamente, essa avaliação é feita previamente ao início da atividade. Assim, o pagamento da compensação ambiental não afasta o dever de pagar pelos danos causados na sua exata proporção, podendo o empreendedor ser chamado a reparar o dano sempre que, a despeito de já ter pago a compensação ambiental, remanescer um passivo ambiental que lhe possa ser creditado.

A segunda peculiaridade é a vinculação – imposta pela lei – da quantia paga a título de compensação ambiental a uma determinada atividade estatal; no caso, o suporte à implantação ou à manutenção de unidade de conservação pertencente ao Grupo de Proteção Integral. No caso de impacto direto em certa unidade de conservação ou em sua zona de amortecimento, esta se torna, por exigência legal, beneficiária obrigatória, independentemente de pertencer ou não àquele Grupo. Quis com isso a lei que as áreas protegidas recebessem, desde logo, um mínimo a ser utilizado diretamente em seu favor, à segura consideração de que, rumo a seus verdadeiros fins, um montante expressivo de verbas perde-se nos atalhos da burocracia, tendo destinação diversa da originalmente estipulada.

Dessa forma, a compensação ambiental reponta como fonte de custeio de unidade de conservação, na medida em que se destina à sua implantação ou manutenção. De duas maneiras podem as compensações ambientais ser exigidas: ordinariamente, quando do licenciamento do empreendimento, desde que o EIA-RIMA tenha detectado significativo impacto – e que, portanto, é devida previamente ao início da atividade (art. 36, *caput*, da Lei do SNUC) –, e, excepcionalmente, naqueles casos em que os empreendimentos foram implantados antes da edição do Decreto n. 4.340/2002 e se encontram em operação sem as licenças ambientais, devendo ter o empreendedor requerido, em até doze meses a partir da publicação daquele, “a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante

licença de operação corretiva ou retificadora” (art. 34 do Decreto n. 4.340/2002).

Quando a compensação decorrer do modo ordinário – é dizer, devida antes do início da atividade, e calculada no mínimo de meio por cento do valor da implantação do empreendimento (art. 36 da Lei do SNUC) –, cabe ao órgão ambiental licenciador cobrá-la já durante o curso do procedimento de licenciamento próprio.

Nos casos apontados pelo Decreto n. 4.340/2002, há de lembrar que sua edição remonta a 22 de agosto de 2002; assim, certamente existem inúmeros empreendimentos Brasil afora operando irregularmente, não só por não ostentarem as devidas licenças, como também porque não cumpriram o reclamo do art. 34 do Decreto n. 4.340/2002. Em situações como essas, é apropriada a utilização de ações civis públicas que busquem equacionar o problema; ou, ainda, de termos de ajustamento de conduta (TAC)<sup>19</sup> – considerando que a conduta do empreendedor, por estar irregular, precisa ser ajustada –, em que os órgãos ambientais competentes para o licenciamento se comprometam a conceder as licenças faltantes, uma vez atendidas as exigências próprias, e que, verificado o impacto, a partir de EIA-RIMA igualmente determinado no TAC, possa ser fixado o valor da compensação ambiental devida.

Sendo o termo de ajustamento de conduta um instrumento jurídico com valor de título executivo extrajudicial – como o reconhece o art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 –, os órgãos incumbidos de regularizar as situações previstas no art. 34 do Decreto n. 4.340/2002 devem fazer constar naqueles normas que contenham cominações, de forma que, acaso não honradas as obrigações pactuadas, possa o empreendedor inadimplente ser executado judicialmente.

Sendo a pessoa de direito público responsável pelo licenciamento signatária do TAC, deve ela, desde logo, procurar discriminar a atividade a ser custeada com os recursos provenientes da compen-

---

<sup>19</sup> Segundo a Lei n. 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública –, “os órgãos públicos legitimados (para a propositura da ação civil pública) poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (art. 5º, § 6º; dispositivo incluído pela Lei n. 8.078, de 11/9/1990).

sação ambiental ali ajustada. É conveniente, mesmo, que o empreendedor veja constar expressamente do texto do TAC em que tarefas o Poder Público aplicará as verbas compensatórias, para que o controle do cumprimento do termo opere em bases igualitárias. Oportuno lembrar, porém, que, na forma do art. 33 do Decreto n. 4.340/2002, existe uma ordem de prioridade para essa aplicação: cuidando-se de unidade de conservação já existente e com situação fundiária irregular, a compensação deverá ser destinada, prioritariamente, à regularização fundiária e demarcação de terras; senão, aquela fonte de custeio haverá de ser empregada na elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo. Porventura inteiramente regular do ponto de vista fundiário e demarcatório e com plano de manejo atual e implantado – situação rara –, a verba servirá para a aquisição de bens e serviços necessários à gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento.

Se, entretanto, firmar-se que o auxílio financeiro recairá na atividade de implantação de unidade de conservação, então o dinheiro decorrente da compensação ambiental será empregado no desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade; ou, acaso já superada essa etapa, na aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento. A última atividade prevista no decreto merecedora das tais verbas é a de desenvolvimento de pesquisas necessárias ao manejo da unidade de conservação e sua área de amortecimento.

A Lei da Ação Civil Pública declara que, entre os legitimados para a propositura da ação principal e da cautelar, estão a União, os Estados, os Municípios (e, por extensão lógica, o Distrito Federal), assim como as autarquias. Portanto, em qualquer âmbito da Federação as diretrizes de aplicação da compensação ambiental podem ser incluídas em TAC, já que os legitimados para a propositura da ação civil pública o são, igualmente, para firmar termos de ajustamento de conduta.

Evidentemente, esses critérios devem ser observados mesmo quando não seja o caso de regularização no licenciamento de que trata o art. 34 do Decreto n. 4.340/2002, mas igualmente nas hipóteses

ordinárias de pagamento de compensação ambiental, previstas no art. 36 da Lei do SNUC (bem assim nos arts. 31 a 33 daquele decreto), que têm lugar já no curso do procedimento de licenciamento ambiental.

A título de conclusão, pode-se dizer que é provável que a escassa utilização da compensação ambiental como fonte de custeio de unidades de conservação prenda-se ao fato de se tratar de possibilidade jurídica recente, autorizada nessas bases somente a partir do advento da Lei do SNUC (2000) e de seu decreto regulamentar (2002). Há de se ver nela, todavia, uma fonte proveitosa e que, utilizada sistematicamente – não de modo episódico, pontual, hesitante ou seletivo –, pode contribuir decididamente para diminuir a carência histórica – e até então crônica – de recursos financeiros em favor das áreas protegidas brasileiras.

## **Referências**

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

SILVA, Isabel Marques da. *O princípio do poluidor-pagador. Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003.

SOARES, Claudia Alexandra Dias. *O imposto ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

# Dignidade humana e meio ambiente do trabalho

Raimundo Simão de Melo\*

**Sumário:** 1 Definição de meio ambiente. 2 Definição de meio ambiente do trabalho. 3 Meio ambiente do trabalho adequado. 4 Natureza jurídica do meio ambiente do trabalho. 5 O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 6 Acidentes de trabalho e prevenção de riscos ambientais. 6.1 A postura empresarial. 6.2 A postura das classes profissionais. 6.3 A postura dos Poderes Públicos. 7 Os reflexos da globalização econômica nas condições de trabalho. 8 Razões que justificam a defesa do meio ambiente do trabalho. 9 O papel da sociedade civil na defesa do meio ambiente do trabalho. 10 Conclusões/resumo.

## 1 Definição de meio ambiente

Meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (Lei n. 6.938/81, art. 3º, I).

Essa definição é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico aberto, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma legal, o qual está em harmonia com a Constituição Federal de 1988, que no *caput* do art. 225 buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), afirmando que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”<sup>1</sup>.

---

\* Raimundo Simão de Melo é Procurador Regional do Trabalho, Professor de Direito e de Processo do Trabalho, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Especialista em Direito do Trabalho pela USP, Especialista em Relações Coletivas de Trabalho pela (OIT), Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

<sup>1</sup> O meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, como, entre outros, reconhece Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de direito constitucional*, p. 370). De primeira geração são os direitos civis e políticos – liberdades públicas negativas perante o Estado. Depois de libertado o homem das garras desse, surgiram os direitos positivos,

Assim, dois são os objetos de tutela ambiental constantes da definição legal, acolhidos pela Carta Maior: um, *imediato* – a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos – e outro, *mediato* – a saúde, a segurança e o bem-estar do cidadão, expressos nos conceitos *vida em todas as suas formas* (Lei n. 6.938/81, art. 3º, I) e *qualidade de vida* (CF, art. 225, *caput*)<sup>2</sup>.

## 2 Definição de meio ambiente do trabalho

Meio ambiente do trabalho é

o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos<sup>3</sup>, autônomos etc.)<sup>4</sup>.

A definição acima é das mais abrangentes, pois não se limita a tratar do assunto apenas em relação ao trabalhador classicamente conhecido como aquele que ostenta uma carteira de trabalho assinada. Isso é muito importante e está dentro do contexto maior asseguratório do meio ambiente equilibrado para todos, como estabelece a Constituição (art. 225, *caput*), uma vez que a definição geral de meio ambiente abarca todo cidadão e a de meio ambiente do trabalho,

---

de segunda geração – os sociais, os econômicos e os culturais –, que servem para dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna. De terceira geração são os direitos de solidariedade e fraternidade – a paz no mundo, o desenvolvimento econômico dos países, a preservação do meio ambiente, do patrimônio comum da humanidade e da comunicação. Essas gerações de direitos são imprescindíveis à condição humana e merecem proteção do Estado e da sociedade.

<sup>2</sup> MELO, Raimundo Simão de. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador*. 2004. 301 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004. p. 15.

<sup>3</sup> Sejam celetistas ou estatutários, pois o art. 39, § 3º, da Constituição assegura também aos servidores públicos, sem distinção, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, XXII).

<sup>4</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21.



todo trabalhador que desempenha alguma atividade, remunerada ou não, homem ou mulher, celetista, autônomo ou servidor público de qualquer espécie, porque realmente todos receberam a proteção constitucional de um ambiente de trabalho adequado e seguro, necessário à sadia qualidade de vida.

### **3 Meio ambiente do trabalho adequado**

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda sociedade, que no final das contas responde pelas mazelas decorrentes dos acidentes de trabalho.

De acordo com estatísticas oficiais, cujos dados não são reais<sup>5</sup>, os números de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais ainda são preocupantes no nosso país.

O Estado, por intermédio do Ministério do Trabalho e Emprego e de outros órgãos governamentais, é responsável pelo estabelecimento de normas de segurança, higiene e medicina do trabalho (Portaria n. 3.214/78) e pela fiscalização do seu cumprimento. Mas, não obstante exista um grande arcabouço de normas legais a respeito do assunto, na prática, tais normas não são efetivamente cumpridas, como mostram as estatísticas de acidentes, porque, se de um lado existe a cultura atrasada e perversa de parte do empresariado, de outro, em muitos casos as multas aplicadas administrativamente pelos órgãos fiscalizadores são insuficientes para forçar os responsáveis a manterem ambientes de trabalho seguros e salubres. Isso se agrava mais ainda quando as soluções dependem da implementação de medidas coletivas, que são mais caras do que o simples fornecimento de equipamentos individuais, embora mais eficientes na prevenção dos riscos ambientais.

Daí por que, não cumprindo o Estado o seu papel na esfera

---

<sup>5</sup> É que a cada dia, como é público e notório, aumenta a informalidade e, em conseqüência, diminui o número de trabalhadores que têm os acidentes registrados pelo INSS, aqueles com carteira assinada; depois, além das subnotificações dos acidentes, as doenças ocupacionais em grande parte não são reconhecidas espontaneamente pelo órgão previdenciário como tais, mas como doenças comuns.

administrativa, faz-se necessária a busca de uma solução por meio do Poder Judiciário, pelo empregado, individualmente<sup>6</sup>, ou, coletivamente, pelos sindicatos, Ministério Público e demais entidades autorizadas (CF, arts. 8º, III, 127 e 129, e Lei n. 7.347/85).

Com a Constituição de 1988, que priorizou a prevenção dos acidentes de trabalho (art. 7º, XXII – *é direito do trabalhador urbano e rural a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*) e, substancialmente, as novas atribuições do Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes), importantes ações, como as Ações Cíveis Públicas, passaram a ser ajuizadas com o objetivo de se obrigar o empregador a cumprir as normas de segurança e higiene e prevenir, efetivamente, o meio ambiente do trabalho dos riscos à saúde dos trabalhadores.

Nessa nova ótica insere-se um novo contexto em que se prioriza a prevenção em detrimento das reparações de caráter individual, que por mais vantajosas que sejam, jamais repararão os prejuízos decorrentes dos acidentes de trabalho que, inexoravelmente, atingem os trabalhadores nos aspectos humanos, sociais e econômicos, as empresas financeiramente, e o próprio Estado em todos os aspectos que se possa imaginar.

É urgente a criação de uma cultura, em todas as esferas sociais e de governo, voltada à prevenção dos riscos ambientais no trabalho, além de uma nova reflexão sobre o papel da responsabilidade civil das empresas pelas conseqüências advindas dos danos ao meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador<sup>7</sup>.

#### **4 Natureza jurídica do meio ambiente do trabalho**

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador. Não se trata de um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele

---

<sup>6</sup> A atuação individual do trabalhador, que normalmente se dava por meio de pleitos de adicionais de insalubridade e de periculosidade e de reparações por danos material e moral, com a Constituição de 1988 (art. 5º, LXXIII) pode ser implementada por meio de ação popular de tutela do meio ambiente do trabalho.

<sup>7</sup> Ver a respeito nossa *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador*.

é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto essa última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve as suas atividades.

Com efeito, a proteção do meio ambiente do trabalho está vinculada diretamente à saúde do trabalhador como cidadão, constituindo um direito de todos. O direito do trabalho, por sua vez, regula as relações diretas entre empregado e empregador, aquele considerado estritamente.

O inciso XXII do art. 7<sup>o</sup> da CF, ao conferir o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, apresenta caráter nitidamente ambiental e sanitário, uma vez que essas normas não podem ser consideradas como normas de direito privado vinculadas estritamente ao contrato individual do trabalho. São muito mais do que isso. Assim, o direito ambiental do trabalho constitui direito humano fundamental inerente às normas sanitárias e de saúde do trabalhador (CF, art. 196), que, por isso, merece a proteção dos Poderes Públicos e da sociedade organizada, conforme estabelece o art. 225<sup>8</sup> da Constituição Federal.

## **5 O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado na Constituição Federal (art. 1<sup>o</sup>), estabelecendo que são fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito, entre outros, a *dignidade da pessoa humana*<sup>9</sup>. Essa dicção é complementada pelo art. 170 da Lei Maior, que, ao tratar da ordem econômica, assegura a livre

---

<sup>8</sup> Art. 225, *caput* – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>9</sup> A dignidade humana não se trata de qualquer valor, mas de um valor inerente, específico. Como diz Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “a dignidade é ‘um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas’” (*Responsabilidade pressuposta*. 2002. 364 f. Tese [Livro Docência] – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 164). Em sentido jurídico, a dignidade humana significa viver o cidadão responsabilmente e ser respeitado nos seus direitos assegurados pelo ordenamento jurídico vigente, sendo o respeito à vida o mais fundamental de todos os significados da expressão.

iniciativa, fundada, porém, na defesa do meio ambiente e na valorização do trabalho humano, de modo que se assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A proteção e a defesa da dignidade da pessoa humana alcançam importância ímpar neste novo século, principalmente em virtude dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade, que potencializam cada vez mais os riscos nos ambientes de trabalho, o que vem se agravando diante das diretrizes estabelecidas pelo capitalismo globalizado dos séculos XX e XXI, que não prioriza soluções para as questões sociais e humanitárias. A sua primazia é o aspecto econômico que se sobrepõe a qualquer outro. Aliás,

apesar de ter sido um período de excepcionais conquistas da ciência, o século XX não terminou bem [...]. O mundo capitalista viu-se novamente às voltas com problemas que parecia ter eliminado: desemprego, depressões cíclicas, população indigente em meio a um luxo abundante e o Estado em crise. É preciso possuir, de antemão, sabedoria em seu sentido ético para tirar o melhor proveito possível da técnica<sup>10</sup>.

Como afirma Alfredo Bosi<sup>11</sup>,

as luzes não se irradiam pelo mundo dos homens de modo harmonioso e justo; ao contrário, a ciência e as tecnologias (e o poder de produzir, mercar e comandar a que dão acesso) foram submetidas às engrenagens de um *darwinismo* econômico que hoje se chama de globalização financeira.

A respeito, alerta Guilherme Purvin de Figueiredo<sup>12</sup> que,

da mesma forma, a automação e a informatização não contribuíram eficazmente para a saúde e para a

---

<sup>10</sup> DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação*. São Paulo: Unesp, 2000. p. 9 e 82.

<sup>11</sup> Prefácio à obra de Gilberto Dupas, *Ética e poder na sociedade da informação*.

<sup>12</sup> *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000. p. 28.

qualidade de vida do trabalhador. A esse respeito, destaca Herbert Marcuse que o trabalho mecanizado trouxe ao trabalhador uma escravidão exaustiva, entorpecedora, desumana – ainda mais exaustiva por ter causado aumento da velocidade do trabalho, controle dos operadores de máquina (em vez do produto) e isolamento dos trabalhadores uns dos outros.

Esses fatos têm contribuído de maneira decisiva para a degradação das condições de trabalho no Brasil e em países chamados emergentes, submetidos francamente às regras internacionais, com aumento dos acidentes e das doenças do trabalho.

Diante disso, o valor ou princípio da dignidade da pessoa humana deve ter sentido de normatividade e cogência e não de meras cláusulas “retóricas” ou de estilo ou de manifestações de bons propósitos. Por isso é preciso dar tratamento adequado aos instrumentos de efetivação dos direitos que poderão realmente garantir a dignidade do trabalhador e o valor verdadeiramente social do trabalho, como estabelece a nossa Carta Maior.

Essas regras estão expressas, como se viu, nos arts. 1º e 170 da Constituição que, não obstante assegure esse último a livre iniciativa na ordem econômica capitalista, condiciona tal iniciativa ao respeito à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e ao respeito e proteção do meio ambiente, o que requer a intervenção do Estado na defesa desses primados. Nesse sentido, preleciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>13</sup>, ao tratar do princípio do desenvolvimento sustentável, que, “em face da transformação sociopolítica-econômica-tecnológica, percebeu-se a necessidade de um modelo estatal intervencionista, com a finalidade de reequilibrar o mercado econômico”, acrescentando que “a proteção do meio ambiente e o fenômeno desenvolvimentista (sendo composto pela livre iniciativa) passaram a fazer parte de um objetivo comum, pressupondo a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social e de proteção ambiental”. Nesse sentido estabelece a Consti-

---

<sup>13</sup> Op. cit., p. 24.

tuição Federal que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, deverá reger-se pelos ditames de justiça social, respeitando o princípio da defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI). Portanto, devem caminhar lado a lado a livre concorrência e a defesa do meio ambiente, a fim de que a ordem econômica se volte efetivamente à justiça social.

## **6 Acidentes de trabalho e prevenção de riscos ambientais**

De acordo com Jukka Takala, representante da OIT<sup>14</sup>, ocorrem por ano no mundo, 1,1 milhão de mortes por acidentes de trabalho, 999 mil por acidentes de trânsito, 563 mil por violência e 502 mil em guerras.

No Brasil, em 1975, ocorreram mais de 1,9 milhão de acidentes de trabalho, o que vem sendo reduzido ano a ano para atingir na década passada cerca de 430 mil por ano e na atual menos de 400 mil. Desses cerca de 400 mil acidentes, 5.500 são fatais e mais de 20 mil incapacitam pessoas para o exercício das suas atividades laborais, com enorme prejuízo para a economia do país e, em especial, para a Previdência Social, que responde pelo pagamento dos benefícios decorrentes.

No setor rural, a situação é mais grave. Enquanto no setor urbano 1,29% dos acidentes terminam em morte, no campo esse índice aumenta para 2,57% e o número de acidentes não registrados é consideravelmente maior do que nos centros urbanos, porque lá a informalidade é mais acentuada, tendo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) afirmado que os trabalhadores agrícolas, em relação aos urbanos, correm o dobro de riscos de morrer no local de trabalho<sup>15</sup>, situação essa agravada nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

É no campo que se encontram os mais elevados índices de analfabetismo, falta de instrução e alto índice de miséria, que contribuem decisivamente para a manutenção das precárias condições de trabalho dos obreiros. As principais causas de acidentes no campo são

---

<sup>14</sup> Palestra de abertura do XV Congresso Mundial sobre Segurança e Saúde no Trabalho, realizado no Centro de Convenções do Anhembi, em São Paulo, com a participação de representantes de 74 países, no período de 12 a 16 de abril de 1999.

<sup>15</sup> *O Globo*, de 17 fev. 1998, p. 25.

a falta de treinamento para lidar com maquinário e com agrotóxicos, a inexistência de equipamentos adequados de proteção individual e coletiva e a ausência mais constante do Estado na fiscalização dos ambientes de trabalho. Segundo Eduardo Garcia, engenheiro agrônomo e pesquisador da Fundacentro, os maiores problemas com intoxicação ocorrem nas culturas de melancia, soja, batata, algodão e tomate<sup>16</sup>.

Pesquisa entre produtores e trabalhadores rurais demonstra o alto risco do uso de agrotóxicos na agricultura paulista, que pode estar trazendo sérios prejuízos à saúde pública e ao meio ambiente. O levantamento é o primeiro resultado de um convênio assinado em 1998, entre a Fundacentro e a Secretaria da Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, com o objetivo de implementar um programa de segurança e saúde do trabalhador rural<sup>17</sup>. De acordo com os levantamentos já efetuados, o Brasil consome 1/5 de todo o agrotóxico utilizado pelo Terceiro Mundo, o que é preocupante, pois, segundo Eduardo Garcia, a

falta de orientação e controle sobre o uso de agrotóxico, além da carência de informações sobre outras técnicas de manejo fitossanitário, que reduzam a necessidade do produto, têm impacto direto na saúde e segurança dos trabalhadores rurais, no meio ambiente e na qualidade dos alimentos que são levados à mesa do consumidor.

Além dessas e outras causas existentes, o processo de globalização da economia, a flexibilização do direito do trabalho, a terceirização, a quarteirização de atividades etc., têm contribuído de maneira decisiva para o aumento dos riscos ambientais, dificultando mesmo a atuação dos órgãos de fiscalização, pela fuga de responsabilidades<sup>18</sup> quanto à proteção do meio ambiente. Agregado a isso,

---

<sup>16</sup> Entrevista ao jornal *O Globo*, de 17 fev. 1998.

<sup>17</sup> *Revista da Fundacentro*, ano 2, n. 7, p. 23.

<sup>18</sup> As normas internacionais, em razão dessa crescente terceirização das atividades das empresas, passaram a atribuir ao beneficiário dos serviços a responsabilidade pela aplicação das regras de segurança e saúde, mesmo que o trabalhador esteja vinculado formalmente a

tem-se a desregulamentação das relações do capital com o trabalho e o afastamento do Estado da sua antiga condição de intermediador, desqualificação maior do trabalho para a maioria dos trabalhadores e um discurso consensual da mídia, também oligopolizada, sobre a excelência do “livre mercado”, como princípio e doutrina de tudo [...]¹⁹.

Como causas da inadequação do meio ambiente do trabalho e do alto índice de acidentes de trabalho, pode-se mencionar, em resumo: *a)* a falta de investimento na prevenção de acidentes por parte das empresas; *b)* os problemas culturais que ainda influenciam a postura das classes patronal e profissional no que diz respeito à não-priorização da prevenção dos acidentes laborais; *c)* a ineficiência dos Poderes Públicos quanto ao estabelecimento de políticas preventivas e fiscalização dos ambientes de trabalho; *d)* os maquinários e implementos agrícolas inadequados por culpa de muitos fabricantes que não cumprem corretamente as normas de segurança e orientações previstas em lei; *e)* a precariedade das condições de trabalho por conta de práticas equivocadas de flexibilização do direito do trabalho.

A solução desses problemas depende, antes de tudo, da conscientização de todos: do Estado, da coletividade (ênfaticamente a atuação da representação dos trabalhadores), das empresas, dos fabricantes, dos importadores e fornecedores de máquinas e equipamentos, havendo necessidade, portanto, de um processo educativo em todos os níveis (CF art. 225, VI).

Com efeito, para o sucesso de qualquer medida preventiva de danos ambientais é indispensável que os trabalhadores tenham

---

outro empregador, como é o caso da Convenção n. 167, da OIT, artigo 8.1, e da legislação de vários países, cujo exemplo marcante é a Lei n. 31/95, da Espanha, artigo 24-3: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquélla y que se desarrollen en sus próprios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales” (cf. OLIVEIRA, Sebastião. *A proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 112).

¹⁹ Cf. RIBEIRO, Herval Pina. *A violência oculta do trabalho: as lesões por esforços repetitivos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. p. 36.



direito a: a) informação sobre os riscos ambientais, os métodos, as condições de trabalho etc.; b) formação teórica e prática quando da contratação; c) apresentar propostas ao empregador para eliminação dos riscos ambientais; d) abandonar o local de trabalho quando presente risco grave e iminente para sua saúde; e) medidas preventivas, individuais e coletivas<sup>20</sup>.

Nos Estados Unidos da América, a meta do legislador é que o trabalhador, pela atividade profissional, não deve sofrer prejuízo algum para sua saúde, nem diminuição da capacidade de trabalho ou expectativa de vida<sup>21</sup>. Nesse país a vida tem um preço:

A vida tem um valor humano inestimável. O assunto é delicado, mas estudos feitos por economistas da Universidade de Chicago, nos Estados Unidos, sugerem que esse valor pode ser medido, em moeda sonante, e que varia com a idade da pessoa. Ao observar quanto uma pessoa produz de trabalho e riqueza e quanto se está disposto a gastar com equipamentos de segurança, eles concluíram que, em média, a vida de um americano vale entre 3 e 7 milhões de dólares. Além do capital humano, é esse valor que uma empresa julga estar protegendo quando investe na prevenção de doenças de seus funcionários<sup>22</sup>.

Entre nós, quanto custa a vida de um trabalhador? 10%, 20% ou 40% do salário mínimo, se trabalhar em contato com agentes insalubres ou, 30% do salário, se exercer atividade periculosa, nos termos da lei. Conforme a situação, pode pleitear uma indenização

---

<sup>20</sup> Enquanto no Canadá o trabalhador tem direito a serviços de formação, informação e assessoramento em matéria de higiene e segurança no trabalho, podendo negar a execução de uma tarefa quando tiver bons motivos para julgar que tal execução colocará em perigo sua saúde, segurança e integridade física (OLIVEIRA, op. cit., p. 104), no Brasil, premido pela necessidade de manter o emprego, os trabalhadores são obrigados aceitar condições de trabalho inadequadas e inseguras, mesmo sabendo dos riscos a que se expõem, às vezes até graves e iminentes; em certos casos chegam até a se esconderem dos agentes de fiscalização e a omitirem dados sobre o trabalho desempenhado, reforçando o que temos afirmado com frequência.

<sup>21</sup> Lei de 29 de dezembro de 1970, artigo 2º, b, Série Legislativa, Ginebra, 1970, EE.UU. 1, p. 2 (OLIVEIRA, op. cit., p. 98).

<sup>22</sup> Revista *Veja*, ano 33, n. 26, jul. 2000, p. 125.

por danos moral ou material. Mas há uma grande diferença de enfoque: enquanto nos EUA, para efeito do custo de uma vida, leva-se em conta o que o trabalhador deixará de produzir em benefício da economia nacional, aqui se considera o quanto terá o patrão que pagar de indenização.

A Comunidade Comum Européia, pela Diretiva n. 89/391, de 12 de junho de 1989, relativa à aplicação de medidas para promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores nos locais de trabalho, adotou como princípio geral a adaptação do trabalho à pessoa, em particular no que diz respeito aos postos de trabalho, escolha de equipamentos e métodos de trabalho e produção<sup>23</sup>, modelo esse que se deve copiar porque não se pode mais continuar com a equivocada política de “adaptação do homem às máquinas”, mas ao contrário, das máquinas ao homem.

Em regra, até mesmo por razões culturais, não tem sido prioridade patronal no Brasil o investimento na prevenção dos acidentes de trabalho. Isso, no entanto, constitui um grande equívoco, uma vez que, como comprovado por algumas empresas multinacionais, o investimento nessa área representa bom negócio, inclusive para o capitalismo, porque diminui custos e melhora a qualidade e produtividade, que hoje são fatores indispensáveis para a competitividade cada vez mais acirrada, por conta do processo de globalização dos mercados de produção<sup>24</sup>.

Rui de Oliveira Magrini, então chefe da Divisão de Segu-

---

<sup>23</sup> Com o ingresso da Áustria, Finlândia e Suécia na CEE, a partir de 1ª de janeiro de 1995, essa norma abrangeu 15 países, quais sejam: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo, Holanda, Dinamarca, Grã-Bretanha, Irlanda, Grécia, Portugal e Espanha, mais os três já citados (Diretiva del Consejo n. 89/391/CEE, de 12/6/1989, artigo 6, *d. Documentos de Derecho Social*, Ginebra, 1990, n. 1, p. 33).

<sup>24</sup> Com o tema “Prevenção dá lucro”, ao abordar a experiência do National Safety Council (Conselho Nacional de Saúde), G. F. Scannell, presidente do órgão, alertou o empresariado para encarar políticas de saúde e segurança como fatores de investimento no trabalho. Para exemplificar, citou pesquisa realizada pela empresa Johnson & Johnson, que demonstrou que, para cada dólar investido em saúde e segurança, havia uma economia de US\$ 9, que seriam desperdiçados em pagamento de benefícios, perdas de produtividade etc. (Palestra proferida no XV CONGRESSO MUNDIAL SOBRE SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO, que reuniu representantes de 74 países, no período de 12 a 16/4/1999, no Anhembi, em São Paulo/SP).

rança e Saúde do Trabalhador da Delegacia Regional do Trabalho do Estado de São Paulo<sup>25</sup>, fez uma comparação internacional, no caso com a Suécia, com referência ao percentual de mortes em relação ao número geral de acidentes: no Brasil, a taxa é oito vezes superior à daquele país, porque lá houve um grande entendimento social, desde 1932, entre trabalhadores, Estado e empregadores, consolidando também nesse campo a democracia e a cultura pela cidadania. Daquele entendimento passou a vigorar uma série de acertos, mas dois deles são nitidamente destacáveis para nosso aprendizado: 1) a potencialização dos órgãos fiscalizadores, combinando o poder com o saber e 2) a instituição da OLT (Organização por Local de Trabalho). Na empresa que tem cinco trabalhadores, um é delegado, respaldado pela organização sindical; na que tem 50, cinco devem ser eleitos para constituir uma comissão. No Brasil, têm-se as CIPAs – Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, as quais, todavia, em muitos casos só existem no papel, sem exercer efetivamente o seu importante papel. Onde há CIPAs atuantes, especialmente aquelas que funcionam em sintonia com o respectivo sindicato profissional, as condições de trabalho são melhores, porque os trabalhadores são mais bem organizados e conscientizados da necessidade de defesa das suas vidas.

### 6.1 A postura empresarial

Por razões culturais, em regra, não tem sido prioridade patronal no Brasil o investimento na prevenção dos acidentes de trabalho. Isso, no entanto, constitui um grande equívoco, uma vez que, como demonstrado por algumas empresas multinacionais, o investimento nessa área representa um bom negócio em termos econômicos, porque se de um lado diminui custos, ao contrário do que muitos pensam, de outro, melhora a qualidade e a produtividade, que hoje são fatores indispensáveis para a competitividade cada vez mais acirrada nos mercados interno e externo.

No Brasil, em razão desses fatores e por conta de altas indenizações, cada vez mais freqüentes, decorrentes de reparações mate-

---

<sup>25</sup> *Folha de S. Paulo*, de 7 fev. 1998, Caderno 2, p. 2.

riais e morais por acidentes de trabalho, algumas empresas estão procurando adequar o meio ambiente do trabalho, agora, por uma questão muito mais de caráter econômico, visto que o capitalismo não investe no homem por razão eminentemente humanitária. De qualquer forma, ainda falta educação ambiental em todos os aspectos e níveis, embora a Constituição Federal (art. 225, § 1º, VI) incumba ao Poder Público essa tarefa como forma de efetivação da preservação e defesa do meio ambiente.

## **6.2 A postura das classes profissionais**

As classes profissionais, com raras exceções, não se convenceram ainda da importância e necessidade de incrementar a defesa do meio ambiente do trabalho como prioridade, porque, também por razões culturais, esse tipo de atuação não propicia aparentes dividendos perante os trabalhadores, que se importam muito mais com a defesa de cláusulas de natureza econômica imediata, como simples reajustamentos salariais. É preciso que os próprios interessados priorizem como bandeira fundamental a defesa da vida e da integridade física.

## **6.3 A postura dos Poderes Públicos**

O Poder Público na esfera administrativa, em especial o Executivo, não se tem desincumbido a contento da tarefa de tutela do meio ambiente do trabalho, como determina a Constituição (arts. 7º, XXII, e 225). Isso decorre do fato de que a fiscalização federal acha-se desaparelhada materialmente e, em especial, com relação a recursos humanos, bastando observar que para fiscalizar todas as empresas nacionais, conta o Ministério do Trabalho e Emprego com número insuficiente de Auditores Fiscais na área de segurança e medicina do trabalho (em 2003, com cerca de 800 em todo o Brasil). Além disso, há no seio da fiscalização federal conflitos internos que impedem a realização de um trabalho conjunto mais eficiente com o Sistema Único de Saúde (SUS) e com os Centros de Referência de Saúde do Trabalhador, já existentes em vários municípios do país, porque o órgão federal, contrariando normas constitucionais (CF, art. 200, II e VIII), entende ser da sua exclusividade a atuação nessa área, quando na verdade essa exclusividade diz respeito somente à

atuação por infrações às normas de segurança e medicina do trabalho. Não se pode esquecer, contudo, que a partir de 1988 o sistema de saúde no Brasil foi descentralizado, passando sua atuação para o já mencionado SUS, como forma de melhor atender a população, o que de fato, embora ainda devagar, vem ocorrendo, não podendo ficar de fora a saúde do trabalhador a partir dos locais de trabalho.

Mas, além do Poder Executivo, há outros órgãos públicos incumbidos dessa tarefa, como o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, que nos últimos tempos vêm tendo atuação destacada na apuração de irregularidades ambientais e no julgamento de ações coletivas preventivas, respectivamente.

## **7 Os reflexos da globalização econômica nas condições de trabalho**

Qualquer prognóstico sobre saúde e segurança no trabalho deve passar, necessariamente, por uma avaliação do processo de globalização da economia, do presente e futuro do direito do trabalho e da seguridade social.

Não se desconhece que o mundo vive uma crise generalizada, cujo fenômeno marcante é a intensificação do processo de globalização da economia, a qual acarreta benefícios para alguns e prejuízos para outros. Quem mais ganha são os seus donos, as grandes potências, detentoras do capitalismo. Quem mais perde são os países em desenvolvimento, como o Brasil, não preparados para enfrentar esse processo, que está atingindo as economias mundiais com muita intensidade e até restringindo suas soberanias.

Na área trabalhista, os principais reflexos são o desemprego<sup>26</sup>, a informalidade<sup>27</sup> do trabalho e a precariedade das condições em que esse trabalho é desenvolvido, mão-de-obra desqualificada, leis

---

<sup>26</sup> Como causas do desemprego pode-se apontar o baixo crescimento econômico, a reestruturação empresarial na busca de qualidade e competitividade, a abertura da economia sem proteção adequada para as empresas nacionais, sobretudo as pequenas e médias, o não-acompanhamento do crescimento da população ativa, a falta de políticas governamentais efetivas de emprego etc.

<sup>27</sup> No setor urbano, segundo estatísticas, o trabalho sem registro em carteira gira em torno de 57%, e na área rural esse índice passa dos 70%.

trabalhistas inadequadas, estrutura sindical ultrapassada, Justiça do Trabalho emperrada, educação precária, entre outros não menos importantes<sup>28</sup>.

A classe trabalhadora viveu, a partir da Revolução Industrial, um século de lutas, um outro de conquistas (do chamado Estado do bem-estar social) e, finalmente, entra no terceiro século, denominado de Estado do mal-estar.

Diz Nestor de Buen<sup>29</sup> que

tornou-se moda imputar ao Estado do bem-estar as causas reais da crise. Nesse sentido, foram escolhidas duas vítimas propícias: a Seguridade Social e o Direito do Trabalho. Pelos rumos da Grã-Bretanha, Margareth Thatcher e, em seguida, seu sócio americano, Ronald Reagan, lideraram a feroz campanha contra o EB (Estado do Bem-Estar), ajudados pelas agressões acadêmicas da escola de Chicago de Nilton Friedman.

Não se defende claramente a eliminação desse importante ramo do Direito (o Direito do Trabalho). Todavia, os ataques são freqüentes, sendo os principais, em efetivo andamento, entre outros, os seguintes:

- ruptura dos seus princípios fundamentais;
- volta ao contrato civil regulando o fornecimento de mão-de-obra;
- fim da estabilidade no emprego, que já é uma realidade incontornável;
- abolição do princípio da continuidade da relação de emprego;

---

<sup>28</sup> A globalização aumentou a diferença entre países ricos e pobres, diz estudo da ONU em parceria com a OIT. Vista pelos olhos da vasta maioria dos homens e mulheres, a globalização não atendeu às suas simples aspirações por *empregos decentes* e um futuro melhor para seus filhos, diz o relatório. A comissão que preparou o relatório propõe uma série de medidas para melhorar a governança, tornar mais justo o comércio internacional, *promover normas fundamentais de trabalho* e um *nível mínimo de proteção ao trabalhador*. Para que as ações saiam do papel, conclama a participação de organismos internacionais, como o FMI e o Banco Mundial (*Folha de S. Paulo*, de 25 fev. 2004, Caderno B-1).

<sup>29</sup> O Estado do Mal-Estar. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 62, n. 5, p. 611, 1998.

- formas temporárias e precárias de contratação (cooperativas de mão-de-obra, terceirização, quarteirização, quinqüiteirização, trabalho temporário etc.);
- intermediação de mão-de-obra por empresas inidôneas (na área rural, pelos já conhecidos “gatos” e outras formas de fraudar direitos trabalhistas);
- modificação *in pejus* dos contratos coletivos, alterando uma cultura secular de busca de melhorias para os trabalhadores por meio das convenções coletivas de trabalho;
- revogação do princípio *in dubio pro “operário”* (na Argentina esse princípio já foi substituído pelo princípio *in dubio pro “empresário”*, cujo art. 16 da Lei de Emprego, Lei n. 24.013, está assim vazado: *quando* as características da relação existente entre as partes puderem gerar no empregador uma dúvida razoável sobre a aplicação da lei de contrato, o juiz ou tribunal poderá reduzir a indenização prevista no art. 8º até um valor não inferior a duas vezes o valor mensal do salário que resulta da aplicação do art. 245 da Lei de Contrato de Trabalho<sup>30</sup>);
- implementação de políticas neoliberais apoiadas por governos federais<sup>31</sup>;
- desregulamentação/flexibilização das normas trabalhistas, fazendo-se prevalecer o negociado sobre o legislado num país que ainda não implementou a verdadeira liberdade sindical na busca de sindicatos fortes e independentes;
- diminuição dos custos empresariais, sob pretexto de que o custo da mão-de-obra inviabiliza os empreendimentos e a competitividade nos mercados interno e externo;
- desrespeito constante a direitos humanos mínimos e elemen-

---

<sup>30</sup> BUEN, op. cit., p. 617.

<sup>31</sup> Espera-se que os governos, ao contrário, usem o Estado-Providência como instrumento de efetivação e asseguramento dos direitos básicos fundamentais dos trabalhadores, especialmente na reforma trabalhista que se quer fazer. Que essa reforma tenha como fundamento não a busca de “caixa fiscal”, como querem alguns, mas a concretização dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito na relação capital-trabalho, que são a dignidade humana, os valores sociais do trabalho, na busca de uma sociedade mais justa e solidária.

tares do cidadão trabalhador, como o trabalho infanto-juvenil, discriminações as mais diversas nas relações de trabalho e até trabalho escravo encontrado em vários Estados brasileiros.

Quanto à Seguridade Social, os ataques reais começaram com a sua privatização no Chile, seguidos pelo Peru, Argentina, Colômbia, Uruguai, Venezuela, Equador, Bolívia e, finalmente, Brasil, que vem tentando de todas as formas modificar o sistema de proteção estatal, diminuindo os direitos conquistados por muitas lutas, como se observa da Emenda Constitucional n. 20/99 e da Lei Ordinária n. 9.876/99 (arts. 3º e 5º) que criou o chamado Fator Previdenciário, que leva em conta o tempo de contribuição, o seu valor, a idade e os anos de sobrevida após a aposentadoria, com o objetivo de prolongar o tempo para aquisição do direito à aposentação. Quanto aos benefícios decorrentes de acidentes de trabalho, várias foram as investidas, nos últimos anos, que reduziram e eliminaram direitos.

O panorama geral, como se vê, não é nada animador, e a tendência, se tudo continuar pela ótica neoliberal, é de agravamento das condições inseguras de trabalho e conseqüente aumento do número de acidentes, fato, aliás, já comprovado por estatística da OIT<sup>32</sup>, demonstrando que o Brasil desceu do 15º lugar, em 1995, para o 10º, em 1997, no *ranking* mundial em acidentes de trabalho. A globalização da economia e as mudanças no mercado e no Direito do Trabalho são responsáveis por esses dados assustadores que, não obstante a diminuição dos acidentes, ainda mantêm o Brasil no patamar dos países que mais produzem acidentes laborais.

A reforma trabalhista é necessária, porém, na busca de adaptação e modernização das normas trabalhistas aos tempos atuais, não se podendo perder de vista os irreparáveis prejuízos humanos e sociais que podem ser causados por reformas irresponsáveis que levam em conta somente os aspectos econômicos, em detrimento dos sociais e humanos.

---

<sup>32</sup> *Jornal do Brasil*, de 10 set. 1997, Caderno A-13.



## 8 Razões que justificam a defesa do meio ambiente do trabalho

Três razões fundamentais, ao menos, justificam a necessidade de defesa do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores. A primeira, numa lógica capitalista de mercado, é a econômica, porque todo aquele que se propõe a empreender alguma atividade econômica tem em mente obter lucro com ela; contudo, é preciso saber que as conseqüências dos ambientes de trabalho inadequados são as doenças ocupacionais e os acidentes de trabalho, os quais podem custar caro para o empreendedor que não cuida adequadamente da segurança e saúde dos seus trabalhadores, pois, além das implicações penais, terá que responder, conforme a situação, pelo pagamento de adicionais de insalubridade e de periculosidade, pela manutenção do emprego da vítima por certo lapso de tempo<sup>33</sup> e por indenizações por danos moral, material e estético, conforme a peculiaridade de cada caso concreto.

Isso pode representar grandes passivos trabalhistas capazes até mesmo de inviabilizar o negócio empresarial. Assim, mais do que ninguém, deve ser o empregador ou tomador de serviços o mais interessado em eliminar os riscos nos ambientes de trabalho.

A segunda e terceira razões são de natureza social e humana e interessam mais de perto à vítima, aos seus familiares e à própria sociedade.

Urge, como escreveu Jean de Givry<sup>34</sup>, apoiado nas palavras do então diretor-geral do Bureau Internacional do Trabalho, Francis Blanchard, “que o trabalho respeite a vida e a saúde do trabalhador, lhe deixe tempo disponível para seu descanso e lazer e lhe possibilite servir à sociedade e valorizar-se, desenvolvendo suas capacidades pessoais”.

Com efeito, é necessário entender que “a categoria trabalho não se circunscreve ao processo de produção e organização do traba-

---

<sup>33</sup> De acordo com o art. 118 da Lei n. 8.213/91, o prazo dessa estabilidade provisória é de doze meses, o qual normalmente é superior quando consta das convenções coletivas de trabalho, em alguns casos estendendo-se até o dia em que o trabalhador adquire o direito à aposentadoria nos seus prazos mínimos.

<sup>34</sup> A humanização do ambiente de trabalho: a nova tendência na proteção do trabalhador. *Tendências do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 1980. v. 3, p. 8.

lho dentro dos muros e paredes da empresa, mas se estende para fora, invade e modela a vida do trabalhador e suas relações com seus familiares, amigos e vizinhos”<sup>35</sup>. A sua compreensão, portanto, vai além da dimensão exclusivamente socioeconômica, para alcançar os importantes aspectos social, moral e humano, o que incompreensivelmente não encontra guarida em certas formas de trabalho contemporâneo que se restringem a uma fria relação homem-máquina.

## 9 O papel da sociedade civil na defesa do meio ambiente do trabalho

O art. 225 da Carta Magna assegurou, pela primeira vez, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito impôs não só ao Poder Público, mas também à sociedade, o dever de defendê-lo.

O comando constitucional *supra* estabelece cristalinamente que o bem ambiental é direito de cada um e de todos ao mesmo tempo. É um bem de uso comum do povo, cuja proteção destina-se a um bem maior: *o direito à vida com qualidade e dignidade*, sendo o homem seu destinatário, o centro de todas as atenções<sup>36</sup>. Daí, a responsabilidade compartilhada entre Estado, sociedade e empresas pela defesa do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador.

## 10 Conclusões/resumo

- a) O Brasil tem um dos mais avançados arcabouços teórico-legislativos em matéria de proteção do meio ambiente e da saúde e segurança dos trabalhadores. Não obstante isso, contraditoriamente ainda registra preocupantes índices de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais, figurando, de acordo com estatística da OIT, no *ranking* internacional, no décimo lugar em acidentes de trabalho.

---

<sup>35</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 11.

<sup>36</sup> É isso que justifica, como afirmam Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, uma visão antropocêntrica do direito constitucional ambiental (*Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 51-55).

- b) Essa posição decorre, entre outros motivos, da falta de uma política prevencionista efetiva, a cargo dos Poderes Públicos e da sociedade civil (empresas, sindicatos etc.), que não se conscientizaram ainda da necessidade de efetivação dos princípios da valorização do trabalho e da dignidade humana do trabalhador.
- c) Os discursos predominantes dos governos nos últimos anos têm-se afastado das políticas sociais, priorizando as políticas econômicas internacionais, que, como filosofia do capitalismo globalizado, consideram o homem, no processo produtivo, não como sujeito-fim, mas como objeto-meio, quando na verdade é ele o seu patrimônio humano mais importante.
- d) Os sindicatos, que têm o dever primordial de defender os interesses dos seus representados, salvo honrosas exceções, têm-se omitido no tocante à proteção da saúde dos trabalhadores nos ambientes de trabalho. Tal decorre do fato de que não há ainda uma conscientização entre os próprios trabalhadores no sentido de que, na relação trabalho-capital, o objeto mais importante é a preservação da vida.
- e) Como consequência, tem-se anualmente milhares de trabalhadores mutilados e incapacitados para as atividades laborativas, além de um crescente índice de mortes no trabalho, o que leva a um gasto insuportável para as próprias empresas e para a Previdência Social. Para os trabalhadores, além dos sofrimentos físicos e morais, há um elevado número de desajustes humanos e sociais.
- f) Por isso, é necessário que as garantias existentes sejam concretizadas por meio de conscientização e educação preventivas-ambientais e dos instrumentos legais postos à disposição pelo ordenamento jurídico.
- g) Finalmente, é preciso compreender que o trabalho é meio de se ganhar a vida, e não de se perdê-la, e que o ser humano é o valor mais importante. Ele é o sujeito-fim de qualquer atividade ou ato humano.

## **Referências**

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BUEN, Nestor de. O Estado do Mal-Estar. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 62, n. 5, p. 612-618, 1998.
- DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação*. São Paulo: Unesp, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2000.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- GIVRY, Jean de. A humanização do ambiente de trabalho: a nova tendência na proteção do trabalhador. *Tendências do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 1980. v. 3, p. 7-15.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. 2002. 364 f. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELO, Raimundo Simão de. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador*. 2004. 301 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.
- REVISTA DA FUNDACENTRO. São Paulo, ano 1, n. 1, ago. 1997.
- REVISTA *VEJA*. São Paulo: Abril Cultural, ano 33, n. 26, jul. 2000.
- RIBEIRO, Herval Pina. *A violência oculta do trabalho: as lesões por esforços repetitivos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.
- SINDICATO dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Osasco. *Vítimas dos ambientes de trabalho: rompendo o silêncio*. Osasco (SP), 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

# Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais



# Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado

Luciano Rolim\*

**Sumário:** 1 O foro privilegiado na Reforma do Judiciário. 2 O foro privilegiado na história constitucional brasileira. 3 A contribuição do Supremo Tribunal Federal para o alargamento do foro privilegiado. 4 A proibição de foro privilegiado na Constituição de 1988. 5 Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado. 6 Natureza jurídica do ato de improbidade administrativa. 7 Alcance das cláusulas pétreas. 8 Conclusão.

## 1 O foro privilegiado na Reforma do Judiciário

No âmbito da Reforma do Judiciário, prevê-se a instituição de foro privilegiado para o processo e julgamento de determinadas autoridades superiores em sede de ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa<sup>1</sup>. A proposta é estender o privilégio – que fora originalmente outorgado pela Constituição de 1988 apenas

---

\* Luciano Rolim é Procurador da República no Distrito Federal.

<sup>1</sup> Quanto ao foro para ação popular e ação civil pública, as alterações propostas, segundo o texto da Proposta de Emenda à Constituição n. 358/05, em trâmite na Câmara dos Deputados, são as seguintes: 1) “julgamento do Prefeito, *por atos praticados no exercício da função ou a pretexto de exercê-la*, perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, X); 2) competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, “[...] a ação popular e a ação civil pública contra atos do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal” (art. 102, I, d); 3) competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, “[...] as ações populares e as ações civis públicas contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal” (art. 105, I, b). No que concerne à ação de improbidade, propugna-se pela inclusão, no texto constitucional, do art. 97-A, cujo parágrafo único estatui que “A ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no *caput* deste artigo” (cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Consulta Tramitação das Proposições*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 2 mar. 2005).

quanto às ações penais<sup>2</sup> – à seara cível, assegurando com isso maior independência a essas autoridades para o desempenho de suas funções.

Além disso, o proposto art. 97-A intenta, em seu *caput*, estender o privilégio a ex-autoridades, ao estabelecer que o foro privilegiado subsistirá, com relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função.

O texto que contém essas inovações já foi aprovado em segundo turno pelo Senado Federal, encontrando-se atualmente na Câmara dos Deputados, para deliberação final<sup>3</sup>.

## 2 O foro privilegiado na história constitucional brasileira

No constitucionalismo brasileiro, o foro privilegiado, não obstante muitas vezes tolerado, em caráter excepcional, para o processo e julgamento de determinadas autoridades públicas na esfera penal, sempre foi objeto de forte repulsa, desde a nossa primeira Constituição. Com efeito, mesmo no período imperial, em que vigorava o princípio monárquico, a Constituição de 1824 já dispunha, em seu art. 179, XVII: “À exceção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem comissões especiaes nas causas cíveis, ou crimes”.

A proibição de foro privilegiado nas Constituições brasileiras – sempre expressa no capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais – prosseguiu após a instauração da República. “À exceção das causas, que, por sua natureza, pertencem a juízos especiaes, não haverá foro privilegiado”, prescrevia, de forma taxativa, o art. 72, § 23, da primeira Constituição republicana, de 1891.

A Constituição de 1934, por sua vez, inovou, agregando à cláusula proibitiva, no art. 113, n. 25, a vedação de tribunais de exceção:

---

<sup>2</sup> Somente é apropriado falar em foro privilegiado no tocante a ação de que possa resultar aplicação de sanção ao acusado; por conseguinte, não se deve incluir nessa categoria a previsão de competência originária dos tribunais para o processo e julgamento dos seguintes remédios constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção.

<sup>3</sup> Parte da Reforma do Judiciário, aprovada em segundo turno pelo Senado Federal sem modificações ao texto aprovado pela Câmara dos Deputados, foi promulgada como Emenda Constitucional n. 45, em 8 de dezembro de 2004.



“Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admittem-se, porém, juízos especiais em função da natureza das causas”.

Percebe-se que as primeiras Constituições brasileiras excepcionavam da cláusula vedatória de foro privilegiado as causas que, por sua natureza, pertenciam a juízos especiais. Na verdade, do ponto de vista da teoria processual, a ressalva seria despicienda, pois a previsão de juízos especiais em razão da matéria não configura foro privilegiado, porquanto este é fixado com base em critérios pessoais e não materiais<sup>4</sup>. Exceção propriamente dita à regra proibitiva, encontrada nos diversos textos constitucionais brasileiros, é a previsão de hipóteses de foro privilegiado, sempre restritas ao âmbito penal, para o processo e julgamento de crimes, comuns ou de responsabilidade, imputados a determinadas autoridades públicas superiores. A ressalva mencionada tinha a virtude, porém, de enfatizar que somente a “natureza da causa”, e não a qualidade da parte, poderia servir de critério para definição da competência de juízos especiais.

Todavia, a partir da Constituição de 1946 – que restabeleceu a garantia proibitiva, omitida na carta totalitária de 1937 – tem prevalecido o rigor técnico, mediante proibição vazada em fórmula concisa, sem a aludida ressalva, que passou a se considerar implícita. Dessa forma, preceituava o art. 141, § 26, daquela Constituição que “não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção”.

O art. 153, § 15, da Constituição de 1967, inalterado pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, manteve a proibição, nos seguintes termos: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”.

Já a Constituição de 1988, embora considerada a mais democrática de todas as Constituições brasileiras, não previu expressamente a vedação de foro privilegiado. Apesar disso, o seu art. 5º, XXXVII, dispõe que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Carece de maiores investigações o alcance da proibição de juízo ou tribunal de exceção no art. 5º, XXXVII, da Constituição de

---

<sup>4</sup> Entendemos que a competência hierárquica ou funcional no fundo resulta em uma competência pessoal, sobretudo quando protege a autoridade beneficiária contra qualquer tipo de acusação, ainda que fundada em fatos estranhos ao exercício da função pública.

1988. No caso, cabe perquirir se a cláusula proibitiva abrange o foro privilegiado. Mais especificamente, deve-se apurar se houve uma evolução conceitual, de modo que se incluísse o foro privilegiado no conceito de juízo ou tribunal de exceção. Outra hipótese provável é a omissão deliberada da garantia proibitória de foro privilegiado na Constituição de 1988.

O exame dessas hipóteses, entretanto, far-se-á em tópico específico. Merecerá um tópico à parte, também, a pesquisa da contribuição do Supremo Tribunal Federal para a ampliação do foro privilegiado no Direito brasileiro.

Outro aspecto interessante a ser ressaltado no momento, pertinente ao desenvolvimento histórico da disciplina constitucional do foro privilegiado, concerne à terminologia do instituto. Consoante visto, adotou-se, durante toda a história constitucional brasileira, a expressão “foro privilegiado”. A despeito disso, constata-se, na doutrina e na jurisprudência, uma preferência pelo emprego, em relação a autoridades públicas, da expressão “foro especial por prerrogativa de função”, o que sugere uma interpretação restritiva, destinada a afastar do âmbito de proibição da norma as autoridades públicas, para as quais a previsão de foro especial não caracterizaria foro privilegiado.

Trata-se, sem dúvida, de entendimento discutível, pois conduz ao esvaziamento do conteúdo normativo da proibição, excluindo do seu âmbito de incidência os potenciais beneficiários, por excelência, desse tipo de privilégio, quais sejam, as autoridades públicas. Com efeito, a possibilidade prática de criação de foro privilegiado para particulares e servidores públicos subalternos é simplesmente impensável.

Na Reforma do Judiciário ora em trâmite, porém, intenta-se legitimar constitucionalmente esse entendimento, mediante a introdução da expressão “foro especial por prerrogativa de função” no texto da Constituição de 1988<sup>5</sup>.

Por último, registra-se neste escorço histórico que, paradoxalmente, em que pesem as já enaltecidas qualidades da Constituição

---

<sup>5</sup> Cf. nota 1 *supra*.

de 1988, foi ela a mais generosa em conceder foro privilegiado a autoridades públicas, registrando 19 hipóteses do privilégio em seu texto (arts. 29, X; 102, I, *b* e *c*; 105, I, *a*; e 108, I, *a*)<sup>6</sup>.

### **3 A contribuição do Supremo Tribunal Federal para o alargamento do foro privilegiado**

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado papel decisivo para o alargamento do foro privilegiado no Direito brasileiro.

Jurisprudência secular da Corte Suprema, consolidada na Súmula 394, editada em 3 de abril de 1964, estendera, em exegese ampliativa, o foro privilegiado a ex-autoridades, na hipótese em que, cometido o crime durante o exercício funcional, o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a cessação daquele exercício. Em 1999, contudo, o STF, em decisão exarada no Inquérito n. 687-SP, cancelou a súmula em questão, ao argumento principal de que a Constituição não foi explícita em atribuir o privilégio a ex-autoridades<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Desenvolvimento singular apresenta o privilégio de foro para deputados federais e senadores, contemplado no art. 102, I, *b*, da vigente Constituição. Instituído em 1824, pela Constituição do regime monárquico, fora extinto pela primeira Constituição da República, de 1891, somente voltando a obter consagração constitucional em 1969, com a publicação da Emenda Constitucional n. 01 à Constituição de 1967.

Em voto-vista proferido no julgamento do Inquérito n. 687-SP, o ministro Sepúlveda Pertence anotou, após pesquisa de Direito Constitucional Comparado, que somente encontrara regra semelhante à que estipula privilégio de foro para membros do Congresso Nacional nas Constituições da Espanha (art. 71, 4) e da Venezuela (art. 215, 1<sup>ª</sup> e 2<sup>ª</sup>). Com relação à Constituição da Venezuela, assentou o ministro que “a competência da Suprema Corte é restrita a ‘declarar se há procedência ou não para o julgamento’ e, em caso afirmativo, remeter o caso ao tribunal comum competente, onde, no entanto, a instauração do processo contra membro do Congresso dependerá da licença da sua Câmara (Const., art. 144)” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 179, p. 934, jan./mar. 2002).

<sup>7</sup> “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PROCESSO CRIMINAL CONTRA EX-DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1<sup>º</sup> GRAU. NÃO MAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. 1. Interpretando ampliativamente normas da Constituição Federal de 1946 e das Leis n. 1.079/50 e 3.528/59, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, consolidada na Súmula 394, segundo a qual, ‘cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’. 2. A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição

Outrossim, a Suprema Corte vislumbra, no § 1º do art. 125 da Constituição da República<sup>8</sup>, a existência de autorização constitucional aos Estados-Membros para inclusão, nas Constituições Estaduais, de novas hipóteses de foro privilegiado perante os respectivos Tribunais de Justiça.

No julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2587/GO, entendeu o STF que essa autorização era limitada, porquanto se exigia, para a outorga, pela Constituição de Estado-Membro, de foro privilegiado a determinada autoridade estadual, a previsão, na Constituição da República, do mesmo privilégio em favor de autoridade que lhe fosse correspondente no plano federal (critério da simetria com o modelo federal). Por consequência, o Tribunal suspendeu, até decisão final da ação, a eficácia

---

de 1988, ao menos às expressas, pois, no art. 102, I, 'b', estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar 'os membros do Congresso Nacional', nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-Presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102, I, 'b' e 'c'). Em outras palavras, a Constituição não é explícita em atribuir tal prerrogativa de foro às autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato. Dir-se-á que a tese da Súmula 394 permanece válida, pois, com ela, ao menos de forma indireta, também se protege o exercício do cargo ou do mandato, se durante ele o delito foi praticado e o acusado não mais o exerce. Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita pelo Tribunal. Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não a proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo. Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa na Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos. Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos. 3. Questão de Ordem suscitada pelo Relator, propondo cancelamento da Súmula 394 e o reconhecimento, no caso, da competência do Juízo de 1ª grau para o processo e julgamento de ação penal contra ex-deputado federal. Acolhimento de ambas as propostas, por decisão unânime do Plenário [...]” (RTJ, v. 179, p. 912 e ss.).

<sup>8</sup> “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. [...]”.

de dispositivo constitucional estadual que incluía, na competência penal originária por prerrogativa de função do Tribunal de Justiça, os delegados de polícia, os procuradores de Estado e da Assembléia Legislativa e os defensores públicos, tendo em vista que delegados federais, advogados da União e defensores públicos federais não gozam de privilégio de foro na Constituição Federal<sup>9</sup>.

Todavia, no julgamento definitivo da citada ADIn, em 1º de dezembro de 2004, o STF abandonou o critério de simetria em apreço. De fato, o Tribunal, por maioria, acompanhando a divergência iniciada pelo ministro Carlos Britto, julgou constitucional a previsão, em Constituição de Estado-Membro, de foro privilegiado para defensores públicos e procuradores de Estado e de Assembléia Legislativa. Apenas quanto aos delegados de polícia, deixou-se de reconhecer o privilégio, sob o fundamento de que esse seria incompatível com outras regras constitucionais, em especial a que trata do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público<sup>10</sup>.

Prática comum do Governo Federal, chancelada pelo STF<sup>11</sup>, consiste em atribuir *status* de ministro de Estado a determinadas

---

<sup>9</sup> *Informativo STF*, n. 286, 14-18 out. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info286.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

<sup>10</sup> Considerou-se, nos termos dos fundamentos do voto do ministro Gilmar Mendes, a necessidade de se garantir a determinadas categorias de agentes públicos, como a dos advogados públicos, maior independência e capacidade para resistir a eventuais pressões políticas, e, ainda, o disposto no § 1º do art. 125 da CF, que reservou às Constituições Estaduais a definição da competência dos respectivos tribunais (*Informativo STF*, n. 372, 29 nov.-3 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info372.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005).

<sup>11</sup> O Tribunal, em questão de ordem no Inquérito 1.660-DF, relator ministro Sepúlveda Pertence, reconheceu a sua competência para conhecer e julgar queixa-crime contra o Advogado-Geral da União, tendo em vista a edição da Medida Provisória n. 2.049-22, de 28/8/2000, que transformou o cargo de Advogado-Geral da União, anteriormente de natureza especial, em cargo de ministro de Estado, atraindo a incidência do art. 102, I, c, da CF, de acordo com o qual compete ao STF processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os ministros de Estado (cf. *Informativo STF*, n. 201, 4-8 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info201.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005). Posteriormente, no Inq. 2.044 QO/SC, relator ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal reafirmou a dicotomia entre os cargos de ministro de Estado, atualmente fixados pelo art. 25, parágrafo único, da Lei n. 10.863/2003 ("São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o

autoridades – sem a correspondente transformação dos órgãos por elas titularizados em ministérios –, com o propósito, quando não exclusivo, ao menos principal, de resguardá-las, pelo foro privilegiado assegurado na Constituição Federal aos ministros de Estado, da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário federais de 1ª instância<sup>12</sup>.

Em que pese ao precedente do STF, entendemos que a atribuição dessa condição a quem não titulariza ministério deve ter repercussão apenas na esfera administrativa, financeira e protocolar, não atraindo a incidência do regime constitucional próprio dos ministros de Estado<sup>13</sup>.

---

Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil”), e os de natureza especial, que conferem prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos primeiros, constantes no art. 38, § 1º, da mesma lei (“Art. 38. São criados os cargos de natureza especial de Secretário Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, de Secretário Especial de Agricultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. § 1º Os cargos referidos no *caput* terão prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado”). Entendeu-se, no caso, que o secretário especial de Agricultura e Pesca, por não ser ministro de Estado, não possui a prerrogativa de foro estabelecida no parágrafo único do art. 25 da Lei n. 10.683/2003, e que a extensão de prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos ministros de Estado a que alude o §1º do art. 38 da referida lei repercute somente nas esferas administrativa, financeira e protocolar, mas não na estritamente constitucional (cf. *Informativo STF*, n. 374, 13-17 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antecedentes/info374.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005).

<sup>12</sup> O caso mais recente, a espelhar fraude manifesta à Constituição Federal, foi o reconhecimento, por medida provisória (MP n. 207/2004 – a “MP do Meireles”, como ficou conhecida, em alusão ao beneficiário direto da medida –, convertida na Lei n. 11.036/2004), do *status* de ministro de Estado a presidentes e ex-presidentes do Banco Central, com o objetivo confesso de “blindar” – conforme amplamente noticiado pela imprensa – o atual presidente da autarquia, Henrique Meireles, de investigação promovida pela Procuradoria da República no Distrito Federal. Ressalta-se de pitoresco no caso, além da espécie legislativa empregada, o fato de o Banco Central, cujo presidente foi agraciado com o *status* de ministro de Estado, estar vinculado a um ministério, qual seja, o Ministério da Fazenda (Decreto n. 5.136/2004, art. 2º, IV, a).

A leniência da Suprema Corte no trato da matéria fez surgir um quadro de escárnio: proposta de anteprojeto de lei apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, ao Colégio de Presidentes de Seccionais da OAB prevê foro privilegiado para advogados<sup>14</sup>. A idéia da proposta é estender aos advogados o mesmo tratamento dado a magistrados e membros do Ministério Público. Cremos, porém, que a Ordem dos Advogados do Brasil

---

<sup>13</sup> Em despacho prolatado na Petição n. 1.199-6/SP, o ministro Celso de Mello, em percuciente análise, salientou os preceitos constitucionais que compõem o estatuto jurídico concernente ao ministro de Estado: (a) competência para referendar atos e decretos do Presidente da República (art. 87, parágrafo único, I); (b) definição do órgão judiciário competente para apreciar mandados de segurança e *habeas corpus* (art. 105, I, b e c); (c) prerrogativa de foro *ratione numeris* perante o STF, nas infrações penais comuns (CF, art. 102, I, c), ou perante o Senado Federal, na hipótese de crime de responsabilidade conexo com ilícito da mesma natureza praticado pelo Presidente da República (art. 52, I); (d) regramento pertinente à remuneração funcional (CF, art. 49, VIII); (e) direito de comparecer, por sua iniciativa, perante as Casas do Congresso ou qualquer de suas comissões (art. 50, § 1º) (apud MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1273-1274). A natureza específica do estatuto constitucional do ministro de Estado não passou despercebida ao ministro Carlos Brito, que, após sublinhá-la, em decisão proferida na Rcl. 2.417/SC, pontificou: “V – Esse vínculo funcional que a Magna Carta estabelece entre ministro e ministério não pode sofrer desfazimento por conduto de lei. A lei menor não pode desenlaçar os dois termos. São coisas inapartáveis, por definição, pois o regime jurídico de uma e de outra figura, à semelhança do enlace operacional entre Presidência e Presidente, decorre é do Texto Magno mesmo. [...] VI – É nessa constitucional condição de titular de um ministério – unidade mais importante de toda a Administração Pública Federal – que o Ministro de Estado desfruta de foro especial. Foro especial por prerrogativa de função... ministerial. Tudo resultante de comando ainda uma vez emitido pela Constituição Republicana, diretamente. Insuscetível de remodelagem por outro cinzel legislativo que não seja daquela mesma estirpe constitucional. 16. Este encadeado raciocínio não recusa à lei menor a força de conferir ‘status’ de ministro, para certos efeitos, a quem ministro não é. São os contraídos efeitos a que se refere o percuciente ministro Celso de Mello, já mencionados linhas atrás. Modo criativo e pragmático de sobrevalorizar determinadas funções e autoridades, mas sem aquela plenitude eficaz que implicaria até mesmo ampliar o rol das competências do Supremo Tribunal Federal. 17. Esclareça-se que esta mesma lucubração não importa desconhecer que é próprio da lei menor criar ministérios e os cargos de Ministros de Estado. Evidente. O que se está a negar é a possibilidade de a lei infraconstitucional separar o que a Constituição uniu. Tal como se diz na liturgia católica dos casamentos, com a frase altissonante: ‘O que Deus uniu, o homem não separe’” (*Informativo STF*, n. 376, 14-18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info376.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005).

melhor cumpriria o seu papel, honrando uma rica história de defesa do regime democrático, se, ao invés de transigir com privilégios antidemocráticos, propusesse a extinção do foro privilegiado para magistrados e membros do Ministério Público.

Tradicionalmente, o STF negava a existência de foro privilegiado na seara cível – inclusive ação popular, ação de improbidade administrativa e ação civil pública –, sob o argumento de que o privilégio só fora previsto expressamente na Constituição Federal para o processo e julgamento de crimes<sup>15</sup>.

A consolidação da jurisprudência do STF em relação a essa questão ensejou a propositura, pelo Ministério Público, de ações de improbidade administrativa contra diversas autoridades, em todas as

---

<sup>14</sup> De acordo com a notícia da proposta, publicada no sítio *Consultor Jurídico* (<<http://www.conjur.com.br>>), em 26 de novembro de 2004, “o anteprojeto prevê que, nos crimes comuns, praticados no desempenho da profissão perante juízos federais de primeira instância, o advogado será processado e julgado pelos Tribunais Regionais Federais. Quando o crime comum for praticado no desempenho profissional, perante juízes de primeira instância estadual, o advogado será processado e julgado pelos tribunais de justiça”. Consta das justificativas da proposta:

“[...] a Constituição Federal, secundada pelas Constituições Estaduais e por leis infraconstitucionais, entre essas as leis e códigos de organização judiciária dos diversos Tribunais de Justiça do país, consagra aos magistrados e membros do Ministério Público o foro especial por prerrogativa de função, sendo que a esses dois órgãos fica garantido o postulado do juiz natural ‘diferenciado’ (CF, art. 5º, LIII), na forma dos diplomas legais mencionados. Por outro lado, o arcabouço legal pátrio não deu o mesmo tratamento aos advogados, não obstante tenha preceituado o art. 133 da Constituição da República que ‘O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’. Na mesma linha de entendimento, o art. 2º da Lei n. 8.906/94 estabelece que ‘O advogado é indispensável à administração da justiça’ e em seu § 1º acentua que ‘no seu ministério privado, o advogado contribui na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem munus público’.[...] Pois bem, sendo o advogado ‘indispensável à administração da justiça’; prevendo a lei que mesmo ‘no seu ministério privado’ ‘seus atos constituem *munus* público’, portanto exercente de função pública, nada há a impedir que aos advogados seja atribuído o mesmo privilégio de foro decorrente da prerrogativa de função dispensado aos magistrados e membros do Ministério Público”.

<sup>15</sup> Cf. a decisão proferida no Agravo Reg. em Reclamação n. 1.110-1/DF, relator ministro Celso de Mello, na qual se mencionam vários precedentes da Suprema Corte (*Informativo STF*, n. 172, 22 a 26 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info172.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005).



esferas de governo. Em muitas dessas ações, o Poder Judiciário de 1ª instância decretava, a requerimento do Ministério Público, a indisponibilidade liminar de todos os bens dos acusados. Estavam postas, destarte, as condições históricas que resultariam no estabelecimento do foro privilegiado em ações de improbidade administrativa. Entretanto, far-se-ia necessário contornar a antiga jurisprudência do STF. Para tanto, só havia duas formas imagináveis: transmutar ato de improbidade administrativa em crime; ou emendar a Constituição Federal, instituindo expressamente foro privilegiado em ação de improbidade administrativa.

Embora não pareça crível, o próprio Tribunal, de início, encarregou-se da primeira alternativa, empreendendo a estranha metamorfose: assentou que, em relação aos agentes políticos, os atos de improbidade administrativa correspondem a crimes de responsabilidade.

Na Reclamação n. 2.138-DF, o ministro-relator Nelson Jobim, em decisão liminar, suspendeu a eficácia de sentença condenatória proferida pela Justiça Federal de 1ª instância em ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Federal contra o então ministro da Ciência e Tecnologia Ronaldo Sardenberg. Inicialmente, o ministro Jobim fez distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição Federal: o previsto no art. 37, § 4º, e regulado pela Lei n. 8.429/1992; e o regime do crime de responsabilidade, fixado no art. 102, I, c, e disciplinado pela Lei n. 1.079/1950. Em seguida, concluiu que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei n. 8.429/1992, mas por crime de responsabilidade, em ação a ser proposta perante o STF, nos termos do art. 102, I, c, da CF<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cf. *Informativo STF*, n. 291, 18 a 22 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info291.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005. Na sessão de julgamento da reclamação, acompanharam o relator os ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do ministro Carlos Velloso, não havendo reiniciado até o presente momento.

A decisão proferida na Reclamação n. 2.138-DF foi, conforme registrou Cassio Scarpinella Bueno<sup>17</sup>, uma das peças-chave para a publicação da Lei n. 10.628/2002, que, modificando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estendeu às ações de improbidade o foro privilegiado. Segundo o autor

[...] o contexto em que promulgada a Lei 10.628, de 2002, é bastante rico no sentido de que tudo se fez para deslocar para o Supremo Tribunal Federal o julgamento de ações de improbidade administrativa que envolviam o chamado “primeiro escalão do Executivo Federal”, para empregar o jargão jornalístico<sup>18</sup>.

Atualmente, a constitucionalidade da referida lei é apreciada pelo STF em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

No julgamento da ADIn n. 2.797/DF, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, votou pela procedência das mencionadas ações, salientando que a ação de improbidade é de natureza civil, conforme se depreende do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria<sup>19</sup>. Em seguida ao voto do relator, o julgamento foi suspenso, em razão de pedido de vista do ministro Eros Grau.

A outra estratégia cogitável, para instituição do foro privilegiado em ação de improbidade administrativa, é objeto da Reforma do Judiciário, ainda em curso no Congresso Nacional. Eis o fruto final da jurisprudência do STF em matéria de foro privilegiado: a tentativa de constitucionalização do privilégio não apenas em ação

---

<sup>17</sup> O foro especial para as ações de improbidade administrativa e a Lei 10.628/02. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 457.

<sup>18</sup> BUENO, op. cit., p. 440.

<sup>19</sup> Cf. *Informativo STF*, n. 362, 20-24 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info362.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

de improbidade administrativa, mas também em ação popular e ação civil pública.

No que tange à ação de improbidade administrativa, o Constituinte Derivado, buscando afastar qualquer questionamento judicial, tendo em vista os limites materiais ao poder de reforma constitucional estipulados no art. 60, § 4º, da Constituição, tenta, socorrendo-se ao recurso hermenêutico engendrado na Reclamação n. 2.138-DF, imprimir à alteração um caráter meramente explicitador de um regime supostamente instituído pelo Constituinte Originário. Nessa linha, o Congresso Nacional, em interpretação autêntica do texto constitucional originário, almeja transformar ato de improbidade administrativa em crime de responsabilidade, nos seguintes termos:

Art. 97-A. A ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no *caput* deste artigo.

#### **4 A proibição de foro privilegiado na Constituição de 1988**

Como visto, a Constituição de 1988 não trouxe expressa em seu texto a proibição de foro privilegiado.

A princípio, experimenta-se certa perplexidade ao se constatar que a mais democrática e republicana de todas as Constituições brasileiras tenha, quebrando uma tradição que remonta à primeira Constituição pátria, e perpassa toda a nossa história constitucional, com exceção do curto período em que vigorou a Carta fascista de 1937, excluído do rol de direitos e garantias individuais a proibição do foro privilegiado.

Essa sensação se desfaz, contudo, quando se observa que, no estágio atual da doutrina e da jurisprudência brasileiras, essa proibição configura decorrência necessária do Princípio do Juiz Natural, extraído do art. 5º, XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), da Constituição. Nesse contexto, a

magistratura de 1º grau constitui o juiz natural dos brasileiros.

Na lição de Alexandre de Moraes, a Constituição Federal, ao consagrar, no art. 5º, XXXVII e LIII, o Princípio do Juiz Natural, não permite a criação de novas hipóteses de foro privilegiado, além das já previstas em seu texto<sup>20</sup>.

Na jurisprudência, colhe-se a posição do ex-ministro Moreira Alves, que, durante o debate travado no STF por ocasião do julgamento de questão de ordem suscitada no Inquérito n. 687-SP, assentou que “a prerrogativa de foro é, sem dúvida, excepcional. Ela afasta o Juiz natural nos termos estritos da Constituição [...]”<sup>21</sup>.

No mesmo diapasão, o ministro Carlos Velloso, em voto-vista proferido no referido julgamento, asseverou, após acentuar que “o foro por prerrogativa de função é tributo que pagamos pelo fato de termos sido Império”: “Os cidadãos devem ser julgados pelo juiz natural de todos eles. Assim, as normas que estabelecem foro privilegiado, que é o nome correto do foro por prerrogativa de função, devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação [...]”.

A seu turno, o ministro Celso de Mello frisou, em recente despacho, que o foro privilegiado constitui “derrogação extraordinária aos postulados da igualdade e do juiz natural”<sup>22</sup>.

Pode-se dizer que a proibição de foro privilegiado representa uma garantia inibitória de tratamento privilegiado; nesse sentido, é

---

<sup>20</sup> MORAES, op. cit., p. 2681-2682. Nessa esteira, lembra Fábio Konder Comparato que “a vedação de prerrogativa de foro costuma, com muito boa razão, vir expressa juntamente com a proibição de se criarem tribunais de exceção. E a razão é intuitiva. A livre instituição de privilégios jurisdicionais, se levada às suas últimas e naturais conseqüências, acabaria por revogar todo o ordenamento da competência judiciária e por eliminar, em conseqüência, juntamente com a submissão de todos, sem discriminações, aos mesmos juízes e tribunais, a regra de que os órgãos do Poder Judiciário devem ser, pela sua própria natureza, permanentes e não circunstanciais” (Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao Juízo do 1º grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 9, p. 6, jan. 1999).

<sup>21</sup> RTJ, v. 179, p. 943.

<sup>22</sup> Despacho proferido na Pet. n. 3270/SC, em 18 de novembro de 2004 (*Informativo STF*, n. 370, 15-19 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info370.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005).

um desdobramento natural do princípio isonômico. Mais do que isso, consoante observou Fábio Konder Comparato, é inerente ao regime político modelado pela Constituição Federal<sup>23</sup>.

Prescreve a Constituição, logo em seu art. 1º: a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Resultam claros, pois, os pilares que sustentam a ordem estatal da federação brasileira: república, democracia e Estado de Direito; todos convergindo para o tratamento igualitário entre os cidadãos brasileiros, sem distinção entre governantes e governados. Desse modo, é sob o prisma dessa ordem estatal que deve ser interpretado o princípio insculpido no art. 5º da Constituição: a isonomia constitucional não se esgota em uma igualdade jurídica formal, apolítica; antes, é uma igualdade viva, republicana, democrática.

Diante dessas considerações, carece de importância jurídica perquirir se o Constituinte de 1988 excluiu deliberadamente a vedação de foro privilegiado do texto constitucional; porquanto a garantia proibitória permaneceu incólume, conquanto implícita e não mais expressa, como corolário dos mencionados dispositivos constitucionais, bem como do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal<sup>24</sup>. Cuida-se de uma garantia clássica, de conteúdo negativo, que impede seja o indivíduo tratado como cidadão de segunda classe.

## **5 Limitações constitucionais intangíveis ao foro privilegiado**

O foro privilegiado, como o próprio nome indica, significa o privilégio assegurado a determinadas pessoas, em geral autoridades públicas<sup>25</sup>, de apenas serem submetidas a julgamento em instâncias

---

<sup>23</sup> “A vedação de privilégio pessoal não decorre apenas do princípio da isonomia, mas também da natureza republicana do regime adotado. Na República, como ninguém ignora, nenhum particular é dono do poder, mas todos os que o exercem devem ser considerados meros funcionários ou servidores do bem comum (*res publica*)” (COMPARATO, Ação de improbidade ..., cit., p. 7).

<sup>24</sup> “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CF, art. 5º, § 2º).

<sup>25</sup> A Lei n. 10.628/2002, fonte de inspiração da Reforma do Judiciário, no que concerne às inovações sob análise, modificou a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, para

especiais, de grau superior, ao contrário do cidadão comum, sujeito a julgamento pelo Poder Judiciário comum, ou seja, perante magistrados de carreira de 1ª instância.

No Brasil, predomina o entendimento, tanto em sede doutrinária<sup>26</sup>, quanto jurisprudencial<sup>27</sup>, de que o foro privilegiado não configura um privilégio pessoal outorgado à autoridade, mas uma prerrogativa funcional destinada a resguardar o regular exercício do cargo público; daí a preferência, nesses meios, pela expressão “foro por prerrogativa de função”, cuja matiz ideológica, todavia, não se deixa ocultar; ou que, pelo menos, mal consegue dissimular um certo desconforto em se admitir a verdadeira natureza jurídica do instituto: um privilégio – previsto em sede constitucional, é verdade, mas um privilégio, isto é, mera exceção a um regime jurídico geral ao qual se submetem todos, governantes e governados<sup>28</sup>. Não se trata, pois, de prerrogativa, porquanto essa atende a especificidades próprias

---

conferir foro privilegiado a ex-autoridades – que são cidadãos comuns –, em relação a atos administrativos praticados durante o exercício da função pública.

<sup>26</sup> MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. v. 1, p. 220-224; MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 161; TOJAL, S. B. B.; CAETANO, F. C. In: BUENO, C. S.; PORTO FILHO, P. P. R. (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 393 e ss.; TOURINHO FILHO, F. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 809, p. 397 e ss., mar. 2003; WALD, A.; MENDES, G. Ação de improbidade administrativa – competência. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, ano 1, n. 5, maio 1997.

<sup>27</sup> No julgamento do Inquérito n. 687-SP, acima referido, foi citado trecho do voto do ministro Victor Nunes Leal, proferido na Reclamação n. 473, que sintetiza bem o entendimento da Corte: “A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuam contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado” (RTJ, v. 179, p. 927-928).

<sup>28</sup> Nas palavras do ministro Carlos Velloso: “O foro por prerrogativa de função constitui, na verdade, um privilégio, que não se coaduna com os princípios republicanos e democráticos. O princípio da igualdade é inerente à República e ao regime democrático” (Inquérito n.

das diferentes funções estatais: a inviolabilidade assegurada aos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos (CF, art. 53)<sup>29</sup>; e a independência funcional dos magistrados, são exemplos clássicos de prerrogativas.

Não se nega, porém, que o foro privilegiado, a par de configurar um privilégio para os seus titulares, cumpra uma finalidade reconhecida pela ordem constitucional; ao revés, reconhece-se, na opção do Constituinte de 1988, o interesse em garantir o livre exercício dos mandatos político-representativos e das funções superiores do Estado, para o qual, segundo essa opção, é indispensável a previsão de foro privilegiado, nos termos definidos pela Constituição.

Nesse contexto, resta claro um conflito entre valores de dignidade constitucional: a submissão igualitária de todos, autoridades e cidadãos comuns, ao império do direito; e a estabilidade necessária ao exercício das funções públicas.

Esse conflito, como qualquer outro de natureza constitucional, somente se resolve mediante a compatibilização dos interesses em antagonismo. Essa harmonização, contudo, não resulta de uma pura teoria geral, vale dizer, não se infere do Direito Constitucional Geral; ao contrário, é objeto do Direito Constitucional Positivo. Assim sendo, deve-se perquirir como a ordem constitucional da República Federativa do Brasil soluciona o conflito entre esses valores. Enfim,

---

687-SP. RTJ, v. 179, p. 946). Digno de menção é o desabafo do ministro Celso de Mello na citada Pet. 3270/SC: “A evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, analisada na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, demonstra que as sucessivas Constituições de nosso país, notadamente a partir de 1891, têm se distanciado, no plano institucional, de um modelo verdadeiramente republicano. Na realidade, as Constituições republicanas do Brasil não têm sido capazes de refletir, em plenitude, as premissas que dão consistência doutrinária, que imprimem significação ética e que conferem substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, fundados em ideações e em práticas de poder que exaltam, sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador, privilégios de ordem pessoal ou de caráter funcional, culminando por afetar a integridade de um valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade” (*Informativo STF*, n. 370).

<sup>29</sup> Em sentido contrário, João Barbalho, em seu clássico *Constituição Federal Brasileira*, reputa a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos um privilégio, e não uma prerrogativa, chegando a afirmar: “Liberdade e responsabilidade são termos correlatos; e pode-se discutir

cumpre delinear os limites traçados para o foro privilegiado pela Constituição de 1988.

Conforme assentado, no regime constitucional brasileiro a proibição de foro privilegiado é uma garantia individual. Em consonância com essa premissa, a Constituição conferiu disciplina restritiva ao privilégio: limitou-o ao âmbito penal, de onde partem as mais graves ameaças impostas pelo Estado à liberdade humana; vale dizer, não transigiu com a garantia senão o estritamente necessário à estabilidade almejada para o exercício dos mandatos político-representativos e das funções estatais superiores<sup>30</sup>. Destarte, ressalvada a previsão de foro privilegiado para o processo e julgamento de determinadas autoridades pela prática de crime, vigora a submissão igualitária de todos os cidadãos brasileiros ao Poder Judiciário. Nas palavras do ministro Carlos Velloso, anteriormente citadas, “as normas que estabelecem foro privilegiado [...] devem ser interpretadas em sentido estrito, sem possibilidade de ampliação [...]”.

Pretende-se, agora, com a Reforma do Judiciário, substituir essa ponderação de valores do poder constituinte originário – assentada em princípios basilares do Estado brasileiro –, ampliando o foro privilegiado para ações populares, ações civis públicas e ações de improbidade; e, o que é pior, reconhecendo-o em favor de ex-autoridades.

Ocorre que, de acordo com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, a proibição de foro privilegiado encontra-se albergada por cláusula pétreia, que representa verdadeira barreira ao poder de reforma constitucional. Por força do mencionado dispositivo, somente o poder constituinte originário pode prever, seja criando ou ampliando, exceções a direitos e garantias individuais<sup>31</sup>.

Na doutrina, o constitucionalista luso Jorge Miranda, embora

---

muito livremente sem abusar da palavra” (apud FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 320).

<sup>30</sup> Fábio Konder Comparato, após ressaltar que os privilégios de foro representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, assevera: “Em consequência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem a mais mínima ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se achar autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração de utilidade pública lhe pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar esse benefício excepcional” (Ação de improbidade ... cit., p. 9).



adote uma posição restritiva quanto ao alcance das cláusulas pétreas<sup>32</sup>, reconhece:

II – É inconstitucional – materialmente inconstitucional, e com gravidade crescente – uma lei de revisão que:

a) estabeleça normas contrárias a princípios consti-

---

<sup>31</sup> Isso não impede, evidentemente, a tarefa de mera concretização de reservas legais pelo próprio poder de reforma, pois, nesse caso, cuida-se apenas de disciplinar exceção já prevista expressamente no texto constitucional. Cabe frisar, também, que as exceções a direitos e garantias constitucionais podem vir expressas no mesmo preceito que os assegura ou em outro dispositivo da Constituição. A leitura do art. 5º da Constituição fornece vários exemplos da primeira hipótese, contribuindo ainda para a compreensão do regime de restrição de direitos e garantias individuais: “VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”; “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”; “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”; “XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”; “XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; “XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”; “XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”; “LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”; “LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; “LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”; “LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

<sup>32</sup> Na visão do autor, as cláusulas pétreas podem ser revistas pelo poder constituinte derivado, o que permite, em um subseqüente processo de revisão, a modificação das relações por elas protegidas (teoria da dupla revisão); contudo, adverte Jorge Miranda, essas cláusulas, enquanto não forem revistas, vinculam o poder reformador (MIRANDA, J. *Teoria do*

tucionais que devam reputar-se limites materiais da revisão, embora implícitos (por exemplo, uma lei de revisão que estabeleça discriminação em razão da raça, infringindo, assim, o princípio da igualdade);

b) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos (por exemplo, uma lei de revisão que estabeleça censura à imprensa, afectando, assim, o conteúdo essencial de um direito fundamental de liberdade);

c) estabeleça normas contrárias a princípios constitucionais elevados a limites materiais expressos, com concomitante eliminação ou alteração da respectiva referência ou cláusula;

d) estipule como limites materiais expressos princípios contrários a princípios fundamentais da Constituição<sup>33</sup>.

Na jurisprudência, o próprio STF já decidiu, na ADIn n. 939/DF, que o estabelecimento de exceção a garantia individual pelo Constituinte Derivado viola cláusula pétrea da Constituição Federal<sup>34</sup>.

Em voto proferido na citada ação, o ministro-relator Sydney Sanches frisou:

---

*Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 418). No Brasil, comunga da mesma tese Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 14-15, out./dez. 1995).

<sup>33</sup> MIRANDA, op. cit., p. 426. Vale rememorar, também, a clássica lição de José Afonso da Silva: “É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto’, ‘passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação’, ou ‘o *habeas corpus*, o mandado de segurança’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou o voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendentes*, diz o texto) para a sua abolição” (*Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 69).

<sup>34</sup> “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e Lei Complementar. IPMF Imposto Provisório sobre a Movimentação

12. Nem me parece que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1º do art. 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emenda constitucional, ou seja, pela Constituição Derivada.

13. Se não se entender assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos<sup>35</sup>.

No mesmo julgamento, o ministro Marco Aurélio, após assentar que o princípio da anterioridade é uma garantia constituio-

---

ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, b, e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal.

I – Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, a, da CF). II – A Emenda Constitucional n. 3, de 17/3/1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica ‘o art. 150, III, b, e VI’, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1ª) o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição);

2ª) o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I, e art. 150, VI, a, da CF);

3ª) a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre:

‘b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;’ e

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinados a sua impressão” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 151, p. 755-756, out. 1996).

<sup>35</sup> *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 151, p. 812.

nal, afirmou que as exceções ao princípio foram taxativamente fixadas pelo legislador constituinte de 1988, o que impede a ampliação desse rol de exceções por emenda constitucional<sup>36</sup>.

Igualmente, anotou o ministro Carlos Velloso que “[...] a Emenda Constitucional n. 3, desrespeitando ou fazendo *tabula rasa* do princípio da anterioridade, excepcionando-o, viola limitação material ao poder constituinte derivado, a limitação inscrita no art. 60, § 4º, IV, da Constituição”<sup>37</sup>.

O ministro Celso de Mello também perfilhou o mesmo entendimento:

O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais relevantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes. Não desconheço que se cuida, como qualquer outro direito, de prerrogativa de caráter meramente relativo, posto que normas constitucionais *originárias* já contemplam hipóteses que lhe excepcionam a atuação.

Note-se, porém, que as derrogações a esse postulado emanaram de preceitos editados por órgãos exercentes de funções constituintes *primárias*: a Assembléia Nacional Constituinte. As exceções a esse princípio foram estabelecidas, portanto, pelo próprio poder constituinte originário, que não sofre, em função da natureza dessa magna prerrogativa estatal, as limitações materiais e tampouco as restrições jurídicas impostas ao poder reformador.

[...]

A reconhecer-se como legítimo o procedimento da União Federal de ampliar a cada vez, pelo exercício concreto do poder de reforma da Carta Política, as

---

<sup>36</sup> Idem, p. 823.

<sup>37</sup> Idem, p. 827.

hipóteses derogatórias dessa fundamental garantia tributária, chegar-se-á, em algum momento, ao ponto de nulificá-la inteiramente, suprimindo, por completo, essa importante conquista jurídica que integra, como um dos seus elementos mais relevantes, o próprio estatuto constitucional dos contribuintes<sup>38</sup>.

Em síntese, considerando-se a ordem constitucional concreta da República Federativa do Brasil, somente o Constituinte Originário pode instituir foro privilegiado; e esse só o fez em matéria penal.

Na verdade, o art. 60, § 4º, IV, traça os limites intransponíveis do regime funcional especial dos agentes políticos como um todo – o qual abrange tanto os privilégios quanto as prerrogativas: assim como não se permite estender o foro privilegiado a ações cíveis, é inadmissível, por exemplo, abrigar, sob o manto da imunidade parlamentar material, outras espécies de crimes, que não os de opinião, palavra e voto; tampouco se concebe outorgar prerrogativas previstas para os membros do Poder Legislativo – imunidades parlamentares materiais e processuais – a autoridades de outros Poderes. Em todos esses casos, a modificação do regime funcional especial encontra óbice incontornável no princípio da isonomia<sup>39</sup>.

## **6 Natureza jurídica do ato de improbidade administrativa**

Conforme consignado linhas atrás, o legislador da Reforma

---

<sup>38</sup> Idem, p. 830-831.

<sup>39</sup> Francisco Campos já defendia a interpretação restritiva dos privilégios, nestes termos: “As Assembléias democráticas têm uma tendência muito pronunciada a exagerar o sentimento de sua própria importância, o que as conduz, muitas vezes, a estender, além do limite razoável, as *prerrogativas* e *privilégios* que elas julgam essenciais à garantia e defesa de sua independência. Tanto quanto, porém, matéria tão plástica e difusa, própria a ser afeiçoada ao capricho das oportunidades e ao sabor do sentimento e emoções, a que se acham tão expostas as Assembléias Legislativas, comporta regras e princípios; o princípio que deve presidir à interpretação ou construção dos *privilégios parlamentares* é o de que *devem ser entendidos nos seus termos estritos, como toda exceção às regras gerais de imputabilidade e de responsabilidades, particularmente em regimes democráticos, em que o postulado da igualdade perante a lei só deve declinar em casos absolutamente excepcionais e por motivo de rigorosa necessidade ou utilidade pública*” (*Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2, p. 107 apud FIGUEIREDO, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 20).

do Judiciário, buscando afastar qualquer questionamento judicial quanto ao proposto art. 97-A, tendo em vista o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, intenta transformar ato de improbidade administrativa em crime de responsabilidade.

A tese da natureza de crime de responsabilidade do ato de improbidade administrativa foi suscitada por Ives Gandra da Silva Martins em parecer sobre questões relacionadas às denúncias que culminaram no *impeachment* do então presidente da República Fernando Collor de Melo<sup>40</sup>.

Partindo da falsa premissa de que o ato de improbidade administrativa configura crime, chega a afirmar o eminente constitucionalista que “o crime de improbidade administrativa não é um crime comum, mas um crime de responsabilidade”<sup>41</sup>. Não existiria, assim, o ato de improbidade administrativa como figura autônoma. Essa confusão, contudo, é compreensível se atentarmos para o fato de que o parecer em questão foi elaborado poucos meses após a publicação da Lei n. 8.492/1992 – que, pela primeira vez no Direito brasileiro, disciplinou de forma sistemática os atos de improbidade administrativa.

Desenvolvendo essa tese, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, em artigo acerca da competência em ação de improbidade administrativa<sup>42</sup>, tendo destacado que a possibilidade de suspensão de direitos políticos e decretação de perda da função pública faz da ação de improbidade uma “ação civil de forte conteúdo penal”, com incontestáveis aspectos políticos, asseveram:

Se os delitos [*sic*] de que trata a Lei n. 8.492/92 são, efetivamente, “crimes de responsabilidade”, então é imperioso o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal toda vez que se tratar de ação movida contra Ministros de Estado ou contra integrantes de Tribunais Superiores (CF, art. 102, I, c).

---

<sup>40</sup> Aspectos procedimentais do instituto jurídico do *impeachment* e conformação da figura da improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 685, p. 286-289, nov. 1992.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 292.

<sup>42</sup> Ação de improbidade administrativa – competência. *Revista Jurídica Consulex*, ano 1, n. 5, maio 1997.

Em que pese à excelência dos seus expositores, é impossível deixar de reconhecer que a doutrina em referência não encontra apoio no texto constitucional. De fato, salvo quanto ao presidente da República (art. 85, V), não há um dispositivo constitucional sequer que autorize a equiparação entre ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade. Ao revés, a Constituição de 1988 é precisa ao fixar, em seu art. 37, § 4º, a natureza civil do ato de improbidade administrativa: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*”<sup>43</sup>.

Interpretando esse dispositivo, conclui Fábio Konder Comparato: “Se, por conseguinte, a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal”<sup>44</sup>.

Como visto, a Constituição não deixa dúvida quanto à natureza civil do ato de improbidade; acrescentando a isso a previsão de sanções tipicamente judiciais – em especial, ressarcimento ao erário e indisponibilidade de bens –, tem-se o caráter específico do regramento constitucional conferido à improbidade administrativa, que revela o claro propósito de submetê-la a processo e julgamento essencialmente jurídicos<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Sobre a natureza penal do crime de responsabilidade na jurisprudência do STF, cf. MORAES, op. cit., p. 1245.

<sup>44</sup> COMPARATO, Ação de improbidade... cit., p. 7. No mesmo sentido, MORAES, op. cit., p. 2648. Acrescenta, ainda, Marcelo Figueiredo: “Do mesmo modo é a exegese do art. 15, III e V, da CF, onde se vê que ‘é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos’. A hipótese de improbidade está alojada em outro dispositivo, no inciso V desse mesmo artigo, tudo a indicar que se trata de um instituto e de uma ação, de uma categoria (improbidade) autônoma, que não se confunde com a outra, o crime, ou com os meios de combate à imoralidade administrativa, tais como a indisponibilidade de bens etc.” (op. cit., p. 25). Conforme verberou Renato Flávio Marcão, confundir improbidade administrativa com ilícito penal “constitui erro grosseiro” (Foro especial por prerrogativa de função: o novo artigo 4 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica*, ano 51, n. 306, p. 71, abr. 2003).

<sup>45</sup> Acerca da distinção entre ato de improbidade administrativa e crime de responsabilidade,

É, pois, sob o prisma do *due process of law* que devem ser interpretadas as sanções de perda do cargo público e de suspensão dos direitos políticos. Note-se, a propósito, que a aplicação dessas

---

é bastante esclarecedor o artigo de Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima, intitulado “Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ” (*Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3633>>. Acesso em: 10 dez. 2004).

Observa o autor que na justificativa do Projeto de Lei n. 23/1948, que deu origem à Lei n. 1.079/1950 (Lei dos Crimes de Responsabilidade), já constava o entendimento de que o *impeachment* é um instituto de direito constitucional, de natureza “ eminentemente política”, cujo objetivo histórico é o afastamento definitivo de determinados agentes políticos acusados de crime de responsabilidade. Tendo em vista a finalidade do instituto, dispôs o art. 42 da mencionada lei que a denúncia por crime de responsabilidade “ só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”. Outrossim, a Lei n. 1.079/1950 ressaltou, em seu art. 3º, que o processo por crime de responsabilidade, a cargo especialmente do Senado Federal e das Assembléias Legislativas, não excluiria o processo e julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária, nos termos das leis de processo penal. Prosseguindo a análise, registra Jonas Lima que a idéia de estatuir um procedimento judicial para punição dos agentes públicos em geral – com desdobramentos não apenas funcionais, mas também cíveis, conforme requerido pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal – somente veio com a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Instituiu-se, assim, em consonância com a Constituição Federal – que não previu foro privilegiado em ação de improbidade – “um procedimento judicial, de natureza cível, a tramitar na Justiça Comum ou Federal de Primeira Instância, independente da autoridade envolvida, seguindo o rito ordinário do Código de Processo Civil”. Nesse contexto, estabeleceu a referida lei: “Os atos de improbidade praticados por *qualquer agente público*, servidor ou não, [...] serão punidos na forma desta lei” (art. 1º, *caput*); “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou *qualquer outra forma de investidura ou vínculo*, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (art. 2º); “Os agentes públicos *de qualquer nível ou hierarquia* são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos” (art. 4º). Segundo o autor, portanto, o julgamento político de um agente, por crime de responsabilidade, não exclui o seu julgamento na esfera judicial, por ato de improbidade administrativa; além disso, entende, não há razão para qualquer distinção, nem na Constituição, nem na Lei de Improbidade, entre ato de improbidade administrativa cometido por agente político e por agente público comum. No mesmo sentido, esclarece Mônica Nicida Garcia que, em relação aos agentes políticos, a responsabilização puramente administrativa, apurada mediante processo disciplinar, é substituída pela político-administrativa, relativa aos crimes de responsabilidade. A sujeição a essa esfera, todavia, não exclui a incidência das demais esferas a que estão sujeitos todos os agentes públicos: a penal, a civil e a da improbidade administrativa (Agente político,



sanções somente produz efeitos após o trânsito em julgado da sentença condenatória<sup>46</sup>. De resto, a medida cautelar de indisponibilidade de bens e a sanção de ressarcimento do dano causado ao erário sequer se compadecem com a natureza e dinâmica de processo e julgamento políticos<sup>47</sup>. Enfim, a Constituição de 1988, prestigiando o critério técnico-jurídico, resguardou o processo e julgamento dos atos de improbidade administrativa das indesejadas injunções políticas.

Diante dessas observações, não cabe, mediante burla ao sistema de privilégios instituído pelo Constituinte Originário, transformar improbidade administrativa em crime de responsabilidade – que ostenta forte conotação política. Com efeito, é inconcebível que o poder constituinte derivado altere a natureza jurídica de instituto criado pelo poder constituinte originário, se dessa alteração resulta a vulneração de cláusula pétrea; em outras palavras, o próprio art. 60, § 4º, da Constituição obsta que, por meio de construções normativas fraudulentas, sejam contornados os limites materiais impostos ao poder de reforma constitucional.

No tocante ao entendimento firmado na Reclamação n. 2.138-DF, cumpre objetar que é inadmissível restringir o âmbito normativo do art. 37, § 4º, dele excluindo os agentes políticos, dado que o referido dispositivo constitucional dispôs amplamente em perda da “função pública”, não limitando os seus efeitos aos ocupantes de cargo ou emprego público.

---

crime de responsabilidade e ato de improbidade. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 5, n. 56, p. 15, dez. 2002).

<sup>46</sup> Consoante sublinhado por Jonas Lima, enquanto a lei antiga, dos crimes de responsabilidade, permite a perda do cargo pelo julgamento político, sem maiores desdobramentos, a lei nova, que criou um procedimento judicial para apuração de atos de improbidade, somente permite a perda do cargo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (LIMA, op. cit.). Discordamos, portanto, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a aplicação da Lei de Improbidade, apenas com relação a alguns agentes políticos, deve limitar-se às sanções de caráter indenizatório, já que a perda do mandato desses agentes estaria disciplinada por dispositivos constitucionais específicos (*Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 663).

<sup>47</sup> A prevalecer a tese da equiparação entre improbidade administrativa e crime de responsabilidade, pois, resta admitir que os agentes políticos sujeitos a processo e julgamento perante o Senado Federal, por crime de responsabilidade, estão imunes a tais medidas – as quais, em virtude de sua própria natureza, sequer constam da Lei n. 1.079/50.

Em resumo: 1) ato de improbidade administrativa não se confunde com crime de responsabilidade; 2) o regime constitucional da improbidade administrativa abrange os agentes políticos; 3) a Constituição não previu foro privilegiado para o processo e julgamento de ato de improbidade administrativa; 4) o art. 60, § 4º, da Constituição veda a criação de novas hipóteses de foro privilegiado pelo poder de reforma constitucional.

## 7 Alcance das cláusulas pétreas

A tese defendida no presente artigo suscita o problema do alcance das cláusulas pétreas, uma *vaexata quaestio* na Teoria da Constituição<sup>48</sup>.

A principal objeção aos limites materiais de reforma constitucional é a de que “um povo tem sempre o direito de rever, reformar e modificar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”<sup>49</sup>; outrossim, argumenta-se que as cláusulas pétreas não podem conter o evoluir dos valores sociais, sob pena de fomentar “o seu descumprimento ou adulteração mediante uma interpretação mutativa *contra constitutionem*, e até a sua derrogação pelo direito constitucional consuetudinário (*desuetudo*)”<sup>50</sup>, bem como ensejar a ocorrência de golpe revolucionário, como último recurso à sua superação.

Sem perder de vista a relevância dessas objeções, cumpre ressaltar que, do ponto de vista normativo, não há como negar eficácia a cláusulas que prevêem expressamente limitações materiais ao poder de reforma constitucional: como qualquer outra norma constitucional, ostentam força normativa<sup>51</sup>; tanto maior quanto se verifica que esses limites constituem o cerne de juridicidade da ordem

---

<sup>48</sup> MIRANDA, op. cit., p. 413.

<sup>49</sup> Constituição Francesa de 1793, art. 28, apud FERREIRA FILHO, Significação e alcance... cit., p. 12.

<sup>50</sup> SAGÜÉS, N. P. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004. p. 311.

<sup>51</sup> Não é por outra razão que alguns autores, embora céticos quanto ao alcance das cláusulas pétreas, reconhecem que elas são eficazes enquanto vigorarem. Cf. nota 32, *supra*.

constitucional, que não pode ficar ao sabor de oscilações das maiorias legislativas<sup>52</sup>. Sob outro prisma, tendo em vista a concepção moderna de poder constituinte, de nada adianta postular a participação direta do povo no estabelecimento da Constituição, se os princípios fundamentais que a informam puderem ser livremente alterados pela via democrática indireta – que nem sempre traduz as legítimas aspirações populares. Por essa razão, o jurista alemão Friedrich Müller assinala que, além de “procedimentos democráticos de elaboração e/ou entrada em vigor da Constituição”, “[...] os textos de norma sobre o poder constituinte do povo exigem também que todo o poder do Estado e seu sistema jurídico nunca se afastem do cerne material do ordenamento democrático”, identificando no art. 79, III, da Lei Fundamental alemã – referente aos limites do poder de reforma constitucional naquele país – o “efeito jusmaterial do poder constituinte do povo”<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> “Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Os limites são limites do poder de revisão como poder constituído, não são ‘limites para sempre’, vinculativos de toda e qualquer manifestação do próprio poder constituinte. Em sentido absoluto, nunca a ‘geração’ fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras. Esta é uma das razões justificativas de previsão, em algumas constituições, de uma *revisão total*. Caso contrário, a falta de alternativa abriria o campo da *Revolução Jurídica*. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maioria parlamentar ‘de dois terços’. Assegurar a continuidade da constituição implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte, mas não perante uma manifestação do poder de revisão. Mas se é de poder constituinte originário que se trata, então este tem de tornar transparente as novas pretensões legitimatórias de desencadeamento de um novo poder constituinte e a conseqüente instauração de uma nova ordem constitucional” (CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 1065). Cf. a mesma lição em HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 511-512.

<sup>53</sup> MÜLLER, F. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 128.

Nessa linha de raciocínio, sustentamos que a interpretação conjugada dos arts. 1º, parágrafo único (“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”<sup>54</sup>), e 60, § 4º, da Constituição (“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...]”) leva à conclusão de que qualquer restrição a normas pétreas reclama a participação direta do povo, de acordo com procedimentos os mais democráticos possíveis<sup>55</sup>. Dessa forma, concordamos com a assertiva de que uma geração não pode submeter as gerações posteriores aos seus valores de vida; porém, entendemos que somente o titular do poder constituinte originário pode dispor do cerne material da Constituição<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Sobre a necessidade de imprimir máxima eficácia jurídica à cláusula, destaca-se a advertência de Friedrich Müller: “As legitimações extramundanas (por conseguinte, supramundanas) das pessoas/dos grupos dominantes, por meio da afirmação de *governar para* o povo e no seu melhor interesse, foram formuladas a serviço da boa moral dos donos do poder diante de Deus. Desde que eles foram substituídos pela coação intramundana das pessoas/dos grupos dominantes, de *invocar* ‘o povo’ – agora, portanto, a serviço da posição real de poder dos donos do poder, diante dos por eles dominados –, desde então existem textos sobre um ‘poder constituinte’ [...] Com vista a uma sistemática das locuções ideológicas, ‘poder constituinte’ aparece como ponto inicial de uma deformação de Constituições, cujo ponto terminal pode ser reconhecido no discurso sobre a ‘unidade da constituição’. Na prática, os dois padrões de texto são utilizados como elementos exordiais e terminais de ideologia constitucional aplicada. Em vez disso, a expressão ‘poder constituinte’ interessamos aqui como texto *jurídico* (não como texto ideológico); e isso quer dizer, como parte integrante normal dos documentos constitucionais nos quais ela aparece. Por que essa opção? Conceitos não são usados gratuitamente. Diplomas constitucionais não falam impunemente do ‘poder constituinte’; e se o fazem, deveríamos puni-los por isso – tomando a expressão do poder constituinte ao pé da letra” (op. cit., p. 19-20).

<sup>55</sup> “En consecuencia, la manera de salvar el principio proclamado, de que el poder constituyente debe ejercerlo el pueblo de un modo directo, consiste en someter la sanción de las constituciones y de las reformas constitucionales al voto popular, es decir, al *referéndum plebiscitario*, que en realidad reemplaza prácticamente y en la única forma posible a la *apella* espartana, a la *eclesia* ateniense, a los *comicios* romanos, al *witenagemot* teutón y al *landsgemeinde* suizo. Claro está que la celebración de tales consultas populares debe hacerse con tanta honradez y lealtad que no quepa duda alguna respecto a la autenticidad del resultado. De lo contrario, se convertiría en un arma muy peligrosa. En manos de gobernantes arbitrarios y despóticos, llegaría a ser un inesperable instrumento de opresión, con la ventaja de la irresponsabilidad” (SÁNCHEZ VIAMONTE, C. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Omeba, p. 114, apud VANOSSI, J. R. A. *Teoría constitucional*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. 1, p. 312, nota 45).

<sup>56</sup> Certamente, essa posição levanta dificuldades no tocante aos direitos das minorias, que

Diante do exposto, conclui-se que, em respeito ao princípio democrático, a eficácia das cláusulas pétreas deve ser ampla, de modo que possibilite o controle popular das propostas de reforma constitucional que possam restringir o âmbito normativo de dispositivos constitucionais petrificados<sup>57</sup>.

## 8 Conclusão

Não são desprezíveis as preocupações daqueles que defendem o foro privilegiado em ações cíveis, especialmente ações de improbidade. Impressiona, cumpre admitir, o argumento de que o exercício de elevadas funções públicas pressupõe um grau de estabilidade que não se compadece com a permanente sujeição a acusações temerárias. À primeira vista, também, parece realmente absurda a possibilidade de um juiz de 1º grau decretar, a pedido de um procurador da República, a perda do cargo de um ministro do Supremo Tribunal Federal.

Um exame mais acurado da questão, entretanto, revela que o constituinte originário, sopesando essas preocupações com o clamor da sociedade por um combate efetivo ao mal da corrupção<sup>58</sup> – que tanto aflige o Brasil –, optou nitidamente, como visto, por resguardar o processo e julgamento dos atos de improbidade das indesejadas injunções políticas, ao mesmo tempo em que assegurou aos acusados

---

não podem ser olvidados; mas essas dificuldades, que invariavelmente confluem para as grandes questões do Estado e do Direito, não diferem das que se apresentam na elaboração de uma constituição.

<sup>57</sup> Discordamos, pois, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que defende a interpretação restritiva das cláusulas pétreas, ao argumento de que a limitação ao poder de reforma constitucional não é a regra, mas a exceção (Significação e alcance... cit., p. 17). Ora, sob outro ângulo de análise, vê-se que essas cláusulas compõem o núcleo material da constituição, ou seja, a sua própria essência, o que impede sejam elas tratadas de forma meramente accidental.

<sup>58</sup> “O regular funcionamento da economia exige transparência e estabilidade, características de todo incompatíveis com práticas corruptas. A ausência desses elementos serve de desestímulo a toda ordem de investimentos, que serão direcionados a territórios menos conturbados, o que, em consequência, comprometerá o crescimento, já que sensivelmente diminuído o fluxo de capitais” (GARCIA, E. A corrupção – uma visão jurídico-sociológica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 323, 26 maio 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5268>>. Acesso em: 14 dez. 2004. p. 11).

todas as garantias inerentes ao processo judicial. Ora, como é cediço, descabe, nesse âmbito, falar em relação hierárquica entre tribunais superiores e juízes, o que só seria apropriado caso se tratasse de processo administrativo disciplinar.

Desse modo, nada recomenda substituir, nessas ações, o Poder Judiciário de primeira instância – integrado por magistrados de carreira, concursados, e por isso menos suscetíveis a vinculações políticas –, por órgãos jurisdicionais de cúpula, como o Supremo Tribunal Federal, cujos membros são todos nomeados pelo Presidente da República, predominantemente com base em critérios políticos. Muito pior, ainda, é concentrar em uma única pessoa, o Procurador-Geral da República, o poder soberano de decidir pelo exercício ou não da acusação contra as elevadas autoridades da República. Note-se que, de acordo com o art. 128 da Constituição, o senhor absoluto da acusação no Estado brasileiro é de livre nomeação do Presidente da República, dentre integrantes da carreira do Ministério Público da União, após aprovação de seu nome pelo Senado Federal; depende, ainda, do mesmo procedimento para a sua recondução ao cargo; e, o que é mais grave, pode ser destituído a qualquer momento, também mediante indicação do Presidente da República e autorização do Senado Federal. Diante dessa disciplina constitucional, o que esperar da independência funcional do Procurador-Geral da República? No mínimo, uma certa afinidade ideológica com o Governo.

Por óbvio, não se afasta a atuação ideológica de um membro do Ministério Público com atuação na primeira instância; todavia, essa é meramente eventual; não decorre do sistema em si mesmo. Nesse caso, os “abusos” e “arroubos” da acusação serão prontamente corrigidos pelo Judiciário, seja de primeira instância ou de instâncias superiores, incluindo o próprio Supremo Tribunal Federal. Enfim, a própria evolução da jurisprudência dará a maturidade necessária ao manejo dessas ações. Nesse sentido, já se reconhece a aplicação do princípio da proporcionalidade às ações de improbidade, o que permite ao aplicador dosar as sanções previstas em lei, até mesmo para deixar de decretar a sanção de perda do cargo, que deve ficar reservada aos casos mais graves.

Em remate, constitui máxima de hermenêutica não omitir os efeitos sociais da interpretação. As ações de improbidade, bem como as ações populares e ações civis públicas, quase sempre envolvem aspectos fáticos de alta complexidade. Por isso, não parece viável substituir a atuação de centenas de procuradores da República, promotores de Justiça e magistrados, nessas ações, pela luta quixotesca de doze homens: um Procurador-Geral da República e onze ministros do Supremo Tribunal Federal.

## Referências

BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira*. Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Consulta tramitação das proposições*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 687-SP. Relator: Ministro Sidney Sanches. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 179, p. 912 e ss., jan./mar. 2002.

———. ———. Agravo Regimental em Reclamação n. 1.110-1/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Informativo STF*, n. 172, 22 a 26 nov. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info172.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Inquérito n. 1.660-DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Informativo STF*, n. 201, 4 a 8 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info201.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Reclamação n. 2.138-DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. *Informativo STF*, n. 291, 18 a 22 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info291.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Informativo STF*, n. 362, 20 a 24 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info362.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Petição n. 3270/SC. Relator: Ministro Celso de Mello. *Informativo STF*, n. 370, 15 a 19 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info370.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2587/GO. Relator orig.: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/acórdão: Ministro Carlos Britto. *Informativo STF*, n. 372, 29 nov. a 3 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info372.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Inquérito n. 2.044 QO/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Informativo STF*, n. 374, 13 a 17 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info374.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Reclamação n. 2.417/SC. Relator: Ministro Carlos Britto. *Informativo STF*, n. 376, 14 a 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info376.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2005.

———. ———. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF. Relator: Ministro Sidney Sanches. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 151, p. 755-756, out. 1996

BUENO, Cassio Scarpinella. O foro especial para as ações de improbidade administrativa e a Lei 10.628/02. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2, p. 107. Apud FIGUEIREDO, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao Juízo do 1o grau. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, n. 9, p. 6, jan. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 14-15, out./dez. 1995.

GARCIA, Emerson. A corrupção – uma visão jurídico-sociológica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 323, 26 maio 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5268>>. Acesso em: 14 dez. 2004. p. 11.

GARCIA, Mônica Nicida. Agente político, crime de responsabilidade e ato de improbidade. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 5, n. 56, p. 15, dez. 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. Ato de improbidade administrativa não é de competência originária do STF nem do STJ. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3633>>. Acesso em: 10 dez. 2004.

MARCÃO, Renato Flávio. Foro especial por prerrogativa de função: o novo artigo 4 do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica*, ano 51, n. 306, p. 71, abr. 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000. v. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do *impeachment* e conformação da figura da improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 685, p. 286-289, nov. 1992.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Téoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- SÁNCHEZVIAMONTE, Carlos. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Omeba. Apud VANOSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría constitucional*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 2000. v. 1.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros; CAETANO, Flávio Crocche. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Re-zende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando. Da competência pela prerrogativa de função. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 809, p. 397 e ss., mar. 2003.
- WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. Ação de improbidade administrativa – competência. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, ano 1, n. 5, maio 1997.

# O Ministério Público Militar na defesa da ordem jurídica e do regime democrático

Ricardo Freitas\*

**Sumário:** Introdução. 1 O Ministério Público Militar e o Estado democrático de direito. 2 O Ministério Público Militar e as Forças Armadas. 3 O Ministério Público Militar e o Estado de não-direito. 4 O lugar do Ministério Público Militar na estrutura do Estado democrático de direito. 5 Conclusões.

## Introdução

O Ministério Público Militar (MPM) vive uma situação singular<sup>1</sup>. Além de desfrutar dos avanços e padecer com as insuficiências da Lei Complementar n. 75/93, o que ocorre com os demais ramos do Ministério Público da União (MPU), ele lida com problemas peculiares inerentes à existência de uma justiça criminal especializada em nosso país. Atendendo à proposta de “fomentar a reflexão sobre o papel do Ministério Público na construção dos mais relevantes valores da cidadania, seus desafios e suas vicissitudes”, por meio da análise da LC n. 75/93, pretende-se, neste trabalho, avaliar a missão do MPM na defesa da *ordem jurídica* e do *regime democrático*, reconhecida como função institucional do MPU (CR, art. 127, e LC n. 75/93, art. 5º, I). Para tanto, necessário se faz oferecer uma visão acerca do espaço ocupado pelo MPM no desenho da LC n. 75/93. É indispensável que o menos conhecido dos ramos do MPU possa vir a se integrar melhor aos demais, mediante o reconhecimento da existência de problemas comuns, visando realizar as referidas funções institucionais.

---

\* Ricardo Freitas é Procurador de Justiça Militar, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e professor de Direito Penal e Criminologia da UFPE.

<sup>1</sup> Abreviaturas: ao longo do texto, com o escopo de tornar mais fácil a leitura, o Ministério Público Militar será identificado simplesmente por MPM, o Ministério Público da União por MPU e o Ministério Público Federal por MPF; a Lei Complementar n. 75/93 por LC n. 75/93, a Constituição da República Federativa do Brasil por CR, as Forças Armadas por FFAA e a Lei de Segurança Nacional por LSN.

Por meio da identificação das lutas e perspectivas políticas mais gerais, pode-se propiciar um maior nível de unidade indispensável aos avanços do MPU como um todo. Além disso, o presente esforço de reflexão ajuda a conscientizar os membros dos demais ramos do MPU acerca dos desafios enfrentados pelo MPM. A construção desse cenário pode viabilizar uma melhora na percepção de nossas debilidades e potencialidades. Para o bem e para o mal, o MPM no Brasil possui características próprias que precisam ser conhecidas tanto para a preservação de seus aspectos positivos quanto para a superação dos negativos. A pior atitude possível diante da Justiça Militar – e do MPM – é fingir que ela não existe ou acreditar, ingenuamente, que não tem importância política. É, igualmente, supor que o MPM, na prática, não deva ou não possa contribuir para a manutenção da ordem jurídica e do regime democrático.

Evidentemente, as concepções que embasam esta reflexão podem não traduzir o ponto de vista da totalidade dos membros do MPM, porém, há boas razões para acreditar que elas expressam, na média, o que eles pensam. A constante troca de opiniões e experiências entre os integrantes da instituição apontam nesse sentido. Por último, gostaria de, antecipadamente, apresentar minhas desculpas pelo tom pessoal que este pequeno trabalho possa vir a apresentar. Penso, entretanto, ser aceitável que isso venha a ocorrer. O distanciamento característico dos trabalhos puramente acadêmicos, aqui, já não pode ter lugar. É que, em investigações dessa ordem, mais do que nunca sujeito e objeto ocupam o mesmo espaço e se confundem. O membro do MPM que reflete acerca da instituição à qual pertence é, ele próprio, assim como seus colegas, parte integrante dessa instituição. Ele investiga e é, ao mesmo tempo, objeto da investigação. Porém, há de se perguntar, ao invés de deficiência, quem sabe não seja essa a força deste texto? De minha parte espero que sim.

## **1 O Ministério Público Militar e o Estado Democrático de Direito**

Da mesma maneira que aos demais ramos do MPU, ao MPM é atribuída a função institucional de defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Considerando-se que tanto uma quanto o outro constituem dois dos mais importantes pilares do Estado de direito, é

lícito concluir que o MPM tem por missão, assim como o MPU, preservá-los e contribuir para o seu desenvolvimento. Preservá-los porque os avanços democráticos do Estado brasileiro não devem se sujeitar a recuos. Desenvolvê-los porque o conceito de Estado de direito, apesar de ser uma criação do século XIX, ainda representa um ideal, uma meta a ser atingida em sua plenitude, enfim, uma utopia. Persegui-lo implica o permanente aprofundamento do regime democrático fundado numa ordem jurídica também democrática.

Dizer que o MPM tem por tarefa institucional a preservação e o desenvolvimento do Estado de direito por meio da defesa da ordem jurídica e do regime democrático implica esclarecer qual o conceito de Estado de direito que está sendo operado. Fala-se aqui, evidentemente, de Estado de direito em sentido material (em sentido forte, estrito ou substancial) e não de Estado de direito em sentido formal (em sentido fraco, amplo ou legal), cuja noção foi, inclusive, fruto da teorização de Kelsen. Para ele, a expressão “Estado de direito” seria redundante, uma vez que Estado e direito constituiriam uma única realidade. Duas faces da mesma moeda. Afinal, tanto o Estado quanto o direito constituiriam uma ordem. Logo, tanto um como o outro não seriam mais que “sistema de competências, de funções, de órgãos cujo sentido está nas normas”<sup>2</sup>. O Estado não pode prescindir do direito. Independentemente de sua natureza específica o Estado atua, e sempre atuou, por meio de normas jurídicas. Portanto, nele o sistema jurídico ocupa um lugar central<sup>3</sup>.

O conceito formal de Estado de direito não é o empregado pela CR. A Lei Maior proclama que a República Federativa do Brasil é um Estado *democrático* de direito, o que corresponde a um conceito de natureza material.

O conceito material de Estado de direito possui uma dimensão política ausente, ou, ao menos, muito débil no seu conceito formal. O esforço teórico levado a efeito por Kelsen, longe de esgotar o sentido da expressão “Estado de direito”, termina apenas por reduzir o conceito a um esquema dotado de um sentido puramente

---

<sup>2</sup> SALDANHA, Nélon. *Estado de direito, liberdades e garantias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 18.

<sup>3</sup> SALDANHA, op. cit., p. 18.

“jurídico” (admitindo-se que isso seja possível), politicamente fraco ou inservível. Nos termos da CR, seria de todo insuficiente afirmar que o Estado se organiza sob a forma de Estado de direito apenas porque seu poder deriva da lei e é exercido mediante procedimentos por ela estatuídos. É necessário, além disso, vincular o conceito ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a noção de Estado de direito deve abranger a idéia de que todo poder estatal é “limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos”<sup>4</sup>. Portanto, afirmar que o MPU tem por função institucional a defesa da ordem jurídica e do regime democrático implica anunciar seu dever de preservar e desenvolver o Estado de direito concebido material ou politicamente, e não sob o ponto de vista puramente formal ou jurídico.

O modelo de Estado de direito expresso na Constituição é justamente o Estado democrático de direito. Esse compreende todas as conquistas atribuídas ao Estado liberal e ao Estado social de direito. Ao Estado liberal (liberal burguês) de direito reconhece-se ter contribuído com a concepção de que o Estado deve organizar-se sob uma Constituição, lei maior destinada a chancelar e garantir os direitos e garantias individuais contra o arbítrio estatal. Nesse sentido, Estado de direito, numa noção mínima, liberal, seria aquele

em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulem, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder<sup>5</sup>.

Como se percebe, o núcleo do Estado liberal de direito seria a sua submissão à lei maior, desde que criada por assembleia constituída democraticamente com a finalidade de sua criação; a existência de poderes do Estado, independentes entre si, e, por fim, o reconhe-

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. O que é garantismo. *Direito e razão: teoria do garantismo legal*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 13, p. 687.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 18.

cimento dos direitos e garantias individuais (as liberdades civis no sentido negativo do termo). Na realidade, este continua a ser o cerne do Estado democrático de direito: a eliminação do arbítrio, a garantia dos direitos individuais rente ao poder do Estado<sup>6</sup>. É bem verdade que o conteúdo do Estado liberal de direito é insuficiente para a sua caracterização satisfatória, porém ele constitui um núcleo a ser progressivamente expandido e modificado, bem como acrescido pela emergência dos direitos econômicos e sociais. Desse modo, os direitos civis continuam a ser uma exigência não eliminável do Estado democrático de direito.

Registre-se, ainda, que paulatinamente o Estado liberal de direito veio a sofrer modificações pela incorporação de práticas democráticas em seu interior. A participação popular, inicialmente pouco significativa no processo político, acarretou a democratização do Estado, produzindo o que se convencionou denominar Estado liberal-democrático de direito.

Numa perspectiva diacrônica, ou seja, mais próxima, portanto, de Marshall que de Bendix, pode-se perceber que o Estado social de direito, incorporando os traços fundamentais do Estado de direito liberal-democrático, passou a admitir a necessidade da intervenção estatal de forma ativa na sociedade, obrigando-se a realização de prestações positivas em seu favor, de modo que melhorasse suas condições de existência. O Estado social de direito, intervencionista por natureza, vai redundar no *welfare state*. Embora o Estado social de direito tenha sua estrutura destinada, e aí está a novidade, à promoção dos direitos humanos de conteúdo econômico e social, ele não renega em momento algum os pressupostos constitutivos do Estado liberal-democrático de direito. Verifica-se, então, uma compatibilidade entre os dois modelos de Estado de direito em sentido material. Desse modo, “o esquema liberal das constituições escritas, com a divisão de poderes, segue integrado nas estruturas políticas socializadas; do mesmo modo, os direitos pessoais fundamentais são complementados, não eliminados, pela afirmação dos direitos sociais”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Edição Gradiva, 1999. p. 10.

<sup>7</sup> SALDANHA, op. cit., p. 24.

O Estado democrático de direito é, por seu turno, a modalidade jurídico-política superior de organização do Estado, na medida em que sintetiza o conteúdo do Estado liberal-democrático e do Estado social de direito, dando-lhes uma nova dimensão. Nele, portanto, permanece íntegra a exigência da “existência de *tribunais* independentes que através de um *processo justo* dirijam o bom direito para as controvérsias jurídicas”, o que exige igualmente a existência de juízes e membros do Ministério Público independentes<sup>8</sup>. Sob o prisma da legitimação formal de seu poder, o Estado de direito seria, em síntese,

um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder político – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes<sup>9</sup>.

Ao MPM não compete a defesa de todo e qualquer Estado concebido como ordem jurídica, mas apenas daquele informado por *valores políticos democráticos*. Caso contrário, caberia ao MPM a defesa do Estado de direito em sentido puramente formal, o que seria compatível, inclusive, com a adesão a regimes políticos francamente autoritários ou totalitários, haja vista que esses possuem ordenamento jurídico que também pode ser criado por lei e assumir forma jurídica. Percebe-se, então, não caber ao MPM a defesa *tout court* do Estado, mas tão-somente do Estado democrático de direito. Sendo assim, com a finalidade de preservação da ordem jurídica e do regime democrático, o MPM pode e deve legitimamente opor-se ao Poder Executivo ou às instituições militares, sempre que se fizer necessário, para evitar o abuso de poder.

---

<sup>8</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 42.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 687-688.



## 2 O Ministério Público Militar e as Forças Armadas

O caráter peculiar do MPM é dado justamente pela palavra “militar” inserida na sua denominação constitucional. Significa que esse ramo do MPU atua junto aos órgãos da *Justiça Militar*, promovendo, privativamente, ação penal pública (LC n. 75/93, art. 116, I); requisitando diligências investigatórias e instauração de *inquérito policial-militar* (LC n. 75/93, art. 7º, II, e art. 117, I); exercendo o controle externo da atividade da *polícia judiciária militar* (LC n. 75/93, art. 3º, a; art. 9º e art. 117, II), tudo em face do respeito aos fundamentos do Estado democrático de direito.

O “público-alvo” das atividades desenvolvidas no âmbito de sua competência pelo MPM constitui-se, basicamente, dos integrantes das Forças Armadas, embora civis possam ser processados na Justiça Militar pela prática de crimes impropriamente militares, o que ocorre com relativa frequência<sup>10</sup>. Em todo o caso, militares são desde sempre os principais destinatários dos comandos contidos nas normas penais incriminadoras. Nelas, embora o preceito primário possa estar dirigido, excepcionalmente, aos civis, o é na maior parte das situações aos militares. Por outro lado, não obstante o preceito secundário ser dirigido aos órgãos jurisdicionais, isso não torna inválida a afirmação anterior, pois são os militares que compõem a maioria dos colegiados julgadores, segundo o modelo do escabinado adotado pelo ordenamento legal brasileiro. O problema é que, historicamente, as FFAA constituem uma das agências dotadas de maior autonomia no interior do aparelho de Estado.

A intervenção das FFAA no processo político nacional é uma constante na vida republicana. A própria República foi instalada por intermédio de golpe militar. A rigor, na verdade, a presença militar na cena política é anterior à República, basta lembrar de um Caxias engajado nas fileiras conservadoras e de um Herval ou Tamandaré vinculados aos liberais. Todavia, o protagonismo político das FFAA, como expressão de um “partido” militar, é uma realidade republicana.

---

<sup>10</sup> Crime propriamente militar seria aquele que só por militar pode ser praticado, como, por exemplo, o delito de deserção. Crime impropriamente militar é aquele que a lei considera militar mesmo quando praticado por civil, dentro de determinadas condições, como, por exemplo, o crime de violência praticado contra sentinela.

Em 1889 elas tomaram o poder. Em 1894, apercebendo-se de seu isolamento, desistem de permanecer nele e o devolvem aos civis. Com Hermes da Fonseca (1910-1914) ocorre uma nova militarização do governo. Percebendo, a partir desse período, a necessidade de governar mediante estabelecimento de alianças políticas, as FFAA, como um todo, mais ou menos “hibernam” até praticamente o final da 1ª República. A partir de 1930, uma série de golpes e de tentativas de golpes institucionais marca a trajetória das FFAA. Até 1964, elas intervêm e devolvem o poder aos civis; a partir daí, não o farão por duas décadas, atribuindo aos paisanos um papel secundário na formulação da política do Estado. Agindo desse modo elas deixam de exercer o papel arbitral e tutelar desempenhado desde sempre e passam a assumir o controle do aparelho de Estado com ambições permanentes<sup>11</sup>.

A mudança ocorrida a partir de 1964 no comportamento das FFAA em relação ao poder não se deu por acaso. Condições anteriores contribuíram, em conjunto, para que, de “moderadoras” dos conflitos políticos e tutoras da sociedade, as FFAA passassem a se ver como camada social dirigente, embora aliada do grande capital. Nesse sentido, impeliu as FFAA a assumirem a direção do Estado o receio da formação de correntes políticas no interior da instituição militar, conduzindo-a à desagregação e à desordem. Esse problema, verificado durante todo o período republicano, acarretaria, na visão dos militares, enorme perigo à hierarquia, considerada desde sempre a viga-mestra de todo e qualquer organismo militar (diria até mesmo militarizado, como ocorre com os grupos guerrilheiros e/ou terroristas).

Em segundo lugar merece registro a existência de uma “cultura militar” no Brasil que, diga-se de passagem, não se manifesta exclusivamente nos integrantes das FFAA, mas em expressivas fatias da população<sup>12</sup>. Essa “cultura militar” se traduz na ideologia da

---

<sup>11</sup> BORGES FILHO, Nilson. *Sobre o sagrado e o profano: crises e militares na política brasileira*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, [198?]. p. 15.

<sup>12</sup> Essa “cultura militar”, difusa e muitas vezes identificada com muita dificuldade, pode ser observada na atitude daqueles que, diante dos problemas sociais, resumem a solução para

“salvação nacional” presente ao longo de nossa história nas mentes militares ou militaristas. Segundo ela, ao soldado “competiria a missão de salvar a pátria” diante de qualquer problema político interno. Essa ideologia legitima a intervenção das FFAA na política. Ela autoriza a ingerência militar visando à preservação do destino nacional sempre em nome de interesses supostamente maiores e comuns a toda a sociedade. No Brasil, essa ideologia levou as FFAA a acreditar, após 1964, que seriam bem mais que apenas as tutoras dos interesses nacionais. A construção, por elas, de uma auto-imagem idealizada levou-as a se identificarem, mais radicalmente, como a “encarnação ou síntese institucionalizada desses interesses”<sup>13</sup>. A ideologia da “salvação nacional” é, em suma, uma ideologia política que se contrapõe ao perfil estritamente profissional comum às FFAA dos Estados democráticos do mundo ocidental.

Na ideologia “de salvação nacional” característica da “cultura militar” enraizada na sociedade, radica uma concepção “organicista” dela própria. A sociedade, como em todo organicismo, é concebida como um corpo no qual cada “órgão” desempenha funções predefinidas e definidas com exatidão, conforme uma hierarquização rígida. Ora, essa é precisamente a idéia que as FFAA fazem de si mesmas. Nelas, a sua organização dá-se mediante a observância de padrões autoritários. A cultura democrática não está presente nas organizações militares de nenhum país do mundo e, acredito, jamais se fará presente por absoluta incompatibilidade com seus fins. A rigidez hierárquica, a ausência de espaços de discussão verdadeira e completamente aberta, a inexistência de decisões tomadas pela maioria e outros são princípios estranhos e até mesmo contra-indicados às FFAA, sob pena de paralisá-las, de impedir a sua ação pronta e eficiente. O problema é que essa auto-imagem organicista que elas têm de si mesmas tem sido, através da história, projetada para toda a sociedade, ou seja, a concepção autoritária que elas têm da sociedade seria precisamente um “reflexo da idéia que seus membros costumam fazer

---

esses numa única frase: “Vamos chamar os militares”. É o que acontece, por exemplo, diante dos problemas relacionados à segurança pública.

<sup>13</sup> O’DONNELL, Guillermo. *Contrapontos: autoritarismo e democratização*. Tradução de Evelyn Kay Massaro. São Paulo: Vértice, 1986. p. 54.

da própria organização”<sup>14</sup>. Por isso a noção de que o dissenso social e mesmo o conflito de interesses podem ser salutares ao Estado democrático parece estranha ao militar. Simplesmente não corresponde à idéia que ele faz de sua organização e da própria sociedade moldada à sua imagem e semelhança.

O Estado democrático de direito exige FFAA com perfil completamente distinto do apresentado através dos tempos. Implica, sobretudo, o controle civil democrático sobre as instituições militares. Em outras palavras: implica a “capacidade das autoridades constituídas (Executivo, Legislativo e Judiciário) de limitar o comportamento autônomo das FFAA, eliminando, por conseguinte, enclaves autoritários dentro do aparelho de Estado”<sup>15</sup>. Assinala Zaverucha, seguramente um dos mais importantes estudiosos do problema militar no Brasil, que as autoridades civis constituídas têm sido “coniventes” com os militares no que concerne à sua autonomia, na medida em que as FFAA ainda permanecem imunes ao controle democrático civil, ao contrário do esperado no Estado democrático de direito. Sob o compromisso de não intervirem na vida política nacional, diz ele, as FFAA não sofreriam, em troca, fiscalização ou controle efetivo nas suas ações. O referido autor conclui, talvez com um certo exagero, que, ao contrário de outros países, aqui “praticamente nada foi feito para estabelecer um controle democrático sobre os militares”<sup>16</sup>.

Contudo, apesar da massa de dados analisada pelo citado autor, parece-nos, de toda sorte, que as FFAA obtiveram avanços tanto no que diz respeito à profissionalização quanto no que concerne à mentalidade. Há indicações no sentido de que quanto mais a instituição militar se profissionaliza, se desenvolvendo sob o aspecto técnico, específico de sua atividade, torna-se menos propensa no sentido de interferir de maneira indébita no espaço da política, com tendência a aceitar os valores civis que, afinal, são os da maioria da sociedade. Há, portanto, relação entre a profissionalização e a criação de uma mentalidade militar fundada na idéia da subordinação das

---

<sup>14</sup> O'DONNELL, op. cit., p. 53.

<sup>15</sup> ZAVERUCHA, Jorge. *Rumor de sabres: controle civil ou tutela militar? Estudo comparativo das transições democráticas no Brasil, na Argentina e na Espanha*. São Paulo: Ática, 1994. p. 9.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 10.

FFAA ao poder civil alicerçado na Lei Maior. Apesar da inexistência de dados empíricos nesse sentido, consegue-se, pela observação, notar avanços no interior da instituição militar na direção do surgimento de uma “cultura militar” adequada ao Estado democrático de direito.

Diante das dificuldades existentes no relacionamento entre as FFAA e o Estado democrático de direito, compete ao MPM, e também ao MPF, estimular pedagogicamente a renovação da cultura militar, mediante rigorosa observância da legalidade constitucional. O Estado democrático de direito cumpre, então, um duplo papel. Ao mesmo tempo em que seu aperfeiçoamento é uma meta a ser perseguida pelo MPU, tal fato constitui a base que possibilita ulteriores avanços nesse sentido. O MPU simplesmente não consegue atuar de modo eficaz na defesa da ordem jurídica e do regime democrático se a instituição não estiver organizada a partir de certos pressupostos inerentes ao Estado democrático de direito, como demonstra o exame das dificuldades que enfrenta o Ministério Público nos regimes de exceção.

### **3 O Ministério Público Militar e o Estado de não-direito**

Em 3 de janeiro de 1969, o MPM denunciou quatro jovens com idades em torno dos 20 anos, todos estudantes, sob a acusação de se encontrarem “distribuindo *panfletos subversivos*” aos candidatos ao vestibular na Faculdade de Direito do Recife. De acordo com a denúncia, os panfletos teriam, junto aos candidatos, “a finalidade de influenciá-los *psicologicamente* e *provocar opiniões* adversas ao atual sistema de governo”. Consta da peça acusatória o seguinte trecho do panfleto que deu origem à acusação:

[...] Mas, desde já, afirmamos que nós estudantes, junto com todo o povo, não nos intimidaremos e iremos continuar com nossa luta árdua que só terminará com a derrubada final da ditadura e a expulsão do imperialismo e a instauração de um governo popular, dirigido pelos trabalhadores.

Concluiu o MPM que

a distribuição de panfletos dessa natureza constitui, sem dúvida, uma forma de propaganda subversiva,

que atenta à segurança nacional, mormente, dado o seu objetivo de provocar manifestações e incrementar a mobilização de forças destinadas à instauração de um governo popular.

Denúncia formulada nos termos descritos é possível unicamente num Estado de direito concebido sob o ângulo puramente formal (ou Estado de não-direito na expressão de Canotilho). Na época, o MPM desenvolvia suas atividades sob condições extremamente adversas em todos os sentidos. Por exemplo, ao contrário do que ocorre hoje, a Lei de Segurança Nacional (LSN) era aplicada no âmbito da Justiça Militar. Sob o aspecto material, a LSN dividia-se numa parte geral e numa parte especial. A parte geral continha uma exposição da doutrina de segurança nacional (arts. 1º, 2º e 3º). A parte especial relacionava as diversas figuras típicas. Apesar das críticas dirigidas ao espírito da LSN, sobretudo ao enfoque conferido ao conceito de segurança nacional informado pela doutrina do mesmo nome, muitos cidadãos vieram a ser condenados sob a sua égide. Ela continha um catálogo de crimes que, em si, impediam a possibilidade do exercício da liberdade de pensamento, associação e reunião, tudo com a finalidade de eliminar a oposição política. Por conta disso as críticas contra ela desferidas pela doutrina.

Exemplificando: o art. 36, III, da LSN incriminava a seguinte conduta: “incitar a animosidade entre as FFAA e instituições civis”. Por sua vez, o art. 42, I, da mesma lei dispunha: “Fazer propaganda subversiva através do uso de qualquer meio de comunicação social para propaganda da guerra psicológica adversa”. Ambos os dispositivos, como se percebe, impedem a liberdade de pensamento. São redigidos em termos vagos, imprecisos, violando o princípio da legalidade. Afinal, o que seria precisamente “guerra psicológica adversa”, questionamento que levou Nilo Batista a concluir que “os temperamentos pluralistas vivem praticando esse crime”<sup>17</sup>. Igualmente atentatório às liberdades, particularmente à liberdade de reunião e associação, o art. 42, III, da LSN, que incriminava a “propaganda

---

<sup>17</sup> BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, v. 34, p. 56-57, jul./dez. 1982.

subversiva” por meio de “comício, reunião pública, desfile ou passeata”. E ainda, também primando pela imprecisão, o art. 23: “Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva”. Todos esses exemplos revelam que a finalidade da LSN, sob o Estado de não-direito, não era a defesa da sociedade ou do indivíduo, mas do regime. Daí a conclusão de que a LSN, “partindo da idéia pueril de guerra psicológica adversa”, serviu apenas “para perseguir jornalistas, trabalhadores, estudantes e parlamentares de forma abusiva e ilegítima”<sup>18</sup>.

A política é matéria afeita às instituições e não aos homens, ao contrário do que possa parecer. A denúncia formulada dos rapazes por crime contra a segurança nacional foi fruto, assim como tantas outras, da debilidade institucional do MPM. Hoje, graças à LC n. 75/93 que acolheu o MPM no âmbito do MPU, as condições são bem menos desfavoráveis e permitem uma atuação voltada à defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Pode-se afirmar, inclusive, que o MPM encontra-se numa situação melhor para a defesa do Estado democrático de direito que os de muitos Estados tidos como mais democráticos que o nosso.

#### **4 O lugar do Ministério Público Militar na estrutura do Estado democrático de direito**

A independência funcional do Ministério Público, assim com a da Magistratura, é inegavelmente importante para a perfeita caracterização do Estado democrático de direito. As autocracias, de fato, demonstram especial pendor pela submissão do Ministério Público. Ressalte-se, entretanto, a existência de alguns mitos em torno desse problema, sobretudo quanto ao MPM. Zaverucha, um dos mais severos críticos do processo de redemocratização brasileiro, confere grande relevo a aspectos relativos à organização judiciária militar, ao Código Penal Militar (CPM) e ao Código de Processo Penal Militar (CPPM). Ele sustenta, em suma, que os três fatores citados asseguram privilégios e imunidades aos membros das FFAA. Por conta disso,

---

<sup>18</sup> FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, v. 30, p. 7-8, jul./dez. 1980.

conclui que “Espanha e Grécia constituem os *únicos* exemplos de transição em que os militares foram efetivamente controlados pelos civis”<sup>19</sup>.

Com efeito, em qualquer análise sobre as relações entre civis e militares é relevante considerar a maneira como se estrutura e funciona o Judiciário, bem como o Ministério Público. A despeito disso, não se pode prescindir de uma comparação entre esses subsistemas penais no Brasil e nos demais Estados democráticos. São poucos os países que não contam em seu sistema judicial com Justiça Militar, mesmo em tempo de paz. Do mesmo modo, quase não se consegue enxergar aqueles que não possuem legislação penal e processual penal militar específica. Possuem Justiça Militar e/ou legislação militar: Estados Unidos, Reino Unido, Itália, Alemanha, Canadá, Espanha. Alguém se atreveria a negar o caráter de Estado democrático de direito a algum deles? Mesmo que em certos casos adotem, inclusive, diferentemente do Brasil, o sistema de cortes marciais?

Na Espanha, país apontado como aquele que apresenta um exemplo de transição democrática quando comparado ao Brasil, o MPM, apesar de integrar o *Ministerio Fiscal*, é dependente do Ministério da Defesa, já que seus membros integram a carreira militar. Em outras palavras: os membros do MPM são militares da ativa pertencentes ao Corpo Jurídico das FFAA, possuindo tanto atribuições judiciais quanto extrajudiciais, o que vulnera o princípio da exclusividade (Ley Orgánica 4/1987, 90). E o que é pior: a lei admite que o ministro da Defesa possa vir a ditar ordens e instruções aos membros do MPM para que esses possam atuar melhor na aplicação das leis perante os tribunais militares (Ley Orgánica 4/1987, 92). Tal perfil do MPM espanhol atrai críticas da doutrina que considera a interferência do Ministério da Defesa um privilégio de sua parte<sup>20</sup>. Em suma: na Espanha, “no âmbito castrense não existe uma ‘carreira judicial’ propriamente dita, na medida em que os profissionais do

---

<sup>19</sup> ZAVERUCHA, op. cit., p. 12. [O grifo na citação é nosso.]

<sup>20</sup> GIL GARCÍA, Olga. *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 158-159.



direito militar ao longo de suas trajetórias profissionais podem exercer, além das funções judiciais, funções no Ministério Público ou funções de assessoramento”, de maneira que “o exercício de uma ou outra função depende da Administração militar”<sup>21</sup>.

Contrastando com a situação existente na Espanha, melhor, aliás, que a de muitos países igualmente democráticos, no Brasil o MPM faz parte do MPU. Ao contrário daquilo que ocorre na Espanha, no nosso sistema não há hierarquia funcional no MPM. Os membros do MPM são funcionalmente autônomos. Eles também são civis, além de não possuírem vínculo algum com a administração militar. Além disso, não exercem atividades de assessoria e tampouco obedecem a determinações emanadas de autoridade militar. Em síntese, pode-se afirmar que a configuração do MPM no Brasil, inclusive pelo fato de integrar o MPU, oferece condições excepcionalmente vantajosas para que possa atuar na defesa da ordem jurídica e do regime democrático. O desafio que se apresenta consiste precisamente em maximizar as características positivas da instituição, de modo que se permita o aprofundamento de sua missão constitucional.

## 5 Conclusões

A missão do MPM e de todos os demais ramos do MPU exige um esforço conjunto. O MPM enfrenta certas dificuldades, algumas decorrentes da legislação penal e processual militar, bem como da natureza peculiar de seu público-alvo, que podem ser enfrentadas melhor mediante a decidida colaboração do MPF. Exemplifico: o MPF conta com larga experiência no campo da criminalidade econômica, mas o crime de colarinho branco não é exclusivo do meio civil. Sendo assim, por que não o MPF disponibilizar os recursos humanos e materiais que possui, para que o MPM possa atuar de maneira mais eficaz no tocante aos crimes cometidos contra a administração militar, como nos casos de peculato, concussão ou corrupção? É verdade que essa colaboração já pode ser percebida em alguns campos, como na existência da Escola Superior

---

<sup>21</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. *La jurisdicción militar*. de jurisdicción especial a jurisdicción especializada. Granada: Comares, 1996. p. 261.

do Ministério Público da União. Pode ser notada também quando o MPM, após investigação, remete ao MPF, para providências, elementos de prova que permitem seja uma autoridade militar processada por improbidade administrativa. Uma das maiores dificuldades do MPM é o exercício do controle externo da atividade policial-militar. O próprio inquérito policial-militar, por outro lado, se desenvolve praticamente dentro dos quartéis. Quem sabe o MPF não poderia contribuir com idéias e formulação de estratégias para resolver tais problemas? Por outro lado, o MPM também tem muito a dizer ao MPF. Os membros do MPM são especialistas em um ramo do direito quase que completamente desconhecido do público. Na verdade, poucas são as instituições de ensino superior que acolhem o direito penal militar e o direito processual penal militar em seus currículos. Todavia, os problemas que envolvem a matéria muitas vezes são de difícil deslinde, pela peculiaridade de seus institutos e pela própria necessidade de se conhecer o funcionamento da administração militar, bem como a cultura das FFAA. O que ao civil poderia configurar a prática do crime de maus-tratos, no ambiente militar pode caracterizar treinamento normal, inclusive regulamentado. A conduta que no âmbito de uma Procuradoria do MPM no Nordeste poderia aparentar maus-tratos, na Amazônia pode ser tida como absolutamente normal. O conhecimento dessa realidade, desconhecida dos civis, pelo Ministério Público é fundamental para que se evitem injustiças na aplicação do direito.

As condições de atuação do MPM são, no presente, bem mais favoráveis que em qualquer época do passado. Atualmente, por todas as razões apontadas ao longo da presente reflexão, ele se encontra em condições de cumprir sua função institucional. Porém, para que isso venha a ocorrer na prática, mais do que nunca a integração de todo o MPU é essencial. A defesa da ordem jurídica e do regime democrático é uma tarefa gigantesca, construída na prática do dia-a-dia. Para viabilizá-la, o MPM precisa não apenas manter, mas ampliar sua margem de autonomia e prerrogativas funcionais. Trata-se de um desafio político a exigir, em nome da unidade do Ministério Público, um esforço conjunto nesse sentido.

## Referências

- BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, v. 34, p. 48-62, jul./dez. 1982.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- BORGES FILHO, Nilson. *Sobre o sagrado e o profano: crises e militares na política brasileira*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, [198?].
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. O que é garantismo. *Direito e razão: teoria do garantismo legal*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 13, p. 683-723.
- FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, v. 30, p. 5-10, jul./dez. 1980.
- GIL GARCÍA, Olga. *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- JUSTICIA Militar. Madrid: Civitas, 1996.
- O'DONNELL, Guillermo. *Contrapontos: autoritarismo e democratização*. Tradução de Evelyn Kay Massaro. São Paulo: Vértice, 1986.
- SALDANHA, Néilson. *Estado de direito, liberdades e garantias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. *La jurisdicción militar: de jurisdicción especial a jurisdicción especializada*. Granada: Comares, 1996.
- ZAVERUCHA, Jorge. *Rumor de sabres: controle civil ou tutela militar? Estudo comparativo das transições democráticas no Brasil, na Argentina e na Espanha*. São Paulo: Ática, 1994.



# Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas



# Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada

Daniel Sarmento\*

*“A partir deste instante a liberdade será algo vivo e transparente, como um fogo ou um rio, e sua morada será sempre o coração do homem”*  
(Thiago de Mello).

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Liberdade no “jardim”, liberdade na “praça” e as condições da liberdade: fundamentos teóricos. 3 A autonomia privada e suas limitações. 4 A liberdade no Direito Constitucional norte-americano: técnicas institucionais, “Lochner Era” e a doutrina das “liberdades preferenciais”. 5 A relatividade das liberdades econômicas na Alemanha. 6 A proteção à autonomia privada na ordem constitucional brasileira.

## 1 Introdução

Liberdade: “Condição daquele que é livre. Capacidade de agir por si mesmo. Autodeterminação. Independência. Autonomia”<sup>1</sup>. Liberdade: “liberdade-ídolo, mistificação liberal inscrita nas bandeiras, nas constituições, na publicidade (‘liberdade é uma calça jeans desbotada’) e até mesmo no nome do partido nazista da Áustria hoje no poder – o Partido da Liberdade”<sup>2</sup>. Afinal, o que é a liberdade?

---

\* Daniel Sarmento é Procurador Regional da República, Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ.

<sup>1</sup> Extraído do verbete “Liberdade” (em JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 151).

<sup>2</sup> NOVAES, Adauto. O risco da ilusão. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O avesso da liberdade*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 7. Essa citação não revela nenhum menosprezo do autor citado pela liberdade. Seu objetivo era, antes, o de demonstrar como essa palavra mágica se presta para os mais variados “fins”. Aliás, nessa mesma linha registrou Felix E. Oppenheim: “A palavra Liberdade tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição

Para Montesquieu, nenhuma outra palavra recebeu tão diferentes significados e atingiu tanto os espíritos como a liberdade<sup>3</sup>. E a conceituação da liberdade é, sem dúvida, uma questão central não só para a Filosofia, como também para o Direito, que tem como função, segundo Kant, permitir a coexistência entre as liberdades das pessoas de acordo com leis universais de conduta<sup>4</sup>.

Mas a liberdade envolve uma série infindável de questões filosóficas que não teríamos aqui como examinar. Temos realmente liberdade de escolha ou nossos caminhos já estão previamente traçados? Estamos condenados à liberdade, como diria Sartre, ou somos apenas vítimas ou beneficiários do acaso e das contingências? Navegamos ou somos navegados pelo mar, como sugere a bela música de Paulinho da Viola? Como fica a liberdade, diante dos inúmeros fatores condicionantes da nossa vida, de natureza biológica, psicológica, histórica, social e econômica, sobre os quais não exercemos quase nenhum poder?<sup>5</sup> Essas indagações comportam respostas que variam de acordo com as inclinações filosóficas, ideológicas e até religiosas de cada um. Mas vamos fugir dessas aporias, pois nosso propósito aqui é muitíssimo mais modesto. O que almejamos é bosquejar os contornos da proteção constitucional conferida à liberdade e, em especial, a um dos seus componentes essenciais, que é a autonomia privada.

Quando falamos em autonomia privada, o fazemos em sentido amplo. Ela é aqui entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual. É importante demarcar esse conceito, pois há autores que falam em autonomia

---

considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo, até a prosperidade econômica” (Liberdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 2, p. 709).

<sup>3</sup> Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Les principes philosophiques du droit politique moderne*. Paris: PUF, 1997. p. 262.

<sup>4</sup> Cf. COING, Helmut. *Elementos fundamentais de filosofia do direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 61.

<sup>5</sup> Para uma visão panorâmica e didática dessas questões, veja-se: CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 357-366; e SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 109-132.



privada num sentido mais restrito, de autonomia negocial<sup>6</sup>. No Direito Privado essa conotação restritiva é a mais freqüente. Porém, no sentido em que empregamos a expressão, a autonomia privada envolve tanto aspectos ligados a escolhas existenciais – Com que pessoas mantereirelações de amizade e de amor? Como vou conduzir minha vida sexual? Como vou me vestir e manter minha aparência? –, como engloba também dimensão mais prosaica da vida humana, concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial<sup>7</sup>.

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Essa é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno. De fato, cumpre recordar que os poderes públicos não possuem autonomia privada e estão jungidos de forma diferente à ordem jurídica, pois só podem fazer o que ela determina ou autoriza. O princípio da legalidade, quando endereçado ao Estado, assume postura mais rigorosa no afã de, por um lado, refrear o arbítrio estatal em benefício da liberdade individual, e, por outro, condicionar o exercício do poder ao consentimento dos governados, manifestado por intermédio da lei aprovada por seus representantes. Já os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade.

Mas, se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também está fora de dúvida que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 1988, essa tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida

---

<sup>6</sup> Assim, Ana Prata (*A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982), conforme definição enunciada nas p. 13-17.

<sup>7</sup> Adotando exegese semelhante, ver PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17-19.

patrimonial e econômica. Por outro lado, considerando a noção de *pessoa* subjacente à ordem constitucional brasileira, é fácil inferir que a proteção da autonomia privada, em cada caso, não pode prescindir de considerações a propósito das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito no mundo da vida. Até que ponto um ato aparentemente livre de um particular hipossuficiente, numa relação travada com outro mais poderoso, é o resultado da sua autodeterminação, ou se trata do produto de constrangimentos externos, de origem econômica e social, aos quais o Direito não pode permanecer indiferente? Questões como essa não devem ser negligenciadas pelo intérprete, sobretudo no âmbito de uma sociedade tão injusta e desigual como a brasileira.

Assim, pretendemos neste artigo, inicialmente, examinar as modalidades de liberdade constitucionalmente protegidas, a partir da clássica clivagem entre autonomia pública e autonomia privada, abordando também a relevante questão dos pressupostos materiais dessas liberdades. Em seguida, aprofundaremos a análise sobre a autonomia privada, com o objetivo de desvelar o processo histórico através do qual a proteção jurídica concedida a ela foi, a partir do ocaso do Estado liberal-burguês, se deslocando do campo econômico-negocial para a esfera das opções humanas existenciais. Abordaremos a questão à luz do direito comparado, destacando a evolução da jurisprudência constitucional norte-americana, da *Lochner Era*, que elevava ao paroxismo o individualismo possessivo, até a doutrina hodierna das *preferred freedoms*. Veremos, ainda, como o direito constitucional alemão confere uma proteção apenas relativa às liberdades econômicas, situando-as num patamar axiológico inferior ao de outros direitos fundamentais. Para encerrar, mostraremos como esse processo de “humanização” da liberdade foi recepcionado pela ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988, descrevendo a heterogeneidade com que se apresenta hoje a tutela da autonomia privada no direito brasileiro vigente.

## **2 Liberdade no “jardim”, liberdade na “praça” e as condições da liberdade: fundamentos teóricos**

A teoria constitucional moderna vem buscando equilibrar-se em torno de duas idéias diferentes de liberdade: a liberdade do

cidadão, de participar na formação da vontade do Estado, tornando-se co-autor do destino da sua coletividade, e a liberdade do burguês, equivalente à “fruição pacífica da independência individual ou privada” (BENJAMIN CONSTANT). Enquanto as teorias democráticas e republicanas propenderam para a afirmação da primazia da primeira liberdade, identificada com a idéia de autonomia pública ou soberania popular, do cidadão “na praça”, os liberalismos de variados matices preferiram enfatizar a preeminência da segunda liberdade, vinculada à idéia de autonomia privada, do indivíduo em seu “jardim”<sup>8</sup>.

Para um democrata, ser livre significa, essencialmente, poder ter voz ativa no espaço público, participando, igualmente com os demais membros da comunidade, do seu autogoverno. Liberdade, segundo a definição de Rousseau, “significa obediência à lei que nós nos prescrevemos”<sup>9</sup>. Os democratas mais radicais vêem com reticência os constrangimentos impostos à autonomia popular pelas liberdades constitucionais, que retiram certas questões do espaço de deliberação da sociedade.

Já para um liberal, a liberdade jamais poderá ser equiparada ao governo das maiorias, porque essas podem oprimir as minorias e os direitos individuais dos não conformistas. Como diria Stuart Mill, “o governo pelo povo não constitui necessariamente liberdade”<sup>10</sup>. Pela ótica liberal, o essencial para a garantia da liberdade é a contenção do poder, com a salvaguarda de um espaço de autodeterminação individual imune aos seus constrangimentos. Teme-se a imoderação no exercício do poder não só de um possível déspota como também das próprias maiorias do povo.

Como se sabe, Benjamin Constant, em célebre ensaio, afirmou

---

<sup>8</sup> Metáfora criada por Nelson Saldanha (*O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986).

<sup>9</sup> Apud MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo antigo e moderno. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). *Constituição de 1988: o avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990. p. 25.

<sup>10</sup> Apud BINENBOJN, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 231.

que a noção democrática de liberdade estaria ultrapassada, pois corresponderia à “liberdade dos antigos”, da *polis* grega; a liberdade moderna seria a liberdade negativa dos liberais, equivalente à proteção da esfera privada do indivíduo diante dos tentáculos do poder estatal. Todavia, a história tratou de desmenti-lo<sup>11</sup>. A regra geral que se pôde observar empiricamente é que a luta pela democracia e pela garantia das liberdades individuais, bem como a sua consagração jurídico-política, quase sempre caminharam geminadas, e a experiência brasileira confirma com eloquência essa constatação.

É interessante a observação de Walter Murphy, James Fleming e Sotirios Barber de que o principal embate entre os liberais – que chamam de constitucionalistas – e a teoria democrática não diz respeito

a uma disputa sobre a importância da dignidade humana, mas sobre a melhor forma de proteção deste valor. Em razão da sua desconfiança a respeito da natureza humana, o constitucionalismo não aceita o resultado do processo político, mesmo que aberto, como critério suficiente para legitimar políticas públicas. Em razão da sua crença na preeminência do autogoverno, a teoria democrática não pode aceitar nenhum outro *standard* como de maior ou igual importância<sup>12</sup>.

Sem embargo, a maioria dos pensadores contemporâneos mais ligados ao liberalismo reconhece hoje a importância do direito à igual participação política para a afirmação da liberdade<sup>13</sup>, da mesma

---

<sup>11</sup> No mesmo sentido, BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 116.

<sup>12</sup> MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American constitutional interpretation*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: The Foundation Press, 1995. p. 47.

<sup>13</sup> Veja-se, nesse sentido, o pensamento dos dois maiores expoentes do liberalismo moderno: RAWLS, John. *A theory of justice*. 20<sup>th</sup> print. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 221 ss.; e DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 1-38. Até mesmo um liberal radical, como Hayek, admite que “O princípio de que a coerção só deve ser permitida para os fins de garantia à obediência de regras de justa conduta aprovadas por todos, ou pelo menos pela maioria, parece ser condição essencial para a ausência de um

forma que a teoria democrática contemporânea não hesita em afirmar a relevância das garantias jurídicas da liberdade individual, que constituem pressupostos para o funcionamento da própria democracia<sup>14</sup>. Apesar da subsistência de possíveis conflitos e tensões entre as idéias de soberania popular e de liberdade individual, parece hoje inequívoco que cada uma tende a se desvirtuar, num círculo vicioso, diante da ausência da outra<sup>15</sup>. Com efeito, sem um ambiente político em que as liberdades individuais estejam efetivamente garantidas, com opinião pública livre, tolerância e direito à diferença, a democracia não passará de um simulacro. Mas, sem o governo da maioria e a responsabilidade política dos governantes exigidos pela democracia, seria muito mais fácil para o grupo instalado no poder atropelar as liberdades dos governados em benefício dos seus próprios interesses<sup>16</sup>.

Jürgen Habermas<sup>17</sup> propôs uma saída intermediária para a questão da relação entre liberdades individuais e soberania popular. Para ele, não há que se falar em primazia de nenhuma delas. O her-

---

poder arbitrário e, por conseqüência, para a liberdade” (*Law, legislation and liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1979. v. 2, p. 5).

<sup>14</sup> Nessa linha, vem se desenvolvendo a discussão contemporânea a propósito da chamada “democracia deliberativa”, que tem em Habermas um dos seus expoentes, e que manifesta intensa preocupação com os pressupostos necessários para que uma democracia efetiva possa existir.

<sup>15</sup> Na mesma linha, TOURAINE, Alain. *Qu'est-ce que la démocratie?* Paris: Fayard, 1994. p. 40-87.

<sup>16</sup> Como disse Fábio Konder Comparato, “a liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem a efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 51).

<sup>17</sup> A teoria de Habermas sobre a relação entre direitos humanos e democracia é extremamente complexa, de forma que nossa apertada síntese não teve como fugir de simplificações empobrecedoras do pensamento desse grande filósofo. Vale a pena consultar o próprio autor, em especial a obra *Direito e democracia entre facticidade e validade I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 113-168. Para uma exposição clara sobre o pensamento habermasiano nessa questão, veja-se: NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 451/498.

deiro da Escola de Frankfurt procura, na verdade, estabelecer uma conexão íntima entre os direitos individuais e a soberania popular<sup>18</sup>, afirmando que ambos são igualmente essenciais à legitimação do Direito Moderno, no contexto de um mundo “desencantado”, no qual, diante do pluralismo, não é mais possível, nem mesmo no seio das sociedades nacionais, fundamentar a obrigatoriedade das normas em valores substantivos, nem muito menos na simples força. Essa legitimação, para ele, deve ser buscada num procedimento discursivo de formação do direito positivo, realizado sem coerções, no qual todos os afetados tenham iguais possibilidades de participar e de ser, simultaneamente, autores e destinatários das normas elaboradas. Nessa linha, as liberdades individuais, bem como outros direitos fundamentais que ele enuncia, afiguram-se essenciais para viabilizar a possibilidade desse procedimento discursivo, do qual resultará a produção de um direito legítimo. Mas esses direitos fundamentais não são, como eram na tradição do liberalismo clássico, concebidos como direitos naturais, anteriores à fundação da comunidade política. Para Habermas, é a própria coletividade, por meio de um procedimento discursivo racional, que institui tais direitos para passar a protegê-los. Assim, os direitos fundamentais são vistos como um produto do processo político de criação do direito objetivo, numa relação de circularidade. É pleno, nesse sentido, o enlace estrutural entre as liberdades privadas e a soberania popular, segundo a concepção habermasiana.

É interessante observar, por outro lado, que a essa díade conceitual – liberdade como autonomia privada/liberdade como soberania popular –, sobrepõe-se outra clivagem que, apesar dos pontos de contato, com ela não se confunde. Trata-se da importante distinção entre as “liberdades negativas” e as “liberdades positivas”.

Segundo Bobbio, por liberdade negativa entende-se “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos”<sup>19</sup>. É a liberdade como ausência de constrangimentos. Já a liberdade positiva,

---

<sup>18</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 135.

<sup>19</sup> BOBBIO, 1993, p. 96.

de acordo com o pensador de Turim, coincide com “a situação em que um sujeito de direito tem a possibilidade de orientar sua vontade em direção a um objetivo, de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros”<sup>20</sup>. Cuida-se da liberdade como capacidade de autodeterminação. Diz-se que ela é positiva porque pressupõe que o indivíduo reúna as condições necessárias para agir, não se esgotando na mera ausência de impedimentos externos. Um exemplo curioso, colhido em Ernst Tugendhat, ilustra bem a diferença: “um alpinista que caiu na fenda de uma rocha está, no sentido negativo, livre para sair porque ninguém impede isto, enquanto no sentido positivo ele não está livre, porque não tem as condições para tal”<sup>21</sup>. Essa classificação coincide com a de liberdade *de* (*freedom from*), em oposição à liberdade *para* (*freedom to*), identificando-se a primeira com a liberdade negativa e a segunda com a positiva<sup>22</sup>.

Em célebre e polêmico artigo<sup>23</sup>, resultante de uma conferência proferida em 1959, o filósofo liberal Isaiah Berlin contestou com veemência e erudição a noção de liberdade positiva, para ele incompatível com o pluralismo. Segundo Berlin, a idéia de liberdade positiva foi, com o passar do tempo, sendo associada não mais ao indivíduo e sim à coletividade. Justificava-se, em seu nome, que as autoridades públicas agissem no sentido da realização de projetos coletivos do bem comum, supostamente em benefício dos indivíduos, mesmo que à revelia das suas vontades. Adotada a perspectiva positiva da liberdade, o Estado ou a comunidade, segundo Berlin, poderiam “obrigar o indivíduo a ser livre”. E as lutas pelas grandes verdades religiosas, ideológicas ou filosóficas que nutriam aqueles projetos coletivos identificados com a liberdade positiva, foram, de acordo com o filósofo liberal, o altar em que a própria liberdade acabou

---

<sup>20</sup> Idem, *ibidem*, p. 100.

<sup>21</sup> TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis e outros. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 387.

<sup>22</sup> Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 257.

<sup>23</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. *Estudos sobre a humanidade*. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

freqüentemente imolada. Assim, para o professor de Oxford, a idéia de liberdade positiva abre as portas para o totalitarismo e para a negação da própria liberdade. Sem embargo, Berlin não defendia, como alguns liberais radicais, a absoluta primazia da liberdade negativa em relação a outros valores importantes, como a igualdade ou a segurança. Pelo contrário, em passagem muito citada, ele enfatizou que

oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra o Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos, doentes, é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou de educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento em sua liberdade<sup>24</sup>.

Portanto, ele admitia restrições às liberdades negativas até um certo limite; apenas não tolerava que essas restrições fossem mascaradas como meios de promoção da liberdade e não como limitações a ela, eventualmente até justificáveis em razão de outros valores morais.

De qualquer forma, é hoje praticamente consensual que não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confirmem as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente delas desfrutar. Sempre citado, nesse particular, é o memorável discurso proferido pelo Presidente Franklin Roosevelt em 1941, que, ao aludir às que seriam, na sua opinião, as quatro liberdades fundamentais, acrescentou às clássicas liberdades de religião e de expressão a liberdade da necessidade (*freedom from want*) e a liberdade do medo (*freedom from fear*). Essas novas liberdades, cujo reconhecimento coincide com o advento do Estado Social, não são garantidas mediante abstenções do Estado, mas sim por intermédio de ações positivas, visando, como ressaltou Carl J. Friedrich, a “liberar o Homem das restrições e limitações que dificultam seu pleno desenvolvimento como ser humano”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Idem, *ibidem*, p. 231.

<sup>25</sup> FRIEDRICH, Carl J. Derecho, independencia, libertad: una nueva evaluación. In: ———. *La filosofía del derecho*. Trad. Margarita Álvarez Franco. 6. reimp. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 379.



Ademais, quando se pensa hoje em liberdade, não se deve limitar o horizonte à opressão que pode ser desencadeada pelo Estado. A sociedade e as múltiplas relações de poder que nela se instauram também podem cercear a liberdade humana, de forma por vezes muito mais despótica e irrefreável do que os poderes públicos teriam condições de fazer. Bobbio explicou enfaticamente esse fenômeno:

No importa tanto que el individuo sea libre “respecto del Estado” si después no es libre “en la sociedad”. No importa que el Estado sea liberal si después la sociedad subyacente es despótica. No importa que el individuo sea libre políticamente se no lo es socialmente ...Y, entonces, para llegar al corazón del problema de la libertad, es necesario dar un paso atrás: del Estado a la sociedad civil<sup>26</sup>.

Nesse sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde – jurista alemão insuspeito pela sua proximidade em relação ao ideário liberal – observou que a moderna sociedade capitalista se assenta sobre uma tríplice garantia jurídica: a igualdade formal, a liberdade de aquisição da propriedade e a garantia da propriedade adquirida. Esse modelo não assegura, segundo ele, a liberdade real a todos, mas apenas aos que possuem as condições materiais necessárias para a autodeterminação. Para que exista liberdade efetiva para todos, segundo Böckenförde, “el Estado mismo debe también canalizar, delimitar, más allá de la garantía jurídica formal de la libertad, el poder social existente o en formación, e impedir que ponga en juego por entero su superioridad frente a los no-poderosos”<sup>27</sup>.

Por tudo isso, parece-nos anacrônica a rejeição à idéia da liberdade positiva, diante da inevitável constatação de que a pessoa humana não é minimamente livre enquanto suas necessidades vitais não estão satisfeitas<sup>28</sup>. Cumpre apenas, para afastar o espectro totalitário que ronda a idéia de liberdade positiva, situá-la na pessoa humana

---

<sup>26</sup> BOBBIO, 1993, p. 143.

<sup>27</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 75.

<sup>28</sup> Nesse sentido as lúcidas lições de Fábio Konder Comparato: “[...] toda uma série de

e não na coletividade. Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado ou a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal, por mais nobres que sejam as razões invocadas. É importante não esquecer a advertência de Hölderlin: “o que sempre fez do Estado um inferno na Terra foi exatamente a tentativa do homem de transformá-lo em paraíso”<sup>29</sup>. Mas convém lembrar que o homem e a mulher livres de que falamos não são abstrações metafísicas, são seres encarnados, que têm necessidades concretas e palpáveis. Quem tem fome não é livre para nada!

É essa a perspectiva adotada pelo indiano Amartya Sen, recentemente laureado com o Nobel da Economia, que se notabilizou pelo estudo da dimensão ética do processo econômico<sup>30</sup>. O autor, que define o desenvolvimento como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”<sup>31</sup>, não hesita em destacar a importância das condições sociais para a liberdade da pessoa como agente moral. Segundo Sen:

a condição de agente de cada um é inescapavelmente limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispomos. Existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o re-

---

direitos individuais consagrados na Constituição, tanto os civis – como o direito de propriedade privada, o direito à liberdade de locomoção, à liberdade de expressão do pensamento, à liberdade do exercício profissional – quanto os políticos – direito de votar e ser votado –, supõem, para a sua existência efetiva, o concurso de precondições econômicas e sociais bem definidas: alimentação, saúde, instrução, rendimentos mínimos garantidos. Onde falem, largamente, estas exigências preliminares, aqueles direitos constituirão um luxo do qual apenas usufruem os *beatí possidentes*” (Liberdades formais e liberdades reais. In: ———. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 15)

<sup>29</sup> Apud NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 337.

<sup>30</sup> Sobre essa questão, veja-se: SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

<sup>31</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 17.

conhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e alcance da liberdade individual<sup>32</sup>.

Nessa linha também desponta o magistério de Gregorio Peces-Barba Martínez, que afirma existirem três tipos de liberdades reconhecidas nos ordenamentos jurídicos, cuja consagração resulta da influência de cada uma das três grandes linhas de pensamento que modelaram a concepção contemporânea dos direitos do homem – liberalismo, doutrina democrática e socialismo. São elas: a liberdade como não-interferência ou protetora, a liberdade participação e a chamada liberdade promocional. Essa última, Peces-Barba relaciona com a satisfação das necessidades humanas básicas, ligadas à alimentação, educação, saúde etc. Ele a define como “la libertad que intenta suplir nuestras carencias, cuando no somos capaces de hacerlo con nuestras propias fuerzas, porque las necesidades básicas exigen un esfuerzo colectivo para su superación”<sup>33</sup>, apontando sua vinculação com os direitos sociais e econômicos básicos, e destacando a sua imprescindibilidade para o gozo da liberdade como não-interferência.

Mas, apesar da apontada origem socialista dessa idéia, o fato é que, com poucas ressalvas de liberistas<sup>34</sup> radicais de direita, como Robert Nozick e Hayek, hoje até mesmo no campo liberal se admite a necessidade da garantia de condições básicas de vida como meio assecuratório da possibilidade de gozo da liberdade humana.

Nesse sentido, é exemplar a evolução do pensamento de John

---

<sup>32</sup> Idem, *ibidem*, p. 10.

<sup>33</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 222.

<sup>34</sup> O liberismo defende o Estado Mínimo e rejeita a intervenção dos poderes públicos na esfera econômica, pela crença na racionalidade do próprio mercado. Não se confunde com o liberalismo, que está mais associado a uma teoria política e moral do que a uma corrente do pensamento econômico, e não é necessariamente incompatível com uma intervenção mais ampla do Estado no mercado. Rawls, por exemplo, é um liberal, mas não um liberista, já que aceita uma ampla intervenção estatal no mercado para promoção da igualdade material, desde que não implique sacrifício das liberdades básicas (ele não considerava as liberdades econômicas como liberdades básicas). Já Margaret Thatcher era uma liberista, defensora do Estado Mínimo, mas jamais uma liberal, por assumir posições conservadoras em matérias como direitos humanos, proteção de minorias, valores familiares etc.

Rawls<sup>35</sup>. O grande filósofo norte-americano recentemente falecido, ao enunciar, na sua monumental obra sobre a Teoria da Justiça<sup>36</sup>, os princípios políticos que deveriam reger a estrutura básica de uma sociedade justa, atribuiu absoluta prioridade à proteção, igual para todos, das liberdades individuais básicas. Só depois de assegurado plenamente esse princípio de maximização das liberdades, passar-se-ia à aplicação do segundo princípio de justiça, que ele chamou de princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades econômicas deveriam ser distribuídas de forma que: (a) beneficiasse as pessoas menos favorecidas; (b) mantivesse sempre abertas oportunidades iguais para todos.

Essa prioridade absoluta conferida ao primeiro princípio – o único, segundo Rawls, merecedor de tratamento constitucional – corria o risco de frustrar, na prática, o gozo das liberdades individuais básicas pelos mais pobres. A solução alvitrada por Rawls para esse problema, em face das críticas que recebera, veio em obra posterior, intitulada *Liberalismo político*<sup>37</sup>, na qual ele, revendo em parte sua teoria inicial, reconheceu que

el primer principio, que abarca los derechos y libertades iguales para todos, bien puede ir precedido de un principio que anteceda su formulación, el cual exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que

---

<sup>35</sup> No mesmo sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23-31.

<sup>36</sup> RAWLS, 1994. A referida obra de Rawls, cuja primeira edição saiu em 1971, constitui um importantíssimo marco na filosofia política moderna, que recuperou o prestígio das discussões sobre a justiça das instituições sociais. Nesse livro seminal, Rawls, combatendo o utilitarismo, tenta estabelecer os princípios de justiça que devem reger as estruturas de uma sociedade. As pessoas seriam colocadas numa “posição inicial”, cobertas com o “véu da ignorância”, impossibilitando-as de conhecer sua posição na sociedade, seus talentos pessoais, suas preferências políticas, religiosas, ideológicas. Assim, seria maior sua imparcialidade para buscar um consenso sobre os princípios de justiça que regeriam a sociedade política da qual participariam.

<sup>37</sup> RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Sergio Rená Madero Báez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

su satisfacción es necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y esas libertades<sup>38</sup>.

Por outro lado, é relevante sublinhar que o conceito de liberdade básica, enunciado pelo filósofo de Harvard, cuja garantia afigurar-se-ia prioritária na edificação de uma sociedade justa, não inclui liberdades de caráter estritamente econômico: as liberdades básicas, asseguradas pelo primeiro princípio da sua teoria da justiça (*justice as fairness*, como ele a designa), são as que aqui qualificamos como existenciais<sup>39</sup>.

Na doutrina brasileira, é importante destacar o magistério de Ricardo Lobo Torres a propósito da necessidade de garantia das “condições de liberdade”. O autor, fiel à tradição liberal, rejeita o caráter de direito fundamental aos direitos econômicos e sociais, mas reconhece a plena possibilidade de tutela judicial do mínimo existencial, que deriva, segundo ele, da necessidade de garantia das condições de liberdade. Nas suas palavras, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”<sup>40</sup>.

Portanto, pode-se concluir que, afora raras posições radicais em sentido contrário, converge o pensamento jusfilosófico contemporâneo para a idéia de que a garantia tanto da autonomia pública do cidadão como da sua autonomia privada são vitais para a proteção jurídica integral da liberdade humana. Da mesma forma, é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutar delas de forma consciente.

---

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*, p. 31.

<sup>39</sup> Cf. RAWLS, 1994, p. 195-257; 1995, p. 270-339.

<sup>40</sup> TORRES, 1999, p. 263. Sem embargo, o autor rejeita a inclusão do mínimo existencial na idéia de liberdade positiva, segundo ele, “responsável pelas obscuridades do tema, eis que esses conceitos (*liberdade real ou positiva*) também são usados pelos escritores socialistas e marxistas, que os emburilham com a idéia de justiça” (*Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129-130).

### 3 A autonomia privada e suas limitações

Como se verificou acima, a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Essa autonomia significa o poder do sujeito de “autogoverno de sua esfera jurídica”<sup>41</sup>, tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com essas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Essa é uma idéia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana que, na expressão de Canotilho, baseia-se no “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico Della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual”<sup>42</sup>.

No sentido ampliado que lhe conferimos, a autonomia privada é um pressuposto da democracia, pois sem ela não há possibilidade de que se forme um debate franco de idéias (*marketplace of ideas*, como diria Oliver Wendell Holmes), que permita ao cidadão a realização consciente das suas escolhas políticas e a fiscalização dos governantes da coisa pública. Mas o valor da autonomia privada não é apenas instrumental para a democracia, pois ela está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. Na verdade, negar ao homem o poder de decidir de que modo vai conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial.

Entretanto, essa autonomia privada não é absoluta. Em primeiro lugar, tem de ser conciliada com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade, a segurança. Se a autonomia privada fosse absoluta, toda lei que determinasse

---

<sup>41</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985. p. 89.

<sup>42</sup> CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 219.

ou proibisse qualquer ação humana seria inconstitucional. A própria idéia de ordenamento jurídico se destruiria e seríamos todos condenados a viver na anarquia, num permanente “Estado da Natureza”, em que acabaria prevalecendo a vontade do mais forte. Como destacou Karl Larenz,

En aras de la vida conjunta en una comunidad que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales ésta no sería posible. Todo derecho de libertad encuentra por esto su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada una en beneficio de la paz jurídica y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho<sup>43</sup>.

Portanto, é inevitável que o Estado intervenha em certos casos, restringindo a autonomia individual, seja para proteger a liberdade dos outros, de acordo com uma “lei geral de liberdade”, como diria Kant, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade. Numa democracia, essas intervenções estatais no campo da autonomia privada são viabilizadas, sobretudo, por intermédio da lei editada pelos representantes do povo, traduzindo manifestação da autonomia pública do cidadão. Com isso, tais intervenções se reconciliam com a idéia de liberdade num sentido mais amplo. No conceito de lei, incluímos também, como não poderia deixar de ser, a mais importante dentre todas, que é a Constituição, uma vez que ela não depende da mediação do legislador ordinário para incidir diretamente sobre situações de fato.

Mas há limites para a própria lei. Existem dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para a sua dignidade, que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador, encarnação da vontade das maiorias<sup>44</sup>. Essa idéia, que não era aceita

---

<sup>43</sup> LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985. p. 62.

<sup>44</sup> Não é nossa intenção enveredar na complexa e aporética questão concernente à existência de limites para o próprio constituinte originário. Mas parece-nos possível sustentar que os direitos fundamentais básicos encarnam valores que vinculam o próprio constituinte,

por democratas puros, como Rousseau, tornou-se amplamente dominante no mundo ocidental moderno, em que vicejam as constituições contendo cartas de direitos, que podem ser opostas ao próprio legislador por meio dos mecanismos competentes de jurisdição constitucional. Na maioria dos sistemas constitucionais modernos, certas liberdades individuais foram salvaguardadas até do legislador. Essas liberdades compõem, mas não esgotam, a autonomia privada do indivíduo, e, pela sua importância para a proteção da dignidade humana, receberam dos ordenamentos jurídicos, inclusive internacionais, uma proteção reforçada<sup>45</sup>.

Isso não quer dizer, no entanto, que essas liberdades fundamentais se revistam de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito

---

que não pode mais ser concebido como ilimitado, como pretendia a doutrina mais tradicional. Não porque tais direitos sejam naturais, mas sim porque eles traduzem exigências éticas impostergáveis que se universalizaram, e que devem ser concebidas como limite e norte para o exercício do poder, em qualquer das suas manifestações. A idéia de que possa existir um poder absoluto – qualquer que seja ele – parece-nos assustadora, pois “se o poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente” (Lord Acton). Sobre essa questão, veja-se PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999; e SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Do poder constituinte originário e sua limitação pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.

<sup>45</sup> No entanto, parece-nos equivocada a tese mais radical sustentada por alguns autores, como Robert Alexy, de que existiria um direito geral de liberdade, oponível inclusive em face do legislador, que seria restringido a cada vez que o Poder Público determinasse ou proibisse ao particular a adoção de qualquer comportamento. Essa concepção apresenta, na nossa opinião, vários inconvenientes. Em primeiro lugar, ela inflaciona o conceito de direito fundamental, ao tratar como restrições de direitos fundamentais medidas absolutamente banais, como um simples sinal de trânsito fechado. Parafrazeando Dworkin, podemos dizer que não há um direito fundamental a percorrer a Avenida Rio Branco, no Rio de Janeiro, ou a Avenida Paulista, em São Paulo, na contra-mão (Dworkin, por óbvio, não se referiu a nenhuma rua brasileira, mas à Lexington Avenue, em Nova York). Esse elastecimento exagerado do conceito de direito fundamental corre o risco de esvaziar a dimensão moral desses direitos, que justifica sua proteção reforçada, operando assim uma espécie de “nivelamento por baixo”. Ademais, ao tratar todas as medidas estatais que impliquem ingerências na esfera individual como restrições de direito fundamental, essa doutrina acaba justificando um ativismo judicial exagerado, já que enquadra como ponderação de interesses tais situações. Na nossa visão, tem-se com isso um risco não negligenciável para o princípio democrático. Por isso, preferimos a tese de que a Constituição protege, como direitos fundamentais, algumas liberdades básicas – que não



fundamental igualmente relevante, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, mediante uma ponderação de interesses<sup>46</sup>. É isso que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular.

Segundo pensadores filiados ao liberalismo, como Dworkin<sup>47</sup> e Rawls<sup>48</sup>, só seria possível ponderar direitos com outros direitos, não com interesses coletivos. Já autores mais próximos do ideário do Estado Social, como Robert Alexy<sup>49</sup>, aceitam também a ponderação entre direitos individuais e outras finalidades públicas revestidas de relevância constitucional. Essa última posição nos parece mais compatível com a visão personalista da pessoa humana, adotada pelo constitucionalismo contemporâneo, que marca a superação do individualismo exacerbado do Estado Liberal, mas também não recai no organicismo coletivista, que ao colocar a sociedade sempre acima dos seus “membros”, abre as portas para totalitarismos de variados matizes ideológicos.

Por outro lado, é de capital importância assentar que as restrições à autonomia privada, numa ordem constitucional tão ciosa

---

são apenas aquelas expressamente consagradas no seu texto, mas também outras que possam ser extraídas pela via hermenêutica –, mas não existe um direito geral de liberdade constitucionalmente assegurado, protegendo todo e qualquer tipo de ação humana de interferências estatais. Sobre esse debate, veja-se, em sentido próximo ao que aqui defendemos, DWORKIN, Ronald. What rights do we have? In: ———. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 266-278. Em linha contrária, confira-se ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 210-245.

<sup>46</sup> Sobre o tema, veja-se o nosso *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

<sup>47</sup> DWORKIN, 1977, p. 90-100.

<sup>48</sup> RAWLS, 1994, p. 3.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 179-203. Destaque-se, no entanto, que o autor germânico afirma que existe uma prioridade *prima facie* dos direitos individuais em relação aos bens coletivos, que decorre, segundo ele “de la necesidad de un orden normativo de la vida social que tome al individuo en serio” (p. 207).

com o respeito à autonomia e à privacidade individuais, não podem ser movidas por propósitos perfeccionistas<sup>50</sup>. Deve caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada.

Sem embargo, é importante deixar remarcado que nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma. Existem dimensões dessa autonomia que ostentam superior importância, por serem consideradas mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana. O que tentaremos demonstrar é que, se no Estado Liberal o núcleo da proteção outorgada à autonomia privada centrava-se na proteção do patrimônio individual e nos direitos que lhe são correlatos, no Estado contemporâneo o foco deve se deslocar para a esfera das decisões existenciais, de caráter afetivo, sexual, religioso, artístico, ideológico etc., abrindo espaço para limitações muito mais extensas e profundas às liberdades de contratar e de desfrutar de direitos patrimoniais, como a propriedade, desde que essas se justifiquem em função da necessidade de promoção da igualdade substantiva ou de outros valores solidarísticos.

Mas, antes disso, é importante voltar a um ponto, já tangenciado anteriormente. Para que a autonomia privada no campo das relações econômicas não se converta numa mera liberdade de facha-

---

<sup>50</sup> Carlos Santiago Nino, um dos autores que mais se dedicou à refutação do perfeccionismo na teoria constitucional, definiu-o com precisão como concepção que sustenta “[...] que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores” (*Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989. p. 205.). Contra o perfeccionismo, o grande jurista argentino propôs o reconhecimento de um princípio de autonomia da pessoa, que definiria o conteúdo dos direitos individuais, e que vedaria quaisquer restrições à liberdade individual quando a ação humana não afetasse interesses de terceiros, mas apenas os do próprio agente (NINO, 1989, p. 199-236).

da, cumpre sempre atentar para a existência ou não, em cada caso, das condições de liberdade que assegurem o seu efetivo exercício. É isso que justifica, do ponto de vista da ética jurídica, a proteção do consumidor que tenha pactuado contrato com fornecedor de bens ou serviços contendo cláusulas abusivas, ou do trabalhador que tenha celebrado com seu empregador contrato de trabalho abrindo mão de direitos relevantes. É sabido que, em situações como essas, a liberdade de escolha da parte mais fraca praticamente desaparece. Como diz o conhecido ditado, “entre o fraco e o forte, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza”.

Por isso, quando o direito positivo intervém nessas relações materialmente desiguais, ditando normas de ordem pública em proveito da parte hipossuficiente, ele não está, a rigor, desconsiderando a sua autonomia privada como agente moral. E não se trata de paternalismo, ao contrário do que os críticos à direita insistem em apregoar, mas de proteção da própria liberdade, cuja interpretação deve se articular com o valor igualdade, numa ordem jurídica que se preocupa igualmente com ambos<sup>51</sup>. Autonomia privada e liberdade, como averbou Konrad Hesse,

presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del outro, desaparece todo fundamento y traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Nesse sentido, parece-nos precisa a lição de Gustav Radbruch: “Desde que os contratantes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de a terem de aceitar [...]. A liberdade contratual converte-se, portanto, em escravidão social na sociedade. Daí, para a lei, a necessidade de ter de inverter de novo as coisas, e, por meio de certas limitações impostas à liberdade, restabelecer a liberdade social de contratar” (*Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 288).

<sup>52</sup> HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995. p. 78-79.

No passado, embora o Estado Liberal-Burguês se proclamasse neutro em face dos conflitos distributivos, sua ausência da esfera econômica atuava no sentido de favorecer os mais poderosos. Esse modelo, intimamente associado à restrição dos direitos políticos às elites por meio do sufrágio censitário, correspondia a uma visão parcial, incompleta e classista da liberdade. Embora as constituições de então já consagrassem outras liberdades fundamentais, como as de religião e de expressão, toda a ênfase recaía na garantia da propriedade e dos direitos econômicos. É notável, por exemplo, que, apesar da atmosfera de anticlericalismo então reinante, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tenha usado a palavra “sagrado”, exatamente quando se referiu, no seu art. 17, ao direito de propriedade, não repetindo o termo em nenhuma outra parte.

O direito de propriedade era o direito por excelência, e a principal liberdade reconhecida ao indivíduo consistia no poder de adquirir, manter e transmitir seus bens, só interferindo o Estado para impedir que terceiros prejudicassem o gozo dessas sacrossantas faculdades. Proteger a propriedade privada – essa era a principal finalidade do Estado, sua missão mais nobre, segundo a ótica então prevalecente. Nesse sentido, é paradigmática a afirmação de John Locke, mestre e precursor dos liberais modernos, de que “o objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade”<sup>53</sup>.

Nessa moldura, valorizava-se ao extremo a liberdade negocial, vista como a mais autêntica expressão do poder da vontade da pessoa humana, na qualidade de fonte criadora de obrigações. Era o apogeu do voluntarismo jurídico, que teve em Savigny o seu maior expoente, e que fazia repousar na vontade o conceito de direito subjetivo<sup>54</sup>. Sob o aspecto filosófico, essa valorização da autonomia da vontade

---

<sup>53</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*. Capítulo IX. A obra encontra-se reproduzida na coleção *Os Pensadores: Locke*. Trad. Anuar Aiex; E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. O trecho reproduzido encontra-se na p. 82. Cumpre destacar que Locke atribuía à propriedade um sentido mais amplo, para abranger também outras liberdades, como o direito à vida e ao próprio corpo (p. 45).

<sup>54</sup> Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio. Direito subjetivo – II. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 331.

no campo contratual era tributária, sobretudo, do pensamento kantiano, que formulara o princípio de que “a vontade de todo ser humano deve ser concebida como vontade legisladora universal”<sup>55</sup>. Mas, segundo o magistério de Cláudia Lima Marques<sup>56</sup>, também ecoavam nessa concepção o direito canônico, que afastara os exageros formalistas do direito romano em favor da força obrigatória das promessas; as teorias do contrato social, que fundamentavam a própria autoridade estatal na vontade dos cidadãos; e ainda as teorias econômicas do liberalismo, que viam no contrato livremente pactuado o principal instrumento de realização da liberdade econômica e de circulação de riquezas.

Os principais reflexos do dogma da autonomia da vontade no direito privado liberal foram, na lição da mesma autora<sup>57</sup>: (a) o reconhecimento da ampla liberdade contratual (liberdade de forma das convenções, livre estipulação de cláusulas, possibilidade de criação de novas figuras contratuais); (b) a consagração da força obrigatória dos contratos; (c) a teoria dos vícios de consentimento, visando a um ajuste que refletisse com lealdade a fusão das vontades das partes.

A responsabilidade era o preço da liberdade: o indivíduo era livre para contratar ou não, e para definir os termos do ajuste, mas se empenhasse a sua vontade, por ela estaria definitivamente obrigado. Considerações sobre a conformidade da convenção com parâmetros de justiça não compareciam, senão de forma marginal, nas preocupações do jurista de então. Para a teoria clássica, “o contrato é sempre justo, porque se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes”<sup>58</sup>. “Qui dit contractuelle, dit juste”, era o lema, pois entendia-se que as partes do contrato, numa posição de igualdade jurídica, não se comprometeriam se as condições do ajuste não as favorecessem.

---

<sup>55</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Segunda seção. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores: Kant). A citação foi colhida na p. 137.

<sup>56</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 40-44.

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*, p. 44-48.

<sup>58</sup> BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 31.

Nesse contexto, a intervenção estatal na seara negocial era considerada, do ponto de vista microscópico, um elemento perturbador da liberdade individual, e, macroscopicamente, prejudicial ao mercado, *locus* natural onde as relações entre particulares deveriam se desenvolver numa situação de formal e hipotética igualdade, conduzidas pela figura mitológica da “mão invisível” do mercado. A “ordem espontânea” da sociedade era preferida à “ordem artificial” construída pelo Estado<sup>59</sup>.

O advento da sociedade de massas e a progressiva democratização do Estado levaram à erosão desses postulados liberais. A crescente sensibilidade do discurso jurídico para a desigualdade fática e para os interesses sociais e coletivos vai provocar o desmoronamento do credo liberal na excelência da autonomia privada no campo econômico como motor do bem comum. Amplia-se a intervenção estatal seja com o objetivo de acudir as partes mais débeis nas relações jurídicas, seja com o propósito de condicionar a autonomia negocial à prossecução de algum interesse público. O advento do Estado do Bem-Estar Social deu origem ao fenômeno do dirigismo contratual. A par disso, o centro de gravidade do Direito Privado, que no passado era o Código Civil, deslocou-se para a Constituição, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a aplicação das normas ordinárias, como podem incidir diretamente sobre relações jurídicas travadas por particulares, conformando-as à sua axiologia centrada na dignidade da pessoa humana.

Para clarificar essa transição, tentaremos mostrar, a partir da análise da jurisprudência constitucional norte-americana, como se deu uma tremenda mudança no enfoque jurídico da liberdade, após o ocaso do Estado absenteísta naquele país. A escolha do exemplo norte-americano não foi gratuita. Os Estados Unidos possuem uma Constituição liberal, elaborada há mais de 200 anos, que não contém direitos sociais, e a cultura jurídica norte-americana é ultra-individualista. Se logrármos demonstrar que, até mesmo lá, a tutela constitucional da autonomia privada evoluiu no sentido de uma preocupação

---

<sup>59</sup> Sobre “ordem espontânea” e “ordem artificial”, veja-se, em perspectiva ultraliberal, que valoriza a primeira em detrimento da segunda, HAYEK, 1979, v. 1, p. 35-54.

centrada no que chamamos de liberdades existenciais, ficará mais fácil concluir que no Brasil, em que a Constituição é muito mais voltada para a justiça social e a igualdade substantiva, não há como escapar de processo semelhante.

#### **4 A liberdade no Direito Constitucional norte-americano: técnicas institucionais, “Lochner Era” e a doutrina das “liberdades preferenciais”**

A liberdade sempre foi valor central para o direito constitucional norte-americano, muito embora tenha se expressado por meio de fórmulas muito diferentes ao longo do tempo<sup>60</sup>. O texto originário da Constituição americana, elaborado na Convenção da Filadélfia em 1787, não consagrava nenhuma liberdade individual e nenhum outro direito fundamental que pudesse ser invocado em face dos poderes estatais, dada a convicção de que a sua garantia expressa em texto constitucional era, a rigor, desnecessária. Apostou-se, na época, em mecanismos institucionais de defesa da liberdade, como o federalismo, que descentralizava o poder verticalmente, ao lado da separação de poderes com mecanismos de *checks and balances*, que o dividia horizontalmente, tudo no afã de impedir a concentração excessiva de autoridade, que poderia conduzir à tirania<sup>61</sup>. Havia ainda o temor de que a previsão de alguns direitos em sede constitucional pudesse levar os poderes públicos a acreditarem que teriam liberdade para fazer tudo o que não houvesse sido expressamente interdito pela Constituição, perigando estimular, em vez de refrear, o arbítrio dos governantes.

Não obstante, poucos anos depois, em 1791, foram aprovadas as primeiras dez emendas ao texto constitucional norte-americano, consagrando uma carta de direitos (*bill of rights*) solidamente ancorada na idéia da liberdade individual. Apesar disso, até o final do século

---

<sup>60</sup> Mas nem sempre a preocupação teórica operou no mundo dos fatos, como provam, sobretudo, o regime escravocrata, em vigor nos Estados do Sul até o fim da Guerra Civil em 1865, e a discriminação racial realizada com a chancela do próprio Estado, aceita pela jurisprudência até a década de 50 do século XX.

<sup>61</sup> Cf. TRIBE, Laurence H. *American constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p. 2.

XIX, o Judiciário norte-americano manteve uma postura de extrema timidez na proteção das liberdades fundamentais. A Suprema Corte chegou inclusive a decidir que os referidos direitos não vinculavam os Estados<sup>62</sup>, situação que perdurou até o advento da 14ª Emenda, ratificada em 1868, no movimento de reconstrução do país que se seguiu ao fim da Guerra da Secessão.

Na ótica então prevalecente, a proteção à liberdade dar-se-ia sobretudo por meio da garantia da autonomia dos Estados-Membros, no campo de suas vastas competências, já que se supunha, na época, que a principal ameaça ao cidadão era representada pelo governo central. Entendia-se que o Estado-Membro, por encontrar-se mais próximo do indivíduo, mais sujeito ao seu controle, não o oprimiria, ao inverso do poder central, crença essa que a história tratou de desmentir<sup>63</sup>. De acordo com essa concepção, traçou-se uma identificação entre a autonomia dos Estados e a liberdade dos seus cidadãos.

Até então, eram raríssimos os casos de decisões judiciais fundamentadas em violações de direitos fundamentais, sendo certo que o julgamento mais importante da época nessa seara, o *Dread Scott vs. Sandford*<sup>64</sup>, julgado pela Suprema Corte em 1856, foi vergonhoso, para dizer o mínimo. Dread Scott era um escravo, nascido no Missouri, cujo antigo proprietário o havia levado ao Estado de Illinois. Nesse último Estado já tinha ocorrido a abolição da escravidão, por força de uma lei federal que proibira aquela desonrosa instituição a partir de determinada latitude. Posteriormente, Dread Scott foi transferido para Sandford, que o trouxe de volta ao Missouri. Scott ajuizou uma ação contra Sandford pretendendo sua libertação, sob alegação de que não era mais escravo, já que, por ter vivido em Estado que não admitia a escravidão, tornara-se um homem livre. A decisão da Corte Suprema foi no sentido de que Scott, por ser negro, não podia em nenhuma circunstância ser considerado cidadão americano,

---

<sup>62</sup> *Barron vs. Mayor and City of Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243.

<sup>63</sup> De fato, na luta tanto pela abolição da escravidão, como, depois, pela integração racial dos negros, a União sempre esteve do lado correto, enquanto os Estados, sobretudo os do sul, defendiam a barbárie.

<sup>64</sup> 60 U.S. (19 How.) 393.



já que, para os *framers* que elaboraram a Constituição, os negros não eram, no sentido jurídico, autênticas pessoas. Portanto, a justiça federal não tinha jurisdição sobre o caso. Além disso, a Corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei federal que abolira a escravidão em Illinois, sob a alegação de que ela importara em violação aos direitos dos donos de escravos, pois os privava da sua “propriedade” sem o devido processo legal (!!!)<sup>65</sup>.

Poucas décadas após o fim da Guerra Civil, começou a se tecer na jurisprudência da Suprema Corte um novo modelo de proteção da liberdade, que se baseava não mais na autonomia dos Estados, mas na defesa da autonomia contratual e da propriedade, a partir de uma perspectiva ideológica centrada na idéia do *laissez faire*. Esse modelo tem como principal paradigma a decisão proferida no caso *Lochner vs. New York*<sup>66</sup>, apreciado pela Suprema Corte norte-americana no ano de 1905, que invalidou lei que estabelecera limite para a jornada de trabalho dos padeiros. Esse período é hoje denominado *Lochner Era*, e tem como características a rejeição radical ao intervencionismo estatal nas relações econômicas, bem como ao ideário do Estado Social de igualdade substantiva e justiça social. Como destacou Archibald Cox, o caso *Lochner* “veio a simbolizar uma era de intervenção judicial conservadora, baseada na cláusula do devido processo legal, tentando barrar o fluxo das reformas sociais e econômicas”<sup>67</sup>.

No julgamento do caso *Lochner*, discutia-se a constitucionalidade de lei do Estado de Nova York que fixara a jornada máxima de trabalho dos padeiros em dez horas diárias e sessenta horas semanais. A inconstitucionalidade da norma foi declarada, sob o argumento de que não se justificaria uma intervenção do legislador no âmbito da liberdade de patrão e empregado de estipularem livremente as cláusulas do respectivo contrato de trabalho. Embora, para a Suprema Corte, a liberdade de contratar não fosse absoluta, poden-

---

<sup>65</sup> O acórdão, nos seus trechos mais importantes, está reproduzido em MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p.195-205.

<sup>66</sup> 198 U.S. 45.

<sup>67</sup> COX, Archibald. *The Court and the Constitution*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987. p. 131.

do sujeitar-se a limites decorrentes da moral e de interesses públicos relevantes, isso não legitimaria uma tal proibição. Segundo a decisão,

O direito geral de alguém celebrar um contrato relativo aos seus negócios é parte da liberdade do indivíduo protegida pela 14ª Emenda da Constituição Federal. De acordo com esta norma, nenhum Estado pode privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. O direito de comprar e vender trabalho é parte da liberdade protegida por esta emenda [...]<sup>68</sup>.

Assim, diante da ausência de qualquer norma expressa no texto constitucional norte-americano consagrando liberdades econômicas, o principal instrumento usado pelos tribunais para impedir tanto a criação de políticas públicas interventivas no mercado, como a proteção das partes mais frágeis nas relações econômico-sociais, foi a cláusula do devido processo legal, à qual se atribuiu uma dimensão substantiva. Como destacaram John E. Nowak e Ronald D. Rotunda,

a liberdade no mercado e a autonomia contratual eram vistas como liberdades protegidas pela cláusula do devido processo legal. Assim, os juízes invalidariam qualquer lei se entendessem que ela restringia liberdades econômicas de uma forma que não estivesse relacionada com fins legítimos. Como eles não viam a regulamentação do trabalho, o controle de preços ou outras medidas econômicas como fins legítimos em si, apenas uma reduzida quantidade de normas contendo a regulamentação de negócios poderia passar neste teste<sup>69</sup>.

Muitas decisões nessa mesma linha foram proferidas pela Suprema Corte, como a exarada no caso *Adkins vs. Childrens Hospital*<sup>70</sup>,

---

<sup>68</sup> As partes mais importantes do acórdão estão reproduzidas em MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p. 110-114. A citação acima foi traduzida da p. 110.

<sup>69</sup> NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *American constitutional Law*. 5<sup>th</sup> ed. St. Paul: West Publishing, 1995. p. 375.

<sup>70</sup> 261 U.S. 525 (1923).

em 1923, em que se considerou inconstitucional a fixação de salário mínimo para mulheres no Distrito de Colúmbia. Na prática, o Judiciário norte-americano estava, a partir de uma leitura ultraliberal e míope da liberdade<sup>71</sup>, impedindo que as maiorias legislativas coibissem abusos das forças do mercado e instituíssem direitos sociais em prol dos menos favorecidos.

Entretanto, em 1932, assume o governo dos Estados Unidos o presidente Franklin Delano Roosevelt, cujo programa de um *New Deal* para salvar o país da brutal crise que atravessava, desde a quebra da Bolsa de Nova York em 1929, envolvia uma profunda intervenção estatal na economia, ao lado da edição de legislação trabalhista e social. Pouco tempo depois, começam a chegar à Suprema Corte os primeiros casos em que tais normas eram questionadas. Mantidos os precedentes, ter-se-ia inexoravelmente a derrubada das leis que constituíam a espinha dorsal do plano de Roosevelt de recuperação do país. A partir de 1934, a Suprema Corte, quase sempre por apertada maioria de 5 a 4, passa a invalidar leis essenciais para o programa governamental<sup>72</sup>.

A crise entre os poderes estava instaurada, mas a reação não tardaria. Em 1936 o presidente Roosevelt se reelege com facilidade para um novo mandato, sem poupar críticas à Suprema Corte, freqüentes também no Legislativo. No início de 1937, Roosevelt encaminha ao Congresso um projeto de lei para “empacotar” a Suprema Corte (o projeto era chamado, literalmente, de *Court Packing Plan*), pelo qual para cada juiz daquele tribunal que completasse setenta anos e não se aposentasse, o presidente poderia indicar um outro, desde que o número total de magistrados não ultrapassasse quinze<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Esse posicionamento da Suprema Corte já então provocava intensa polêmica. É conhecida a crítica do juiz Oliver Wendell Holmes que, em voto divergente proferido no caso *Lochner*, contestara a explícita adesão dos outros juízes às visões econômicas ultraliberais então em voga, afirmando que “uma constituição não é concebida para abraçar uma teoria econômica em particular, seja ela o paternalismo e a relação orgânica entre cidadão e Estado, seja o *laissez faire* [...]” (cf. MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p. 1114).

<sup>72</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 116.

<sup>73</sup> Cf. NOWAK; ROTUNDA, 1995, p. 380-381.

Todavia, enquanto o projeto de lei estava sendo apreciado no Senado, a Suprema Corte, sob forte pressão, rendeu-se, quando o juiz Roberts, que sempre votava na linha dos conservadores contra a legislação social, mudou de lado no julgamento do caso *West Coast Hotel Co. vs. Parrish*<sup>74</sup>, em que se discutia lei do Estado de Washington que estabeleceria um salário mínimo para mulheres. Assim, prevaleceu, por 5 a 4, a afirmação da constitucionalidade da lei, o que significava a reversão do precedente estabelecido em *Adkins vs. Childrens Hospital*. Duas semanas depois, no julgamento do caso *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corporation*<sup>75</sup>, o Tribunal chancelou a constitucionalidade do *National Labor Relations Act*, uma peça importantíssima da legislação do New Deal. A corrente mais progressista passou a contar com a maioria no Tribunal, mesmo porque os mais fervorosos defensores do *laissez faire* se aposentaram, levando à definitiva superação da Era de Lochner<sup>76</sup>.

A partir daí, o foco da Suprema Corte na questão dos direitos humanos passou a ser a defesa das liberdades de comunicação e expressão, de culto, de associação, o direito de privacidade etc., bem como a proteção das minorias raciais, nacionais e religiosas. Concentraremos nosso estudo no campo das liberdades fundamentais, que passaram a ser designadas como *preferred rights* ou *preferred freedoms*, em razão da importância que se lhes passou a atribuir na escala dos valores constitucionais<sup>77</sup>.

No importante julgamento do caso *Carolene Products vs. United*

---

<sup>74</sup> 300 U.S. 379 (1937). Na referida decisão, relatada pelo *Chief Justice* Hugues, discutiu-se o conteúdo da liberdade protegida pela Constituição americana. O seguinte trecho é ilustrativo da nova posição assumida pela suprema Corte: “O que é liberdade? A Constituição não fala em liberdade de contrato. Ela fala de liberdade e proíbe a privação da liberdade sem o devido processo legal. Ao proibir esta privação, a Constituição não reconhece uma liberdade absoluta e incontrolável... Mas a liberdade salvaguardada é a liberdade numa organização social que requer a proteção da lei contra males que ameaçam a saúde, a segurança, a moral e o bem-estar do povo”.

<sup>75</sup> 301 U.S. 1 (1937).

<sup>76</sup> Cf. O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 4<sup>th</sup> ed. New York: W.W. Norton, 1999. v. 2, p. 262-263.

<sup>77</sup> Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 43-73.

*States*<sup>78</sup>, apreciado pela Suprema Corte em 1938, no qual se discutia a constitucionalidade de lei federal que regulamentava, com normas de ordem pública, a comercialização do leite, foi estabelecido um importante parâmetro no controle de constitucionalidade das leis restritivas de liberdades, que até hoje é aplicado naquele país<sup>79</sup>.

De acordo com o mencionado critério, quando se tratar de legislação econômica, que limite apenas a autonomia contratual e a livre iniciativa, o Judiciário deve guardar uma postura cautelosa, só reconhecendo a inconstitucionalidade das normas que se revelarem completamente desarrazoadas ou que não atenderem a nenhum objetivo governamental legítimo. Nessa situação, aplica-se no controle de constitucionalidade um *standard* chamado de *rationality test*, caracterizado pela larga deferência diante da discricionariedade legislativa, que raramente dá ensejo à invalidação de uma lei.

Já quando o ato normativo importar em restrição a liberdades pessoais fundamentais, de caráter não patrimonial, o controle torna-se muito mais rigoroso. Embora mesmo nessas hipóteses as ponderações de interesses sejam aceitas pelo Judiciário, a sua postura vai alterar-se completamente, tornando-se muito mais ativa e menos respeitosa da vontade do legislador. É utilizado o *standard* de controle chamado de *strict scrutiny*, que implica a declaração da inconstitucionalidade da norma restritiva sempre que a autoridade responsável não conseguir demonstrar que a restrição em causa afigurava-se absolutamente indispensável para a garantia de algum interesse essencial e indeclinável (*compelling interest*). Conforme destacou Enrique Alonso García, essa teoria consiste não apenas

en la afirmación de la supremacía de determinadas cláusulas constitucionales, sino que ella se refleja en el juego de la presunción de constitucionalidad, de forma que es el Estado el que tiene que justificar la ley que se dota de una especie de presunción de inconstitucionalidad<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> 30 U.S. 144 (1938).

<sup>79</sup> O parâmetro foi estabelecido na famosa nota de pé de página n. 4, elaborada pelo juiz Stone. Veja-se, sobre a questão, NOWAK; ROTUNDA, 1995, p. 382 e ss.

<sup>80</sup> ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 281.

A adoção dessa duplicidade de critérios delineou, no direito constitucional norte-americano, uma inequívoca hierarquia entre os direitos componentes da noção de autonomia privada. De fato, enquanto as liberdades de caráter não patrimonial foram postas num patamar superior, as liberdades econômicas acabaram relegadas a um escalão bem abaixo no grau de proteção judicial constitucionalmente conferido.

Sem embargo, foi a partir de meados da década de 1950, depois da nomeação de Earl Warren para a Presidência da Suprema Corte<sup>81</sup>, que se fortaleceu a proteção às liberdades fundamentais no direito norte-americano. Nesse sentido, de importância ímpar foi o reconhecimento da existência de um direito à privacidade (*privacy*), que embora não estivesse expresso no texto constitucional americano, podia ser inferido por meio de uma interpretação sistemática das liberdades constitucionais. Esse direito protegeria decisões individuais sobre questões como uso de anticoncepcionais, vida familiar, realização de aborto, escolha de escola para os filhos, entre outras.

Embora a questão concernente à existência de um direito à privacidade já viesse sendo discutida em sede doutrinária desde 1890, quando foi publicado um célebre artigo dos então advogados Samuel Warren e Louis Brandeis, intitulado *The Right of Privacy*<sup>82</sup>, esse direito só foi judicialmente reconhecido pela Suprema Corte no julgamento do caso *Griswold vs. Connecticut*<sup>83</sup>, no ano de 1965, no qual se afirmou a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava o uso de métodos anticoncepcionais artificiais mesmo entre casais casados<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Earl Warren presidiu a Suprema Corte entre 1953 e 1969, estando à frente do Tribunal nesse período caracterizado por grande ativismo na defesa dos direitos humanos e das minorias. Sua postura causou surpresa, pois antes de ser nomeado para a Suprema Corte, Warren fora governador da Califórnia, eleito pelo Partido Republicano. A decepção do presidente Eisenhower, do Partido Republicano, que o nomeara para o cargo, foi tamanha que ele chegou a afirmar que a escolha de Warren para *Chief Justice* fora o maior equívoco de toda a sua carreira política (cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 185).

<sup>82</sup> Consultamos a tradução espanhola: WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Trad. Pilar Baselga. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

<sup>83</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>84</sup> A decisão referia-se apenas à restrição no uso de anticoncepcionais para casais casados. Em *Eisenstadt vs. Baird*, julgado sete anos depois, a Suprema Corte estendeu o reconhe-

Já em *Boddie vs. Connecticut*<sup>85</sup>, julgado em 1971, a Suprema Corte reconheceu o caráter fundamental do direito ao divórcio, afirmando que as restrições diretas ou indiretas a ele deveriam ser submetidas ao controle judicial sob o rígido regime do *strict scrutiny*.

E a Suprema Corte foi ainda mais longe na afirmação da *privacy* no mais que polêmico julgamento proferido em *Roe vs. Wade*<sup>86</sup>, no ano de 1973, no qual se decidiu que o direito de privacidade “é amplo o suficiente para incluir a decisão da mulher sobre interromper ou não a gravidez”<sup>87</sup>. De acordo com essa decisão, até o terceiro mês de gravidez, a mulher tem direito irrestrito à realização do aborto. Do terceiro ao sexto mês de gestação, o direito subsiste, mas o Estado pode regulá-lo e restringi-lo, no afã de proteger a saúde materna. Já a partir do sexto mês, no qual já existe, em tese, “viabilidade fetal extra-uterina”, o Estado tem o poder de proibir e até criminalizar o aborto. Essa orientação jurisprudencial sobre o aborto vem sendo mantida até hoje nos seus aspectos essenciais, apesar das diversas tentativas de reversão promovidas sob o patrocínio do movimento *Pro-Life* e do próprio governo norte-americano durante sucessivas administrações do Partido Republicano.

Mais recentemente, em outra decisão histórica proferida no caso *Laurence vs. Texas*<sup>88</sup>, em junho de 2003, a Suprema Corte norte-americana, revendo orientação anterior firmada em *Bowers vs. Hardwick*, em 1986, decidiu que práticas homossexuais entre pessoas adultas não podem constituir crime, tendo em vista a proteção constitucional conferida à privacidade.

---

cimento do direito para qualquer casal, casado ou não (cf. NOVAK; ROTUNDA, 1995, p. 800).

<sup>85</sup> 401. U.S. 317. Discutia-se, aí, a constitucionalidade de norma que condicionava o ingresso de ação de divórcio ao pagamento de custas judiciais, mesmo para pessoas pobres. Para a Suprema Corte, em questões que não envolvam direitos fundamentais, não existe o direito à isenção de custas judiciais para pessoas carentes. Ela só derrubou a lei, no caso, diante da sua conclusão de que o direito ao divórcio constitui uma liberdade fundamental, protegida sob o abrigo da *privacy* (cf. *idem*, *ibidem*, p. 802).

<sup>86</sup> 410 U.S. 113.

<sup>87</sup> Os trechos mais importantes desse julgado estão reproduzidos em MURPHY; FLEMING; BARBER, 1995, p. 1258-1266.

<sup>88</sup> O acórdão está reproduzido na íntegra na *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo: Método, v. 3, p. 601-627, jan./jun. 2004.

Não obstante, a trajetória da proteção dos direitos fundamentais pela jurisprudência norte-americana atravessa uma fase de declínio, desde a década de 80 do século XX. A atual composição da Suprema Corte, em que predominam juízes conservadores, nomeados por presidentes republicanos, vem favorecendo uma interpretação tímida das liberdades constitucionais e do papel do Judiciário na sua proteção em face das demais autoridades públicas.

Sem embargo, ainda subsiste a idéia de que, na escala de valores da Constituição americana, as liberdades mais importantes, que devem receber proteção reforçada inclusive diante do legislador, são as de caráter existencial, e não as liberdades econômicas. Tanto é assim que, desde 1937, a Suprema Corte nunca mais invalidou qualquer norma que restringisse a livre iniciativa ou a autonomia contratual, mantendo uma postura de extrema cautela no controle da legislação econômica e social.

## **5 A relatividade das liberdades econômicas na Alemanha**

O reconhecimento da relatividade das liberdades econômicas, e da sua posição inferior em relação às liberdades existenciais consagradas nas constituições, não se restringiu aos Estados Unidos. Trata-se, pelo contrário, de um fenômeno mais amplo, que se projetou sobre praticamente todos os Estados capitalistas na era contemporânea. Nesse sentido, parece-nos relevante destacar a posição da jurisprudência constitucional germânica, até porque o modelo constitucional tedesco se aproxima do nosso em seu desenho de um Estado intervencionista e social.

Cumprе recordar que a concepção de direitos fundamentais adotada pela Corte Constitucional alemã baseia-se na existência de uma ordem constitucional de valores, que tem no seu vértice o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, bem como a cláusula do Estado Social de Direito inserta na Lei Fundamental de Bonn, têm enorme importância na definição do perfil das liberdades econômicas naquele país<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Cf. KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2<sup>nd</sup> ed. Durham, NC: Duke University, 1997. p. 241.



E se a Corte Constitucional alemã não se absteve de definir, a partir daqueles princípios, os grandes marcos constitucionais para a ordem econômica germânica, ela também não estabeleceu em detalhes os contornos dessa ordem, deixando o espaço aberto para as várias e cambiantes ideologias que se defrontam no espaço político-eleitoral, e que encontram expressão mais fidedigna nas leis do que na interpretação judicial de cláusulas abertas da Constituição. Foi nesse sentido que, em julgamento proferido em 1954, a Corte destacou que

a Lei Fundamental não garante nem a neutralidade dos poderes Executivo e Legislativo em questões econômicas, nem uma “economia de mercado” [...]. A neutralidade da Lei Fundamental consiste apenas no fato de que o constituinte não adotou nenhum sistema econômico específico. Esta omissão confere à legislatura o poder de perseguir as políticas econômicas que considere apropriadas às circunstâncias, desde que a Lei Fundamental seja observada<sup>90</sup>.

Sem embargo, em diversas decisões a Corte Constitucional alemã deixou claro que a noção de pessoa, como ser situado que tem obrigações com sua comunidade, não é compatível com uma interpretação inspirada pela ótica do liberalismo ortodoxo de princípios como os da livre iniciativa e da proteção da propriedade<sup>91</sup>. Em relação à propriedade, aliás, é o próprio texto constitucional, no seu art. 14.2, que determina que: “A propriedade obriga. Seu uso deverá servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. A concepção de pessoa subjacente ao princípio da dignidade da pessoa humana, coligada

---

<sup>90</sup> 4 BverfGE 7.

<sup>91</sup> Em relação aos contornos constitucionais do direito de propriedade na ordem jurídica alemã, Luís Afonso Heck destacou que para a Corte Constitucional germânica, o legislador, ao concretizar e regular o direito em questão, “precisa levar em conta, de forma análoga, ambos os elementos da relação dialética estabelecida pela Lei Fundamental – a liberdade constitucionalmente garantida e o preceito de um regime de propriedade socialmente ajustado – e trazer a uma relação ponderada os interesses dignos de proteção de todos os partícipes” (*O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 238).

com o princípio do Estado Social de Direito, justifica, segundo a jurisprudência, profundas restrições às liberdades econômicas em favor da proteção de interesses coletivos, desde que observada a proporcionalidade<sup>92</sup>.

Todavia, as liberdades econômicas não são desprezadas. Pelo contrário, é reconhecida a sua estatura constitucional e sua importância para o livre desenvolvimento da personalidade humana. A relação entre a propriedade e a dignidade humana foi destacada em decisão proferida em 1968<sup>93</sup>, na qual a Corte Constitucional assentou que

ter propriedade é um direito fundamental elementar, que deve ser visto em íntima conexão com a proteção da liberdade individual. Dentro do sistema geral de direitos constitucionais, sua função é assegurar ao seu titular uma esfera de liberdade no campo econômico que assim o permita levar uma vida de autogoverno.

Um julgamento emblemático acerca dessa tensão entre liberdades econômicas e interesses públicos e sociais foi proferido em 1981, no chamado “Caso das Águas Subterrâneas”<sup>94</sup>. Nesse julgado, a Corte Constitucional apreciou o conteúdo do direito de propriedade e da noção de direito adquirido, ao avaliar a constitucionalidade de norma que condicionara o uso das fontes de água subterrâneas, situadas em propriedade privada, a uma prévia licença estatal. Um proprietário, que usava as águas em sua atividade econômica, e que tivera a licença para utilização denegada pelo órgão público competente por razões ambientais, recorreu à Corte Constitucional, afirmando que a restrição ao seu direito consistia em desapropriação disfarçada, que não poderia

---

<sup>92</sup> O princípio da proporcionalidade assume uma função relevante nessa questão. Por exemplo, no julgamento do caso que ficou conhecido como “Caso do Chocolate” (53 BverfGE 135), apreciado em 1980, a Corte Constitucional invalidou uma lei que proibira a comercialização de produtos que fossem parecidos com o chocolate e que pudessem enganar o consumidor desavisado. O Tribunal Constitucional entendeu que a limitação no caso fora desproporcional, pois bastava obrigar os fornecedores a advertirem, na embalagem dos produtos, que não se tratava de chocolate. As partes mais importantes do acórdão encontram-se reproduzidas em KOMMERS, 1997, p. 279-280.

<sup>93</sup> 24 BverfGE 367.

<sup>94</sup> 58 BverfGE 300.

ser realizada sem prévia indenização. A Corte, ao rechaçar seu pedido, destacou, em primeiro lugar, que “o conceito de propriedade, como direito garantido na Constituição, deve ser derivado da própria Constituição”. Firmada essa premissa, ela assentou que o dever do legislador, na definição da propriedade, deve voltar-se não apenas à proteção do proprietário, mas também do interesse público. E finalizou o julgamento, averbando que

a garantia constitucional da propriedade [...] não implica que uma faculdade do proprietário, uma vez garantida, tenha de ser preservada perpetuamente ou que só possa ser retirada mediante uma desapropriação. A Corte Constitucional já decidiu repetidamente que o legislador não se defronta com a alternativa de preservar antigas posições legais ou retirá-las mediante compensação, a cada vez que um campo legal é de novo regulado. Dentro da moldura do art. 14 (I) (*direito de propriedade*), o legislador pode reestruturar posições legais individuais editando normas transitórias apropriadas e razoáveis, sempre que o interesse público mereça precedência sobre alguma justificada confiança – assegurada pela garantia de continuidade – na permanência de um direito adquirido.

Outro caso importante nessa seara versou sobre a participação dos trabalhadores na administração de empresas<sup>95</sup>. Discutia-se a constitucionalidade de lei que assegurara aos empregados o direito à participação na gestão das grandes empresas, mediante a garantia de metade dos assentos nos conselhos de administração de sociedades com mais de dois mil empregados. Várias ações chegaram à Corte Constitucional, alegando a violação ao direito de propriedade e às liberdades de associação e de profissão. Em julgamento no ano de 1979, o Tribunal alemão destacou que deve ser preservado um amplo espaço para discricionariedade legislativa em questões envolvendo a disciplina da economia. Quanto à alegação de ofensa à propriedade, sublinhou que a restrição aos poderes dos acionistas estava no âmbito

---

<sup>95</sup> 50 BverfGE 290.

legítimo dos “comprometimentos dos proprietários com a sociedade em geral” e justificava-se com base na função social da propriedade. No que respeita às liberdades de associação e profissão, a Corte entendeu que não houve qualquer violação, pontuando situar-se longe da esfera de atividade empresarial das grandes corporações o núcleo dessas garantias.

Esses e outros exemplos revelam como no Direito alemão as liberdades econômicas, embora desfrutem de proteção constitucional inclusive em face do legislador, não se situam no mesmo patamar de outras liberdades fundamentais, que são consideradas mais essenciais à dignidade da pessoa humana.

## **6 A proteção à autonomia privada na ordem constitucional brasileira**

É natural que uma Constituição como a de 1988, cujo advento simbolizou a definitiva superação do autoritarismo político no país, demonstre intensa preocupação com a liberdade. Essa preocupação traduziu-se na proteção reforçada às suas três dimensões jurídicas, destacadas no item 2 do presente trabalho: a autonomia pública, a autonomia privada e as condições da liberdade.

Em relação à autonomia pública, o texto constitucional não se limitou a reproduzir a cláusula de estilo da soberania popular, de que “todo poder emana do povo” (CF, art. 1º, parágrafo único): ele instituiu o voto secreto, direto, universal e periódico em todos os níveis e fez dessa garantia uma cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, II), pela primeira vez na história republicana. Ademais, adotou variados mecanismos de democracia participativa, visando dinamizar o sistema político e fortalecer a atuação direta do cidadão na condução da *res publica*. Assim, apesar das graves e crônicas disfunções sociais do país, é possível afirmar que, do ponto de vista político, o Brasil, depois da Constituição de 1988, tornou-se uma democracia, o que é emblematicamente demonstrado pela recente eleição de um ex-operário, ex-presos político, egresso do movimento sindical, para o mais alto cargo da Nação, num ambiente de verdadeira euforia cívica, sem que isso tenha provocado qualquer trauma ou convulsão social.

Por outro lado, a tutela da autonomia privada, entendida no sentido mais amplo, também foi significativamente fortalecida pela

Carta de 1988, em razão da riqueza do catálogo de direitos fundamentais inscritos no texto constitucional de modo não exaustivo e dos inúmeros remédios judiciais e garantias materiais instituídos para a sua defesa. Sua privilegiada localização no corpo da Constituição é também reveladora da relevância ímpar atribuída pelo constituinte às liberdades fundamentais.

Mas basta percorrer com a mínima atenção a Constituição de 1988 para verificar que a liberdade que ela pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, circunscrita à ausência de constrangimentos externos ao comportamento dos agentes. É flagrante no discurso constitucional a preocupação com a efetividade da liberdade, e com a garantia, enfim, das condições materiais indispensáveis ao seu exercício, o que se evidencia diante do generoso preâmbulo, do amplo rol de direitos sociais consagrado, e ainda dos princípios norteadores da ordem econômica e da ordem social brasileiras acolhidos pelo constituinte.

Na verdade, a Constituição não toma a liberdade como um dado natural que lhe caiba proteger apenas por meio da limitação do arbítrio governamental. Ao inverso, ela reconhece que a miséria e a exclusão existentes na esfera social prejudicam a autonomia do cidadão, e por isso considera que a liberdade individual não é só limite, mas também tarefa, cuja persecução envolve deveres estatais comissivos, além de obrigações positivas e negativas impostas aos próprios particulares.

Quando trata da liberdade, a Constituição brasileira não é acometida pela cegueira que vitimava as cartas pré-weimarianas, que cerravam seus olhos para a opressão decorrente da desigualdade material instalada na sociedade e capilarizada por suas múltiplas instituições. Muito pelo contrário, ela se propõe a reduzir essa desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência para todos, já que, sem isso, a liberdade não passa de retórica vazia.

Mas se, por um lado, a Constituição demonstra essa inclinação pelo social, por outro ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Nesse sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de

empresa é assegurada e a propriedade privada protegida como direito fundamental. Porém, a opção capitalista é temperada pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, mediante a adoção de variadas fórmulas compromissórias.

Nesse sentido, constata-se que o art. 1º aponta como fundamento da República não a livre iniciativa *tout court*, mas “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CF, art. 1º, IV). Verifica-se, também, que o art. 170, antes de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica<sup>96</sup>, e estabelece, ainda, que a finalidade dessa ordem é “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CF, art. 170), tratando a livre iniciativa econômica não como um fim em si, mas como um meio na busca daquele magno objetivo<sup>97</sup>. Nota-se, ainda, que a proteção da propriedade privada é condicionada ao cumprimento da sua função social (CF, art. 5º, XXII e XXIII, e art. 170, II e III)<sup>98</sup>. E atesta-se, por fim, que no elenco de princípios da ordem econômica constam não só normas de matriz liberal, como também diretrizes e mandamentos revestidos de inequívoco pendor solidarista (CF, art. 170, III, V, VI, VII e VIII).

Portanto, se é verdade que o constituinte rejeitou o modelo econômico socialista, de economia planificada, com apropriação coletiva dos meios de produção, ele também não aderiu ao *laissez-faire*, preferindo um regime intermediário, mais consentâneo com as demandas da sociedade contemporânea, que aposta na força criativa e empreendedora da iniciativa privada, mas que não foge à responsabilidade de discipliná-la e corrigi-la, sempre que isso se faça necessário para promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Essa solução compromissória vê a intervenção direta do Estado

---

<sup>96</sup> Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, essa redação consagra a priorização constitucional do trabalho humano sobre a iniciativa empresarial (cf. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 22).

<sup>97</sup> No mesmo sentido, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 220-221.

<sup>98</sup> Sobre o perfil constitucional do direito de propriedade, veja-se, na doutrina brasileira, TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: ———. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 267-292.

nas atividades empresariais como medida excepcional e subsidiária (CF, art. 173), mas reconhece o seu papel como instância reguladora da economia (CF, art. 174), que deve não apenas zelar pelo bom funcionamento dos mercados, mas também corrigir seus rumos no sentido preconizado pelos valores entronizados na Carta Magna.

As reformas econômicas liberalizantes, introduzidas na Constituição nos últimos anos, não afetaram, senão perifericamente, essa arquitetônica, que subsiste íntegra nas suas bases: nosso modelo de constituição econômica é o de uma economia capitalista, mas preocupada com a igualdade material e a justiça social, que não pretende eliminar ou substituir o mercado, mas também não o reverencia como instituição sacrossanta<sup>99</sup>.

É a partir dessa moldura axiológica que se deve examinar a proteção à autonomia privada outorgada pela Constituição brasileira. E, na nossa opinião, trata-se de reafirmar aqui o que já fora dito antes, agora de posse de dados concretos sobre o ordenamento positivo brasileiro. A proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 1988 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo dimensões existenciais da vida humana; menos intensa, quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial. Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, entre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, esses direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos. A liberdade de pensamento, por exemplo, inclui a faculdade de ter e de divulgar idéias absurdas; a liberdade de associação abrange o poder de fundar entidades visando finalidades fúteis, desde que não criminosas; a liberdade de religião

---

<sup>99</sup> Assim, não compartilhamos da posição do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual as reformas constitucionais que flexibilizaram monopólios e abriram certos setores da economia para o capital estrangeiro teriam desfigurado a ordem constitucional econômica, tal como delineada pelo constituinte originário (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Funerais da Constituição de 1988*. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 44-45).

tutela tanto o direito de professar o credo católico ou espírita como o de freqüentar cultos satânicos.

Isso não significa que ditas liberdades sejam absolutas: em caso de conflito, elas podem ser ponderadas com outros direitos e princípios constitucionais. Significa, sim, que não cabe ao Estado avaliar se as liberdades existenciais estão ou não sendo exercidas no sentido que ele considerar mais apropriado, já que tal concepção esvaziaria o poder da pessoa humana de se autogovernar, de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros.

Por isso não podemos concordar inteiramente com o professor Pietro Perlingeri quando, depois de reconhecer que a autonomia privada abrange tanto o campo das relações patrimoniais como o das situações subjetivas não-patrimoniais, de natureza pessoal e existencial, afirma que em ambos os casos existe “um denominador comum na necessidade de serem dirigidos (os atos de autonomia) à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis”<sup>100</sup>. Na nossa opinião, a observação do Mestre de Camerino é inteiramente válida para a autonomia privada ligada a interesses patrimoniais, mas não para as liberdades existenciais, que não dependem de comprovação de utilidade social para tutela. Supor que as liberdades humanas existenciais só são protegidas se seu exercício atender a interesses coletivos equivale, a nosso ver, a recair num coletivismo transpersonalista, que não leva a sério que é o Homem “a medida de todas as coisas”. Se é verdade que a pessoa humana, a que se refere a Constituição brasileira, não é o indivíduo insular do liberalismo burguês, mas um ser social e enraizado, não é menos certo que essa pessoa não se reduz a uma parte no todo social. Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher pulsa toda a Humanidade! Por isso as pessoas são titulares de direitos inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor dos segundos.

---

<sup>100</sup> PERLINGERI, 1999, p. 19.



Já em relação às liberdades econômicas, parece-nos possível lastrear a dimensão correspondente da autonomia privada na cláusula da livre iniciativa, pois essa naturalmente pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução dos seus objetivos e de fazer circular a riqueza<sup>101</sup>. Sem embargo, e à luz de tudo o que foi dito acima, é evidente que se trata de uma autonomia fortemente limitada por uma série de outros valores constitucionais e interesses públicos, e que pode ser objeto de restrições legislativas, desde que proporcionais. E, naturalmente, tal autonomia também se sujeita ao controle judicial, fundado em regras jurídicas cogentes ditadas pelo legislador com fundamento na Lei Maior, em cláusulas gerais interpretadas à luz da normativa constitucional ou, ainda, na aplicação direta dos princípios da própria Constituição.

Portanto, o reconhecimento do caráter constitucional da autonomia privada negocial não implica imunizar esse campo diante de intervenções legislativas ditadas pelos poderes políticos. Pelo contrário, tais intervenções devem ser consideradas absolutamente naturais e até indispensáveis no quadro de uma sociedade desigual e de massas, em que se torna imperativo proteger as partes mais fracas nas relações negociais, assim como promover outros interesses relevantes da coletividade<sup>102</sup>.

Ademais, em relação a tais liberdades de caráter econômico, que envolvem a autonomia negocial, parece-nos inequívoco o seu

---

<sup>101</sup> Nesse sentido, BASTOS, Celso. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 117-119.

<sup>102</sup> Por isso, é mais aparente do que substantivo o nosso desacordo com Ana Prata, quando, analisando o direito constitucional português, rejeita que do princípio da iniciativa econômica privada possa ser extraída a proteção constitucional para a autonomia privada. Na verdade, parece-nos que existe proteção constitucional à autonomia privada negocial, mas ela é relativa e tem de ser conciliada com diversos outros princípios e valores constitucionais. Por isso, a lei pode restringir a autonomia para proteger esses outros interesses, desde que de forma proporcional. Mas o controle de proporcionalidade deve ser aqui exercido, no nosso entendimento, com cautela, de forma reverente às decisões adotadas pelos poderes políticos, em linha semelhante à adotada no direito americano para as liberdades econômicas por meio do uso do *standard* do teste de racionalidade (*rationality test*), pela relevância inferior e papel instrumental que tais liberdades assumem na tábua de valores subjacente à Constituição brasileira.

condicionamento ao desempenho de uma função social, ligada à promoção dos valores de justiça, liberdade real e solidariedade inscritos na ordem constitucional. Num sistema constitucional que põe o “ser” antes do “ter”, os direitos patrimoniais são protegidos não como um fim em si, mas como meios para concretização de valores ligados à realização existencial da pessoa e à defesa de interesses socialmente relevantes. Nesse sentido aponta a lição de Luiz Edson Fachin, de que

a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais, refletindo uma nova perspectiva, atentam para valores não patrimoniais, ou seja, para a dignidade da pessoa humana, sua personalidade, para os direitos sociais e para a justiça distributiva<sup>103</sup>.

Daí a importância do reconhecimento, na ordem constitucional brasileira, da função social da propriedade, da posse, dos contratos e da empresa, não como meros limites externos a tais institutos, invocáveis apenas em situações patológicas, mas como elemento delimitador do próprio conteúdo daquelas categorias dogmáticas, que deve ser usado no dia-a-dia do tráfico jurídico.

Outra observação se faz necessária: a classificação de determinada manifestação da autonomia privada como integrante da esfera das liberdades existenciais ou econômicas, com a conseqüente sujeição aos respectivos regimes jurídicos que aqui tentamos bosquejar, não deve ser feita levando em consideração exclusivamente o preceito constitucional em que ela se fundamenta. Com efeito, se a proteção da propriedade de uma modesta residência, ou dos bens indispensáveis para a garantia de uma vida digna (o “patrimônio mínimo”, na expressão de Fachin), pode ser qualificada como uma liberdade existencial, já a liberdade de expressão, quando se tratar de um simples anúncio publicitário de um produto, parece-nos mais inserida no campo das liberdades econômicas, merecendo uma proteção constitucional menos reforçada do que a que se liga à comunicação

---

<sup>103</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 181-182.

de idéias, por exemplo<sup>104</sup>. É sempre fundamental examinar o contexto concreto em que se insere cada relação jurídica, para que seja possível precisar a intensidade da proteção à autonomia privada conferida pela Constituição aos agentes particulares nela envolvidos.

Por outro lado, cumpre reconhecer que quando identificamos os regimes constitucionais de proteção das liberdades existenciais e das liberdades patrimoniais, operamos, para fins didáticos, algumas simplificações, já que a realidade não é tão esquemática. De fato, há um *continuum* de situações em que o comportamento humano envolve, simultaneamente, aspectos patrimoniais e existenciais, em maior ou menor grau. Nesses casos, o nível de proteção constitucional conferido à ação do agente vai depender da sua posição dentro dessa escala: quanto mais se aproximar da esfera das opções e valorações exclusivamente existenciais, maior será o nível de defesa constitucional da autonomia privada; quanto mais ele se afastar desse campo e se aproximar do universo exclusivamente econômico-patrimonial, menor será essa tutela.

Embora a jurisprudência brasileira, de modo geral, ainda não tenha captado com clareza essa primazia das liberdades existenciais sobre as de caráter econômico no direito constitucional brasileiro, essa noção está latente em alguns julgados importantes. Nesse particular, vale citar, pela densidade das manifestações dos julgadores, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 319-4, que versou sobre a constitucionalidade da Lei n. 8.039/90, a qual impunha mecanismos de controle sobre os reajustes das mensalidades escolares. O autor alegava, basicamente, que o legislador violara os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, que impediriam, na sua ótica, o controle *a priori* de preços no direito brasileiro. Para rejeitar esse argumento, o Relator, ministro Moreira Alves, averbou em seu lúcido voto:

[...] embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a

---

<sup>104</sup> Nesse sentido, no direito norte-americano, veja-se SUNSTEIN, Cass R. Speech in the Welfare State: a New Deal for speech. In: ———. *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1993. p. 197-231.

todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social [...]

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva [...], e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo, para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos [...] existência digna [...].

Tem, pois, razão, José Afonso da Silva [...], ao acentuar que “a livre iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa, no quadro estabelecido pelo poder público [...]”.

Essas conclusões se justificam ainda mais quando a atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado.

Assim, podemos afirmar, à guisa de resumo, que a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a essa, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial como a econômica, mas, no primeiro caso, ela se mostra mais intensa. Essa diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotadas pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas, que só beneficiam diretamente uma minoria. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre iniciativa, foi não apenas relativizada pelo Texto Magno, em razão da preocupação constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Enfim, na trajetória histórica do país, a “aventura” da liberdade encontra um ponto alto na Constituição de 1988. Resta agora concretizar as promessas emancipatórias da “Constituição cidadã”, levando a liberdade à vida cotidiana de todas as brasileiras e brasileiros.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

———. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Micchael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 117-119.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: ———. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BINENBOJN, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2001.

- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COING, Helmut. *Elementos fundamentais de filosofia do direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- . *Liberdades formais e liberdades reais*. In: ————. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COX, Archibald. *The Court and the Constitution*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- . *What rights do we have?* In: ————. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. *Direito subjetivo – II*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FRIEDRICH, Carl J. *Derecho, independencia, libertad: una nueva evaluación*. In: ————. *La filosofía del derecho*. Trad. Margarita Álvarez Franco. 6. reimp. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Les principes philosophiques du droit politique moderne*. Paris: PUF, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1979. v. 1 e 2.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Liberdade. Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Segunda seção. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores: Kant).
- KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd ed. Durham, NC: Duke University Press, 1997.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luís Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*. Capítulo IX. Trad. Anoar Aiex; E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores: Locke).
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Funerais da Constituição de 1988. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- MERQUITOR, José Guilherme. O liberalismo antigo e moderno. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). *Constituição de 1988: o avanço do retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.
- MURPHY, Walter F.; FLEMING, James E.; BARBER, Sotirios A. *American constitutional interpretation*. 2nd ed. New York: The Foundation Press, 1995.
- NASCIMENTO, Rogério Soares do. A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p. 451-498.
- NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.

- NOVAES, Adauto. O risco da ilusão. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O avesso da liberdade*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002.
- NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *American constitutional Law*. 5th ed. St. Paul: West Publishing, 1995.
- O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and politics*. 4th ed. New York: W.W. Norton, 1999. v. 2.
- OPPENHEIN, Felix E. Liberdade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.
- PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cico. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. 20th print. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- . *Liberalismo político*. Trad. Sergio Rená Madero Báez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. João Dell'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.



- . *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Do poder constituinte originário e sua limitação pelos direitos humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.
- SUNSTEIN, Cass R. Speech in the Welfare State: a New Deal for speech. In: ———. *The partial Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: ———. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- . A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: ———. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- . *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- TOURAINÉ, Alain. *Qu'est-ce que la démocratie?* Paris: Fayard, 1994.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis e outros. Petrópolis: Vozes, 1996.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *El derecho a la intimidad*. Trad. Pilar Baselga. Madrid: Editorial Civitas, 1995.



# Algumas questões relativas aos reflexos da EC n. 45/04 no Poder Normativo da Justiça do Trabalho

Deborah Felix\*

**Sumário:** Introdução. Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Alterações da Emenda Constitucional n. 45 e o do Poder Normativo.

## Introdução

A reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, trouxe repercussões amplas sobre a competência material da Justiça do Trabalho, o que tem suscitado vários debates e controvérsias.

Nosso objetivo nesta oportunidade é trazer a reflexão para algumas situações com que iremos deparar em nossa atuação nas Seções Especializadas dos Tribunais, mais precisamente, nos dissídios coletivos. Salientamos que tais reflexões se destinam apenas a suscitar os debates, pois o tempo se encarregará de acomodar as interpretações que se fizerem.

## Poder Normativo da Justiça do Trabalho

Durante muito tempo, alguns doutrinadores e operadores do Direito questionaram a permanência do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, afirmando sua desnecessidade diante da evolução dos movimentos sociais, com alguns sustentando que tal poder enfraquecia os sindicatos e mitigava o desenvolvimento das negociações coletivas.

A nossa Constituição Federal, em seu art. 2º afirma que os poderes são “independentes e harmônicos entre si”, seguindo o espírito da clássica divisão de atribuições deixada por Montesquieu, n’*O Espírito das Leis*, na qual as funções estatais são separadas por atribuição a um dos três Poderes, que funcionam como órgãos autônomos

---

\* Deborah Felix é Procuradora do Trabalho/PRT-1ª Região – Rio de Janeiro. Professora de Processo do Trabalho no curso de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho.

e independentes. Todavia, em relação à Justiça do Trabalho, em razão do que estabelece o art. 114 da Lei Maior, em seu § 2º, foi-lhe conferida a prerrogativa de exercer o denominado Poder Normativo, que consistiria na possibilidade de o Judiciário Trabalhista, nos dissídios coletivos, criar novas condições de trabalho, além daquelas mínimas já previstas em lei, o que implicaria exercer função atípica, pois, pela clássica divisão, deveria julgar e não legislar. O eminente jurista José Augusto Rodrigues Pinto (1998, p. 348) assim define esse especial poder:

é a competência determinada a órgão do Poder Judiciário para, em processo no qual são discutidos interesses gerais e abstratos, criar norma jurídica destinada a submeter à sua autoridade as relações jurídicas de interesse individual concreto na área da matéria legislada.

Conceituando também o instituto, Amador Paes de Almeida (1993, p. 298) o vê como “faculdade concedida à Justiça do Trabalho de criar novas condições de trabalho, numa função, inequivocamente, legiferante, própria do Poder Legislativo”.

Portanto, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho opera no branco da lei. Assim, as sentenças normativas, na sua maioria, têm *natureza constitutiva*. Pensamos que esse poder, que particulariza a Justiça do Trabalho, ainda pode ser bem utilizado para promover atividade integradora, ao se verificar o juízo de equidade, típico dos dissídios coletivos, acompanhando, nessa função criadora, de forma mais atual, as necessidades das categorias envolvidas, e, nessa função legislativa atípica, descobrindo no claro legislativo a regra mais adequada àquelas categorias. Infelizmente, na prática, nem sempre se consegue esse resultado, o que não desmerece o espírito da norma constitucional que peculiarizou a Justiça do Trabalho.

### **Alterações da Emenda Constitucional n. 45 e o do Poder Normativo**

O legislador constituinte, em 1988, determinou o esgotamento da negociação entre as partes envolvidas, de forma prévia ao ajuizamento do dissídio coletivo (art. 114, § 1º, da Constituição Fede-

ral), o que, se restar desatendido, ensejará a extinção do feito sem julgamento do mérito, preliminar essa comumente argüida pelo suscitado, bem como de ofício pelo Ministério Público do Trabalho. O referido parágrafo foi mantido pela Emenda Constitucional n. 45, persistindo a exigência da negociação prévia entre as partes frustrada.

Na nova sistemática introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, destacamos ponto controvertido no § 2º do art. 114 da Lei Maior, que assim estabelece:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, *de comum acordo* [grifo nosso], ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenções anteriores.

No entender de alguns, a expressão “de comum acordo” estabeleceria mais uma condição para ajuizamento da ação dissídial, qual seja, a concordância do suscitado, o que em nosso modo de ver seria uma interpretação absurda do Texto Constitucional.

Ora, é princípio basilar de hermenêutica que não se deve emprestar interpretação absurda a nenhuma norma, e concordar com essa interpretação literal do § 2º seria o mesmo que negar vigência ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura o direito à tutela jurisdicional. Pensamos que a melhor forma para interpretar o § 2º do art. 114 seria sistematicamente com o restante do Texto Constitucional, e ousamos afirmar que, a expressão “de comum acordo” seria incompatível com o art. 5º, XXXV, sendo por conseguinte inconstitucional a suposta exigência do consenso como condição para ajuizamento do dissídio coletivo.

Ademais, se consenso houver, as partes poderão firmar acordo ou convenção coletiva e levar a registro no órgão competente, atualmente a DRT, não havendo nessa hipótese, necessidade de intervenção estatal, pois as partes elegerão forma autônoma para solução do conflito coletivo, o que reforçaria o equívoco de interpretarmos a expressão “de comum acordo”, mencionada no § 2º como condição daquela ação coletiva, pois onde há consenso não existe

demanda. Nessa linha de entendimento, sustentamos que o ajuizamento do dissídio coletivo deve ser precedido da tentativa da negociação prévia frustrada, mas não exige como condição a concordância do suscitado, caso contrário, seria o mesmo que inviabilizar o exercício pleno do direito constitucional de ação. Em algumas Regionais, a jurisprudência começa a inclinar-se para admitir a concordância tácita, quando o suscitado no dissídio não argüir sua ausência, o que evitaria a extinção de feitos.

Outra indagação que fazemos se relaciona aos dissídios de natureza jurídica; alguns operadores do Direito vêm sustentando que, após a Emenda Constitucional n. 45, na Justiça do Trabalho, persistiria apenas o dissídio de greve como de natureza jurídica e não mais aqueles de interpretação, nos quais se discutiriam o alcance e o sentido de cláusulas de instrumentos normativos. Novamente, rejeitamos essa interpretação gramatical do § 3º do art. 114 da Lei Maior, em razão do que preceitua o art. 5º, XXXV, que assegura o exercício do direito de buscar a tutela jurisdicional para reparação de suposta lesão a direito subjetivo, individual ou coletivo, ainda que objetive tão-somente aclarar normas que supostamente estejam causando algum tipo de prejuízo ou lesão às categorias envolvidas.

Um aspecto positivo do inciso II do art. 114 da Magna Carta se relaciona à *amplitude*, pois estabelece que a Justiça do Trabalho possui competência para as ações que envolvam o exercício do direito de greve, o que poderá alcançar qualquer situação aonde haja conexão com a paralisação eventualmente ocorrida, como eventos entre empresas e sindicatos, empresas e sindicalistas responsáveis pela greve, inclusive as ações possessórias de interdito proibitório (utilizadas por algumas empresas para garantir seus bens imóveis durante as paralisações), o que pensamos ser apropriado estar dentro dos limites da competência material da Justiça do Trabalho, mais experiente em lidar com as situações advindas das greves.

Releva destacar ainda que, o mencionado § 2º, em sua nova redação, esvaziou o poder criativo da Justiça do Trabalho ao retirar a expressão “estabelecer normas” e substituir por “[...] *decidirá o conflito*, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. Enfim, percebe-se a

nítida intenção de fragilizar o Poder Normativo e supervalorizar a negociação coletiva, o que pode ser um complicador para as categorias inorganizadas ou aquelas despidas de representação sindical eficaz, sugerindo, subliminarmente, a prevalência do negociado sobre o legislado.

Com relação ao § 3º do art. 114, a Emenda Constitucional n. 45 reafirmou a atuação do Ministério Público do Trabalho como legitimado para instaurar a instância em casos de greve, legitimação essa já prevista pela Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu art. 83, VIII, inclusive convergindo com o enfoque da lei complementar, qual seja, agir quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigirem; a restrição para iniciativa do ajuizamento, em casos de greves em atividades essenciais, é salutar, pois prestigiou a garantia constitucional do direito de greve insculpida no art. 9º da Constituição Federal. A interferência do *parquet* se justificaria se a paralisação afetar gravemente a sociedade, posicionamento esse há muito observado na prática por várias Regionais.

Eram esses aspectos que gostaríamos de levar à reflexão, e sabemos que a jurisprudência se encarregará de acomodar nossas angústias e, talvez, esclarecer as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45.

## **Referências**

PAES DE ALMEIDA, Amador. *Curso prático de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.





# A curadoria das fundações situadas no Distrito Federal

Antonio Henrique Graciano Suxberger\*

**Sumário:** Introdução. 1 O perfil legislativo do Ministério Público brasileiro: breve incursão histórica. 2 Velar pelas fundações: de função atípica a função típica do Ministério Público. 3 A tarefa de velar pelas fundações situadas no Distrito Federal: atribuição do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Conclusão.

## Introdução

O presente trabalho pretende abordar a inserção da tarefa de velar pelas fundações no perfil constitucional atual do Ministério Público<sup>1</sup>.

A investigação guarda justificativa de evidente cunho prático, na medida em que a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil (nCC), em seu art. 66, § 1º, atribui o velamento das fundações que funcionam no Distrito Federal ao Ministério Público Federal. Na prática, como se pretende demonstrar, a retirada da fiscalização das fundações que funcionam no Distrito Federal da esfera de atribuições do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por meio de lei ordinária, além de implicar patente contrariedade ao texto constitucional, veicula solução que se distancia da própria natureza da fiscalização empreendida pelo Curador de Fundações.

Para tanto, a primeira parte do trabalho destina-se a investigar, historicamente, a evolução legislativa do tratamento do Ministério Público brasileiro. Para tanto, parte dos diplomas portugueses de inicial vigência no Brasil até alcançar as leis em vigor, notadamente com o

---

\* Antonio Henrique Graciano Suxberger é Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília.

<sup>1</sup> O artigo reproduz, com pequenas alterações, trabalho desenvolvido sob orientação do professor José Eduardo Sabo Paes, a quem o autor presta seus agradecimentos, no programa de mestrado em “Direito, Estado e Constituição” da Universidade de Brasília.

advento da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988.

Já a segunda parte procurará avaliar o modo pelo qual se insere a atribuição de velar pelas fundações no perfil positivo do Ministério Público. Tratará, portanto, de perquirir se a função do curador de fundações surge como tarefa típica do Ministério Público e se tal feição permanece com esse delineamento após o perfil institucional estabelecido pela Carta Política de 1988.

O terceiro ponto, escorado exatamente nas considerações desenvolvidas nos dois pontos anteriores, apresentará avaliação do diploma legal vigente, o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002), especialmente em relação à previsão de que a tarefa de velar pelas fundações situadas no Distrito Federal caberia ao Ministério Público Federal, e não ao Ministério Público do Distrito Federal.

Por derradeiro, desenvolver-se-ão tópicos que pretendem veicular síntese conclusiva das idéias desenvolvidas no presente esforço investigativo, em ponto obviamente denominado “conclusão”.

A elaboração legislativa pretende, como sabido, sedimentar e positivar pretensões e demandas da população em geral: ora se ampara na vontade da maioria, ora se esteia nos legítimos fundamentos de construção do Estado Democrático de Direito. Todavia, ao se afastar de qualquer desses dois alicerces, ainda que por equívoco redacional, esse labor submete-se à necessária crítica e à consideração dos aplicadores do Direito. Sem pretensão de esgotar o tema, é essa a razão maior do trabalho a que se convida a leitura.

## **1 O perfil legislativo do Ministério Público brasileiro: breve incursão histórica**

A análise da evolução do Ministério Público brasileiro<sup>2</sup> passa, inevitavelmente, pela própria evolução do Ministério Público em terras portuguesas. A gênese legislativa da instituição, no Brasil, justifica-se com o próprio delineamento do Ministério Público em

---

<sup>2</sup> Optou-se por restringir a análise da evolução histórica do Ministério Público tão-somente no Brasil, apenas no que interessa à abordagem da atuação típica/atípica do curador de Fundações. Para uma abordagem mais ampla da evolução do próprio Ministério Público no Direito comparado, confira-se PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Portugal. Essa assertiva assume maior relevo especialmente no período em que o Brasil ainda ostentava a qualidade de colônia da Coroa portuguesa, quando os diplomas legislativos portugueses acabavam por ter eficácia também em solo brasileiro.

O Estado português enfrentou processo histórico de conflito entre classes, semelhante àquele por que passou a França, que viu se desenrolar verdadeira luta da realeza em busca do monopólio da jurisdição. Por meio da Lei de 19 de março de 1317, sob o reinado de Dom Diniz, a Coroa portuguesa interveio nos Tribunais senhoriais, fortalecendo sensivelmente o poder real, que assumiu a função de julgar as demandas em última instância. O monopólio total da função jurisdicional pela Coroa aperfeiçoou-se por intermédio das chamadas Ordenações reais: as Ordenações Afonsinas, de 1446-1447, as Ordenações Manuelinas, de 1521, e as Ordenações Filipinas, de 1603.

A primeira referência explícita em Portugal à figura do Promotor de Justiça surgiu nas Ordenações Manuelinas. A esse órgão era incumbida, junto aos Procuradores dos Feitos do Rei, a função de fiscal do cumprimento da lei e de sua execução. Segundo esse diploma legislativo, o Promotor deveria ser alguém “letrado e bem entendido para saber espertar e alegar as causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para inteira conservação dela convém”.

Relativamente ao período anterior às Ordenações Manuelinas e no que interessa à atuação precípua do Ministério Público como órgão estatal incumbido da persecução penal em juízo, “tratando-se de crimes públicos, a formação da acusação competia aos escrivães dos juízos criminais, na falta de acusadores particulares; essa função, que era meramente supletiva da inércia do particular, transmitiu-se então aos promotores públicos”<sup>3</sup>.

Nas Ordenações Filipinas, ao lado do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação, estavam previstas outras figuras – a do Procurador dos Feitos da Coroa, a do Procurador dos Feitos da Fazenda e a

---

<sup>3</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro. *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, ano 2, n. 2, Penal y Estado, p. 139 apud RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 127.

do Solicitador da Justiça da Casa da Suplicação – com funções que posteriormente iriam ser exercidas pelo Ministério Público. O Promotor de Justiça da Casa da Suplicação, indicado pelo Rei, tinha as funções de fiscalizar o cumprimento da lei e de formular a acusação criminal nos processos perante a Casa de Suplicação.

No Brasil-Colônia, portanto, o Ministério Público deitou suas raízes no Direito lusitano então vigente. Nas fases em que era colônia portuguesa, como não poderia deixar de ser, e mesmo durante a fase inicial do Império, as instituições jurídico-políticas brasileiras desenvolveram-se sob a égide do direito português, compreensão essa que se estende ao Ministério Público.

Na época colonial, até 1609, apenas funcionava no Brasil a Justiça de primeira instância, perante a qual ainda não existia órgão do Ministério Público regularmente instituído. Os processos criminais eram iniciados pelo particular, pelo ofendido ou, *ex-offício*, pelo próprio Juiz, nas hipóteses de processo inquisitório. Os processos criminais eram informados pelo postulado da disponibilidade da ação penal. O recurso cabível, então, era interposto para o Tribunal de Relação de Lisboa.

Em 7 de março de 1609, foi criado o Tribunal da Relação da Bahia, sendo definida pela primeira vez a figura do Promotor de Justiça que, juntamente com o Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, integrava o Tribunal. Esse Tribunal era composto por dez desembargadores. No regimento interno desse Tribunal o papel do Ministério Público era assim definido, *verbis*:

Art. 54 – O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as cousas que tocarem à Coroa e Fazenda, para requerer nelas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será sempre presente a todas as audiências que fizer dos feitos da coroa e fazenda, por minhas Ordenações e extravagantes.

Art. 55 – Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e dos feitos da Fazenda de Procurador do fisco e de Promotor de Justiça; e usará em todo o regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor de

## Justiça da Casa da Suplicação e ao Procurador do fisco.

Em 1751 criou-se outro Tribunal de Relação, na Cidade do Rio de Janeiro, que manteve a mesma estrutura organizacional do Tribunal de Relação baiano. Em 1763, diante do imenso avanço econômico propiciado pela mineração no Sudeste do país, o Marquês do Pombal transferiu a sede da Colônia, de Salvador para o Rio de Janeiro. Com a mudança, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, em 1808, notadamente por força da vinda da Família Real para o Brasil, veio a se transformar na Casa de Suplicação do Brasil, incumbida de julgar recursos de decisões do Tribunal de Relação da Bahia.

Nesse novo Tribunal, o cargo de Promotor de Justiça e o cargo de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda cindiram-se e passaram a ser ocupados por dois titulares. Foi o primeiro passo para a separação total das funções da Procuradoria Jurídica do Império/República (que defende o Estado e o Fisco) e o Ministério Público em suas feições atuais, somente tornada definitiva na Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, convém avaliar também a evolução do Ministério Público brasileiro no período histórico após a Constituição de 1824. Embora, precariamente, a Lei de 18 de setembro de 1828 (que esmiuçava a competência do então chamado Supremo Tribunal de Justiça, gênese do atual Supremo Tribunal Federal) determinasse o funcionamento de um Promotor de Justiça em cada uma das Relações, na Constituição de 25 de março de 1824 não havia nenhuma menção expressa ao Ministério Público. Apenas o art. 48 da então vigente Carta Política descrevia uma das funções do Procurador da Coroa: “No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional” (*sic*).

Com essa Carta, foram criados o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais de Relação, nomeando-se, no interior desses, Desembargadores e Procuradores da Coroa, que na época eram tratados como chefes do Ministério Público. Os Promotores Públicos daquela época, quando não eram nomeados dentre os desembargadores de cada um dos tribunais, eram nomeados por critérios exclusivamente

políticos, como foi o caso de Nabuco de Araújo, pai de Joaquim Nabuco, consoante se observa em relato feito por este em sua obra *Um estadista do Império: Nabuco de Araújo*:

Logo ao sahir da Academia, Nabuco é nomeado para o logar saliente de Promotor Publico do Recife (abril de 1836). A nomeação devia-a elle aos seus ataques contra o partido Chimango, do qual principalmente sahiu a Praia, e aos serviços que prestara quando estudante, redigindo pequenos jornais de ocasião como o *Aristarcho* (1835/36), orando nos clubs e reuniões políticas (*sic*)<sup>4</sup>.

Com o Código de Processo Penal do Império, datado de 29 de novembro de 1832, o Ministério Público finalmente recebeu tratamento sistemático do direito positivo. O Código de 1832 fixou o Promotor de Justiça como órgão defensor da sociedade, titular da ação penal pública. Vale registrar a lição de Costa Machado a respeito:

Dispunha o art. 36 (do estatuto criminal de 1832) que podiam ser promotores aquelas pessoas que pudessem ser jurados; dentre estes, preferencialmente, os que fossem instruídos em leis. Uma vez escolhidos, haviam de ser nomeados pelo governo na Corte ou pelo presidente das províncias. Já o artigo 37 afirmava pertencer ao promotor as seguintes atribuições: denunciar os crimes públicos, e policiais, o crime de redução à escravidão de pessoas livres, cárcere privado, homicídio ou tentativa, ferimentos com qualificações, roubos, calúnias, injúrias contra pessoas várias, bem como acusar os delinquentes perante os jurados; solicitar a prisão e punição dos criminosos e promover a execução das sentenças e mandados judiciais (§ 2º); dar parte às autoridades competentes das negligências e prevaricações dos empregados na administração da Justiça (§ 3º). No artigo 38 previa-se a nomeação interina no caso de impedimento ou

---

<sup>4</sup> Apud SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 118.

falta do promotor [...]. Posteriormente, pelo art. 217 do Regulamento 120, de 31/01/1842 – passaram os promotores a servir enquanto conviesse ao serviço público, podendo ser demitidos *ad nutum* pelo Imperador ou pelos presidentes das províncias. O Decreto n. 4.824, de 22/11/1871, em seu artigo 1º, por sua vez, criou o cargo de “Adjunto do Promotor” para substituí-lo em suas faltas ou impedimentos<sup>5</sup>.

Naquela época, os membros do Ministério Público eram nomeados pelo Governo, na Corte, e pelo Presidente, nas Províncias, para um prazo de três anos, a partir de proposta tríplice das respectivas Câmaras Municipais.

É possível visualizar, por força do modo de seleção daqueles que viessem a exercer a função de Ministério Público, porque deveriam observar os qualificativos necessários para o papel de jurado, um caráter elitista daqueles que viessem a desempenhar tal mister. Isso porque a qualificação de *jurado*, na época do Estatuto Criminal de 1832, em muito se distanciava dos critérios atuais de seleção. Hoje, para ser jurado, necessário é que, além de outros requisitos facilmente atingíveis<sup>6</sup>, o cidadão esteja no perfeito gozo de seus direitos políticos. Assim também era na época imperial. Contudo, pouquíssimos eram os que detinham direitos políticos naqueles tempos. Preconizando um regime de exclusão econômica e social, a Constituição de 1824, em seu art. 94, assim dizia sobre aqueles que podiam votar:

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se: I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego. II. Os Libertos. III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa.

---

<sup>5</sup> COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 17-18.

<sup>6</sup> Os requisitos necessários ao exercício do “serviço público relevante” de jurado estão enumerados nos arts. 433 a 441 do Código de Processo Penal.

Esse caráter elitista, ao menos daqueles que poderiam exercer suas funções, acompanhou a instituição do Ministério Público ainda por algum tempo. Aliás, essa “pecha” acabaria por tocar especialmente aqueles jurisdicionados que desconhecem as finalidades do Ministério Público.

Há alguns anos, vale dizer, após a redemocratização do país e, por conseqüência, de suas instituições políticas, é que começou a se esvaír do consciente brasileiro esse caráter elitista, mesmo que de uma forma incipiente. É precisa, nesse aspecto, a observação de Paulo Rangel:

O Código de Processo Criminal do Império, promulgado pela *Regência Permanente Trina* (Francisco de Lima e Silva, José da Costa Carvalho e João Bráulio Muniz), permitindo que pudessem ser jurados apenas os cidadãos que pudessem ser eleitores, sendo de reconhecido bom senso e probidade (art. 23 do CPCI) e, conseqüentemente, somente seriam jurados os que tivessem uma boa situação econômica, já que estes é que poderiam votar. Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada e, conseqüentemente, essas pessoas é que podiam ser promotoras de justiça. Vejam que a elitização do cargo vem do Império, por isso a dificuldade de alguns promotores entenderem bem o papel do Ministério Público à luz da Constituição atual. Há uma certa distância entre alguns membros do Ministério Público e uma parcela determinada da sociedade, em especial a marginalizada pelo abismo social<sup>7</sup>.

Quanto às suas funções institucionais, o Aviso Imperial de 20 de outubro de 1836 concedeu aos Promotores novas atribuições, tais como visitar prisões uma vez por mês, dar andamento aos processos e diligenciar a soltura dos réus. O Aviso Imperial de 16 de janeiro de 1838 estabeleceu que os Promotores de Justiça eram os “fiscais da lei”, ao passo que o Aviso Imperial de 31 de outubro de 1859 instituiu

---

<sup>7</sup> RANGEL, op. cit., p. 128.



o impedimento à advocacia pelos Promotores nas causas cíveis que pudessem vir a ser objeto de processo-crime.

A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que reformou o Código de Processo Criminal, ainda deixava a cargo de um juízo discricionário a nomeação, demissão e tempo de serviço dos membros do ainda incipiente Ministério Público. Confira-se o texto então positivado:

Art. 22 – Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito.

Art. 23 – Haverá, pelo menos em cada Comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito; quando, porém, as circunstâncias exigirem, poderão ser nomeados mais de um [...].

De qualquer sorte, a forma de nomeação dos Promotores restou alterada, porquanto se passou a dispensar a proposta das Câmaras Municipais e a exigir outras condições de investidura, como as constantes do Decreto n. 120, de 31 de janeiro de 1843, que regulamentou a Lei em tela. O Promotor poderia ser designado por exclusivo critério do Imperador ou do Presidente da província, que poderiam inclusive suprimir ou findar, a qualquer tempo, esse “mandato”.

A valer, o Promotor Público substanciava ainda um simples funcionário da ordem administrativa, a serviço dos interesses do Império, os quais nem sempre coincidiam com o que hoje se tem por interesse público primário. O Ministério Público ainda não se evidenciava como instituição solidificada. Aliás, a própria expressão *Ministério Público* só foi utilizada pela primeira vez no Decreto n. 5.618, de 2 de maio de 1874.

Somente em 1864 houve um sério empenho no sentido de aperfeiçoamento do Ministério Público. Foi nesse ano que Nabuco de Araújo, levando para o Ministério da Justiça sua experiência como

advogado, juiz e ministro, instou importantíssimo debate sobre o Ministério Público. Apesar da autoridade de grande estadista que era e da manifestação favorável de Teixeira de Freitas, o projeto de Nabuco de Araújo, como outros anteriores, não teve andamento e não foi aprovado.

Por intermédio da chamada Lei do Ventre Livre (Lei n. 2.040), datada de 28 de setembro de 1871, o Promotor de Justiça passou a exercer a função de protetor do fraco e indefeso (posteriormente definido hipossuficiente), porquanto esse diploma estabeleceu que ao membro do Ministério Público cabia zelar para que os filhos livres de mulheres escravas fossem devidamente registrados<sup>8</sup>. Certo, pois somente a partir dessa data que os filhos dos escravos puderam ser tratados como pessoas, como sujeitos de direitos (por mínimos que fossem); e não como coisas, objetos de direito.

É de ver que a atribuição de tal função, o que ficará mais bem explicitado na segunda parte do presente trabalho, ainda assume caráter *atípico* quando cotejada com as outras funções do Ministério Público. Ainda nesse período, tinha o Ministério Público como mister principal o papel de parte na persecução penal estatal. Aos poucos, de modo progressivo, assumiu ele o papel pelo qual melhor se inseriria no contexto social: o de verdadeiro advogado do seio social, da ordem jurídica e da coletividade perante o Poder Judiciário.

O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que criou e regulamentou a Justiça Federal, também cuidou da estrutura do Ministério Público Federal. A estrutura da primeira instância da novel Justiça Federal era de uma Seção Judiciária em cada Estado da Federação e no Distrito Federal, onde exerciam a jurisdição um Juiz Federal, vitalício, denominado de Juiz de Seção, e um Juiz Federal Substituto, que substituía aquele em seus impedimentos, colaborando em suas atividades judicantes. Nada obstante, havia, ainda, a criticável figura do Juiz *ad hoc*, que atuava nas questões onde não podia, de forma alguma, funcionar o Juiz Seccional ou Substituto. Ao Presidente da República era permitido nomear livremente os juizes seccionais, substitutos e *ad hoc*. Instituiu-se, assim, o Júri Federal.

---

<sup>8</sup> Decreto n. 4.835, de 1º de dezembro de 1871.

A segunda instância da Justiça Federal era exercida pelo Supremo Tribunal Federal (anteriormente nominado Supremo Tribunal de Justiça), composto, nessa época de sua criação, de quinze juízes vitalícios também livremente nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal. Essa estrutura foi mantida pela primeira Constituição Republicana de 1891.

Na Exposição de Motivos do referido Decreto n. 848/1890, de autoria do então ministro Campos Salles, assim constava:

O Ministério Público, instituição necessária em toda a organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da República vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela couber. A sua independência foi devidamente resguardada.

A despeito das palavras da Exposição de Motivos, a estrutura funcional do Ministério Público não foi substancialmente alterada. Manteve-se, por exemplo, a cultura proveniente das Ordenações Filipinas, segundo a qual as funções do Ministério Público em superior instância deveriam ser exercidas por membro do Poder Judiciário. O Procurador-Geral era indicado pelo Presidente da República. Estava entre as suas funções “cumprir as ordens do governo da República relativas ao exercício de suas funções”, bem como a de “promover o bem dos direitos e interesses da União” (art. 24, c). Essa função, até recentemente, era desempenhada pelo Ministério Público Federal, a despeito de a Constituição Federal de 1988 ter separado a Advocacia-Geral da União, a quem cumpre zelar pelos interesses da União Federal, da instituição do Ministério Público, encarregando esse de defender os interesses da sociedade como um todo.

Apesar do que foi enunciado no Decreto de autoria do ministro Manuel Ferraz de Campos Salles (Decreto n. 848, de 1890), um grande entusiasta da Instituição, a Constituição Federal de 1891 não fez nenhuma menção ao Ministério Público. A única menção

era a respeito do Procurador-Geral da República, que era tratado no título destinado ao Poder Judiciário. Assim é que o art. 58, em seu § 2º, determinava: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei”.

Ainda nesse período histórico foi firmado o primeiro grande diploma de garantias aos membros do Ministério Público: o Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, que fixava a organização da instituição no Distrito Federal. Mais uma vez, a influência de Campos Salles também é notada nesse diploma. Expressamente, ele dispunha que o Ministério Público deveria, perante as Justiças constituídas, funcionar como

o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais, o promotor da ação pública contra todas as violações do direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asilados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres da humanidade<sup>9</sup>.

O delinear dessas atribuições, de nítido caráter transindividual e realizador de um projeto hábil a fomentar um paradigma de Estado de Direito, surge como verdadeira gênese para o perfil hodierno do Ministério Público como agente de transformação social.

Em algumas oportunidades, notadamente em ocasiões de convulsões políticas e populares, sob a égide da Carta Política de 1891, o Ministério Público se viu com sua organização interna modificada para fazer frente aos velhos problemas do Poder Executivo, a quem se encontrava umbilicalmente ligado; embora tenha também alargado seus poderes com esses diplomas legislativos. Podem ser citados como exemplos: a Lei n. 18, de 21 de novembro de 1891, do Estado de São Paulo (que organizou o Poder Judiciário paulista); a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 (que criou o cargo de juiz suplente do substituto do juiz seccional e o cargo de ajudante de Procurador da República); o Decreto n. 2.579, de 16 de agosto de

---

<sup>9</sup> LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 23.

1897, e o Decreto n. 9.263, de 28 de dezembro de 1911 (instrumentalizadores da política governamental de segurança pública); e o Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923 (outorgava atribuição ao Ministério Público para intervir na disciplina judiciária).

Com o advento da República, o Brasil sofreu nítida influência dos movimentos codicistas da Europa continental, a exemplo do Código Napoleônico, do Código Civil alemão e outros. Essa influência codicista culminou na edição do mais importante marco legislativo brasileiro do século XX: o Código Civil de 1916, também chamado de Código Bevilacqua. Outros Códigos seguiram-lhe: o Código de Processo Civil em 1939, o Código Penal de 1940, o Código de Processo Penal de 1941. O Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, deu ao Ministério Público atribuições como a curadoria de fundações (art. 26), que aqui interessa com mais vagar; legitimidade para propor ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, II); defesa dos interesses de menores (*caput* do art. 394); legitimidade para propor ação de interdição (art. 447, III); legitimidade para promover a nomeação de curador de ausente (art. 463), entre outras.

Conquanto inserida nesse contexto de ampliação das atribuições do Ministério Público, a tarefa de velar pelas fundações, ainda em 1916, substanciou mister de caráter eminentemente atípico em relação ao precípua papel então exercido de parte na persecução penal estatal.

Não é demais registrar que esse contexto de ampliação das atribuições do Ministério Público encerra o célebre pronunciamento do ministro Alfredo Valladão, que se pode dizer que instou uma das mais fecundas discussões no meio jurídico brasileiro, qual seja, a questão da natureza jurídica do Ministério Público. Segundo Valladão,

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, parta a ofensa de

onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado<sup>10</sup>.

Inspirada na Constituição de Weimar, de 1919, a Constituição brasileira de 16 de julho de 1934, em seus arts. 95 e seguintes, dispensou um tratamento mais cuidadoso ao Ministério Público, definindo-lhe algumas atribuições básicas. O Ministério Público, nos termos do art. 95, assim era organizado:

Art 95. O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

§ 1º O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*.

§ 2º Os Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores.

§ 3º Os membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.

Verifica-se, portanto, uma verdadeira institucionalização do Ministério Público no texto constitucional, a partir de sua inserção na Seção I do Capítulo VI, intitulado “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, referente à “Organização Federal”.

Na mesma Carta Política foi instituído o chamado “Quinto”

---

<sup>10</sup> LYRA, op. cit., p. 23.

constitucional, mecanismo pelo qual um quinto dos membros dos Tribunais passou a ser composto por profissionais oriundos do Ministério Público e da Advocacia, alternadamente<sup>11</sup>.

Ainda, a Constituição de 1934, no *caput* de seu art. 95, mencionava que lei federal organizaria o Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e que leis estaduais organizariam o Ministério Público nos Estados. O § 3º do mesmo artigo consagrou o princípio da estabilidade funcional, ainda que de modo temerário, bem como a obrigatoriedade do concurso público. Tais garantias, destinadas aos membros do Ministério Público Federal, seriam, paulatinamente, consagradas aos membros dos Ministérios Públicos Estaduais, à luz do art. 7º, I, da Carta de 1934.

Com a Constituição de 1934, exatamente em seu art. 96, criou-se a lógica atribuição do Procurador-Geral da República de acompanhar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A partir de então, o Ministério Público passou a adquirir posição institucional de permanente relevo nas Constituições e em leis especiais, muito embora ainda fosse visto como uma função subordinada ao Poder Judiciário e, principalmente, ao Poder Executivo, ou seja, instituição dependente, não-autônoma.

Sobre essa visão ainda canhestra de Ministério Público, quadra consignar o seguinte excerto do veto parcial ao Decreto n. 5, de 24 de janeiro de 1935, que dispunha sobre o provimento dos cargos do Ministério Público Eleitoral, entre outras coisas:

Há autores, é certo, que vêem no Ministério Público uma verdadeira magistratura. Mas, mesmo sob o regime da Constituição de 91, sustentava João Monteiro que o referido instituto era “realmente órgão do poder executivo” (Proc. Civ. e Comm., vol. I, § 51, p. 235). E Milton, em um de seus comentários ao nosso anterior estatuto, modificando a definição de Carré, dizia que Ministério Público era uma função

---

<sup>11</sup> Assim descrevia o art. 104, § 6º, da Carta de 1934: “Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º”.

exercida “em nome do Chefe do Governo” (A Constituição do Brasil, 2.ed., comm, ao art. 58, p. 284). Era por meio dos membros do Ministério Público, escreve Carlos Maximiliano, que “o Governo influía beneficemente nos Tribunais, provocando-lhes a ação, defendendo o interesse geral e a observância criteriosa das leis...” (Comentários à Constituição, 3. ed., nº 380, p. 622). [...] pois, tratando-se, como se trata, de órgão de “cooperação na atividade do Governo”, devem os seus representantes, ser a expressão da confiança direta do Governo<sup>12</sup>.

O excerto evidencia a visão restrita e tolhedora do Ministério Público tanto por parte do próprio presidente Getúlio Vargas quanto por parte do meio político da época, que não se insurgiu contra tais assertivas lançadas e as idéias a elas subjacentes, todas voltadas contra um Ministério Público ainda em formação e no início de seu trilhar como órgão incumbido da defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático.

A Constituição Federal de 1937, já elaborada num contexto de regime totalitário e sob forte influência do regime fascista italiano, fazia alusão exclusivamente ao Procurador-Geral da República como chefe do Ministério Público Federal. Fixava em seu art. 99 que a escolha do Procurador-Geral da República deveria recair sobre “pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal”.

Com a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, imposta pelo presidente Getúlio em caráter marcadamente ditatorial e fruto da relevante presença do pensamento político de Francisco Campos, o Ministério Público praticamente desapareceu como instituição. Foi com essa Constituição que o Ministério Público perdeu a estabilidade e a paridade de vencimentos com os magistrados. Surgiu a máxima que se veria repetida no Golpe Militar de 31 de março de 1964: regime ditatorial forte, Ministério Público fraco.

Noutro giro, em que pese à diminuição do enfoque consti-

---

<sup>12</sup> LYRA, op. cit., p. 30-31.



tucional, o Ministério Público viu aumentar sensivelmente suas incumbências processuais por meio da legislação ordinária.

O Código de Processo Civil de 1939, Decreto-Lei n. 1.608, estabeleceu a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em diversas situações, especialmente na condição de *custos legis*. O Promotor de Justiça passou, pois, a atuar como fiscal da lei, apresentando seu parecer após a manifestação das partes, em defesa do interesse público possivelmente existente em determinados tipos de lides. A sua intervenção visava proteger basicamente os valores e os interesses sociais considerados indisponíveis ou mais caros ao seio social, como as relações jurídicas do direito de família, casamento, registro e filiação, defesa dos incapazes, defesa da propriedade privada (daí a intervenção em feitos de usucapião<sup>13</sup>, testamentos e disposições de última vontade etc.). A partir desse período, o Promotor vinculou-se basicamente à defesa dos valores centrais de uma ordem social e econômica burguesa, predominantemente rural e agrária. Anteriores ao Código de Processo Civil de 1939 eram vigentes os Códigos de Processo Civil estaduais, os quais davam atenção quase inexistente ao Ministério Público.

O Código de Processo Penal de 1941, por sua vez, consolidou a posição do Ministério Público como titular da ação penal, dando-lhe poder de requisição de instauração de inquérito policial, entre outras diligências necessárias ao efetivo exercício de uma persecução penal que se pretendia eficaz e hábil a tutelar a defesa social (nesse sentido, aliás, é a Exposição de Motivos da lavra do então ministro da Justiça Francisco Campos).

Com o advento da Constituição seguinte ao Estado Novo de Vargas – a Carta Política de 1946 –, o Ministério Público vivenciou um verdadeiro resgate de sua dignidade institucional. A Constituição de 1946 dispensou-lhe um título autônomo, o Título III, com independência em relação aos Poderes da República, consagrando a instituição de acordo com a estrutura federativa (Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal). Os membros do Ministério

---

<sup>13</sup> Não se olvida aqui a relevante atribuição de velar pela precisão dos registros públicos, notadamente quando se cuida de bens imóveis, outra razão que justifica a intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião.

Público tiveram restabelecidos os princípios da estabilidade e da inamovibilidade; o ingresso na carreira passou a ser possível somente por intermédio de concurso público, com expressa previsão de promoção dentro da carreira; a remoção somente restou restringida às hipóteses de representação motivada da Procuradoria-Geral.

Ainda assim, em que pese à franca evolução, o Procurador-Geral da República, segundo o texto da mesma Constituição, seria nomeado pelo Presidente da República, depois de escolha aprovada pelo Senado Federal, dentre cidadãos de reputação ilibada e notórios conhecimentos jurídicos, e demissível *ad nutum*, consoante os termos do art. 126.

Segundo o parágrafo único desse mesmo art. 126, o Constituinte de 1946 dirigiu ao Ministério Público o encargo de representar em juízo a União. Porém, conforme registra Sauwen Filho, foi também sob a égide da mesma Carta Constitucional que diversos Estados da Federação optaram por desvincular os seus Ministérios Públicos da representação judicial do Estado, como ocorreu com o Ministério Público de São Paulo e do antigo Estado da Guanabara, entre outros, que tiveram suas atividades restritas às suas funções típicas de fiscal da lei, titular da ação penal pública, além daquelas de representação compendiadas na legislação procedimental<sup>14</sup>.

É também desse período a edição da primeira Lei Orgânica do Ministério Público da União: a Lei n. 1.341, de 30 de janeiro de 1951. Ela organizou o Ministério Público Federal dispondo sobre os órgãos de sua carreira em seus arts. 27 e 28<sup>15</sup>. Além do Procurador-

---

<sup>14</sup> SAUWEN FILHO, op. cit., p. 152-153.

<sup>15</sup> Art. 27. São órgãos do Ministério Público Federal:

I – o Procurador-Geral da República;

II – o Subprocurador-Geral da República;

III – os Procuradores da República no Distrito Federal e nos Estados.

Art. 28. Para efeito da carreira do Ministério Público Federal, as Procuradorias da República são classificadas nas seguintes categorias:

Primeira – Distrito Federal (6) e São Paulo (2);

Segunda – Distrito Federal (5) e Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul, uma em cada;

Terceira – Demais Estados, uma em cada.

§ 1º São cargos iniciais da carreira os da terceira categoria.

§ 2º O cargo final da carreira é o de Subprocurador-Geral da República.

Geral da República, passaram a existir o Subprocurador-Geral da República e os Procuradores da República no Distrito Federal e nos Estados, sendo esses divididos em três categorias. O cargo inicial era o de Procurador da República de Terceira Categoria.

Na Constituição de 1967 o Ministério Público foi posto como um autêntico apêndice do Judiciário. A própria localização topográfica da instituição, no corpo do texto constitucional, permite tal assertiva, visto que dimensionado a uma seção no Capítulo destinado a reger o Poder Judiciário. Porém, ao vir a integrar o Título que tratava do Poder Judiciário, o Ministério Público deu importante passo na conquista de sua autonomia e independência, por meio da importante e aguardada equiparação com os juízes. Tais conquistas, decerto, somente restaram definitivamente consagradas na Constituição Federal de 1988.

Assim, embora, de um lado, careça o texto de 1967 de uma melhor definição da colocação do Ministério Público na estrutura do Estado, de outro lado, trouxe algumas importantes inovações ao Ministério Público, tais como: a regulamentação do concurso de provas e títulos, de sorte a abolir os chamados “concursos internos”, veículo de influências políticas<sup>16</sup>.

A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969<sup>17</sup>, retirou do Ministério Público as mesmas condições de aposentadoria e vencimentos atribuídos aos Magistrados, por meio da supressão do parágrafo único do art. 139, e acabou por impor significativa perda de sua imparcialidade e independência ao subordinar o Ministério Público ao Poder Executivo. Passou o Ministério Público a figurar como parte integrante do Poder Executivo, sem independência funcional, financeira e administrativa. Em última análise, perdeu importante parcela das prerrogativas que lhe possibilitavam o exercício

---

<sup>16</sup> Assim previa o § 1º do art. 138 da Constituição de 1967: “Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço”.

<sup>17</sup> Deixa-se de abordar o caráter fundante da referida Emenda na ordem constitucional então vigente.

do papel de agente político estatal. A mesma Emenda Constitucional suprimiu a oitava do Senado Federal, quando da nomeação do Procurador-Geral da República, acentuando sua subordinação ao Presidente da República.

Porém, o Ministério Público viu crescer exponencialmente suas atribuições por meio da legislação infraconstitucional. É pertinente, a respeito, a observação de Sauwen Filho:

[...] embora retrogradado à condição de simples órgão de atuação do Poder Executivo, o Ministério Público, no regime constitucional de 1969 cresceu em força, mercê do alargamento de suas funções institucionais, tornando-se nitidamente instrumento da política governamental, de um Poder que não primava pelo respeito às liberdades democráticas<sup>18</sup>.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 82, deu um tratamento sistemático ao Ministério Público. Ao disciplinar a sua intervenção, basicamente o Código de Processo Civil conferiu-lhe um papel de órgão interveniente, fiscal da lei. Esse papel também foi consignado em outros diplomas, como a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 1.533, de 31/12/1951, art. 10), a Lei de Falências (Decreto-Lei n. 7.661, de 21/6/1945, art. 210), a Lei de Ações Populares (Lei n. 4.717, de 29/6/1965, art. 6º, § 4º), a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478, de 25/7/1968, art. 9º), a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31/12/1973, arts. 57, 67, § 1º, 76, § 3º, 109, 200, 213, § 3º), a Lei de Acidentes do Trabalho (Lei n. 5.638/70 e, posteriormente, Leis n. 6.367/76 e n. 8.213/91), entre outras, que consagraram a intervenção do Ministério Público, ora de modo expresso, ora por interpretação sistemática do diploma com o Código de Processo Civil.

O ordenamento positivo brasileiro, até então, seguia a tendência dos países europeus continentais de que o Ministério Público figuraria autor na persecução penal e, precipuamente, como fiscal da lei em algumas questões cíveis.

---

<sup>18</sup> SAWEN FILHO, op. cit., p. 164.

Na década de 1970, o Ministério Público começou a forjar um novo espírito e perfil institucional voltados para a defesa dos direitos sociais, dos direitos humanos de segunda geração. Foi a época do que se convencionou chamar de “revolução cappellettiana”. Com efeito, entre as chamadas ondas renovatórias do Direito Processual, essa ampliação das atribuições e do próprio perfil de atuação do Ministério Público insere-se na chamada segunda onda, justamente com referência à tutela de interesses supra-individuais<sup>19</sup>.

A Emenda Constitucional n. 7, de 1977, cunhada na abertura “lenta, gradual e segura” do Governo Geisel, alterou o art. 96 da Constituição então vigente<sup>20</sup>, de sorte que autorizasse os Estados a organizarem a carreira de seus Ministérios Públicos por meio de leis estaduais. A Emenda fixou, ainda, a possibilidade de a União ditar normas genéricas a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos Estaduais por meio de lei complementar de iniciativa do chefe do Poder Executivo. Foi mais uma tentativa de centralização das diretrizes na formação e na consolidação do Ministério Público brasileiro.

Com isso, veio a lume a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que traçou um novo perfil ao Ministério Público. O art. 1º da Lei Complementar n. 40 estabeleceu que 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”. A firmeza de tal prescrição normativa foi praticamente reproduzida no art. 127 da Constituição Federal de 1988.

A Emenda Constitucional n. 11, de 1978, inseriu o § 5º ao art. 32 do texto constitucional, para atribuir ao Procurador-Geral da

---

<sup>19</sup> Acerca das ondas renovatórias, cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. 168 p.

<sup>20</sup> Assim passou a dispor o art. 96 com sua redação alterada pela Emenda n. 7: “Art. 96. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual. Parágrafo único. Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior”.

República a possibilidade de, na ocorrência de crime contra a segurança nacional, requerer a suspensão de mandatos parlamentares.

A Lei n. 6.938/81 previu a ação de indenização ou reparação de danos causados ao meio ambiente e legitimou o Ministério Público à propositura de ação de responsabilidade civil e criminal.

A seguir, a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, conferiu legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ações civis públicas em defesa dos interesses difusos e coletivos, como aqueles relacionados à defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico e paisagístico, do consumidor, do deficiente, dos direitos constitucionais do cidadão etc. Com esse diploma legal permite-se afirmar que se operou, no ordenamento positivo brasileiro, importante marco na criação de instrumental efetivo e hábil a permitir a proteção do interesse público primário, ainda que colidente com as diretrizes governamentais. A Lei da Ação Civil Pública verdadeiramente inaugurou uma nova fase do Direito Brasileiro e deu novo horizonte para a atuação do Ministério Público na área cível. A partir de tal lei consagrou-se um importante veículo para o tratamento judicial das grandes questões dos direitos transindividuais, dos novos conflitos sociais coletivos. A Lei n. 7.347/85 conferiu ao Ministério Público o poder de instaurar e presidir inquéritos civis sempre que tivesse notícia de ocorrência de dano a interesse ambiental, paisagístico, do consumidor etc. O membro do Ministério Público passou a atuar como verdadeiro patrono (como órgão agente que propõe a ação, requer diligências, produz prova etc.) dos interesses sociais coletivos ou difusos.

Em meados da década de 1980 as diversas associações estaduais e nacionais (Conamp) do Ministério Público elaboraram, a partir de uma ampla consulta a todos os Promotores e Procuradores de Justiça do país, uma série de propostas que redundariam no documento conhecido por “Carta de Curitiba”, documento aprovado no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público, nos dias 20, 21 e 22 de junho de 1986, que enumerou as principais reivindicações do Ministério Público. A Carta trazia o delineamento básico de um novo perfil institucional do Ministério Público e definia a pretensão de fundar

uma tridimensionalidade axiológica, informada pelos postulados da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional. Assegurava-lhe a autonomia funcional e administrativa. Garantia-lhe as mesmas prerrogativas dos membros do Poder Judiciário, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público afirma, agora de modo perene, seu papel de defensor da ordem jurídica e do regime democrático, curador dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

De fato, o delinear dessa evolução histórica do Ministério Público até a Constituição de 1988 esteia a assertiva de que, ao se atribuir num primeiro momento ao Ministério Público a tarefa de velar pelas fundações, criou o legislador do Código Civil de 1916 tarefa eminentemente atípica ao Ministério Público com a conformação institucional de então. Hoje, com o cabedal de prerrogativas e funções, com o espriar-se de sua atuação pelas mais diversas áreas, não seria demais dizer, como se verá em seguida, que o papel de curador de fundações insere-se justamente na função precipuamente típica do Ministério Público.

## **2 Velar pelas Fundações: de função atípica a função típica do Ministério Público**

A Carta de 1988 bem consagra a missão do Ministério Público, em seu art. 127, quando afirma 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”. O mesmo dispositivo enumera em seus incisos diversas atribuições, para seguidamente no inciso IX fixar cláusula de abertura para os misteres que possam ser açambarcados pela atuação do Ministério Público: “[...] 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”.

Nessa linha de idéias, é de ver que a atribuição de velar pelas fundações, tal como prevista no art. 26 do Código Civil de 1916 e, atualmente, no art. 66 do atual Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002), quando em cotejo com essa evolução histórica do Ministério

Público no Brasil, passa de uma atuação que à época não bem se amoldava ao perfil de então para uma explicitação legal de uma atribuição suscetível de ser inferida a partir da missão hodierna do Ministério Público e da relevância das fundações na construção de um Estado que cumpra suas metas de promoção de igualdade social.

No Constitucionalismo moderno, em que se verifica mais adequado apontar funções estatais, em lugar das atribuições clássicas dos assim ditos poderes estatais, na clássica lição de Montesquieu, diz-se da existência de uma divisão de tarefas estatais de atividades entre distintos órgão autônomos.

Ora por força de exigências decorrentes da própria autonomia desses poderes estatais, ora por força dos mecanismos de controles recíprocos, bem denominados como “freios e contrapesos” (*checks and balances*), os poderes estatais são chamados a exercer funções que, a princípio, numa visão eminentemente estrita, não se amoldariam à respectiva gama de atribuições e deveres.

Cuida-se, precisamente, da distinção que menciona a existência de funções típicas e atípicas de um determinado poder estatal representativo da soberania do Estado. Vários são os exemplos disso no próprio texto constitucional. Para enumerar apenas dois, registrem-se a atividade investigativa realizada pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional por intermédio das Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>21</sup> e a função jurisdicional exercida pelo Senado Federal no julgamento de crimes de responsabilidade<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> A referência é ao que dispõe o art. 58, § 3º, da Constituição, que assim prevê: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

<sup>22</sup> É o que dispõem os incisos I e II do art. 52 do texto constitucional: “Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”.



Nessa linha de idéias, permite-se a assertiva de que o Ministério Público, com suas atribuições e seu perfil institucional tal como delineados no ordenamento de então, quando da edição do Código Civil de 1916, recebeu a incumbência de velar pelas fundações (art. 26) como uma função atípica entre aquelas previstas para seu mister.

No entanto, graças à evolução que se operou historicamente na visão institucional do Ministério Público, e em virtude de seu papel ativo na construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, para relembrar a expressão contida no inciso I do art. 3º do texto constitucional, afirma-se que a atribuição do curador de fundações insere-se hoje com perfeita adequação dentro do rol das funções típicas do Ministério Público brasileiro.

A Constituição de 1988 promoveu uma inegável ampliação das funções do Ministério Público. Este assumiu de modo definitivo<sup>23</sup> o papel de verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa.

A discussão acerca do caráter da atribuição do curador de fundações, quando se tem por pano de fundo o perfil constitucional do Ministério Público, não apenas tem sido limitada, com poucos estudos sobre o tema, mas também restrita a uma interpretação do conteúdo da legislação existente, visando à aplicação do direito vigente. No momento, porém, além da tarefa de compreensão para aplicação, tradicional entre os juristas, parece fundamental realizar-se também o que se tem denominado avaliação da legislação<sup>24</sup>. Nessa última abordagem, a atenção do jurista técnico não se concentra apenas na fase da aplicação da norma legal, mas também na fase de sua elaboração

---

<sup>23</sup> Decerto que, ao instituir o Ministério Público como função permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127 do texto constitucional), o constituinte originário insere-o como inegável cláusula de garantia da própria conformação do Estado de Direito brasileiro. Daí exsurge inarredável a conclusão de que o Ministério Público, com tal conformação, insere-se definitivamente no rol que estabelece o § 4º do art. 60 da mesma Carta, trazendo para si o caráter de perpetuidade no corpo da Carta Política.

<sup>24</sup> Cf. CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*. Lisboa: Instituto Nacional de Administração Pública, p. 18-22, jan./mar. 1992. Igualmente, ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 64 e ss.

(avaliação legislativa *ex ante*) ou na fase subsequente dos efeitos por ela produzidos ou a produzir (avaliação legislativa *ex post*).

A evolução histórica do Ministério Público revela o seu deslocamento institucional na superestrutura do Estado, passando a integrar e a representar a sociedade civil. O Ministério Público, pode-se dizer, assume a função de órgão da sociedade civil, voz ativa dessa mesma sociedade. Como órgão integrante da sociedade civil, cumpre ao Ministério Público incrementar o processo de democratização da sociedade brasileira, canalizando os valores reinantes no seio da coletividade e contribuindo, na sua esfera de atuação, para a primazia do interesse público primário, ainda que em desacordo com o interesse da Administração Pública.

Como canal de demandas sociais e coletivas, o Ministério Público alarga o acesso à Justiça e contribui para a democratização do aparelho jurisdicional do Estado. O Ministério Público atua, assim, como agente criador e aplicador do Direito, para adequá-lo à realidade social e subjacente, permeada de conflitos complexos e diversificados, irreduzíveis a um tratamento unitário e formal pelo direito posto<sup>25</sup>.

A atuação dos membros do Ministério Público como agentes políticos na esfera do direito social é cada vez mais relevante, pois é sobre esse direito que se constrói a racionalidade jurídica contemporânea. Durante a Revolução Industrial emergiram os movimentos sociais da classe proletária, havendo o início da transição do Estado liberal para o Estado social (início do século XX), e conseqüentemente a valorização do bem-estar social e da segurança social.

Segundo Macedo Júnior,

o direito contemporâneo, típico do *Welfare State*, também chamado direito social, caracteriza-se por sua estruturação feita com base em um novo padrão ou paradigma da racionalidade jurídica. Nesse paradigma de pensamento jurídico, a justiça é pensada como um princípio de equilíbrio de interesses sociais irreduzíveis a uma medida de justiça universal<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

<sup>26</sup> MACEDO JÚNIOR, R. P. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In:

Dessa forma, a sociedade torna-se o único alvo almejado pelo Direito, que se baseia numa lógica de acordos e acomodações sociais e políticas. Diante dos diversos conflitos sociais, surge a socialização dos riscos sociais, por meio de mecanismos, como a previdência social, pautados em princípios de razoabilidade, solidariedade e organização lógica do pensamento jurídico.

O direito social, que inclui o interesse de grupos, tem em vista o restabelecimento do equilíbrio material entre as partes, para superar a justiça corretiva e repressiva da lógica jurídica anterior e buscar a justiça distributiva e preventiva que equilibra as desigualdades.

Apesar de alguns, o Brasil busca e precisa implementar a extensão de determinados benefícios a todos os jurisdicionados. Exemplo disso são as normas protetivas de grupos (consumidores, idosos, deficientes físicos, crianças e adolescentes, sem-terra, entre outros) que representam as características do novo paradigma jurídico do direito social. Por isso dizer que o direito social é um direito de preferências de grupos na busca de equilíbrio.

Refletem tal linha de pensamento, de modo cada vez mais significativo, os princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição da República. Segundo Pedroso Goulart, merecem destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual se obriga o Estado a garantir o desenvolvimento da pessoa em tríplice dimensão (individual, social e humana), o princípio da igualdade, pelo qual se reconhece que é possível eliminar a desigualdade histórica entre os cidadãos brasileiros, e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado<sup>27</sup>.

As funções do Ministério Público estão intimamente ligadas ao direito social e à realização desses princípios, uma vez que sua atuação na esfera administrativa ou junto ao Judiciário dá-se para defender os interesses sociais (coletivos, difusos ou individuais homogêneos), bem como fiscalizar o equilíbrio material (e não apenas

---

CAMARGO FERRAZ, A. A. M. de (Org.). *Ministério Público instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 53.

<sup>27</sup> PEDROSO GOULART, M. Missão institucional do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco*, Recife: Bagaço; Procuradoria Geral de Justiça, v. 3, n. 3, p. 25, 2000.

formal) nas relações jurídicas. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) explicitam esse novo papel dos membros do Ministério Público, pois neles os seus membros atuam como guardiões dos interesses desses grupos sociais.

A criação legal de direitos sociais sem as estruturas de apoio que garantam a implementação tem sido uma constante na história política e social do Brasil. A não-efetivação parece fazer parte da lógica do processo legislativo, criador de direitos que esbarram no Executivo. Em consequência, um grande número de ações passou a movimentar o Judiciário em favor de uma série de interesses sociais e coletivos.

A Constituição de 1988, dentro desse novo paradigma do direito social, atribuiu ao Ministério Público tarefas de impacto político, que a instituição vem buscando implementar, comprometendo-se com a construção de uma democracia de massas. Criminalmente não houve alteração substancial que desborde do reconhecimento da titularidade exclusiva da ação penal pública. Já no âmbito cível a atuação foi justamente ampliada para além dos limites de sua atividade perante o Poder Judiciário. Com a extensão de sua atuação como agente promovedor dos interesses sociais, o Ministério Público passou a ter importante papel como instituição mediadora dos conflitos e interesses sociais.

Houve uma ampliação da tarefa institucional de realização de acordos e promoção de efetiva justiça social pelo envolvimento direto (e não apenas por meio dos autos de processos judiciais) com os problemas dos grupos mais carentes e marginalizados dos serviços estatais.

Apesar de a atuação do Ministério Público não poder ser generalizada (já que cada Estado tem sua forma de efetivar a função ministerial), experiências positivas vêm sendo desenvolvidas por todo o Brasil.

Em diversas comarcas do interior e das capitais, o Promotor de Justiça, dirigindo-se às comunidades e associações de bairro, passou a desenvolver esforços, junto aos líderes comunitários para fazer ajustes com a Administração Pública. Por meio do diálogo, o Mi-

nistério Público ouve os reclames e exige do governo estadual, municipal ou distrital, que cumpra determinada imposição legal que vem sendo descumprida (por exemplo, a necessidade de creches, de segurança pública, da regularização de loteamentos, a poluição ambiental, o atendimento hospitalar etc.), bem como fiscaliza tais atividades.

O Ministério Público brasileiro talvez seja a única organização estatal, em perspectiva comparada, a combinar atribuições como o monopólio da ação penal, de uma agência de *accountability* e a fiscalização do cumprimento das leis; e, tudo isso, com doses razoáveis de autonomia.

A singularidade da organização e sua capacidade para interferir no jogo político brasileiro somente é possível por conta da combinação dos dois elementos fundamentais: independência e instrumentos jurídicos. A perda de um deles diminuiria consideravelmente o poder da organização.

As atividades extrajudiciais de caráter político (não partidário) e de controle da administração têm importante função de atendimento ao público. Quando atende demandas individuais ou coletivas, o membro do Ministério Público passa a perceber a realidade social do local onde trabalha e a atuar como verdadeiro defensor dos interesses da coletividade, quando convergentes com o interesse público primário, de sorte que fiscaliza também ele a atuação dos três Poderes. Convém registrar o que preceitua Júlio Lopes:

[...] a emergência e/ou crescimento de uma dimensão especificamente societária, caracterizada pela agregação de demandas sociais diferenciadas e cuja vocalização é exterior à sociedade política (ou mesmo ao mercado), tem consistido em efetivos impactos institucionais sobre a mesma. O fenômeno, comumente denominado “sociedade civil”, viceja em condições de modernização econômica e ensejou o surgimento de atores coletivos, cuja atividade ora colide frontalmente com os contextos institucionais autoritários, ora tende a redimensionar os termos da institucionalidade democrática. De fato, a sociedade civil contemporânea é um aspecto essencial da dinâmica po-

lítica e o principal desafio das eventuais reformas institucionais intentadas<sup>28</sup>.

Nessa toada, e verificadas as finalidades a serem observadas pelas fundações, tal como previsto no parágrafo único do art. 62 do atual Código Civil “A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, o Ministério Público bem assume sua função de zelar por elas e o faz por mandamento legal que hoje, com o perfil institucional historicamente conquistado e que culminou com seu reconhecimento constitucional pela Carta de 1988, insere-se de modo inegável em suas atribuições eminentemente típicas.

### **3 A tarefa de velar pelas fundações situadas no Distrito Federal: atribuição do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**

Compreendida a inserção da atribuição de velar pelas fundações no perfil atual do Ministério Público, cumpre efetuar um cotejo entre o mandamento legal ordinário que determina a tarefa de fiscalização ao Ministério Público e o bloco de constitucionalidade atinente à instituição do Ministério Público.

Convém registrar o teor do art. 66 do atual Código Civil (Lei n. 10.406/02):

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

Em franca diferença em relação ao texto do Código Civil de 1916, a Lei n.10.406/02 atribui ao Ministério Público Federal, e não

---

<sup>28</sup> LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *O novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 1.

ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a tarefa de velar pelas fundações que se situem no Distrito Federal.

Assim que o novo diploma legal veio a lume, a doutrina especializada antecipou-se acerca da inconstitucionalidade na alteração subjetiva do curador das fundações localizadas no Distrito Federal<sup>29</sup>.

O art. 66 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, efetivamente veicula norma versando sobre atribuição própria do Ministério Público da União, o que, a princípio, contraria a reserva de lei complementar consagrada no art. 128, § 5º, da Carta Maior.

A alegação de existência de inconstitucionalidade formal do mencionado dispositivo legal justifica-se porque as matérias atinentes à organização e às atribuições do Ministério Público são próprias de lei complementar. Verdadeiramente, a matéria de que trata o mencionado § 1º violenta, diretamente, as atribuições do Ministério Público do Distrito Federal, retirando-lhe antiga e profícua competência para conferi-la ao Ministério Público Federal.

A organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público substanciam matéria sujeita ao postulado da reserva de lei complementar. Essa espécie legislativa, como sabido, somente é exigível nos casos expressamente previstos na Carta da República. A determinação constitucional é clara nesse sentido: “Leis complemen-

---

<sup>29</sup> As críticas acerca da alteração levada a efeito no projeto de novo Código Civil, hoje já edificado em lei posta, já foram tecidas por José Eduardo Sabo Paes por meio de tese oferecida, e acolhida à unanimidade, no 12º Congresso Nacional do Ministério Público, realizado de 26 a 29 de maio de 1998 em Fortaleza/CE, sob o título de “Aperfeiçoamento do Projeto de Código Civil, visando a manutenção das atuais competências dos Ministérios Públicos Estaduais e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios”. Na última edição de sua obra especializada no assunto, o autor elabora percuciente exposição acerca das disposições contidas no novo Código Civil sobre o Ministério Público, bem como noticia a gênese legislativa dessas atribuições, em que se verifica que a atribuição de velar pelas fundações situadas no Distrito Federal caberia ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Vale registrar: “Surpreendentemente, suprimiu-se do Projeto de Lei que institui o Código Civil ora aprovado pelo Senado Federal a atribuição concernente ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios de velar pelas fundações situadas ou atuantes no seu âmbito geográfico. Suprimiu-se, também, na Câmara dos Deputados, a atividade fiscalizatória de todos os Ministérios Públicos estaduais quando as fundações estenderem suas atividades a mais de um Estado da Federação” (PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 485).

tares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público” (art. 128, § 5º, da Constituição da República).

Destarte, ao dispor sobre a atribuição do Ministério Público Federal – que integra o Ministério Público da União juntamente com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar –, a Lei n. 10.406/02 incidiu em vício de inconstitucionalidade formal, porquanto veiculou matéria estranha àquelas cabíveis nessa espécie legislativa.

Acerca do sentido e do alcance da norma inserta no § 5º do art. 128 da Lei Maior, vale colacionar o seguinte julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal:

[...] Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar é reclamada, no que concerne ao *Parquet*, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, § 5º)<sup>30</sup>.

O vício de inconstitucionalidade patenteia-se, outrossim, quando se tem em conta a iniciativa reservada para a feitura do diploma legislativo atinente às atribuições do Ministério Público da União. Isso porque o mesmo preceito constitucional acima referido, a ser lido conjuntamente com o *caput* do art. 61 da Lei Maior, fixa a

---

<sup>30</sup> Excerto da ementa do julgamento da ADI 789/DF pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Celso de Mello, veiculado no *Diário de Justiça da União*, Seção 1, de 19 dez. 1994.



iniciativa para instar o processo legislativo. Destarte, igualmente por esse aspecto, o mencionado dispositivo do novo Código Civil padece de inconstitucionalidade.

Relativamente ao sentido material do malferido dispositivo legal, impende anotar que não se amolda ele à sistemática e ao funcionamento do próprio Ministério Público Federal, na medida em que, na prática, reclamaria a atuação de membros do Ministério Público Federal perante a Justiça do Distrito Federal.

A valer, na esteira do raciocínio desenvolvido acima, razões de conveniência prática também demandam que a atribuição de velar pelas fundações do Distrito Federal recaia sobre o Ministério Público do Distrito Federal, como o é da tradição legislativa brasileira.

Diante da inconstitucionalidade do § 1º do art. 66 do novo Código Civil, o que torna inválido o comando normativo nele contido, subsiste a aplicação do art. 149 da Lei Complementar n. 75/93, quando estabelece que o “Ministério Público do Distrito Federal e Territórios exercerá as suas funções nas causas de competência do Tribunal de Justiça e dos Juízes do Distrito Federal e Territórios”.

Não é demais registrar que, nas hipóteses em que os feitos relativos às fundações, por qualquer razão, tragam consigo uma das razões determinantes da competência da Justiça Federal, na forma do art. 109 da Carta Política, a atuação ministerial, aí sim, incumbirá ao Ministério Público Federal, e não ao Ministério Público do Distrito Federal.

Ainda, a título de informação, convém consignar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 7.312/2002, de autoria do deputado federal Ricardo Fiuza, apresentado em 7 de novembro de 2002, atualmente aguardando deliberação da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Por meio dele, propõe-se a modificação da redação dos parágrafos do art. 66 do novo Código Civil. Pela proposição, assim seria a nova redação do dispositivo:

Art. 66. [...]

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá esse encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

§ 2º Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.

Ao justificar a proposição, o referido parlamentar afirma o seguinte:

As modificações que se pretendem realizar nos §§ 1º e 2º do art. 66 da Lei n. 10.406/2002 visam, de forma correta, inserir previsão legal para que as fundações sediadas no Distrito Federal sejam fiscalizadas pelo Ministério Público do Distrito Federal, órgão do Ministério Público que tem atribuição para atuar perante a justiça comum, e não pelo Ministério Público Federal, cuja atribuição e funcionamento dão-se perante os juízes e tribunais federais, os quais, segundo o texto constitucional, não têm atribuição de julgar causas que envolvam fundações constituídas por particulares.

Destarte, seja por razões de ordem estritamente técnico-jurídicas, seja por razões de conveniência prática, impõe-se reconhecer a inaplicabilidade do § 1º do art. 66 da Lei n. 10.406/02.

A inconstitucionalidade do § 1º do art. 66 do novo Código Civil é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), autuada sob o número 2.794/DF e distribuída ao ministro Sepúlveda Pertence. Foi imposto ao feito o procedimento mencionado no art. 10 da Lei n. 9.868/98, para oitiva da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República em prazos mais exíguos anteriormente ao julgamento da medida cautelar. Ajuizada em 23 de dezembro de 2002<sup>31</sup>, o feito ainda pende de apreciação pelo órgão colegiado<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup>Vale registrar que o então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, manifestou-se favoravelmente ao pedido deduzido na ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo atacado.

<sup>32</sup>O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi admitido no feito na qualidade de *amicus curiae* por força de pedido veiculado por seu Procurador-Geral, José Eduardo Sabo Paes (PAES, José Eduardo Sabo. Petição em que o MPDFT requerer o seu ingresso, na qualidade de *amicus curiae*, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela

De qualquer sorte, por meio de despacho proferido em 29 de outubro de 2003, o Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, valendo-se da atribuição que lhe confere o art. 26, VII, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, resolveu conflito de atribuições, suscitado pela Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em face do Ministério Público Federal no Distrito Federal, e determinou

a inaplicabilidade da norma inserta no § 1º do art. 66 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, subsistindo – relativamente à fiscalização das fundações que funcionarem no Distrito Federal ou em Território – atribuições da Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Ressaltou, ainda, “que competirá ao Ministério Público Federal no Distrito Federal velar pelas fundações federais situadas no Distrito Federal”<sup>33</sup>.

Assim, ainda que pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, é de ver que a eficácia da norma veiculada no § 1º do art. 66 do novo Código Civil restou esvaziada, de modo que continua vigendo, para todos os efeitos, o que dispõe o art. 149 da Lei Complementar n. 75/93, que estabelece que o “Ministério Público do Distrito Federal e Territórios exercerá as suas funções nas causas de competência do Tribunal de Justiça e dos Juízes do Distrito Federal e Territórios”. Por conseguinte, a ele caberá, igualmente, velar pelas fundações que se situem no Distrito Federal.

---

Conamp, versando sobre atribuições ministeriais relacionadas às fundações. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília: FESMPDFT, ano 11, n. 21, jan./jun. 2003. Disponível, também, em: <[http://www.walkinmedia.com.br/fesmp/ftp\\_out/21\\_10.pdf](http://www.walkinmedia.com.br/fesmp/ftp_out/21_10.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2004).

<sup>33</sup> Processo PGR n. 1.00.000.006071/2003-11.

## Referências

- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. 168 p.
- CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. [Trad. Teresa Salis Gomes.] *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação*, Lisboa: Instituto Nacional de Administração Pública, p. 9-23, jan./mar. 1992.
- COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- MACEDO JÚNIOR, R. P. Evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: CAMARGO FERRAZ, A. A. M. de (Org.). *Ministério Público instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *O novo Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- \_\_\_\_\_. Petição em que o MPDFT requerer o seu ingresso, na qualidade de *amicus curiae*, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Conamp, versando sobre atribuições ministeriais relacionadas às fundações. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília: FESMPDFT, ano 11, n. 21, jan./jun., 2003. Disponível, também, em: <[http://www.walkinmedia.com.br/fesmp/ftp\\_out/21\\_10.pdf](http://www.walkinmedia.com.br/fesmp/ftp_out/21_10.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2004.
- PEDROSO GOULART, M. Missão institucional do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco*, Recife: Bagaço; Procuradoria-Geral de Justiça, v. 3, n. 3, 2000.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

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



# Seção V

Temas Atuais





# **Busca e apreensão em escritório de advocacia. Prévia comunicação à seccional da OAB. Portaria n. 1.288/2005 do Ministro da Justiça. Inconstitucionalidade**

Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia\*  
André Terrigno Barbeitas\*\*

A Portaria n. 1.288, de 30 de junho de 2005 (*DOU* de 1º jul. 2005), da lavra do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, ao fundamento de regulamentar as buscas e apreensões realizadas pela Polícia Federal, por ordem judicial, nos escritórios de advocacia, estabeleceu no parágrafo único do art. 1º que “Antes do início da busca, a autoridade policial responsável pelo cumprimento do mandado comunicará a respectiva Secção da Ordem dos Advogados do Brasil, facultando o acompanhamento da execução da diligência”.

Inicialmente, cumpre assinalar que é perfeitamente cabível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face do dispositivo em questão, visto que já assentado no âmbito da Suprema Corte que o controle de constitucionalidade tem por objeto todo e qualquer ato normativo federal, estadual ou distrital (art. 102, I, *a*, da CF), conforme decisões nas ADIn ns. 1.352-1/DF (relator ministro Sepúlveda Pertence), 728 (relator ministro Marco Aurélio), 730 (relator ministro Ilmar Galvão) e 681-DF (relator ministro Néri da Silveira).

Cuida-se de manifesta invasão de funções, que colide frontalmente com o princípio da independência dos poderes republicanos (consagrado no art. 2º da Carta Constitucional), para além de ferir de morte o sigilo indispensável à exitosa realização dessa medida cautelar penal. Aduza-se, ainda, configurar-se inegável

---

\* Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia é Procurador Regional da República e Professor Adjunto de Direito Penal na PUC-RJ.

\*\* André Terrigno Barbeitas é Procurador Regional da República e Mestre em Direito Público pela UERJ.

violação do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei (previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), visto garantir-se à corporação dos advogados um privilégio odioso, concedido com exclusividade e em detrimento de todos os demais ofícios, também exercidos com idêntico colorido de sigilo profissional.

*Em primeiro lugar*, invade-se a seara de competência exclusiva da função jurisdicional do Estado e atenta-se contra decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O art. 7º, II, da Lei Federal n. 8.906/94 – Estatuto da OAB – garante ao advogado “a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, *salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado* [...]” [grifei].

Como se sabe, parte do teor do preceptivo citado teve sua vigência suspensa pelo STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 1.127-8 – liminar, STF, Plenário, por maioria, relator ministro Paulo Brossard, *DJ* de 29 jun. 2001), cuja ementa assinala que

[...] MEDIDA LIMINAR. Interpretação conforme e suspensão da eficácia até final decisão dos dispositivos impugnados, nos termos seguintes: Art. 7º, inciso II – inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado. Suspensão da expressão “e acompanhada de representante da OAB” no que diz respeito à busca e apreensão determinada por magistrado.[...].

Da decisão do Pretório Excelso pode-se extrair – *a contrario sensu* – o reconhecimento da constitucionalidade da busca e apreensão realizada em escritório de advocacia, desde que mediante prévia ordem judicial, bem como a declaração da inconstitucionalidade da exigência de que tal diligência investigatória seja acompanhada de representante da corporação dos advogados.

Foi exatamente essa a decisão judicial manifestamente desrespeitada pelo malsinado diploma legal ao restabelecer, mediante uma simples Portaria Ministerial, um preceptivo de lei ordinária tido por inconstitucional pela ampla maioria dos integrantes da Corte Suprema.

*Em segundo lugar*, o dispositivo legal em análise atenta contra a disciplina processual penal ensejadora da realização da medida assecuratória questionada<sup>1</sup>, bem como desnatura o sigilo investigativo indispensável ao sucesso da diligência.

A decisão de sua realização encontra-se na esfera do *prudente arbítrio do magistrado natural do feito*. Com efeito, como ressalta o mestre Frederico Marques,

Procede-se à busca “quando fundadas razões a autorizar”, em se tratando de busca domiciliar (artigo 240); [...] Isto mostra que a providência coercitiva não é arbitrária, muito embora, como salienta Manzini, *fique entregue, ao critério e discricção da autoridade, o exame dos motivos que tornem aconselhável a diligência*<sup>2</sup> [grifei].

De se destacar, também, ser descabida a emissão de qualquer juízo valorativo *ex post facto* sobre a medida, uma vez que, como esclarece a doutrina,

[...] O § 1º do art. 240 diz que a busca domiciliar é permitida quando fundadas razões a autorizarem. *Claro que o fundamento das razões é avaliado, antes de mais nada, pelo juiz que ordena a busca. É matéria prudencial, como não poderia deixar de ser. Mas, exatamente por isso, a resolução da autoridade pode sempre ser contrastada, posteriormente, por outras autoridades de mais alto grau judiciário.* [...] O juízo sobre a conveniência da busca é feito *a priori*. *Pode acontecer que a diligência seja infrutífera e revele a posteriori não corresponder aquele*

---

<sup>1</sup> “Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º *Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem*, para: [...] c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; [...] h) *colher qualquer elemento de convicção* [...]” [grifei].

<sup>2</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 290.

*juízo à realidade. Pouco importa. A lei exige fundadas razões e essas razões se baseiam na suspeita grave, séria, confortada pelo que a autoridade judicial sabe, pelo que teme, pelo que deve prevenir ou remediar e não na realidade que só por meio da busca vai ser conhecida. Fundadas razões são as que se estribam em indícios de que a pessoa ou coisa procurada se encontram na casa em que a busca deve ser feita. Por tudo isso, para avaliar se é legítima a ação, deve o juiz colocar-se na situação e no tempo em que a autoridade policial vai dar a busca. Seria errado afirmar a inexistência de fundadas razões situando-se na posição de quem já conhece e pondera o que só depois veio a ser conhecido<sup>3</sup> [grifei].*

Finalmente, não é de se acolher a argumentação de que tais buscas e apreensões em escritórios de advogados violariam o estatuído pelo art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal<sup>4</sup> e que só seriam cabíveis quando o próprio causídico fosse o investigado.

Com a devida vênia, como bem esclarece a melhor doutrina ao comentar o referido preceito legal,

*[...] É de se notar que não se permite a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, em restrição advinda da necessidade de se manter o sigilo profissional e, mais ainda, do amplo direito de defesa. A proibição é restrita ao “documento”, não se estendendo a outras coisas, como armas, instrumentos ou produto do crime etc. Além disso, a apreensão do documento é permitida quando se trata de elemento de corpo de delito, como, por exemplo, de falsidade documental, de estelionato por meio de contrato etc. Também é permitida a apreensão quando o advogado não é patrono do acusado, é co-autor do ilícito ou possui os papéis não em razão de suas funções<sup>5</sup> [grifei].*

---

<sup>3</sup> TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 463-464.

<sup>4</sup> “Art. 240. [...] § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”.

<sup>5</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 290.

## **Referências**

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1995.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1



# Seção VI

Resenhas





### **Curso de Direito Processual do Trabalho**

**Renato Saraiva**

1ª edição. São Paulo: Método, 2005. 1039 p.

Lançado no dia 30 de junho de 2005, o livro *Curso de Direito Processual do Trabalho*, do Procurador do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco) Renato Saraiva, analisa importantes e atuais temas da Justiça do Trabalho, deixando assim uma vasta contribuição para estudantes, magistrados, advogados e procuradores da área trabalhista.

Com 1.039 páginas, a obra possui 12 capítulos, nos quais discorre sobre: Princípios e fontes formais do Direito Processual do Trabalho; Organização da Justiça do Trabalho, Competência; Ministério Público do Trabalho; Atos, termos, prazos e nulidades processuais, Partes e procuradores; Ação trabalhista; Dissídio individual; Recursos trabalhistas; Execução trabalhista; Procedimentos especiais; Dissídio coletivo e novas súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do TST (Res. n. 129/2005). O livro foi prefaciado pelo advogado e editor Vauledir Ribeiro Santos e publicado pela Editora Método.

Para Santos, a “obra é fruto do conhecimento e visão do autor que, considerando a realidade do acadêmico como também do profissional, soube reunir as informações, selecioná-las e principalmente organizá-las de uma forma clara e objetiva, de modo a oferecer ao leitor o que ele realmente necessita. Trata-se de uma abordagem completa do Direito Processual do Trabalho”.

Saraiva atua na Justiça do Trabalho há doze anos e é professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista e de cursos preparatórios para carreiras jurídicas e exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O procurador também é autor dos livros *Direito do Trabalho* (2ª edição – Série Concursos Públicos e Trabalho) e *Direito material e processual* (2ª edição – Série Resumo: Exame de Ordem), publicados também pela Editora Método.



# NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de pequenos artigos, de autoria, *preferencialmente*, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

## 1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira, com no máximo vinte laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (*Rich Text Format*), por meio eletrônico, para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br>.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.6. O Setor de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelos telefones (61) 3313-5114, 3313-5111.

## 2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.